

452  
2ei



**UNIVERSIDAD NACIONAL AUTÓNOMA DE MÉXICO**

**FACULTAD DE DERECHO**

**COMENTARIOS SOBRE LA LEGISLACION  
SUSTANTIVA REGULADORA DEL  
FIDEICOMISO EN MEXICO**

**T E S I S**  
QUE PARA OBTENER EL TITULO DE  
LICENCIADO EN DERECHO  
P R E S E N T A :  
FELIPE ALBERTO LOPEZ LOPEZ



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 está protegido por la Ley Federal del Derecho de Autor (LFDA) de los Estados Unidos Mexicanos (México).

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

# I N D I C E

Pág.

INTRODUCCION. . . . .	1
-----------------------	---

## CAPITULO PRIMERO ANTECEDENTES HISTORICOS

Derecho Romano. . . . .	4
Derecho Anglosajón. . . . .	22
Antecedentes en México. . . . .	56

## CAPITULO SEGUNDO NATURALEZA JURIDICA

Generalidades. . . . .	78
Teoría del Fideicomiso como Negocio Fiduciario. . . . .	80
Comentarios. . . . .	94
Teoría del Fideicomiso como Mandato. . . . .	96
Comentarios. . . . .	105
Teoría del Fideicomiso como Patrimonio de Afectación. . . . .	111
Comentarios. . . . .	129
Teoría del Fideicomiso como Desdoblamiento del Dere-- cho de Propiedad. . . . .	135
Comentarios. . . . .	147
Opinión Personal. . . . .	151

### CAPITULO TERCERO

#### ANALISIS DE LA SECCION SEXTA CAPITULO V DE LA LEY GENERAL DE TITULOS Y OPERACIONES DE CREDITO

Generalidades. . . . .	193
Artículo 346. . . . .	207
Artículo 347. . . . .	216
Artículo 348. . . . .	219
Artículo 349. . . . .	231
Artículo 350. . . . .	240
Artículo 351. . . . .	252
Artículo 352. . . . .	260
Artículo 353. . . . .	267
Artículo 354. . . . .	274
Artículo 355. . . . .	277
Artículo 356. . . . .	287
Artículo 357. . . . .	300
Artículo 358. . . . .	308
Artículo 359. . . . .	316

### CAPITULO CUARTO

#### ANALISIS DE LA LEY REGLAMENTARIA DEL SERVICIO PUBLICO DE BANCA Y CREDITO

Generalidades. . . . .	325
Artículo 1°. . . . .	330
Artículo 2°. . . . .	331
Artículo 3°. . . . .	333
Artículo 5°. . . . .	337



Artículo 30. . . . .	341
Artículo 58. . . . .	357
Artículo 61. . . . .	360
Artículo 62. . . . .	374
Artículo 63. . . . .	375
Artículo 64. . . . .	378
Artículo 65. . . . .	392
Artículo 84 Fracción XVIII. . . . .	397
Artículo 94. . . . .	409
Artículo 95. . . . .	415
CONCLUSIONES. . . . .	418
BIBLIOGRAFIA. . . . .	426

## INTRODUCCION

A lo largo de su evolución como ser social, el hombre hubo de sentir la necesidad de regular en forma sistemática y ordenada sus relaciones interpersonales más relevantes; caótica en principio, la sociedad humana poco a poco fué asentándose sobre bases de organización y estabilidad, tratando así de garantizar la armonía en el grupo y la seguridad personal, ffsica y patrimonial, de cada uno de sus integrantes. Es así como el grupo social va ideando diversos sistemas de autorregulación, creando jerarquías dentro de su seno y como consecuencia de ello clases, destinadas las más altas, a imponer las reglas que han de obedecer las demás. En ocasiones no será la voluntad del más fuerte o del más poderoso la que prevalezca, sino la costumbre, es decir las prácticas implantadas de hecho en una sociedad y consideradas por ésta como buena para la misma y obligatorias.

Son estos a muy grandes rasgos los incipientes orígenes del Derecho, ideas las anteriores, alrededor de las cuales se han creado infinidad de teorías sostenidas por grandes tratadistas y las cuales no hemos de examinar, por ser en esta ocasión, muy distinto nuestro objetivo.

A través de los siglos las relaciones entre los hombres fueron adquiriendo un grado cada vez más alto de complicación y para regular esas relaciones fué necesario crear Instituciones Jurídicas que fueron siendo -- también cada vez más complicadas; dispersas en principio, las normas que regían esas relaciones fueron agrupándose, ordenándose, y sistematizándose, originando así las leyes y con ellas la tipificación de diversas figuras-jurídicas.

En su estado actual, el Derecho, siempre cambiante y después de cientos de años de evolución, nos ofrece un buen número de Instituciones para ---

poder ser aplicadas en la sociedad y estudiadas por quienes desconocemos - la mecánica de dichas figuras jurídicas, no obstante utilizarlas a diario.

En ocasiones, el desarrollo alcanzado en las relaciones existentes -- entre los miembros de una sociedad es a tal grado complicado o delicado, - que dicha relación desborda los límites de la figura jurídica en la cual - debería estar normalmente encuadrada; es decir las instituciones que se -- tienen al alcance no satisfacen plenamente los requisitos que la situación exige; nace pues la necesidad en ese momento de crear una nueva figura jurídica, o bien acudir a captar la experiencia que se ha tenido en otro --- círculo social diverso del propio, asimilando para acrecentar el acervo jurídico de una sociedad, figuras creadas y desarrolladas en grupos sociales distintos, que hubieron de sentir con anterioridad la necesidad de --- crear una figura como la que se pretende incorporar; es este último caso - la situación del Fideicomiso en México.

Pocas figuras entre las que maneja el Derecho mexicano tan nuevas, -- desconcertantes, polifacéticas y técnicas como el fideicomiso.

En efecto, es el fideicomiso una Institución que no ha formado parte de la tradición jurídica mexicana, sino que se incorporó a nuestro derecho hace apenas una cuantas décadas como resultado de la necesidad de contar - con una figura que simplificara complicadas relaciones jurídicas. Incorporación que por cierto no fué siempre bien vista, pues hubo más de un notable jurista que sostuvieron que sería resucitar antiguas prácticas vicio - sas contrarias al orden público y que se encontraban ya superadas.

A la fecha el fideicomiso se encuentra ya definitivamente arraigado - en nuestro Derecho, constituyéndose en valioso instrumento para lograr un - sin número de finalidades.

No fue fácil, sin embargo, como decíamos su aceptación en México y de hecho en ningún sistema jurídico derivado del Derecho Romano, pues el fideicomiso haya su fuente de inspiración en instituciones jurídicas anglojonas las cuales fueron creadas y desarrolladas en un medio social jurídico y económico totalmente distinto del nuestro. Así al fideicomiso se le ha atacado todo, desde el nombre hasta sus antecedentes creando una diversidad de opiniones opuestas en la doctrina que pocas figuras han tenido oportunidad de experimentar sin que hasta la fecha los teóricos hayan logrado unificar criterios, no digamos ya en cuanto a naturaleza jurídica sino que incluso en cuestiones más obvias como antecedentes o el mismo plazo de vigencia; consecuencia de lo anterior es que quienes nos asomamos al estudio de la figura, nos encontramos con muchísimos caminos a seguir resultando muy difícil determinar cual de todos ellos habrá de conducirnos a la verdad, situación que se torna especialmente complicada para quienes como nosotros no contamos, por ahora, de una amplia y sólida cultura jurídica.

Así pues, es el presente un muy modesto esfuerzo por tratar de aportar un grano de arena en la solución de tantos problemas que nos plantea tan escurridiza figura, estando convencidos que tratándose del fideicomiso ni la doctrina ni la legislación han emitido aún su último dictamen.

## ANTECEDENTES HISTORICOS

Los antecedentes históricos del Fideicomiso no se encuentra a la fecha exactamente bien definidos, hay quienes los atribuyen al Derecho Romano, quienes los ubican en el Derecho Anglosajón, los más por cierto, y quienes los encuentran en otras Instituciones poco conocidas por nosotros, --- principalmente derivadas del Derecho Germánico, a saber, el Salman y el -- Treuhand.

Son las tesis que ubican como antecedentes del Fideicomiso al Derecho Romano y al Derecho Anglosajón. las más difundidas y las que más adeptos -- tienen, por lo que procederemos a hacer una somera exposición de ambas, -- procediendo por último, a enunciar los antecedentes legislativos inmediatos de nuestro actual Fideicomiso.

### I) DERECHO ROMANO

Dos son las instituciones que un sector de la doctrina han considerado como los antecedentes más remotos del Fideicomiso: el "Fideicomissum Hereditatis" y el "Pactum Fiduciae", figuras basadas fundamentalmente en la buena fe, y en la confianza hacia un tercero, siendo el elemento común en ambos la "Fiducia", por Fiducia entendemos: la transmisión de un bien determinado que lleva a cabo una persona (Fiduciante) a otra persona de su entera confianza ( Fiduciaria ) con la obligación de este último de retransmitir dicho bien al mismo fiduciante o a un tercero una vez cumplida una --- obligación preestablecida .

A ella se refiere el Dr. Octavio A. Hernández quien nos dice: "Fiducia" es negocio jurídico cuyo cumplimiento queda basado en la buena fe o - en la lealtad de una de las partes, la cual generalmente se compromete -

a realizar en provecho de la otra parte o del tercero que ésta designe, la entrega de una cosa o la ejecución de una obligación "(1)

Veamos pues, en que consistían este par de figuras :

A) Fideicomissum ( comissio, fidei: cometido a la fé )

El rígido formalismo que en materia de sucesiones prevaleció en Roma, dio origen a que fueran creadas formas que, sin caer en la ilícitud, fueran el medio de salvar obstáculos antes insalvables, a fin de que los Testadores pudieran morir con la tranquilidad de que sería cumplida su última voluntad: la forma más usual por práctica, que fué utilizada en esos casos lo fué el " Fideicomissum ", de él nos habla el Dr. Guillermo Floris - Margadant quien nos dice: " El Fideicomiso era una súplica dirigida por -- un fideicomitente a un fiduciario para que entregara determinados bienes -- a un fideicomisario. La forma normal que tomó en el Derecho Romano era el del Fideicomiso " mortis causa ", en el cual el fideicomitente era el autor de la herencia; el fiduciario el heredero o el legatario; y el fideicomisario un tercero ". (2)

El Dr. Octavio A. Hernández también lo alude y señala: " Fideicomissum es liberalidad por causa de muerte. El Fideicomissum surge como un encargo dado a una persona para que transmita parte o la totalidad de los bienes que integran la sucesión de quien hace el encargo a favor de un tercero ( Fideicomisarius ), cuyo cumplimiento depende únicamente de la buena voluntad de la persona que recibe la sucesión gravada por el fideicomiso - ( fiduciarius ) ". (3)

- 1.- Hernández A., Octavio Derecho Bancario Mexicano, Tomo II, Editorial Jus, D. F., 1957 Pag. 230.
- 2.- Floris Margadant, Guillermo, Derecho Privado Romano, Editorial Esfinge, S. A., México, D. F., 1979, Pag. 501.
- 3.- Op. Cit., Pag. 230.

El Tratadista Eugene Petite citado por el Lic. José Manuel Villagor - doa Lozano comenta: " El fideicomiso testamentario se empleaba cuando un testador quería favorecer a una persona con la cual no tenía la "testamenti factio" por lo que no le quedaba más recurso que rogar a su heredero -- fuese el ejecutor para dar al incapaz un objeto particular o parte del --- acervo hereditario. El testador en su testamento para establecer esta --- Institución usaba los términos " rogo fideicomitto ". Al heredero gravado se le llamó fiduciario y a aquél a quien debía transmitirle los bienes, -- fideicomisario"<sup>(4)</sup>.

En fin, las definiciones que nos explican lo que fue el Fideicomiso - en Roma podrían ser muchas más, todas de reconocidos juristas, pero en --- conclusión podemos decir que esta Institución surge como resultado de las numerosas incapacidades para heredar que existieron en el Derecho Romano, - ante lo cual al heredero no le queda otro camino que recurrir a la buena - fé de alguien de su total confianza, capaz de ser heredero y designándole como tal, con la súplica, pues los fideicomisos se dejaban con palabras -- suplicatorias ( verbis precativis ), en el sentido de que una vez recibida la herencia, el heredero fiduciario no aprovechara los bienes para sí, --- sino que los transmitiera, todo o parte a aquellas personas a quienes en - realidad quería beneficiar el Testador pero las cuales carecían de la ---- "testamenti factio pasiva" ( capacidad para poder ser considerado herede - ro ) o del " iuscapiendi " ( derecho para poder beneficiarse aceptando una herencia o un legado ). Así externamente quien figuraba como propietario - era el heredero aparente y solo quedaba a su buena fé el cumplimiento del - encargo que se le había encomendado.

4.- Villagordoa Lozano, Manuel, Doctrina General del Fideicomiso, Edita - do por la Asociación de Banqueros de México, México, D.F., 1976, Pag.13

Ahora bien, cabe preguntarse ¿Quiénes carecían de la capacidad para ser herederos?

El Dr. F. Margadant nos dice que carecían de dicha capacidad:

- 1) Los peregrinos ( extranjeros ciudadanos de una ciudad distinta de Roma, pero residentes de ésta ).
- 2) Los latino-junianos ( esclavos libertos con cierto grado de libertad ).
- 3) Los dediticios ( tenían prohibido vivir cerca de Roma por ser libertos indeseables ).
- 4) Las mujeres ( si la herencia que se les dejase excediera los cienmil sestercios ).
- 5) Las personas inciertas, o sea aquellas respecto de las cuales el Testador no pudo formarse una idea exacta.
- 6) Los célibes ( solteros, viudos o divorciados no vueltos a casar ).
- 7) Los orbi ( personas casadas sin hijos legítimos vivos o concebidos ).
- 8) Los castigados por herejía.
- 9) Los que al abrirse el testamento ya no vivían.
- 10) Las personas jurídicas ( esta prohibición fué desapareciendo en varias etapas )<sup>(5)</sup>.

Eran todas las personas en los anteriores supuestos, personas incapacitadas para gozar de los beneficios de una sucesión a su favor, razón por la que el Testador si es que les quería beneficiar debía recurrir al "Fideicomisum".

Tres fueron las formas de establecer testamentos en Roma :

- a) La forma verbal, desprovista por completo de formalidades, realizado " verbis precativis ", es decir, el ruego verbal, confiado



exclusivamente a la "bona fides".

b) Por testamento, revestido de todas las formalidades que exigía el Derecho Romano y que no hemos de examinar por escapar a los alcances de nuestra exposición; mencionaremos sin embargo quienes carecían de la "Testamenti factio activa", es decir la capacidad -- para ser testador, el Dr. F. Margadant nos dice que carecían de -- ella :

- 1) "Las personas que carecían del ius commercii
- 2) Las personas que no podían tener bienes propios
- 3) Las mujer ingenua, sui iuris, hasta que Augusto le dio tal derecho, así como la mujer bajo tutela, hasta que Adriano le concedió tal derecho siempre que tuviera el consentimiento del tutor, sin embargo difícilmente lo haría pues al no haber testamento normalmente la herencia sería para él ; finalmente las incapacidades a las mujeres sui iuris desaparecen bajo Teodocio II.
- 4) Las personas que por una conducta antisocial, como sanción perdían el derecho de hacer testamento.
- 5) Las personas incapacitadas como dementes pródigos, infantes, impúberes.
- 6) Los ciudadanos romanos que estuvieran prisioneros de guerra perdían la "testamenti factio activa" durante su cautiverio. (6)

c) Por Condicio: El Condicio es un acto de última voluntad, desprovisto de las formalidades del testamento, y su finalidad fue -- añadir ciertas disposiciones a un testamento ya hecho lo que no se hubiera logrado mediante un nuevo testamento sin revocar el primero. Sin embargo, el Condicio o "pequeño testamento" como le --

llama el Dr. F. Margadant estaba sujeto a ciertas reglas que el mismo autor nos señala :

- " 1) El Condicio nunca podía instituir a un heredero o desheredar a alguien :
- 2) El Condicio referente a un testamento válido podía contener legados, fideicomisos, nombramientos de tutores o curadores o manunisiones ( condicio confirmado ).
- 3) El Condicio que no guardara relación alguna con un testamento válido , no podía contener más que fideicomisos ".<sup>(7)</sup>

Con el tiempo, la evolución del fideicomiso fué restándole pureza; el control de la autoridad hubo de dejarse sentir y es así como Augusto es el primero en ocuparse del fideicomiso. El heredero fiduciario como propietario ante el Derecho de los bienes de la herencia, en ocasiones llegó a abusar de su posición contrariando el ruego del testador y aprovechando para sí mismo los bienes, dejando a los fideicomisarios sin los beneficios esperados; esta actitud fué motivo de escándalos entre los ciudadanos romanos por lo que hay necesidad de la vigilancia de la autoridad a fin de evitar tales ofensas, es así como Augusto ordena a sus cónsules intervengan en los casos más graves a fin de obligar al fiduciario al cumplimiento del fideicomiso, y es a partir de Claudio cuando se designa a funcionarios específicamente dedicados al conocimiento de todos los asuntos relaciones con los fideicomisos, funcionarios que llevaron el nombre de "praetor fideicomisarius".

El Dr. F. Margadant comenta dicha situación y nos dice : "Después de las guerras púnicas, un nuevo espíritu penetró en Roma.

Para muchos el dinero valía más que la buena reputación y los fideicomisos quedaban a menudo sin cumplir. A causa de algunos escándalos

7.- Op. Cit. Pag. 506

provocados por fiduciarios deshonestos, Augusto 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 al del Derecho, el fideicomiso sufrió en el curso del tiempo toda clase de restricciones análogas a las que existieron en relación con herencias y legados ". (8)

Así, la institución fué siendo objeto de una regulación cuidadosa para lo cual fueron expedidos numerosos Senado-Consultos, dos de ellos destacan por su especial importancia : El Senado-Consulto Trebeliano dado bajo Nerón en el año 56 D.C. y el Senado-Consulto Pegasiano otorgado bajo -- Vespasianohacia el año 75 D.C.

Veamos someramente en que consistió cada uno de ellos :

a) Senado-Consulto Trebeliano.

La situación creada en virtud del fideicomiso no siempre fue justa para el fiduciario pues éste, al ser considerado como heredero, y por tanto propietario de la herencia, debía responder a los deudores de la sucesión, solo que los beneficios de la misma no le correspondían a él, sino al fideicomisario, esto dió origen a que muchas personas optaran por no aceptar el "honoroso" cargo de heredero fiduciario, con lo cual se veían frustradas las intenciones del Testador Fideicomitente; para sortear tan grave inconveniente expi de el Senado-Consulto Trebeliano. Por medio de este Senado Consulto se dispone que una vez hecha la transferencia de los bienes al fiduciario se entendía que las acciones y derechos correspondientes a la sucesión sería el fideicomisario quien las ejecutaría, --- debiendo éste responder de los ataques hechos a la sucesión en ---

lugar del fiduciario absorbiendo también las obligaciones. Es decir se le concede al fideicomisario la situación de "loco heredis" o sea lo equipara a un heredero.

El maestro Sabino Ventura Silva nos dice :

" Frente a los acreedores de la herencia se tenía como único deudor al heredero fiduciario. Por eso cuando este no aceptaba la herencia, el fideicomiso caía, sin realizarse el deseo del testador. Para remediar este inconveniente se dictó el Senado-Consulto Trebeliano según el cual, el fideicomiso universal se configuraba como sucesión universal. De un lado, el heredero fiduciario transmite el activo; de otro se liberaba de las deudas, y, por último el fideicomisario actúa tras la " restitutio hereditatis ", como " loco heredis ", ya sea ejercitando acciones frente a los acreedores, ya sometándose a las acciones de éstos ". (9)

El Lic. Carlos Véjar Valdéz dice : " El Senado Consulto Trebeliano -- fué quien dió el paso definitivo, confiriendo a la declaración restitutoria del "heres fiduciarius" la eficacia precisa para transmitir inmediatamente al fideicomisario universal sin más requisitos, la parte correspondiente del caudal hereditario, pasivo y activo. El pretor concede las acciones útiles necesarias a favor del fideicomisario y contra él, para sancionar los derechos y deudas, y después de entregar la herencia sólo conserva el nombre del heredero. El Fideicomisario Universal, en la parte que le corresponde actúa " loco heredis ", ocupa de hecho la posición de un heredero pretorio y dispone de los recursos propios de éste pues se le concede una " fideicomissaria hereditatis petitio ". El hecho de que se le traspasen también las deudas le da un carácter de sucesor universal --

que le asimila más todavía al heredero y le distingue del simple legatario . El fideicomiso universal viene a ser pues, prácticamente una nueva modalidad de institución de heredero, libre de las trabas formales que sobre la otra pesan y sujeta únicamente a los requisitos, mucho menos severos del fideicomiso ". (10)

El Tratadista Eugene Petite citado por el mismo Lic. Carlos Véjar -- refiere a este Senado-Consulta en los siguientes términos: " Fue dado bajo Nerón hacia el año 56 de nuestra era y decide que el fideicomisario se asimile a un heredero : loco heredis.

Las acciones hereditarias le son transmitidas de pleno derecho, a título de acciones útiles; de manera que pueden obrar contra los deudores y ser perseguido por los acreedores de la sucesión ". Y más adelante el Lic. Carlos Véjar transcribe los comentarios que del tema hace el autor Pedro Bonfante quien decía : " La restitución efectuada por el fiduciario transfiere al fideicomisario todas las acciones activas y pasivas; las cuales conforme al uso eran concedidas útilmente por el Pretor a base del Senado Consulta. El fiduciario de ahora en adelante, podía oponer a los acreedores la " exceptio restitutae hereditatis " la cual a su vez, los deudores pueden alegar contra él ". (11)

- b) El segundo Senado Consulta aplicable a aquellos fideicomisos que abarcaban toda la herencia o mas de las tres cuartas partes de la misma, lo fué el Pegasiano y lo que éste hizo fué darle al fideicomisario la calidad de " loco legatarii " es decir la posición de legatario. A partir de este Senado-Consulta el cargo de

10.- Véjar, Valdéz Carlos, Estudios sobre Fideicomisos Editado por Asociación de Banqueros de México, 1980, Pag. 266.

11.- Op. Cit. Pag. 268.

fiduciario no sería más gratuito, sino que se estipulaba que el fiduciario tendría derecho a retener la cuarta parte de los bienes de la masa hereditaria para su provecho, incorporando así al fideicomiso principios consignados en la Lex Falcidia ( 40 A. C. ) la cual estipulaba que el testador solo podía disponer por legados de las tres cuartas partes de la herencia, quedando para el heredero una cuarta parte que tendría derecho a retener, de esta Ley nos habla el Dr. F. Margadant quien nos dice que decretaba que : " el heredero no podía ser constreñido a entregar legados por más de setenta y cinco por ciento del valor neto de la herencia. En caso de infracción de este principio, todos los legados debían sufrir una reducción proporcional hasta que el total de los legados fuera del setenta y cinco por ciento del patrimonio sucesorio. Así el heredero se quedaba cuando menos con la cuarta falcidiana ... " (12)

Sin embargo este Senado-Consulta no benefició del todo al fiduciario, pues consecuencia de sus disposiciones fué que el fideicomisario no fuera considerado más " loco heredis " como lo había establecido el Senado-Consulta Trebeliano, con la consecuente descarga de obligaciones para el Fiduciario, sino que se le consideraba como " loco legatari " es decir, legatarios a título particular, revirtiendo así obligaciones al fiduciario al ser considerado heredero y haciendo necesario que las relaciones entre fiduciario y fideicomisario estuvieran regidas de nuevo, como antes del Senado-Consulta Trebeliano, por las " stipulaciones partis et prot parte " mediante éstas, el heredero exigía del legatario una contribución proporcional en caso de tener que liquidar una deuda de la herencia y el legatario exigía del heredero una participación proporcional en cada ---

crédito de la herencia que el heredero cobraría ". (13)

El Tratadista Petite comenta este Senado-consulta y nos menciona :  
 " Este Senado-Consulta que data del reinado de Vespasiano, concede al --- heredero instituido gravado de fideicomisos universales o particulares -- absorbiendo la totalidad o la mayor parte de la sucesión, el derecho de - retener el cuarto como se lo permitía la Ley Falcidia en presencia de le- gatarios.

De esto resultaba una consecuencia enojosa : el fideicomisario uni - versal reducido a los tres cuartos, quedaba asimilado a un legatario par - ciario y ya no es loco heredis, como decidía el Trebeliano pero sí loco - legatarii. Desde entonces era solo el heredero quien estaba en relación - con los acreedores y deudores de la sucesión y era necesario hacer inter - venir entre él y el fideicomisario las estipulaciones " partis et prot -- parte ". Esto representaba volver a los inconvenientes que había hecho - desaparecer el Trebeliano. Sin embargo eran menores, y el único que co - rrría riesgo de la insolvencia era el fideicomisario, pues la cuarta ---- Pegasiana se calculaba como la cuarta Falcidia, sobre el activo neto y se dejaba al heredero lo suficiente para pagar las deudas del difunto..."(14)

Finalmente, 500 años después, Justiniano dispone que " se derogaba - el Senado-Consulta Pegasiano y atribuía al Senado-Consulta Trebeliano una autoridad absoluta ", sin embargo no hace sino fundir las reglas de uno y otro cuya consecuencia es que serán la combinación de ambos senado-consul tos las reglas que regirán a los fideicomisarios.

El Lic. Vejar Valdéz alude al Dr. Petite quien habla sobre el parti - cular y afirma:

13.- Margadant Floris, Guillermo, Op. Cit. Pag. 492

14.- Petite, Eugene, Tratado Elemental de Derecho Romano, Edit. Saturni - no Calleja, S. A., Madrid España, 1924, Pag. 581.

" Este emperador califica su reforma de una manera muy especial, -- anuncia que suprime el Pegasiano y conserva el Trebeliano y de esto viene que nuestros antiguos autores llamen trebeliana la cuarta Pegasiana. En realidad funde juntas las disposiciones de los dos Senados Consultos- de esto resultan las reglas siguientes :

- 1) El Fideicomisario de herencia es siempre loco heredis haya sufrido o no la reducción de la cuarta. Las estipulaciones " partes et pro parte " se suprimen también.
- 2) Las disposiciones del Pegasiano para el caso en que el fiduciario rehuse hacer adición, se conserva y puede ser obligado por orden del pretor para que restituya todo.
- 3) El Fiduciario tiene siempre el derecho de retener la cuarta, -- salvo cuando hace adición por orden del pretor. Fuera de este caso, si por error ha restituido todo, puede reclamar lo que haya pagado antes de Justiniano.
- 4) En fin, el fideicomisario adquiere en lo sucesivo como legatario un derecho real en lugar de un derecho de crédito y no tiene por que temer la enajenación o la hipoteca consentidas por el fiduciario sobre los bienes de la sucesión. El tiene la --- " reivindicatio " contra los terceros adquirentes aún de buena fé, del día en que la restitución deba tener lugar en su beneficio. Los terceros no pueden prevalecer contra él, ni de la ---- "usucapión" ni de la " prescriptio longis temporis ".

En síntesis podemos decir que Justiniano cierra el proceso histórico, refundiendo los Senado-Consultos Trebeliano y Pegasiano en uno solo y desde entonces, las acciones de la sucesión, tanto activas como pasivas,



correspondían al heredero fiduciario y al fideicomisario, dándose contra ellos en proporción a la parte que a cada uno correspondiera en la herencia. Del Senado-Consulto Pegasiano subsistieron, sin embargo, dos disposiciones importantísimas; una de ellas el derecho establecido en favor del heredero fiduciario de retener la cuarta y también el derecho de repetir todo lo que hubiese pagado de más de esa cantidad, en el caso de que lo hubiere restituido al Fideicomisario. La otra importante disposición Pegasiana que quedó en vigor fué el derecho del fideicomisario para obligar al heredero a la adición de la herencia.

La expresada cuarta parte que correspondía al Fiduciario, se llamó cuarta trebeliana a partir de la refundición de los dos Senado-Consultos Trebeliano y Pegasiano, calculándose ella no solo por lo que dejaba el Testador al heredero en concepto de tal, sino también por lo que dejaba en concepto de legado o de cualquier disposición mortis causa. También se computaban los frutos que la herencia había producido hasta el día en que se entregaba.

En virtud de esta refundición, la legislación justiniana sobre la materia puede ser así :

- a) El heredero fiduciario puede retener la cuarta parte.
- b) Las acciones pasan al fideicomisario, o nacen contra él en la proporción correspondiente a lo que recibe.
- c) Si el fiduciario acepta forzado y no retiene nada para sí corresponden al fideicomisario todos los derechos y todas las responsabilidades ". (15)
- B) La otra figura que la doctrina ha considerado antecedente de nuestro actual fideicomiso lo es el " Pactum Fiduciae " este a-

diferencia del fideicomissum constituía un acuerdo entre vivos, pero al igual que aquel, éste tenía como presupuesto fundamentalmente a la confianza.

Por " pactum fiduciae " entendemos a aquel pacto, solo válido inter partes, en virtud del cual una persona llamada fiduciario ( accipiens ) - se obliga a restituir o a revertir la propiedad de un bien que con anterioridad se le ha transmitido por una persona llamada fiduciante ( Tra -- dens ) ya sea cuando éste lo solicite o bien al verificarse la condición prevista en el pacto.

El Dr. Octavio A. Hernández nos dice :

" Pactum Fiduciae es negocio entre vivos, apoyado en la confianza y celebrado en intereses de una o de las dos partes que en él intervienen " (16)

Por su parte el Lic. Emilio Krieger comenta :

" Cuando una persona transfería a otra bienes de su propiedad con el fin de que el adquirente los empleara para un objeto determinado, se celebraba un pacto entre ambos, en el cual, este último se obligaba a ejercer su derecho en la manera convenida; y en forma transitoria, obligándose a devolver los bienes al cumplimiento del fin pactado ". (17)

El pactum fiduciae no era la transmisión de la propiedad en sí, pues ésta se efectuaba a través de la " mancipatio " o de la " in iure cessio " sino que era el acuerdo que acompañaba a esa transmisión limitando sus efectos.

El Derecho Romano distinguió dos formas de Pactum Fiduciae, a saber:

- 1) El Pactum Fiduciae cum creditore
- 2) El pactum Fiduciae cum amico

Veamos el primero : esta convención constituye un remoto antecedente de los llamados derechos reales accesorios, es decir, de los derechos reales de garantía; en efecto, a través de esta modalidad del *pactum fiduciae* se trataba de garantizar a los acreedores la restitución de los créditos que habían concedido, y para lograr esto recurrían a la mecánica jurídica de la " *fiducia cum creditore* " que consistía en que el deudor, propietario de algún bien cuyo valor cubriera el importe de la deuda, --- transmitiera la propiedad de dicho bien al acreedor convirtiéndose éste en su propietario de pleno derecho, con la obligación del acreedor, y --- aquí es donde entra el *pactum fiduciae*, con efectos inter partes y limitativos, de no abusar de su posición de propietario temporal y devolver la propiedad del bien una vez satisfecho el crédito. En caso de incumplimiento del deudor, el acreedor tenía el derecho de retener definitivamente la propiedad consolidándola así a su favor y disponiendo de ella por tanto como mejor le pareciere, sin importar entonces que el monto del valor del bien excediese del de la deuda.

Veamos lo que nos dice el maestro Sergio Martínez Azuero respecto de la figura:

"La *Fiducia cum creditore* representó la forma de garantía consistente en que el deudor requerido por su acreedor para prestarle una seguridad real, transfería por "*mancipatio* " o "*in jure cessio*" la propiedad de un bien con cargo de que le fuera retransmitido una vez satisfecha la --- obligación. Ello implicó en un primer momento que el acreedor figurara como propietario pleno sin que el deudor gozara de acción alguna en caso de

incumplimiento por parte de aquél, lo que contrasta con las ventajas obtenidas por el acreedor ". (18)

El autor Pompeyo Claret y Martí aludido por el maestro Mario Bauche García Diego comenta :

" El Pactum Fiduciae aparece como una de las más antiguas formas -- del Derecho Romano de obligaciones para asegurar una deuda. El deudor -- transmitía la propiedad de una objeto como garantía del caso convenido, -- como por ejemplo la devolución de lo recibido en préstamo. Si el deudor no pagaba la deuda a su debido tiempo, el acreedor tenía el derecho implícito en el pacto de retener la cosa para sí o de venderla ". (19)

También el maestro Octavio Hernández la menciona :

" Pactum Fiduciae cum creditore es negocio jurídico celebrado entre deudor y acreedor, en cuya virtud aquel transfiere a éste la propiedad de una cosa que da en garantía, del cumplimiento de su obligación, en -- tanto que el acreedor se obliga a retransmitir la propiedad de la cosa -- cuando la deuda que garantiza haya sido satisfecha ". (20)

Como es de verse, el funcionamiento de la figura permitía una amplia posibilidad de abuso por parte del acreedor fiduciario éste podía enajenar el bien recibido antes del vencimiento del plazo estipulado para la satisfacción de la obligación, o bien podía enajenar una vez vencido el plazo pero sin que hubiera habido incumplimiento del deudor. Así pues, -- como ocurrió en el fideicomisum, hubo necesidad de proteger a quien --- transmitía, reconociéndose la " actio fiduciae " a favor del fiduciante -- contra los actos abusivos del fiduciario, no fué, sin embargo, una ----

18.- Martínez Azuero, Sergio, Contratos Bancarios, Biblioteca Felaban, -- Bogotá Colombia, 1977, Pag. 601.

19.- Bauche García Diego, Mario, Operaciones Bancarias, Editorial Po -- rrúa, México, D. F., 1974, Pag. 320.

acción real, es decir una acción que se pudiese hacer valer incluso ante-terceros, por lo que el fiduciante tenía que conformarse con una acción personal contra el fiduciario, quien podía quedar en estado de insolvencia, dificultando la justicia para el fiduciante.

El Pactum Fiduciae Cum Creditore fué evolucionando hasta llegar a -- nuestros días con la forma de la prenda y la hipoteca, con una notoria -- ventaja: en estos no hay transmisión de propiedad del objeto en garantía, eliminándose así la posibilidad de abuso.

La otra modalidad que conoció el Derecho Romano del Pactum Fiduciae fué la " Fiducia Cum Amico ", veamos : esta modalidad del pactum fiduciae revistió en realidad mucho menos importancia en el ámbito jurídico que su compañera, la " cum creditore ", y consistía a grandes rasgos en que una persona llamada fiduciante ( tradens ) transmitía la propiedad de un bien a alguien de su entera confianza llamado fiduciario ( accipiens ) a fin de que éste hiciera uso del bien como si tuviera la calidad de dueño, y de hecho después del pacto pasaba a tenerla, quedando obligado con el fiduciante a revertirle la propiedad cuando éste lo solicitare o cuando se verificara la condición estipulada.

La definición que nos ofrece el Dr. Octavio Hernández es la siguiente: " Pactum Fiduciae cum amico es negocio fiduciario en cuya virtud una persona transmite a otra en quien deposita su confianza, la propiedad de una cosa, a fin de que aquella la devuelva al transmitente o la transmita a terceros al primer requerimiento que el transmitente le haga al vencerse el término fijado o al cumplirse la condición consignada ". (21)

El Lic. Villagordoa Lozano nos dice : " La Fiducia Cum Amico se ---

empleaba para que aquella persona que recibía el bien transmitido pudiese usarlo y disfrutarlo gratuitamente y en su propio derecho; una vez --- realizados esos fines quien había recibido los bienes transmitidos, como consecuencia del "pactum fiduciae", los retransmitía al Tradens ".(22)

Al igual que en la " fiducia cum creditore " en la " cum amico " era factible el abuso del adquirente.

De esta modalidad se ha dicho que constituye el antecedente de el -- comodato : la mecánica funcional es muy similar, es cierto, salvo por un aspecto, en la " Fiducia cum amico " operaba la transmisión de la propiedad, en el comodato nunca.

## II) ANTECEDENTES EN EL DERECHO ANGLOSAJON

La mayor parte de la doctrina es coincidente en cuanto a que el antecedente histórico más importante si bien no el más próximo del fideicomiso se encuentra en el Derecho Anglosajón, y específicamente en una Institución: El Trust.

En realidad, hablar del Trust es hablar de la Institución que mayor utilidad ha prestado en las relaciones jurídicas de los pueblos que lo -- han utilizado, siendo también la mayor aportación del Derecho Anglosajón-- al resto de los sistemas jurídicos que existen en el mundo.

Abarcar el tema del Trust en una forma amplia, nos llevaría no una - tesis sino toda una enciclopedia, además de profundos conocimientos de la materia; de modo que resultaría totalmente ilusorio pretender abarcar en unos cuantos párrafos una visión completa de la Institución, independiente de nuestros muy limitados, por no decir nulos, conocimientos del -- sistema jurídico anglosajón.

Siendo, sin embargo el Trust, como antes lo afirmamos, la Institución que se puede considerar el antecedente más importante de nuestro actual - fideicomiso, nos vemos precisados a referirnos a él, veamos pues en una - forma brevísima en que consiste esta figura :

El Trust constituye una relación jurídica en virtud de la cual una - persona llamada " settlor " transmite el título legal de determinados --- bienes o derechos a otra persona de su absoluta confianza denominada --- " trustee " a fin de que esta última la detente en provecho de un tercero-- llamado " cestui que trust ", que puede ser incluso el mismo settlor.

Decimos que es una relación jurídica, en virtud de que actualmente -- se encuentra prevista y regulada por el Derecho, pero no siempre fué así ; en sus orígenes la relación quedó confiada exclusivamente a la buena fé -

del adquirente, desprovista totalmente de sanción jurídica, razón por la que el trustee ( que en principio se llamó "feoffee" ) debía ser el hombre de confianza plena del settlor ( al cual se llamó feoffor ) ya que la traición a la lealtad era intrascendente al Derecho, quedando así imposibilitado el settlor (feoffor) de recuperar lo perdido, El Trust no surgió de improviso, por el contrario es el resultado de muchos siglos de evolución y de peculiar sistema jurídico que a los juristas latinos no deja de extrañar.

Repasemos un poco su historia :

Cuando el sistema y las normas impuestas a un pueblo son a tal grado rígidas e inflexibles, limitando las naturales libertades del ser humano, surge tarde o temprano en esa sociedad, orillada por las circunstancias, la necesidad de crear instrumentos para eludir el rigorismo de lo establecido, tratando así de obtener lo que el derecho en ese momento no permite, pues bien, esa situación fué en la que se vió el pueblo anglosajón en la Edad Media, que en su afán de sacudirse de algún modo el peso del régimen feudal creó un instrumento que con el tiempo vendría a ser una de las --- instituciones más importantes, sino es que la más, del Derecho Sajón, ese instrumento se llamó "use" ( del latín ad-opus : en su representación ). De él se ha dicho que "tuvo como padres al fraude y al temor y como nodriza un tribunal de conciencia "<sup>(23)</sup> y la doctrina es unánime al decir -- que constituye el antecedente inmediato del actual Trust.

No se sabe con exactitud cuando tuvo su origen la utilización del -- "use", pero se cree que lo fué en el Siglo XIII, y como comentábamos, --- surge ante la necesidad de estar en condiciones de efectuar aquello que - el sistema no permite, pudiendo así realizar actos que, sin caer en lo ilfci

23.- Bacon, Sir Francis citado por Rodolfo Batiza, El Fideicomiso, Teoría y Práctica, Edít. Porrúa, México, 1980, Pag. 29



to, el Derecho no permite o actos que son francamente contrarios a la ley; a fin de evitar esto último, en el año 1376 y 1377 el Parlamento dicta medidas prohibiendo la transmisión en fraude de acreedores.

El "use" en términos generales se puede decir que es la transmisión hecha a una persona de absoluta confianza con la obligación de ésta, en conciencia, en favor del enajenante o de un tercero.

El Tratadista F. W. Maitland citado por el Lic. Rodolfo Batiza decía que el "use" consistía en : " una transmisión de tierras realizada por -- acto entre vivos o por testamento a favor de un presta nombre, quien las poseería en favor del beneficiario o cestui que use ". (24)

El Lic. Villadoroa Lozano transcribe la definición del Bouvier's -- Law Dictionary que dice : " El use estaba formado de una relación jurídica mediante la cual una persona ( feoffee to use ) era revestida, según el common law, de un poder jurídico de cuyo ejercicio resultaba un beneficio económico a favor de otra persona ( cestui que use )". (25)

Por su parte el maestro Octavio Hernández dice :

" El use es concebido en términos generales como simple encargo que una persona hace a otra en provecho de sí misma o de un tercero ". (26)

Los motivos que dieron pie al desarrollo del "use" fueron el hecho de que en la Inglaterra de la Edad Media , las constantes luchas políticas -- exponían a los vencidos a ser acusados de alta traición y con ello a la -- confiscación de sus tierras, esto era gravísimo en un sistema fundamentado en la propiedad raíz, de modo que para evitarlo transmitían sus tierras a algún amigo o a algún siervo o vasallo, pues quienes hacían la -- guerra eran los señores feudales, es decir los nobles que eran los que --

24.- Op. Cit. Pag. 33

25.- Op. Cit. Pag. 16

26.- Op. Cit. Pag. 235

estaban en condiciones de ser dueños de tierras, de ese modo, si la derrota tocaba a ellos, sus enemigos se verían ante la imposibilidad de poder confiscar las tierras del vencido, por la sencilla razón de que estas hacía tiempo no le pertenecían conforme a derecho, pues las había entregado antes de partir, sin embargo la persona a quien se le habían entregado -- los bienes estaba obligada en conciencia con el hombre que había confiado en su honorabilidad y debía por tanto actuar a la altura de la lealtad -- que de él se esperaba.

El Lic. Villagordoa comenta : Durante la Guerra de las Dos Rosas, -- los bienes de los vencidos estaban expuestos a ser confiscados por los -- vencidos, como pena por el delito de alta traición que se les imputaba. -- Para prevenir esas confiscaciones los que participaban en esas contien -- das, transmitían sus bienes a una persona, quedando el cesionario en pose -- sión de los mismos, para uso exclusivo del otorgante o sus herederos. En -- este caso, cuando el cedente caía en manos de sus enemigos y era condena -- do por el delito de alta traición, ya no había bienes que le pudieran ser confiscados, pues el cesionario tenía la "legal ownership" de los mismo y además era ajeno al delito cometido. Pero en todo caso el cesionario esta -- ba obligado, por su honor, a permitir al cedente y a sus herederos, el -- uso y disfrute de los bienes por tenerlos confiados a su buena fé ". (27)

Otro motivo que contribuyó en gran medida al desarrollo del "use", -- fué el hecho de que la Iglesia en el siglo XII se convirtió en propieta -- ria de grandes extensiones de tierra, lo cual no fué visto con muy buenos -- ojos por parte de un grupo en el Parlamento el cual a base de presiones -- logra que en el año de 1217 se expida el "Estatuto de Manos Muertas" ---- (statute of Mortmain) a fin de prohibir a la Iglesia ser propietaria en -- lo futuro de bienes raíces so pretexto de que lo contrario ocasionaba ---

27.- Op. Cit. Pag. 24

estancamiento de riqueza. Es así como la Iglesia se ve privada de continuar con buena parte su obra al quedar imposibilitada de ser propietaria de inmuebles.

Pero no todo estaba perdido, los adeptos a la Iglesia recurrieron al "use" logrando con ello la prolongación de las actividades de una forma que sin ser del todo permitida, no caía en lo ilegal. Así, las personas que querían donar tierras a la Iglesia las constituían en "use" dejando como cestui que use o beneficiario a la Institución y constituyéndose en feoffee o trustee asimismo o bien invistiendo como tal a un tercero.

Algunos autores cuando hablan de la relación de la Iglesia con el desarrollo del "use" lo refieren al voto de pobreza que tenía la orden de monjes franciscanos, razón por la que no podían ser propietarios de tierras, pero sí beneficiarse de las mismas, lo que motivo que sus seguidores los designaran cestui que use en los usos que constituían para beneficiarlos.

Sea como fuere, la Iglesia jugó, sin quererlo un papel determinante en el desarrollo y auge del "use" ; fué tan usual su utilización que bajo el reinado de Enrique V ( 1413 - 1422 ) casi todo el suelo inglés estaba en use, según afirma el maestro Oscar Rabasa. (28)

El Dr. Octavio A. Hernández comenta al respecto y nos dice: "... la práctica del use se vió fortalecida porque tuvieron que aprovecharse de ella :

- 1.- Los vencidos, cuya propiedad era confiscada por el vencedor, si antes de la derrota total no era oportunamente adjudicada a un feoffee; y
- 2.- La Iglesia que tuvo que echar mano del feoffee para burlar la prohibición de tener en propiedad bienes raíces, que en 1227 le ---

impuso el Statute Mortmain ( Ley de Manos Muertas ). La cuantía de los -- bienes eclesiásticos protegidos mediante el "use" y la importancia de la propia corporación, mejoró y elevó la calidad de los feofees escogidos -- para el caso ..." (29)

Sin embargo no siempre el "use" ofreció ventajas para su creador; -- como decíamos al principio, las obligaciones a cargo del feofee, es decir quien adquiriría, quedaban exclusivamente a su buena fé y al valor que die- ra en la confianza en él depositada; así, hubo ocasiones, no raras por --- cierto, en que el feofee abusó de su calidad de propietario ante la ley, - olvidando e incumpliendo sus obligaciones adquiridas en conciencia, despo- jando en esa forma, si bien es cierto que no ante el Derecho, al verdadero dueño; este último al verse burlado trató de pedir ante los tribunales - justicia, la cual siempre le fué negada ya que ante el " Common Law ", es decir el derecho estricto, el único y verdadero dueño lo era el feofee -- pudiendo éste utilizar su posición como mejor le conviniera, sin cometer fraude alguno y por tanto sin que los tribunales tuvieran que intervenir para impedirlo, la petición del quejoso no utilizaba a las "form of ---- action" ( covenant, para reclamar daños y perjuicios; debat, para recla - mar deudas líquidas; replevin, para reivindicar muebles; Trover, para -- terminar su detentación ilícita; acoount, para obtener rendición de cuen- tas; y trespass, para reclamar indemnización por actos de violencia con - tra una persona o allanamiento de sus bienes ), (30) y no se ceñía por -- tanto a la " writ original ", razón suficiente para no atender la peti -- ción de justicia.

28.- Rabasa Oscar, El Derecho Angloamericano, Estudio Expositivo y Compa- rado del Common Law, Fondo de Cultura Económica, Mex. 1944, Pag. 276.

29.- Op. Cit. Pag. 237

30.- Batiza, Rodolfo, Op. Cit. Pag. 39

No hubo pues,mas remedio para el feoffor, o en su caso el cestui; había que saltarse al tribunal de derecho estricto, dada su indiferencia y recurrir directamente ante la máxima autoridad, por encima incluso de la Ley: el Rey.

Es así como desde fines del siglo XIV y principios del XV, empiezan a llegar al Rey peticiones de justicia ( redress ) que éste habría de resolver, como fuente de justicia que se le consideraba , ya no conforme al rígido formalismo de la ley, y sin apearse tampoco a procedimientos preestablecidos, sino que más bien en la solución de estos casos hubo de atenderse exclusivamente a su sentido de justicia y de equidad,atendiendo a los dictados de su conciencia e ignorando formalismos que retrasan la solución del conflicto. Esta función de impartición de justicia hubo de delegarla el Rey, debido a sus múltiples ocupaciones, en un funcionario especialísimo, poseedor de un gran poder dentro del sistema, el cual era llamado " Canciller " y a quien se consideraba el hombre de confianza del Rey, su confesor y guardián del sello real; este organismo que con el --- tiempo devino en cuerpo colegiado ( Corte de Equidad, Court of Chancery ) fué entonces quien tomó en sus manos la impartición de justicia basada en la equidad.

( Aristóteles definió a la Equidad como " la corrección de la ley -- en lo que es deficiente en razón de su universalidad " definición que ha sido compartida por la mayoría de los autores.

La ley, en virtud de su generalidad, deja de contemplar situaciones que de hecho se presentan pero que es imposible preveer y tipificar por lo que se considera suficiente que estén previstas las situaciones que -- con mayor frecuencia se presenten, sin embargo de esto resultan en ocasiones situaciones injustas, es entonces en donde la equidad entra a ----

tratar de imponer justicia supliendo las lagunas que la ley dejo o incluso rectificando a ésta, pues en ocasiones la aplicación estricta de la -- Ley es la mayor injusticia ( *summum jus, summa injuria* ).

Así, cuando el constituyente o el beneficiario de un "use" recurría a implorar la justicia real en virtud de haberle sido denegada por los -- tribunales de derecho estricto, el Canciller citaba el feofee, vencedor - conforme al common law, a quien sometía a un interrogatorio; si le hallaba culpable conforme a la equidad le prevenía de que se abstuviera de hacer efectiva la sentencia que le beneficiaba, privándola de efectos, pero sin hacer algún juicio acerca de ella o nulificarla, so pena en caso de no -- obedecer de ser privado de la libertad, hasta obtener el cumplimiento, -- pues el Canciller estaba facultado a través de mandamientos llamados ---- "writ of injuction" y "writ of sub poena" a ordenar la realización de alguna cosa, a obligar al cumplimiento de una obligación o a la restitución de una propiedad, según afirma el Lic. Villagordoá Lozano;<sup>(31)</sup> la sentencia del Tribunal de Equidad creaba deberes en el demandado a diferencia - de la del Derecho estricto que creaba derechos en el actor.

Ahora bien, lo anterior, es decir la impartición de justicia " ex -- aquo et bono " ( en equidad y buena fé ) por parte del Monarca forzado -- por las circunstancias, da lugar a que se vaya creando todo un sistema ju risprudencial basado en la " equity " lo cual va a dar origen a un peculiarísimo sistema jurídico de impartición de justicia, que hasta la fecha no deja de suscitar curiosidad a los juristas no sajones que se asoman -- al derecho inglés. En efecto, la importancia que se le dió a la intervención de la conciencia del Canciller ( El canciller por cuanto fué casi -- siempre un alto dignatario eclesiástico, hasta que en 1529 pasa el Gran -

Sello a un abogado de nombre Thomas More iniciándose así el período en el que la Equidad empieza su transformación a un verdadero sistema legal, pues los cancilleres que le siguieron, abogados en su mayoría, se preocuparon por administrar un sistema de justicia, siendo Lord Nottingham, Canciller de 1673 a 1680, quien mayor impulso dió a la Equidad como sistema en el conocimiento de litigios representando al Monarca, dió como resultado un sistema especial en el que coexisten dos jurisdicciones: la del Common Law y la de la Equity, cada una con sus fundamentos, jueces y tribunales propios, este curioso sistema fué el que permitió el desarrollo del "use" y su posterior transformación al "Trust" tal y como lo conocemos ahora. No obstante que en la actualidad dicho sistema doble ya no existe formalmente, pues desapareció en 1873, después de aproximadamente seis siglos de vigencia, en Inglaterra dejó sentadas las bases sobre las que descansa el sistema jurídico anglosajón habiendo logrado una complementación y una coordinación que a nosotros nos parecería perfecta, pues de otro modo no nos explicamos que fuera aceptada y conservada durante siglos y siglos por los pueblos mas civilizados del planeta.

El Lic. Batiza comenta : " En Inglaterra la legislación dictada en 1873 unificó en el Supremo Tribunal de la Judicatura a los Tribunales de Cancillería y de Derecho Común, que quedó así integrado por dos entidades judiciales: el alto tribunal de Justicia y el Tribunal de Apelación, y en que el primero comprende al Banco del Rey, a la Cancillería, Sucesiones-Divorcio y Almirantazgo. Lo interesante y significativo es que la unificación, que haría pensar a primera vista en una fusión entre Equity y Common Law y en consecuencia, en la eliminación de esa distinción tradicional, no ha producido tal efecto. Como lo atestigua la doctrina inglesa más representativa, por el contrario, uno y otro sistemas siguen mante --

niendo su respectiva identidad, sus principios característicos y sus finalidades propias. En lo esencial ha habido unificación de tribunales en lugar de la dualidad que antes existía, pero en las palabras de Ashbuner, - aún cuando las dos corrientes jurisdiccionales fluyan lado a lado, no mezclan sus aguas: la separación entre demandas y excepciones y recursos de derecho estricto o Common Law, por una parte, y las correspondientes categorías en la equidad o Equity, por la otra, no ha sido eliminada por la -- legislación en ninguno de sus aspectos "(32)

De esta dualidad de jurisdicciones nos habla el Dr. Roberto Molina - Pasquel quien es citado por el Dr. Jorge A. Domínguez Martínez en su obra y nos dice: "... no es una dualidad en contrario, no es un paralelismo -- que cruce las mismas zonas y contenga las mismas Instituciones: es una -- dualidad de complementación. No existe una igualdad de Instituciones en -- ambos fueros en el sentido en que nosotros habíamos de entender que hay -- arrendamiento en equidad, compraventa en equidad, mandato en equidad por una parte, y que otra hay compraventa en Common Law, arrendamiento en --- Common Law, etc.

No existe ese paralelismo como dos jurisdicciones irreconciliables, - sino que son complementarios. En ciertos casos, imposible dejar de recono - cerlo, hay diferentes puntos de vista respecto del mismo hecho, pero en - la práctica, en la resolución de los conflictos que esos dos diferentes - puntos de vista originan, siempre hay uno que prevalece y hace desapare - cer el conflicto que hipotéticamente pudiera plantearse en cuanto a que - en cada una de las jurisdicciones el mismo hecho es visto en diferente -- forma. "(33)

32.- Batiza, Rodolfo La Propiedad Fiduciaria y sus antecedentes en Nues - tro Sistema Legal, Estudios Sobre Fideicomisos, publicado por la --- Asociación de Banqueros de México, D. F., 1980, Pag. 195.



Ahora bien, es cierto que el empleo del "use" fué un valioso instrumento del que se valió una sociedad oprimida por un sistema inflexible -- consiguiendo así objetivos que sin él no hubiera logrado; es cierto también que como comentábamos, hubo un momento en que se hizo necesario dotar a la relación derivada del "use" de normatividad, debido principalmente a los abusos de los feoffees lo cual se consiguió a través de la intervención de los Tribunales Reales, y específicamente de la Cancillería, -- quienes desarrollaron todo un sistema jurisprudencial que con el tiempo -- constituiría el sustento de todo un sistema jurídico; pero lo que también es cierto es que el desarrollo, el auge y la regulación por parte de la autoridad que vino a sancionar al "use", no fué cuando menos para algunos del todo positiva, también tuvo, como todas las cosas, su aspecto negativo que el Dr. Octavio A. Hernández nos resume en los siguientes puntos:

- 1.- Permitió que se violara la Ley feudal y territorial en gracia a la equidad.
- 2.- Ocasionó que el Rey y los Lores perdieran sus privilegios feudales.
- 3.- Motivó que las ventas de inmuebles no sujetas a publicidad que daran envueltas en la incertidumbre y que los compradores no supieran contra quien enderezar sus acciones.
- 4.- Su uso se hizo útil para defraudar los intereses legítimos de los acreedores de quien recurría al feoffe."<sup>(34)</sup>

Estos inconvenientes se fueron acrecentando hasta que llegó un punto en que se hicieron intolerables por quienes más los sufrían; así, en el -

33.- Domínguez Martínez Jorge A., El Fideicomiso Ante La Teoría General del Negocio Jurídico, Edit. Porrúa, México, 1982, Pag. 142.

34.- Op. Cit. Pag. 238 y 239

año 1534, Enrique VIII realiza lo mejor que pudo hacer en su vida al dictar la "Ley sobre Usos" ( Statute of Uses ) y lograr con ello, sin proponérselo en lo mas mínimo, hacer una de las mayores aportaciones, sino es que la mayor, en el campo del Derecho Privado Anglosajón.

La Ley, anotaba en su preámbulo una serie de inconvenientes que --- traía aparejados el "use" como eran, según narra Batiza: "el despojo a -- los herederos de sus legítimos derechos, las cesiones secretas en fraude de acreedores y adquirentes, la privación a los señores de sus derechos feudales, la pérdida para el marido de su tenencia " por cortesía"y para la esposa la del usufructo sobre un tercio de las tierras de aquél, la -- burla al Rey de su derecho a los bienes de los condenados por felonía, la usurpación del goce de las tierras inglesas por extranjeros." (35)

Todo lo anterior, según la Corona, minaba seriamente las bases del sistema lo cual convertía al "use" en un instrumento notoriamente indeseable, independientemente de la pugna que existía entre Enrique VIII y la Iglesia, lo cual constituía una razón más para expedir la ley.

El Estatuto, no obstante que su intención fue acabar de una vez por todas con el use, no lo declaró ilegal y se limitó a disponer que quien fuera el beneficiario de los mismos, es decir el "cestui que use", sería considerado como el propietario de pleno derecho, adjudicándole el título legal, unificando así los derechos de beneficiario conforme a la "Equity" y los derechos de propietario conforme al "Common Law", eliminando a la figura intermedia del "feoffee", quien hasta entonces había sido el propietario conforme a Derecho estricto, quedando en esa forma "ejecutado el use".

El Lic. Batiza comenta sobre ello y dice :

" Ordenó, en efecto (refiriéndose a la Ley) que cuando una persona estuviera en posesión dominical ( seised ) para el "uso" "trust" o confianza de una o varias personas o de alguna entidad política, a ellas correspondería en su integridad el derecho de los bienes cesando la posesión dominical existente sobre los mismos. Así pues, los uses no fueron prohibidos: conforme al tecnicismo legal quedaban tan solo "ejecutados", esto es, hacía al "cestui que use" dueño legal que dejaba de tener un derecho de equidad, convirtiéndose en esa forma en el único dueño, en tanto que el "feoffee to use" venía a ser por completo eliminado " (36)

Una vez dictada la ley, serían los tribunales del " common law " los que conocerían de los asuntos relativos al use, pero solo temporalmente, pues el canciller recuperaría su competencia en la materia.

Ahora bien, aunque aparentemente la intención del Monarca de eliminar por completo el use, había quedado cumplida, en realidad no fué así. La mayor parte de los uses fueron eliminados, es cierto, sin embargo los jueces de ambas jurisdicciones, equity y common law, coincidían en cuanto a que el estatuto debía ser interpretado a la letra, de ese modo escaparon al alcance de la ley algunas modalidades del use, por lo que en determinadas situaciones prevaleció la división entre el derecho legal y el -- derecho de equidad; así, por ejemplo, se consideró que la ley no debía -- aplicarse a los "uses activos" es decir aquellos en los que el feoffee debía ejecutar determinados actos de administración en beneficio del cestui esto es, que implicaban una labor; tampoco se aplicó a los uses sobre muebles; otra modalidad del "use" que también escapó del alcance de la ley -- referida, fué aquella que consistía en establecer un "use" sobre otro ---- "use" ( use limited upon use ) en estos casos el bien se transmitía a una

persona para el beneficio de otra, para el beneficio, a su vez, de otra . Así la ley consideraba ejecutado el primero y por tanto se tenía al "cestui que use" de este primer "use" como legítimo propietario para todos los efectos; éste sin embargo se designaba a sí mismo "feoffee" del segundo --- "use" dejando el beneficio a un tercero; así desde 1557, a partir de el fallo de un célebre caso llamado "Tyrrell" las cortes de equidad decidieron que el segundo "use" continuaba manteniendo el interés beneficiario separado del propósito legal. Es así como el "use" logró vencer a los ataques que se le hicieron, subsistiendo y desarrollándose, pero esta vez en forma definitiva; a partir de entonces se le conocería con su nombre definitivo, no se llamaría más use, en lo sucesivo se le conocería por "trust".

Como lo mencionamos antes, hablar de trust en forma amplia y detallada requería de dos supuestos indispensables: profundos conocimientos de derecho anglosajón, y estar en posibilidad de escribir todo un tratado de respetables proporciones sobre el tema; hipótesis ambas en las que no nos encontramos; veamos sin embargo, que nos dicen de él algunos autores:

El Lic. Villagordo Lozano cita al Lic. Serrano Trasviña quien a su vez transcribía la definición del trust que da el "Restament of the Law of Trust" y que reza: "un trust es una relación fiduciaria con respecto a determinados bienes, por lo cual la persona que los posee, (trustee) esta -- obligada en derecho equidad a manejarlos en beneficio de un tercero (cestui que trust). Este negocio surge como resultado de un acto volitivo expresado de la persona que crea el trust ( settlor ). (37)

Por su parte el Lic. Batiza cita al autor inglés Walter Hart quien -- dice: "Las notas fundamentales que la definición debe expresar son :

- 1) Una obligación que puede ser impuesta expresamente o por implicación - de la Ley.

- 2) La restricción de la obligación al manejo de bienes sobre los cuales el obligado tiene control.
- 3) La separación entre el control de los bienes y la integridad del derecho beneficiario sobre éstos, en el concepto de que el obligado, puede ser una de las personas que gocen de tal derecho;
- 4) La capacidad de cualquiera de las personas interesadas beneficiaria -mente para exigir la obligación. Dichos elementos pueden combinarse - para formular la definición siguiente: El trust es una obligación impuesta ya sea expresamente o por implicación de la ley, en virtud de - la cual el obligado debe manejar bienes sobre los que tiene el con -- trol para beneficio de ciertas personas que indistintamente pueden -- exigir la obligación ". (38)

En realidad las definiciones podrían prolongarse hasta alcanzar un buen número, por lo tanto no las habremos de transcribir pues además todas han sido objeto de críticas sin que hasta la fecha se haya expuesto alguna definición que satisfaga a la doctrina en forma unánime.

Cambian en el trust, con relación al use, en nombre de las partes :- el feoffor se llamará settlor, el feoffee se llamará trustee y el cestui - que use, cestui que trust.

El trust no estará encaminado a aplicarse en la práctica en forma -- exclusiva sobre la propiedad raíz como lo estaba el use, sino que podrán en el trust ser materia del mismo toda clase de bienes o incluso derechos. Pero vendrían con el tiempo a haber una característica mas del trust que lo diferenciaría más aún de su antecesor: la aceptación del trustee insti tucional, es decir el encargo de confianza encomendado ya no a un hombre, - ya no al amigo de confianza, sino a una persona moral, es decir a una ----

37.- Op. Cit. Pag. 27

38.- Batiza, Rodolfo, El Fideicomiso Teoría y Práctica. Pag.50

institución; práctica ésta que tuvo su desarrollo y auge, que conserva - hasta la fecha, principalmente en los Estados Unidos siendo esta característica la que definiría exactamente los perfiles propios de la Institución, quedando así marcadas las directrices que siguió y que hasta la fecha conserva. El primer trustee institucional del que se tienen noticias lo fué la " The Farmers fire Insurrance and Loan Company " hacia el año - de 1822 en la Ciudad de Nueva York. No obstante estas diferencias la mecánica operativa del " Trust y del Use " es prácticamente la misma por lo - que la doctrina no duda en atribuirle al use la paternidad del Trust.

Ahora bien, a estas alturas de nuestra exposición cabe preguntarnos ¿encuentra el fideicomiso mexicano sus antecedentes en el Derecho Romano o bien los ubica en el Derecho Anglosajón? la respuesta a esta interrogante ha sido causa de múltiples discusiones en la doctrina, sin que hasta - ahora se haya conseguido unificar criterios, sin embargo se nota la tendencia en los autores en reconocer al Derecho Anglosajón como fuente de - nuestro fideicomiso; el Dr. Luis Muñoz nos menciona a algunos autores que se adhieren a esta última postura y nos dice: " Históricamente el Fideicomiso Mexicano deriva del trust Anglosajón, Lizardi Albarrán escribe: "Nunca se ha negado que el origen de nuestro fideicomiso sea el Trust Anglosajón y así lo reconocieron los primeros que, entre nosotros se han ocupado de él . Para Yarza Ochoa los antecedentes históricos y doctrinales de nuestro fideicomiso se encuentran en los " express trust del Derecho Angloamericano ".

" Según piensa Serrano Trasviña, nació el fideicomiso de improviso, sin antecedentes de previa gestación en el derecho mexicano, ni desarrollo -- histórico de especie alguna. Es su antecedente el Trust de origen anglosajón. Pintado Rivero entiende que no queda otro remedio que acudir -----

a la única fuente de nuestro fideicomiso, para encontrar sus antecedentes históricos y aún las razones de su configuración y naturaleza propios. Esta fuente es el trust angloamericano. Piensa Cervantes Ahumada que si bien el fideicomiso nuestro es el trust norteamericano, en realidad el legislador mexicano estructuró, de acuerdo a nuestro medio una institución completamente diversa al trust. Molina Pasquel opina que la operación de crédito mexicano es una institución diversa del trust; pero en cuanto significa la intención claramente expresada por nuestro legislador de ser una importación de esta última, todo el derecho sobre el trust debe ser considerado como fondo de interpretación doctrinal, e indirectamente auténtico. " (39)

El mismo legislador reconoció esta tendencia de reconocer en el Derecho Anglosajón el origen del fideicomiso; en efecto en la memoria de la Secretaría de Hacienda y Crédito Público del año 1926 Tomo 1-249 se dice, refiriéndose a la Ley de Bancos de Fideicomisos :

" La Institución del Fideicomiso es nueva en México y en consecuencia la Ley relativa es una creación o mejor dicho la legalización de una Institución jurídica moderna que en otros países, especialmente en los anglosajones se practica hace largo tiempo y que ha producido fecundos resultados permitiendo que las operaciones financieras y comerciales se hagan sin las trabas del derecho tradicional.

El nombre del fideicomiso, aceptado por la nueva ley, como el que tradicionalmente se ha dado en nuestra lengua a la institución anglosajona no significa en manera alguna lo que por él se ha entendido el el derecho antiguo pues el nuevo fideicomiso es en realidad una institución distinta de todas las anteriores y muy particularmente del fideicomiso del Derecho Romano. La reglamentación sancionada por la ley, constituye en el fondo -

una adopción de las prácticas anglosajonas pero con las modificaciones adecuadas para su adaptación a las demás disposiciones en nuestro derecho y - muy particularmente de la legislación bancaria, a fin de que haya unidad - en el sistema y se eviten discrepancias o conflictos entre unas y otras -- instituciones jurídicas ".

En el otro extremo, otros autores niegan que el fideicomiso tenga como fuente de inspiración directa al "trust", entre ellos el Lic. Batiza quien tampoco los atribuye al derecho romano, nos dice: " El Fideicomiso Mexicano no tiene relación directa alguna de filiación con el trust, ni tampoco - incorpora principios o doctrinas que sean características de éste... (40) y en otro trabajo el mismo autor expone: "hemos vivido bajo el espejismo de que el Fideicomiso Mexicano deriva directamente del Trust Anglosajón, equívoco reforzado por la Exposición de Motivos de la Ley General de Títulos y Operaciones de Crédito cuando señala que solo se admite el fideicomiso expreso rechazando al fideicomiso implícito, lo que inmediatamente hace pensar como con acierto ha sido apuntado en los express e implied trust ". (41)

El Lic. Alvaro Espinoza Gómez nos dice: Independientemente del influjo de Instituciones anglosajonas el concepto base del fideicomiso coincide conceptual y materialmente con el del Derecho Romano en cuanto implica la transferencia de un bien en confianza para lograr los fines u objetos de - quien realiza la transmisión y sus diferencias con el derecho romano no -- son substanciales lo que se comprueba con el hecho de que el fideicomiso - regulado por la ley mexicana, independientemente de que haya tenido su inspiración en figuras similares de derecho extranjero ( concretamente en el trust anglosajón ) no ha impedido que se adapte al sistema -----

39.- Muñoz, Luis, El Fideicomiso, Cárdenas Editor y Distribuidor, México, - D. F., 1980, Pag. 56.

40.- Batiza, Rodolfo, El Fideicomiso, Pag. 20



económico. " (42)

El Lic. Carlos Véjar Valdez en su estudio publicado por la Asociación de Banqueros de México llega a las siguientes conclusiones :

- " 1) La institución jurídica del Fideicomiso en México es producto directo del fideicomiso hereditario romano definitivamente mejorado, modificado, adicionado, y adaptado por el legislador mexicano conforme a nuestra idiosincracia.
- 2) Nuestro legislador indudablemente conoció y analizó las distintas figuras fiduciarias romanas de las que tomó distintos elementos formales y sustanciales para configurar el actual fideicomiso mexicano.
- 3) Debe reivindicarse el origen histórico y directo del actual fideicomiso en fuentes romanas, sin menosprecio de los muy útiles y valiosas aportaciones del Trust angloestadounidense, así como de otros conocidos antecedentes legislativos y doctrinales."<sup>(43)</sup>

No podemos negar que al observar a las figuras del "Fideicomissum " y Pactum Fiduciae romanos se observan mas semejanzas que diferencias con -- nuestro actual fideicomiso; Carlos Véjar Valdez, en un estudio comparativo entre el Fideicomissum y el actual fideicomiso nos señala tanto unas como las otras en una forma por demás clara por lo que no obstante su amplitud nos permitiremos transcribir la parte relativa en forma literal, -- vemos:

" 9.2 En cuanto a su Terminología.

Es obvio que aún cuando nuestro legislador en su exposición de motivos declara que el fideicomiso es una importación ó una recepción del ---

41.- Batiza, Rodolfo, Realidades del Fideicomiso en México, Estudios Sobre Fideicomiso, Editado por Asociación de Banqueros de México, Pag. 23

Trust Norteamericano, trató a toda costa de latinizar en primer lugar, -- su terminología; y así, no denominó simplemente: trust a esta " asimilación" jurídica, sino fideicomiso, ( fideicommissum) vocablo que proviene de las raíces etimológicas latinas: fides (fé) y comiso ( encargo ).

9.3 En cuanto a la forma de constitución nuestra vigente legislación admite en relación a la forma de constitución exclusivamente al fideicomiso expreso y dentro de esta categoría el constituido por acto entre vivos por testamento ( Art. 352 L. T. )

En relación a que el fideicomiso mexicano puede ser constituido por acto entre vivos o por testamento podemos comentar que idéntica situación acontecía en el Derecho Romano; pues el fideicomiso romano se podía constituir entre otras variantes, por testamento. La constitución del fideicomiso, por acto " entre vivos ", la conocemos en Roma a través del "pactofiduciario" en virtud del cual se transferían los bienes a favor de un acreedor o de un amigo. Asimismo, el fideicommissum a debitare relictum " se constituía por acto entre vivos, asemejándose a un contrato a favor de terceros, aunque con efectos análogos a las diversas modalidades de fideicomisos hereditarios romanos.

9.4 En cuanto a sus requisitos formales, aunque a un principio el fideicomiso hereditario romano se permitía y tenía validez constituirlo en forma verbal, las formas tradicionales e institucionalizadas por el legislador romano, fueron las consignadas en documento escrito, con mayores o menores formalidades, según se tratara de un testamento o de un condicilio.

42.- Espínosa Gómez, Alvaro, Las Instituciones Fiduciarias y el Fideicomiso en México, Editado por Fomento Cultural de la Organización Somex, México, D. F. 1982, Pág. 413

43.- Op. Cit. Pág. 281

Congruente con este requisito de formalidad establecido y exigido -- por los pretores romanos, nuestro legislador exige que el fideicomiso debe constar por escrito ( Art. 352 L. T. ) es decir en forma expresa.

Por otra parte, en Roma en cuanto se refiere a los requisitos formales para la adquisición de propiedad de bienes o derechos por parte del heredero gravado ( fiduciario ) se debían de seguir los procedimientos -- normales hereditarios y cuando debía operar la transmisión de propiedad de los bienes, dados en fideicomiso, a favor de los fideicomisarios, tal transmisión de propiedad debía ajustarse a las formalidades establecidas en el Derecho Civil Romano, según se tratara de un fideicomiso universal o de un fideicomiso singular.

En México acontece algo similar, pues: "la transmisión de los bienes o derechos que se fideicomiten debe ajustarse a la legislación común" ( Art. 352 L.T. ) e inclusive la titulación de estos bienes al fideicomisario debe seguir dicha regla.

9.5 En cuanto a sus elementos personales del fideicomiso hereditario romano y el fideicomiso mexicano, existe una definitiva congruencia analógica e inclusive equiparación terminológica, formal y sustancial con algunas leves y en otros casos notorias diferencias producto indudable -- estas últimas de la experiencia y talento del legislador mexicano en esta materia.

Podemos señalar las semejanzas y distinciones del fideicomitente, -- fiduciario y fideicomisario romanos con las personas que intervienen en el actual fideicomiso mexicano, conforme al análisis comparativo del Digesto y las Institutas de Justiniano con nuestras vigentes disposiciones en materia fiduciaria, que se contiene en los subsecuentes incisos.

#### 9.5.1. El Fideicomitente

En Roma

Sólo podían ser fideicomitentes personas con capacidad para heredar sus bienes gravándolos con un fideicomiso.

En otras palabras, debían tener la Testamenti Factio Activa

En México

Sólo las personas con capacidad para afectar bienes en fideicomiso - pueden ser fideicomitentes ( Art. 439 L.T. )

En Roma

El Fideicomitente testador podía designar uno o varios herederos fiduciarios para que conjunta o sucesivamente desempeñen el fideicomiso ( D 36. 1.24 (23 ) entre otras disposiciones del Digesto ).

En México

El Fideicomitente puede designar una o varias instituciones fiduciarias para que conjunta o sucesivamente desempeñen el fideicomiso ( Art. - 450 L. T. ).

En Roma

El Fideicomitente testador podía designar uno o varios fideicomisarios ( D. 36. 1.9 )

En México

El Fideicomitente puede designar uno o varios fideicomisarios (348 L. T.).

En Roma

El Fideicomitente, podía dejar el fideicomiso sujeto a condiciones, - o sin ellas ( D. 36. 1.9 ).

En Roma

El Fideicomitente, puede sujetar el fideicomiso a condiciones suspen

sivas y resolutorias.

En Roma

Podía señalar término para la entrega del patrimonio ( D. 36. 1.(9)-  
e Inst. Just. Tit. XXIII 2.

En México

Puede señalar plazo para la ejecución del Fideicomiso ( Art. 357 --  
III L.T. ).

En Roma

Puede facultar al fiduciario para adquirir o sustituir bienes de la-  
herencia fideicomisaria ( D. 36.1.19 (18) D. 36. 1.2.3. (22) (3)

En México

Puede instruir al fiduciario para adquirir o sustituir bienes o dere-  
chos fideicomitidos ( Art. 45 F. II Ley Bancaria ).

En Roma

Puede revocar y extinguir el fideicomiso en cualquier tiempo durante  
su vida ( facultad inherente a todo testador romano ).

En México

Puede extinguir o revocar el fideicomiso siempre que se haya reserva-  
do esa facultad ( Art. 439 L. T. ).

Las diferencias mas sobresalientes entre el fideicomiso hereditario-  
romano y el actual fideicomiso mexicano, con relación a la configuración-  
del fideicomitente, son :

1.- En México, pueden ser fideicomitentes :

Personas físicas, jurídicas o autoridades capacitadas para afectar sus --  
bienes en fideicomiso. En Roma solo las personas físicas podían asumir --  
tal carácter.

2.- En México puede constituirse el fideicomiso con carácter revoca-  
ble e irrevocable. En Roma sólo podía revocarse el fideicomiso heredita--

rio en vida del testador fideicomitente.

3.- En México, el fideicomitente puede designar un Comité Técnico - o de distribución de fondos, señalando las reglas de su funcionamiento. - Esta figura no llegó a conocerse en el fideicomiso hereditario romano.

4.- En México, el fideicomitente puede reservarse la facultad de --- exigir cuentas al fiduciario. En Roma, tal posibilidad no existía, con -- forme a la naturaleza del fideicomiso hereditario.

#### 9.5.2. El Fiduciario.

En Roma.

La facultad de designar uno o varios herederos fiduciarios en partes iguales o desiguales para el desempeño conjunto o sucesivo del fideicomiso asistía al Testador fideicomitente D. 36, 1. 3 (4) D. 36. 1. 17 (16) - (17).

En México

Su designación asiste al fideicomitente e inclusive puede designar- varios para el desempeño conjunto o sucesivo del fideicomiso ( Art. 350- L. T. ).

En Roma

El heredero fiduciario gravado podía no aceptar la herencia y esto- daba lugar a la extinción del fideicomiso. ( Inst.Just. Tit. XXIII. 5 ).

En México

Puede no aceptar la designación , o renunciar al cargo por causa -- grave y salvo lo dispuesto en el acto constitutivo cuando no acepte o re nuncie se designará otro y si no se logra, el fideicomiso cesará (Art. - 350 y 356 L. T.).

En Roma

Deberá realizar el fideicomiso conforme a la voluntad del fideicomitente y como heredero (Propietario) lo asistirán todos los derechos y acciones que asistían al " de cuius "

(Consecuencia del régimen hereditario romano y de la fiducia).

En México

Debe realizar el fideicomiso conforme al acto constitutivo y al efecto tendrá todos los derechos y acciones que se requieran para su cumplimiento ( Art. 356 L. T. ).

En Roma

El Fiduciario responde de la culpa grave o negligencia por la pérdida de los bienes a él confiados ( D.36 1.23 (22) (3)

En México

Es responsable de las pérdidas o menoscabos que los bienes fideicomitidos sufran por su culpa. (Art. 356 L. T. )

En Roma

El Fideicomitente puede designar al heredero fiduciario indicando su nombre propio o simplemente a sus legítimos herederos que sin mencionar los resulten fiduciarios D.36. 1.25 (24)

En México

Si el Fiduciario no es designado al constituirse el fideicomiso, el fideicomisario o el juez de primera instancia de la ubicación de los bienes lo designarán.

Las diferencias más notables, entre el fideicomiso hereditario romano y el fideicomiso mexicano, en relación a la figura del fiduciario, son las siguientes:

1.- En México, sólo pueden ser fiduciarios las Instituciones de Crédito concesionadas para realizar operaciones de fideicomiso. En Roma, la-

regla general era que sólo podían ser fiduciarios los herederos, legatarios fideicomisarios y los donatarios mortis causa; es decir personas físicas. Tal era la regla general; pues, en el Digesto, libro 36, Título I, apartado 15 se establece que el fideicomitente podía designar como fiduciario a una asociación o corporación, es decir a una persona moral, para restituir los bienes hereditarios. También se prevé esta posibilidad en el D. 36. 1. 6

2.- En México, el fiduciario no puede ser fideicomisario; en Roma -- si podía el heredero fiduciario ser fideicomisario de parte de la herencia, inclusive podía beneficiarse con los bienes y frutos mientras no restituyera los bienes al fideicomisario.

3.- En México, el fiduciario desempeña su cometido por funcionarios designados expreso y de cuyos actos responde solidaria e ilimitadamente. En Roma, el heredero fiduciario desempeñaba personalmente su encargo, como buen padre de familia.

4.- En México, el fiduciario percibe honorarios por su función y en Roma el fiduciario además de que podía ser fideicomisario, tenía derecho a la cuarta Trebeliana.

### 9.5.3. El Fideicomisario.

En Roma

Podía serlo persona física o moral D. 36.1.2 D.36. 1.59

En México

Pueden serlo persona física o jurídica (Art. 348 L. T.)

En Roma

podían designarse varios fideicomisarios. D. 36.1.17

En México

Pueden designarse varios fideicomisarios ( Art. 348 L.T. )



En Roma

Al Fideicomisario le asistían todos los derechos y obligaciones de la herencia fideicomisaria.

D. 36. 1. e Inst. Just. Título XXIII

En México

Le asisten todos los derechos que se le otorguen al constituirse el fideicomiso ( Art. 355 L.T)

En Roma

Puede el fideicomisario exigir la adición y restitución de los bienes fideicomitidos.

En México

Puede exigir el cumplimiento del fideicomiso.

En Roma

Puede recibir el beneficio de la herencia fideicomisaria en forma directa o posterior si así se determina y son varios los fideicomisarios.  
(D. 36. 1. )

En México

Pueden recibir el beneficios del fideicomiso en forma simultánea o sucesivamente en caso de ser varios ( Art. 348 L. T. ).

En Roma

El fideicomisario en su calidad de "loco heredis" conforme al derecho justiniano podía reivindicar los bienes salidos de la herencia fideicomisaria.

En México

Puede reivindicar los bienes que a consecuencia de actos del fiduciario salgan del patrimonio fideicomitido en su perjuicio. (Art. 355 L.T)

En Roma

Cuando sea incapaz o este imposibilitado, sus acciones y derechos -- le asistirán a quien ejerza la patria potestad, su tutor o curador o al pretor. D. 36. 1.38 D. 36. 1. 52 D.36.1.61 D.36.1.11.

En México

Cuando sea incapaz, sus derechos los ejercerá quien ejerza la patria potestad, su tutor o el Ministerio Público ( Art. 356 ).

En Roma

Pueden designarse fideicomisarios sustitutos para el caso de fallecimiento de los titulares. D. 36. 1. 26

En México

Pueden designarse fideicomisarios sustitutos para el caso de fallecimiento de los titulares. ( Art. 359 L. T. )

Las diferencias más notables, entre el fideicomiso hereditario romano y el fideicomiso mexicano, en relación a la figura del fideicomisario, son las siguientes :

1.- En México, el fideicomisario puede designar la Institución Fiduciaria, si no se designó nominalmente en el acto constitutivo del fideicomiso. En Roma, no cabía esta posibilidad. En caso de una indeterminación del fiduciario, tal facultad asistía a los magistrados romanos quienes -- declaraban quien o quienes eran él o los legítimos herederos del testador gravados con un fideicomiso.

2.- En México puede no señalarse el fideicomisario al constituir el fideicomiso, sino en acto posterior. En Roma el fideicomisario al igual -- que en México, podía ser designado en forma indeterminada, pero susceptible de determinarse: " El que lleve mi ataúd, " El que designe el pretor o el cónsul ", etc.

3.- En México, si un fideicomisario, entre varios, no acepta la desig

nación de que es objeto y en consecuencia pierde los beneficios del fideicomiso, estos revierten al fideicomitente o a sus herederos, si éste ha fallecido salvo que, en el acto constitutivo del fideicomiso, se hubiera permitido que los demás fideicomisarios tengan el derecho de acrecer la parte del que no acepto el fideicomiso o falleció. En Roma, si un fideicomisario no aceptaba la herencia fideicomisaria, su parte correspondía al fideicomisario que sí aceptó. (D.36.1, 16.17)

#### 9.6 En cuanto a sus finalidades.

Tanto en el Derecho Romano como en el Derecho Mexicano, las finalidades del fideicomiso pueden ser de cualquier índole, las únicas limitaciones impuestas a la realización de los fines que se determinen por el fideicomitente son, que sean lícitos y posibles.

#### 9.7. En cuanto al patrimonio fiduciario.

En Roma se podía dejar por herencia fideicomisaria todo el patrimonio del testador fideicomitente o una cosa particular, según se tratase de un fideicomiso universal de herencia o de un fideicomiso hereditario-singular.

En México conforme a la Ley General de Título y Operaciones de Créditos, artículo 351, pueden ser objeto del fideicomiso, toda clase de bienes o derechos, excepto los que sean estrictamente personales de su titular.

La prohibición de fideicomitir bienes estrictamente personales de su titular, tales como el nombre, la nacionalidad, el derecho de voto, etc., establecida por el legislador mexicano, es la diferencia más destacada -- que en relación al patrimonio del fideicomiso se puede mencionar frente al Derecho Romano .

En Roma, como es sabido tanto el heredero legítimo como el heredero -

fiduciario e inclusive el fideicomisario conforme a derecho, eran continuadores de la personalidad del testador y en consecuencia podía recibirlos bienes y derechos concreto y específicos del De Cujus y además los -- bienes intangibles, tales como el nombre y los odios y afectos del testador romano.

#### 9.8. En cuanto a su plazo de vigencia.

En Roma, el plazo de los fideicomisos para efectos de la entrega del haber hereditario a los fideicomisarios, podía predeterminarse libremente por el fideicomitente testador. En la época de Justiniano se prohibió la constitución de fideicomisos cuyo plazo excediera la vida de cinco generaciones de fideicomisarios.

En México, el plazo del fideicomiso, no podrá exceder de 30 años --- cuando el fideicomisario sea una persona jurídica, que no sea de orden -- público o institución de beneficencia, o, salvo el caso de que su finali- dad sea la del mantenimiento de museos con carácter científico o históri- co, sin fines de lucro.

#### 9.9. En cuanto a las condiciones.

El Digesto de Justiniano esta plagado de referencias y ejemplos respecto a que los fideicomisos podían establecerse con condiciones, tanto si se deja un objeto determinado, como toda una herencia o algún derecho y asimismo con término cierto o incierto ( D. 36. 3.14. )

Las condiciones se dejaban en Roma tanto a cargo del heredero fidu- ciario ( D. 36. 1. 64 ) como a cargo del fideicomisario (D. 36. 1. 65).

En México el fideicomiso, a semejanza del romano, las condiciones -- pueden ser suspensivas o resolutorias.

#### 9.10. En cuanto a las nulidades, extinciones y prohibiciones.

En México es nulo el fideicomiso cuando se constituye en favor del -

fiduciario ( Art. 348 L. T. ) en cambio en Roma el fiduciario podía ser designado como fideicomisario y era una práctica muy usual .

Conforme a la técnica del fideicomiso hereditario romano no cabía -- la posibilidad de constituir el fideicomiso en fraude de acreedores; que en México, el legislador ha declarado nulo. ( Art. 351 L. T. )

En Roma al igual que en México, el fideicomiso se extinguía por el cumplimiento de sus fines ( Art. 357 L. T. )

En México, el fideicomiso se extingue por convenio expreso entre el fideicomitente y el fideicomisario, situación que no es posible contem -- plar en el fideicomiso hereditario romano.

En el fideicomiso hereditario romano, el fisco romano en determina -- das circunstancias se apoderaba de la herencia fideicomisaria, retenía la cuarta trebeliana y el saldo de la herencia la entregaba a los fideicomisarios ( D. 36. 1. 3. 5 ). Esta situación no se dá conforme a nuestro derecho fiduciario, no obstante que el fisco sí puede ser acreedor del pa -- trimonio fideicomitado e inclusive embargarlo.

En cuanto a la prohibición para la constitución de fideicomisos, ya mencionamos el caso de los fideicomisos en que se dejan bienes estricta -- mente personales de su titular, el cual está prohibido en México y era --- legítimo instituirlo en Roma.

Por último, en México esta prohibido dejar fideicomisos a personas -- que conforme a la ley no tengan capacidad para recibir los provechos que el fideicomiso implica, tal es el caso, entre otros de los clérigos y con -- gregaciones religiosas, que, conforme al derecho romano, si podían reci -- bir bienes por fideicomisos " (44)

Existe una tercera posición que trata de conciliar las dos posturas extremas anteriores combinando ambas; así esta postura sostiene que si bien es cierto que el origen de el Fideicomiso lo es el Trust Anglosajón, éste -- tiene a su vez, como antecedente, al Derecho Romano, pues el "USE" fue la consecuencia de la cultura dejada por el Imperio Romano durante su estancia en tierras sajonas.

Esta equilibrada postura parece ser la que adopta el Dr. Cervantes Ahumada pues nos dice: "En el siglo XII algunas órdenes religiosas por -- motivos jurídicos y políticos, no podían ser propietarios de tierras y -- entonces entregaban éstas a un particular que bajo juramento se comprometía a usar la tierra en beneficio de quien la había instituido en uso. -- Según la "Enciclopedia Británica, el procedimiento tuvo como antecedente el fideicomiso del Derecho Romano, que aparecería cuando el testador deseaba dejar bienes a una persona legalmente incapaz de heredar; entonces se nombraba un heredero fiduciario, que se comprometía en obligación de buena fé, a usar los bienes en beneficio del destinatario último (fideicomisario) y transmitírselos legalmente en tiempo oportuno ". (45)

Esta posición la comparte el Dr. Rodríguez y Rodríguez cuando afirma: "Con evidentes conexiones lógicas con la fiducia y el Fideicomiso romano y con el fideicomiso testamentario del derecho español y mexicano, -- históricamente el fideicomiso mexicano deriva del trust anglosajón, hija a su vez del fideicomiso romano y de ciertas instituciones germanas ". (46)

Autores ingleses también así lo creen: así por ejemplo Jairus Ware Perry dice: "Se supone que los fideicomissa romanos fueron los modelos -- de los usos que fueron después introducidos en Inglaterra por el clero --

45.- Cervantes Ahumada Raúl, Apuntes de Derecho Mercantil, México, Pag. - 233.

46.- Rodríguez y Rodríguez, Joaquín Derecho Mercantil, Pag. 122.

para eludir y evitar la aplicación de las Leyes de Manos Muertas "... Así, los usos fueron introducidos en Inglaterra para evadir el orden público del Reino y de dichas leyes, y el "writ" de "supoena" fué introducido conforme al modelo de la jurisdicción de "praetor fideicommissarius" para impedir a aquellas personas a quienes se confiaba la ejecución de un uso la comisión de un fraude al rehusar hacerlo ". (47)

Otros tratadistas, como Pierre Lepaulle no comparten este criterio pues consideran remota la posibilidad de que existiera influencia del Derecho Romano en el Derecho Anglosajón, nos dice este autor :

" Algunos historiadores han intentado demostrar que el origen del -- trust se encontraba en el "fideicomissum" romano, en tanto que otros han pretendido ver su origen en el " Treuhand o Salman germánico". Si bien es probable que una y otra instituciones hayan tenido cierta influencia, parece, sin embargo que ninguna de las dos ha sido determinante y haya de buscar fuera del dominio jurídico el origen profundo de los trust ";y más adelante se pregunta Lepaulle :

¿ Acaso tenían los monjes reminiscencias de los muy vagos estudios de derecho romano que habían podido hacer ? ¿ Es posible que el origen -- germánico de los nobles les hubiese dado la idea de hacer una falsificación del Treuhand ? No es esto absolutamente imposible pero sí extremadamente improbable " En otra parte de su obra el mismo autor afirma :

" El use nació apareciendo en un total vacío. Es verdad que a posteriori se le ha comparado con el " treuhand", el " salman ", la "fiducia", el fidei-commissum ", pero los verdaderos pioneros que cedieron su propiedad para uso de otro, carecían evidentemente, de conocimientos de derecho comparado. En todo caso, estaban obrando contra el derecho y el or-

47.- Perry, Jairus Ware, citado por Batiza Rodolfo, Estudios sobre Fidei comiso, Asociación de Banqueros de México, D. F., 1980, Pag. 84.

den público del reino, de modo que las preocupaciones jurídicas que podían tener, de nada habrían servido. Si una donación a un monasterio era ilegal, los donantes no tenían sino una preocupación: encontrar un hombre en quien confiar y descansar plenamente en su conciencia y su amistad. Por tanto, no había ni siquiera una semilla de idea jurídica en los creadores de una de las más grandes instituciones del derecho. Históricamente el trust parece haber hincado sus cimientos sobre una nube ". (48)

En lo personal, somos partícipes, de la teoría que atribuye el antecedente del Use al Derecho Romano; consideramos, después de conocer el funcionamiento tanto del "fideicomissum" y "pactum Fiduciae" así como del "Trust", que el fideicomiso incorpora principios y formas operativas tomadas directamente de estas instituciones, con ciertas modificaciones, como es de suponerse, a fin de adaptarse al medio jurídico mexicano, pero inspirándose la legislación y la doctrina en todo momento en ambos antecedentes, tanto Derecho Romano como Derecho Anglosajón, captando así la experiencia en la materia que después de siglos de desarrollo ha dado por resultado lo que actualmente es nuestro fideicomiso.

48.- Lepaulle, Pierre, Tratado Teórico y Práctico de Los Trust, Edit. Porrúa, México, 1975, Pags. 11, 12, 353



### III) ANTECEDENTES EN MEXICO

Pasemos ahora a ver someramente los antecedentes de nuestra figura - en el Derecho mexicano, para empezar diremos que el fideicomiso no fué -- una figura que nos acompañara a lo largo de la vida jurídica de la nación, por el contrario nunca participó de nuestra tradición jurídica normativa- pues no fué sino hasta hace poco más de 60 años cuando en México se le empezó a prestar atención, siendo en esa época casi, por no decir totalmente, desconocido entre la mayoría de los juristas mexicanos, razón por la que su incorporación al catálogo de instrumentos jurídicos no fué fácil, - pues se le vió con desconfianza por buen número de juristas; así, por --- ejemplo en 1930 Don Toribio Esquivel Obregón en un artículo denominado -- " Carácter de lo que la Ley Bancaria llama Fideicomiso " aparecido en la Revista General de Derecho y Jurisprudencia decía : "... se ve por esto - que la función de un llamado Banco de Fideicomiso, no es ni de fideicomiso, ni de trust: la palabra fideicomiso no es allí otra cosa más que un - disparate, un neologismo engañoso para designar las únicas funciones que- nuestra ley permite y para las cuales tiene un nombre cuya connotación es perfectamente conocida. Se llama mandato ... ", más adelante finalizaba:- " Por eso mientras esas mentalidades prevalezcan, el Trust Anglosajón es imposible en nuestro país, las cortés de equidad serían una amenaza, los- Bancos de Fideicomiso una engañifa y un disparate ".

Y es que no es fácil, nunca lo ha sido, adoptar instituciones jurídi- cas surgidas y desarrolladas en una sociedad y en un sistema diverso del- propio; sin embargo tarde o temprano el trust habría de despertar la cu- riosidad de los juristas no sajones, lo que no es de sorprender, pues como dijimos el trust es quizá la más importante aportación del Derecho Anglo- sajón a la ciencia del Derecho, lo que si sorprende es que una insti ---

tución con semejante currículum tardara tanto tiempo en llamar la atención al resto del mundo. El primer autor no sajón que menciona al trust es Ernesto Glasson en su obra publicada en 1882 titulada " Historie du Droit et des Institutions Politiques, Civiles et Judiciares del' Angleterre compares au Droit et aux Institutions de la France Depuis leur Origines jusq' a nos Jours "; 14 años después en 1896 aparece una monografía titulada: "Trust", cuyo autor, Adrian Floris Van Hall, también era de formación romanista, siendo esta la primera vez que se propone la implantación del trust en un país de sistema jurídico distinto del sajón, para lo cual este autor propone sea modificado el Código Civil de su país (Holanda) a fin de lograr esta implantación sin mayor esfuerzo.

Sin embargo, es México, en 1905, el país que hace el primer intento serio de tratar de implantar una institución similar al trust, pero adaptada a nuestro medio jurídico-social.

Antes de pasar a ver el intento del que hablamos conocido como "Proyecto Limantour" diremos que el trust sí llegó a tener aplicación en el territorio nacional antes de que se expidiera cualquier norma que lo regulara; en efecto, el 29 de febrero de 1908, bajo la vigencia del Código Civil de 1884, y de la Ley de Ferrocarriles de 1899, fué constituido un Trust que aunque creado en los Estados Unidos, tuvo su aplicación en nuestro Territorio; se trataba de un trust con el objeto de financiar la construcción de ferrocarriles en México, y por el cual se trataba de garantizar con hipoteca sobre los bienes y derechos de la empresa ferrocarrilera, la emisión de bonos, que ubicados entre el público como instrumentos de inversión servirían para proveer de fondos al desarrollo del transporte, ( en realidad se trataba de un trust que descompuesto en sus diversas fases resultaba en un contrato de préstamo, un mandato y una hipoteca ).

Como decíamos líneas atrás, el primer intento para establecer el fideicomiso, como una versión adaptada del trust en México, y en el resto del mundo fuera de los países sajones, fué un proyecto de Ley conocido como Proyecto Limantour, es conocido bajo este nombre en virtud de haber sido el entonces Secretario de Hacienda el Sr. José Ives Limantour quien lo presentara a discusión, con fecha 21 de noviembre de 1905 al Poder Legislativo aunque su verdadero autor fué el Lic. Jorge Vera Estañol según lo aclaran las investigaciones que Batiza señala en su obra. (49)

Era el Proyecto una iniciativa a fin de implantar en México " Instituciones comerciales encargadas de desempeñar las funciones de agentes fideicomisarios " ( terminología actualmente superada y que solo conservan Argentina y Colombia que continúan llamando al fiduciario como fideicomisario en sus leyes No. 8874 de 1912 y No. 45 de 1923 respectivamente según afirma el Dr. Molina Pasquel (50).

Veamos lo que dice la Memoria de Hacienda correspondiente al año económico del 1o. de Julio de 1905 al 30 de Junio de 1906, así como el Diario de Debates de la Cámara de Diputados de la XXI Legislatura, 1er. Período-  
2o. Año.

" Para los que siguen de cerca el giro y desenvolvimiento que en nuestro país han tomado los negocios comerciales no ha pasado inadvertida la falta de ciertas organizaciones especiales que los países anglosajones denominan " Trust Companies " o " Compañías Fideicomisaria ", según la traducción generalmente aceptada y cuya función fundamental ----

consiste en ejecutar actos y operaciones en las cuales el agente no tiene interés directo sino que obra como mero intermediario, que las partes verdaderamente interesadas llaman en su auxilio para conseguir la ejecución imparcial y fiel de tales actos y operaciones en beneficio de ellas mismas o de terceras personas ".

" No es desconocida entre nosotros, no podía serlo por su abolengo latino la institución del fideicomiso, pero reducida por razones de orden histórico, a prestar sus servicios respecto a disposiciones de última voluntad o que deben producir sus efectos después de la muerte del autor -- del fideicomiso, esta institución lejos de evolucionar y perfeccionarse, contribuyendo como un elemento en el desarrollo de las relaciones comerciales, es tenida como un factor para el estancamiento de la riqueza; por lo que el fideicomiso ha sido estrictamente limitado en cuanto a tiempo y en cuanto al número de personas que pueden recibir sus beneficios ".

" A esto se debe que aunque sentida la necesidad de las compañías fideicomisarias, como lo patentizan las diversas instituciones que con este nombre sehan venido estableciendo desde hace algún tiempo en nuestro país ya por medio de organizaciones nacionales, ya por medio de agencias y sucursales de compañías norteamericanas, tales instituciones no hayan podido prestar los servicios fundamentales a cuya realización están destinados ".

49.- El Fideicomiso, Teoría y Práctica, Pag. 98.

50.- Molina Pasquel, Roberto, Recepción Evolución y Estado Actual del Fideicomiso en el Derecho Mexicano, Estados Sobre Fideicomiso, Asociación de Banqueros de México, 1980, Pag. 124.

" Innumerables como son esos servicios múltiples y complejos como se manifiestan las relaciones en las cuales el fideicomiso puede surgir como un auxiliar poderoso en la vida de las personas y de las familias, su enumeración completa sería absolutamente imposible. Mas la función genuina de estas instituciones es siempre la misma: interponer la mediación del fideicomisario para asegurar el cumplimiento futuro, de buena fé, en condiciones eficaces y en términos convenientes, de las obligaciones creadas al amparo de un contrato o de un acto que tiene por objeto el beneficio de las partes o de un tercero ".

" Esta función puede desempeñarse, como constantemente es desempeñado por individuos particulares. Sin embargo, pasa respecto de ellas lo que acontece respecto a la función del crédito; aunque este último puede ser objeto de los actos de individuos particulares, y a diario vemos que lo es desde el momento en que se trata de instituciones especiales que sistemáticamente sirvan de intermediarios del crédito, se hace necesaria una reglamentación especial, cuyo objeto es la garantía y protección de los intereses que a esas instituciones se confían ".

" Las relaciones estrechas, cada vez mas, que se estan estableciendo entre nuestra vida comercial y la de los Estados Unidos de América; la afluencia de capitales de éste último país hacia el nuestro para desarrollar toda clase de empresas e independientemente de esto, el propio adelanto y perfeccionamiento de nuestro sistema de transacciones en nuestra actividad han acabado por hacer sentir al Poder público la necesidad de incorporar en nuestra legislación la institución que tan favorables resultados y tan incontables servicios presta entre nuestros vecinos del Norte y otros países. A esta necesidad responde la iniciativa que, por acuerdo del señor Presidente de la República, tengo la honra de someter a la ---

ilustrada consideración de esa Cámara ".

" La Secretaría a mi cargo ha estudiado las bases que se consignan en el adjunto proyecto de ley, y que de merecer la sanción del poder legislativo, permitirán al Gobierno expedir un decreto autorizando la creación de compañías fideicomisarias, que bajo una rigurosa inspección oficial, podrán prestar importantísimos servicios al público. A la vez, la ley que se trata de expedir consignará los principios fundamentales del fideicomiso en su más amplia acepción, 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 alguna de sus aplicaciones. Suplico a ustedes pues, señores Secretarios se sirvan dar cuenta a esa respetable Cámara con el adjunto proyecto de Ley, aceptando las seguridades de mi especial consideración México 21 de noviembre de 1905, - J. Y Limantour. A los señores Secretarios de la Cámara de Diputados del Congreso de la Unión, Presentés ".

Esa fué la introducción que a modo de exposición de motivos contenía el Proyecto; veamos que nos decía su articulado, breve por cierto, pues contenía solo 8 artículos :

Art. 1º .-"Se faculta al Ejecutivo para que, de acuerdo con las bases que se establecen en los artículos siguientes expida la ley por cuya virtud puedan constituirse en la República Instituciones Comerciales encargadas de desempeñar las funciones de agentes fideicomisarios ".

Art. 2º .- " 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 hecho entre dos o más personas, de ejecutar cualesquiera actos, operaciones o contratos lícitos respecto de bienes determinados, para beneficio de alguna o de todas las partes en ese con -

trato, o de tercero, o para hacer efectivos 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 por man- damiento 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 cualquiera otra ventaja o aprovechamiento - sobre derechos o en relación con ellos ".

Art. 3º .-"El fideicomiso importará un derecho real respecto de los bie - nes sobre las que se constituya. La Ley definirá la naturaleza y efectos- de ese derecho y los requisitos para hacerlo valer ".

Art. 4º .- " Para que una Institución fideicomisaria pueda considerarse - legalmente constituida deberá llenar precisamente los requisitos que se- ñale la ley y ser autorizada por la Secretaría de Hacienda al comenzar -- sus operaciones ".

Art. 5º .- " En las concesiones que se otorguen para el establecimiento - de instituciones fideicomisarias se podrá autorizar a éstas a ejecutar to- dos aquellos actos u operaciones que no van legalmente incompatibles con- sus funciones fundamentales ".

Art. 6º .- " La Ley fijará los términos que las compañías fideicomisarias deban garantizar el fiel cumplimiento de sus obligaciones, así como los - principios conforme a los cuales habrán de ser inspeccionados por la ---- Secretaría de Hacienda para asegurar los intereses del público ".

Art. 7º .- " Podrán concederse exenciones y privilegios especiales en ma- teria de impuestos, a las compañías o Instituciones Fideicomisarias y a -

las operaciones que estas ejecuten, con los requisitos que establezca la ley ".

Art. 8º .- "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 éstos estén autorizadas a ejecutar ".

Este proyecto nunca paso de tal, pues aparte del ataque de que fué objeto en la Cámara por parte del Diputado Rosendo Pineda, quien arguía que el fideicomiso vendría a revivir las ya superadas substituciones fideicomisarias, fué en esa época cuando el país se vió envuelto en la etapa más convulsiva de su historia por lo que lógicamente, a las autoridades poco importó el fideicomiso pues tenían asunto mas urgentes en que ocuparse.

Pasemos ahora a hacer un breve recordatorio del segundo intento de adopción que cronológicamente sigue al Proyecto Limantour conocido como "Proyecto Creel", veamos: En febrero de 1924 es llevada a cabo la Primera Convención Bancaria a fin de reorganizar el deteriorado sistema bancario del país; en dicha convención uno de los ponentes de nombre Enrique C. Creel presentó un proyecto sobre "Compañías Bancarias de Fideicomiso y Ahorro" en el cual suprime el empleo de la palabra "trust" y "fideicomisario" no obstante haber estado inspirado este proyecto en el funcionamiento práctico de los "Trust and Saving Banks". En este proyecto no se proponen artículos sino bases sobre las cuales operarían las "Compañías Bancarias de Fideicomiso y de Ahorro", ya no "Instituciones Fideicomisarias" como proponía el Proyecto Limantour; en realidad este proyecto no aportó luces para tratar de esclarecer los problemas sustanciales del fideicomi --



miso y solo se limitó a dar ciertas reglas bajo las cuales debían funcionar las compañías bancarias.

El Lic. Batiza alude a este proyecto y nos transcribe las bases sobre las cuales se operaría, veamos : " Las compañías bancarias de fideicomiso y ahorro contarían con un capital de \$-500,000.00 en el Distrito Federal y de \$-250,000.00, en los Estados y territorios (Base I); dichas compañías podían: recibir hipotecas en garantía de los bonos que emitieran en nombre de sociedades, corporaciones o particulares; encargarse del pago de cupones de la amortización de bonos y de celebrar toda clase de contratos de fideicomiso ( base II ); ejecutar las funciones de albacea, administrador, tutor y síndico en los concursos ( base III y IV; servir como peritos valuadores de toda clase de bienes) ( base V ); conservar en depósito y administración los bienes de incapacitados (base VI); recibir en guarda los contratos condicionales celebrados por empresas o particulares para su eventual cumplimiento ( base VII ); pagar los impuestos y mesadas de gastos de su clientela ( base VIII ); llevar libros de registro para la transmisión de acciones y bonos nominativos de toda clase de sociedades ( base IX ); expedir certificados sobre la validez de toda clase de títulos de propiedad ( base X ); llevar registros de capitales y notas del curso de los negocios para dar informes confidenciales a su clientela y al comercio en general ( base XI ); hacer toda clase de operaciones bancarias de depósito y descuentos y establecer cajas de ahorro ( base XII y XIII ). Concediase a las compañías, durante un lapso de veinticinco años, las franquicias fiscales señaladas en la Ley de Instituciones de Crédito de 1897 ( base XVII ).

Advertía el Sr. Creel que para generalizar en México las operaciones de fideicomiso se necesitarían algunos años, pero que ya era tiempo de --

comenzar la obra; habrá, decía, que reformar nuestras leyes, introduciendo aquellas que rigen a las instituciones de fideicomiso que, en muchos casos, chocan con las de origen latino ". (51)

El siguiente antecedente que sigue en tiempo lo es la " Ley General de Instituciones de Crédito y Establecimientos Bancarios ", de 1924. Esta ley del 24 de diciembre de 1924 publicada en el Diario Oficial con fecha 16 de Enero de 1925 siendo Presidente Don Plutarco Elías Calles y Secretario de Hacienda el Ing. Alberto J. Pani; tiene el mérito, no obstante dedicarle muy poco de su articulado, de ser la primera ley que se preocupa de empezar a dar las bases del funcionamiento sistemático que habrían de tener las instituciones dedicadas a las funciones fiduciarias; no aporta, sin embargo, ningún elemento que ayude a esclarecer los problemas sustanciales de la figura.

El maestro Octavio A. Hernández a esta ley le atribuye los siguientes antecedentes:

- a) La Convención Nacional Bancaria celebrada en Monterrey, N. L., en Diciembre de 1923, en la que se recomendó la expedición de una Ley que regulara las "Compañías Bancarias de Fideicomiso y Ahorro", instituciones de crédito conocidos en los Estados Unidos con el nombre de " Trust and Saving Banks ",
- b) El proyecto sobre Compañías Bancarias de Fideicomiso y Ahorro, formulado por Enrique C. Creel.
- c) El proyecto de Ley de Compañías Fideicomisarias y de Ahorro formulado por Jorge Vera Estañol ( no deja de extrañar que el Dr. Hernández atribuya este antecedente a la ley a que nos referimos, pues el proyecto del Lic. Vera Estañol no apareció sino hasta mediados de 1926, de donde se observa una evidente incongruencia --

cronológica).

d) Los trabajos realizados por Emilio Velazco; y

e) La Ley Panameña ". (52)

Veamos en que forma se prevé el fideicomiso en esta ley :

En el Artículo 6º Fracc. VII se determino que: " se considerará Instituciones de Crédito para los efectos legales... Los Bancos de Fideicomiso" y como tales los sometía a un régimen de concesión otorgado por el -- Ejecutivo ( Art. 7º ) sujeto a un término máximo de treinta años (Art.15).

El Capítulo VIII es dedicado exclusivamente a los Bancos de Fideicomiso, dicho capítulo estaba integrado de tan solo dos artículos que de -- cían :

Art. 73 : " Los Bancos de Fideicomiso sirven los intereses del pú -- blico en varias formas ( nótese lo impreciso de la redacción ) y principalmente administrando los capitales que se les confían o interviniendo - con la representación común de los suscriptores o tenedores de bonos hipotecarios el tiempo de su vigencia.

Como podrá verse, el artículo no aclaraba absolutamente ninguna duda sobre el funcionamiento del fideicomiso, se limita a enunciar, en forma -- bastante deficiente por cierto, los eventuales servicios que podrían pres -- tar los bancos de fideicomiso; y es que en realidad no se trataba de expe -- dir una ley que regulara en forma adecuada el fideicomiso, pues no fué -- esa la intención del legislador, y aunque lo hubiese sido no habría podi -- do, pues para esa época el conocimiento sobre la materia era aún bastante impreciso, circunstancia de la que estaba consciente el legislador, razón por la que prefiere postergar la labor para otra ocasión, y así lo dice -

51.- Batiza, Rodolfo, El Fideicomiso, Pag. 102,103

52.- Op. Cit. Pag. 225

en el artículo 74 de la Ley que decía: " Los Bancos de Fideicomiso se registrarán por la ley especial que ha de expedirse ".

Y en efecto, se expidió, solo que dos años mas tarde .

Antes de pasar a ver la ley que siguió a la de 1924, cabe mencionar al último antecedente doctrinal mexicano, aparecido hacia el mes de marzo de 1926 y que fué denominado " Proyecto de Ley de Compañías Fideicomisarias y de Ahorro " y el cual es más conocido como "Proyecto Vera Estafiol".

Nótese como en este proyecto, desde el título, su autor insiste en utilizar una terminología equivocada al denominar " Fideicomisario " al Fiduciario. Este proyecto esta basado en las mismas ideas del " Proyecto-Limantour " ya que ambos son del mismo autor por lo que omitiremos su exposición.

Pasemos ahora a ver a la segunda ley que trató al Fideicomiso llamada "Ley de Bancos de Fideicomiso", de 1926.

Esta ley esta dedicada íntegramente al fideicomiso y en ella se trata de hacer una reglamentación sistemática de la figura, promulgada el 30 de junio de 1926 ( D. O. de 17 de Julio de 1926 ), la ley se componía de 86 artículos divididos en cinco capítulos : Objeto y constitución de los Bancos de Fideicomiso, operaciones de fideicomiso, Departamento de Ahorros, operaciones bancarias de depósito y descuento y disposiciones generales.

Esta ley estuvo notablemente influida del Proyecto Alfaro y Creel; - hemos visto ya al " Proyecto Creel ", pero no hemos mencionado hasta ahora al "Proyecto Alfaro" llamado así por su autor el notable jurista panameño Ricardo J. Alfaro; este trabajo, que a la postre terminó en Ley Panameña ( 6 de enero de 1925 ), aunque extranjero tuvo una notable influen -

cia en la legislación que trató al fideicomiso en sus inicios.

Veamos rápidamente cuales eran las ideas del Dr. Alfaro que contenía su proyecto:

" El Fideicomiso es un mandato irrevocable en virtud del cual se transmiten determinados bienes a una persona llamada fiduciario para que disponga de ellos conforme lo ordena el que los transmite, llamado fideicomitente a beneficio de un tercero llamado fideicomisario " (Art. 1º)

Este artículo fué de especial trascendencia en la doctrina y en la legislación posteriores, explicaba por primera vez la naturaleza jurídica del fideicomiso atribuyéndole la calidad de mandato irrevocable; aunque errónea y posteriormente superada la postura, tiene el mérito de haber sido el primer intento de dilucidar la obscuridad en que se había tenido al fideicomiso en lo referente a su clasificación como acto jurídico.

Art. 2º " El Fideicomiso puede constituirse sobre toda clase de bienes, aún futuros".

Nótese que el artículo no incluye a los derechos, sin embargo al hablar de bienes futuros, es decir de un bien que aún no se haya presente en el patrimonio del fideicomitente, creemos que se trata de un derecho ; derecho a que, en su oportunidad, se incorporen esos bienes al patrimonio del fideicomitente.

Art. 3º Puede ser particular o universal, puro o condicional, a día-cierto, por tiempo determinado, o durante la vida del fideicomitente, del fiduciario o del fideicomisario.

Art. 5º " Puede constituirse para cualesquiera fines que no contraven-ga a la moral o a las leyes".

Art. 16º " La existencia de los fideicomisos comienza cuando el Fi-ducionario acepta el cargo, una vez aceptado es irrevocable, pudiendo la --

aceptación ser expresa o tácita ".

Art. 18º " El Fideicomiso puede ser constituido por testamento para que tenga efecto después de la muerte del fideicomitente, o por acto entre vivos ".

Se prevería que sería posible constituirlo aún verbalmente (Art.19)- y que sería necesaria su inscripción en el Registro Público para ser oponible a terceros ( Art. 20 )debiendo hacerse esa inscripción " a nombre del fiduciario, como cualquier otra transmisión del dominio y se inscribirán como gravámenes las disposiciones del fideicomiso en virtud de las cuales se limite la facultad del fiduciario para enajenar o gravar los inmuebles fideicomitados" (Art. 21)

Art. 24º " Podrá ser fiduciario una persona natural o jurídica".

Actualmente en la mayoría de los países, incluyendo México, no es permitido a las personas físicas actuar como fiduciarias, siendo una actividad reservada para las personas morales.

Art. 27º " El Fiduciario tiene todas las acciones y derechos inherentes al dominio, pero no podrá enajenar, ni gravar los bienes fideicomitados a menos de tener autorización expresa o de ser imposible la ejecución del fideicomiso sin enajenarlos o gravarlos ".

Obsérvese como la segunda parte del artículo nulificó lo expresado en la primera, es decir se desvirtúa la amplitud de facultades que en principio había concedido, cuando inmediatamente aclara que el fiduciario, para gravar o enajenar tendrá que pedir permiso previamente.

El Artículo 29 disponía que el fiduciario debería actuar como buen padre de familia y el Artículo 30 completaba diciendo que el fiduciario sería responsable de las pérdidas y deterioros que provinieran de su culpa.

Estas fueron a grandes rasgos, las ideas del Dr. Alfaro contenidas - en su proyecto y las cuales inspiraron, como antes dijimos, a la " Ley de Bancos de Fideicomiso "de 1926, la cual, una vez mencionado su antecedente pasamos a ver; no haremos su transcripción literal pues la ley es amplia conteniendo un articulado numeroso por lo que nos saldríamos de los límites de nuestra exposición, nos limitaremos pues a ver sus aspectos medulares:

En la exposición de motivos se decía que el nombre de "fideicomiso", con el cual se denominaba a la institución que había producido fecundos - resultados en países anglosajones y que ahora se legalizaba en México, no significaba lo que por él se había entendido y aclaraba que era una institución especialmente distinta, del fideicomiso romano ( aquí es evidente la influencia del Dr. Alfaro quien decía respecto de su proyecto :

" Como el nombre puede dar origen a confusión de ideas pues pudiera creerse por personas a cuyas manos no llegara esta exposición, que trató - del fideicomiso romano o algo parecido el proyecto de ley respectivo debe tener como su primer artículo la definición que he dejado expuesta. Con - servó el nombre de fideicomiso a pesar de la diferencia sustancial que -- existe en cuanto al alcance y fines de la Institución antigua y la que -- propongo ahora, porque ese nombre resulta en ambas tan expresivo y adecuado que es irremplazable. Siempre es la "fé" que se tiene en el fiduciario lo que impele al Fideicomitente a encomendarle el encargo ". (53)

La exposición terminaba diciendo: " Es indudable que la ley expedida constituye solamente un ensayo para aclimatar entre nosotros una nueva -- Institución y que, por lo tanto, habrá de transcurrir algún tiempo antes de que produzca sus plenos resultados, siendo de preverse además, que -- haya necesidad de introducir en ella las reformas que la práctica vaya -- aconsejando. De todas maneras es indudable que constituye un progreso --

importante y que es complemento indispensable para la perfección del sistema bancario aceptado por la ley de 1924 ".

Veamos sus artículos más importantes :

Su Artículo 1º decía : "Los Bancos de Fideicomiso tendrán por objeto principal y propio las operaciones por cuenta ajena, y en favor de tercero, - que autoriza esta Ley y cuya ejecución se confía a su honradez y buena -- fé ".

El Artículo 6º de especial interés decía :

" El fideicomiso propiamente dicho es un mandato irrevocable en virtud -- del cual se entregan al Banco, con carácter de Fiduciario, determinados - bienes para que disponga de ellos o de sus productos, según la voluntad - del que los entrega llamado fideicomitente a beneficio de un tercero --- llamado fideicomisario ".

El Artículo es básicamente el mismo que el Proyecto Alfaro consagra en su artículo 1º excepto en algo: el proyecto Alfaro dice que los bienes se " transmiten ", en tanto que la Ley dice que los bienes se " entregan" acercándose con esta palabra mas a la noción tradicional de mandato, aparte de reservar la actividad de fiduciario sólo a los bancos, a diferencia del Proyecto Alfaro que lo permitía también a las personas físicas.

El Artículo 7º decía que el " fideicomiso solo podía constituirse para un fin lícito ".

El Artículo 12º decía que " los bienes entregados para la ejecución del fideicomiso se considerarían salidas del patrimonio del fideicomitente en cuanto fuere necesario para la misma o por lo menos gravados a favor del fideicomisario declarandose inembargables ".

Este artículo resulta en verdad interesante, en primer término se deja ver que el efecto del fideicomiso es traslativo, al decir el artículo- 53.- Citado por Batiza, El fideicomiso Teoría y Práctica, pag. 121.



que los bienes se " considerarían salidos del patrimonio del fideicomiten te "; pero en la frase que sigue, el legislador, asustado de su atrevi -- miento, corrige y en forma decepcionante estipula un efecto del fideicomiso que lejos de orientar, desconcierta por completo pues entonces ya no - sabemos si el efecto es traslativo o se limita a ser una simple carga, -- por último el artículo dice que los bienes se declarararán inembargables, y con esta última frase se deja ver, aunque no muy claramente, el camino -- que en el futuro se consideraría tomarían los bienes fideicomitados al -- considerarlos inembargables, como hasta la fecha se le considera, dudamos sin embargo, que el legislador de 1926 hubiera recibido influencia del -- autor francés Pierre Lepaullecuya teoría del Patrimonio Afectación tiene como una de sus consecuencias el convertir los bienes fideicomitados en - inembargables.

El Art. 13º Estipulaba que podían ser objeto del fideicomiso "bienes muebles y derechos reales, así como cualesquiera clase de valores, créditos, títulos, dinero efectivo, bienes muebles en general y cualquier dere chos excepto los que conforme a la ley no pudieran ser ejercitados sino - directa o individualmente por su dueño " .

En este artículo ya no solo se hace mención de los bienes, sino que se incluyen los derechos; no obstante que el artículo decía en principio " derechos reales " se entiende que también los personales pueden ser ob jeto de un fideicomiso, pues el artículo finaliza diciendo " ... y cuales quier derechos ( se entiende que pueden ser personales ) excepto los que conforme a la Ley no pudieran ser ejercitados sino directa o individual - mente por su dueño " .

El mismo artículo en su segundo y tercer párrafo continuaba diciendo que " el fideicomiso constituido sobre inmuebles debía inscribirse en la-

sección de la propiedad del Registro Público si hubiera traslación de dominio, o en la de hipotecas en caso contrario, mediante la presentación del documento de aceptación del banco.

Aquí el legislador insiste en su actitud indecisa, no deja ver cuáles serán las consecuencias que la realización del acto tendrá sobre los bienes fideicomitidos ¿ bajo que circunstancias y quien iba a determinar si operaba el efecto traslativo o no ? imagínese el caso de un fideicomiso en el que el fideicomitente se designará a sí mismo fideicomisario, se reservara un buen número de facultades y aparte estipulará que en dicho acto no operaría el efecto traslativo ¿ estaríamos en presencia de un verdadero fideicomiso ? ¿ en donde quedaría la confianza que se suponía fundamento del acto ?

Por otro lado, para la inscripción en el Registro se requería : --  
" ... la presentación del documento de aceptación del Banco ", de donde deducimos que dicho acto de aceptación significaba un acto distinto del acto de constitución, es decir dos momentos diferentes.

El Art. 14 decía : " Si el Banco tuviese intereses propios opuestos a la leal ejecución del fideicomiso o si malversare o administrare con dolo o culpa grave los bienes, sería separado del cargo a solicitud del fideicomisario, del fideicomitente o del Ministerio Público ".

Los Artículos 18 y 19 enumeraban las causas de extinción del fideicomiso y el destino de los bienes una vez concluido el mismo; estas dos disposiciones eran básicamente iguales a las que rigen actualmente por lo que reservamos para otro momento su comentario.

La vigencia de la Ley que comentamos fué en verdad efímera, apenas pasados cuatro meses aproximadamente aparece la " Ley General de Instituciones de Crédito y Establecimientos Bancarios " promulgada el 31 de ---

agosto del mismo año y publicada en el Diario Oficial el 29 de Noviembre de 1926, este ordenamiento dedica a los Bancos de Fideicomiso todo su Capítulo VI del Título Primero, esto es del artículo 97 al 148, no obstante la Ley no hacía sino incorporar el articulado íntegro de su antecesora, - por lo que el capítulo que mencionamos es una reproducción de la Ley de Bancos de Fideicomiso, razón por la que no entraremos a su comentario, - pues lo dicho respecto de la Ley anterior es válido para ésta. Solo como dato diremos que es bajo la vigencia de esta Ley cuando se crean los primeros fideicomisos en México, siendo el primero del que se tienen noticias un fideicomiso creado con el fin de efectuar la venta de bienes raíces para cubrir créditos del fiduciario y de otros acreedores y el cual tiene por fecha de constitución el 8 de octubre de 1930 y registrado el 7 de Marzo de 1931 e inscrito el 5 de Junio del mismo año. (54)

Posteriormente, después de seis años, aparece la Ley General de Instituciones de Crédito de 1932 aprobada el 28 de Junio de dicho año y publicada en el Diario Oficial al día siguiente.

Esta ley no revela en su articulado aportaciones relativas a la naturaleza jurídica del fideicomiso, es mas reveladora al respecto su exposición de motivos en la que se hace notoria la influencia del jurista --- francés Lepaulle, cuyas ideas penetrarían en la mente del legislador, --- quien inspirado en ellas empieza a dar elementos para tratar de resolver el problema de la naturaleza jurídica, ideas que por cierto a la fecha --- subsisten, veamos que decía su exposición de motivos :

" La Ley de 1926 introdujo en México, rompiendo la tradición, la --- institución jurídica del fideicomiso. Evidentemente esta institución ---

54.- Batiza, Rodolfo, Realidades del Fideicomiso en México, Estudios --- Sobre Fideicomiso, Asociación de Banqueros de México, Pag. 25

puede ser de muy grande utilidad para la actividad económica del país y - está destinada probablemente a un gran desarrollo; pero, desgraciadamente, la Ley de 1926, no precisó el carácter sustantivo de la institución - y dejó, por tanto, gran vaguedad de conceptos en torno de ella. Para que la institución pueda vivir y prosperar en nuestro medio, se requiere, en primer término, una definición clara de su contenido y de sus efectos, -- siendo esta definición materia de la Ley de Títulos y Operaciones de Crédito, y una reglamentación adecuada de las instituciones que actúen como fiduciarias. Quedará el fideicomiso concebido como una afectación patrimonial a un fin, cuyo logro se confía a las gestiones de un fiduciario, precisándose así la naturaleza y los efectos de ese instituto que la ley actualmente en vigor concibe oscuramente como un mandato irrevocable. "

" Siguiendo en ello el precedente ya establecido en la Ley actual, la nueva ley sólo autoriza la constitución de fideicomisos, cuando el fiduciario es una institución especialmente sujeta a la vigilancia del Estado y mantiene todas las prohibiciones conducentes a impedir que, contra --- nuestra tradición jurídica, el fideicomiso dé lugar a sustituciones indebidas o a la constitución de patrimonios alejados del comercio jurídico normal. La nueva Ley conserva, también, respecto a las instituciones autorizadas para actuar como fiduciarias, la facultad de aceptar y desempeñar mandatos o comisiones de toda clase, de encargarse de albacezgos, sin dicaturas, tutelas liquidaciones y en general, de aceptar la administración de bienes y el ejercicio de derechos por cuenta de terceros. Destruye pues, la nueva ley, toda confusión entre el fideicomiso y los actos de administración o de representación de terceros; pero, por la semejanza de funciones y para asegurar a las instituciones fiduciarias un campo más amplio de acción, las deja autorizadas como queda dicho, no solo para encar

garse de la ejecución de fideicomisos, sino para desempeñar todas las demás funciones enumeradas antes en términos generales".

En su articulado, como antes dijimos, la ley no trataba al fideicomiso en sí, lo que además era lógico, pues no era la ley adecuada para hacerlo, sino que mas bien estaba encaminada a precisar las reglas sobre las cuales operarían las instituciones autorizadas a efectuar fideicomisos, como eran exigirles un capital mínimo de \$-200,000.00 si operaban en la capital y \$-100,000.00 si operaban en el interior del país (Art. 17). Asimismo no permitía que sucursales de bancos extranjeros actuaran como fiduciarios ( Art. 5 ).

Más adelante, del artículo 90 al 96 correspondientes a la sección -- VI del Capítulo II, se mencionaban las actividades que las fiduciarias estarían autorizadas a efectuar, las cuales eran practicamente las mismas - que le son permitidas ahora.

Las leyes que siguieron en tiempo fueron la Ley General de Títulos y Operaciones de Crédito vigente actualmente, y que será objeto de posterior análisis; La Ley General de Instituciones de Crédito y Organizaciones Auxiliares de 2 de Junio de 1941, la cual no obstante no ser Ley substantiva trató importantes cuestiones de fondo en el fideicomiso, a esta ley haremos alusión en el último capítulo de este trabajo por lo que reservamos para ese momento los comentarios respectivos; cronológicamente siguió la Ley Reglamentaria del Servicio Público de Banca y Crédito la -- cual entró en vigor el 1o. de Enero de 1983, este ordenamiento mas que -- tratar de definir en una forma técnica el mecanismo sobre el que operarían las Sociedades Nacionales de Crédito, lo que hizo fué dar los lineamientos, en forma muy generalizada de como se organizarían mas que en lo técnico en lo administrativo pues en ese momento urgía un ordenamiento --

en donde el nuevo patrón dejara sentir su poder, aún a costa de deshacerlo bien hecho, sobre el recién nacionalizado sistema bancario ; la ley -- no aporta nada a nuestra figura a estudio por lo que no nos detendremos -- mas en ella. ( La única alusión que hace a nuestro tema es cuando en su -- artículo 41 dice : " ... Tratandose de diferencias que surjan respecto al cumplimiento de fideicomisos, sólo conocerá ( se refiere a la Comisión -- Nacional Bancaria y de Seguros ) de las reclamaciones que presenten los -- fideicomitentes o fideicomisarios en contra de los fiduciarios " ). La -- vigencia de esta ley fué breve pues fue derogada por la Ley del mismo nombre de fecha 14 de febrero de 1985, misma que derogó también a la Ley General de Instituciones de Crédito y Organizaciones Auxiliares, en su momento nos detendremos más en ella .

## CAPITULO II

## NATURALEZA JURIDICA

Como su título lo dice, el presente capítulo estará dedicado a tratar el tema más polémico y debatido relacionado con el Fideicomiso; y es que hablar de la naturaleza de cualquier institución no es tarea fácil ya que es precisamente aquí en donde la doctrina encuentra el campo más propicio para explayarse con toda plenitud, ofreciendo toda clase de teorías de las más variadas orientaciones, tarea tanto más difícil cuando se trata de explicar la naturaleza jurídica de instituciones surgidas y desarrolladas fuera de nuestro sistema normativo y posteriormente incorporadas a él, pues en este caso se trata de adaptar figuras que respondieron a necesidades propias del lugar en que nacieron y que obviamente no tuvieron -- mayor dificultad para encontrar acomodo en aquel sistema jurídico, pero -- las cuales una vez adoptadas por otros sistemas se encuentran, en muchas ocasiones, con el problema de que no existe cabida para ellas, pues los -- arquetipos jurídicos hasta ese momento creados rechazan su equiparación, -- so pena, en caso de encajarlos a fuerza, de hacerlas figuras sumamente -- susceptibles a los ataques de sus detractores, razón por la que los teóri -- cos y el legislador se ven ante el problema de encontrarle un lógico y -- adecuado acomodo dentro de las instituciones existentes, si es que esto -- es posible, y de no serlo se ven en la necesidad de, o rechazar la adop -- ción de la figura, lo cual evidentemente no es conveniente si se trata de una figura que aportará notorios beneficios, o bien se modifica en la medida necesaria el Derecho hasta entonces existente a fin de hacer posible la integración de la institución, lo cual por otro lado es perfectamente -- posible pues el derecho es cambiante por naturaleza, un derecho estático-

que no se adaptara a las exigencias de los tiempos y de la sociedad a la cual sirve sería un derecho válido sí, pero letra muerta, es decir ineficaz. Existe una tercera posibilidad resultado de la diversidad y contradicción de criterios en la doctrina y de la indecisión o pereza del legislador, esta posibilidad es que se adopte la figura y quede pendiente "para un mejor momento" la determinación de su naturaleza jurídica, limitándose a dar las bases estrictamente indispensables para que en la práctica funcione, es este último el caso del fideicomiso en México; en efecto el legislador lo incorporó dando las bases sobre las cuales funcionaría y luego se desentendió de él, dejando en el aire infinidad de cuestiones relativas a su esencia misma ( decía el autor del capítulo relativo al fideicomiso de la vigente Ley: " Partiendo del principio de que la ley no debe enseñar, sino mandar, y de que no es un manual didáctico sino un cuerpo de preceptos, se optó por configurar el fenómeno con la mayor claridad posible, en su contenido y en sus efectos dejando a la doctrina y a la jurisprudencia que en cumplimiento de sus funciones propias, estudiaran el problema y propusieran, si fuese posible una solución que mereciera un final concesivo".<sup>(1)</sup>

No obstante esta situación de vacío en cuanto al reconocimiento formal de la naturaleza de la Institución, no podemos dejar de reconocer que en la práctica ha funcionado en términos generales bien, lo que ha llevado a algunos a menospreciar el problema relativo a la determinación de la naturaleza jurídica<sup>(2)</sup>; no compartimos tan pragmático criterio, pues el jurista debe preocuparse no solo de que las instituciones jurídicas, fun --

- 1.- Lepaulle, Pierre, Tratado Teórico y Práctico de los Trust, Introducción de Pablo Macedo Pag. XXVI, Edit. Porrúa, México, 1975.
- 2.- Vid. Espinosa, Gómez Alvaro, Las Instituciones Fiduciarias, y el Fideicomiso en México, Editado por Fondo Cultural Somex, México, 1982, Pag. 396-397.



cionen en la práctica sino que además debe atribuirles determinadas características que las definan con precisión y las distingan de otras, marcando con exactitud los perfiles propios de cada una; teoría y práctica de - ben combinarse adecuadamente para dar por resultado un sistema racional, - coherente y libre de contradicciones. Sería difícil enumerar y exponer -- todas y cada una de las teorías que ha tratado de explicar al fideicomiso, su número y los extremos doctrinales que se abarcan hacen de esa una la - labor que excede en mucho los modestos límites del presente, así pues nos - conformaremos con exponer en este capítulo, en forma necesariamente bre - ve, aquellas teorías que a nuestro juicio mas importancia han adquirido - en la doctrina y que han, en mayor o menor medida influenciado al legisla - dor.

#### 1.- Teoría del Fideicomiso como negocio Fiduciario.

Esta teoría constituye una de las tesis más socorridas por quienes - tratan de explicar la naturaleza jurídica del fideicomiso, siendo utili - zado no solo para explicar la naturaleza jurídica de éste, sino que tam - bién se acude a ella para desentrañar otros actos jurídicos. La Teoría -- es por demás amplia, por lo que no entraremos a su análisis detallado; -- veamos pues en que consiste:

El negocio fiduciario surge ante la necesidad de los miembros de una sociedad determinada de instrumentar combinaciones de figuras jurídicas, - a fin de agilizar aquellas relaciones lícitas, e incluso ilícitas, para - las cuales el derecho existente constituye un obstáculo; así recurriendo - a formas negociales legales, combinándolas como mejor convenga para el -- caso, sin importar que surja un resultado innominado, pues la autonomía - de la voluntad, pilar del derecho privado mexicano, lo permite, se logra - el resultado buscado.

El Dr. Octavio A. Hernández comenta: " Las consecuencias injustas o indeseables de determinado ambiente social y político sancionado por la correspondiente estructura jurídica, se resuelven una vez más, por procedimientos que recuerdan vivamente a los utilizados por romanos y angloamericanos: el propietario cuyos bienes están amenazados los salva transmitiéndolos a otra persona que adquiere su propiedad válidamente frente a cualquier tercero y quien seguidamente se obliga con el transmitente a manejar y a administrar dichos bienes en beneficio de aquel y a devolverle su propiedad sobre ellos cuando desaparezcan las circunstancias que motivaron el negocio.

El negocio fiduciario florece en México a mediados del siglo pasado, época en la que nuestra historia registra apasionamientos políticos y desenfrenos sociales extraordinarios que pusieron en crisis la propiedad raíz del transitorio o definitivamente vencido ". (3)

Veamos como es definido por la doctrina :

Autores Mexicanos :

Dr. Octavio A. Hernández : Negocio fiduciario es negocio indirecto, no tipificado por el derecho integrado por un negocio jurídico manifiesto válido ante terceros y otro negocio jurídico oculto, que responde a la verdadera finalidad perseguida por las partes, válido solo entre ellas, - negocios jurídicos cuyos efectos no coinciden ". ( 4)

Dr. Jorge Barrera Graf: " Entendemos por negocio fiduciario aquel -- en virtud del cual una persona transmite a otra ciertos bienes o derechos

3.- Hernández, Octavio A., Derecho Bancario Mexicano, Tomo II, Editorial Jus, México, 1956, Pag. 243-245.

4.- Op. Cit. Pag. 245.

obligándose ésta a afectarlos a la realización de una finalidad lícita de terminada y como consecuencia de dicha finalidad a retransmitir dichos -- bienes o derechos a favor de un tercero o revertirlos a favor del transmi tente ". (5)

Lic. Jorge Serrano Trasviña : " Negocio fiduciario es aquel consti tuido en virtud de un contrato por el cual un derecho invierte el modo de su ejercicio de potestativo en obligatorio ". (6)

Dr. Jorge A. Domínguez Martínez : " Por negocio fiduciario debe en tenderse aquel acuerdo mediante el cual, un sujeto transmite la propiedad de un bien o la titularidad de un derecho a otra y éste se obliga a des tinar lo transmitido a una finalidad determinada que aquél le señaló, con lo que corresponderá a la confianza que para ello le tuvo el primero". (7)

#### Autores Extranjeros

El Jurista Cesare Grasseti define al negocio fiduciario como : " una manifestación de voluntad con la cual se atribuye a otro una titularidad de derecho a nombre propio pero en interés del transmitente o de un terce ro ". (8)

Para el Autor Giovanni Pugliese : " Se denominan fiduciarios a aque llos negocios, por medio de los cuales una parte transmite a otra la plena titularidad de un derecho mediante la obligación del adquirente de re transferir el mismo derecho al enajenante o a un tercero, con las modali dades y dentro de los términos determinados para la consecución de una -- cierta finalidad práctica. Se transfiere la propiedad para que el -----

- 5.- Barrera Graf, Jorge, Estudios de Derecho Mercantil, Ed. Porrúa, ---- México, 1968, Pag. 317.
- 6.- Serrano Trasviña, Jorge, Aportación al Fideicomiso, Tesis, U.N.A.M., México, 1950, Pag. 60.

adquirente realice ciertos actos útiles al enajenante u obtenga la garantía de un crédito que tiene contra el propio enajenante .<sup>(9)</sup>

El Tratadista Alberto Trabucchi dice : " Cuando la declaración de voluntad externa opera la transferencia de la titularidad del derecho cuyo ejercicio tiene limitado por una declaración interna con lo que el causahabiente se obliga a ejercitar el derecho de una manera determinada y no diferente nos hallamos ante la figura tradicional del negocio fiducia --- rio ".<sup>(10)</sup>

Para el Autor Juan B. Jordano Barea : El negocio fiduciario consiste en la transmisión de una cosa para un fin de administración o garantía -- que no exige esa transmisión ".<sup>(11)</sup>

Las definiciones que explican al negocio fiduciario podrían ser muchas más, pero finalmente llegaríamos a las mismas conclusiones; los elementos comunes que hemos observado aparecen en casi todas las definiciones son las siguientes :

- a).- La confianza como presupuesto básico.
- b).- La existencia de una doble relación que unificadas integran el negocio fiduciario.
- c).- Exceso del medio empleado en función del fin que se persigue.
- d).- Carencia de tutela jurídica.

Detengamos un poco en estos puntos, veamos :

- a).- El negocio fiduciario esta basado fundamentalmente en la confianza, ésta juega un papel importantísimo en esta clase de ---
- 7.- Domínguez Martínez, Jorge A. El Fideicomiso Ante la Teoría General del Negocio Jurídico, Ed. Porrúa, México, 1982, Pag. 167.
  - 8.- Grasseti, Cesare, Citado por José Manuel Villagordo L., Doctrina General del Fideicomiso Editado por la Asociación de Banqueros de México, México 1976, Pag. 65.
  - 9.- Pluigiuese, Giovanni, Citado por Luis Muñoz, El Fideicomiso, Cárdenas, Editor y Distribuidor, 1980, Pag. 139

negocios y de ahí precisamente su nombre de fiduciarios ( es decir basados en la buena fe ).

Constituye la confianza un presupuesto indispensable cuya ausencia solo la concebimos bajo circunstancias de hecho verdaderamente extremas.

Nos dice el autor Sergio Martínez Azuero que en el negocio fiduciario : "... aparece como característica en primer plano la confianza depositada en el fiduciario que, a diferencia de la que existe en casi todos los negocios es especialísima y reviste un grado superior al normal ... " .(12)

b).- El negocio fiduciario se encuentra formado de dos relaciones opuestas y a la vez complementarias, cuya integración da por resultado una unidad que es precisamente el negocio. En efecto, se puede observar que gran parte de la esencia de estos negocios se encuentra en una doble relación, a saber :

1.- Una relación de carácter real, con efectos " erga omnes ", consistente en la transmisión que hace el fiduciante del bien o derecho que constituirá la materia del acto al fiduciario, quien una vez recibiendo los se constituye en dueño ante terceros e incluso, legalmente, ante el fiduciante mismo.

2.- La segunda relación consiste en aquel acuerdo mediante el cual las partes estipulan que la transmisión efectuada al fiduciario no surtirá los efectos que normalmente le corresponderían, sino que el fiduciario se compromete con el fiduciante a revertir al mismo fiduciante o a un tercero los bienes que ha recibido una vez cumplidos los fines para la

10.- Trabucchi, Alberto, Instituciones de Derecho Civil, Trad. Esp., Ed. Revista de Derecho Privado, Madrid, 1967, Pag. 266.

11.- Jordano Barea, Juan B. citado por Jorge A. Domínguez M. Op. Cita. - Pag. 167.

consecución de los cuales se constituyó el negocio: es decir esta segunda relación válida exclusivamente inter-partes limita, o como algunos autores dicen, destruye, los efectos de la relación real, de la transmisión pero este compromiso, hacemos hincapié en ello, es valedero exclusivamente entre las partes, excluyendo por tanto la posibilidad de hacerlos valer ante terceros quienes la mayoría de las veces desconocen su existencia, pues generalmente esta relación se mantiene oculta por las partes, ante ellos el único y verdadero dueño es el fiduciario.

Estas dos relaciones son indispensables en cualquier negocio fiduciario, la carencia de cualquiera de ellas nos hace estar en presencia de cualquier otra clase de negocio, pero no fiduciario. Una esta apoyada en la otra y ambas se complementan logrando con su unión el negocio. La relación real por si sola constituiría un negocio traslativo más, sin ninguna peculiaridad, y de hecho esta es la apariencia que se pretende dar ante terceros, sin que por eso se piense que se trata de un negocio simulado pues estos se caracterizan por la incongruencia entre la voluntad verdadera y la declaración que de ella se hace, es decir se trata de una ficción, de algo que no pretende que en realidad exista, mientras que en el negocio fiduciario no existe discrepancia entre la voluntad y su manifestación, la transmisión se quiere y se obtiene, se desean sus consecuencias jurídicas, más no las económicas; por otro lado, la relación personal considerada en forma independiente no se justificaría, ni tendría razón de ser; la relación fue creada en función de limitar algo y ese algo es la transmisión que se ha efectuado.

c).- La transmisión que se efectúa en el negocio fiduciario es ple-

na, es decir jurídicamente no tiene limitantes, en virtud que el pacto inter-partes que pudiera limitarle es irrelevante para el Derecho; de ahí que en adelante tratándose del negocio fiduciario, no aceptemos que se cree un tipo especial de propiedad que algunos llaman " propiedad fiduciaria ", es mas ni siquiera consideramos que constituya una " modalidad " de la propiedad, pues en tanto el Derecho no se ocupa de la relación limitante no se justifica buscarle caracteres especiales a la transmisión efectuada.

Nos dice el Lic. Mariano Navarro Martorell: " El Fiduciario adquiere sobre el objeto la plena e irrevocable propiedad no solo frente al fiduciante. Es decir, que la propiedad recibida por el fiduciario puede ser calificada con la temperancia con que este carácter debe ser aplicado a todo derecho de propiedad de, absoluta ". (13)

El Lic. Rodrigo Vázquez Arminio comenta : " La transmisión que se realiza en virtud de la relación real del negocio fiduciario, del fiduciante al fiduciario es una transmisión plena de propiedad si se trata de bienes y de titularidad si se trata de derechos de crédito que salen de la esfera patrimonial del fiduciante para pasar a ser del fiduciario.

No puede pensarse, como indican algunos autores, que en el negocio fiduciario se encuentra un tipo especial de propiedad que en forma inadecuada denominan propiedad fiduciaria ". (14)

Consecuencia de esa transmisión plena es que como característica del negocio fiduciario aparezca la excedencia del medio en relación al fin.

- 13.- Martorell Navarro, Mariano, Citado por Domínguez M. Jorge, Op. Cit. Pag. 173.
- 14.- Vázquez Arminio, Rodrigo, La naturaleza jurídica del Fideicomiso Mexicano, y sus principales aplicaciones practicas, Librería de Manuel Porrúa, México, D. F., 1964, Pag. 23.

Es decir se atribuyen más facultades de las requeridas para lograr los fines que se buscan; se utiliza un instrumento jurídico importante para obtener fines que se pudieran conseguir recurriendo a figuras menos ---- trascendentes.

Dice el Maestro Francisco Ferrara: " La esencia del negocio fiducia rio esta en ser un negocio que va más alla del fin querido por las partes; supera la intención de ellas, presta consecuencias jurídicas de mayor alcance que las deseadas y necesarias para obtener un resultado más débil; se emplea una forma jurídica más importante para obtener una resultado menor ". (15)

El Tratadista Luigi Cariota Ferrara comenta : Los negocios fiducia rios estan caracterizados por una excedencia del medio empleado frente - al fin que se quiere conseguir : una parte ( fiduciante ) para un fin de terminado, da un amplio poder jurídico a la otra (fiduciario quien asume la obligación personal ) de usar de la posición jurídica real, constitu da, sólo dentro de los límites de aquel fin ". (16)

Por su parte el Dr. Rodríguez y Rodríguez afirma : " Estos ( los ne cios fiduciarios ) se caracterizan por la discrepancia entre el fin perseguido y el medio elegido para realizarlo. Para la consecución de un -- fin determinado se elige una forma jurídica que permite más de lo que es necesario para la realización de aquél. Con otras palabras el negocio fi duciario se caracteriza en que se elige por las partes un forma jurídica los efectos de la cual exceden con conocimiento de las partes de los exi gidos para el fin práctico que se persigue ". (17)

15.- Cervantes Ahumada, Raúl, Apuntes de Derecho Mercantil, México, Pag. 230.

16.- Cariota Ferrara, Luigi Citado por José M. Villagordoa, Op. Cit. -- Pag. 69



Sin embargo, no toda la doctrina es coincidente con esta última característica de los negocios fiduciarios, existe un sector de la doctrina que considera que esta excedencia del medio respecto del fin no opera,--- así por ejemplo el autor Cariota Ferrara Alude a Cesare Grasetti y dice : "todos los escritores habían situado la característica de los negocios fiduciarios en la excedencia del medio sobre el fin. Excepción (única si no nos equivocamos) hay que hace con Grasetti : Del Negozi Fiduciario, en -- cuya opinión la atribución no excede respecto al fin económico perseguido por las partes y los efectos reales no son más amplios de lo que sería su ficiente para la consecución de un fin, porque en los varios casos concre tos ningún otro medio existe para asegurarse una completa consecución ".<sup>(18)</sup>

El Lic. Villagordoa cita al Maestro Barrera Graf, quien afirma : " En realidad, no puede existir ni una contradicción, ni excedencia en -- tre medio y fin, sino mas que hablar de medios excesivos. debería hablar-- se de medios propicios, por su flexibilidad, para alcanzar las finalida -- des que le son comunes ".<sup>(19)</sup>

Si bien es cierto que es la primera posición la que prevalece en la doctrina así como en la práctica, debemos admitir que hay ocasiones en -- que debido a las circunstancias específicas del caso, será efectivamente el negocio fiduciario la vía idónea que resuelva en forma satisfactoria -- el problema.

d).- Otra característica que observamos en los negocios fiduciarios-- es la carencia de tutela jurídica. Efectivamente, el negocio fi-- duciario considerado como tal no esta previsto por las leyes.

17.- Rodríguez y Rodríguez, Joaquín, Curso de Derecho Mercantil, T. II, Ed. Porrúa, México, Pag. 119.

18.- Citado por Batiza, Rodolfo, Principios Básicos del Fideicomiso y de -- la Administración Fiduciaria, Ed. Porrúa, México, 1977, Pag. 19

19.- Op. Cit. Pag. 70

El Derecho prevé y regula la relación real, esto es, la transmisión con efectos " erga omnes ", sin embargo la segunda relación, la que neutraliza los efectos de la primera pasa desapercibida para el Derecho; la conjunción de ambas da por resultado al negocio fiduciario, que ya visto como unidad no se encuentra en ninguna ley.

Es por esta circunstancia por la que el negocio fiduciario debe estar firmemente asentado en la confianza, pues su falta de tutela jurídica hace de este negocio una relación en extremo riesgosa para el fiduciante quien después de constituido el acto se convierte en un sujeto sumamente susceptible de ser víctima de la deslealtad del fiduciario, pues ambos saben que es éste último el único y verdadero dueño ante los ojos del Derecho y que por tanto los actos que pudiera realizar el fiduciario con los bienes en contra de los intereses del fiduciante, difícilmente podrían ser impugnados por este último.

Por el contrario, en la medida en que un negocio fiduciario es tutelado por el Derecho se va alejando de la noción de confianza, que se ve suplida por la norma. La fe en el fiduciario no constituirá ya mas, elemento básico, pues el fiduciante sabe que existe un ordenamiento jurídico que lo respalda ante la deslealtad del otro contratante.

Decía el jurista Grasseti al examinar la obra del autor Remo Franceschelli : " Por otro lado, ¿ que significa decir con Franceschelli que --- cuando el negocio fiduciario ha devenido típico, el Derecho lo considera como un organismo que tiene una unidad sustancial diversa de una expresión periférica bien precisa y como propio y en cuanto negocio fiduciario lo tutela ? significa, si no yerro, que la fiducia es ya legal y si es legal ya no es fiducia. Así, del use originario, a través de una evolución-histórica seis veces secular el trust ha devenido fiducia legal y no es -

mas negocio fiduciario ". (20)

Ahora bien, el que el negocio fiduciario no sea previsto por el Derecho no significa que sea necesariamente ilícito, en realidad el hecho de que se tenga que recurrir a él y sea mantenida oculta, como casi siempre lo es, la relación personal, es mal indicio, pues con buenas bases se puede presumir la ilicitud, que está presente en la mayoría de los casos.

Sin embargo es perfectamente posible encontrarnos ante un negocio fiduciario totalmente lícito y en el que sus partes no tengan inconveniente en que la relación personal sea conocida por terceros.

Creemos que no es conveniente generalizar, como lo hace el Dr. Octavio Hernández que dice que todos los negocios fiduciarios son ilícitos, o como el Maestro Barrera Graf, que por el contrario atribuye siempre licitud, mas bien es necesario atender a los fines perseguidos en el caso concreto para saber si estamos en presencia de un negocio lícito o ilícito.

Estas son pues, a grandes rasgos, las características que a nuestro -- parecer son comunes en los negocios fiduciarios.

Ahora bien, existe un sector bastante importante de la doctrina que se manifiesta en el sentido de atribuirle al Fideicomiso Mexicano la naturaleza jurídica de negocio fiduciario, son partícipes de este criterio, - entre otros, autores como : Rodríguez y Rodríguez, José M. Villagordoa, - Rodrigo Vázquez Arminio, Jorge Barrera Graf, Jorge Serrano Trasviña, etc.

Veamos algunas opiniones :

El Dr. Rodríguez y Rodríguez dice : " El Fideicomiso debe considerarse como una variedad de los negocios fiduciarios ... " y más adelante --- agrega "... se advierte que en los negocios fiduciarios, existe un aspecto real, traslativo de dominio, que opera frente a terceros y un aspecto-  
20.- Citado por Batiza, Op. Cit. Pag. 20

interno de naturaleza obligatoria, que restringe los alcances de la transmisión anterior, pero solo con efecto interpartes ".

" Por eso es evidente, que el fideicomiso debe considerarse como un negocio fiduciario en cuanto se trata de un negocio jurídico en virtud -- del cual se atribuye al fiduciario la titularidad dominical sobre ciertos bienes, con la limitación de carácter obligatorio, de realizar, sólo aquellos actos exigidos por el cumplimiento del fin para la realización del - cual se destinan ". (21)

El Lic. Villagordoa Lozano afirma ..."el fideicomiso es una especie de los negocios fiduciarios. Si analizamos la estructura de esa institución, vemos que es un negocio formado de dos relaciones: la real, en virtud de la cual el fideicomitente transmite determinados bienes o derechos al fiduciario, y la obligatoria por la que el fiduciario se encuentra --- constreñido frente al fideicomisario, a destinar el patrimonio transmitido a la realización de los fines del fideicomiso, en provecho no del titular de dicho patrimonio, sino del fideicomisario ". (22)

Por su parte el Maestro Jorge Barrera Graf concluye que el fideicomiso es un negocio fiduciario porque :

- a) "Porque se trata de un negocio que atribuye a alguien un derecho patrimonial en interés de otro ( que puede ser el fideicomitente- o el fideicomisario ), y a nombre propio, existe pues, la doble - relación : transmisión de bienes o derechos al fiduciario (relación real) y obligación asumida por dicho fiduciario de afectar - a una determinada finalidad dichos bienes a derechos (relación --

21.- Op. Cit. Pag. 119

22.- Op. Cit. Pag. 93

obligatoria personal ) "

- "b).- De parte del fiduciario, en medida mayor o menor, existe la potestad de abuso sin que corresponda al fiduciante o al beneficiario ( que en nuestra terminología se llama fideicomitente y fideicomisario ), acción real de reivindicación ; "
- "c).- Derivado, como deriva el fideicomiso, del Trust Anglosajón pue de aceptarse que ésta ya sea su origen meramente a través del use, e incluso en la actualidad, corresponde al concepto del negocio fiduciario en los sistemas romanistas ; "
- "d).- Las objeciones de algunos autores de considerar el fideicomiso como negocio fiduciario, son insostenibles como hemos demostrado antes. En otro estudio hemos tratado de demostrar, por una parte, que no hay impedimento para la adopción de los negocios fiduciarios en México, y por otra parte que el fideicomiso es precisamente un tipo de negocio fiduciario ; "
- "e).- De no aceptarse la explicación del negocio fiduciario tendríamos que admitir que el fideicomiso es un negocic " sui géne --ris " lo cual no es decir nada, o que el plantea ese tipo especial de relación, no admitida en nuestro sistema y sí en el anglosajón, en cuya virtud se opera un desdoblamiento de la --propiedad, o sea un tipo especial de propiedad, que correspondería tanto al fiduciario como al fideicomitente o al fideicomisario; ahora bien, creemos que tal concepto es totalmente --contrario a nuestros principios y esta refido con el carácter absoluto en cuanto unitario del concepto romano de propiedad; "
- "f).- El fideicomiso es un negocio fiduciario y lo es tanto el testamentario como el contractual, tanto el fideicomiso estrictamen

-te bilateral ( en el que el fideicomisario es el propio fideicomitente ), como aquél en que hay una estipulación a favor de tercero, o sea, el fideicomiso en que no coincidan fiduciante y beneficiario, ya sea que dicho tercero este constituido por una persona cierta o determinada, o bien por el público. En todas estas formas de fideicomiso se da la traslación de la propiedad y la afectación, es decir, la doble relación; en todas interviene necesariamente el fiduciante, y el fiduciario ; "

"g).-Por último, en toda forma de fideicomiso se constituye un patrimonio de afectación, destinado exclusivamente al cumplimiento de la finalidad pactada, la cual se impone como obligación y como limitación al fiduciario, dueño de dicho patrimonio ". (23)

## COMENTARIOS

En realidad es innegable que, efectivamente, la forma operativa del fideicomiso y la del negocio fiduciario son en extremo similares al grado que ha llevado a muchos prestigiados juristas a establecer una relación de género-especie entre ambas figuras siendo, por supuesto, la especie -- el fideicomiso.

Ahora bien, no obstante dicha similitud funcional tan notoria encontramos también varias diferencias que nos hacen dudar muy seriamente en la veracidad de la tesis que asimila el fideicomiso al negocio fiduciario.

Veamos, las diferencias más notorias que podríamos señalar serían ;

- 1) El negocio fiduciario suele ser secreto en la mayoría de los casos , en cambio el fideicomiso nunca puede ser secreto.
- 2) En el negocio fiduciario cualquier puede ser parte; en el fideicomiso solo puede tener el carácter de fiduciario las instituciones expresamente facultadas para serlo.
- 3) En el negocio fiduciario el adquirente se convierte en dueño pleno y auténtico al no existir nada que jurídicamente lo limite, no así en el fideicomiso como en su oportunidad veremos.
- 4) El negocio fiduciario debe ser siempre intervivos, el fideicomiso puede ser creado intervivos o por testamento.
- 5) En el negocio fiduciario, el fiduciario tiene la libertad de elegir si acepta o rechaza el encargo; en el fideicomiso, conforme a la ley, el fiduciario no cuenta con dicha libertad.
- 6) En el negocio fiduciario generalmente se persigue un fin lícito o cuando menos contrario al espíritu de la ley, en el fideicomiso su finalidad siempre debe ser lícita.

- 7) En el Fideicomiso, a diferencia del negocio fiduciario, no existe una excedencia del medio respecto del fin, sino que es un instrumento jurídico que logra fines que sin él no serían posibles en las mismas ventajosas condiciones.
- 8) Por último, la que a nuestro juicio constituye la diferencia más importante, y para nosotros contundente para no atribuirle al fideicomiso la naturaleza de negocio fiduciario, es la carencia de tutela jurídica de que adolece el negocio fiduciario mientras -- que el fideicomiso es un negocio típico, es decir regulado por -- la ley, lo cual tiene como consecuencia que la noción de confianza, pilar del negocio fiduciario, no opere en el fideicomiso con la misma importancia, pues la confianza es reemplazada por la -- ley, la buena fé es substituida por el Derecho, entendiéndose la -- permanencia de la buena fé dentro del fideicomiso en el sentido -- de que ésta no debe faltar en las relaciones jurídicas.

En la realidad, quien pretende crear un fideicomiso en México no atribuirá por lo general, excesiva importancia el que su fiduciario sea la Institución "X" o "Y", pues sabe que ambas, igual que todas las demás, tendrán la obligación de actuar conforme a lo que la ley con claridad establece, so pena en caso contrario, de hacerse acreedor a la sanción correspondiente por parte de las autoridades competentes, sabe, por otro lado, que en cuanto a recursos técnicos se refiere, ambas instituciones los tendrán. Muy distinta situación es la del negocio fiduciario, en donde para el fiduciante, de ninguna manera es lo mismo elegir a "X" o a "Y" como fiduciario, pues aquí las cualidades personales de cada uno serán determinantes en la elección.



## TEORIA DEL MANDATO

Esta teoría tuvo como su principal exponente al autor panameño ---- Ricardo J. Alfaro quien tuvo el mérito de ser el primer jurista en tratar de incorporar a los países latinoamericanos, cuyo sistema jurídico esta -- inspirado en el derecho romano, la figura del Trust Anglosajón.

Antes de seguir adelante veamos como nos es definido por nuestro Código Civil el Mandato :

" Art. 2546 : El mandato es un contrato por el que, el mandatario, - se obliga a ejecutar por cuenta del mandante los actos jurídicos que este le encarga ".

Definición esta con la cual en términos generales la doctrina coincide. Como es de verse, en virtud de este contrato una persona se obliga a llevar a cabo determinados actos jurídicos por cuenta de otra persona - quien previamente le ha instruido y otorgado las facultades que éste juzga son necesarias.

Quizá con pequeñas diferencias en la definición con relación al resto de los países de sistema jurídico de origen latino, pero la ley mexicana recoge la idea básica del contrato que los pueblos latinos manejamos; - pues bien, Alfaro consideró que la figura adecuada para asimilar el Trust a los sistemas románicos sería el mandato, pues finalmente ambos contenían en el fondo la misma esencia : la obligación de llevar a cabo, por encargo de otro, determinados actos para beneficio de una persona determinada; - en ese orden de ideas, Alfaro concluye equiparando al fideicomiso con el - mandato, decía Alfaro: " lo que hace el fiduciario es en resúmen 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 su sustancia un mandato, en el cual el fiduciario es el mandatario y el fideicomitente el mandante ". (24)

No sería, sin embargo, un mandato cualquiera, habría de ser un mandato un tanto especial, un mandato que careciera de una de las características que normalmente le son propias: su revocabilidad, es decir se trataría de un mandato irrevocable.

Veamos las ideas básicas de este autor quien nos dice: " se han dado muchas definiciones tanto del fideicomiso romano como del trust inglés. Pero si se las compara cuidadosamente se echara de ver que todas coinciden en un elemento esencial: que tanto el fiduciario como el trustee inglés es siempre una persona que ejecuta un encargo o comisión que le ha sido dado por otra persona para beneficio de un tercero ".

" En el antiguo fideicomiso se habilitaba al fiduciario para desempeñar su encargo instituyéndolo heredero. En el trust angloamericano se habilitaba al trustee invistiéndolo con el " título legal " sobre los bienes. De consiguiente si tanto en el fideicomiso como en el trust lo que hacen el fiduciario y el trustee es ejecutar un encargo por cuenta del testador o constituyente, y si en el derecho civil el mandato es un contrato por medio del cual una persona encarga a otra la ejecución o dirección de determinado negocio, no hay duda de que el mandato es la institución de derecho civil que tiene más semejanza con el trust, puede ser y ha sido asimilado a un mandato en que el fideicomitente es el mandante y el fiduciario el mandatario.

" Pero ¿ es el concepto de mandato suficiente por sí solo para caracterizar el trust ? Evidentemente que no, porque si así fuera, los fines del trust podrían cumplirse por medio del mandato y ello no es así. Las -

razones son obvias ".

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

" Ahora bien, si por una parte se hallaba que el mandato era la institución más análoga al trust, pero por la otra se observaba que el mandato resultaba ineficaz para los fines del trust por el hecho de ser revocabable, ¿ que figura surgía ante la mente como la más apropiada para presentar ante la mentalidad latina la institución extraña del trust ?

Pues la figura antitética y contradictoria de un mandato irrevocable, de una comisión o encargo sui géneris, especial, nuevo, un encargo que el mandante no pudiera deshacer y mediante el cual se desprendiera definitivamente del dominio de las cosas objeto del encargo. Sólo así se podría -- crear un patrimonio independiente cuyo dominio adquiría el fiduciario en forma definitiva y no precaria, y con disposiciones del trust". (25)

En ese orden de ideas la definición que del fideicomiso nos ofrece este autor es como : " un mandato irrevocable en virtud del cual se transmiten determinados bienes a una persona llamada fiduciario para que disponga de ellos conforme lo ordena el que los transmite llamado fideicomitente a beneficio de un tercero llamado fideicomisario ".

24.- J. A. Domínguez M. Op. Cit. Pag. 146.

25.- J. M. Villagorhoa Op. Cit. Pag. 97-98

Y enumera los elementos de definición :

"a).- La Esencia

b).- El Objeto

c).- El Fin

d).- El sujeto

"a).- La esencia del fideicomiso es la de un mandato irrevocable aunado a una transmisión de bienes considerada por él como necesaria, pues - sin ella no habría acto de confianza ".

"b).- El objeto, lo es todo bien mueble, inmueble, corpóreo, incorpóreo, - presente o futuro ".

"c).- El fin esta representado por el contenido de la obligación del fiduciario, o sea, destinar los bienes a la finalidad dispuesta por el fideicomitente y nada más ".

"d).- El sujeto del fideicomiso es, el fideicomisario, pues en beneficio de este fué la constitución de aquél ". (26)

Obsérvese como el mismo Dr. Alfaro llama a la figura que propone como "antitética y contradictoria", pero cabría preguntarse ¿hasta que punto el mandato irrevocable es contradictorio ?

Por principio de cuentas recuérdese que el mandato ha sido considerado por la doctrina y la legislación como contrato y como tal debe estar sujeto a lo que el Código Civil marca como reglas generales para éstos, - así pues, si nos atuviéramos al texto del artículo 1797 del Código Civil que literalmente dice : " La validez y el cumplimiento de los contratos - no puede dejarse al arbitrio de una sola de las partes ",-----  
---- debfa concluirse que hablar de la irrevocabilidad del mandato debiera ser lo normal, pues como contrato que es se requerirfa del concurso --

de voluntades para que esa revocación fuera válida; no obstante ha ocurrido, por las características del contrato que es en principio "intuitu personae", que pasa exactamente lo contrario, la revocabilidad es la regla y la irrevocabilidad la excepción ( Artículos 2595 Fracc I y 2596 --- Código Civil ).

Este principio de revocabilidad característico del mandato se fundamenta :

1).- En el carácter de acto de confianza que lleva implícito el contrato.

2).- En que la función del acto es ampliar la actividad del mandante por lo cual, para que responda a esa función, debe siempre existir la posibilidad de que éste recobre su autonomía con libre decisión.

3).- En que el mandante conserva por regla general dos intereses :

a).- Controlar la oportunidad y conveniencia del negocio.

b).- Conseguir una ventaja económica particular.

A pesar de estas razones el quebrantamiento al principio de revocabilidad no afecta a nuestro juicio, el orden público, creemos que si las partes tienen a bien convenir la irrevocabilidad esta decisión debe respetarse, pues recuérdese que la voluntad de las partes es el fundamento de nuestro Derecho Civil. Sin embargo dicha irrevocabilidad en todo caso no deberá ser perpetua ni abarcar un apoderamiento general, ya que ello implicaría despojar al mandante por completo de su capacidad de obrar, afectando ilimitadamente su libertad de acción y de negociación.

Aunada a estas condiciones es menester que concurra un interés legítimo relevante que merezca protección jurídica, bien del mandatario bien-

de un tercero, de modo que no exista solo el interés del mandante pues -- de existir solo éste no se justificaría pretender la irrevocabilidad sino que deberán aparecer otros intereses en juego cuya importancia sea --- trascendente al derecho. En fin, retomando el tema diremos que esta teoría no solo tuvo relevancia en la doctrina sino que también influyó decisivamente en los primeros intentos legislativos en Latinoamérica (Puerto Rico, México, Bolivia, Chile, Colombia, Perú) para reglamentar el fideicomiso, como es de verse en el texto de los artículos de la Ley de 9 de Julio de 1926, así como en la Ley General de Instituciones de Crédito y Establecimientos Bancarios del 31 de agosto de 1926 las cuales tienen como -- fuente de inspiración directa a las ideas del Dr. Alfaro expresadas en su proyecto conocido como " Proyecto Alfaro " el cual está contenido en la obra de este autor intitulada " El fideicomiso, Estudio sobre la necesidad y conveniencia de introducir en la legislación de los pueblos latinos una institución nueva semejante al trust del Derecho Inglés ".

Comparemos someramente a nuestras leyes con el Proyecto Alfaro :

Proyecto Alfaro, Art' 1o. " El Fideicomiso es un mandato irrevocable en virtud del cual se transmiten determinados bienes a una persona llamada - fiduciario para que disponga de ellos conforme lo ordena el que los transmite llamado fideicomitente a beneficio de un tercero llamado fideicomisario ".

Ley de Bancos de Fideicomiso. Art. 6o. :

" El Fideicomiso propiamente dicho es un mandato irrevocable en virtud del cual se entregan al banco con carácter de fiduciario determinados bienes - para que disponga de ellos o de sus productos según la voluntad del que - los entrega llamado fideicomitente a beneficio de un tercero llamado fideicomisario."

Proyecto Alfaro. Art. 21 :

" Los bienes fideicomitidos deberán ser inscritos en el Registro a nombre del Fiduciario como cualquier otra transmisión de dominio y se inscribirán como gravámenes las disposiciones del fideicomiso en virtud de los -- cuales se limita la facultad del fiduciario para enajenar o gravar los -- inmuebles fideicomitidos ".

Proyecto Alfaro. Art. 27 :

" El Fiduciario tiene todas las acciones y derechos inherentes al domi -- nio, pero no podrá enajenar, ni gravar los bienes fideicomitidos a menos de tener autorización expresa o de ser imposible la ejecución del fideico -- miso sin enajenarlos ni gravarlos ".

Ley de Bancos de Fideicomiso. Art. 12.

" Los bienes entregados para la ejecución del fideicomiso, se considera -- rán salidos del patrimonio del fideicomitente en cuanto sea necesario pa -- ra dicha ejecución; o por lo menos gravados a favor del fideicomisario. -- En consecuencia no serán embargables... "

Ley de Bancos de Fideicomiso. Art. 14.

" El Banco Fiduciario podrá ejecutar en cuanto a los bienes fideicomiti -- dos todas las acciones y derechos inherentes al dominio, aún cuando no se exprese en el acto constitutivo del Fideicomiso pero no podrá enajenar, -- gravar, ni pignorar dichos bienes a menos de tener facultad expresa o de -- ser indispensables esos actos para la ejecución del fideicomiso ".

Esta concepción del fideicomiso expuesta por el Dr. Alfaro fué severamen -- te criticada por la doctrina, de modo que este autor se vió en la necesi -- dad de reordenar sus ideas y exponer de nuevo adoptando modificaciones al modelo original. Así contesta este autor la crítica : " así pues al formu -- lar una definición para mi proyecto de 1920,afrontaba la necesidad de --

hacer lo mas inteligible que se pudiera una ley que venia a introducir -- una institucion exótica, innovadora y de concepcion dificil para los no-familiarizados con el derecho anglosajón; y me animaba el propósito de -- ofrecer una texto a la comprension de los jueces, abogados y legos en la forma más sencilla y con la mayor claridad. Fueron estas razones practicas las que me impulsaron a hacer uso del símil del mandato irrevocable, -- que han criticado algunos no sin razón porque se han atendido al significado ordinario de esos dos términos ".

" Pero la crítica ha sido formulada sin conocer y por ende sin apreciar el criterio pragmático que determinó el empleo de aquel símil y dando una importancia exagerada a una terminología que no afecta en lo absoluto la esencia de la cuestion.

" Por otra parte, los críticos han procedido como si la definicion dijera : "El fideicomiso es un mandato irrevocable y terminará allí con un punto final. Se ha prescindido por completo de las palabras que siguen que son las que explican la esencia de la cosa definida : " En virtud del cual se transmiten ciertos bienes etc...." (27)

Las modificaciones que a su original teoria propone son esbozadas -- por Alfaro en los siguientes términos : " cualquiera entiende lo que es un trust o fideicomiso moderno si se le expone más o menos en los términos que en sustancia equivalen a los de la definicion que formule para -- la ley panameña ".

"El fideicomiso es un acto en virtud del cual se transmiten determinados bienes a una persona llamada fiduciario, para que disponga de ellos conforme lo ordena la persona que los transmite llamada fideicomitente, a beneficio de un tercero llamado fideicomisario ".

" Quedan comprendidos en esta definicion los tres elementos constitu



tivos del acto, a saber :

- 1).- La transmisión del patrimonio
- 2).- La destinación que se da al patrimonio.
- 3).- El encargo que se debe ejecutar ; además de la mención a los ---  
tres sujetos del fideicomiso; el fideicomitente ( que hace la --  
transmisión del fideicomiso ), el fiduciario ( quien recibe el -  
encargo de dar cumplimiento a la destinación ) y el fideicomisa-  
rio ( el que va a gozar del beneficio ).

## COMENTARIO

La Teoría que comentamos tiene el gran mérito de haber sido el primer intento serio para adaptar la figura del trust a los pueblos latino americanos; nueva y por completo desconocida en esa época la figura del fideicomiso, hubo de recurrir este autor a, fin de obtener una cabal comprensión, a equiparar la versión latina del trust a una figura que aún para los no conocedores resulta familiar : el mandato, combinado con una nueva modalidad : ser irrevocable, resultando con ello que el fideicomiso era igual a un mandato irrevocable.

Dura fué la crítica que la doctrina hizo a esta teoría echandola por completo abajo, crítica a la que además nos sumamos pues, ¿ qué objeto -- tendría nombrar a un acto jurídico determinado como fideicomiso y elaborar complicadas teorías sobre cada uno de sus aspectos, si finalmente no era otra cosa que un mandato mas ?

Veamos las objeciones que exponen los autores :

El Lic. Villagordoa Lozano comenta :

" No estamos de acuerdo con este autor en lo que hemos denominado la primera etapa de su pensamiento, porque no podemos asimilar y ni siquiera explicar la naturaleza jurídica del trust anglosajón en nuestro régimen jurídico, como un mandato irrevocable, entre otras razones porque las funciones del mandato y del trust son totalmente diferentes.

Cuando decimos que el fiduciario o trustee desempeña un encargo, no lo decimos como si fuera el mandatario del fideicomitente ( settlor ) sino el desempeño de dicho cargo consiste en que el fiduciario ejercite los derechos que se le transmiten para la realización de los fines del fideicomiso. En el mandato, en ningún caso, el mandante transmite derechos al --

mandatario para que produzca efectos la representación que implica este - acto jurídico. Las transmisiones de derechos que se pueden realizar en -- los actos jurídicos para los cuales el mandante otorga el poder correspondiente al mandatario, se realizan del patrimonio del mandante al patrímonio del tercero con quien contrata el mandatario. En el curso de la transmisión no hay ningún ingreso ni egreso de derechos en el patrimonio del - mandatario ". (28)

El Lic. Emilio Krieger expone las diferencias que a su juicio exis - ten entre ambas figuras, veamos :

" Primera.- El mandato es un contrato entre mandante y mandatario; - el fideicomiso es una afectación patrimonial que se crea por un acto uni- lateral del fideicomitente y se ejecuta por la actividad del fiduciario, - empezando por el también acto unilateral de su aceptación ".

" Segunda.- El mandato es un acto que surte efectos entre vivos y -- cesa por la muerte del mandante o del mandatario . El fideicomiso puede - crearse por testamento y puede producir sus efectos mas allá de la muerte del fideicomitente o de la disolución del fiduciario original ".

" Tercera .- El mandato mantiene los bienes sobre los que ha de ejercitarse en el patrimonio del mandante y en ocasiones el mandato no requiere de bienes para su ejercicio; en cambio, el fideicomiso altera substancialmente la situación de los bienes fideicomitados, sustrayéndolos del - patrimonio del fideicomitente y sujetándolos a un régimen jurídico especial. No puede haber fideicomiso sin bienes ".

" Cuarta.- El mandato no existe sin mandatario; el fideicomiso puede existir y ser válido antes de la designación del fiduciario, aunque la pre28.- Op. Cit. Pag. 99-100

sencia de éste es requisito para la ejecución del fideicomiso, es condición de su eficacia ".

" Quinta .- En el mandato puede actuar como mandatario cualquier -- persona jurídicamente capaz que tenga la confianza del mandante; en el -- fideicomiso como ya lo hemos visto, solo puede actuar como fiduciario, al menos en el Derecho Mexicano, una institución de crédito, que disfrute -- de concesión para realizar operaciones fiduciarias ".

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

El fideicomiso es siempre, por su esencia, un negocio que confiere - facultades limitadas al cumplimiento del fin determinado para el que fué - constituido. Así, aún en los llamados "fideicomisos universales" porque - comprenden todos los bienes del fideicomitente, las facultades del fidu - ciario no son generales, sino especiales, aunque " tan amplias como en -- derecho fuere necesario para el cumplimiento del fin señalado."

" Séptima .- Por último, las causas de extinción del mandato son dis - tintas a las de terminación del fideicomiso. El Artículo 2595 del Código - Civil, aplicable al mandato civil, y supletoriamente a la comisión mercan - til, establece como causas de terminación de esos contratos de revocación del mandante; la renuncia del mandatario; la muerte o interdicción o de - claración de ausencia del mandante o del mandatario.

En cambio, el Artículo 357 de la Ley General de Títulos y Operacio - nes de Crédito establece como causas de extinción del fideicomiso la rea - lización del fin o la circunstancia de que éste se vuelva imposible; la -

imposibilidad de realización de la condición suspensiva o el no realizarse ésta en el plazo estipulado o en un máximo de veinte años; por cumplimiento de la condición resolutoria; por convenio expreso entre fideicomitente y fideicomisario y por revocación hecha por el fideicomitente, cuando éste se haya reservado ese derecho o por la imposibilidad de designar-fiduciario ". (29)

Los comentarios que critican esta teoría podrían ser muchos más, --- pues la inmensa mayoría de los autores coinciden en considerar errónea la posición del Dr. Alfaro, no veremos por tanto todas las opiniones, nos limitaremos a ver, por último, lo que nos dice el Dr. Roberto Molina Pas -- que quien afirma :

" Si el fideicomiso resultare simplemente una modalidad o variante del mandato, como lo es el mandato irrevocable, sería aceptable el concepto de fideicomiso-mandato, pero tienen tal cúmulo de diferencias entre sí, la principal consistente en una enajenación yuxtapuesta en su definición, que es imposible considerarlo como mandato.

La característica de " irrevocable " no priva al mandante de ejecutar por sí mismo los actos materia del mandato cuyo sólo efecto es no poder impedir la ejecución de ellos por medio del susodicho mandatario, diferencia sustancial entre mandatario irrevocable y trustee.

" El mandante del mandatario irrevocable puede, sin revocar, ejecutar por sí los negocios o actos materia del mandato. Su obligación es no revocar; pero no tiene obligación legal de abstenerse de ejecutar por sí mismo los actos o negocios objeto del mandato irrevocable. En cambio, el "settlor" no puede realizar el trust, pues el trustee es el único titular

de los bienes en trust ".

"las definiciones de los Códigos Civiles inspirados en el Código Napoleón, coinciden en que el mandatario obra en nombre del mandante, en su representación. La doctrina moderna civil admite que el mandatario obre a nombre propio, es decir ya no a nombre del mandante, pero siempre por --- cuenta del mismo. Debemos reproducir las diferencias específicas entre -- fideicomiso y mandato que se hicieron valer en contra de la tesis a discusión.

1).- El mandatario debe consultar al mandante en lo no previsto y -- prescrito expresamente; el fiduciario no debe ni necesita consultar al fi deicomitente en tal caso.

2).- El mandante puede ratificar o no las operaciones hechas por el mandatario con violación o exceso del encargo recibido; el fideicomitente ( salvo caso excepcional) carece de acción contra el fiduciario y terceros para desconocer, ratificar o modificar sus actos violatorios o excesivos; tampoco puede exigir los daños y perjuicios que el mandante tiene derecho de exigir del mandatario en este supuesto.

3).- El mandatario debe comunicar al mandante la ejecución del encar go y los hechos o circunstancias que influyen en su revocación o modifica ción; no así el fiduciario respecto al comitente. Tampoco debe el fiducia rio rendirle cuentas, salvo pacto expreso en contrario.

4).- El mandatario debe entregar al mandante lo que recibe en virtud del mandato ; no así el fiduciario, que con ello constituye el patrimonio del que es titular.

5).- El mandatario puede sustituir; el fiduciario tiene una comisión personal indelegable.

6).- El mandatario que anticipe gastos puede cobrarlos al mandante; el fiduciario por regla general no puede ir contra el fideicomitente, sino con cargo al patrimonio del fideicomiso.

Los daños y perjuicios que sufre el fiduciario en la realización del fideicomiso, son también a cargo del patrimonio y no del comitente.

7).- Los actos del mandatario obligan al mandante hacia terceros; los actos del fiduciario son ajenos al fideicomitente y sólo afectan al patrimonio del fideicomiso.

8).- Para que valgan los actos del mandatario que se ha excedido, se necesita ratificación del mandante; los del fiduciario que se exceda, sólo dan acción al fideicomisario y no al fideicomitente.

9).- El mandato concluye por muerte o interdicción del mandante; el fideicomiso no concluye por la muerte del fideicomitente.

10).- El mandante puede constituir un segundo mandatario para el mismo negocio; el fideicomitente no puede constituir un segundo fideicomiso con el mismo patrimonio.

11).- Los bienes del mandante que se encuentren en poder del mandatario, pueden ser objeto de acciones de los acreedores del primero, pues forman parte de su patrimonio; el mandatario no puede oponerse ni excepcionarse. Los bienes fideicomitados no se encuentran ya en el patrimonio del comitente y sus acreedores no pueden ejercitar acciones sobre ellos; el fiduciario puede oponerse a título propio ". (30)

30.- Molina Pasquel, Roberto, Recepción, Evolución y Estado Actual del Fideicomiso en el Derecho Mexicano, Estudios Sobre Fideicomiso, Asociación de Banqueros de México, 1980. Pág. 128.

## TEORIA DEL PATRIMONIO AFECTACION

La teoría que toca en turno ver es la preconizada principalmente por el jurista francés Pierre Lepaulle quien propone una explicación de la naturaleza jurídica del Trust, no del fideicomiso, sin embargo al considerarse a éste inspirado en aquél, por analogía le es aplicable los conceptos sobre el trust vertidos. Esta teoría después de ver la luz, no obstante lo incongruente que resulta para buena parte de la doctrina, para otro sector de la misma resulta acertada y plausible, motivo por el que se le han adherido, siendo incluso acogida por la vigente legislación. Sin embargo son, a nuestro juicio, más sus detractores que sus simpatizantes, veamos pues, a grandes rasgos, en que consiste esta teoría :

El patrimonio, dice la teoría, que es aportado a un trust por el settlor ( fideicomitente ) es automáticamente separado por completo de su titular originario es decir, del settlor ( fideicomitente ), estos bienes, sin embargo, no se incorporan más a la esfera patrimonial de nadie, se constituyen en un patrimonio autónomo, un patrimonio sui generis al que le es asignada una determinada misión por quien válidamente podía hacerlo, esto es, se convierte en un patrimonio de afectación independiente, y por extraño que parezca, sin titular, sin que se convierta por sí en una persona moral, pues la inmensa mayoría de los autores coinciden en negarle personalidad al trust así como al fideicomiso; se le dota, no obstante, de características de las que comúnmente solo las personas poseen como es ser sujeto de derechos y obligaciones, de modo pues que la última esencia, según Lepaulle, de todo trust sería la afectación, esto es, la destinación que del patrimonio se hace.

Veamos lo que dice el mismo Lepaulle acerca de la teoría que propone:



" La única manera de abordar el problema ( se refiere a la naturaleza jurídica ) consiste evidentemente en buscar cuales son los elementos esenciales para la formación y la vida del trust, estos elementos son -- dos : un patrimonio determinado y una afectación ".

" Primeramente un patrimonio. Es en efecto la conclusión necesaria -- que se desprende de los siguientes principios :

" a) Un trust necesariamente supone derechos patrimoniales sobre los que recae. No basta con encomendar una misión a un trustee se necesita -- que esa misión este en relación directa con los bienes que se le confian -- y que constituyen la indispensable base del trust. Y semejante base debe componerse de derechos y tales derechos no pueden ser sino patrimonia -- les ".

b) Esos derechos no deben estar ya en el patrimonio de nadie. No -- deben , en efecto, quedar en el del settlor, si así fuere, no habría si -- no un mandato unido a un depósito. Tampoco deben pasar al patrimonio del -- trustee. pues de lo contrario, podría haber donación o legado con carga o -- estipulación para tercero, pero no habría trust. En efecto, en un trust -- los bienes no estan jamás en el patrimonio del trustee, no pasan a sus -- herederos y no constituyen una prenda para sus acreedores. Por fin, la -- "res" tampoco esta en el patrimonio del beneficiario ( de lo contrario el -- llamado trustee sería mandatario, executor testamentario, tutor, adminis -- trador, delegado, etc. pero no trustee ). Cada " cestui " sólo tiene en -- su patrimonio un interés beneficiario.

c) Esos derechos quedan integrados en un todo distinto. La "res" -- por el mero hecho de no formar parte de un patrimonio, se encuentra, por -- así decirlo aislada y adquiere, por sí misma una individualidad propia.

Pero esta individualidad queda singularmente acentuada por el hecho de que esos bienes tiene un guardián responsable encargado de administrarlos y -- tienen una ley, el "trustee", que determina su gestión y su destino ".

d) Por fin la "res" constituye una universalidad. Por ejemplo, una -- casa que forma parte de un "trust" se permuta por unos campos que a su vez se truecan por ganado que se vende por \$-10,000.00 dolares; el trustee compra con ellos valores que suben a \$-60,000.00 dolares. La identidad del -- patrimonio perdurará sin solución de continuidad a través de todas estas -- transformaciones sucesivas. El derecho encuentra la identidad del patri -- monio a través de todas estas metamorfosis.

De este modo, en todo " trust " hay necesariamente un patrimonio dis -- tinto ". (31)

Mas adelante el Dr. Lepaulle continua con el tema y nos dice :

" Pues que el "trust" es un patrimonio afectado, es natural que su -- primer elemento esencial sea la existencia de un patrimonio distinto que -- en el vocabulario anglosajón se llama "res".

Para constituir ese elemento es pues necesario :

- 1.- Que haya un patrimonio, es decir, un activo.
- 2.- Que ese patrimonio sea distinto, es decir, que este sustraído de los patrimonios de los sujetos de derecho y constituya un todo independien -- te. Examinemos sucesivamente estos dos puntos."

Y continúa : "¿ Puede todo valor positivo constituir una "res" ? --- No.

Se dice a veces que la "res" puede quedar constituida por todo lo que sea susceptible de quedar sometido al derecho de propiedad. Esto es falso, por excesivamente estrecho. En efecto, creemos haber demostrado -----

31.- Lepaulle, Pierre, Tratado Teórico y Práctico de los Trust, Ed. Porrúa, Pag. 19, 20, 21.

que el "trust" se define en función de la noción de patrimonio y no de la propiedad. Por ello, sin sorpresa descubrimos, haciendo la síntesis de la jurisprudencia, que todo elemento activo del patrimonio puede servir de sustrato al "trust". De ello resulta que la "res" no está compuesta de elementos materiales, sino de derechos y que esos derechos pueden ser, tanto derechos de crédito, como derechos reales".

" No puede tratarse, naturalmente, sino de derechos patrimoniales con exclusión de derechos personales y de derechos de familia, puesto que el " trust " es un patrimonio afectado ".

" El trust no puede componerse de bienes futuros, puesto que no son elementos de patrimonio. Es claro que ciertos actos constitutivos tratan de abarcar tanto bienes presentes como futuros. En tal caso, hay "trust" respecto de los bienes presentes y un contrato que tiene por objeto una promesa del "settlor" de poner en "trust" los bienes que llegue a adquirir. Para ser válido el contrato debe evidentemente llenar todas las condiciones de fondo y de forma requeridas para la validez de los contratos.

En principio, todos los derechos patrimoniales pueden constituir una "res", salvo las excepciones siguientes :

"1.- Los derechos patrimoniales que por cualquier razón no son transferibles. Esta excepción se comprende fácilmente puesto que la creación de un trust consiste en la formación de un patrimonio distinto e implica necesariamente una transferencia. El fundamento de la excepción determina su límite. Así es como, si el " trustee " en calidad de tal, se vuelve titular de un derecho de esa clase durante la vigencia del " trust ", nada impide que semejante derecho se integre a la "res", pues ese derecho no ha sido transferido, sino que ha nacido en el "trust".

"2.- Los derechos patrimoniales que el orden público o un texto de ley prohíben constituir en trust son extremadamente raros y no tienen sino mínima importancia práctica".

" Es, pues, importante determinar en cada caso particular, que derechos constituyen la "res". Con frecuencia no habrá ninguna dificultad, -- pues el settlor suele indicar con bastante precisión cuales son los derechos con los que dota al "trust". Pero si no lo hace ¿ como resolver al problema ? Siempre con el mismo hilo de Ariadne : la afectación; la "res" -- quedará en efecto constituida por los derechos necesarios y suficientes -- para el cumplimiento de la afectación. " Adelante Agrega:" Se requiere -- no sólo determinar la extensión de los derechos que constituyen la "res", también hay que determinar su naturaleza mueble o inmueble ".

" ... la "res" es mueble o inmueble según sea la naturaleza de los derechos que deban en definitiva constituir el "Trust". Es por lo que si el "trustee" no respeta las instrucciones del settlor relativas a la "res" ya sea en el momento de nacer el "trust", ya sea posteriormente, no resultará de ello cambio alguno en la calificación de la "res" que seguirá -- siendo mueble o inmueble ".

" Naturalmente, si el trustee puede a su juicio, poner los fondos -- del trust en muebles o en inmuebles, la naturaleza de la "res" será la -- misma que la de los bienes que efectivamente la compongan en cada momento. "

" En resumen, un "trust" no puede quedar constituido sino gracias a derechos patrimoniales susceptibles de transferirse y para determinar la -- extensión de la naturaleza de esos derechos el principio determinante -- es aquí, como siempre, la afectación prevista ".

Agrega Lepaulle : " Para que haya una "res" se necesita además, que --

el propietario de los elementos del patrimonio del que acabamos de hablar -- tenga la intención de constituirlos en una unidad distinta ".

" Es por tanto necesario que el "settlor" haya tenido la intención -- de hacer salir la "res" de su patrimonio, sin que a pesar de ello caiga en el del trustee o en el del beneficiario :la "res" debe quedar, por así decirlo, en suspenso, entre estos tres patrimonios. Si no tiene suficiente - impulso, seguirá siendo propiedad del settlor y no habrá "trust"; si lo -- tiene en demasía caerá por el contrario en el patrimonio del trustee o en el del "cestui" ; y el trust habrá fallado !

La "res" debe ser distinta del :

- a) del patrimonio del "settlor ";
- b) del "trustee"
- c) del beneficiario " (32)

El segundo elemento esencial para la existencia del trust y eje alrededor del cual gira toda su teoría es la afectación, veamos lo que este autor nos expone sobre el tema :

" Puesto que el trust es un patrimonio afectado, la afectación es un elemento esencial de su existencia, si no se ha previsto ninguna afecta -- ción el trust es nulo.

" Si el "settlor" se limita a transmitir ciertos bienes a "X" en trust para "Y", sin especificar nada mas, "X" no es sino una persona interpuesta inútilmente , e "Y" tiene el derecho de exigir que "X" le transmita la propiedad. La afectación debe, es natural, ser objetivamente determinada o determinable, pues de lo contrario, el trust no sería una institución jurídica, ya que los magistrados no tendrían en ella ningún medio de control, - pero si se llena esa condición, poco importa que la afectación sea muy amplia ".

" En los límites del orden público la afectación es absolutamente li  
bre".

Y más adelante agrega : " De este modo, el trust evoluciona con plena libertad dentro de los límites del orden público; ningún obstáculo técnico impide afectar bienes conforme a la voluntad del "settlor".

" ¿ La afectación no es acaso mas que la intención del "settlor " ?

... difiere de ella de dos maneras; por una parte, puede haber afectación sin intención es el caso de todos los " constructive trust "; por otra parte, cuando el "settlor" ha expresado su voluntad; la afectación -- comprende dos elementos :

1º La intención en el sentido dado ordinariamente a esta palabra en el derecho; 2º La idea rectora que ha determinado la intención, el propósito final y objetivo del "settlor".

" La afectación se desprende de la intención de dos maneras: por una parte, porque la idea rectora siempre priva sobre la intención, cuando es es tá en conflicto con ella, y por otro lado porque el objetivo final queda - precisado sin tomar en cuenta los fines personales del "settlor".

" El objetivo final priva sobre la intención por tres razones princi  
pales:

1.- El "trust" siempre se constituye para durar cierto tiempo: puede aún en principio, durar indefinidamente si se trata de un "charitable --- trust "; es pues necesario permitirle su adaptación a nuevas circunstancias, imprevisibles en la fecha de su constitución;

2.- El "trust" se realiza esencialmente merced del "trustee" que se ha elegido entre todos por su competencia y su integridad y en quien se tiene confianza. Es pues normal, que el "settlor" lo considere como el --

continuator de su pensamiento, encargado de tomar las nuevas decisiones - que sean necesarias ".

3.- Por fin, el espíritu mismo de la institución, se opone a su rígidez; constituir un "trust" es encomendar una misión, es decir, dar ideas rectoras generales; es, en cierto modo, dar vida propia al patrimonio que se afecta ".

" La supremacía del objetivo final sobre la intención del settlor -- se manifiesta , por ejemplo, en las siguientes formas :

Cuando son posibles dos formas de interpretar la función, en vez de escudriñar el alma del donante, la jurisprudencia tomará como punto de partida la función que debe desempeñar el patrimonio afectado. La intención lleva a una interpretación psicológica, en tanto que la afectación - implica una interpretación funcional ". (33)

" En otro lugar de su tratado Lepaulle continúa tratando el tema de la afectación y dice : "... si tal afectación no se especifica, si se hace imposible o es ilícita, el trust cae ".

" Si analizamos esta noción de afectación tal como resulta de la jurisprudencia ¿ que encontramos ?

Si examinamos los "express trust", descubrimos dos elementos distintos :

1.- Primeramente se necesitan instrucciones relativas a la distribución de los fondos; el "trustee" debe saber que hay que entregar, por --- ejemplo, los productos a "X", durante 20 años, después un tercio del capital a "Y" y los rendimientos de los otros dos tercios a la institución -- "Z" . Sin semejantes instrucciones no se concibe la posibilidad de una -- afectación;

2.- Se requiere, además, una idea rectora, un propósito esencial que explique porqué se crea el trust y qué fin se persigue; es indispensable, - si volvemos parcialmente al ejemplo propuesto, que se explique el "trust" en favor de "X".

" La idea rectora se distingue del móvil, es la causa psicológica -- profunda que ha movido la voluntad: deseo de suscitar admiración, de perpetuar su memoria, etc.

La idea rectora por el contrario, es objetiva, no esta ligada a las - causas de la voluntad, dilata su alcance al generalizar su significado ".

" Mientras los fondos pueden ser distribuidos conforme a las instrucc - ciones del settlor, el segundo elemento es de escasa importancia. Inten - ción e idea rectora son entonces sinónimos; pero dejan de serlo cuando -- esas instrucciones resultan de imposible acatamiento ".

" En vista de ello, la intención y la afectación no son dos nociones idénticas. Afectar un bien es, por así decirlo, separarse de él después - de haberle asignado una misión; es como si se pusieran provisiones en el morral de un sirviente, encomendándole una misión lejana, indicándole el camino a seguir y cerrando la puerta cuando haya desaparecido detrás de - la colina; o bien un patrimonio afectado es algo así como un niño que ne - cesita un tutor, pero que va a crecer y desarrollarse en el perpetuo reno - varse de la vida surgente e imprevisible ".

Y concluye : "... podemos, pues, concluir que la noción de afecta - ción es una noción distinta, que tiene su propio sentido, que es otra co - sa que la intención y que es esencial al " trust " a lo largo de toda su - duración ". (34)

33.- Op. Cit. Pags. 124, 125, 127, 129, 130.

34.- Op. Cit. Pags. 21, 22, 23.



Así pues, la definición que del trust propone el autor de esta teoría es la siguiente :

" El " trust " es una institución jurídica que consiste en un patrimonio independiente de todo sujeto de derecho y cuya unidad está constituida por una afectación libre, en los límites de las leyes en vigor y -- del orden público ". (35)

La mayoría de los autores que hablan sobre la naturaleza jurídica -- del fideicomiso aluden a esta teoría, y no es para menos, pues es esta -- concepción doctrinal la que más influencia a tenido en nuestra actual legislación; el Lic. Villagordoa así la comenta :

" Al buscar este autor ( se refiere al Dr. Lepaulle ) la idea fuerza que en cada caso especial de trust fija y organiza los derechos y obligaciones de cada parte, inicia su estudio con la idea de la intención del creador del trust, el settlor, que desecha de inmediato porque encuentra numerosos casos en los cuales no existe un settlor, sino que son impuestos los trust por disposición expresa de la ley, como ocurre con numerosos " resulting trust " y todos los " constructive trust ". Continúa este autor su trayectoria recordando, en primer término que para que exista un trust basta que haya bienes afectos al mismo y además una afectación prevista. El único ser esencial para el funcionamiento del trust es el -- trustee, cuyos derechos y obligaciones varían en función de una sola cosa que es fundamental y siempre idéntica : la función que debe realizar".

" Ahora bien, agrega este autor - (Villagordoa se refiere a Lepaulle) ¿ de qué depende esta misión ? De la afectación prevista de los bienes : esta afectación puede ser determinada por voluntad del settlor, por la ley o por la jurisprudencia, pero su fuente no es en realidad sino un-

35.- Op. Cit. Pag. 23,24

elemento secundario. Para que haya trust se necesita una "res", es decir bienes y afectación prevista para los mismos; nada más es indispensable para la existencia jurídica de un trust; el trustee solamente es el medio de realizar prácticamente esa afectación".

" Continúa Lepaulle que una afectación no se realiza por sí sola, es necesario tener un medio práctico para llevarla a cabo. Este medio --- práctico es el trustee, único sujeto de derecho necesario pero suficiente para el funcionamiento del trust. Puede no haber ni "settlor", ni "ces -- tui que trust" que constituyan una persona física o moral, pero debe haber un trustee. La afectación debe realizarse por medio de un sujeto de derecho".

" Más adelante concluye este autor (Lepaulle) proponiendo una definición de trust como : "una afectación de bienes garantizada por la intervención de un sujeto de derecho que tiene la obligación de hacer todo -- lo que sea razonablemente necesario para realizar esa afectación y que es titular de todos los derechos que le sean útiles para cumplir dicha obligación".

Añade el Lic. Villagordoa : "Debemos tener en cuenta que según Lepaulle la intervención del trustee, a través de la titularidad de los derechos que sean útiles, es únicamente, como medio para lograr la afectación que indiscutiblemente implica el trust".

" Enseguida y para precisar su teoría trata de medir las consecuencias de la misma, dentro de un régimen jurídico de ascendencia romana, -- como lo es el francés, en el que trata de explicarse la naturaleza jurídica de la institución netamente anglosajona. Su primera consecuencia la especifica cuando afirma que "si el trust es una afectación de bienes, constituye una noción jurídica que no puede reducirse al derecho de la pro --

piedad individual sino que se encuentra por decirlo así en el mismo plano que él ".

" Este autor- continua Villagordoa- encuentra en el trust elementos que son "totalmente extraños a la noción de propiedad: siempre hay en el trust la idea de un fin que realizar, lo que no ocurre en el caso de propiedad individual" pues encuentra que : " el trust y el derecho de propiedad estan fundados en filosofias opuestas ". (36)

" El Maestro Cervantes Ahumada también nos transcribe la definición del Dr. Lepaulle, dice : "Pierre Lepaulle, en su interesante monografía - publicada en la Revista General de Derecho y Jurisprudencia, define el -- trust como : Una afectación de bienes garantizada por la intervención de un sujeto de derecho que tiene la obligación de hacer todo lo que sea razonablemente necesario para realizar esa afectación y que es titular de - todos los derechos que le sean útiles para cumplir con dicha obligación".

"Aplicando tales ideas a nuestra institución, podemos decir que el - fideicomiso es una afectación de bienes a un determinado fin lícito hecho por el fideicomitente, que encomienda la realización del fin a una institución fiduciaria; teniendo tal institución todos los derechos necesarios para cumplir sus obligaciones y respondiendo los bienes exclusivamente -- de las operaciones relacionadas con el fin de la institución ". (37)

Observése como la definición que estos autores transcriben no coinciden con la definición que en su tratado nos ofrece el Dr. Lepaulle, esto se debe a que el pensamiento de este autor se puede decir que se divide - en dos etapas la primera nos la muestra en su artículo aparecido en 1927- titulado " De la Nature du Trust " publicado en la revista "Journal du --

Droit International "54a. Année - Juillet - Octobre ( Traducción al español de Pablo Macedo en la Revista General de Derecho y Jurisprudencia. -- Tomo III pags. 105,123 ); en esta primera etapa el Dr. Lepaulle afirma -- que el settlor, transmite determinados bienes, total o parcialmente a un tercero llamado trustee, único designado como propietario de los bienes y a quien se inscribe como tal cuando se requiere registro, el cual sería titular de todos los derechos que le sean útiles para cumplir su obligación.

Es decir, en esta primera etapa Lepaulle acepta el efecto traslativo de dominio que opera en el trust, el comentario en sentido contrario aparecido en el artículo a lo más que llega es a afirmar que : . la cosa colocada en trust podría no estar mas en el patrimonio de nadie ".

La segunda etapa de su pensamiento es expresada en su " Traite Theorie et Pratique des Trust en Droit Interne, en Droit Fiscal et en Droit International ". ( Rousseau et Cie. Paris ) aparecido en 1932, en éste, el Dr. Lepaulle nos muestra un notorio cambio en su manera de pensar en cuanto respecta a el efecto traslativo de dominio operado en la "res"; no acepta, como lo hacía antes, que exista propietario de el patrimonio; una vez afectado sale por completo de la esfera patrimonial del "settlor" para no entrar más en la de nadie, quedando en suspenso la titularidad, sin que sea ésta, según él, en lo absoluto necesaria para poder moverse sin dificultad en el campo jurídico, pues goza del principal atributo de las personas: puede ser centro de imputación de derechos y obligaciones; sin embargo, no es, ni remotamente persona, y así nos lo dice Lepaulle.

En México esta teoría, no obstante su popularidad no fué en realidad, muy bien aceptada por la doctrina; de hecho el único jurista mexicano del que tenemos conocimiento se manifieste como seguidor de las ideas-

del Dr. Lepaulle, no obstante nunca reconocerlo, es el Lic. Juan Lande -- rreche Obregón, aunque en realidad de los comentarios del Lic. Pablo -- Macedo se deduce que también es partícipe de la teoría.

Veamos los comentarios del Lic. Landerreche Obregón :

" El fideicomiso es fundamentalmente un patrimonio que se afecta a un fin determinado. Para entender este concepto y su alcance, es indispensable partir de la noción de propiedad considerada en su sentido más amplio, como facultad exclusiva de usar y disponer de los bienes ".

" Partiendo de la idea de la propiedad como medio de realizar el --- aprovechamiento de los bienes para fines humanos, resulta económica y jurídicamente fundada la formación de un patrimonio destinado a un fin lícito, sin que necesariamente tenga como requisito la existencia de un propietario determinado, sino como simple condición, la que de un órgano que realice el fin que se persigue. En este caso puede no existir propietario de los bienes afectos al fin perseguido. siendo bastante con que la afectación se organice de modo adecuado para que los bienes cumplan su función de medios de alcanzar los fines de que se trata ".

Refiriéndose a los elementos del fideicomiso afirma : " los elementos esenciales del fideicomiso son pues, un fin lícito que alcanzar y la-destinación , para lo cual se requiere como condición que una persona maneje el patrimonio así formado y disponga de él para dicho objeto, persona que, en nuestro derecho debe ser una institución fiduciaria ".

" Por virtud de la afectación que se realiza en el fideicomiso, el fideicomitente transfiere el dominio de las cosas o derechos que entrega, a menos que en forma expresa, haga reserva de dicho dominio ( Art. 351, - 2o. Párrafo ). Esta situación es semejante a la aportación de bienes a -- una sociedad, la que salvo pacto en contrario, se entiende hecha en pro -

piedad, conforme al artículo 11 de la Ley General de Sociedades Mercantiles ".

" La transferencia del dominio que hace el fideicomitente no es en favor de una persona determinada, sino como afectación para el fin que -- constituye el objeto del fideicomiso. Esta afectación se realiza por una especie de desmembración de la propiedad semejante al usufructo en que se separa el derecho de usufructo y la nuda propiedad: En el fideicomiso hay una separación del derecho de aprovechamiento que se destina al fin del fideicomiso sin que haya una persona titular de dicho derecho, y, por la otra, la facultad de ejercitar los derechos y obligaciones referentes a -- los mismo bienes, facultad que se atribuye al fiduciario para que pueda -- realizar el fin del fideicomiso ".

" Los efectos de la afectación fiduciaria son el constituir un patrimonio especial, el patrimonio del fideicomiso, que se integra con los bienes afectados. Respecto a estos bienes no se puede ejercitar sino los derechos y las acciones que al fin del fideicomiso se refieran, salvo los adquiridos con anterioridad a la constitución de éste por el fideicomisario o terceros ".

Agrega : " el fideicomiso, constituye un patrimonio autónomo, es de -- cir, que no pertenece a ninguna de las personas que participan en el fideicomiso, y al cual quedan transferidos los derechos afectados por el -- fideicomitente.

" La autonomía del patrimonio del fideicomiso implica... que respecto a los bienes de éste no pueden ejercitarse sino los derechos y acciones que a su fin se refieran ".

Más adelante afirma : " por razón igualmente de la autonomía del patrimonio del fideicomiso, debe concluirse que las obligaciones contraídas

por el fiduciario en el desempeño de su cargo sólo pueden hacerse efectivas en el patrimonio del fideicomiso sin que por ellas sea responsable -- el propio fiduciario ni, menos aún, el fideicomitente ni el fideicomisario -- rio ".

" Una última y muy importante consecuencia de la autonomía del patrimonio del fideicomiso, es que éste queda legalmente fuera de la quiebra -- del fideicomitente, del fiduciario y del fideicomisario, en tanto que el patrimonio del fideicomiso como tal puede ser objeto de quiebra, salvo las responsabilidades en que pudiera haber incurrido por negligencia o mala fe ".

Y continúa : " Dentro del fideicomiso, al fiduciario le corresponde una obligación, el desempeño de un servicio, que es la ejecución de aquél y precisamente para cumplirla, por ser el órgano de su realización, se le atribuye el ejercicio exclusivo de todos los derechos y acciones relativos al patrimonio en fideicomiso por la necesidad que tiene de poder ejercer unas y otras, pero sin que ello implique que sea titular de dichos derechos, sino sólo el órgano de su ejercicio, por lo que resulta poco feliz la expresión del inciso c) de la fracción II del Artículo 45 de la Ley General de Instituciones de Crédito y Organizaciones Auxiliares, al hablar del ejercicio de derechos que se transfieran al fiduciario con cargo de realizar determinado fin y que este ejercite como titular ".

"El fiduciario no puede ser considerado como propietario por la razón elemental que no puede disponer en su propio provecho del patrimonio del fideicomiso, sino que por el contrario está obligado a usar y disponer de él exclusivamente para el fin a que está afecto ( L.G.T.O.C. Art. 351 y - L.G.I.O.A. Art. 45, Fracc. III) lo cual contradice el derecho esencial -- del propietario de usar y disponer para sí los bienes que le pertenecen ".

" Pero el fiduciario tampoco puede considerarse dueño de los bienes del fideicomiso, puesto que éste puede nacer y extinguirse sin intervención de aquél ( Art. 350, párrafo 2o. y 357 Fracc. V y VI,) a más de que su falta no extingue el fideicomiso sino que sólo da lugar al nombramiento de un nuevo fiduciario ( Art. 350, párrafo final ) situaciones todas que serían legalmente imposibles si el fiduciario fuera titular del dominio ".

" En estas condiciones se confirma la conclusión ya señalada de que la propiedad de los bienes entregados en fideicomiso queda afecta al fin de éste, transfiriendo el fideicomitente dicha propiedad sin que la adquiera persona alguna determinada ". (38)

Opiniones aisladas llegan ocasionalmente a adherirse a esta teoría, así por ejemplo el Lic. Jorge Antonio Zepeda en su artículo " Fideicomiso y Arbitraje " afirma : " Pues bien, en el fideicomiso observamos este --- interesante fenómeno : El fideicomitente, al afectar bienes o derechos, -- en fideicomiso, los separa de su patrimonio, de suerte que deja de ser -- propietario de ellos. La fiduciaria, por su parte, no adquiere la propiedad de esos bienes, según puede concluirse de diversas disposiciones legislativas y de la conceptualización doctrinaria de la institución. Así sucede, por tanto, que la institución fiduciaria no puede incluir los bienes fideicomitados en su contabilidad, ni considerarlos entre sus activos, sino debe llevar una contabilidad separada por cada fideicomiso que se -- constituya. Ha de admitirse, por ende, que la propiedad de los bienes fideicomitados no se transmite a la fiduciaria ".

" Y tampoco se transfiere esa propiedad al fideicomisario sino hasta el momento en que, en cumplimiento del fideicomiso la fiduciaria otorga - las escrituras traslativas de propiedad o la facturación que acredite la-



enajenación de muebles.

" Sin embargo, el problema de la adscripción de los bienes fideicomitidos ha quedado resuelta satisfactoriamente con la idea del patrimonio -- autónomo o de afectación: La propiedad, durante el fideicomiso, no corresponde a ente jurídico alguno en particular, puesto que los bienes de que se trata no están incorporados en un patrimonio específico ".<sup>(39)</sup>

38.- Citado por Villagordoa, Pags. 102, 103, 104, 105.

39.- Zepeda, Jorge A. Fideicomiso y Arbitraje, Estudios Sobre Fideicomiso, Asociación de Banqueros de México, 1980, Pag. 233.

## COMENTARIOS

No obstante la escasez de seguidores que doctrinalmente tiene la teoría constituye la tesis que más trascendencia ha tenido, cuando menos en México, por una sencilla razón : la Ley sustantiva vigente esta inspirada en su esencia en las ideas del Dr. Pierre Lepaulle, tanto legislación como jurisprudencia han aceptado la idea de la "afectación del patrimonio" como el concepto eje alrededor del cual se desarrolla toda la institución.

En 1950 la Suprema Corte argumentaba : " Los derechos del Banco Español Mexicano, S. A., como fiduciario no emanan del hecho de que el fideicomitente falte o no al compromiso que adquirió con el fideicomisario y a cuyo fin se destinan los bienes que constituyen el fideicomiso, sino que emanan del contrato mismo que establece dicho fideicomiso, artículo 351 de la Ley General de Títulos y Operaciones de Crédito, porque desde el momento en que éste se celebra, se constituye un patrimonio autónomo y sui géneris afecto a determinados fines cuyo dominio restringido adquiere el fiduciario y los bienes salen del patrimonio del fideicomitente para formar ese patrimonio sui géneris ".

Es evidente la influencia de la teoría que nos ocupa en el criterio de la Suprema Corte, pero lo que también es evidente es que es la primera etapa del pensamiento del autor francés la que influyó en dicho argumento. En realidad este cambio en el pensamiento del Dr. Lepaulle ha dado origen a discusiones doctrinales de aparente poca importancia, y decimos aparente, por una razón: es obvia, y además así fué reconocido por sus redactores, la influencia del Dr. Lepaulle en nuestra actual ley, para bien o para mal así es y esa es la realidad; pero por otro lado el pensamiento de este jurista experimenta un notorio cambio de 1927 a 1932 ---

primero acepta el traslado de dominio del fideicomitente ( settlor ) al -- fiduciario (trustee); en su segunda etapa ya no; de ahí se desprende la -- importancia que para la doctrina tiene averiguar de cual de las dos eta -- pas tomó inspiración el legislador pues si fué de la primera, su inten -- ción fué atribuirle naturaleza traslativa de dominio al fideicomiso, no -- así, por lógica, si fué la segunda etapa en donde se inspiró.

No obstante que en lo personal nos inclinamos a atribuirle naturale -- za traslativa al fideicomiso, no encontramos en toda la legislación sus -- tantiva, a diferencia de la jurisprudencia, un solo indicio que nos haga -- suponer, sin lugar a dudas, que el legislador era de nuestra misma opi -- nión, por lo que en principio suponemos que los creadores de la ley, tu -- vieron en la mente a la segunda etapa del pensamiento del Dr. Lepaulle; -- el Lic. Batiza, por ejemplo, no acepta que el legislador se haya inspira -- do en la segunda etapa, lo que este autor afirma es que una defectuosa in -- terpretación del pensamiento de Lepaulle en su primera etapa, llevó final -- mente al legislador a un resultado similar que si se hubiera inspirado en -- el segundo momento del pensamiento del jurista francés, dice el Lic. Ba -- tiza : " Resulta curioso notar que al incorporar en forma trunca la cons -- trucción de Lepaulle el legislador mexicano se adelantó a la transforma -- ción ulterior sufrida en el pensamiento de este jurista, que no solo no -- se ajusta a los principios del trust anglosajón, sino que francamente lo -- desnaturaliza ". (40)

Ahora bien, la teoría comentada fué una aportación de indudable va -- lor para la comprensión cabal del trust, y como consecuencia del fidei -- comiso, sin embargo, pretender que con la afirmación de que el trust es -- un " patrimonio afectado " se resuelve toda la naturaleza jurídica de la -- institución es evidentemente falso. La teoría nos da luces sobre lo que --

ocurre con el patrimonio una vez realizado el acto, es decir, nos explica la naturaleza jurídico patrimonial de los bienes materia del acto, pero no nos resuelve la naturaleza de dicho acto en sí.

Por otro lado, concebir un patrimonio gozando de los atributos de -- que estan dotadas las personas, sin serlo y no tener como titular a nin gún sujeto de derecho capaz de cumplir obligaciones y ejercer derechos -- nos parece una incongruencia que difícilmente se puede aceptar.

Creemos que en realidad el Dr. Lepaulle se inspiró a su vez en el -- Tratadista Brinz para elaborar su teoría del patrimonio sin sujeto; el -- maestro Eduardo García Maynes nos comenta esta corriente doctrinal y la -- expone en los siguientes términos : " El representante mas conspicuo de -- esta doctrina es el pandectista Brinz. Parte el mencionado autor de la di -- visión de los patrimonios en dos categorías : de persona e impersonales, -- llamados también patrimonios afectos a un fin, o de destino. Los del pri -- mer grupo pertenecen a un sujeto. Los del segundo carecen de dueño, pero -- encuentranse adscritos al logro de una finalidad determinada y gozan de -- garantías jurídicas especiales. La circunstancia de que éstos no pertenez -- can a una persona, no significa que no tengan derechos. Los derechos exis -- ten pero no son de alguien sino de algo ( es decir del patrimonio ). La -- distinción que acabamos de esbozar explica claramente según Brinz, la esen -- cia de las personas colectivas. No hay en ellas un sujeto, sino un conjun -- to de bienes, destinados a un fin."

" Brinz deduce esta afirmación de un doble razonamiento :

1.- De la inadmisibilidad de la doctrina dominante, y aquí ciertamen -- te lleva la ventaja, pues observa cómo por la idea de un sujeto fingido -- sólo se obtiene una pertenencia fingida y que a un sujeto fingido nada en

realidad puede pertenecer, puesto que no puede atribuirse personalidad a simples figuras de la fantasía ;

" 2.- De las fuentes del derecho romano, en las cuales falta la distinción moderna entre personas naturales y jurídicas, mientras que ésta se encuentra en la "divisiore rerum", en la cual se distinguen las "res alicui us" de la "res nullius", y estas últimas, si bien no pertenecen a ninguno, están, sin embargo, bajo la protección del derecho y "agrega :

" La distinción de patrimonios personales y de destino es aceptada -- por Bekker, quien introduce los términos patrimonio dependiente y patrimonio independiente. La primera denominación refiérese a los destinados a -- un fin concreto, que pertenecen a un persona y forman parte de su patrimonio general, sin perder su autonomía; corresponde la segunda a los de destino que carecen de sujeto ".

" Los derechos y obligaciones de las personas colectivas no son de -- acuerdo con la tesis de Brinz, obligaciones y derechos de un sujeto, sino del patrimonio; y los actos realizados por los órganos no valen como actos de una persona jurídica, sino actos que los órganos ejecutan en representación del fin a que el patrimonio se encuentra consagrado. Si éste desaparece, y el fin a que sirve es de índole privado el ente se extingue; pero si la finalidad es de carácter público, la extinción del patrimonio no produce, necesariamente, la muerte del ente ".

El mismo maestro García Maynes critica esta tesis y nos dice:

1.- " El primer argumento que debe esgrimirse contra la doctrina del patrimonio de destino, es que no pueden existir derechos sin sujeto. Todo derecho es, "a fortiori", facultad jurídica de alguien, así como toda obligación necesariamente supone un obligado. Hablar de derechos sin titulares contradecirse. La noción de deber encuéntrase ligada inseparable -----

mente al concepto de persona; entre ellos hay una relación del mismo tipo que la que existe entre las ideas de substancia y atributo . "

2.- " Por otra parte, la distinción establecida por Brinz entre patrimonios de persona y de afectación, o destinados a un fin es enteramente artificial, y no constituye una oposición verdadera. En primer lugar, debemos advertir que los patrimonios personales son también destinados a la consecución de múltiples finalidades, lo mismo que los llamados de -- destino. En todo caso, lo correcto sería dividirlos en patrimonios adscritos a un fin especial y patrimonios que no tienen una finalidad determinada. En segundo término, la circunstancia de que ciertos patrimonios se -- encuentren destinados a fines específicos, no significa que sean sujetos de derechos. La historia revela la existencia de numerosas instituciones de índole jurídica en las que un patrimonio personal se halla destinado a un cierto fin, dentro del patrimonio general de la persona. Es decir, -- se trata de patrimonios que tienen autonomía y forman parte, del patrimonio general del sujeto. Son patrimonios de afectación y, sin embargo, no podemos considerarlos como sujetos jurídicos ... "

3.- " Otra de las objeciones esgrimidas contra la tesis de Brinz, -- es que hay personas jurídicas que carecen de patrimonio, sin dejar por -- ello de ser sujetos de derecho; por ejemplo: un comité destinado a recoger donativos para alguna obra de caridad.

A esta objeción contesta Brinz diciendo que en tales casos lo que -- ocurre es que el fin no se encuentra dotado.

Es decir, hay un fin por realizar, pero no un patrimonio destinado a tal efecto.

El valor de este argumento depende del concepto que se adopte acerca del patrimonio. Si el término se entiende en sentido económico, como de -

signación de un conjunto de bienes susceptibles de estimación pecuniaria, si es posible admitir la existencia de una persona sin patrimonio; pero si se toma en su acepción jurídica, como conjunto de los deberes y derechos de un sujeto, la objeción pierde toda fuerza".

4.- " Se ha dicho, por último, que la teoría del patrimonio de destino no logra explicar la personalidad jurídica del Estado, ya que éste no puede definirse como patrimonio de afectación. ¿Cómo se puede decir, argumenta Ferrara, que el estado es solo una masa de bienes, y una masa de bienes " nullius " ? y todos los derechos de soberanía que tiene el Estado, como el derecho de crear impuestos, el derecho de juzgar, el de castigar, etc., ¿ entran en el patrimonio ? Precisamente esta concepción unilateral y restringida de la persona jurídica es la que ha podido fecundar esta teoría del patrimonio destinado a un fin, porque cree que entre derecho privado y derecho público hay barreras insuperables, de modo que el jurista en un campo no sabe ni debe preocuparse de lo que piensa o dice el jurista en el otro campo. Como si el concepto del derecho fuese --- esencialmente privado y en los derechos públicos se pudiese prescindir -- del sujeto ". (41)

41.- García Maynez, Eduardo, Introducción Al Estudio del Derecho, Ed. Porrúa, México, 1977, Pags. 282-283, 284, 285, 286.

## TEORIA DEL DESDOBLAMIENTO DEL DERECHO DE PROPIEDAD.

Pasemos por último a exponer la teoría del "Desdoblamiento del Derecho de Propiedad" la cual tiene como principal exponente al autor italiano Reno Franceschelli, veamos :

Esta teoría basa sus conclusiones en las observaciones del funcionamiento de el Trust en los sistemas anglosajones, es decir se trató de aprovechar la experiencia de un sistema jurídico en el desarrollo de una institución, para trasplantarla a la figura equivalente, o cuando menos -- muy similar, funcionando en otro sistema jurídico no sajón.

El maestro Franceschelli observó que el funcionamiento tan perfecto que el Trust tenía en los sistemas sajones se debía básicamente a que todo aquel que intervenía en un trust sabía desde un principio el alcance de sus derechos y obligaciones, esto debido principalmente a la dualidad de jurisdicciones que fué desarrollada, situación a la que la sociedad -- de dichos países se acostumbró por lo que incluso entre desconocedores -- del derecho los términos de " Equity " y " Common Law " son manejados con toda naturalidad sin que a nadie se le ocurra poner en tela de juicio sus derechos en " equity " tendrán algún valor jurídico, todo lo anterior originó que las discusiones doctrinales al respecto no fueran demasiadas y se limitaran a cuestiones secundarias, pues preferían los autores encaminar sus esfuerzos a otros aspectos; por el contrario en países con sistema jurídico de origen románico como el nuestro y en donde la dualidad de jurisdicción nos parece poco menos que inconcebible, las discusiones doctrinales al incorporar la figura equivalente del trust y tratar de determinar su naturaleza jurídica fueron y siguen siendo muy numerosas y -- discrepantes.



Franceschelli, nos dice que su teoría del "desdoblamiento" de la propiedad consiste en substancia en aquel desmembramiento que sufre la propiedad cuando ha sido objeto de un trust, creandose derechos con la categoría de reales tanto para el beneficiario, propietario en equidad, como para -- el fiduciario, propietario en estricto derecho, originándose un tipo de -- propiedad especialísima que considera como propietario, respecto de un mismo bien, a dos sujetos distintos. Es decir, los derechos del beneficiario, según esta teoría, no serán más simples derechos personales a su favor; es insuficiente, dada su importancia, considerarlos derechos de carácter personal en contra del fiduciario, es necesario que revistan mas trascendencia y por tanto habrán de ser reales.

Así pues, un bien dado en trust no tendrá más un solo propietario --- sino dos, uno con la titularidad jurídica, a saber el fiduciario y el otro el beneficiario, con la económica, siendo esta última más valiosa que la primera.

Veamos como define el Jurista italiano al trust : "El Trust es una -- relación fiduciaria, derivada de la voluntad privada y de la ley, en virtud de la cual aquel tiene sobre determinados bienes o derechos la propiedad formal o la titularidad esta obligado, por efecto de la propiedad substancial que no recae en él, a custodiarlos o administrarlos o ambas cosas -- y de todos modos a servirse en provecho de uno o mas beneficiarios entre -- los cuales puede incluso estar comprendido, o de un fin ". (42)

Observe como para este autor la propiedad sustancial como él le llama, y que nosotros suponemos se refiere a lo verdaderamente valioso de ser propietario, es el provecho económico que se reportaría en el patrimonio --

42.- Citado por Mario Bauche García, Diego, Operaciones Bancarias, Ed. --- Porrúa, México. Pag. 321

del titular, propiedad económica podría llamarse, mientras que la propiedad formal, es decir la jurídica y de la cual es titular el fiduciario, -- tendría en todo caso menor importancia .

Explicando su teoría este autor dice :

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

" Ahora bien para regresar a aquel desdoblamiento del que habíamos -- partido, diremos que él se atribuye a dos sujetos diversos, al fiduciario ( o trustee ) por un lado, y al beneficiario ( cestui que trust ) por el otro, y además se les otorga una tutela distinta, reconociéndose sobre la cosa fideicomitida ( in trust) al primero un señorío legal (legal estate ) y al segundo un señorío equitativo ( equitabile estate ) ", y agrega --- " el desdoblamiento del derecho de propiedad originario en dos nuevos derechos de propiedad sobre el mismo objeto, que se encuentra atribuidos a dos sujetos diversos, se efectúa en la siguiente forma : en primer término tenemos el derecho de propiedad formal exterior ( del trustee ), y después el derecho de propiedad sustancial ( del cestui que trust ).

" El contenido del derecho de propiedad, que, como hemos visto, contiene dos categorías de facultades, que son la de disposición y la de goce, se atribuyen de acuerdo con la tendencia predominante, al trustee y -- "cestui que trust", respectivamente.

Finalmente el autor italiano concluye :

" 1) Siempre que por un hecho o por un evento cualquiera o por cual-

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

" A la inversa se puede decir :

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

Es decir :

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

En fin :

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

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

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

" Los corolarios 3) y 4) nos permiten, por último, obtener otra regla general de importancia :

"5) Cada vez que la "legal estate" y la "equitable estate" estén investidas en sujetos diversos, el "legal owner", esto es, el titular de la --

" legal ownership " es siempre trustee en beneficio del " equitable estate " ; es decir, del titular de la " equitable ownership ". (43)

No obstante, la idea de este tratadista no fué del todo nueva, ya -- antes se había manejado el término del desdoblamiento, en efecto, según Batiza el autor francés Preston en su obra " Etude sur le trust et -- trustees " con anterioridad había dicho : " se puede así considerar a los derechos legal y de equidad como un desdoblamiento ( dedoubement ) del -- derecho de propiedad y compararlos a los directos y utiles del antiguo -- régimen " .

También alude el Lic. Batiza a una cita del autor Raymond Saleilles -- quien en su obra menciona : " El " Amtsvermogen " de Holder nos recuerda -- la propiedad fiduciaria del derecho inglés por su teoría del dedoublement de la propiedad, puede ser que haya exagerado el lado privativo de la Ins -- titución ". (44)

Otros autores parecen compartir esta posición, así Claret y Martí in -- dica ... " en el trust hay dos propiedades diferentes, al fiduciario o --- trustee le corresponde un derecho de propiedad formal, exterior, una propiedad fiduciaria, y al beneficiario una propiedad sustancial o económi -- ca.

Este desdoblamiento en dos propiedades es la dificultad mayor para -- un jurista no sajón de comprender la institución jurídica del trust ". (45)

Respecto de esta dificultad con la que los latinos nos topamos comen -- ta el autor inglés Felix Weiser quien dice : " al introducir o construir -- figuras parecidas al Trust, el jurista del Continente se ve obligado a ---

43.- Citado por J. M. Villagordoa, Op. Cit., Pags. 109, 110

44.- Batiza, R., El Fideicomiso, Pag. 94, Nota 181.

45.- Citado por Bauche García Diego, M. Op. Cit. Pag. 321

atribuir completa propiedad ya sea al trustee, al settlor o al beneficiario; en los dos últimos casos, por supuesto, no puede surgir relación fiduciaria alguna en el sentido anglosajón ni en ningún otro, siendo el trustee, "prima facie", no más que un simple mandatario. Sin embargo, si el trustee va a ser el dueño, entonces el beneficiario no puede estar, al parecer, en ninguna otra posición distinta de la de un acreedor del trustee, sus derechos no prevalecerán sobre los de otros acreedores de éste y será vencido por un tercero que adquiera la "res" del propietario legal, y así sucesivamente. A fin de ser protegido, el beneficiario requiere una forma de transmutar en real su derecho. Cómo hacer esa posición del beneficiario real es, a juicio de Weiser, la esencia misma del problema, que en Inglaterra la maravillosamente elástica noción de "conciencia" como generadora de relaciones jurídicas ha resuelto con facilidad y elegancia, más aún, ha hecho difícil que surja. Aquí, los lectores podrían sentirse tentados a decir : ¿ Porqué la solución apropiada del problema, según se presenta para los europeos no es hacer al trustee propietario absoluto de la "res" y dar al cestui alguna especie de "jus in re aliena" que prevalecería contra todo el mundo, o quizá dejar el título legal en el beneficiario, en tanto se confiere al "trustee" alguna especie de derecho -- real irrevocable proporcionado a la misión que debe llenar, creando así una especie de gravamen sobre los bienes del cestui ?

" Sí, si solamente se pudiera, por desgracia, añadir, existe un muy -- fundamental, muy solemne reiterado principio que se interpone en el camino de éstos por demás obvios expedientes, o sea el llamado "numerus clausus" de los derechos reales. Las partes son libres para celebrar "inter se", toda clase de contratos que no sean ilícitos, ya correspondan o no a tipos reglamentados en forma específica en la ley, pero no pueden ellas

crear nuevos derechos reales, no pueden colocar a los terceros, con respecto a bienes, en posiciones fantásticas que no podrían preveer conforme al derecho existente ". (46)

En la doctrina nacional esta teoría ha encontrado a su principal seguidor en el Lic. Manuel Lizardi Albarrán quien de su obra sacamos lo siguiente :

" Estudiando de cerca el proceso de construcción ( del fideicomiso)-- encontramos que opera sobre el derecho de propiedad - en ocasiones habría de decir titularidad para evitar confusiones - regulado por nuestro derecho y lo descompone en dos derechos, cuya existencia es formalmente posible por el contenido de las normas que rigen la nueva institución.

Uno de estos derechos, el del fiduciario, se caracteriza, si no de manera absoluta, cuando menos en su tendencia general, por la facultad de disposición y es por esto que el mismo fiduciario queda frente a terceros ostentandose como propietario; ya que dicha facultad es atributo esencial del derecho de propiedad. Así se observa contemplando la situación en su aspecto muy general, pero entrando a estudiar los detalles, se encuentran tales características que permiten configurar el derecho del fiduciario - como un nuevo derecho, distinto del de propiedad ".

" En primer lugar es temporal y su duración no puede, por regla general, exceder de treinta años; en segundo lugar, existe la función de un fin por realizar y, finalmente no representa para su titular, el fiduciario, ningún valor económico ".

" El segundo derecho es el del fideicomisario que, a diferencia de el del fiduciario, se caracteriza por tener fundamentalmente un contenido económico, válido "erga omnes". Este derecho esta intrinsecamente ligado

al fin de la operación y tiende a confundirse con él, por representar dicho fin, en una forma o en otra, un beneficio económico para el fideicomisario ".

" La existencia del derecho fideicomisario depende de la del fiduciario y es, por consiguiente, con el de este último, también temporal ".

La última característica distintiva del derecho del fideicomisario - esta en los efectos reales a que da lugar. Normalmente el fiduciario es - el que ejerce el dominio directamente sobre los bienes objeto de la relación, y, sin embargo, puede el fideicomisario, en los casos señalados por la Ley, perseguirlos y aún reivindicarlos dentro de los límites de un régimen especial según sean inmuebles, muebles o títulos valores para restituirlos al fondo del fideicomiso ".

" Es por esto que el derecho del fideicomisario adquiere la configuración de un auténtico derecho real, aunque de tipo especial, diferente - de los demás que conoce nuestro ordenamiento positivo ".

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

Los dos derechos a que nos venimos refiriendo tiene por su relación-entre sí y su temporalidad la tendencia a confundirse y revertir en el derecho de propiedad originario; reversión que depende del transcurso del - tiempo o de la realización de una condición ".

Este autor nos define al Fideicomiso como: "aquel negocio directo - que descompone el derecho de propiedad en dos derechos: el de la fiduciaria, que es disposición temporal en función de un fin que representa para ella valor económico, y el del fideicomisario que depende del de la fiduciaria, tiene contenido económico, vale frente a terceros y produce efectos reales ". (47)

Existen otros autores que si bien no aceptan expresamente ser partícipes de esta teoría de sus ideas se concluye que en forma tácita se adhieren a ella, así por ejemplo el Dr. Rodríguez y Rodríguez afirma: " En resumen puede decirse que el fiduciario es dueño jurídico, pero no económico de los bienes que recibió en fideicomiso. Dicho de otro modo, el fiduciario es quien ejerce las facultades dominicales pero en provecho ajeno " y más adelante reitera: " El fideicomiso tiene como titular jurídico al fiduciario pero como titulares económicos al fideicomisario y al fideicomitente.

Es titular jurídico el fiduciario porque él aunque temporal y revocable, es el dueño. Titulares económicos son el fiduciario y el fideicomitente, porque a ellos van los beneficios económicos de la propiedad y la propiedad misma al concluirse el fideicomiso ". (48)

Por su parte el Lic. Rodolfo Batiza nos hace suponer que también comparte la tesis, veamos lo que nos dice en una de sus obras: "Es inevitable concluir que, al adoptarse el fideicomiso en nuestro sistema legal, - no solo se reglamenta una institución jurídica nueva, sino que se importó junto con ella, pese a la renuencia mostrada por el legislador, un desmembramiento del derecho de propiedad desconocido hasta entonces, un nuevo -

47.- Lizardi Albarrán, Manuel, Ensayo Sobre la Naturaleza Jurídica del Fideicomiso, Tesis, México, 1945, Pags. 200, 201.

48.- Batiza, Rodolfo, El Fideicomiso, Pag. 155.



derecho real con caracteres propios, según se trate del fiduciario o del fideicomisario. Estos derechos corresponden imperfectamente a la doble -- propiedad en el trust ( legal y de equidad ) en que se inspiraron el Dr. Alfaro y el Dr. Lepaulle, los dos autores a quienes se recurrió para es-- tructurar legalmente el fideicomiso en México "; el mismo autor en su --- obra " El Fideicomiso " expone : " Lo que en realidad ocurre, es que ha - pasado inadvertido el hecho, o se le ha desconocido deliberadamente, de - que al adoptarse el fideicomiso en nuestro sistema legal no solo, se ha - reglamentado una institución jurídica nueva, sino que correlativamente se ha trasplantado con ella un nuevo concepto de la propiedad con una doble- manifestación: la del fiduciario y la del beneficiario. Esta doble propie- dad ( legal y de equidad ), creación original del derecho inglés a través de siglos de evolución y como resultado de la coexistencia de dos diver- sas clases de tribunales, rivales en un principio y complementarios des- pués, carece de equivalencia en nuestras concepciones tradicionales. La -- única actitud realista, por tanto, es reconocer que el fideicomiso ha pro- ducido, más aún presupone, un desmembramiento del derecho de propiedad -- un nuevo derecho real con caracteres distintivos propios, lo que podría - denominarse " propiedad fiduciaria ", cuya reglamentación rebasa el marco de las leyes mercantiles y corresponde estrictamente al Código Civil. Es- tablecidas en éste las bases de la "propiedad fiduciaria", al lado de los derechos reales ya consagrados, no habrá necesidad alguna de resumir para caracterizar al mecanismo peculiar del fideicomiso y al derecho de naturaleza especial que transfiere, a un término de contenido y alcance tan im preciso como es el de titularidad ". (49)

Abundando en su posición el Lic. Batiza en diversas exposiciones nos dice:

" No hace mucho tiempo afirmabamos que los países anglosajones, al disponer de la dualidad de fueros de Equidad y de Derecho Estricto no --- tienen dificultad alguna para conciliar y entender los derechos de las -- partes en la relación fiduciaria contrariamente a los países en que esa - dualidad no existe y donde la introducción del fideicomiso ha significado un nuevo desmembramiento de la propiedad, de alcance todavía mas radical- que el que se opera en los derechos reales hasta ahora reconocidos. Añá - diamos que la transformación que el fideicomiso produce en el tradicional regimen de la propiedad no puede dejarse a una ley especial como es la de Títulos y Operaciones de Crédito, por lo cual se hacía necesario reformar nuestro Código Civil, a efecto de consagrar la propiedad fiduciaria...(50)

En otro de sus trabajos dice: " El fideicomiso representa un nuevo - desmembramiento de la propiedad, un nuevo derecho real que solo puede in- troducirse en los ordenamientos legales romanistas, si previamente los -- Códigos Civiles reglamentan las bases especiales de la propiedad fiducia- ria ". (51)

" Los países anglosajones al disponer de la dualidad de fueros de -- Equidad y de Derecho Estricto, que a juicio de Weiser seguirá constituyen do la explicación final de la esencia del trust, no han tenido dificultad alguna para conciliar y entender los derechos de las partes en la rela -- ción fiduciaria. Por el contrario, en los países en que esa dualidad no -- existe, la introducción del fideicomiso ha significado el admitir un nue- vo desmembramiento de la propiedad de alcance todavía más radical que el- que se opera en los derechos reales hasta ahora reconocidos. Incidental - mente, nos parece de interes mencionar que el desmembramiento del derecho de propiedad en el trust, al cual designó Franceschelli con la feliz ex - presión de "desdoblamiento" para explicar su carácter fundamental, fue --- expuesto en igual forma, empleando inclusive idéntico término, algo mas -

de treinta años antes que el brillante autor italiano, en la monografía francesa escrita por Preston sobre Trust et Trustees "(52)

Un comentario en otra de sus exposiciones nos confirma su posición: "Pese a la resistencia opuesta en México por el Legislador frente a la admisión del efecto traslativo en el Fideicomiso, es indiscutible que al adoptarse esa nueva figura en nuestro sistema legal, no solo se reglamenta una Institución nueva, sin antecedentes en nuestra tradición jurídica, sino que simultáneamente se importó con ella un nuevo concepto de la propiedad hasta entonces desconocido por completo. Este concepto creación original de Derecho Inglés a través de varios siglos de evolución, no tiene equivalencia en nuestras concepciones jurídicas, cuya preponderante influencia española y francesa remonta al Derecho Romano ". (53)

- 50.- Batiza, Rodolfo, Evolución del Concepto de Fideicomiso a Través de la Jurisprudencia Mexicana, Estudios Sobre Fideicomiso, 1980, Pag. 56.
- 51.- Batiza Rodolfo, Proyecto de Ley Uniforme Sobre Fideicomiso, Estudios Sobre Fideicomiso, Pag. 74.
- 52.- Batiza Rodolfo, Una Nueva Estructuración del Fideicomiso en México, Estudios Sobre Fideicomiso, Pag. 146,147.
- 53.- Batiza Rodolfo, La Propiedad Fiduciaria y sus Antecedentes en Nuestro Sistema Legal, Estudios Sobre Fideicomiso, Pag. 193.

## COMENTARIO :

No obstante que es verdad que el fideicomiso da lugar al nacimiento de una situación especialísima en cuanto hace a la propiedad de la materia fideicomitida, no podemos aceptar la existencia simultánea de dos derechos reales de propiedad atribuidos a sujetos diversos, solo concebimos la existencia de dos o mas propietarios tratándose de la copropiedad, pero en este caso no se trata de dos derechos diferentes sino de un solo derecho cuya titularidad comparten dos o más personas; por otro lado, no es que no aceptemos que dos o más sujetos puedan tener derechos reales sobre un mismo bien, lo cual es perfectamente posible; piensese por ejemplo en el caso en que "A" sea el titular del derecho real de propiedad, "B" el titular del derecho real de usufructo y "C" el titular del derecho real de hipoteca, todos respecto del mismo bien; lo que a nuestro juicio es im posible es la existencia de dos derechos reales de propiedad distintos e independientes uno del otro, cuyos titulares fueran dos personas diferentes, pues la existencia de uno debe excluir a la del otro, cabría preguntarse: ¿ los derechos de cuál de las dos propietarios deberían prevalecer sobre lo del otro en caso de controversia ?

¿ Se trataría de un derecho real, el de equidad, solo válido contra el fiduciario al ser éste el único que pudiera limitarlo ?

Es cierto que el fideicomiso tiene como principal fuente de inspiración al trust del derecho anglosajón, sistema en el cual dicha situación es no sólo aceptada, sino incluso vista y manejada con naturalidad, gracias a que en los países sajones se cuenta con un elemento increíblemente dúctil y merecedor de la mayor importancia a lo largo de la tradición jurídica de estos pueblos, al grado de ser la base de todo un sistema jurídi

co, de ahí la multicitada dualidad del sistema anglosajón, dicho elemento es la " Equity ", la cual ha permitido que entre estos pueblos, se conciba como cosa normal que aquel bien dado en trust a partir de ese momento adquiriera dos dueños, uno en " Equity " y otro en " Common Law ", siendo -- prácticamente unánime la doctrina sajona en ese sentido, salvo aisladas - excepciones . (54)

Sin embargo, en sistemas de derecho codificado, como el nuestro, la noción de Equidad pasa a plano secundario al que solo se debe recurrir -- por excepción, pues quien imparte y dicta justicia debe atenerse antes que a cualquier otra cosa al texto de la Ley, sin que le sea permitido pasar por encima de ella " atendiendo el llamado de su conciencia ", so pena -- en caso de hacerlo, de caer en la ilegalidad, de modo pues que una propiedad basada en la equidad, en un sistema románico, es absolutamente imposible e ilusoria, por lo menos mientras no existan modificaciones profundas a nuestro derecho.

La inmensa mayoría de los autores latinos coinciden en que los derechos del fideicomisario, son derechos personales el Dr. Cervantes Ahumada nos dice : " Los derechos del fideicomisario no pueden ser considerados - como derechos reales sobre la cosa fideicomitida, son derechos persona -- les contra el fiduciario para exigir el cumplimiento del fideicomiso, o - contra los terceros detentadores de los bienes fideicomitados para hacerlos volver a poder del fiduciario ". (55)

El Dr. Pierre Lepaulle impugnando a esta teoría comenta: " Esta teoría no nos parece tampoco admisible ¿ cómo podría el derecho del "cestui" ser en su esencia un derecho real cuando la "res" puede ser un derecho --

personal ? ¿ derecho real sobre derecho personal ? ¡ Qué logomaquia !"

" Además, para que haya una división del derecho de propiedad necesariamente se requieren dos sujetos de derecho. Ahora bien, lo que dá singular valor al trust es que los bienes pueden destinarse para realizar un sueño o un simple deseo : ya hemos visto que pueden dejarse bienes en --- trust para decir misas por el descanso del alma, para cuidar perros, para propagar tal o cual concepción del cristianismo, etc. ¿ Cómo hablar entonces de derecho real del " cestui " si no hay " cestui " ? ¿ no ocurrirá - que tal teoría, lejos de revelar la esencia del "trust" contiene, por el contrario, una verdadera negación de lo que es su mayor valor."(56)

Más adelante reitera : " El Trust" no puede ser un desdoblamiento -- del derecho de propiedad, pues el trustee no tiene ningún derecho de goce y el beneficiario puede no ser una persona jurídica (charitable trust). No hay en ello mas desdoblamiento que en el patrimonio de un ausente o un -- interdicto o en una sucesión vacante ".(57)

Veamos por último un comentario del Lic. Villagordo quien dice: "No aceptamos que se pueda dar una explicación tomando como base el desdoblamiento de un derecho absoluto que excluye la posibilidad de tener dos titulares, entre otras razones, porque la existencia de uno, necesariamente excluye a cualquier otro; además, el sistema de derecho inglés se desarrolla en un doble orden jurídico; el derecho común y el derecho equidad. Ambos ordenes son contemporáneos, de tal manera que pueden coexistir en - un mismo tiempo, dos titulares diferentes acerca de un mismo derecho; no ocurre lo mismo en los regímenes jurídicos de ascendencia latina, donde -

55.- Cervantes A. Raúl, Derecho Mercantil Segundo Curso, Ed. Porrúa, México Pag. 311

56.- Op. Cit. Pag. 19

57.- Op. Cit. Pag. 314

el orden jurídico es único, y dentro del mismo y respecto de un derecho -- sólo se puede reconocer a un titular; la existencia de cualquier otro titular respecto del mismo derecho, tiene que ser posterior y con un título -- derivado del anterior detentador. Por estas razones no podemos aceptar la doctrina de Franceschelli ". (58)

## OPINION PERSONAL

Como lo comentamos al iniciar el presente capítulo determinar la naturaleza de una figura jurídica creada y desarrollada en una sociedad con distintas necesidades e idiosincracia a la propia es tarea en extremo difícil; pretender en una cuantas líneas desentrañar la naturaleza de una institución que ha sido motivo de numerosos y valiosos esfuerzos por parte de prestigiados tratadistas es totalmente ilusorio; no lo pretendemos, nos limitaremos a dar nuestra muy personal opinión, con la conciencia, de que no serán las nuestras las ideas que vengan a resolver las innumerables situaciones que el fideicomiso plantea y que hasta la fecha siguen siendo objeto de trabajos doctrinales de las más variadas orientaciones.

Para empezar diremos que en nuestra opinión, las principales teorías que han tratado el problema, aún suponiendo que hubiéren resultado correctas, ha sido incompletas. En efecto, observese como las teorías que con anterioridad hemos expuesto no abarcan la totalidad del problema, se limitan a contemplar uno de sus aspectos; así, podemos observar como la teoría del Mandato, así como la del Negocio Fiduciario tratan de darnos una solución proponiendo una naturaleza jurídica del acto en sí mismo, pero no nos dan luces sobre lo que ocurre con el patrimonio que se ha destinado a ser materia de un fideicomiso; por el contrario, tanto la teoría del Patrimonio Afectación así como la Teoría del Desdoblamiento del Derecho de Propiedad nos tratan de explicar lo que ocurre con el patrimonio una vez creado el acto, mas no nos dicen en que consiste dicho acto; así pues creemos que para tratar de resolver el problema relativo a la naturaleza jurídica del fideicomiso es necesario contemplarlo en su doble aspecto ; -



A) En cuanto a la naturaleza jurídico patrimonial de los bienes que --- constituyen materia del acto.

B) En cuanto a la naturaleza jurídica del acto en sí mismo, independientemente de las consecuencias en el patrimonio.

Veamos pues el primero de estos aspectos; empecaremos preguntándonos ¿debemos aceptar la teoría del desdoblamiento del derecho de propiedad como válida para explicar la naturaleza jurídica del Fideicomiso en México?

No creemos que sea esta la tesis mas apropiada para explicar cabalmente la naturaleza jurídico patrimonial del fideicomiso, cuando menos en México. La razón es obvia : la creación de dos derechos reales que coexistan simultáneamente recayendo la titularidad de cada uno en distintas cabezas respecto de un mismo bien, es de imposible realización en nuestro país, y no es imposible por el hecho de que creamos que el número de derechos reales consagrados en el Código Civil deba ser inmutable y eterno, - suponerlo así sería una grave aberración, pues como en otro lugar afirmamos, el derecho es cambiante por naturaleza, como la sociedad también lo es, y la misión de aquél es seguir y servir a ésta y si para cumplir dicha misión es necesario imprimir dinamismo a aquéllo que por años y años se ha mantenido en cómodo sedentarismo, no se debe dudar en hacerlo; la razón por la que consideramos irrealizable la aplicación de esta teoría, --- es, como lo comentábamos al criticar esta posición, que la titularidad de el derecho real de propiedad recayendo en una determinada persona excluye la existencia de cualquiera otra, no es posible que coexistan simultáneamente respecto de un mismo bien, pues eso colocaría a dichos titulares -- en posiciones indefinidas y ocasionaría desconcierto a los terceros.

En realidad, los derechos reales pueden válidamente coexistir respec

to de un mismo bien, la servidumbre, el usufructo y la propiedad por ejemplo suelen encontrar su titularidad en distintas personas aún tratándose del mismo inmueble, en el caso de la propiedad y la hipoteca la titularidad de cada uno de estos derechos deberá recaer en personas diferentes, - pues no es ni lógico ni jurídicamente factible que se hipotecará un bien consigo mismo; incluso es posible la existencia simultánea de dos derechos reales del mismo tipo, así por ejemplo piensese en el caso de los acreedores hipotecarios en primer lugar y los acreedores hipotecarios en segundo lugar, ambos, obviamente, respecto del mismo inmueble, cosa muy distinta sucede en tratándose de la propiedad, pues en este caso la coincidencia en tiempo, patrimonio, y tipo de derecho es contradictoria, solo concebimos este supuesto en el caso de la copropiedad, pero en ésta no da origen a la creación de dos derechos reales de propiedad independientes - el uno del otro, pues no obstante tratarse del mismo bien, en el mismo tiempo, el derecho real de propiedad que sobre ese bien recae solo se ha dividido en dos o más partes, pero en realidad continua conservando su unidad.

Por otro lado, la propiedad tiene validez " erga omnes "; de aceptar un segundo derecho real de propiedad a favor del fideicomitente o del fideicomisario se estaría creando una propiedad solo oponible a una sola persona: el fiduciario.

¿ Es entonces la materia fideicomitida un patrimonio afectado a un fin ?

Creemos que así es, es innegable que una vez constituido el fideicomiso aquellos bienes que fueron destinados para ser materia del mismo, se encontrarán a partir de ese momento convertidos en un patrimonio afectado a un fin, dicho fin es aquel que el fideicomitente haya decidido dar al -

fideicomiso. En efecto, la consecución de dicha finalidad no sería factible si el mismo fideicomitente no asignara determinados bienes o derechos, los cuales constituirán el patrimonio del fideicomiso y en lo sucesivo estos se convierten en un patrimonio de afectación ( el término afectación fué criticado por el Dr. Alfaro quien decía : En primer lugar, el término afectación ni es lenguaje técnico de la Jurisprudencial Civil ni es buen castellano en el sentido en que se usa. En el lenguaje corriente, afectación es la acción y efecto de afectar; y este verbo, según la Academia y según Escriche, significa empeñar, hipotecar una cosa mueble o inmueble para garantizar el cumplimiento de una obligación. Ahora bien, si afectación es la acción y efecto de afectar, y afectar es gravar, afectación viene a ser propiamente sinónimo de gravámen. Por consiguiente, cuando se expresa que el fideicomiso es una afectación patrimonial a un fin, lo que se esta diciendo es que el fideicomiso consiste en el gravámen de un patrimonio para un fin ").<sup>(59)</sup>

La misma ley se manifiesta en este sentido, como ya antes lo habíamos comentado de acuerdo con el artículo 351 párrafo II de la ley sustantiva. En realidad el que se utilice el término "Afectación" es hasta cierto punto intrascendente, pues es obvio que con este término se esta queriendo significar una destinación dada al patrimonio, esto es, la constitución de un patrimonio autónomo, o como no dice el Dr. García Maynez: "patrimonio adscritos a un fin especial".

Ahora bien, es claro que el fideicomiso implica la creación de un patrimonio de afectación o autónomo y en ese sentido aceptamos la teoría de Lepaulle, pero : ¿ debemos aceptar con este autor que dicho patrimonio carece de titular ?

59.- Citado por Jorge A. Domínguez Martínez, El Fideicomiso ante la Teoría General del Negocio Jurídico, Ed. Porrúa, México, 1982, Pag. 147.

Por supuesto que no, aceptar dicha situación, nos parece aceptar una contradicción como ya antes lo habíamos comentado, que dará origen a un -- sin número de problemas, supongase, por ejemplo que el fiduciario a fin de cumplir con los fines del fideicomiso se ve en la necesidad enajenar total o parcialmente los bienes materia del mismo ¿ Cómo hacerlo, si nunca tuvo la titularidad de los mismos ?

En realidad la mayor parte de la doctrina coincide en que la posición del Dr. Lepaulle de negar la titularidad del patrimonio a algún sujeto de derecho es errónea.

El maestro Joaquín Rodríguez y Rodríguez al respecto comenta:

" Quiere decir todo esto que los bienes dados en fideicomiso constituyen - un patrimonio separado, o un patrimonio fin o de afectación bien entendido - que un patrimonio separado o un patrimonio fin o de afectación no son patrimonios sin titular ". (60)

El Lic. Batiza también comenta : " Una institución estructurada sobre las ideas del Dr. Lepaulle, efectivamente, es de imposible funcionamiento práctico sin la atribución al fiduciario de ciertos derechos de disposición, así solo sea con el propósito de permitirle cumplir el Trust o el -- fideicomiso ". (61)

El maestro Acosta Romero nos dice : " Esta teoría está totalmente superada en la actualidad, puesto que en derecho se ha aceptado en forma casi unánime, que no pueden existir patrimonios sin titular y que por lo --- cual los patrimonios que carecen de titular jamás podrán llegar a ser sujetos jurídicos. Mas no es el caso de abundar en esta crítica, ya que no se trata de un patrimonio sin titular y autónomo toda vez que la institución fiduciaria es el titular del patrimonio fiduciario, y en si el fideicomiso no es el patrimonio, sino que éste constituye el derecho de -----

aquél ". (62)

El Lic. Villagordoa afirma : "Con esto aclaramos que aparte de la -  
destinación de ciertos bienes a un fin determinado, la titularidad de los  
mismos no queda vacante como quiere Lepaulle al pretender crear un patri-  
monio de afectación carente de titular, que en nuestro régimen jurídico -  
no puede existir, sino que los bienes o derechos que se afectan en fidei-  
comiso, necesariamente se tiene que transmitir al fiduciario, quien a su-  
vez está obligado a cumplir dicho fideicomiso conforme el acto constitu-  
tivo. Esta obligación no la podría cumplir el fiduciario si no fuera titu-  
lar de los bienes o derechos que forman la materia del fideicomiso ". (63)

Incluso la misma Suprema Corte de Justicia se ha manifestado en ese-  
sentido, en el amparo directo 1355/1967, promovido por Jesús Galindo Ga-  
larza, manifestó :

" Conforme a los artículos 346, 351, y 356 de la Ley General de Títu-  
los y Operaciones de Crédito, se concibe al fideicomiso como una afecta-  
ción patrimonial a un fin cuyo logro se confia a las gestiones de un fidu-  
ciario, afectación por virtud de la cual el fideicomitente queda privado-  
de toda acción o derecho de disposición sobre los bienes fideicomitados,-  
de los cuales pasa a ser titular la Institución fiduciaria para el exacto  
y fiel cumplimiento del fin lícito encomendado ".

Así pues, llegamos a la conclusión de que el fideicomiso implica la-  
constitución de un patrimonio afectado a un fin determinado, sin que acep-  
temos, de ninguna manera, que dicho patrimonio carece de titular, en ese -  
sentido coincidimos parcialmente con Rodríguez y Rodríguez, cuando afir-  
ma :

61.- Batiza R., Evolución del Concepto de Fideicomiso a Través de la Juris-  
prudencia Mexicana, Estudios Sobre Fideicomiso, Pag. 55.

"... el fideicomiso es un negocio jurídico indirecto y fiduciario en virtud del cual la institución fiduciaria adquiere la propiedad de ciertos bienes que le transmite el fideicomitente con obligación de dedicarlos a un fin convenido ". (64)

( Decimos que coincidimos parcialmente porque este autor considera al fideicomiso un negocio fiduciario, a diferencia de nosotros por las razones que en su momento se expusieron ).

Ahora bien , la anterior conclusión nos lleva inmediatamente al planteamiento del siguiente razonamiento : Puesto que el patrimonio material del fideicomiso una vez constituido éste, no queda desprovisto de titularidad, recayendo ésta en el fiduciario cabe preguntarse : ¿ Existe el efecto traslativo de dominio en el Fideicomiso, de fideicomitente al Fiduciario?

Así lo creemos y en ese sentido se manifiesta la mayor parte de la doctrina, (no obstante existir autores que no le atribuyen mayor importancia al asunto (65)) así como también la Jurisprudencia; en efecto, de no aceptar dicha transmisión y suponer que los bienes o derechos materia del acto se mantienen dentro de la esfera patrimonial del fideicomitente, el fideicomiso no sería otra cosa en esencia que un mandato, lo cual es totalmente falso, ya que una de las diferencias entre el mandato y el fideicomiso, es precisamente ese efecto traslativo de dominio que implica este último.

Por otro lado, si para la ejecución del fideicomiso el fiduciario se viera precisado a ejecutar actos de dominio, sobre los bienes materia del

62.- Acosta Romero, Miguel, Naturaleza Jurídica del Fideicomiso, Las Instituciones Fiduciarias y el Fideicomiso en México, Editado por Banco Mexicano Somex 1982, Pag. 170.

acto, éste no podría llevarlos a cabo, suponiendo que no se aceptase el efecto traslativo, puesto que nunca estuvieron dichos bienes en la posibilidad de ser dispuestos por el fiduciario; así por ejemplo si tuviese el fiduciario que enajenar un bien o derecho, ¿ cómo hacerlo si nunca lo tuvo ?

Si contestamos diciendo : " El fiduciario enajena en virtud de la autorización que le fué dada por el fideicomitente pero sin que los bienes hubieren salido del patrimonio de éste último " , estaríamos cayendo de nuevo en la idea básica del mandato ( Art. 2546 Código Civil ).

Veamos lo que opina la doctrina sobre este aspecto:

El Dr. Roberto Molina Pasquel en su trabajo " El Fideicomiso de Garantía ", afirma : " Al declarar el legislador que el fideicomiso es una importación o una recepción del Trust norteamericano, le obliga como interpretación auténtica, el mecanismo jurídico de esa institución. Y el Trust desde sus primeros tiempos en Inglaterra y en la actualidad en los Estados Unidos es una manera de transmitir o enajenar bienes; el fideicomitente deja de ser el propietario y el fiduciario adquiere la titularidad de esos bienes ; "titularidad" entendida como " propiedad "; cuando este derecho es materia del fideicomiso; o el Título de un crédito, cuando un crédito es el objeto del fideicomiso ". Mas adelante este autor agrega : " El concepto de " afectación " equivalente a " destinación " que usa nuestra ley, ya sea de acuerdo con la doctrina francesa representada por Lepaulle y Planiol, o a la doctrina mexicana, como interpretación de las Leyes de Asistencia y Beneficiencia Privada, tiene por verdadero conteni-

63.- Op. Cit. Pag. 54

64.- Op. Cit. Pag. 122

65.- Vease Cervantes A. Raúl, Op. Cit. Pag. 306.

do una transmisión de propiedad o mejor dicho de " Titularidad ", pues -- no todos los bienes fideicomitibles son susceptibles de propiedad. " Afec -- tar " un bien consiste en aportarlo a una personalidad jurídica diferente del aportante, según la doctrina francesa y según las leyes de Beneficien -- cia y Asistencia. " Destinar " un bien a un fin lícito determinado, como -- en la creación de una fundación, lo que también se describe como "afec -- tar" ese bien, equivale a transmitir su propiedad, la propiedad del funda -- dor, a la fundación como personalidad jurídica diferente ".

" Los requisitos formales que configuran los derechos de fideicomite -- tente y de institución fiduciaria, que se expresan en los artículos 349, -- 351, 353, 354 y 356 de la Ley citada, muestran que el fideicomitente, que debe tener capacidad para disponer de los bienes por fideicometer, al no -- reservarse ningún derecho o acción sobre ellos, se desposee de todos los -- derechos y acciones que pudiese tener sobre dichos bienes, y principalmen -- te del derecho de propiedad. Muestran también que la Institución Fiducia -- ria tiene todos los derechos y acciones requeridos para el cumplimiento -- del fideicomiso, que son los mismos que han salido del patrimonio del fi -- deicomitente, principal y únicamente su "propiedad" o mejor dicho su "ti -- tularidad", máxime si así se expresa en el acta constitutiva ". (66)

El Lic. Batiza se ocupa del tema y dice :

" El mismo Dr. Lepaulle, antes de incurrir en los extremos que lo lle -- varon a sostener que los derechos objeto del Trust, no están más en el -- patrimonio de nadie, había admitido que el sujeto de derecho encargado de realizar la " Afectación ", es " titular " de todos los derechos que le -- sean útiles para cumplir su obligación y al observar y describir el fun -- cionamiento del Trust reconocía que un propietario , el "Settlor", trans -- mite total o parcialmente determinados bienes, a un tercero llamado -----



"Trustee" Único designado como " propietario " de los bienes y a quien se inscribe como tal cuando se requiere registro. ( " La naturaleza del ---- Trust", Rev. Gral. de Derecho y Jurisprudencia, Tomo Tercero " ).<sup>(67)</sup>

El Dr. Acosta Romero opina :

" Uno de los efectos fundamentales del fideicomiso es la transmisión de bienes o derechos al fiduciario, sin la cual no se puede hablar de fideicomiso ".

" Estimamos que hay consenso general de los autores en reconocer que es un efecto lógico, básico, natural del fideicomiso, transmisión o transferencia de bienes al fiduciario, para que este realice un fin lícito, es tablecido en el acto constitutivo.<sup>(68)</sup> Más adelante agrega : " Uno de los efectos fundamentales del fideicomiso, es la transmisión de la propiedad de los bienes del Fideicomitente que pasan a formar lo que se conoce en el uso bancario como el patrimonio fiduciario, a partir de la fecha en -- que surta efectos el contrato de fideicomiso ".<sup>(69)</sup>

Por su parte el Dr. Joaquín Rodríguez y Rodríguez, afirma :

" El artículo 352 de la Ley de Titulos y Operaciones de Crédito señala claramente que el fideicomiso implica una traslación de dominio (cesión de derechos o transmisión de dominio ) en favor del fiduciario. - Esta traslación de dominio debe inscribirse en el Registro Público de la Propiedad cuando se trata de bienes inmuebles ( Art. 353 , Ley Citada ) o hacerse con las formas de publicidad equivalentes a la inscripción cuando se trate de muebles ( notificación, endoso, endoso con registro, tradi -- ción ) ( Art. 354, Ley Cit. ) ".

" La traslación de dominio produce efectos frente a terceros, lo que-

quiere decir que el fiduciario aparece como dueño ". (70)

Mas adelante reitera; " Es esencial que el fiduciario adquiera el dominio de los bienes sobre los que se constituye el fideicomiso llegando a ser titular de un derecho de dominio con más o menos limitaciones, según se haya fijado en el acta constitutiva, limitaciones que sólo tienen eficacia obligatoria, puesto que el fiduciario como dueño puede disponer de -- dichos bienes ". (71)

También la Suprema Corte de Justicia, ha aceptado, a diferencia de - su criterio inicial, ( Amparo Administrativo en revisión No. 210 de 1937, Sec. 2a., Cía. Limitada del Ferrocarril Mexicano Sem. Jud. de la Fed., - T. LII, Vol. 3o., pp. 2317-2325 ) el efecto traslativo de dominio como -- consecuencia de la constitución de un fideicomiso; así por ejemplo en el amparo civil en revisión No. 4572 de 1948, Sec. 2a., Financiera de Cons - trucciones, S. A. ( Sem. Judicial de la Federación Tit. CV, Vol. 3, pp. - 2047-2057) la Suprema Corte, después de examinar el Texto de la Ley sus - tantiva, afirma : "... del texto de las citadas disposiciones resulta cla - ramente, y así lo sostiene la doctrina sobre el particular, que el fidei - comiso es traslativo de dominio, ya que por virtud del contrato el fidei - comitente queda privado de toda acción o derecho de disposición sobre el bien que es su objeto, acciones y derechos que se transfieren a la insti - tución fiduciaria para el exacto y fiel cumplimiento del fin lícito que - le es encomendado; es decir se substituye en el derecho pleno de adminis - trar y disponer que antes del contrato correspondía al dueño del bien --- afectado, atenta la restricción de esos derechos, limitada tan sólo por -

67.- Batiza R. "La Propiedad Fiduciaria y sus Antecedentes en Nuestro Sis - tema Legal " Estudios Sobre Fideicomiso, Pag. 192.

68.- Op. Cit. P. 152

69.- Op. Cit. P. 169

aquéllos adquiridos con anterioridad a la constitución del fideicomiso. - En estos términos, constituido el fideicomiso sin reserva alguna e inscrito en el Registro de la Propiedad, el contrato surte efecto y consiguientemente el fideicomitente, a menos de desnaturalizar la esencia del fideicomiso y violando el pacto, ya no puede ejercer sobre el bien afectado actos de administración ni derechos de libre disposición ni consiguientemente imponer nuevos gravámenes a favor de terceros y el desconocimiento de los derechos que adquiere la institución fiduciaria y los que le corresponden por su inscripción en el Registro de la Propiedad, son fuente de violación de garantías".

En la ejecutoria que obra a fojas 52 y 53 del tomo CXXXIII del Semanario Judicial de la Federación la Suprema Corte estableció: "Según se desprende del Art. 346 de la Ley General de Títulos y Operaciones de Crédito, los bienes fideicomitados constituyen un patrimonio afecto a un fin determinado, o sea el del fideicomiso, eso quiere decir, que dichos bienes salen del patrimonio del fideicomitente, para constituir un patrimonio de afectación y por ello mismo los acreedores del fideicomitente, no pueden seguir tales bienes, salvo que el fideicomiso se haya constituido en fraude de acreedores o de sus derechos, en cuyo caso la parte final del art. 351 de la misma Ley les concede a los acreedores el derecho de ejercitar la acción correspondiente, o sea la pauliana".

En el mismo sentido se manifiesta en el Amparo de Acosta Sierra, --- Francisco ( No. 2064 de 1952, Sec. 2o. Sem Jud. de la Fed. Tit. CXVIII, Vol. 2o. pag. 1082-1101 ); así como en el de Jesús Galindo Galarza, 30 de Sept.

70.- Op. Cit. Pag. 121

71.- Op. Cit. Pag. 126

de 1968, volumen CXXXV, 4a. parte, pag. 77.

En realidad los comentarios que la doctrina hace sobre el tema apoyando la posición que sostiene el traslado de dominio podrían ser muchos más, ya que la inmensa mayoría de los autores que tratan el tema coinciden en que es este efecto traslativo de dominio una de las consecuencias más trascendentes que trae aparejada la constitución de un fideicomiso, siendo verdaderamente pocos los autores que niegan que exista dicho traslado por conservar la propiedad el fideicomitente, de hecho hasta donde sabemos sólo el Dr. Jorge A. Domínguez Martínez y el maestro Ramón Sánchez Medal, así como Raúl Esteva Ruiz.

Ahora bien, cabe preguntarse ¿ Dicho traslado de dominio debe entenderse sin limitaciones, es decir la propiedad que adquiere el fiduciario es plena ?

Es esta una cuestión sobre la que la doctrina no unifica aún criterios, una buena parte de los autores considera que la propiedad de un bien cualquiera, una vez que se transmite debe hacerse plenamente ya que no cabría hablar de una propiedad que no gozará de esa plenitud, así la propiedad que por el fideicomiso se transmitiera, deberá considerarse absoluta, repugnando a la lógica jurídica la concepción de una propiedad limitada, considerando que lo más que podría llegarse a aceptar es que en virtud del fideicomiso se crea una " modalidad " del derecho de propiedad.

Por otro lado, existe otro sector de la doctrina que consideran que, dadas las características que reviste el fideicomiso ese traslado de dominio que se opera no puede ser pleno. En lo personal nos adherimos a esta última postura, pues creemos que la propiedad, o la titularidad tratándose de derechos, que adquiere el fiduciario dista mucho de ser plena, en -

tre otras, por las siguientes razones :

\_\_\_ El patrimonio fideicomitado en ningún momento acrecenta el patrimonio del fiduciario, ni responde de las obligaciones de éste, incluso para efectos contables se haya separado.

\_\_\_ Los actos ejecutados por el fiduciario con el patrimonio en fideicomiso son realizados exclusivamente para el logro de la finalidad cuya obtención se busca con la constitución del fideicomiso.

\_\_\_ Los derechos del fiduciario están en función directa de sus obligaciones.

\_\_\_ El fideicomitente, con autorización de la ley, está en la posibilidad de reservarse derechos respecto del patrimonio afectado.

\_\_\_ El fiduciario es dueño solo temporal

\_\_\_ El fiduciario no tiene un interés económico directo en el patrimonio afectado.

\_\_\_ El fiduciario no puede usar, disfrutar, ni disponer libremente del patrimonio; derechos éstos que caracterizan tradicionalmente a la propiedad, limitados solo excepcionalmente.

\_\_\_ Existe la posibilidad del fideicomitente y del fideicomisario de impugnar los actos del fiduciario en virtud de éste último haber abusado de la titularidad que tenía sobre el patrimonio; en realidad el simple hecho de decir que se abusó de la propiedad lleva implícita una limitación pues quien es propietario pleno no abusa.

Todo lo anterior nos hace reflexionar que no se puede dar la categoría de plena a una propiedad que es adquirida con tantas limitaciones, es evidente que se trata de una propiedad limitada, una propiedad restringida que carece de varias de las características principales que distinguen al propietario pleno.

El Dr. Rodríguez y Rodríguez, al respecto nos dice : "... el fideicomiso en cuanto negocio jurídico indirecto y fiduciario crea una nueva estructura en el derecho de propiedad "(72); adelante agrega :

" Este dominio tienes caracteres especiales. En efecto, el fiduciario no tiene el libre uso, disfrute y dominio de los bienes, pues estas facultades dominicales tienen las siguientes limitaciones :

1).- Todas ellas se ejercen en función del fin a realizar, no en interés del fiduciario (Art. 346 y 351, párrafo 2o.).

2).- El beneficio económico del fideicomiso recae sobre el fideicomisario ( Art. 348, Párrafo 1o. ).

3).- El fideicomisario puede impugnar los actos del fiduciario que salgan de los límites funcionales de establecimiento.

4).- Extinguido el fideicomiso los bienes deben volver al fideicomitente (Art. 358), con excepción de los fideicomisos constituidos en favor de personas de orden público ( corporaciones de derechos público ) -- instituciones de beneficencia o culturales. (73)

El Lic. Krieguer Vázquez afirma :

"Los bienes fideicomitidos están sujetos a un régimen especial, incompatible con el de propiedad plena, en virtud de su destinación a un fin específico, excluyente de cualquier otro. Esa destinación especial trae aparejada la consecuencia de que respecto de esos bienes sólo pueden ejercitarse los derechos y acciones que al fin específico se refieren, quedando excluida la posibilidad que se ejerciten otros derechos o acciones ". (74)

Por otro lado, el derecho real de propiedad es válido "erga omnes" -

y en la noción " válido ante todo el mundo " se debía incluir tanto al fi deicomitente como al fideicomisario, sin embargo esto no ocurre ya que -- estos últimos conservan derechos personales contra el fiduciario por lo - que la validez " erga omnes " en la propiedad derivada de un fideicomiso - es contra todos, excepto contra las demás partes de la relación jurídica, - sería similar de la que nos habla Luis Muñoz cuando nos dice : "De propie- dad relativamente eficaz suele hablarse en el sentido de que el fiducia - rio es propietario frente a todos, menos en relación con el fiducian ---- te ". (75)

Esta exclusión que se hace a la regla, cuando de fideicomitente y fi deicomisario se trata, nos lleva a la conclusión de que lo que en realidad ocurre en el fideicomiso es que la transmisión de la propiedad del patri- monio fideicomitado, sí opera a favor del fiduciario constituyéndose por- tanto un derecho real a favor de éste, que incluso se encuentra inscrito- en el Registro Público de la Propiedad; ese derecho, sin embargo, no ten- drá los efectos que comúnmente tiene la transmisión de propiedad, pues -- tratándose del fideicomiso estarán limitados, dicha limitación la consti- tuirán los derechos personales que se hayan reservado, bien el fideicomi- tente, bien el fideicomisario o ambos; es decir la propiedad que adquiere el Fiduciario en virtud de un fideicomiso es un derecho real limitado por derechos personales, estos últimos reconocidos por la ley, a diferencia -- del negocio fiduciario.

En ese orden de ideas, aceptamos la existencia de la "propiedad fidu- ciaria" pero no como la concibe Acosta Romero quien la atribuye al fidei-

72.- Op. Cit. Pag. 123

73.- Op. Cit. Pag. 121

74.- Op. Cit. Pag. 78

75.- Muñoz, Luis El Fideicomiso, Cárdenas Editor y Distribuidor, México - 1980, Pag. 152.

comitente o al fideicomisario, ni como la concibe el Maestro Remo Frances chelli, ni menos aún como quiere el Lic. Krieger Vázquez con su vago --- término de " situación fiduciaria " no nos conformamos tampoco, como lo - hace el Lic. Vázquez Arminio, con considerar que los cambios efectuados - en el derecho de propiedad en virtud del fideicomiso constituyan simples- " modalidades ".

A nuestro juicio, es necesario proceder como se ha hecho en otros paí- ses, como Colombia ( Art. 794 Código Civil y 1233, 1234 Código de Comer - cio ) y Guatemala ( Capítulo IV Título II Libro V del Código Civil ) los- cuales han decidido adoptar legislativamente el término " propiedad fidu- ciaria " con el objeto de incorporar y manejar sin vacilaciones las con - secuencias jurídicas que el fideicomiso trae consigo.

De hecho desde el siglo pasado se había venido contemplando la posi- bilidad de esa incorporación, siendo el holandés Adrian Floris Van Hall - quien primero la propuso ( " Trust J. H. de Bussy, Amsterdam, 1896 ), tam- bién el Dr. Alfaro, inspirado en el Código Civil Chileno proyectado por - Don Andrés Bello, proponía la reforma al Código Civil. ( Adaptación del - " Trust " del Derecho Anglosajón al Derecho Civil. Academia Interamerica- na de Derecho Comparado e Internacional. Cursos Monográficos, Volúmen I - Pag. 9, La Habana, 1948 ).

En México esta posición ha sido seguida principalmente por el Lic. - Batiza quien en diversos trabajos insiste en la idea de reformar la legis- lación civil, postura con la que coincidimos, por su parte el Dr. Luis -- Muños dice "... entendemos que el legislador ha creado un nuevo derecho -- real: la propiedad fiduciaria, necesario en la realidad socioeconómica me- xicana " (76) también el Dr. -----



Rodríguez y Rodríguez utiliza una terminología con la que denota la implícita adhesión a la idea, nos dice : " ... el fiduciario es dueño del patrimonio dado en fideicomiso, pero dueño fiduciario, dueño en función del fin que debe cumplir, dueño normalmente temporal, y finalmente, dueño sólo en la medida en que precisa serlo para cumplir el fin del fideicomiso ". (77)

La Suprema Corte de Justicia también consignó en la ejecutoria que obra a fojas 139 del tomo CXX del Semanario Judicial de la Federación :

" Este es uno de los casos en que nuestro antiguo derecho civil ha sufrido las modificaciones resultantes de la adopción de una institución angloamericana como lo es el fideicomiso. El fideicomitente que consigna en fideicomiso para su venta un bien, crea una propiedad fiduciaria muy distinta a la romana del jus utendi, fruendi, et abutendi ".

Esta propuesta, sin embargo, tiene buen número de detractores, así por ejemplo, el mismo Lic. Batiza cita los comentarios que hacen los tratadistas Planiol y Ripert, quienes dicen : " Ha sido muy discutida en legislación la posibilidad de crear derechos reales distintos de los que el Código Civil enumera o de modificar la fisonomía de los que existen", pero agregan que, sin embargo, tal posibilidad se admite por los autores y por la jurisprudencia ". En efecto, dicen estos tratadistas, ningún precepto --- prohíbe formalmente la creación de derechos reales nuevos, o la modificación de los derechos reales establecidos. El art. 543 del Código Civil es simplemente enunciativo y su enumeración es además incompleta. Debe por tanto respetarse la libertad de contratación siempre que no vulnere una disposición de orden público, como sucedería si se tratará de resucitar -

los antiguos derechos feudales . Empero, la creación de nuevos derechos reales por voluntad de las partes, observan estos autores, tropieza con obstáculos jurídicos que la hacen sumamente rara en la práctica ".

" Primero porque el derecho real así creado debe tener como contrapartida la obligación " erga omnes ", de respetar la situación del titular, y esa obligación pasiva no puede resultar de la voluntad del acreedor, sino que debe existir con anterioridad a la creación del derecho. Además, la creación del derecho real no sería eficaz contra terceros, de no cumplirse ciertas formalidades de publicidad, que a su vez deben referirse a derechos y actos de antemano previstos por la ley, y de aquí surge otra dificultad para crear derechos reales nuevos que puedan invocarse en perjuicio de terceros ". (78)

Por su parte el Dr. Roberto Molina Pasquel afirma : " La legislación mercantil de operaciones de crédito, tanto la vigente como la proyectada no ha requerido, ni a nuestro juicio, requiere , reformas y adiciones a la legislación común, al Código Civil. Contra lo que piensan autores nacionales, creemos nosotros firmemente que la propiedad fiduciaria no debiera ser instituida en el Código Civil, por lo menos en la etapa que vive México ". (79)

Obsérvese como este autor, no obstante oponerse a la modificación legislativa acepta implícitamente el termino "propiedad fiduciaria".

Es pues, la " propiedad fiduciaria ", según nosotros, aquella que resulta de la constitución de un fideicomiso, propiedad que se haya desprovista de interés económico para su titular, y cuya extinción esta sujeta

78.- Batiza R., Una Nueva Estructura del Fideicomiso en México, Estudios Sobre fideicomiso, Pag. 147

ta a la verificación de una condición o del simple transcurso del tiempo, pues es siempre temporal, y la cual tiene como contrapartida los derechos personales que el mismo fideicomiso confiere a las demás partes de la relación jurídica.

En efecto, a diferencia de la propiedad gravada, la propiedad fiduciaria se encuentra limitada por derechos personales; en la propiedad gravada, son derechos reales los que limitan a otro derecho real, a saber -- la propiedad; aunque en realidad tanto la hipoteca como la prenda tienen su origen en un derecho personal, es decir, en una prestación insoluta, que se transmuta de derecho personal a real, creando así el gravamen sobre la propiedad y logrando con ello una mejor garantía de cumplimiento, pues a los derechos personales no se les ha considerado con el suficiente poder jurídico para mantener a una propiedad en lo particular limitada.

La creación de este nuevo derecho real, la propiedad fiduciaria, debe ser la regla cuando el patrimonio fideicomitado sea la propiedad de un inmueble, pero no podemos hablar de dicha propiedad fiduciaria cuando lo que se está transmitiendo en fideicomiso es la titularidad de un derecho personal, pues de aceptar la propiedad fiduciaria en esos casos, caeríamos en la incongruencia de tratar de imponer derechos reales sobre derechos personales, lo cual obviamente sería erróneo; sin embargo la esencia de la cuestión continúa siendo la misma: las limitaciones con que se encuentra el fiduciario respecto del patrimonio fideicomitado originadas -- por las características de la institución y los derechos personales que se hayan reservado fideicomitente y fideicomisario. Se trata pues, de derechos personales los que le fueron transmitidos al fiduciario, cuya titu

laridad se haya limitada por derechos personales que a su vez se hayan reservado fideicomitente y fideicomisario; dado que el término "propiedad" se considera propio utilizarlo cuando se trate de bienes materiales, y el término "titularidad cuando se trate de derechos, habremos de concluir -- que en estos casos se crea una "titularidad fiduciaria", que, salvo alguna diferencia, participa en esencia de las mismas características de la "propiedad fiduciaria".

Pasemos ahora al siguiente punto relativo a la determinación de la naturaleza jurídica, es decir, la naturaleza del acto en sí.

Al respecto han habido diversas teorías que han tratado de explicar este aspecto del fideicomiso, sin embargo aquellas que mayor número de adeptos han tenido son dos :

- 1) La que explica al fideicomiso como acto unilateral.
- 2) La que explica al fideicomiso como acto contractual.

Veamos a muy grandes rasgos la primera teoría :

El fideicomiso, dice esta postura, existe gracias a la voluntad del fideicomitente quien ha decidido desincorporar de su peculio una parte del mismo a fin de convertir a éste en un patrimonio de afectación y atribuirle al mismo un especial trato jurídico; las voluntades del fiduciario así como la del Fideicomisario no serán necesarias para la validez del acto y cuando llegue el momento de ser expresadas, se tratará también, de declaraciones unilaterales de voluntad, sin que se pueda considerar que se llegó a formar un contrato. Así pues, el fideicomiso es resultado de la declaración unilateral de voluntad del fideicomitente, única voluntad necesaria y suficiente para tener por válido a un fideicomiso.

Veamos la opinión de los autores :

El Lic. Emilio Krieger Vázquez es decidido apoyador de esta concep --

ción, afirma :

" Según algunos autores para la creación del fideicomiso, basta la sola declaración de voluntad de un sujeto capaz y con facultades para -- decidir la afectación de los bienes fideicomitidos a un fin determinado -- y para encomendar a una Institución fiduciaria el cometido de llevar a -- efecto esa afectación patrimonial. El contenido de la declaración de vo -- luntad del fideicomitente es doble: por una parte, constituye un régimen -- especial respecto de un bien o un conjunto de bienes y, por otra parte, -- decide que sea una fiduciaria quien se encargue de poner en ejecución -- ese régimen especial respecto de un bien o un conjunto de bienes. Puede -- el fideicomitente no designar una institución fiduciaria concreta. Basta -- rá con la declaración unilateral de voluntad relativa al destino especffi -- co de bienes determinados y la expresión de voluntad de que la tarea la -- realice una institución fiduciaria para que el fideicomiso sea existente -- y válido ".

" El artículo 352 de la Ley General General de Títulos y Operaciones de Crédito establece que " el fideicomiso puede ser constituido por acto -- entrevivos o por testamento ".

" Como el testamento es, indiscutiblemente, un acto unilateral y per -- salísimo, en el que no puede participar más que el testador y nadie mas -- que él, queda fuera de duda que el fideicomiso puede ser constituido me -- diante un negocio unilateral ".

Adelante agrega: " Si atendemos al contenido de la voluntad del fi -- deicomitente y de la institución fiduciaria, parece difícil encontrar el -- consentimiento, es decir la coincidencia de una voluntad sobre un objeto -- común ".

" El fideicomitente, si decide elegir por sí mismo a la institución, puede hacerlo, aunque puede también abstenerse de nombrarla, en cuyo caso la designación corresponderá al o a los fideicomisarios o, en su defecto, a un Juez. El contenido de la declaración del fideicomitente es, como ya -- se dijo, doble : afectar bienes a un fin lícito determinado y decidir que se encargue de ejecutar esa decisión una institución fiduciaria. En la -- primera parte, en la afectación patrimonial, no tiene ingerencia la institución fiduciaria. Solo podía tenerla en la segunda : en la encomienda ".

" Pero la mejor prueba de que la designación y la aceptación no llegan a fusionarse en un solo negocio bilateral es que la designación es -- válida aunque no acepte la institución, y la aceptación de ésta es condición para la eficacia, pero no para la validez de la designación ".

" Esta situación no podría darse si la falta de aceptación de la fiduciaria provocara la inexistencia del fideicomiso por la falta del su--- puesto " consentimiento " generado por el binomio designación-aceptación ".

" Por otra parte si la designación de la institución y la aceptación del cargo hecha por esta constituyeran un negocio bilateral del tipo con---tractual, esa misma naturaleza correspondería al nombramiento que hiciera el fideicomisario y la aceptación del fiduciario y lo que es absurdo e --- inadmisibles, la designación hecha por un Juez y la aceptación de la Institución nombrada constituirían una relación contractual ". (80)

Por su parte el maestro Cervantes Ahumada también comparte este criterio, nos dice : " El acto constitutivo del fideicomiso es siempre una declaración unilateral de voluntad. La Ley dice que puede constituirse "por acto intervivos o por testamento" ( Art. 352) con tal de que conste siempre por escrito y se ajuste " a los términos de la legislación común sobre la transmisión de los derechos o la transmisión de propiedad de las cosas que

se den en fideicomiso ". Puede ser que el fideicomiso se contenga dentro de un contrato; pero no será el acuerdo de voluntades lo que constituya al fideicomiso, sino que este se constituirá por la voluntad del fideicomitente. Por ejemplo: en un contrato de préstamo se pacta, como garantía, un fideicomiso. El antecedente de la constitución será el pacto entre --- prestamistas y prestatario, pero el fideicomiso se constituirá, por la -- declaración de voluntad del prestatario ". (81)

Cuando se refiere este autor al fideicomitente, expresa: " El fideicomitente, es la persona que por declaración unilateral de voluntad constituye un fideicomiso ". (82)

El Lic. Villagordoa afirma :

" Antes de seguir adelante en el estudio de los elementos del fideicomiso, es oportuno hacer notar, que el único elemento personal indispensable para la constitución del fideicomiso es el fideicomitente. pues en ese acto puede no concurrir el fiduciario y el fideicomisario "

" En esta forma queda establecida una expectativa, una promesa que hace el fideicomitente y que no se perfeccionará hasta que el fiduciario acepta el fideicomiso, pues en este acto ocurre la transmisión del patrimonio del fideicomitente al del fideicomiso, de los bienes y derechos que constituyan su materia "

" Este caso se encuentra previsto en los artículos 347 y 350 párrafo segundo de la L.G.T.O.C. ; en el último precepto legal invocado se dan -- las bases para designar al fiduciario, en aquellos casos en que se omita dicha designación en el acto constitutivo ". (83)

En otro lugar de su obra agrega :

80.- Op. Cit. Pags. 29, 30

81.- Op. Cit. Pag. 305

" ... el fideicomitente es el elemento esencial para que pueda constituirse un fideicomiso ya que éste puede existir sin que esten determinados desde el momento de su celebración el fiduciario y el fideicomisario!"

" El fideicomitente, por lo tanto es el elemento personal indispensable para la celebración del fideicomiso, ya que su actividad se concreta en la forma siguiente :

a) Constituye el fideicomiso

... d) Designa al fiduciario y al fideicomisario..."(84)

Incluso en los tribunales ha tenido acogida esta postura; en el amparo directo 398/1974 promovido por Evangelina Escárcega de Cañedo, ante el Segundo Tribunal Colegiado en Materia Civil del Primer Circuito se estableció :

" En términos de las diversas disposiciones contenidas en el Capítulo Quinto de la Ley General de Títulos y Operaciones de Crédito, debe decirse que el fideicomiso es un acto unilateral de voluntad por medio del cual el fideicomitente constituye un patrimonio autónomo cuya titularidad la transmite al fiduciario para la realización de un fin determinado ..."

Pasemos ahora a la segunda teoría es decir aquella que considera al fideicomiso como un contrato.

El Fideicomiso, dice esta tesis, debe ser, y ha sido considerado como un contrato en virtud de que la aceptación de la fiduciaria para el desempeño del fideicomiso es elemento indispensable del mismo, dicha aceptación supone un acuerdo de voluntades, acuerdo que supone a su vez la --

82.- Op. Cit. Pag. 308

83.- Op. Cit. 187

84.- Op. Cit. 196



existencia de un contrato, luego entonces, el fideicomiso no puede tener otra naturaleza que no sea la contractual.

Partícipes de esta postura son, entre otros autores Rodolfo Batiza, Miguel Acosta Romero, Rodrigo Vázquez Aminio, Barrera Graf, Lizardi Albarrán, veamos algunas opiniones :

Nos dice el Lic. Batiza : "La naturaleza contractual del fideicomiso mexicano, incluso su categoría específica dentro del género como un contrato bilateral, sinalagmático perfecto, se confirma todavía más por la existencia de la condición resolutoria tácita según la cual, conforme al Art. 1949 del Código Civil; "La facultad de resolver las obligaciones se entiende implícita en las recíprocas, para el caso de que uno de los obligados no cumpliera la que le incumbe. El perjudicado podrá escoger entre exigir el cumplimiento o la resolución de la obligación, con el resarcimiento de daños y perjuicios en ambos casos. También podrá pedir la resolución aún después de haber optado por el cumplimiento, cuando éste resultare imposible . Idéntico principio sustenta Ruggiero cuando expresa que la consecuencia fundamental que deriva de este criterio es que sólo en los contratos bilaterales opera la condición resolutoria tácita por virtud de la cual si uno de los contratantes falta a su propia obligación, puede el otro pedir la resolución del contrato o el constreñimiento a su cumplimiento. " La exceptio non adimpleti contractus," que da derecho a cada contratante, a rehusar su propia prestación si el otro la reclama sin haber cumplido la suya - agrega este tratadista - sólo es aplicable a esta clase de contratos ". Agrega Batiza : " Nuestra reglamentación positiva consagra esos derechos recíprocos, con lo cual se confirma la posición que sostenemos.

En efecto, según el Art. 138 de la Ley Bancaria, si la institución -

fiduciaria no rinde las cuentas de su gestión al ser requerida, o si es judicialmente declarada culpable de las pérdidas o del menoscabo que sufran los bienes fideicomitidos, el fideicomisario, sus representantes legales, o el fideicomitente si se reservó tal derecho, podrán pedir su renoción, sin perjuicio de la opción que les concede el Art. 355 de la Ley sustantiva para exigir al fiduciario el cumplimiento del fideicomiso. A su vez conforme al Art. 137 incisos B) Y C) de la Ley Bancaria, el fiduciario puede renunciar al desempeño de su cargo si el fideicomitente, sus causahabientes, o el fideicomisario, se niegan a pagar las compensaciones estipuladas a su favor, o si los bienes dados en fideicomiso no rinden productos suficientes para cubrirlas. El legislador mismo, en realidad, reconoció indirectamente la naturaleza contractual del fideicomiso, ya que al referirse en la Exposición de Motivos de la ley a las operaciones de crédito, dentro de las cuales está reglamentada la institución, se señala que no es solo 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 de que, aludiendo al fideicomiso expreso, afirma que puede servir a propósitos que no se lograrían sin él por el mero juego de otras instrucciones jurídicas o que exigirían una complicación extraordinaria en la " contratación ".<sup>(85)</sup>

El maestro Acosta Romero también profundiza en el tema, veamos a grandes rasgos su opinión :

" Consideramos que el fideicomiso es un contrato y enseguida vamos a dar los razonamientos en que se basa esta afirmación ".

" Desde luego, el fideicomiso puede encuadrarse como un acto jurídico, ya que es la expresión de voluntad de dos o más personas para crear,-

transmitir, reconocer, declarar, modificar o extinguir, derechos y obligaciones ".

" Ahora bien, dentro de las especies de actos jurídicos, nuestro Código Civil Federal, en sus artículos 1792 y 1793, define el convenio como el acuerdo de dos o más personas para crear, transferir, modificar o extinguir obligaciones y, añade, los convenios que producen o transfieren obligaciones o derechos toman el nombre de contratos ".

" Para calificar el fideicomiso mexicano como contrato nos basamos en que es una relación jurídica entre dos o más personas, puesto que siempre debe haber un fideicomitente y una institución fiduciaria; esa relación establece derechos y obligaciones entre dos partes y, por lo tanto, no puede concebirse como una manifestación unilateral de voluntad ".

Agrega: " Si se reconoce que el fideicomiso implica una relación jurídica entre dos o más personas, que crea establece, transmite y declara derechos y obligaciones entre partes es de concluirse que tiene todas las características atribuidas por el Código Civil bien sea el convenio, bien sea el contrato ".

" Nos inclinamos a pensar que se trata de contrato, en virtud de que crea, declara y transmite derechos y obligaciones.

Es más, en el uso bancario normal, en la experiencia mexicana, ya lo hemos afirmado, se utiliza el término contrato de fideicomiso y en algunas ocasiones se usa la palabra convenios..."

" Estimamos que el uso bancario es generador de principios de derecho complementarios de la ley, cuando existe alguna laguna y en el caso, dicho uso generado el principio de que el fideicomiso es un contrato, ya que la L.G.T.O.C. no señala que tipo de acto es, y por lo que se refiere al uso bancario es aplicable el principio establecido en el artículo 2a.- Fracción III de la L.G.T.O.C. de lo que pudieramos calificar -----

como uso interpretativo en el sentido de que el fideicomiso es un contrato ".

" De donde se concluye que el legislador está reconociendo que el fideicomiso es un contrato ".

" Otra práctica administrativo-legal que viene a abundar en favor -- del criterio de que el fideicomiso es un contrato, es el hecho de que -- todos los fideicomisos del gobierno federal son establecidos mediante contrato, no obstante que su creación se ordena bien sea por acuerdos presidenciales, bien por leyes, en cuyos casos, en ambos supuestos son actos - unilaterales de gobierno y por sí mismos no crean los fideicomisos.

" Creemos que ha quedado plenamente confirmada la tesis que hemos venido sosteniendo, al definir formalmente el gobierno federal, en diversas disposiciones de carácter general y en leyes, el fideicomiso como un contrato ".

" En efecto, en el decreto por el que se establecen bases para la -- constitución, incremento, modificación, organización funcionamiento y extinción de los fideicomisos establecidos o que establezca el Gobierno Federal, publicado en el Diario Oficial de la Federación del 27 de febrero de 1979, habla tanto en su considerando, como en su articulado, de que el fideicomiso es un contrato y aquí no puede decir la doctrina que se trata de disposiciones relativas a otras cuestiones, y que incidentalmente se - define el fideicomiso pues todo el decreto que mencionamos se refiere a - la materia de fideicomiso del Gobierno Federal ".

" La C.N.B. y S. también reconoce al fideicomiso el carácter de contrato en las siguientes circulares: Número 362 del 9 de Junio de 1951, 480 de 25 de Julio de 1957, oficio circular 11961749 de 4 de abril de 1970, - oficio circular número 1441-751 de 24 de abril de 1970, circular -----

como uso interpretativo en el sentido de que el fideicomiso es un contrato ".

" De donde se concluye que el legislador está reconociendo que el fideicomiso es un contrato ".

" Otra práctica administrativo-legal que viene a abundar en favor -- del criterio de que el fideicomiso es un contrato, es el hecho de que -- todos los fideicomisos del gobierno federal son establecidos mediante contrato, no obstante que su creación se ordena bien sea por acuerdos presidenciales, bien por leyes, en cuyos casos, en ambos supuestos son actos - unilaterales de gobierno y por sí mismos no crean los fideicomisos.

" Creemos que ha quedado plenamente confirmada la tesis que hemos venido sosteniendo, al definir formalmente el gobierno federal, en diversas disposiciones de carácter general y en leyes, el fideicomiso como un contrato ".

" En efecto, en el decreto por el que se establecen bases para la -- constitución, incremento, modificación, organización funcionamiento y extinción de los fideicomisos establecidos o que establezca el Gobierno Federal, publicado en el Diario Oficial de la Federación del 27 de febrero de 1979, habla tanto en su considerando, como en su articulado, de que el fideicomiso es un contrato y aquí no puede decir la doctrina que se trata de disposiciones relativas a otras cuestiones, y que incidentalmente se - define el fideicomiso pues todo el decreto que mencionamos se refiere a - la materia de fideicomiso del Gobierno Federal ".

" La C.N.B. y S. también reconoce al fideicomiso el carácter de contrato en las siguientes circulares: Número 362 del 9 de Junio de 1951, 480 de 25 de Julio de 1957, oficio circular 11961749 de 4 de abril de 1970, - oficio circular número 1441-751 de 24 de abril de 1970, circular -----

número 711 de 10 de Junio de 1976.

" La H. Suprema Corte de Justicia de la Nación en diversas ejecutorias también ha reconocido la naturaleza del fideicomiso como contrato, pueden citarse los siguientes precedentes. Del Semanario Judicial de la Federación; Tomo CVIII, página 1328, Sosa García Efraín, Tomo CXIX, página 119 del 17 de Febrero de 1954, Esparza de Sánchez Leonor, también de la - Pag. 1183 ".

" A nuestro modo de ver - dice este autor - todo el conjunto de razonamientos y disposiciones que se han expuesto y comentado en este capítulo, nos llevan a la conclusión clara de que el fideicomiso en México es un contrato ".

" Si ese contrato es bilateral o plurilateral, si además tiene la --- característica (discutible) de que es una operación de crédito o un contrato bancario con sus efectos, son cuestiones que de ninguna manera, en nuestra opinión afectan su naturaleza de contrato ".

" El contrato de fideicomiso no es un contrato tipo ni uniforme, ni tampoco inmutable, es por ello que da origen a que la doctrina divague - al tratar de precisarlo, puesto que es tan amplio y puede abarcar tantas - posibilidades que además entraña una serie de actos de administración, de dominio, de pleitos y cobranzas que debe desempeñar el fiduciario, pues - no siempre el contrato de fideicomiso es simple, sino que a veces - su complejidad es mucha por la característica de su gran flexibilidad, - por ello hay que entenderlo como uno de los pocos contratos que todavía - se redactan y se discuten entre las partes y cuya gama de posibilidades - para establecer derechos y obligaciones es enorme ". (86)

Estas son, a grandes rasgos, las dos corrientes en que se divide la doctrina mexicana en relación con la naturaleza del acto jurídico que es el fideicomiso ¿ a cuál de las dos asiste la razón ? sería en extremo difícil dar una respuesta contundente en favor de una o de otra, en lo personal pensamos que adherirnos a alguna excluyendo del todo a la otra no sería correcto; en efecto, para ser sinceros hemos de reconocer que, por extrañeza que parezca, a ambas les cabe, hasta cierto punto la razón; veamos: La declaración unilateral de voluntad del fideicomitente, es, cuando menos en México, suficiente para dar validez a un fideicomiso que éste haya tenido a bien constituir, esta conclusión se desprende de la redacción de los preceptos de la ley sustantiva la cual permite, como más adelante veremos con más detenimiento, la constitución de un fideicomiso, en el cual sólo existen, como elementos indispensables para la legal existencia del acto: la voluntad del sujeto de derecho con la capacidad suficiente para crear el acto, es decir la voluntad del fideicomitente, a quien con frecuencia la doctrina llama " el autor del fideicomiso ", y, por otro lado bienes o derechos que constituyan materia de la afectación que para ellos se ha previsto.

El simple hecho de que la ley permita la constitución de un fideicomiso a través de un testamento, acto personalísimo y muy alejado de la noción de contrato, nos prueba que dicha creación unilateral es factible.

En realidad si nos atuviéramos al texto literal de la ley no habría lugar a dudas; el fideicomiso es perfectamente posible y lógico constituirlo a través de la voluntad unilateral del fideicomitente.

Nos dice el Dr. Lepaulle respecto al tema relativo a la constitución del Trust: " No es necesario un acuerdo de voluntades; la voluntad unilateral del " settlor " es suficiente. Esto es normal, tratándose de " Trust " -

lógico respecto de los demás. Se concibe perfectamente, en efecto, porque, si A transfiere sus bienes a B, ambos deban estar de acuerdo; pero si A hace salir ciertos bienes de su patrimonio para afectarlos a un objetivo general, no se ve porqué y cómo una segunda voluntad habría, por así decirlo, casarse, con la suya para engendrar efectos jurídicos !

En este caso no hay razón alguna, ni teórica ni práctica para exigir un acuerdo de voluntades. Pero ¿ ocurriría otro tanto en los casos en que el " cestui " es un sujeto de derecho ? La cuestión es más delicada, pero la respuesta afirmativa también se impone ". (87)

Por otro lado, la teoría contractual también tiene buenos argumentos para considerar que le asiste la razón; en efecto, considerar al fideicomiso como un contrato no es del todo desacertado, el Código Civil nos marca: " Art. 1792.- Convenio es el acuerdo de dos o más personas para crear, --- transferir, modificar o extinguir obligaciones ".

Art. 1793.- Los convenios que producen o transfieren obligaciones y derechos reciben el nombre de contratos ".

El fideicomiso es incapaz de lograr los fines para cuya obtención --- fué creado si no existe un sujeto de derecho legitimado para procurar dicho logro, ese sujeto es, por supuesto, el fiduciario, la ausencia del --- cual frustra la obtención de aquello que se persigue.

La aceptación del cargo del fiduciario por parte de alguna institución autorizada para serlo, automáticamente genera como consecuencia la --- creación a favor del fiduciario de determinados derechos así como también determinadas obligaciones a su cargo, asimismo desde el momento en que el



fiduciario acepta, se generan igualmente derechos y obligaciones a favor y a cargo del fideicomitente; dicha aceptación al crear obligaciones y -- derechos recíprocos, se encuadra dentro del supuesto del Art. 1792 del Có digo Civil antes transcrito y por tanto debe concluirse que la aceptación del fiduciario reviste carácter contractual ( se dice en la doctrina, que se trata de un contrato de adhesión pues en todo caso el fiduciario lo -- que hace es aceptar un acto cuyos términos han sido, en sustancia, determinados por el fideicomitente, no diríamos nosotros sin embargo que se -- trata de dicho acto, aún cuando lo que hace el fiduciario es efectiva- mente adherirse, ya que en los contratos de adhesión hasta que se concu- rre el consentimiento de ambas partes se da vida jurídica al acto, es de- cir, antes no existe nada aún, jurídicamente hablando; en cambio en el fi- deicomiso, cuando el fiduciario se compromete a ejecutar el acto se adhie- re a algo que ya existe, que es precisamente el fideicomiso.) Consideramos que negar el surgimiento de un contrato en virtud de la ejecución de un - fideicomiso es un error, como también consideramos erróneo negar la decla- ración unilateral de voluntad como elemento suficiente para la constitu- ción de un fideicomiso; la presencia, tanto de la declaración unilateral - como del contrato son evidentes, estos dos actos, como elementos básicos - para la vida normal de un fideicomiso han sido reconocidos por algunos au tores, los cuales conciben la posibilidad de que existan fideicomisos --- creados por declaración unilateral de voluntad, y en otras ocasiones fi- deicomisos creados por contrato ( a diferencia de otros tratadistas que - al aceptar una posibilidad automáticamente excluyen a la otra, como si -- estuvieran irreconciliablemente separadas) nos dice el Dr. Roberto Moli- na Pasquel : " Habremos de concluir este capítulo informando que, como -- en la ley vigente, el fideicomiso puede ser constituido mediante declara-

ción de voluntad del fideicomitente, como acto unilateral, o por medio de contrato ". (88)

El Dr. Rodríguez y Rodríguez es de similar sentir, opina :

" El fideicomiso es un negocio jurídico unilateral o plurilateral. La Ley habla de acto constitutivo ( art.350, 355, 356 L. Tit. y Op. G y - 137 L. Inst. G. ), pero ello no significa una solución al problema, sino una expresión legal para no prejuzgar ninguna construcción de la doctrina. Excepcionalmente se habla de contrato de fideicomiso. ( Art. 45, Frac. VII, L. Inst. Cre. ).

" Normalmente, el fideicomiso se presenta como un acto unilateral, cuando el fideicomitente establece su voluntad en un acto intervivos, o en su testamento. En este caso, su declaración es obligatoria inmediatamente para él, puesto que no puede revocar el fideicomiso, si expresamente no se reservo esa facultad ( Art. 357, Frac. VI ) no puede modificarlo, si no es con el consentimiento del fideicomisario (Art.45, Frac. IV, Párrafo 3o. ) y produce efectos frente a terceros por su publicación... "

" Otras veces, el acto constitutivo no tiene la estructura de una declaración, son partes en el sentido auténtico de la palabra en cuanto representan intereses contrarios que se coordinan a través de las declaraciones contrapuestas de voluntad, el fideicomitente y el fiduciario "

" En este caso, hay dos declaraciones de voluntad, que se refieren a un objeto determinado, y hay un motivo o fin que induce a las partes a vincularse en la forma que la ley señala ( Art. 1794 y 1795 C. Civ. D.F) ". (89).

El Lic. Jorge Cervera del Castillo, dice :

" En otros términos, el fideicomiso puede originarse en un acto de -- declaración unilateral de voluntad del fideicomitente, por medio de un -- contrato sinalagmático o por resolución judicial ".<sup>(90)</sup>

Ahora bien, lo que nosotros pensamos ocurre en el fideicomiso es lo siguiente :

En primer término aceptamos la existencia, tanto de la declaración -- unilateral de voluntad como del contrato, pero sin que la presencia de -- uno excluya a la otra, sino que por el contrario, juntas forman una unidad que será la que dé vida al acto y permitirá que éste alcance sus fines. Es decir, en un fideicomiso, según nosotros, concurren, tanto la declaración -- unilateral, como el contrato.

Nos explicaremos, un fideicomiso para cobrar vida jurídica, de los -- único que requiere es de la voluntad que, libre de vicios, haya expresado el fideicomitente, en el sentido de constituir una afectación sobre bie -- nes o derechos sobre los que está legitimado a disponer, la ley así lo -- permite.

Llamémosle a la anterior, la " etapa de constitución ", etapa en la -- que la presencia del fiduciario no es necesaria aún; a partir del perfec -- cionamiento de esta fase el acto es válido, mas no eficaz; esto es, el -- fideicomitente ha decidido separar parte de su patrimonio para atribuir -- a dicho patrimonio separado una distinta situación jurídica que la que re -- girá para el resto de su masa patrimonial. Dichos bienes o derechos pasa -- rán a ser un patrimonio destinado a cumplir con una finalidad deteminada la cual ha sido designada por el fideicomitente, es decir será un patrinom --

89.- Op. Cit. 120

90.- Cervera del Castillo, Jorge., Panorama Actual y Perspectivas del Fi -- deicomiso en México, Ed. por la Asoc. de Banqueros de Méx., Pag. 19

nio de los que el maestro García Maynes denomina "patrimonio adscritos a un fin especial", se convierte, pues, el fideicomitente en titular de su patrimonio general y en titular del patrimonio afectado, ya que éste -- último no ha salido aún de su esfera patrimonial, cabe preguntarse ¿ dicho patrimonio, no obstante no haber sido transmitido aún a nadie, es -- inembargable? En verdad que es ésta una pregunta de no fácil respuesta, -- sin embargo nos inclinamos a pensar que el patrimonio ya no es embargable, en efecto, si hemos de admitir que desde el momento en que la fase constitutiva se perfecciona el fideicomiso ya es válido, esa validez acarrea ciertas consecuencias, entre ellas el considerarlo inembargable; el Derecho nos da ejemplos de casos en los que determinados patrimonios, no obstante no haber salido del patrimonio de su titular no son embargables, -- así por ejemplo tenemos los siguientes :

— Ley General de Instituciones de Seguros Art. 63 . " Las inversiones de las reservas técnicas y de las operaciones a que se refiere la fracción IV del Artículo 34 de esta ley, estarán afectas a las responsabilidades contraídas por la institución por los contratos celebrados y no podrán disponer de ellas, total ni parcialmente sino para cumplir las obligaciones asumidas y las que resulten por virtud de sentencia ejecutoria de los tribunales de la República o por laudo de la Comisión Nacional Bancaria y de Seguros, a favor de los asegurados o beneficiarios, de acuerdo con esta ley.

Por tanto, los bienes en que se efectúen las inversiones a que se -- refiere este artículo son inembargables ".

— El patrimonio de Familia ( Título duodécimo Arts. 723 a 746 del Código Civil ).

— Los derechos de "uso y habitación" ( Art. 1051 del Código Civil ).

— Todos los casos enumerados en el Artículo 544 del Código de Procedimientos Civiles para el Distrito Federal.

El caso que señala el artículo 2175 del Código Civil que dice que cuando por virtud de la acción de nulidad ejercida por el acreedor los bienes vuelven al patrimonio del deudor, dichos bienes solo responderan del crédito de quien haya ejercido la acción, sin que respondan de todas las demas obligaciones.

La situación prevista en los artículos 478,481,484 del Código de Procedimientos Civiles según los cuales después de fijada la cédula hipotecaria sobre el bien hipotecado, dicho bien no podrá ser embargado por otros acreedores, sino que se encontrara sujeto a los que resulte del juicio.

Comprendemos que la primera objeción que se opondría contra esta posición sería en el sentido de que la constitución de un fideicomiso daría lugar a que esta figura se convirtiera en fácil instrumento para defraudar acreedores, sin embargo debe tenerse en cuenta que la misma ley sustantiva nos señala que un fideicomiso constituido con esa intención sería nulo ( Art. 351 ); además en último de los casos, sería posible llegar al mismo supuesto resultado fraudulento aún con la intervención de la fiduciaria desde un primer momento, en realidad bastaría con que el fideicomitente se declarara fideicomisario a sí mismo respecto del mismo negocio; en ese supuesto, la transmisión a favor del fiduciario operaría, la afectación quedaría consumada y el fideicomiso surtiría plenamente sus efectos, convirtiéndose, por supuesto, la materia del mismo en inembargable; Al mismo resultado se llegaría, si el fideicomitente en el acto constitutivo señala que la determinación de los fideicomisarios la reserva para otro momento posterior; el acto ha surtido todos sus efectos, entre otros que-

su materia no sea garantía de acreedores.

La segunda etapa en el fideicomiso la llamaremos la de "ejecución" y la consumación de ésta dará por resultado que el fideicomiso ya no sea -- solamente válido, sino además eficaz.

Esta etapa traerá consigo siempre una relación contractual que es, ni mas ni menos, que la aceptación de la fiduciaria consintiendo en desempeñar el fideicomiso. Como antes señalamos, esta aceptación no puede revestir otro carácter que no sea contractual, y será precisamente en ese momento de la aceptación del fiduciario cuando opere la transmisión a favor -- del mismo, bien de la propiedad de un objeto material, bien la titularidad de un derecho, y solo entonces será cuando el patrimonio materia del acto saldra por completo de la esfera patrimonial del fideicomitente ya -- que antes de esta etapa no había a quien entregarlos, sin que tampoco --- creamos que en ese lapso entre la constitución y la ejecución dicho patrimonio hubiere carecido de titular.

Vemos pues, que la intervención de la fiduciaria es no solo necesaria, sino indispensable para la ejecución del fideicomiso, es decir para su eficacia, mas no para su constitución, es decir para su validez, para ésta es suficiente con la voluntad del fideicomitente.

Si bien es cierto que lo que proponemos no tiene sobradas opiniones doctrinales en que fundamentarse, cuando menos no estamos solos, pues el Dr. Jorge Alfredo Domínguez Martínez comparte nuestro punto de vista en lo que al tema se refiere, nos dice este autor : La constitución del Fideicomiso tiene lugar mediante una declaración unilateral de voluntad y -- el acuerdo de voluntades que es requisito para esta figura es para su ejecución " .<sup>(91)</sup> Adelante explica : " El fideicomiso en su base constitutiva es una declaración unilateral de voluntad, y no sólo, sino además, que-

91.- Op. Cit. Pag. 45

el contrato que se celebra entre fideicomitente y fideicomisario o juez - de primera instancia del lugar por una parte y fiduciaria por la otra, -- tiene por objeto no la constitución del fideicomiso, sino su ejecución ".

" Ciertamente uno es el acto unilateral por el que el fideicomitente destina ciertos bienes a un fin lícito determinado, y otro, distinto, el contrato mediante el cual, aquél encomienda la realización de ese fin a una institución fiduciaria la que acepta ejecutar todos los actos tendientes al logro ( Art. 346 ) ".

" En ese acto unilateral constitutivo del fideicomiso, el fideicomitente puede abstenerse de designar nominalmente fiduciaria; en tal supuesto, el fideicomisario, o en su defecto el juez de primera instancia del lugar de ubicación de los bienes serán quienes la designen, y ésta aceptará en su caso su ejecución sin que intervenga para la constitución del -- acto ( Art. 350 ) ".

" Así se explica que el fideicomiso pueda constituirse por testamento ( Art. 352 ) supuesto en el cual abierta la sucesión del " de cujus " - el albacea deberá contratar con la fiduciaria la ejecución del fideicomiso constituido por aquél; y no solo eso, sino que como acto unilateral, - cesará cuando no haya aceptación de fiduciaria alguna ( Art. 350 ) ".

" Así pues, uno es el acto constitutivo del fideicomiso por el que, - el fideicomitente afecta unilateralmente ciertos bienes a un fin determinado, y otro, que sigue al primero, el contrato por virtud del cual la -- institución fiduciaria se obliga a realizar el fin para el que están afectos dichos bienes a cambio de las compensaciones conforme a la ley ".

" Debemos reconocer, sin embargo, que la afectación de los bienes -- correspondientes a un fin determinado y la solicitud de encomienda por -- parte del fideicomitente , aún cuando ésta última tenga lugar sin -----

dirigirse a una institución fiduciaria en concreto, son actos que se verifican concomitantemente; en consecuencia parece también aceptable que el fideicomiso pueda concebirse como un todo que se encuentra compuesto de una fase constitutiva y otra ejecutiva; la primera como acto jurídico unilateral y la segunda como contrato, esto es, el elemento psicológico del primero lo es la manifestación de voluntad, y el consentimiento del segundo ". (92)

Nos adherimos sin reservas a las anteriores ideas vertidas por este autor; por su parte el Dr. Rodríguez y Rodríguez comenta: " La adhesión del fiduciario a las normas establecidas por el acto constitutivo, y la aceptación del cargo son condiciones jurídicas para la ejecución del fideicomiso, pero no para su perfección jurídica ". (93)

Esta posición, como es de suponerse, tiene detractores, entre ellos el Dr. Miguel Acosta Romero, quien impugna en los siguientes términos : " Aún cuando en las conclusiones ( se refiere a las del Dr. Domínguez --- Martínez ) afirma que el fideicomiso está compuesto de dos diversos negocios, uno, el constitutivo que es una declaración unilateral por la que el fideicomitente manifiesta su voluntad, en el sentido de destinar ciertos bienes a la realización de un fin lícito y determinado; y otro, es este sí un contrato que admite denominársele " de ejecución de fideicomiso ", por el que la fiduciaria se obliga, con quien lo celebra, a llevar a cabo todos los actos tendientes a la realización de ese fin, evidentemente aparece una contradicción, pues es la primera parte de su tesis habida de que es un negocio jurídico, y en la segunda de que son dos, más adelante nos referiremos tanto a la manifestación unilateral de voluntad como al contrato, pero desde ahora, creemos que no podríamos compartir la teoría " del contrato de ejecución del fideicomiso ", pues en -----



principio se estaría creando una nueva categoría de contratos, que serían siguiendo las ideas del Dr. Domínguez Martínez, " los contratos de ejecución ". (94)

Respecto de esta crítica podríamos decir lo siguiente :

1).- En primer término, si bien es cierto que el contrato tiene como finalidad última cumplir o materializar una voluntad en este caso la del fideicomitente, ello no quiere decir, no vemos la razón para ello, que se justifique la creación de una " nueva categoría " de contratos, a saber, los de ejecución.

2).-En todo caso, se podría decir que en estricto sentido todos los contratos serían de ejecución, puesto que todos los contratos son precisamente ejecutivos, es decir van encaminados a actualizar o concretizar, -- voluntades, que aisladamente no alcanzarían sus propósitos, sino que requieren conjugarse de tal manera que fomen una unidad que dé vida a un acto jurídico, dicha unidad es el contrato, el cual va a ejecutar la voluntad de las partes, y cuya ausencia ocasionaría que el elemento subjetivo, esto es la voluntad, no pasará de la mera intención.

3).-En el último de los casos ¿ cuál sería el impedimento para aceptar una nueva categoría de contratos que fueran, a decir de este autor, - los " de ejecución ".

En ese orden de ideas, podemos concluir, que el fideicomiso es - un acto mixto, una figura híbrida, compuesta en un primer momento por una

92.- Op. Cit. Pag. 49 y 55

93.- Op. Cit. Pag. 120

94.- Acosta Romero, Miguel, Naturaleza Jurídica del Fideicomiso, Las Instituciones Fiduciarias y el Fideicomiso en México, Pag. 136

declaración unilateral de voluntad del fideicomitente, y de un segundo momento, que implica la creación de un contrato y que no es sino la expresión de la voluntad del sujeto legitimado para hacer efectiva aquella voluntad del fideicomitente y que es el fiduciario, quien consiente en adherirse a los términos de aquél, los cuales obviamente deberán ser lícitos; el primer momento es independiente del segundo, pero la razón de ser de éste último depende de la existencia del primero, su conjunción forma una unidad, esa unidad da por resultado un fideicomiso eficaz.

Así pues, entendemos por fideicomiso aquella figura jurídica en virtud de la cual un sujeto de derecho llamado fideicomitente, afecta, a través de su declaración unilateral de voluntad, determinados bienes o derechos para la consecución de un fin lícito y determinado, cuyo logro encomienda a una institución fiduciaria, quien a través de un contrato ha consentido a ello.

## CAPITULO III

## ANALISIS DE LA SECCION SEXTA CAPITULO V DE LA LEY GENERAL DE TITULOS Y OPERACIONES DE CREDITO.

En el presente capítulo haremos un brevísimo análisis de la Ley General de Títulos y Operaciones de Crédito, solo por lo que hace al capítulo que se encarga de proveer al fideicomiso. En efecto, esta ley dictada -- a principios de la década de los años treinta, bajo el mandato de Don -- Pascual Ortiz Rubio, es la que se encarga de tipificar a la figura que -- nos ocupa, y por el solo hecho, de ser una ley de carácter mercantil, el fideicomiso es un acto de comercio (Art. 1o. último párrafo L.G.T.O.C.) - en cuanto que se le considera una operación de crédito, no obstante que - no es de la esencia del fideicomiso la función del crédito, a no ser que - se tome dicha palabra en su más amplia acepción como sinónimo de confianza en una persona, pues la confianza es en última instancia la piedra angular del fideicomiso. El carácter de acto de comercio del fideicomiso - queda confirmado por el Artículo 75 fracción XIV del Código de Comercio que nos dice que la Ley reputa actos de comercio... "fracción XIV: Las -- operaciones de bancos"; en la medida en que un fideicomiso solo puede ser ejecutado por una Institución bancaria será una operación de banco y por tanto acto mercantil.

El Artículo 2o. de la ley sustantiva señala la jerarquía de los ordenamientos o usos que le serán aplicables a los actos que prevé, dice el artículo:

"Art. 2o. los actos y operaciones a que se refiere el artículo anterior se rigen:

1).- Por lo dispuesto en esta ley, (lo cual es obvio) en las demás - leyes especiales relativas; en su defecto:

II).- Por la legislación mercantil general (se refiere al Código de Comercio); en su defecto:

III).- Por lo usos bancarios o mercantiles (primero se menciona a los bancarios puesto que éstos derivan de una actividad más especializada que solo puede ser desarrollada por determinadas instituciones, en tratándose del fideicomiso los usos mercantiles generales serán de escasa o nula aplicación, puesto que este acto solo lo pueden desarrollar los bancos.

En lo personal, pensamos que el autorizar a los usos bancarios y -- mercantiles como fuente supletoria del derecho puede acarrear algunos problemas, pues con el pretexto de que el uso es en tal o cual sentido, se podrían llegar a lesionar los legítimos derechos de al--- guien, sobre todo tratándose de una actividad tan especializada como lo es la fiduciaria (¿quién determinará en que sentido son los -- usos bancarios en ese ramo?) y, en defecto de éstos:

IV.- Por el Derecho Común, declarándose aplicable en toda la República, para los fines de esta ley, el Código Civil para el Distrito Federal".

El Código de Comercio por su parte, establece en su artículo 2o.:

" A falta de disposiciones de este código, serán aplicables a los actos de comercio las del derecho común".

Ahora bien, el artículo 75 fracción XIV prevé que las operaciones de bancos son actos mercantiles y por tanto le es aplicable el Código de Comercio, el fideicomiso, por tanto, en cuanto operación bancaria, se supone le es aplicable dicho ordenamiento y lo será también, por supuesto el Art. 2o. de ese Código que prevé como hemos visto, que la fuente supletoria a lo no previsto sea el derecho común; y de ahí deriva un ----

problema: por una parte el Código de Comercio señala al Código Civil como ordenamiento supletorio, por otra parte la L.G.T.O.C. también señala al - Código Civil como ordenamiento supletorio, pero lo deja al último después de poner por encima de él incluso a los usos, cabe pues preguntarse ¿se debe atender, en caso de tener que recurrir al derecho supletorio tratándose de alguna cuestión suscitada con motivo de un fideicomiso, al Código Civil en primer término, o por el contrario en último término?.

Para responder a esta pregunta debemos recordar que existe un principio de derecho que dice que: "la ley especial posterior debe prevalecer sobre la ley general anterior", atento a ese principio debemos concluir -- que dada la especialidad de la L.G.T.O.C. debe ser lo ordenado por ésta -- la que rija en la materia.

Ahora bien, puesto que solo pueden ser fiduciarios los Bancos, y las operaciones que éstos desempeñan son considerados "actos de comercio", y dado que el fideicomiso es previsto por una ley mercantil que considera -- como tales a todas las operaciones que contempla, se puede decir que el -- fideicomiso es un acto de los que la doctrina denomina "absolutamente mercantiles", este sería el criterio formal o legal, no obstante que esa clasificación no la reconoce expresamente ninguna ley; sin embargo no, han -- faltado opiniones en el sentido de que dicha mercantilidad absoluta que -- las normas le atribuyen al fideicomiso no es del todo correcta, pues incluso la misma ley reconoce la existencia de actos que no son absoluta-- mente mercantiles, así el artículo 1050 del Código de Comercio nos dice: "Cuando conforme a los expresados artículos 4o., 75 y 76 de las dos partes que intervienen en un contrato una celebre un acto de comercio y la otra -- un acto meramente civil y ese contrato diese lugar a un litigio, la con-- tienda se seguirá conforme a las prescripciones de este libro, si la parte

que celebre el acto de comercio fuere la demandada. En caso contrario, es to es, cuando la parte demandada sea la que celebra un acto civil, la contienda se seguirá conforme a las reglas del derecho común".

El Lic. Emilio Kreguer Vázquez profundiza en el tema y dice:

"Ahora bien, ¿el fideicomiso es un acto jurídico que puede ser regulado exhaustivamente por una de estas ramas (civil y mercantil) del derecho? En tal caso ¿cuál es la rama y qué clase de acto es? Un argumento - sacado de la ubicación de las normas positivas reguladoras del negocio -- conduce a considerar al fideicomiso como un acto mercantil . En efecto el Capítulo V del Título II de la Ley General de Títulos y Operaciones -- de Crédito, ley mercantil, está consagrado a regular este negocio jurídico. Pero este argumento topográfico de gran ingenuidad, es inaceptable. Existen numerosas instituciones y actos jurídicos regulados por leyes que no corresponden a la rama a la que pertenece el acto. El ejemplo típico y manido es la reparación del daño producido por un delito, institución civil regulada por la ley penal".

"Además, si se examinan pormenorizadamente los preceptos de la ley -- que regulan el fideicomiso se nota que tal regulación es relativa a la situación fiduciaria, a la ejecución del fideicomiso que es una función bancaria impropia, pero no al acto constitutivo, pues a éste solo se refiere para preceptuar que debe constar por escrito, sin entrar a la regulación material directa. Por lo tanto, el argumento topográfico no es aplicable - a este problema y aún siéndolo resulta inaceptable. Pero existe un argumento de más fuerza que precisa considerar con cuidado. Es el argumento - sacado del punto de vista formal o legal, según el cual los actos jurídicos tienen la naturaleza que las normas positivas les atribuyen. Adoptar el criterio de la ley trae la ventaja de una gran precisión conceptual, --

aunque con frecuencia lleva aparejado el peligro de inexactitud desde el punto de vista teórico, es decir, con frecuencia el criterio de la ley es erróneo. Pero en materias en donde un criterio que atiende a la naturaleza de las cosas resulta vago e indeterminado, la posición formalista es el único punto firme de partida".

Agrega el Lic. Krieger: "El artículo 1o. de la Ley General de Títulos y Operaciones de Crédito, dispone en su párrafo final: "Las operaciones de crédito que esta ley reglamenta son actos de comercio". Tenemos una característica norma enunciativa con el contenido imperativo peculiar de tal clase de normas. Luego, dentro de un criterio puramente formal, si se considera el fideicomiso como una operación de crédito, es un acto de comercio. Surge, sin embargo, una primera objeción, dentro de un punto de vista formal. La ley concede a las operaciones de crédito que ella regula naturaleza mercantil. Tal vez el propósito del legislador fué referirse a todos los negocios jurídicos reglamentados en ella, pero sólo mencionó las operaciones de crédito, y en el párrafo precedente a todos los actos sobre títulos de crédito. En consecuencia, se hace necesario preguntar si el fideicomiso es una operación de crédito. Para resolver tal cuestión es indispensable recurrir a la distinción ya señalada entre el fideicomiso como acto constitutivo y el fideicomiso como situación derivada de ese acto. El acto constitutivo unilateral no es por sí mismo una operación de crédito; repugna al sentido común considerar a un testamento en el cual se instituye un fideicomiso para la manutención de los menores hijos del testador, como una operación de crédito. Se entiende por operación de crédito "grosso modo" aquella en cuya virtud se concede un beneficio a cambio de una contraprestación aplazada. Pero si se acepta un amplísimo concepto de las operaciones de crédito, considerando como tales -

aquellas en las cuales interviene un grado considerable de confianza, sí cabe el fideicomiso, en cuanto situación dentro de esta idea de las operaciones de crédito, pues en él el fiduciario goza de la confianza del fideicomitente, quien en atención a esa confianza le encomienda el desempeño de su cargo. Pero el acto constitutivo no supone la intervención de un sujeto acreedor a la confianza del fideicomitente, por lo que ni aún dentro de este amplísimo concepto de operación de crédito encaja el acto constitutivo. El acto constitutivo que ya lo hemos dicho, no está regulado por la Ley General de Títulos y Operaciones de Crédito, queda definitivamente fuera de la norma enunciativa expresada en el primer artículo de esa ley y - por lo tanto, no es válido considerarlo como acto mercantil. Por otro lado, si ocurrimos al artículo 75 del Código de Comercio, veremos que en ninguna de las fracciones puede encajar, ni siquiera en la última, que concede al intérprete un campo tan amplio de aplicación analógica. Ni por el sujeto ni por el objeto ni por la función, ni por conexión cabe estimar al acto constitutivo del fideicomiso considerado en género, como acto mercantil";

Continúa comentando este autor: "En realidad, el acto constitutivo del fideicomiso en abstracto no es ni mercantil, ni civil, ni administrativo; según los sujetos que lo realizan, los objetos sobre los cuales recae o los fines a que se destina podrá ser en unos casos civil, en otros mercantil y administrativo en otros más, así como la compraventa en abstracto no es mercantil ni civil, sino que existen dos categorías, la compraventa civil y la compraventa mercantil, el fideicomiso, es irreductible a una sola categoría, rebasa los límites de cualquier categoría jurídica".

"A cada caso particular le puede ser atribuida naturaleza mercantil, civil o administrativa según los elementos peculiares. Pero vemos el



problema respecto a la situación fiduciaria. Esta sí se encuentra regulada por la Ley General de Títulos y Operaciones de Crédito. Pero ¿es una operación de crédito? para ser congruente con la tesis formalista -- que se viene examinando, ha de contestarse afirmativamente, pues el título segundo de la ley, cuyo capítulo V contiene los preceptos relativos al fideicomiso, tiene como nombre "De las operaciones de Crédito", lo que -- significa que la ley considera como tales a todas las reguladas en ese Título. Puede ser falso el criterio, pero es el que adopta la ley y para -- los efectos de sus disposiciones es el único que debe seguirse... Por -- todo lo dicho, desde el punto de vista formalista, se llega necesariamente a la conclusión de que el fideicomiso como situación u operación, es -- de naturaleza mercantil".

Concluye Krieger: "Al salir del terreno formalista es preciso considerar si la naturaleza mercantil del fideicomiso coincide con la que la -- ley le ha atribuido. Como el dato esencial que sirve para caracterizar -- al acto de comercio, desde el punto de vista de su naturaleza es la intermediación, es necesario observar si en el fideicomiso se da tal rasgo. En mi concepto, la función cumplida por el fiduciario es precisamente intermediar entre el propietario original, fideicomitente, y el beneficiario o fideicomisario, o usando de una expresión objetiva entre la riqueza y su producto, entre los bienes y su disfrute. Además existe un propósito de -- lucro de parte del fiduciario, pues a cambio de una retribución va a desempeñar servicios profesionales. Desde este punto de vista, las instituciones fiduciarias son empresas organizadas para desempeñar ciertos servicios en las quiebras, en la emisión de obligaciones, en los fideicomisos -- etc., intermedian entre el trabajo de sus empleados de toda especie y el -- sujeto o institución a que sirven, buscando un lucro en la intermediación.

Por lo tanto, es una conclusión valedera la que atribuye a la ejecución del fideicomiso naturaleza mercantil y es correcta la calificación hecha por la Ley General de Títulos y Operaciones de Crédito si se entiende referida al proceso de ejecución, más no al acto constitutivo". (1)

El Lic. Batiza comenta sobre el particular, nos dice: "El acto mixto contemplado en la Ley, por la fuerza misma de la naturaleza de las cosas, no tiene por que quedar circunscrito a la dualidad mercantil-civil sino que debiera ampliarse para comprender la mercantil-administrativa, la mercantil-laboral, y quizá otra más".

Adelante agrega; "Hay mucho de verdad en esta aseveración de Rodríguez y Rodríguez: "Puede decirse que todos los actos de comercio son en este sentido (mercantiles para una de las partes, que en ellos intervienen, pero no para la otra), actos mixtos puesto que el seguro, el transporte, la fianza, la compraventa, el contrato editorial, los negocios de librería, las operaciones de banca, etc. etc., se realizan habitualmente entre una empresa y el público, que no ve en ellos sino actos de su vida civil ordinaria". Y agrega este autor "la reglamentación del Fideicomiso entre las operaciones de crédito, lo situó en una rama del derecho ajeno a su naturaleza original dentro del orden jurídico angloamericano - La Ley no establece la categoría de los actos absolutamente mercantiles, que es una elaboración de carácter doctrinario lo que permite que --- surja el acto mixto cuando el fideicomiso es civil o no comercial en razón de su fin. Las dificultades que suscita el sistema consagrado en el artículo 1050 del Código de Comercio hacen aconsejable someter el --- acto mixto, así como a las partes que en él intervengan, a legis

1.- Citado por Rodolfo Batiza, Estudios Sobre Fideicomiso ¿Es el Fideicomiso un acto absolutamente mercantil?, Pág. 165 y siguientes.

lación mercantil substantiva y procesal, sin perjuicio de la calidad suple-  
 toria que corresponde al derecho común frente al comercial (artículo 2o.  
 del Código de Comercio y 2o. fracción IV de la Ley General de Títulos y  
 Operaciones de Crédito") (2)

Independientemente de sus muy personales apreciaciones en cuanto a -  
 naturaleza jurídica, en realidad consideramos que estos autores no están,  
 en relación con el tema, desacertados, pues si bien es cierto que tanto -  
 por lo establecido por el Código de Comercio como la L.G.T.O.C., el fidei-  
 comiso es un acto de comercio; también lo es que no todas las partes que  
 en él intervienen, tienen la intención de celebrar un acto mercantil, por  
 supuesto es muy factible y de hecho con frecuencia se dá, que todos los -  
 que intervienen en un fideicomiso, tengan el carácter de comerciantes, en  
 cuyo caso la naturaleza mercantil del acto queda fuera de toda duda, pe-  
 ro habrá ocasiones, no raras por cierto, en que una ó más de las partes -  
 que intervienen, no serán comerciantes, ni los fines persiguen un afán de  
 lucro, en cuyo caso puede decirse que estamos en presencia de un acto mix-  
 to o unilateralmente mercantil, pues será acto de comercio para el fidu-  
 ciario, no así para los demás.

Algunas legislaciones así lo han admitido V.g. Venezuela Art. 29  
 Ley sobre Fideicomisos G.O. No. 496/65'

Entremos pues al tema que constituye materia de este capítulo:

La ley que nos ocupa desde su exposición de motivos nos habla del -  
 fideicomiso, explicándonos el legislador las razones que lo indujeron a  
 incorporar esta figura en nuestro derecho; en lo relativo dice textualmen-  
 te la exposición: "aún cuando ello ofrece los peligros inherentes a la -  
 2.- Batiza Rodolfo, Estudios sobre Fideicomiso ¿Es el Fideicomiso un acto  
 absolutamente mercantil? Pag. 170 y siguientes.

importación de instituciones jurídicas extrañas, la Ley de Títulos y Operaciones de Crédito reglamenta el fideicomiso, porque ya desde 1926 la Ley General de Instituciones de Crédito los había aceptado, y porque su implantación sólida en México, en los límites que nuestra estructura jurídica general permite, significará de fijo un enriquecimiento del caudal de medios y formas de trabajo de nuestra economía. Corrigiendo los errores o lagunas mas evidentes de la ley de 1926, la nueva ley conserva en principio, el sistema ya establecido de admitir solamente el fideicomiso expreso, circunscribe a ciertas personas la capacidad para actuar como fiduciarias y establece 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, pueden ser cumplidos aquí con notorias ventajas, por el juego normal de otras instituciones jurídicas mejor construidas. 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.

Como podrá observarse, el legislador admite expresamente que la institución que incorpora es una importación de otra institución creada en otro sistema jurídico, se trata evidentemente del trust anglosajón, de modo que, en estricto sentido ya no habría lugar a continuar la polémica en la doctrina sobre los antecedentes históricos de nuestro actual fideicomiso, pues el legislador da la solución.

Por otro lado, de lo dicho en el último párrafo de la exposición antes transcrita, algunos autores han querido tomarlo como fundamento para sostener la naturaleza contractual del fideicomiso, pues consideran que el

legislador así lo estimó, cuando afirma: "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 exigirán una complicación extraordinaria en la contratación"; sin embargo, en nuestra opinión, cuando el legislador alude a la contratación, no se refiere al fideicomiso sino más -- bien alude a la que se tendría que operar en las otras figuras jurídicas.

El redactor del capítulo respectivo en la Ley General de Títulos y Operaciones de Crédito lo fué el Lic. Pablo Macedo, nos dice este autor: "Mi estudio consistió en proponer el articulado de la Ley de Títulos que -- habría de convertirse en el Título II, Capítulo V, "Del fideicomiso", que la Comisión antes señalada me hizo el honor de aceptar en sus términos, - pero del que soy único autor y pleno responsable, especialmente en lo que a defectos puedan advertírsele. En la configuración de las instituciones fiduciarias no tuve intervención alguna. Quedan hechas estas aclaraciones para el recto juicio del lector" (3)

Más adelante el mismo Lic. Macedo agrega: "La adopción tan solo del "Trust" expreso, ha quedado ya explicada, al transcribir las declaraciones de la Secretaría de Hacienda al publicar la Ley de Títulos y Operaciones - de Crédito. Toda la estructura que por ello se dió al fideicomiso mexicano no responde a esas ideas (4). Conviene sólo agregar aquí que hubiese probablemente sido imposible proceder de otro modo por dos poderosísimas razones: la primera, porque los "resulting trust" y los "constructive trust" son fundamentalmente estructuras que descansan en la jurisprudencia anglosajona, fuente de derecho de riqueza desconocidas en nuestro sistema jurí-

3.- Macedo Pablo, El Fideicomiso Mexicano, (estudió introducción del Tratado Teórico y Práctico de los Trust de Pierre Lepauelle) Págs. XXIV y XXV

4.- Se refiere a la exposición de motivos de la Ley.

dico; y, en segundo lugar, porque se estimó como una ambición de proporciones poco sensatas el tratar de importar de golpe y en toda su plenitud el "trust", institución tan peculiar, y prácticamente desconocida en el medio de origen latino en que nos formamos. Nos limitamos pues, a acoger lo que dice Lepaulle al finalizar su artículo sobre la naturaleza del "trust" y a proceder en consecuencia: "Cuando una institución presta tantos servicios y protege tan completamente intereses tan diversos y considerables, es para nosotros un deber estudiarla con comprensión y simpatía y admitir su validez con toda la amplitud que sea posible".

Continúa: "Ya en este terreno pensamos ahora que sería indebido dejar que siguieran flotando dudas sobre los dos puntos siguientes:

1o.- Si fueron las ideas de Lepaulle las que inspiraron y orientaron la redacción del capítulo sobre fideicomiso, en la Ley de Títulos; y 2o.- Si así fué, se ha dicho: "Aunque sin afirmarlo, pues obtuvimos el dato como simple referencia, se dice que los autores de esta ley estudiaron la institución angloamericana que se propusieron reproducir en México, en la obra "La naturaleza del Trust" escrita no por un anglosajón, sino por un publicista francés, Pierre Le Paul (sic); de ser cierto el dato es inexplicable que en vez de recurrir a los auténticos expositores de la institución que se quiso importar en el país y a sus fuentes, o sea a los tratadistas ingleses o norteamericanos y al derecho angloamericano, sólo se haya consultado la exposición hecha por una jurisconsulto francés, que por enterado que se le suponga, ciertamente no puede ser una autoridad en materia de derecho anglosajón como son los juristas angloamericanos, concedores de su propio sistema. Si únicamente se acudió a dicha obra francesa, ello explica porqué la ley elaborada no logró captar la verdadera naturaleza jurídica del Trust o fideicomiso anglosajón que se pretendió recons--

truir dentro de la estructura jurídica mexicana ".

(Oscar Rabasa, " El derecho angloamericano, Estudio expositivo y comparado del "Common Law". Ed. Fondo de Cultura Económica, México, 1944, Pag. -- 452, nota )

Contesta Macedo : " Tomemos estas cuestiones por su orden :

1.- Si fueron las ideas de Lepaulle las que inspiraron y orientaron la redacción de la Ley de Títulos en materia de fideicomiso, pero no solo las contenidas en el artículo de la Revista General de Derecho y Jurisprudencia, lo que también se ha dicho y que se publicó en ánimo de propagar en un público más numeroso dichas ideas, hasta entonces accesibles únicamente a unos cuantos estudiosos, sino también las exposiciones más extensas del " Tratado " que hoy traducido ve la luz y que en aquel entonces llegó a México, pues acabó de imprimirse en diciembre de 1931 y comenzó a circular entre el público a principios de 1932 ".

"2.- No debe por esa razón extrañar que se haya ocurrido a Lepaulle para redactar nuestra ley sobre fideicomiso: pero se recurrió también a los "auténticos expositores de la institución" a los "tratadistas ingleses y norteamericanos" que se pudo consultar; pero fundamentalmente, se pensó en Lepaulle, Doctor de la Universidad de Harvard, estaba mejor colocado como doctorado en derecho francés, para explicarnos tan peculiar institución, por dominar ambos ordenes de conocimientos. No se acudió pues únicamente a dicha obra francesa " y al parecer la ley si ha logrado " captar, la verdadera naturaleza jurídica del trust o fideicomiso anglosajón- que se pretendió reconstruir dentro de la estructura jurídica mexicana " - puesto que desde 1932 vive como institución nuestra y ha crecido y se ha desarrollado, como enseguida lo veremos ". (5)

El Dr. Acosta Romero comenta sobre -----

5.- Op. Cit. Pag. XXXVII y siguientes.

las anteriormente transcritas palabras de Macedo, comentario del cual somos partícipes, dice: "Cabe comentar que el licenciado Macedo no indica - cuales fueron los tratadistas ingleses y norteamericanos que en esa época pudo consultar y creemos que las grandes obras inglesas y norteamericanas posiblemente no fueron tomadas en cuenta, pues la obra básica de Sir Arthur Underhill (publicada en Inglaterra ya para esas fechas), es dudoso que la hubieran consultado los legisladores y también es de reconocer que las grandes obras norteamericanas se redactaron con posterioridad a la - LGTOC de 1932, pues de la monumental obra (18 volúmenes) de Bogert, ---- "The Law of Trust and Trustees a Treatise Covering the law Relating to - trust and Allied Subjects Affecting Trust Creación and Administration", su primera edición data de 1935 y la grandiosa obra de Scott "The Law of --- Trust" (6 volúmenes) apareció por primera vez en 1939" (6)

Pasemos ahora al articulado de la ley, éste, aunque incompleto, pues dejó muchas cuestiones sin resolver dejando la tarea a la doctrina, ha si do en términos generales adecuado para el desarrollo de la institución en nuestro país, pues la figura, a más de medio siglo de haberse dictado esta ley, ya se encuentra definitivamente arraigada en nuestro medio, sin que hasta ahora se haya presentado la necesidad de modificar en substancia la ley que lo contempla, dice el Lic. Batiza al respecto: "Si bien es inegable que nuestra legislación vigente dista mucho de ser perfecta y que --- ofrece diversos ejemplos de inexactitud técnica, suministra sin embargo, bases en lo general aceptables que, con depuraciones y afinamientos de de talle, pueden covertirse en una satisfactoria regulación del Fideicomiso y de las instituciones especializadas". (7)

- 6.- Acosta Romero, Miguel, Naturaleza Jurídica del Fideicomiso, Las Insti tuciones Fiduciarias y el Fideicomiso en México, Pag. 150.
- 7.- Batiza, Rodolfo, La propiedad Fiduciaria y sus antecedentes en nuestro sistema Legal, Estudios Sobre Fideicomiso Pag. 198.



Sin embargo, esas lagunas de la ley sustantiva han originado que el legislador haya tenido que tratar de aclararlas "a posteriori" y en lugares no adecuados para ello, lo cual ha originado que la doctrina critique severamente la forma dispersa en que se encuentra la regulación, tiene razón el Lic. Alvaro Espinoza Gómez cuando afirma: "El régimen o marco legal del fideicomiso está disperso, infundada y asistemáticamente, en un conjunto de ordenamientos que sustantivamente regulan su constitución, funcionamiento y extinción, que rigen la actividad de las partes que intervienen en él, ante la administración pública, y que dan lugar a cargas fiscales y de contenido procesal o jurisdiccional (o sea, que señalan los actos o actividades que ordenados sistemáticamente, constituyen el instrumento con que cuenta el particular para hacer efectivas las obligaciones facultades y, en general, todas las consecuencias del acto jurídico fideicomiso)... "agrega: Esa dispersión del marco o régimen legal es infundada, por carecer de apoyo legal..." (8)

#### Artículo 346.

Veamos pues, el Artículo 346 que es con el que la ley sustantiva empieza a tratar el tema del fideicomiso, dice el Artículo:

"Art. 346. En virtud del fideicomiso, el fideicomitente destina ciertos bienes a un fin lícito determinado, encomendando la realización de ese fin a una institución fiduciaria."

El artículo, como podrá verse, no proporciona una definición de la figura, nos da sin embargo, los elementos indispensables que la configuran; en efecto, esta norma nos habla de los siguientes elementos:

- En primer término del fideicomitente, éste es, como lo hemos visto antes, el elemento indispensable cuya ausencia impide la vida del acto, es decir, es la voluntad creadora, volveremos después con él.

- En segundo lugar, con una evidente inspiración de Lepaulle, se alude de la destinación, nótese como el autor de la ley se abstuvo de utilizar el término "afectación", no obstante que de alguna manera después saldría a relucir; sin embargo, pensamos que es evidente que cuando el redactor se refiere a "destinación" lo hace como sinónimo de afectación. (quizá el motivo de abstenerse de utilizar determinada terminología se debió a los ataques que contra el término "afectación" se habían hecho).

- Se menciona también a los bienes, es decir, aquello que constituirá materia del acto, obsérvese como el artículo solo menciona a los bienes y excluye a los derechos.

- Se alude al fin, el cual deberá llenar dos requisitos importantísimos y obvios: la determinación y la licitud; solo este par de requerimientos debe llenar el fin de un fideicomiso; comenta el Lic. Batiza: -- "Aclarando lo que debía entenderse por licitud en el fin, las leyes de 1926 (art. 7o.) reproduciendo el texto del artículo 1280 del Código Civil de 1884, manifestaban que no fuera contrario a la ley ni a las buenas --- costumbres, disposición que no se reprodujo en la ley actual, quizá por - estimarse innecesaria. En efecto, el derecho común reconoce un principio que, interpretado a contrario sensu, tiene idéntico alcance: "Es ilícito el hecho que es contrario a las leyes o a las buenas costumbres" (Art. 1830, Código Civil)" (9)

Con esta disposición se convirtió el fideicomiso en una figura infinitamente versátil, pues la amplísima puerta que abrió el legislador no tiene como limitantes sino a la licitud y la imaginación del creador; no

8.- Espinoza Gómez, Alvaro, Régimen Legal del Fideicomiso, Las Instituciones fiduciarias y el Fideicomiso en México Pag. 305.

9.- Batiza Rodolfo, Principios básicos del Fideicomiso y de la administración fiduciaria. Pág. 61.

existe, en efecto, en todo nuestro derecho una figura que comparta la maravillosa elasticidad que es característica de esta figura, por lo que la incorporación a nuestro derecho de esta institución, constituyó un acierto indudable del legislador, facilitando y agilizando las relaciones jurídicas, pues la ausencia del fideicomiso de nuestro marco jurídico acarrearía en no pocas ocasiones una complicación extraordinaria, como la misma exposición de motivos lo dice, para el logro de determinados fines.

- Por último, se dice que la realización del fin quedará encomendada a una institución fiduciaria; como podrá verse, desde el primer artículo el legislador menciona que el fiduciario, a diferencia de otros países habrá de ser institucional.

El Lic. Batiza nos dice que este artículo se encuentra parcialmente inspirado en ideas de Lepaulle y en el Proyecto Alfaro, pero también en la legislación bancaria y proyectos anteriores de México (se refiere al Art. 7o. de la Ley de bancos de Fideicomiso de 1926) (10), el mismo autor en otra de sus obras comenta este artículo: "La descripción anterior es una versión algo modificada de lo que había anunciado la Exposición de Motivos de la Ley General de Instituciones de Crédito al decir: "Quedará el fideicomiso concebido como una afectación patrimonial a un fin"... adelante agrega: "Aún cuando sin reproducir el erróneo concepto del fideicomiso como "mandato irrevocable" de las Leyes de 1926, tomado del Proyecto Alfaro, el empleo del verbo destinar en la ley actual, que vino a sustituir al de entregar usado en dichas leyes, plantea de inmediato el problema de si hay o no una transmisión de bienes en el fideicomiso", este autor critica la definición que el artículo ofrece y dice: "El concepto que antecede, lo 10.- Batiza Rodolfo, El Fideicomiso Teoría y Práctica, Pág. 118.

mismo que el acogido en la Exposición de motivos de la Ley Bancaria, es un reflejo alterado de la interpretación que acerca del "Trust" elaboró Lepaulle, pero al cual se incorporaron otras modalidades como la de restringir la capacidad para ser fiduciario en favor de las instituciones de crédito. El jurista francés, por su parte, sostenía que el "trust" es una afectación de bienes garantizada por la intervención de un sujeto de derecho, que tiene la obligación de hacer todo lo que sea razonablemente necesario para realizar esa afectación y que es titular de todos los derechos que le sean útiles para cumplir dicha obligación".

Añade este autor: "El concepto de fideicomiso en la legislación actual, a pesar de la intención expresada por el legislador, no aclara la vaguedad y oscuridad del que substituye, ni tampoco precisa su naturaleza y sus efectos, prueba de ello es la desorientación que originó acerca de su naturaleza jurídica, ejemplificada en forma elocuente por la misma Suprema Corte, al sostener en un principio, contradiciendo su propia tesis, que aún cuando el fideicomiso no es lo mismo que el mandato, el fiduciario solo tiene funciones de mero administrador."

"La deficiencia técnica fundamental - agrega - en el concepto no es difícil de descubrir; es resultado de la mutilación que hizo al mecanismo peculiar de la institución al privársele de su efecto traslativo de dominio. En las leyes de 1926, este efecto traslativo fué reemplazado por una entrega de bienes, por más que dicho efecto se admitía en otras disposiciones; en la ley vigente, la mutilación persiste porque consagra la idea de "afectación" preconizada por Lepaulle, pero sin admitir como lo hacía este autor, que el sujeto de derecho encargado de realizarlo es "titular" de todos los derechos que le sean útiles para cumplir su obligación. Dicho autor (Batiza se refiere a Lepaulle) al observar el funcionamiento del "trust"

y al describirlo exteriormente, reconocía que un propietario, el settlor, transmite determinados bienes, total o parcialmente, a un tercero llamado Trustee, único designado como "propietario" de los bienes y a quien se -- inscribe como tal cuando se requiere registro. Resulta curioso notar que al incorporar en forma trunca la construcción de Lepaulle, el legislador-mexicano se adelantó a la transformación ulterior sufrida en el pensamiento de este jurista, que no solo no se ajusta a los principios del trust - anglosajón, sino que francamente los desnaturaliza". (11)

Pero nadie mejor para hacer comentario sobre el particular que el mismo autor de la ley, comenta el Lic. Macedo: "Son varios e importantísimos los problemas que la disposición suscita y que pasamos a examinar.

"A.- El Patrimonio afectado. Este es el primer punto en que el legislador acogió las ideas que ya al respecto había expuesto el profesor Pierre Lepaulle en su artículo "La naturaleza del Trust" publicado en México por la Revista General de Derecho y Jurisprudencia, dirigida por -- Don Alberto Vázquez del Mercado y traducido por el suscrito (Tomo III, - 1932, pags. 105 y sigs). Posteriormente apareció el Tratado que publicamos y en el cual amplió su trabajo sobre el "trust", que nos permitió - más sólido apoyo para la redacción de nuestro trabajo".

"La idea del patrimonio de afectación es fundamental en Lepaulle y pasó ha serlo en la Ley, pues en ese patrimonio, que ya no pertenece al fideicomitente, pero no pertenece tampoco al fiduciario ni al fideicomisario radica toda la institución. ¿Se trata de un patrimonio sin propietario? esa es la conclusión de Lepaulle. Sin llegar a ella, pues no nos atrevimos a adoptar una teoría que no tenía pacífica - 11.- Batiza Rodolfo, El Fideicomiso Teoría y Práctica pág. 124 y 125.

aceptación, tampoco la rechazamos, pues no acogimos ni quisimos construir un nuevo tipo de propiedad fiduciaria, o hacer un desdoblamiento de la - propiedad en legal y económica, por ejemplo. Nos limitamos a conceder - al fiduciario la titularidad, sin conferirle empero a este carácter categoria de propiedad. La razón para proceder así, consistió en que cuanto más se profundizaba el estudio, más numerosas resultaban las teorías sustentadas por los autores consultados. Para convencerse - y para perderse - en el pliélagó de perplejidades en que el legislador se encontró, basta un vistazo a la valiosa monografía de don Roberto Molina Pasquel, "Los Dere---chos del Fideicomisario. Ensayo sobre su naturaleza jurídica" (Ed. Jus, México, 1946 en sus págs. 42 a 44)".

"Partiendo pues, de que la ley no debe enseñar, sino mandar y de que no es un manual didáctico, sino un cuerpo de preceptos, se optó por con---figurar el fenómeno con la mayor claridad posible, en su contenido y en - sus efectos, dejando a la doctrina y a la jurisprudencia que, en cumpli---miento de sus funciones propias, estudiaran el problema y propusieran, si fuese posible, una solución que mereciera un final conceso".

"Lo que además se propuso la Ley de Títulos, fué apartarse de la ---teoría del doctor Alfaro, ya rechazada entonces y que no ha logrado superar posteriores críticas, a pesar de los esfuerzos hechos por su autor, -- aún por vía de correcciones y explicaciones adicionales.

"B).- El destino y el fin. Partiendo de la base del patrimonio afectado, se erigieron los conceptos del destino que a ese patrimonio había - de darse y el fin que con ello se habría de perseguir. Esto es - por así expresarlo -, la cristalización en el fideicomiso de los móviles y de los objetivos que motivan su constitución ..."

"C).- El fiduciario. Nuestro sistema por fin descansa en que sólo -

pueden ser fiduciarias las instituciones que estén autorizadas por el Estado para desempeñar esa función. Tal idea ha suscitado sorpresas y hasta críticas. Ya hemos mostrado que desde 1926 así se había procedido.

Sin llegar a decir que se trataba de una tradición jurídica en nuestro medio, podemos sin embargo, reconocer que en el caso existía un precedente, que como tal se tomó en cuenta. La Exposición de Motivos de la Ley de Instituciones, como ya lo hemos visto, asienta que convenía mantener la solución, pues dichos organismos, vigilados por el Estado, están mejor colocados por mantener "todas las prohibiciones conducentes a impedir ... que el fideicomiso dé lugar a substituciones indebidas o a la constitución de patrimonios alejados del comercio jurídico normal". Lea-se, temor de que los fideicomisos se volvieran de mano muerta o permitieran la constitución de nuevos mayorazgos. Agreguemos que hubo, además, la preocupación de que sin la indicada limitación, fideicomisos encomendados imprudentemente a manos impreparadas o deshonestas despretigiaran la institución y frustraran su ulterior desarrollo".

"D).- La licitud. El requisito es tan lógicamente necesario, que -- huelga todo comentario" (12).

Veamos ahora como los proyectos que han sido elaborados prevén el artículo equivalente al que comentamos:

Proyecto del Código de Comercio:

"Por el fideicomiso, el fideicomitente transmite la titularidad de un derecho al fiduciario, quien queda obligado a utilizarlo para la realización de un fin determinado".

Primer Proyecto de la Asociación de Banqueros de México (elaborado en 1950).

12.- Op. Cit. Pág. XXV y XXVI

"Art. 346.- En el fideicomiso, la institución fiduciaria adquiere la titularidad de un derecho que le transmite el fideicomitente, y está obligada a ejercitarlo para la realización de un fin o en interés del fideicomisario".

Segundo Proyecto de la Asociación de Banqueros de México (elaborado en 1955).

"Art. 346.- Por el fideicomiso, el fideicomitente transmite la titularidad de un derecho al fiduciario, quien queda obligado a utilizarla para la realización de un fin determinado".

Tercer Proyecto de la Asociación de Banqueros de México (elaborado en 1960).

"Art. 346.- En virtud del fideicomiso, el fideicomitente transmite la titularidad de un derecho al fiduciario, quien queda obligado a ejercitarlo para la realización de un fin lícito determinado".

Nótese como todos los proyectos aludidos se definen claramente, por lo que hace al efecto traslativo de dominio del acto, posición que la actual ley no acoge, por otro lado, también se incluye en la noción del acto al fideicomisario, lo cual la ley vigente no hace, pues omite a este elemento personal de la noción que ofrece.

Pasemos ahora a ver como lo definen algunas legislaciones extranjeras:



Colombia: "La fiducia mercantii es un negocio jurídico en virtud del cual, una persona llamada fiduciante o fideicomitente, transfiere uno o -- más bienes especificados a otra, llamado fiduciario quien se obliga a administrarlos o enajenarlos para cumplir una finalidad determinada por el constituyente, en provecho de éste o de un tercero llamado beneficiario o fideicomisario". (Art. 1226 Código de Comercio).

Costa Rica: "Por medio del fideicomiso el fideicomitente transmite - al fiduciario la propiedad de bienes o derechos; el fiduciario queda obligado a emplearlos para la realización de fines lícitos y predeterminados en el acto constitutivo. (Art. 633 Cod. de Comercio).

El Salvador: "El fideicomiso se constituye mediante declaración unilateral de voluntad, por la cual el fideicomitente transmite sobre determinados bienes a favor del fideicomisario el usufructo, uso o habitación en todo o parte, o establece una renta o pensión determinada, confiando - su cumplimiento al fiduciario, a quien se transmitirán los bienes o derechos en propiedad, pero sin facultad de disponer de ellos sino de conformidad a las instrucciones precisas dadas por el fideicomitente en el instrumento de constitución (Art. 1223 Cod. de Comercio).

Guatemala: "El fideicomitente transmite ciertos bienes y derechos - al fiduciario, afectándolos a fines determinados.

El fiduciario los recibe con la limitación de carácter obligatorio, de realizar solo aquellos actos exigidos para cumplir los fines del fideicomiso (Art. 766 Cod. de Comercio).

Honduras: "Es un negocio jurídico en virtud del cual se atribuye al banco autorizado para operar como fiduciario la titularidad dominical sobre ciertos bienes, con la limitación de carácter obligatorio de realizar - sólo aquellos actos exigidos para el cumplimiento del fin lícito y determini

nado al que se destinan (Art. 1033 Cod. de Comercio)

Panamá: El fideicomiso es un mandato irrevocable en virtud del cual se transmiten determinados bienes a una persona llamada fiduciario, para que disponga de ellos conforme lo ordena el que los transmite, llamado fi de co mi te n te, a beneficio de un tercero llamado fideicomisario.

(Art. 1o. Ley 17/41).

Venezuela: "El fideicomiso es una relación jurídica por lo cual una persona llamada Fideicomitente transfiere uno o más bienes a otra persona llamada fiduciario, quien se obliga a utilizarlo en favor de aquél o de un tercero llamado beneficiario. (art. 1o. Ley de Fideicomisos, G.O.No.496/65).

#### Artículo 347

Pasemos al siguiente precepto, el artículo 347 nos dice: "El fideicomiso será válido aunque se constituya sin señalar fideicomisario, siempre que su fin sea lícito y determinado".

De la redacción de este artículo se deriva una importantísima conse cuencia, y es que para la legal existencia del fideicomiso, el fideicomisario no es en lo absoluto necesario, y no solo no es necesario para la validez, sino que tampoco para su eficacia, pues el fideicomitente se encuentra en libertad de designar posteriormente a los fideicomisarios; cabe aquí recordar lo que se dijo en otra parte de este trabajo, en el sentido de que es fácil para quien tratara de constituir un fideicomiso con ánimo fraudulento recurrir a perfeccionar su constitución y señala que la designación de los fideicomisarios la hará posteriormente.

No obstante que la presencia del fideicomisario no es indispensable, pensamos nosotros que éste, tarde o temprano, tendrá que surgir, pues es consubstancial a la naturaleza del acto, constituirse para el beneficio de alguien, que en el último de los casos puede ser el mismo que lo creó; dice

al respecto el Lic. Emilio Krieguer: "Aunque cabe perfectamente la posibilidad teórica de que exista fideicomiso sin fideicomisario individualizado (Art. 347 de la Ley General de Títulos y Operaciones de Crédito) -- ello no significa que ese tipo de fideicomisos resulte un juego estéril, pues el fin lícito y determinado se ocultan, necesariamente, beneficiarios imprecisos, tal vez escasos, tal vez numerosos, tal vez directos, - tal vez indirectos, pero siempre habrá algún ser humano que resulte beneficiado con el cumplimiento del fin lícito del fideicomiso".

"Si no hubiera más, habría que pensar en que el propio fideicomitente resultaría anímicamente beneficiado con la tranquilidad de conciencia de haber puesto alguno de sus bienes al servicio de un propósito que el considerase digno de ese esfuerzo. Sin embargo, además de esta satisfacción egoísta, normalmente existen otros beneficiarios de un fideicomiso". (13)

Por lo que hace a la segunda parte del artículo, es decir cuando dice: "... siempre que su fin sea lícito y determinado" el precepto en realidad lo que hace es repetir lo que había mencionado en el que lo antecede, es decir que el fin debía ser lícito (dice el Art. 1830 del Código Civil: "Es ilícito el hecho que es contrario a las leyes de orden público y a las buenas costumbres) y determinado; este último requisito, al igual - que el primero, es perfectamente lógico ¿cómo va a saber el fiduciario en qué forma debe actuar con el patrimonio que se le ha transmitido si no se le ha indicado con precisión?

El Lic. Batiza comenta sobre la licitud en el fideicomiso, nos dice: "En el derecho angloamericano, ningún trust que infrinja la ley o viole los principios de orden público, incluso las normas morales reconocidas por los tribunales, es válido ..." Adelante agrega: "El Proyecto Alfaro - 13.- Op. Cit. Pág. 46

disponía que puede constituirse fideicomiso para cualquiera fines que no contravengan a lo moral o a las leyes (art. 5). Comentando este precepto, decía su autor que cuando el propósito del fideicomiso sea la ejecución - de un hecho torpe o ilícito, son aplicables las disposiciones generales - sobre los contratos en virtud de las cuales son nulos aquellos que tienen como causa un objeto ilícito ".

" En nuestro derecho, las leyes de 1926 disponían que el fideicomiso sólo puede constituirse con un fin lícito, esto es, que no sea contrario a la ley ni a las buenas costumbres (art. 7o.). La ley substantiva vigente por definición impone un fin lícito al fideicomiso (art.346) y prescribe que "el fideicomiso será válido aunque se constituya sin señalar fideicomisario, siempre que su fin sea lícito y determinado ".<sup>(14)</sup>

Veamos lo que comenta su autor: " Aquí, nuevamente, la ley acoge las ideas de Lepaulle y en punto que reviste peculiar importancia. En efecto; el señalamiento no es consubstancial del fideicomiso, aunque habría de -- serlo para su funcionamiento y su eficacia. Por ese motivo, se deja la --- puerta abierta para una designación posterior o que ésta se haga en documento diverso del acto constitutivo ".<sup>(15)</sup>

En cuanto a los proyectos elaborados en la materia, solo el proyecto de la Asociación de Banqueros de México redactado en 1950 es el que reproduce lo dicho por la Ley General de Títulos y Operaciones de Crédito, --- pues los demás ya no contienen ninguna disposición similar.

Por lo que hace al derecho extranjero, en Colombia, no es necesario la existencia del beneficiario al momento de constituirse el fideicomiso, pero ésta debe ser posible y realizarse dentro del término de duración del

14.- Batiza Rodolfo, El fideicomiso Teoría y Práctica, Pág. 352

15.- Op. Cit. Pág. XXVII

mismo (Art. 1229 Cod. Comercio)

En Guatemala no es necesario para la validez del fideicomiso que es te determinado el fideicomisario, si es determinable según el documento - constitutivo (Art. 769 Cod. de Comercio).

#### Artículo 348

Pasemos al siguiente artículo que nos dice: "Artículo 348:"Pueden - ser fideicomisarios las personas físicas o jurídicas que tengan la capaci dad necesaria para recibir el provecho del fideicomiso, salvo el caso de la fracción II del artículo 359"

"Cuando sean dos o mas los fideicomisarios y deba consultarse su vo luntad, en cuanto no esté previsto en la constitución del fideicomiso, -- las decisiones se tomarán a mayoría de votos computados por representacio nes y no por personas. En caso de empate, decidirá el juez de primera ins tancia del lugar del domicilio del fiduciario".

"Es nulo el fideicomiso que se constituye en favor del fiduciario"-

Veamos, el primer párrafo del artículo nos lleva a concluir, inter pretado literalmente, que para ser fideicomisario es necesarios que se reu nan dos condiciones:

- 1).- Que se sea persona, bien física, bien moral.
- 2).- Que se tenga la capacidad necesaria para poderlo ser.

Empecemos diciendo, que en nuestra opinión los conceptos de fideicomi sario y beneficiario no son lo mismo. Para ser fideicomisario se requiere en primer lugar ser persona y en segundo lugar. dado que el fideicomisario va a ser titular de derechos y obligaciones, tener capacidad o en su caso - persona capaz que lo represente. La categoría de fideicomisario no es da ble adquirirla a cualquiera, pues tenerla implica encontrarse en un estatus

jurídico solo atribuido a alguien capaz de serlo, de ahí que consideramos erróneo designar como fideicomisario a todo aquel que de alguna manera se beneficia con algún fideicomiso; ser beneficiario en cambio, es una condición que todo el que directa o indirectamente recibe beneficios de un fideicomiso puede tener, pues lo que se requiere es no tener alguna incapacidad específica que impida poder recibir los beneficios de algún fideicomiso, piénsese por ejemplo, en aquellos fideicomisos públicos, como los culturales que son constituídos con el fin de beneficiar a grandes sectores de la población, en estos casos creemos que no sería correcto calificar como fideicomisarios a todos aquellos a los que nos aprovechara el fideicomiso, a lo más, seríamos beneficiarios y ello siempre que la ley no nos lo impidiera en forma específica. Consideramos que en realidad se trata de una relación de género-especie, esto es, todo fideicomisario es beneficiario, pero no todo beneficiario es fideicomisario.

Coincidimos con el Lic. Kieguer Vázquez cuando comenta: "No basta recibir en forma indirecta o esporádica un beneficio de la ejecución de un fideicomiso para ostentar la calidad jurídica de fideicomisario. Para tenerla se requiere que quien la disfrute esté investido de los derechos para recibir tales beneficios, pues la posición del fideicomisario es esencialmente una calificación jurídica".

"La tesis expuesta de que tras el fin lícito y determinado del fideicomiso quedan siempre ocultos uno o diversos beneficiarios reales que no llegan a tener la calidad jurídica de fideicomisarios, nos coloca en la necesidad de encontrar el concepto jurídico de fideicomisario y distinguirlo del de simple beneficiario económico del fideicomiso".

"Desde el punto de vista estrictamente jurídico, solamente pueden ser considerados como fideicomisarios y, en consecuencia, los legítima para ha

cer valer los derechos y acciones que integran la situación jurídica del fideicomisario. Por el contrario, el simple beneficiario indirecto no queda legitimado para exigir que el fideicomiso se lleve a cabo, en su favor. En el mejor de los casos, podrá solicitar al fiduciario o instar al Ministerio Público para que cumplan sus respectivas funciones, pero nunca podrá actuar con plena legitimación frente al fiduciario".

Concluye este autor: "En conclusión para ser fideicomisario se requiere:

A).- Designación hecha por el fideicomitente en favor de persona viva o concebida ya, al momento de constitución del fideicomiso".

B).- Capacidad del fideicomisario para ser titular de los derechos que la ley le otorga y los que el acto constitutivo le confiera".

"Desde el punto de vista lógico - añade - el primer derecho de un sujeto que ha sido designado fideicomisario, es aceptar o rechazar el fideicomiso que, en su favor, ha constituido el fideicomitente. Por ello, el fideicomisario tiene que ser un sujeto jurídico dotado de capacidad, conforme a derecho, para aceptar o rehusar el beneficio que se otorga, o al menos si es incapaz, debe tener representación legítima para poder tomar esa decisión". (16)

Como lo habíamos comentado, todo fideicomiso se debe constituir para beneficio de alguien, ese alguien ya sea que se trate de fideicomisario o de beneficiario, debe ser persona, bien física, bien moral, dotada del grado de capacidad que cada caso requiera; ahora bien, dada la extraordinaria -- versatilidad de la figura, es posible constituir un fideicomiso cuyos fines sean la erección de una estatua, la celebración de misas para el descanso de un alma o la manutención de la mascota del fideicomitente, en estos ---

16.- Op. Cit. Págs. 47, 50, 51.

casos cabe preguntarse ¿puede un ente, un objeto, o un animal ser el fideicomisario de un fideicomiso?

Creemos que definitivamente no es posible, ¿cómo atribuir a un alma, un objeto o un animal, un estatus jurídico creador de derechos y obligaciones? y pensamos que no solo no pueden tener el carácter de fideicomisarios, sino que ni siquiera de beneficiarios pues incluso para éstos es necesario que no se encuentren limitados para gozar de los beneficios del fideicomiso, pero entonces ¿quién es beneficiario del acto y por tanto la persona legitimada para hacer valer o cumplir derechos y obligaciones?. Creemos que, dependiendo del caso específico, en ocasiones lo será el mismo fideicomitente al ver satisfecho su deseo, y en otros casos lo será la sociedad, cuando el acto beneficie a ésta; sin embargo, ésta situación se puede complicar bastante en algunos casos, imagínese por ejemplo que una persona con capacidad para ser fideicomitente constituye un fideicomiso para el mantenimiento de algún animal de su propiedad a quien guarda especial aprecio; mientras la persona continúe viva será al mismo tiempo que la fideicomitente, la fideicomisaria, pues al ver realizados sus deseos de alguna manera se puede decir que es en su beneficio, pero supóngase que esta persona muere y que el fideicomiso no se extingue por ello, a partir de entonces ¿quién será el fideicomisario?, ¿el constituyente? ya murió, ¿los sucesores? quizá sean los más inconformes, ¿la sociedad? a ésta el -- que al animal se le den todas las atenciones le es por completo indiferente; como se verá, el asunto se puede complicar muchísimo; sin embargo consideramos que la cuestión lleva un trasfondo de ilícitud (Art. 1830 del Código Civil: "Es ilícito el hecho que es contrario a las leyes de orden público o a las buenas costumbres".), en realidad consideramos que estamos en presencia de algo muy similar a un legado, sin embargo veamos; según el



artículo 1391 del Código Civil dice: "cuando no haya disposiciones especiales, los legatarios se regirán por las mismas normas que los herederos", luego, las reglas sobre capacidad para ser heredero son aplicables también a los legatarios; por su parte, el artículo 1313 nos marca en su fracción I a la falta de personalidad como primera causa para no poder -- ser heredero, es decir, solo las personas pueden tener ese carácter, y por consecuencia solo las personas podrán tener el carácter de legatarios, en ese orden de ideas nos preguntamos ¿puede pretenderse que un animal sea legatario? creemos que un fideicomiso que tenga un fin de esa naturaleza adolecerá de ilicitud, pues si bien es cierto que el fideicomiso es sumamente moldeable a las necesidades del caso, recuerdese que una de las poquísimas limitaciones que tiene es que su fin sea lícito, pues no fué la intención del legislador introducir una institución que fuera el expediente para burlar disposiciones de orden público o las buenas costumbres.

El Dr. Lepaulle comenta al respecto:

"Si el "cestui" es de hecho un individuo, parece de pronto que el problema de la capacidad no debería plantearse ¡puesto que un muerto o animales -- pueden ser "cestuis"!

Esto implicaría, sin embargo, un error, y pronto se convertiría en medio de violar la ley. Si, por ejemplo, el derecho prohíbe a los enfermos hacer legados a los médicos que les han atendido en su última enfermedad, no puede permitirse lograr prácticamente el mismo resultado por medio de un "trust".

En forma general se prohíbe hacer por medio del "trust" lo que el orden público y las leyes imperativas prohíben hacer de otro modo" (17)

Por otro lado hemos venido hablando del fideicomisario, pero ----  
17.- Lepaulle Pierre, Tratado Teórico y Práctico de los Trust Pag. 127.

¿qué se entiende por fideicomisario?, Veamos

El Lic. Villagordoa nos dice que: "Fideicomisario es la persona que recibe los beneficios del fideicomiso" (18)

Para el maestro Rafael de Pina: "es la persona que recibe un beneficio derivado de un fideicomiso" (19)

El Dr. Acosta Romero, lo define como "la persona que recibe el beneficio del fideicomiso, o la que recibe los remanentes una vez cumplida la finalidad" (20)

Nosotros pensamos que el fideicomisario es: aquel sujeto de derecho, libre de limitaciones en su capacidad al cual se le ha atribuido ese carácter en el fideicomiso (no necesariamente en su constitución) y que será el destinatario del provecho que el acto implica.

Pasemos con el segundo párrafo del artículo que dice: "El fideicomitente puede designar varios fideicomisarios para que reciban simultanea o sucesivamente el provecho del fideicomiso, salvo el caso de la fracción - II del artículo 359".

El párrafo otorga un derecho lógico para el fideicomitente, en principio se supone que éste tiene derecho a designar como fideicomisario a quien le plazca, pues es su patrimonio el que esta afectando, sin embargo, en no pocos casos, la constitución de un fideicomiso es resultado de una obligación que tiene el fideicomitente en virtud de otros compromisos, para con el fideicomisario y por tanto dicha capacidad de elección queda anulificada pues el fideicomitente está obligado a nombrar a alguna persona determinada como fideicomisario.

18.- Villagordoa Lozano Manuel, Doctrina General del Fideicomiso Pág. 179.

19.- Citado por Jorge Minquini C., Partes en el Fideicomiso, las Instituciones Fiduciarias y el Fideicomiso en México, Pág. 235.

20.- Citado por Jorge Minquini C., Partes en el Fideicomiso, Las Instituciones Fiduciarias y el Fideicomiso en México, Pág. 235

Por otro lado el precepto nos deja ver que no necesariamente debe existir un solo fideicomisario, pues la coexistencia simultánea de varios fideicomisarios es perfectamente posible, por supuesto que los derechos que a cada uno correspondan deberán ser determinados en el acto constitutivo o en su caso en el momento en que sean designados; en cuanto a la excepción a que se refiere, relativa a la fracción II del artículo 359 reservamos para otro momento su comentario, solo diremos que con esta excepción se pretende que no se logren eludir disposiciones de orden público.

Continúa el artículo: "cuando sean dos o más los fideicomisarios y deba consultarse su voluntad, en cuanto no esté previsto en la constitución del fideicomiso, las decisiones se tomarán a mayoría de votos computados por representaciones y no por personas. En caso de empate decidirá el juez de primera instancia del lugar del domicilio del fiduciario".

Lo que establece este párrafo es perfectamente lógico, sería injusto tomar como base, para la decisión colegiada de los fideicomisarios, al número de personas cuando es posible que la mayor parte de los fideicomisarios en un fideicomiso representen menor proporción de intereses que los de aquellos que, aunque inferiores en número, beneficia o perjudica en mayor grado la decisión que se tome. (Los Proyectos de la Asociación de Banqueros de México decían que quien decidiría sería la Institución Fiduciaria y solo a solicitud de ésta, el juez).

Dice el Lic. Batiza: "Las leyes de 1926 prescribían que cuando fueran dos o más los fideicomisarios interesados en el mismo fideicomiso su voluntad sería expresada, para los efectos legales, en la forma y términos que se hubieran establecido en el título constitutivo, y si en éste nada se dispusiere, conforme a las reglas siguientes: I).- Todas las decisiones se tomarían a mayoría de votos computados por representaciones y no por --

personas; II).- Las decisiones se tomarían en junta a que fueren convocados todos los fideicomisarios, bajo la presidencia del respectivo Banco fiduciario; III).- La convocatoria se expediría a solicitud del Banco, por la Comisión Nacional Bancaria, o por la oficina que hiciera sus veces y, en defecto de ambas, por la Secretaría de Hacienda, que fijaría la forma de publicación así como las reglas para la junta; IV).- Se formaría acta de ésta en los términos establecidos por el Código de Comercio para las asambleas de las sociedades anónimas y sería protocolizada cuando legalmente fuera necesario en atención a las resoluciones adoptadas" (art. 20) -- agrega: "El procedimiento anterior influyó sobre la ley sustantiva vigente pero fué simplificado al disponer ésta que "cuando sean dos o más fideicomisarios y deba consultarse su voluntad, en cuanto no esté previsto en la constitución del fideicomiso, las decisiones se tomaran por mayoría de votos computados por representaciones y no por personas. En caso de empate, decidirá el juez de primera instancia del domicilio del fiduciario". (21)

Respecto a la remisión de un juez de primera instancia para la decisión en caso de empate, cabría agregar según nosotros, ¿qué clase de juez de primera instancia sería?, si civil o familiar, comprendemos que esto no era posible determinar cuando fué redactada la ley, pues en esa época no existía la división de jueces, sin embargo, consideramos que actualmente sí sería conveniente aclarar que según la naturaleza de los fines del fideicomiso será el juez que conozca, así un fideicomiso testamentario, por ejemplo, sería conocido por un juez familiar.

Pasemos, por último, al párrafo final del artículo que nos dice: "Es nulo el fideicomiso que se constituye en favor del fiduciario".

Este último párrafo fué una adición que con fecha 30 de agosto de -- 1933 se hizo a la ley, pues la redacción original no lo incluía.

El motivo que llevó a tomar la decisión de adicionar la ley fué el hecho de que se había convertido en práctica constante entre los bancos - constituir fideicomisos cuyo fin era garantizar ante sí mismas, créditos - que habían otorgado, siendo por tanto el banco de que se tratáre, fiducia rio y fideicomisario en el mismo acto.

El Lic. Batiza comenta sobre el tema y dice : " A diferencia del derecho angloamericano que permite la situación en ciertos casos, el nuestro sanciona con nulidad el fideicomiso que se constituye en favor del fi duciario ( Art. 348,últ. pag. de la ley,adicionado por decreto de 30 de agosto de 1933 ), La prohibición seguramente deriva de la práctica descrita al tratar del "fideicomiso de garantía", según la cual las instituciones garantizaban con fideicomiso ante sí mismas los préstamos concedidos por su departamento de crédito. La prohibición legal no parece haber logrado resultados positivos ya que de otro modo carecería de objeto el ofi cio circular No. 1327-46 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 en el sentido de prohibir las operaciones contractuales entre departamentos de una misma institución por estimar que conforme a derecho es preci so, para la validez de un contrato, que existan dos 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 intervenga como fiduciaria y que se otorguen en relación con operación diversa realizada por la propia institución".

"Tanto la prohibición legal como la administrativa a efecto de que las instituciones especializadas no puedan tener simultáneamente carácter de fiduciarias y de fideicomisarias, encuentra justificación para evitar posibles presiones y abusos indebidos contra el fideicomitente, aparte del correcto razonamiento de que la personalidad jurídica es única e indivisible". (22)

Por su parte el Suprema Corte ha sostenido el siguiente criterio:

"La intervención principal concedida por la Ley al fiduciario en la relación contractual formada con motivo del fideicomiso, a grado tal que desplaza al fideicomitente en toda acción o derecho de disposición sobre los bienes fideicomitados, impide que pueda llegar a asumir la calidad de fideicomisario, o sea la persona física o jurídica facultada para recibir el provecho implícito en el contrato, pues de permitirse esa situación, la actuación del repetido fiduciario ya no estaría determinada por los intereses de quien le encomendó la realización del fin, sino en función de sus intereses propios, con el consiguiente daño en perjuicio de aquél. En este orden de ideas y conforme a la interpretación jurídica del último párrafo del artículo 348 de la Ley General de Títulos y Operaciones de Crédito, la nulidad ahí constituida obedece a la prohibición de que se constituyan fideicomisos en favor del fiduciario y comprenden, por ende, a los casos en los cuales el fiduciario asume la calidad de fideicomisario, con entera independencia de que la reunión de esas calidades en el mismo sujeto tengan lugar en el acto constitutivo o bien en cualquier momento posterior. Además

22.- Batiza Rodolfo, El Fideicomiso Teoría y Práctica, Pags. 173, 174.

estableciéndose la referida nulidad como una sanción a los contratos celebrados contra la prohibición aludida, es correcto estimar que se trata de una nulidad absoluta y por lo mismo no susceptible de convalidación por -- las partes, a la luz de lo dispuesto en los artículos 8o. y 2226 del Código Civil para el Distrito y territorios federales, aplicables supletoriamente con apego al artículo 2o., fracción IV de la Ley General de Títulos citada". (Amparo directo 4391/69 promovido por Banco Hipotecario Fiducia rio y de Ahorros S.A.).

Veamos lo que nos dice el Lic. Pablo Macedo sobre el Artículo que comentamos: "El primer párrafo no amerita comentario especial: la capacidad de quien ha de recibir el beneficio es solución pacíficamente requerida en todas las legislaciones y en todo caso semejante al considerado, -- sin peculiaridad alguna en la institución que comentamos".

"El segundo párrafo considera y admite la pluralidad de fideicomisarios y destaca, único punto que requiere comentario, la prohibición referida al artículo 359, en su fracción II. La referencia es clara y la justificación indiscutible: quedan prohibidos los fideicomisos cuyo beneficio "se conceda a diversas personas sucesivamente que deban substituirse por muerte de la anterior, salvo el caso de que la substitución se realice en favor de personas que esten vivas o concebidas ya, a la muerte del fideicomitente". Sin la prohibición se abriría la puerta a las substituciones fideicomisarias, a la mano muerta y a los mayorazgos que, como hemos visto, debían merecer la repulsa del legislador".

Tratándose de varios fideicomisarios la ley los constituye, no en co propietarios, sino en asociados, y aplica las reglas más flexibles de la asociación, que resultan más acordes con la naturaleza del fideicomiso".

"En cuanto al apartado final del precepto que comentamos, debemos decir

que proviene de diferente mano que la del resto del capítulo que rige la materia y que es un parche puesto sin la debida meditación y con desconocimiento notorio del fideicomiso. Bastenos para comprobarlo la cita siguiente: "No obstante ¿que no hay por lo menos, una persona que no puede ser "cestui" a saber el mismo trustee? De ninguna manera. El "trustee" - también puede ser beneficiario. Es, sin embargo, imposible que sea el único beneficiario, puesto que en su calidad de trustee tiene los derechos de ejercicio y, en su calidad de único "cestui" todos los derechos de goce: ya no hay, consecuentemente patrimonio afectado y la res íntegra cae en el patrimonio del "trustee-cestui" (Tratado pág. 128). Por lo tanto, el agregado es falso y antitécnico, puesto que, si el beneficiario único es el "trustee", el "Trust" termina, no es nulo; y si no es único, el "Trust" sigue en vigor válidamente". (23)

Sin embargo, el Estado ha autorizado la excepción a la regla que marca el artículo que tratamos; en efecto, en el artículo 55 de su Ley Orgánica del Banco Nacional de Obras y Servicios Públicos se dice: "En los fideicomisos que se constituyan para garantizar los derechos de la Institución, - se podrá designar como fiduciario al propio departamento especializado de ésta".

La Ley Orgánica del Banco Nacional del Ejército, Fuerza Aérea y Armada en su artículo 10 marca: "Como excepción a lo dispuesto en el último párrafo del artículo 348 de la Ley General de Títulos y Operaciones de Crédito, en los contratos de fideicomiso que se celebren para garantizar los derechos del Banco Nacional del Ejército Fuerza Aérea y Armada, Sociedad Nacional de Crédito, Institución de Banca de Desarrollo, éste podrá actuar en -



el mismo negocio como fiduciario y fideicomisario".

En términos idénticos pero referido al Banco Nacional Pesquero y -- Portuario S.N.C. se encuentra el art. 9o. de la Ley Orgánica de éste; - Por su parte el art. 51 de la Ley Orgánica del Sistema Banrural estipula "En los fideicomisos que se constituyan para garantizar los derechos de los bancos integrantes del Sistema Banrural, Sociedades Nacionales de - Crédito, Instituciones de Banca de Desarrollo, éstos podrán actuar en el mismo negocio como fiduciario y fideicomisario". (D.O. de 13 de Enero de 1986).

#### Artículo 349

Pasemos al siguiente artículo, el 349, que a la letra dice: "Solo pueden ser fideicomitentes las personas, físicas o jurídicas que tengan la capacidad necesaria para hacer la afectación de bienes que el fideicomiso implica, y las autoridades judiciales o administrativas competentes cuando se trate de bienes cuya guarda conservación, administración, liquidación, reparto o enajenación, corresponda a dichas autoridades o a las personas que éstas designen".

En primer lugar, el artículo nos dice que solo podrán ser fideicomitentes las personas, es decir interpretado a "contrario sensu" aquellos - entes que no tengan la categoría de personas, bien físicas, bien morales, no podrán ser fideicomitentes, lo cual, además, es lógico pues como hemos visto la existencia de un fideicomiso crea un cúmulo de derechos y obligaciones entre las partes, empezando por el fideicomitente los cuales solo pueden ser exigidos y cumplidos por personas, cabría preguntarse ¿puede - un fideicomiso ser fideicomitente de otro fideicomiso? En realidad cualquiera que sea la respuesta, la pregunta lleva encerradas cuestiones de - más fondo pues para contestarla es necesario plantearse otra pregunta de-

más trascendencia: ¿tiene el fideicomiso personalidad? La Ley es omisa al respecto y no aporta ninguna luz sobre el particular, sin embargo la doctrina, aunque no con la amplitud que fuera de desearse, sí lo trata, coincidiendo la mayor parte de los autores en negarle personalidad al fideicomiso, siendo aisladas las opiniones que se la conceden (24)

Sobre el tema comenta el Dr. Acosta Romero: "Es evidente que el fideicomiso (tanto el privado como el público) desde ningún aspecto que se le analice, puede considerarse que llegue a tener personalidad jurídica propia".

"El fideicomiso es un contrato (o en su caso, un negocio jurídico) y de ninguna manera se desprende que ese contrato dé nacimiento a una persona jurídica distinta de las partes contratantes, es decir fideicomitente, fiduciario y fideicomisario" (25).

Por su parte el Lic. José Riba Rincón Gallardo en su estudio intitulado "Personalidad Jurídica y Fideicomiso" concluye: 1.- De acuerdo con el régimen legal mexicano, el fideicomiso no tiene personalidad jurídica propia, por no atribuírsela ningún cuerpo normativo vigente.

2.- El fideicomiso no reúne los atributos de la personalidad jurídica colectiva, según el análisis hecho; puede afirmarse en consecuencia que no tiene: a) personalidad jurídica distinta de la de los contratantes; b) domicilio; c) nacionalidad; d) nombre; e) capacidad y f) órganos de representación.

3.- Hasta hoy en el derecho extranjero tampoco se le ha reconocido al fideicomiso personalidad jurídica propia.

4.- Es un hecho que ciertos fideicomisos constituyen unidades económicas que bajo ciertas circunstancias, pudieran considerarse como universales

24.- Véase. Ruis Massieu, José Fco., Lozano Hernández Wilfredo, Nueva Administración Pública Federal, la. edición 1978, Ed. Tecnos, S.A. México Págs. 156, 159 y 161.

dades de hecho, o empresas, desde el punto de vista económico, pero sin - personalidad jurídica propia, y es aquí donde surge la duda de si no esta mos en los linderos de un ente jurídico que puede ser unidad económica a la que se le atribuyan ciertas obligaciones sobre todo en las materias fis cal y laboral. No obstante reconocer esta situación creemos que sólo en esos casos existe la duda, desde el punto de vista teórico pero, insisti- mos en que ello no es suficiente para que se llegue a afirmar que el fidei comiso tiene personalidad jurídica propia" (26)

El Lic. Emilio Krieguer toca el tema y afirma: "Un tercer aspecto que conviene señalar es el que en el fideicomiso, aún cuando existe un patri- monio vinculado a un fin y ello puede dar origen a una unidad económica, muy parecida en el aspecto de organización administrativa a una verdadera empresa que asuma la forma jurídica de una sociedad mercantil con persona- lidad jurídica propia. Podrá llegar a ser hasta una unidad económica su- ceptible de obligación tributaria, de responsabilidad laboral y aún de -- responsabilidad civil o mercantil, pero no llegará a tener el estatuto jurí dico de un verdadero sujeto de derecho" (27)

Nos adherimos a las opiniones antes transcritas, pues consideramos - que al fideicomiso no es posible atribuirle personalidad.

El artículo 25 del Código Civil para el Distrito Federal nos marca - que son personas morales:

I).- La Nación, los Estados y los Municipios.

II).- Las demás corporaciones de carácter público reconocidas por la Ley;

25.- Acosta Romero, Miguel, Derecho Bancario, Pág. 400 Editorial Porrúa, - México, D.F. 1983.

26.- Riba Rincón José "Personalidad Jurídica y Fideicomiso, Las Institucio- nes Fiduciarias y el Fideicomiso en México, Pág. 298.

27.- Op. Cit. Pág. 31

III).- Las sociedades civiles o mercantiles;

IV).- Los sindicatos, las asociaciones profesionales y los demás a a que se refiere la fracción XVI del artículo 123 de la Constitución Federal;

V).- Las sociedades cooperativas y mutualistas, y

VI).- Las asociaciones distintas de las enumeradas que se propongan fines políticos, científicos, artísticos, de recreo o cualquiera otro -- fin lícito, siempre que no fueren desconocidas por la ley".

Somos de la opinión que la anterior enumeración es limitativa y no - enunciativa, pues no es posible dar personalidad a algún ente por simple analogía; contar o carecer de personalidad es cuestión básica desde un -- punto de vista jurídico, por lo que la forma tácita no la creemos suficien- te para otorgarla, la personalidad es una atribución fundamental que debe ser otorgada expresamente por el ordenamiento indicado para ello, que en el caso sería el Código Civil; como podrá verse, en la enumeración no se incluye en ningún momento al fideicomiso, de donde cabe concluir que no ha sido la intención del legislador darle personalidad al fideicomiso.

No obstante, la Ley Federal de la Reforma Agraria, con evidente des- conocimiento, da personalidad al fideicomiso, dice la ley:

Art. 167.- "El Fondo Nacional de Fomento Ejidal es un Fideicomiso Pú- blico que tendrá por objeto el manejo de los fondos comunes y ejidales y los aplicará a los fines establecidos en el artículo 165 y demás relativos de esta Ley".

Art. 167 Bis.- "El Fondo Nacional de Fomento Ejidal, como entidad -- con personalidad jurídica y patrimonio propios ..."

Creemos que el lugar menos indicado para resolver el problema de la personalidad en el fideicomiso lo es una ley agraria, por lo que no obstan-

te la ignorante afirmación del legislador, seguimos creyendo que el fideicomiso no es persona moral aún cuando puede llegar a ser patrón, contribuyente fiscal y ser sujeto de quiebra, pues en estos casos el derecho recurre a ficciones jurídicas a fin de no dejar desprotegidos los legítimos intereses de terceros.

Continuando con lo que estipula el artículo, se observa que el fideicomitente aparte de ser persona debe tener capacidad, una capacidad que se supone más amplia que la requerida para ser fideicomisario, pues como vimos lo que este último necesita es no adolecer de limitantes en su capacidad mientras que el fideicomitente llevará a cabo actos de disposición sobre el patrimonio que constituirá materia del fideicomiso, pues la afectación a que se refiere la ley implica una separación del patrimonio general de las personas (obsérvese como la ley abandona la timidez inicial y declara que el fideicomiso implica una afectación de bienes, nótese también que no incluye derechos), por tanto el fideicomitente debe tener una facultad de disposición lo suficientemente amplia para poder afectar los bienes del fideicomiso. No dice el Lic. Krieguer: "... la primera condición para que alguien pueda ser fideicomitente es que tenga la capacidad jurídica de obrar, de realizar actos a los cuales el ordenamiento jurídico enlaza consecuencias de derecho. Es decir, para ser fideicomitente, se requiere ser sujeto de derecho en pleno ejercicio de su capacidad jurídica". (28)

Comunmente el fideicomitente suele ser el propietario de los bienes-materia del fideicomiso, sin embargo, es posible ser fideicomitente sin ser propietario, el mismo artículo así lo hace saber más adelante al disponer que las autoridades también pueden ser fideicomitentes disponiendo sobre --

bienes que no son de su propiedad, creemos por tanto que no es del todo correcta la afirmación del Lic. Igancio Fuentes Torres, cuando dice: "No puede constituirse un fideicomiso sin que su creador, el fideicomitente, tenga la propiedad sobre el bien fideicomitado". (29)

Comenta al respecto el Lic. Krieguer: "Además de su capacidad jurídica, el fideicomitente para obrar válidamente, debe tener las facultades necesarias para poder afectar los bienes al régimen jurídico que resulta del fideicomiso", agrega: "no es indispensable que el fideicomitente sea propietario. Basta con que tenga las facultades necesarias para disponer de los bienes en la medida en que la creación del fideicomiso lo requiera" (30).

Continúa el precepto señalando en su segunda parte que también podrán ser fideicomitentes: "... las autoridades judiciales o administrativas -- competentes, cuando se trate de bienes cuya guarda, conservación, administración, liquidación, reparto o enajenación corresponda a dichas autoridades o a las personas que éstas designen".

Algunos autores como el Dr. Acosta Romero han querido ver, y no sin razón, en esta parte del artículo, la base de los fideicomisos públicos.

Veamos lo que nos comenta el Lic. Villagordoa "El legislador al poner este medio al alcance de las autoridades, les permite que puedan cumplir mejor con el cargo que se les ha conferido para la conservación, administración, liquidación, reparto o enajenación de determinados bienes,

Este beneficio se pone de manifiesto al considerar que en determinadas circunstancias esas autoridades no cuentan con los medios adecuados --

29.- Fuentes Torres, Ignacio, Elementos Reales del Fideicomiso, Las Instituciones Fiduciarias y el Fideicomiso en México, Pág. 173.

30.- Op. Cit. Pág. 37

para poder realizar directamente los fines que se le han encomendado" (31)

Tiene razón este autor cuando se manifiesta a favor de la idea del legislador de incluir al fideicomiso como instrumento para que las autoridades se valgan de él a fin de que cumpla mejor sus obligaciones, sin embargo la ley incurre en grave error técnico, pues el fideicomiso, lo hemos visto, implica el traslado de dominio de los bienes o derechos materia del mismo, por lo que, de las funciones encomendadas a la autoridad que enumera la ley, solo la facultad de enajenación es la que permite a la autoridad afectar en fideicomiso transmitiendo su dominio, pues las demás es decir, la guarda, conservación, administración, liquidación y reparto no son por sí solas suficientes para que aquella autoridad a quien se le ha encomendado las realice, transmita los bienes de que se trate a un fiduciario; por esta razón coincidimos con el Lic. Batiza cuando al comentar -- esa parte del precepto, dice: "Incorre, empero, en un error técnico al enunciar los propósitos para los cuales dichas autoridades pueden detentar bienes que como fideicomitentes, se les autoriza para afectar en fideicomiso. Con la única posible salvedad del caso de la enajenación, todos los demás propósitos, o sea la guarda, conservación, administración, liquidación y el reparto, son jurídicamente insuficientes para permitir la constitución de un fideicomiso, si se tiene en cuenta que para ello es condición indispensable, por producir el fideicomiso una transmisión de bienes a favor -- del fiduciario, que el fideicomitente goce de facultad de disposición sobre la cosa. Es evidente que en las cinco hipótesis anteriores, con la -- excepción apuntada, no puede existir dicha facultad. Nuestro aserto se -- circunscribe al artículo que comentamos, sin que pretendamos darle el al-

31.- Op. Cit. Pág. 173.

cance general de que las autoridades judiciales ó administrativas, o que las corporaciones públicas y el Estado no puedan tener el carácter de fideicomitentes, puesto que podrán serlo con respecto a aquellos bienes cuya disposición les corresponde conforme a las leyes." (32)

El mismo Lic. Batiza transcribe la opinión de Lizardi Albarrán quien afirma: "Desde luego que, si se acepta que la constitución del fideicomiso implica un acto de disposición propio del dueño o titular de un derecho, puede aceptarse que las autoridades administrativas competentes pueden hacer la afectación de bienes propiedad de la Nación, Los Estados o Municipios, siempre que se llenen todos los requisitos que señalan las leyes respectivas; pero la situación cambia cuando su actividad se ejerce sobre bienes ajenos, como en el caso en que traban ejecución sobre ellos en el ejercicio de la facultad económica-coactiva. Análoga es la situación de los bienes objeto de la actividad de las autoridades judiciales. En estos casos la operación de fideicomiso no queda configurada, pues si las autoridades no tienen respecto a los bienes sino la guarda, conservación, administración, etc., lógicamente no podría transmitir otro derecho de acuerdo -- con el antiguo principio: "nemo plus juris ad alium transgerre potest -- quam ipse habet", independientemente de que el carácter particular de las normas de derecho público que les conceden esas facultades, les impida delegarlas. Esta parte del Art. 349 de la Ley General de Títulos y Operaciones de Crédito induce a error respecto a la naturaleza del fideicomiso y nos atrevemos a afirmar que no tiene aplicación ni puede ni debe tenerla". (33).

Ahora bien ¿qué se entiende por fideicomitente?

32.- Batiza Rodolfo, El Fideicomiso Teoría y Práctica, Pag. 162.

33.- Rodolfo Batiza, El Fideicomiso, Teoría y Práctica, Pag. 162.



El maestro Rafael de Pina nos dice que es:

"La persona física o moral que constituye un fideicomiso, para destinar ciertos bienes o derechos a la realización de un fin lícito y determinado y encarga dicha realización a una institución fiduciaria". (34)

El Lic. Villagordo lo define como: "la persona que constituye el fideicomiso y destina los bienes o derechos necesarios para el cumplimiento de sus fines, transmitiendo su titularidad al fiduciario". (35)

Para el Dr. Acosta Romero es: "la persona titular de los bienes o derechos que transmite a la fiduciaria, para el cumplimiento de una finalidad lícita, y desde luego, debe tener la capacidad jurídica para obligarse y para disponer de los bienes". (36)

Nosotros pensamos que el fideicomitente es aquel sujeto de derecho - dotado de la suficiente capacidad, que a través de su expresa manifestación de voluntad constituye un fideicomiso y que será quien generalmente contrate con una institución fiduciaria su ejecución.

Veamos los comentarios que hace el Lic. Macedo sobre este artículo:

"El precepto confirma en su primera parte que el fideicomiso implica, por virtud de la afectación que le es esencial, la constitución de un patrimonio distinto del personal del fideicomitente y por tanto la salida de los bienes correspondientes, de ese patrimonio personal, por lo que es condición sine qua non, la capacidad de disponer en la persona del fideicomitente".

"En la segunda parte, que ya no atañe a fideicomisos propiamente dichos, se autoriza a las autoridades mencionadas en el precepto, para que -

34.- Citado por Jorge Minquini C., las partes en el Fideicomiso, Las Instituciones Fiduciarias y el Fideicomiso en México, Pág. 195.

35.- Op. Cit. Pág. 172

36.- Citado por Jorge Minquini C., Op. Cit. Pág. 195.

en asuntos análogos, confíen a instituciones fiduciarias funciones que la Ley de Instituciones les asigna, en virtud de estimarse que por su capacidad técnica y su solvencia moral, están en posibilidad de desempeñarlas - cumplida y limpiamente". (37)

Por lo que hace a los proyectos de la Asociación de Banqueros de México, nos dice el primero:

Art. 350.- "Pueden ser fideicomitentes quienes puedan transmitir los derechos materia del fideicomiso y las autoridades legalmente capacitadas cuando se trate de bienes cuya guarda, administración, liquidación, reparto o enajenación les corresponda".

El proyecto 1960 decía:

Art.- 348 "Pueden ser fideicomitentes las personas físicas o jurídicas que tengan la capacidad necesaria para transmitir los derechos materia del fideicomiso. Las autoridades también podrán dar en fideicomiso bienes o derechos conforme a sus respectivas atribuciones".

En cuanto al derecho comparado, también en Guatemala se hace incapie - en la capacidad que para enajenar sus bienes debe tener el fideicomitente (Art. 767 Código de Comercio) lo mismo que en Honduras en donde también se permite a las autoridades serlo (Art. 1039 Cod. de Comercio).

#### Artículo 350

Veamos el siguiente artículo:

"Artículo 350. Sólo pueden ser fiduciarias las instituciones expresamente autorizadas para ello conforme a la Ley General de Instituciones de Crédito".

"En caso de que al constituirse el fideicomiso no se designe nominal-

37.- Op. Cit. Pág. XXIX

mente la institución fiduciaria, se tendrá por designada la que elija - el fideicomisario, o en su defecto, el Juez de Primera Instancia del lugar en que estuvieren ubicados los bienes, de entre las instituciones expresamente autorizadas conforme a la ley"

"El fideicomitente podrá designar varias instituciones fiduciarias - para que conjunta o sucesivamente desempeñen el fideicomiso, estableciendo el orden y las condiciones en que hayan de substituirse".

"Salvo lo dispuesto en el acto constitutivo del fideicomiso, cuando la institución fiduciaria no acepte, o por renuncia o remoción, cese en el desempeño de su cargo, deberá nombrarse otra para que la substituya. Si no fuere posible esa substitución, cesará el fideicomiso".

Lo que primeramente nos señala el artículo es el carácter exclusivamente institucional que en México deben tener los fiduciarios; esto es -- así en virtud de que el legislador consideró que las funciones encomendadas a los fiduciarios serían a tal grado delicadas y requerirían tanta -- solvencia moral y tantos conocimientos técnicos que difícilmente, se encontrarían individuos que los reunieran, por lo que, a fin de hacer más -- transparente la función de los fiduciarios y con el ánimo de que fuera -- aceptada con más tranquilidad la inclusión del fideicomiso en nuestro derecho, exigió que solo las instituciones que pudieran reunir esos requisitos, como eran los bancos, fueran las que pudieran ser fiduciarios, esta -- exigencia contrasta con la situación existente en el Derecho Anglosajón -- en donde, no obstante que la mayoría de las funciones fiduciarias son -- realizadas por "trustees" institucionales, se permite la existencia de -- "trustees" personas físicas, incluso en países latinoamericanos la actividad fiduciaria no siempre es exclusivamente bancaria, así por ejemplo, en Panamá se permite la existencia de fiduciarios personas físicas (Art. 24

Ley No. 17 de 20 de febrero de 1941) lo mismo ocurre en Costa Rica (Art. 637 Código de Comercio) y en Venezuela en donde aparte de las Instituciones bancarias se permite también a las empresas de seguros constituídas en el país. (art. 12 y 23 Ley de Fideicomisos. G.O. No. 497/65).

A la regla de que en México solo las Instituciones Bancarias puedan ser Fiduciarias existe una excepción, la cual está contenida en la Ley Reglamentaria del artículo 27 constitucional en materia minera (Diario Oficial de 23 de diciembre de 1975), en cuyo artículo 91 fracción XV a la letra dice: "La Comisión de Fomento Minero es un organismo público descentralizado que tiene por objeto la realización de las siguientes actividades encomendadas directamente al fomento de la minería".

"Fracción XV.- Actuar como fiduciaria en negocios minero-metalúrgicos dentro de las actividades que señalan sus objetivos".

En lo personal creemos que es la anterior, una de esa clase de disposiciones en las que pareciera que el legislador desconociera las instituciones que toca, dando la impresión que nunca pasarán por las manos de un jurista para su revisión.

Por otro lado, con la exigencia de que solo los Bancos puedan ser fiduciarios se confirma, como ya lo habíamos visto antes, la naturaleza mercantil del fideicomiso, pues la intervención del banco, en cuanto empresa mercantil, le transmite ese carácter al acto.

Ahora bien, el hecho de que en México solo las instituciones bancarias puedan ser fiduciarias, no ha sido pacíficamente aceptado por algunos autores, así por ejemplo el maestro Jorge Barrera Graf se manifiesta en el sentido de que también las Casas de Bolsas deberían ser fiduciarias en fideicomisos relacionados con su giro. (38)

38.- Barrera Graf, Jorge, Temas de Derecho Mercantil "Las casas de Bolsa como Fiduciarias" editado por la U.N.A.M., 1983, Pag. 109 y ss.

Sin embargo, la mayor parte de los autores coincide en que el sistema prevaleciente en México es el más adecuado dadas las características de la figura, pues se logra una eficaz vigilancia por parte de las autoridades inspirando una mayor confianza entre el público, en lo personal somos partícipes de este punto de vista.

Por otro lado, y sin que profundicemos mucho en el tema, pues nos saldríamos de los modestos límites del presente, obsérvese como la ley sustantiva nos menciona que las instituciones que actúen como fiduciarias deberán contar con previa autorización; existen autores, sin embargo que -- más que autorización, de lo que nos hablan es de concesión, así por ejemplo nos dice el Lic. Emilio Krieguer: "... sólo las instituciones fiduciarias, o sea las que gozan de concesión otorgada por el Gobierno Federal, por conducto de la Secretaría de Hacienda y Crédito Público, para -- realizar operaciones fiduciarias, en los términos de los artículos 2o., - fracción VI, 44, fracción 1, 45 y demás relativos de la Ley General de -- Instituciones de Crédito y Organizaciones Auxiliares, pueden actuar como fiduciarias en los fideicomisos regulares que se constituyan en nuestro -- país"; Adelante agrega este autor: "La institución fiduciaria es por tanto, un concesionario de un servicio público y su derecho a actuar como fiduciario no es inherente a su derecho como persona privada. Surge precisamente de la concesión administrativa que se otorga y está sujeto a todas las limitaciones y modalidades que la Ley y la concesión le marcan"<sup>(39)</sup>

¿De qué disfrutan pues los bancos, de autorización o de concesión? antes que nada, veamos que se entiende por concesión, el Dr. Acosta Romero nos dice que es: "el acto administrativo discrecional por medio del cual -

la autoridad administrativa faculta a un particular:

1.- Para utilizar bienes del Estado, dentro de los límites y condiciones que marque la ley; y

2.- Para establecer y explotar un servicio público, también dentro de los límites y condiciones que señale la ley" (40).

Ahora bien, ¿cual es la diferencia entre la autorización y la concesión?, el mismo maestro Acosta Romero nos da la respuesta, veamos: "En el régimen de licencias permisos y autorizaciones, no se exige capacidad financiera y técnica del solicitante, ni garantía en el procedimiento para otorgarlos, no hay usuarios, no rigen los principios de rescate, ni de reversión".

"En el régimen de concesión, como ya se explicó, el solicitante de la concesión no tiene ningún derecho preestablecido, ni tampoco la autoridad tiene obligación de otorgarla cumplidos los requisitos".

"El procedimiento para el otorgamiento de licencias, permisos y autorizaciones es más sencillo que el relativo a la concesión, no se dá la oposición de terceros. Generalmente se reduce a la solicitud, a que se cumplan los requisitos establecidos por la ley y el acto administrativo que los otorga, que no se publica en el Diario Oficial de la Federación, sino que se notifica personalmente al interesado, entregándosele el documento en donde consta este acto" (41)

Nosotros agregaríamos una diferencia más: en las autorizaciones la actividad que el Estado permite desempeñar no es un servicio público y por tanto quien ha recibido una autorización no está obligado a ejercer -

40.- Acosta Romero Miguel, Teoría General de Derecho Administrativo, Ed. - Porrúa México, 1984, Pág. 433.

41.- Op. Cit. Pág. 507.

la actividad para la cual se le ha autorizado ; en la concesión, por el contrario para, lo que se faculta al particular es para la prestación de un servicio público por lo que no le es permitido rehusarse a desempeñar lo.

Con anterioridad a la nacionalización de la Banca se discutía en la doctrina si el ejercicio de la misma era un servicio público o era solo un servicio al público, después de la nacionalización ya no cabe la duda; el ejercicio de la banca es un servicio público; por lo que podría pensarse que a partir de entonces, sin vacilaciones, podría afirmarse que los bancos están concesionados para el ejercicio de la banca; sin embargo, recuérdese que la concesión es otorgada a particulares, según nos dice el Dr. Acosta, y después de la nacionalización, la banca ya no fué mas de particulares, sino que pasaron a ser instituciones de derecho público, en ese orden de ideas, concluiríamos que las instituciones que ejercen la actividad bancaria no están concesionadas, puesto que el Estado no delega una función que está obligado a ejercer en manos de particulares, sino que él mismo, a través de los organismos legitimados para ello, la ejerce.

Por último, cabe añadir que actualmente ya no sería aplicable la remisión que hace el artículo a la Ley General de Instituciones de Crédito, pues ésta fué derogada por la Ley Reglamentaria del Servicio Público de Banca y Crédito.

Veamos el segundo párrafo que nos dice: " En caso de que al constituirse el fideicomiso no se designe nominalmente la institución fiduciaria, se tendrá por designada la que elija el fideicomisario, o en su defecto, el juez de primera instancia del lugar en que estuvieren ubicados los bienes, de entre las instituciones expresamente autorizadas conforme a la ley.

Este párrafo es de suma trascendencia, y no tanto por sus palabras textuales, sino por las conclusiones a que se llega analizándolas; cuando la Ley dice: "En caso de que al constituirse el fideicomiso no se designe nominalmente la institución fiduciaria...", implícitamente está reafirmando nuestra tesis en el sentido en que uno es el acto constitutivo derivado de la voluntad del fideicomitente y otro, posterior y derivado -- del primero, el acto por el cual la institución fiduciaria se compromete a ejecutar el fideicomiso, prueba de ello es que es perfectamente posible, aún cuando sabemos que no es lo común, que exista un fideicomiso, con todos los requisitos para ser válido, y éste ya se considere creado, sin -- que se encuentre nombrado el banco que habrá de desempeñar el cargo de fiduciario, este nombramiento puede ser posterior y lo puede hacer el fideicomisario, el cual ya tiene tal carácter, lo cual constituye una prueba de que el acto ya es existente pues de otro modo, el título de fideicomisario no podría derivar de la nada; o bien por el juez del domicilio en -- que estuvieran los bienes; no obstante, el nombramiento y la aceptación de la fiduciaria debe llegar forzosamente, tarde o temprano, pues de ello depende que el fideicomiso cumpla los fines para los cuales fué creado, consideraríamos aconsejable, sin embargo, que la ley marcará un plazo máximo para designar fiduciario, digamos tres meses, con esto se evitarían problemas al no prorrogarse indefinidamente la designación.

Nos comenta el Lic. Krieger sobre este artículo: "Uno de los datos que usualmente constan en la declaración de voluntad del fideicomitente es el nombramiento del fiduciario. Pero esta práctica indica solamente -- que, como es natural, quien destina bienes de que dispone a un fin determinado, quiere encargar la tarea de hacer efectiva esa afectación a quien le merezca confianza. Pero no indica que la designación sea forzosa, por



el fideicomitente, en el acto del fideicomiso".

"Puede darse el caso de lo que podríamos llamar una confianza objetiva o institucional, en cuyo supuesto el fideicomitente no se toma la molestia de designar individualmente una institución porque todas le parecen igualmente dignas de confianza, ya que todas actúan al amparo de una concesión estatal; o bien se abstiene de nombrar individualmente al fiduciario porque prefiere que lo haga el fideicomisario, quien en último análisis, será el beneficiado o la víctima de la conducta del fiduciario".

"Lo que ya resulta un tanto extraño es que el fideicomitente no designe fideicomisario individual, ni nombre fiduciario concreto, pues en ese caso, el nombramiento de fiduciario corresponderá al Juez de Primera Instancia del lugar donde se encuentren ubicados los bienes. Igual situación presentará, cuando aunque exista fideicomisario, éste acepte la designación de tal, pero no pueda o no quiera designar fiduciario, hipótesis poco probable pero jurídicamente posible".

"La designación judicial presenta algunos problemas:

El primero es el de determinar quién va a plantear al juez competente la designación de fiduciario, si no existe ni fideicomitente (porque ya haya muerto o esté desaparecido o ausente) ni fideicomisarios o ninguno de ellos desea serlo".

"Probablemente la solución jurídica será que corresponderá al Ministerio Público, en ejercicio de las facultades que le concede el artículo 355 de la Ley General de Títulos y Operaciones de Crédito, plantear al juez la designación ¿Pero quién va, a su vez, a instar al Ministerio Público para que ejecute la función?

Continúa: "El segundo problema sería el de decidir cuál sería el Juez competente para hacer la designación de los bienes, si estos bienes fidei-

comitidos se encuentran en diferente partidos judiciales, en diferentes entidades federativas o aún en territorios de diferentes países.

En este caso, la solución sería que cualquiera de los jueces sería competente, a prevención, o bien que sería competente el que tuviera jurisdicción en el territorio donde se encuentren los bienes de mayor importancia. Ninguna solución está expresamente prevista en nuestra ley". (42)

El siguiente párrafo nos dice: "El fideicomitente podrá designar varias instituciones fiduciarias para que conjunta o sucesivamente desempeñen el fideicomiso, estableciendo el orden y las condiciones en que hayan de substituirse. Salvo lo dispuesto en el acto constitutivo del fideicomiso, cuando la institución fiduciaria no acepte, o por renuncia o remoción cese en el desempeño de su cargo, deberá nombrarse otra para que la substituya. Si no fuere posible esa substitución cesará el fideicomiso".

La primera parte de este párrafo nos marca la posibilidad legal de que existan varios fiduciarios respecto de un mismo fideicomiso, posibilidad que, hasta donde sabemos, no ha operado en la práctica debido a la complicación que ello implicaría ¿a nombre de quien se inscribiría la propiedad en el Registro Público de la Propiedad? ¿Coproiedad fiduciaria?; nos comenta el Lic. Batiza: "Esta posibilidad más apropiada en relación con fiduciarios personas físicas y que resulta inútil tratándose de fiduciarios institucionales, únicos autorizados en México, en vista de la supervisión oficial a que están sujetos y a su duración indefinida hasta donde llega nuestro conocimiento, no se utiliza en la práctica" (43).

Más adelante el mismo Batiza trata el tema de la siguiente forma : -

42.- Op. Cit. Pags. 101-102.

43.- Rodolfo Batiza, El Fideicomiso, Teoría y Práctica, Pág. 169.

"Varios fiduciarios.- En el derecho angloamericano, cuando son varios los Trustee, uno de ellos no es responsable por el incumplimiento de los demás, salvo si está personalmente en falta, como en las siguientes hipótesis: 1. Si participa en el incumplimiento ; 2. Si en forma indebida delega en el cotrustee la administración del Trust; 3. Si su descuido ha hecho posible el incumplimiento; 4. Si lo consiente u oculta; 5. Si se abstiene de tomar las medidas adecuadas para exigir al co-trustee la reparación del incumplimiento.

Aún cuando nuestra ley substantiva permite al fideicomitente la designación de varias instituciones fiduciarias para que conjunta o sucesivamente desempeñen el fideicomiso, no contiene regla alguna sobre responsabilidad para esta situación especial".

Continúa analizando Batiza: "Fiduciario sustituto.- Según el derecho angloamericano, cuando el trustee infringe una disposición del trust y posteriormente es removido del cargo, fallece, o en alguna otra forma cesa de tener tal carácter, el sustituto no es responsable de sus actos a menos que a su vez viole sus obligaciones, lo mismo que en los siguientes casos: 1. Si el predecesor, ilícitamente, adquirió bienes que el sustituto conserva; 2. Si omite adoptar las providencias adecuadas para constreñir al predecesor a que le entregue los bienes del trust; 3. Si se abstiene de promover las medidas conducentes para que el predecesor repare su incumplimiento".

"La ausencia de reglas a este respecto en nuestras leyes especiales podría hacer conveniente la aplicación supletoria del derecho común cuando establece que "el tutor que sea reemplazado por otro estará obligado, y lo mismo sus herederos a rendir cuenta general de tutela al que los reemplaza. El nuevo tutor responderá al incapacitado por los daños y perjui-

cios si no pidiere y tomare las cuentas de su antecesor" (art. 601).

"El Tutor que entre al cargo sucedió a otro, está obligado a exigir la en trega de bienes y cuentas al que le ha precedido. Si no la exige, es res ponsable de todos los daños y perjuicios que por su omisión se siguieren al incapacitado" (Art. 609, Código Civil). (44)

También el Lic. Jorge Manquini C. afirma en su estudio: "Es de comen tarse que la ley citada no limita el número de fiduciarios que pueden ser designados por el fideicomitente, es solo la práctica la que determina -- tal número, pues obviamente señalar un número excesivo de fiduciarios que actúen con tal carácter en un mismo fideicomiso, en vez de beneficiar, ha bría de perjudicar la buena marcha y agilidad de la toma de decisiones y - procedimientos por seguir" (45)

Ahora bien, por otro lado, cuando la ley utiliza la palabra "desig-- nar" y más adelante se le faculta a "establecer el orden y las condicio-- nes en que (las fiduciarias) hayan de substituirse", se da la impresión - interpretando las palabras que utiliza la ley, que a la fiduciaria simple mente se le eligiera y además se le determinara las reglas que para el ca so el fideicomitente ha tenido a bien fijar, sin que para la institución fiduciaria quepa, la posibilidad de negarse a aceptar la "designación" y las condiciones de la misma. Después volveremos con el tema.

La segunda parte del párrafo también nos conduce a una interesante - conclusión, veamos: En primer lugar esta parte del artículo nos deja ver - que la presencia del fiduciario constituye "conditio sine qua non" para -- que el acto llegue a concretizar sus fines pues la ausencia de éste origina

44.- Op. Cit. Págs. 328, 329

45.- Op. Cit. Pág. 211.

que el acto deba cesar, según nos dice la misma ley, y de esto último se deriva otra conclusión que viene a reafirmar nuestra posición, pues cuando la ley dice que cuando la institución fiduciaria no acepte y no haya quien la substituya, el fideicomiso cesará, se infiere que es posible, - como lo es, que el fideicomiso sea existente por virtud de la voluntad - del fideicomitente, es decir ya es un acto válido, no obstante no haber todavía fiduciaria que acepte desempeñarlo; no puede cesar aquello que - no ha existido, lo que ocurre es que el acto, ya válido, no tiene caso - que siga existiendo si no puede llegar a ser eficaz, y esa eficacia, ya - lo hemos dicho, depende de la presencia de una institución fiduciaria, -- cuando las posibilidades de que ésta concurra se vuelven nulas, el fidei- comiso debe cesar; de ahí que nos extrañe que esta parte del artículo, em- piece diciendo. "Salvo lo dispuesto en el acto constitutivo del fideico- miso..." ¿qué cosa en diverso sentido al de la ley, puede decir el acto - constitutivo del fideicomiso? ¿o es que puede estipular que aún sin fidu- ciario continúe indefinidamente el fideicomiso? desde luego que no.

Veamos lo que nos comenta el Lic. Macedo sobre este artículo: "El -- primer párrafo no amerita que agreguemos nada a lo ya explicado con ante- rioridad.

En el segundo, se confiere el derecho de designación de fiduciaria - al fideicomisario, por estimarse que es el primer interesado en el buen - funcionamiento de la institución, y sólo en su defecto al Juez de quien - se espera una criterio recto y objetivo".

"El tercer párrafo no requiere mayor explicación".

"El último merece las siguientes observaciones: 1o. se reconoce la - autoridad del fideicomitente, expresado en el acto constitutivo, y solo - supletoriamente se dictan las reglas siguientes; 2o. no se impone la de--

signación a la institución fiduciaria; puede negarse a aceptar el encargo o renunciar a él, pues se configura el caso como un contrato que requiere la voluntad de ambas partes, y en esos supuestos o cuando al igual que en el de remoción-veremos en que condiciones - se nombrará sustituto. Fuera de esas hipótesis, como es natural, por falta de fiduciaria, "cesará el fideicomiso", es decir, terminará o caducará". (46)

#### Artículo 351

Pasemos al siguiente precepto que prevé la ley, nos dice el artículo 351: "Pueden ser objeto del fideicomiso toda clase de bienes y derechos - salvo aquellos que, conforme a la ley, sean estrictamente personales de su titular.

Los bienes que se den en fideicomiso se considerarán afectos al fin a que se destinan y en consecuencia, sólo podrán ejercitarse respecto a ellos los derechos y acciones que al mencionado fin se refieran, salvo - los que expresamente se reserve el fideicomitente, los que para él deriven del fideicomiso mismo o los adquiridos legalmente respecto de tales bienes, con anterioridad a la constitución del fideicomiso por el fideicomisario o por terceros".

En primer lugar, obsérvese como en este artículo por primera vez el legislador menciona ya a los derechos, ampliando así en una forma práctica mente sin límites aquello que puede ser materia de un fideicomiso, máxime cuando el precepto marca que lo podrán ser "toda clase" pues con este señalamiento se abarca, se puede decir que todo, no obstante la materia objeto del fideicomiso debe reunir ciertos requisitos mínimos los cuales -- nos son marcados por el Código Civil, nos dice el artículo 1825: "La cosa objeto del contrato debe: 1o. Existir en la naturaleza; 2o. Ser determina-

46.- Op. Cit. Pag. XXX

da o determinable en cuanto a su especie; 3o. Estar en el comercio"; por su parte los artículos 748 y 749 del Código Civil nos dice: "Art. 748 - Las cosas pueden estar fuera del comercio por su naturaleza o por disposición de la ley".

"Art. 749.- Están fuera del comercio por su naturaleza las que no pueden ser poseídas por algún individuo exclusivamente, y por disposición de la ley, las que ella declara irreductibles a propiedad particular".

De modo pues, que aquel bien o en su caso derecho, que no reúna los requisitos elementales que marca el Código Civil, no podrá ser objeto de un fideicomiso, por otro lado, es importante no confundir entre el objeto y el fin del fideicomiso, pues aún cuando el Código Civil en el artículo 1824 da a la palabra "objeto" su más amplio sentido, utilizándola como sinónimo de: I.- La cosa que el obligado debe dar; es decir el bien material que deberá ser entregado a quien a ello tenga derecho.

II.- El hecho que el obligado debe hacer o no hacer; esto es, la conducta en cualquier sentido, lícita desde luego, que se deberá realizar o por el contrario abstenerse de realizarla; en realidad la Ley sustantiva se está refiriendo cuando habla de objeto del fideicomiso a aquellas cosas que serán la materia fideicomitida, nos comenta el Lic. Batiza: "Debe mantenerse con cuidado la distinción entre objeto o patrimonio y fin del fideicomiso, términos que con frecuencia se emplean como sinónimos sin serlo. El objeto consiste en la cosa que es materia del fideicomiso, en tanto que el fin es el resultado que se persigue con su constitución". (47)

También el Lic. Krieger trata el tema y empieza preguntándose; ----  
"¿cuales bienes y derechos pueden ser objeto del fideicomiso?"

El artículo 351 de la Ley General de Títulos y Operaciones de Crédito  
47.- Batiza Rodolfo, Principios Básicos del Fideicomiso y de la Administración fiduciaria. Pág. 58.

parece dar una inequívoca y definitiva solución a este problema, cuando dispone que "pueden ser objeto del fideicomiso toda clase de bienes y derechos, salvo aquellos que conforme a la ley, sean estrictamente personales de su titular".

Esta amplísima concepción de los bienes que pueden ser objeto de un fideicomiso pasa por alto las disposiciones de nuestro Código Civil de --- 1928, que ya estaban en vigor cuando se promulgó la Ley General de Títulos".

En efecto, el Código Civil habla de una categoría de cosas que están fuera del comercio, por no ser susceptibles de apropiación y dentro de esta gran división, incluye los dos géneros integrados por los que están fuera del comercio por su naturaleza y los que están fuera por disposición de la Ley".

"El espacio aéreo o el mar territorial son bienes que, por su naturaleza, están fuera de la esfera de los bienes susceptibles de apropiación. Un yacimiento petrolero o un monumento arqueológico están fuera del comercio por disposición de la Ley".

"En este sentido podríamos afirmar que, todos los bienes del dominio público enumerados por la Ley General de Bienes Nacionales en su artículo 2o., en cuanto son inalienables, no pueden ser objeto de un fideicomiso -- que entrañe enajenación.

"En consecuencia tendremos que eliminar del campo del fideicomiso no solamente los bienes y derechos que serán estrictamente personales de su titular, sino además, todos los bienes que están fuera del comercio entre ellos, señaladamente, los Bienes del dominio público enumerados en el artículo 2o., de la Ley General de Bienes Nacionales".



"Por último, es conveniente señalar que tampoco pueden ser objeto -- del fideicomiso, bienes cuya posesión por los particulares, es contraria a la ley. Verbigracia, no pueden ser entregados en fideicomiso ni armas reservadas al Ejército, ni drogas o tóxicos que no pueden estar en posesión de particulares sin la debida autorización, o bienes de procedencia - extranjera cuya importación esté prohibida". (48).

¿Pueden ser objeto de un fideicomiso bienes futuros?

A pesar de que la ley practicamente no pone límites en aquello que - puede ser materia de un fideicomiso, nosotros pensamos que no, por la sen cilla razón que esos bienes no forman parte todavía del patrimonio del fi deicomitante, lo que éste tiene en ese momento es un derecho a que en su oportunidad se integren a su patrimonio determinados bienes, -este derecho en virtud de la amplísima redacción de la ley, sí puede ser objeto de un fideicomiso, pero es el derecho no el bien el que es susceptible de transmi tir a un fiduciario para que éste cumpla con determinados fines.

Sobre el particular, el Dr. Lepaulle afirma: "El trust no puede compo nerse de bienes futuros, puesto que no son elementos de patrimonio. Es -- claro que ciertos actos constitutivos tratan de abarcar tanto bienes pre sentes como futuros. En tal caso, hay "trust" respecto de los bienes pre sentes y un contrato que tiene por objeto del "settlor" de poner en "trust" los bienes que llegue a adquirir".

Por lo que hace a la doctrina nacional, se puede decir que existe una- nidad en considerar factible la posibilidad de constituir un fideicomiso sobre bienes futuros; nos dice Luis Muñoz: "Es evidente que en derecho mexi cano es posible constituir un fideicomiso sobre cosa futura, ya que a te nor del artículo 1826 del Código civil, las cosas futuras pueden ser objeto de un contrato" (49)

El Lic. Batiza afirma: "En nuestro derecho no puede haber duda en cuanto a la legalidad del fideicomiso constituído sobre cosa futura, en atención a lo dispuesto por el artículo 1826 del Código Civil: "Las cosas futuras pueden ser objeto de un contrato. Sin embargo, no pueden -- serlo la herencia de una persona viva, aún cuando ésta preste su consentimiento" (50).

Como comentario adicional diremos que uno de los aspectos que diferencian al fideicomiso de los contratos que prevé el Código Civil es que en estos últimos también los hechos pueden ser objeto del contrato (Art. 1824 Cod. Civil), mientras que en el fideicomiso lo son solo los bienes y derechos (Luis Muñoz en su obra, pág. 340, comenta que los derechos también se excluyen como materia de los contratos que regula el Código Civil, sin embargo, nosotros con la cesión de derechos en mente, preferimos no incluir esa diferencia).

Siguiendo ese orden de ideas, diremos que por lo que se refiere a la última parte del párrafo comentado, nos parece lógico y coherente, pues no sería factible afectar en fideicomiso derechos como el voto por ejemplo o el derecho a ejercer la patria potestad.

Veamos el segundo párrafo del precepto; aquí se deja ver de una manera que no deja lugar a dudas la fuente doctrinal de inspiración del redactor de la Ley, es decir las ideas del jurista francés Pierre Lepaulle consecuencia de lo anterior es que, como la misma ley lo señala, dichos bienes (o derechos) una vez afectados "solo podrán ejercitarse respecto a ellos los derechos y acciones que al mencionado fin se refieran"; esto es

48.- Op. Cit. Págs. 55 y 56.

49.- Op. Cit. Pág. 340

50.- Principios Básicos del Fideicomiso y de la Administración Fiduciaria Pág. 60.

a partir del momento de su afectación, son inembargables, quedando fuera de la garantía de los acreedores, esto último siempre que la acción -- que se intente no tenga relación con los fines del acto, pues cuando la acción tuviera relación con los fines del fideicomiso sí procedería, por lo que consideramos que no es del todo acertado considerar como absolutamente inembargable al patrimonio del fideicomiso, pues cuando para cumplir sus fines la fiduciaria se ve obligada a contraer obligaciones será el patrimonio de dicho fideicomiso el que responderá, hasta sus últimas consecuencias del cumplimiento de dichas obligaciones.

Todo lo anterior es aplicable a los bienes dados en fideicomiso, pero la misma ley marca las excepciones a esta situación cuando refiriéndose a las acciones y derechos que sí se pueden ejercer sobre esos bienes marca que serán : ... "los que expresamente se reserve el fideicomitente", el fideicomitente en su calidad de creador del acto está facultado, en principio, a reservarse derechos, sin embargo, los derechos que se reserve no deben ser tantos o de tal naturaleza que obstaculicen la realización del acto, no podría, por ejemplo, decir que afecta en fideicomiso un terreno de su propiedad y decir que se reserva la misma para sí (aunque en realidad si se ría factible afectar derechos sobre dicho terreno y el fideicomitente reservarse la propiedad, pero en este caso lo que se afecta son los derechos pero no el terreno en sí) creemos que la ley debiera agregar que si bien el fideicomitente se puede reservar derechos, estos no deberán impedir la realización de los fines; comenta sobre este tema el Lic. Emilio Krieger: "Los derechos y acciones que expresamente se reserve el fideicomitente para sí, no pueden constituir una excepción a la regla general, pues tales bienes o derechos reservados no han entrado al patrimonio fideicomitado y, en consecuencia, su ejecución es independiente del fideicomiso". (51)

Se confunde este autor, pues cuando la ley dice: "salvo los que expresamente se reserve el fideicomitente", se está refiriendo a derechos y acciones a ejercitarse sobre el bien objeto del fideicomiso, no se refiere al bien en sí, si la ley se refiriera al bien en sí, entonces sí tendría razón el Lic. Krieguer pues evidentemente éstos, al reservárselos el fideicomitente, no entran en la masa fideicomitada; continúa diciendo el artículo: "los que para él (el fideicomitente) deriven del fideicomiso -- mismo", son estos derechos que no existen al momento de la constitución del acto y menos aún antes, pues su existencia, y por lógica, su ejercicio dependen de la ejecución del acto; continúa el artículo "o los adquiridos legalmente respecto de tales bienes, con anterioridad a la constitución del fideicomiso, por el fideicomisario o por terceros", creemos que esta última parte sale sobrando pues si con el hecho de afectar en fideicomiso los bienes, los terceros se vieran imposibilitados a ejercitar las acciones legalmente existentes con anterioridad, se trataría entonces de un fideicomiso ilegal.

Por su parte, el último párrafo del precepto nos marca: "El fideicomiso constituido en fraude de terceros podrá en todo tiempo ser atacado de nulidad por los interesados".

Es esta una disposición lógica, el fideicomiso evidentemente no puede ser la vía para defraudar los legítimos intereses de terceros, en realidad el legislador pudo haber excluido este párrafo pues ni el fideicomiso, ni ninguna otra de las figuras que regula el derecho puede ser instrumento para defraudar, sin embargo hizo bien el legislador en incluirla, simplemente para reiterar aquello que se debe considerar sobreentendido.

Por otro lado, es necesario, por lógica, que el crédito en cuyo fraude se constituye el fideicomiso sea anterior al acto y que, además, en virtud de la constitución se derive la insolvencia del fideicomitente.

Asimismo coincidimos con el Lic. Batiza cuando dice: "Consideramos que el precepto de la ley sustantiva va demasiado lejos al disponer que el fideicomiso en fraude de terceros 'podrá en todo tiempo' atacarse de nulidad. Salvo la obligación de dar alimentos, que por ley está declarada imprescriptible (Art. 1160 Código Civil), no se ve ningún motivo para crear otra excepción.

Por el contrario, el fundamento de la prescripción como una necesidad social reconocida, exige que los derechos deban tener un término y no queden sujetos a un ejercicio indefinido o en suspenso durante demasiado tiempo". (52).

Por último, consideramos que sería conveniente que el derecho a invocar la nulidad del acto se concediera también a la institución fiduciaria, pues ésta, sin saberlo, puede aceptar un fideicomiso que lleve un fondo -- fraudulento y posteriormente descubrirlo, en cuyo caso debería considerársele como interesado, a fin de poder invocar la nulidad del acto.

Comenta el autor del precepto: "La ley admite que se constituyan en fideicomiso, como ocurre en el 'trust' toda clase de bienes, salvo, naturalmente, los que no son susceptibles de transmitirse, pues en tal supuesto no podrían integrar un patrimonio distinto del de aquel que los destina, o sea, el fideicomitente".

"El patrimonio fideicomitado queda constituido por los bienes y derechos que lo integran y que desde ese momento no podrán tener más destino que el que se les asigne por el fideicomitente. Este podrá, sin embargo, 52.- Principios Básicos del Fideicomiso y de la Admon. Fiduciaria, Pág.87

limitar ese destino en la forma que tenga por conveniente, con tal de que así lo consigne en el acto constitutivo. Igualmente se excluyen los derechos que para el fideicomitente deriven de los términos del fideicomiso y los adquiridos ya legalmente por el fideicomisario o por terceros, puesto que tales derechos no están ya disponibles en el patrimonio del fideicomitente".

"Ratificando lo anteriormente expuesto, se declara la invalidez de -- los fideicomisos constituídos en fraude de acreedores, para evitar el mal uso de la institución y porque así se reconoce, la falta de disponibilidad de los bienes que se pretendan constituir en fideicomiso". (53)

#### Artículo 352

Veamos el siguiente artículo, el cual a la letra nos dice: "Art. 352: El Fideicomiso puede ser constituído por acto entre vivos o por testamento. La constitución del fideicomiso deberá siempre constar por escrito - y ajustarse a los términos de la legislación común sobre transmisión de - los derechos o la transmisión de las cosas que se den en fideicomiso".

La parte que señala que se podrá constituir el fideicomiso por acto entre vivos, no merece mayor comentario, la que dice que lo puede ser mediante testamento merece las siguientes observaciones:

En primer lugar diremos que en realidad la constitución de fideicomisos mediante testamento no es común en la práctica, ahora bien, ¿en que forma es como se constituyen los fideicomisos testamentarios?

La práctica bancaria ha acostumbrado dar ese nombre a aquel fideicomiso en el cual el fideicomitente ocurre ante una determinada institución fiduciaria y transmite a éste una parte proporcional de su patrimonio, para que ésta lo mantenga en su poder hasta en tanto se verifique la muerte

del fideicomitente; una vez ocurrida ésta, el fiduciario procederá a iniciar las gestiones necesarias para alcanzar el fin lícito que fué señalado en el acto constitutivo, por ejemplo, el pago de una pensión alimenticia, o bien seguir realizando la labor que se venía desempeñando antes de la muerte del fideicomitente; en el ejemplo de la pensión alimenticia, ésta podría haberse estado otorgando aún antes de la muerte del autor del acto y una vez ocurrida ésta, seguir el fiduciario realizando el fin por así haberlo querido el fideicomitente. Sin embargo, una reflexión nos lleva a concluir que los fideicomisos testamentarios constituidos en esta forma, no son en realidad testamentarios, pues en primer lugar el testamento no es un acto contractual, es factible que en virtud de lo dispuesto en un testamento se deriven contratos, pero el testamento en sí, no puede constar en el contrato que se efectue con la fiduciaria, por otro lado, - en estos casos el fideicomiso queda perfeccionado en vida del fideicomitente pues antes de su muerte la fiduciaria ha aceptado ejecutarlo, y desde el momento en que el fiduciario acepta su desempeño queda transmitida la propiedad de los bienes a él mismo, es decir, no están más en el patrimonio del fideicomitente, de modo que llegada la muerte de éste, los bienes que estuvieren afectados en fideicomiso, no formarían parte de la sucesión, pues ya no le pertenecían, y por tanto el albacea no deberá considerarlos en el inventario que formule de la masa hereditaria, las vicisitudes que pudieran ocurrir a dicha masa no afectarán el fideicomiso.

Otra forma que se ha manejado en tratándose de los fideicomisos testamentarios, es designar al fiduciario como heredero para que éste una vez recibida la herencia proceda a efectuar con ella lo estipulado en el fideicomiso; este modo de operar se basa excesivamente en la confianza hacia el fiduciario, pero su más grave defecto es que regresa en su esencia

al "fideicomissum hereditates" del derecho romano; en efecto, se trata en estos casos de una herencia gravada, pues el heredero (en este caso el fiduciario) no puede aprovechar para sí la herencia sino que tiene la obligación de finalmente transmitirla a otro, de modo pues que técnicamente - adolece de fallas y termina, en estricto sentido, siendo contraria al ór-- den público, al impedir la libre circulación de dichos bienes.

En nuestra opinión lo que procede es que el fideicomitente en su tes tamento declare constituido el fideicomiso sobre determinados bienes de - su propiedad, encomendando al albacea que sea él quien contrate la eje- cución con un fiduciario autorizado para ejecutarlo, o en su caso el --- juez.

Esta forma permitida por la ley de constituir un fideicomiso median- te testamento, confirma nuestro punto de vista en el sentido de que la de- claración unilateral de voluntad del fideicomitente es suficiente para la creación de un fideicomiso.

También en otros países se permite la constitución a través de testa- mento, así por ejemplo, Panamá (Art. 18 Ley sobre Fideicomisos) Costa Ri- ca (Art. 639 Código de Comercio), Colombia (Art. 1228) Venezuela (Art. 4 Ley de Fideicomisos, Guatemala (Art. 771) Honduras (Art. 1034).

Por su parte, los proyectos que se han elaborado por parte de la Aso- ciación de Banqueros de México, todos incluyen esta posibilidad de crea-- ción para la figura.

Continuemos con el segundo párrafo del precepto que dice: "La consti tución del fideicomiso deberá siempre constar por escrito y ajustarse a - los términos de la legislación común sobre transmisión de propiedad de -- las cosas que se den en fideicomiso".

Cuando el artículo en cuestión nos dice que la constitución deberá



constar por escrito, no hace sino marcar un requisito que es perfectamente lógico, pues debe existir un documento en el que queda consignada la afectación que se está llevando a cabo, cabe aclarar que los vicios de forma en el fideicomiso son susceptibles de subsanarse, ya que este acto no es de los que se consideran solemenes, sin embargo tratándose del fideicomiso testamentario, éste debe llenar los requisitos que el caso requiera; las palabras que siguen conforman la opinión prácticamente unánime en la doctrina y la Jurisprudencia en el sentido de que el fideicomiso es traslativo de dominio, así pues, cabe concluir que si es cierto, como lo es, que el fideicomiso es traslativo de dominio, entonces el fiduciario se convierte en el titular del patrimonio fideicomitado, pero una titularidad especial, sui géneris, que no va a participar de las mismas características que la que tienen el fiduciario con el resto de su patrimonio, pues incluso nunca llegan a confundirse el patrimonio fideicomitado con el patrimonio de la Institución fiduciaria.

Se convierte pues, la fiduciaria en titular de más de un patrimonio sin que lo que ocurra en uno afecte al otro; la Suprema Corte de Justicia en el amparo directo 5567/74, promovido por Banco Internacional Inmobiliario, S.A., estableció sobre el particular: "El fiduciario es titular de propiedad fideicomitada, es decir, de cuantos patrimonios separados o autónomos de afectación se hubieran constituido con su intervención (fracción III, del artículo 45 de la Ley General de Instituciones de Crédito y Organizaciones Auxiliares) pero cada patrimonio fideicomitado y el general o propio de la institución fiduciaria, deben ser administrados con reglas propias, y especialmente cada patrimonio responde de sus propias deudas, las cuales permanecen ajenas y sin influencia ni afectaciones de cada uno de ellos en los otros (fracciones XI y XIV) del

mismo artículo), naturalmente salvo los casos excepcionales que la ley - prevé, en que la institución fiduciaria responde con su capital propio en el fideicomiso, como sucede particularmente en las hipótesis a que se refieren las fracciones IX y XII del citado artículo 45".

El Lic. Krieguer comenta refiriéndose al patrimonio familiar: "Es interesante señalar que, de acuerdo con el artículo 724 del Ordenamiento Civil, la constitución del patrimonio de la familia no hace pasar la propiedad de los bienes del que lo constituye a los miembros de la familia beneficiaria, de donde resulta que un solo sujeto puede ser titular de dos patrimonios distintos: el suyo propio y el familiar que ha constituido".(54)

Así como el Lic. Krieguer comenta la posibilidad de un titular para dos patrimonios en el caso del patrimonio de familia, igual ocurre en el fideicomiso; el fiduciario es titular del patrimonio propio y titular además de todas las masas patrimoniales con él fideicomitidas, las cuales -- son consideradas patrimonios autónomos ya que lo ocurrido en uno, no repercute al otro; esta situación así debe ser, ya que si así no ocurriera, la creación y el desarrollo del fideicomiso implicaría evidentes riesgos y desventajas.

El Lic. Villagordoa Lozano comenta al respecto: "...los derechos -- transmitidos al fiduciario en virtud del fideicomiso, en el que interviene, no ingresan a su propio patrimonio, sino que se crea un patrimonio autónomo en cada fideicomiso. Lo anterior lo encontramos fundado en el artículo 45 fracción III de la L.G.I.C.O.A., cuando previene que "las instituciones fiduciarias registrarán en su contabilidad el dinero y demás bienes, valores y derechos que hayan sido dados en fideicomiso ... y los frutos y productos de tales bienes estarán afectos a otras responsabilidades que las derivadas del fideicomiso... o las que contra ellos correspondan

a terceros de acuerdo con la ley", en esta disposición legal se establece la forma en que el fiduciario debe registrar en su contabilidad, los bienes y derechos fideicomitados, que debe realizarse cuentas especiales , - correspondiendo cada una de ellas, a los fideicomisos que acepte el propio fiduciario".

Adelante agrega: "Ahora bien, el destino de estos bienes y derechos se concretó exclusivamente al fin de cada fideicomiso, sin que se encuentren sujetos a las responsabilidades propias del fiduciario, sino únicamente a aquellas que correspondan a terceros ajenos a la constitución -- del fideicomiso, cuando se encuentren fundadas de acuerdo con la ley. Más aún, en caso de quiebra del fiduciario, los bienes y derechos que tienen en fideicomiso no entran a ella, por encontrarse separados de su propio patrimonio. En consecuencia, las acciones correspondientes para obtener la separación de los bienes de derechos dados en fideicomiso, de la quiebra del fiduciario, competen al fideicomitente y al fideicomisario - con fundamento en el artículo 159 de la Ley de Quiebras y Suspensión de - Pagos".

"No obstante lo anterior, el patrimonio del fideicomiso no es un patrimonio sin titular, sino que esa titularidad corresponde, como ya dijimos, al fiduciario en los términos y condiciones que se establezcan en el acto constitutivo del fideicomiso".

Añade este autor el fundamento doctrinal a sus opiniones, a las cuales nos sumamos, y que encuentra en el pensamiento de Francisco Ferrara, dice: "La fundamentación doctrinal de lo anterior, la fincamos en el pensamiento de Francisco Ferrara, quien a este respecto sostiene que "las -- personas pueden ser titulares de varias masas patromoniales, de las cua-- 54.- Op. Cit. Pág. 67

les cada una tiene un tratamiento y finalidad jurídica diferente; así es como nace la figura del patrimonio separado, es decir, del patrimonio jurídicamente distinto del restante de la persona, capaz de tener relaciones y deudas propias y además ser completamente ajeno a las fluctuaciones y vicisitudes que gravan al patrimonio vecino o al patrimonio en cuyo seno existe. El patrimonio separado es un centro autónomo que no tiene --- otras relaciones con el patrimonio vecino, que la liga extrínseca de tener el mismo sujeto...

Los dos patrimonios tienen vida propia diferente y aún son capaces - de tener mutuas relaciones jurídicas y solamente tienen un sujeto común. Pero el patrimonio autónomo no es una persona jurídica, porque si la autonomía es una consecuencia de la personalidad, dicha autonomía no presupone inversamente la existencia de sujetos diferentes".

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

"Para que el patrimonio forme un todo unitario, no basta una especial destinación".

"El único criterio seguro para reconocer la existencia del patrimonio autónomo, es el relativo a la responsabilidad por deudas propias. El patrimonio autónomo es aquel que tiene deudas, en el que se localizan las obligaciones y las responsabilidades que de él mismo nacen, y que no resis-

ten los efectos de las obligaciones diferentes que gravan el resto del patrimonio del sujeto. En las manos de un mismo titular, se tienen dos esferas jurídicas separadas: el patrimonio general de la persona y otro centro patrimonial que tiene sus propios derechos y obligaciones"(55)

Por su parte, el autor de la Ley nos comenta sobre el precepto:

"Este precepto no hace sino sancionar dos de las formas clásicas de constitución del fideicomiso: el acto intervivos y la disposición testamentaria".

"En cuanto a la forma, se optó terminantemente por la escrita, en vista del peligro de interpretación y de prueba de la verdad y se requirió el requisito previo de la disponibilidad de los derechos y de la propiedad de los bienes en fideicomiso, reiterando así la idea de la constitución de un patrimonio diverso del perteneciente al fideicomitente". (56)

#### Artículo 353

Pasemos con el siguiente artículo, el 353, el cual nos marca: "El Fideicomiso cuyo objeto recaiga en bienes inmuebles, deberá inscribirse en la sección de la Propiedad de Registro Público del lugar en que los bienes estén ubicados. El fideicomiso surtirá efectos contra tercero, en el caso de este artículo, desde la fecha de inscripción en el Registro".

Es lógico que tratándose de bienes inmuebles la ley señale que tendrá que efectuarse la inscripción en el Registro Público de la Propiedad y no podría ser de otro modo, ya que el fideicomiso implica una limitación en un primer momento, del derecho de propiedad en tanto no ha entrado en acción el fiduciario, una vez interviniendo éste, quiere decir que ha ad-

55.- Op. Cit. Págs. 130 y siguientes

56.- Op. Cit. XXXI

quirido la propiedad y por tanto el acto ha alcanzado su madurez como acto jurídico, lo cual implica ya no solo limitación del derecho de propiedad, sino la transmisión de éste; ahora bien, dicha transmisión es necesaria, indispensable para la eficacia del acto, para su ejecución, pero no así para su constitución, en otras palabras un fideicomiso puede existir sin que haya transmisión, pero no puede alcanzar sus fines si no se ha operado dicha transmisión; así pues- el efecto traslativo de dominio es la regla general; ahora bien, cuando se trata de explicar la naturaleza y los efectos de alguna institución se debe partir, como ocurre, de las reglas generales, esto es, se atiende a la forma en que normalmente opera la institución de que se trate; el fideicomiso, como todas las figuras - suele tener sus excepciones a la regla general, y en el caso relativo a la transmisión la hay: cuando el fiduciario comparece con tal carácter a un fideicomiso en el cual tiene igualmente la calidad de fideicomitente; la Ley sustantiva prohíbe expresamente ser fiduciario y fideicomisario, pero nada dice respecto de ser fideicomitente y fiduciario, cabe mencionar que en el derecho anglosajón la posibilidad es natural, el Dr. George G. Boggert afirma: "en casi todos los casos existen cuando menos tres partes -- conectadas con el trust que son:

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

menos de dos". (57)

En el supuesto que mencionamos no opera el efecto traslativo de dominio, no hay desincorporación de bienes del patrimonio de cierta persona para incorporarse al de otra, en este caso al de la fiduciaria, aún cuando dicha integración patrimonial sea muy distinta, como ya lo vimos a la que ocurre en los demás casos, el acto está llevándose a cabo en este supuesto con una sola persona, el fideicomitente - fiduciario, la cual habrá de ser forzosamente institución bancaria; aún cuando se tratare de -- distintos departamentos de la institución, la personalidad es única, no -- cabría suponer la dualidad de personalidades respecto de una misma persona moral, así pues, el efecto traslativo no se da porque sencillamente no hay a quien transmitir, ya que se trata de una sola persona que es el banco, mas aún, creemos que en esa hipótesis ni siquiera cabe hablar de contrato o de partes contratantes, ¿contrato con quién? ¿consigo mismo? somos de la opinión que la ley debería ser mas precisa en ese sentido y --- prohibir dicha posibilidad, pues si bien es cierto que no se ha convertido en práctica constante, sí existen casos en que se ha recurrido a la -- constitución de fideicomisos en esas condiciones, sobre todo entre la solapada banca tradicionalmente oficial, violando así lo preceptuado en el único artículo que nos sirve de apoyo legal a nuestro punto de vista, nos referimos al artículo 84 fracción XVIII inciso a) de la Ley Reglamentaria del Servicio Público de Banca y Crédito (antes fracción III del artículo 46 de la Ley General de Instituciones de Crédito) el cual señala que a las instituciones de crédito, en la realización de fideicomisos les estará prohibido: "celebrar operaciones con la propia institución..."

57.- Citado por Miguel Acosta Romero, Naturaleza Jurídica del Fideicomiso, Las Instituciones Fiduciarias y el Fideicomiso en México, Pág. 160.

Ahora bien, retomando el tema que trata el artículo, diremos que en nuestra opinión, aún cuando la Ley sustantiva no lo hubiere mencionado, el fideicomiso es un acto que debido a su naturaleza traslativa y modificatoria de la situación jurídica de los bienes que constituyen su objeto, debe ser inscrito en el Registro Público de la Propiedad; el Código Civil en el artículo 3011 nos dice: "Los derechos reales y en general cualquier gravámen o limitación de los mismos o del dominio, para que surtan efectos contra terceros, deberán constar en el folio de la finca sobre que recaigan en la forma que determine el reglamento..." y el artículo 3042 no deja lugar a dudas cuando señala: "En el Registro Público de la Propiedad inmueble se inscribieran:

I.- Los títulos por los cuales se cree, declare, reconozca, adquiera, transmita, modifique, limite, grave o extinga el dominio, posesión originaria y los demás derechos reales sobre inmuebles";

Por su parte el Reglamento del Registro Público de la Propiedad nos dice en su artículo 58: "El Folio de Derechos Reales" es el instrumento - destinado a la realización material de la publicidad registral, en relación con todos aquellos actos o contratos que se refieran a una misma finca..."

Más adelante el mismo Reglamento nos marca en el artículo 114: "En los Folios del Registro Inmobiliario se inscribirán los títulos o documentos en que se consignen cualesquiera de los actos o contratos que señala el artículo 3042 del Código Civil".

Art. 115: "Los actos o contratos a que se refiere el artículo anterior son materia de inscripción en la parte primera del Folio Inmobiliario, excepción hecha de aquellos por lo que se constituyan, reconozcan - transmitan, modifiquen o extingan derechos de hipoteca y demás derechos -



reales distintos del de propiedad, a los cuales está destinada la segunda parte del Folio".

Continúa el siguiente artículo:

Art. 116: "Entre los actos destinados a ocupar la parte primera del folio respectivo, deberán considerarse:

...IV.- Los fideicomisos en los cuales el fideicomitente no se reserva expresamente la propiedad del bien fideicomitado".

Y el 117 señala: "Entre los actos destinados a ocupar la segunda -- parte del folio respectivo, se considerarán:

... II.- Los fideicomisos en los que el fideicomitente se reserve expresamente la propiedad del inmueble fideicomitado..."

De lo antes transcrito se puede concluir que el fideicomiso, aún desde su fase constitutiva, es necesario inscribirlo en el Registro Público - cuando de inmuebles se trata, esto es, no es necesario para la inscripción la transmisión; generalmente la declaración del fideicomitente constituyendo el acto y la aceptación del fiduciario consintiendo en ejecutarlo, se lleva a cabo en el mismo acto el cual, desde luego, se deberá inscribir, el texto del documento respectivo incluirá ambos momentos, sin embargo puede darse el caso de que la realización de la constitución y el consentimiento para la ejecución no sean simultáneos, sino sucesivos, sin embargo la circunstancia de que así ocurra, no excluye de la necesidad -- del registro del acto, aún desde su fase ejecutiva, pues no obstante que -- no se ha operado aún la transmisión, la sola constitución del acto trae -- aparejada la modificación del régimen jurídico que se aplicará a dichos -- bienes, pues desde el momento en que el fideicomitente declara constituido un fideicomiso respecto de una parte de su patrimonio, automáticamente se limita él mismo en su derecho de propiedad, pues aún cuando no han sali

do de su esfera patrimonial, ya no están sujetos, dichos bienes o derechos a las mismas reglas que el resto del patrimonio, situación que debe ser conocida por los terceros; en realidad no es del todo errónea la posición que sustenta que el fideicomiso es un gravámen, pues en la fase constitutiva, es decir aquella en la que aún no hay transmisión al fiduciario, pero sí limitación de dominio en virtud de la afectación, se podría equiparar de alguna manera a un gravámen, pero esta situación no puede ser permanente y durará solo hasta que el fiduciario acepte ejecutar el acto, momento en el cual opera el traslado a su favor, considerándose entonces un acto de enajenación, de ahí que seamos de la opinión de que se imponga en la ley substantiva un término máximo para que una institución fiduciaria manifieste su consentimiento en desempeñar el acto, una vez después de constituido éste; si vencido dicho término no hubiera aún fiduciaria que hubiere aceptado, entonces el fideicomiso cesaría; el error de los autores que conciben al fideicomiso como gravámen es en considerar que todo el tiempo durante la vigencia del fideicomiso tendría éste tal carácter; el origen de dicho error se deriva de otro aún más grave, que es no admitir que en el fideicomiso existe transmisión al fiduciario de la propiedad de aquello que constituye la materia; El artículo 22 del Proyecto Alfaro decía que no se inscribirían en el Registro Público a nombre del fiduciario, los bienes raíces fideicomitados si no se presentaba para su inscripción junto con el instrumento de fideicomiso la escritura de aceptación, salvo que ésta constare en el mismo instrumento.

Por otro lado, la inscripción en el Registro Público de la Propiedad no es el único registro en el que se deberán inscribir los fideicomisos - pues cuando se trate de fideicomisos en los que el fideicomisario tenga diversa nacionalidad a la mexicana, será necesaria su inscripción en el Re

gistro Nacional de Inversiones Extranjeras dependiente de la Secretaría - de Comercio y Fomento Industrial (Art. 23 Fracción III Ley para Promover la Inversión Mexicana y regular la Inversión Extranjera).

Por su parte los proyectos de la Asociación de Banqueros nos dicen: Proyecto 1950, Artículo 356: "El fideicomiso que recaiga en bienes inmuebles deberá inscribirse en la Sección de Propiedad del Registro Público del lugar en que los bienes estén ubicados.

El fideicomiso surtirá efectos contra tercero, en el caso de este artículo desde la fecha de inscripción en el Registro.

A partir de la aceptación de su cargo, la institución fiduciaria será responsable del registro del fideicomiso y de sus reformas, si no se hubiere inscrito".

El Proyecto 1960 en su artículo 359 transcribe literalmente los dos primeros párrafos del artículo 356 del Proyecto 1950, en su último párrafo menciona: "En relación con los bienes inmuebles objeto del fideicomiso, no deberá hacerse ninguna inscripción posterior, salvo que se trate de los derechos o acciones a que se refiere el segundo párrafo del artículo 347 o derivados de la ejecución del fideicomiso mismo por la institución fiduciaria".

Veamos lo que comenta el autor de la Ley: "Dos son las ideas rectoras del precepto: 1a. la reiteración de la constitución del patrimonio fiduciario mediante la salida de los bienes del patrimonio del fideicomitente, y su asignación a su nuevo titular; y 2o. la publicidad que en nuestro medio rige la materia de los inmuebles, como garantía del comercio jurídico y para protección de terceros.

En esta forma se evitan las discusiones - existentes en otros regímenes jurídicos - acerca de la buena o mala fe de quienes contratan con

el fiduciario, con todos los inconvenientes y peligros y las dificultades consiguientes de liquidación, que las mismas acarrea". (58)

#### Artículo 354

Pasemos al siguiente artículo, el 354 que a la letra dice: "El fideicomiso cuyo objeto recaiga en bienes muebles surtirá efectos contra tercero desde la fecha en que se cumplan los requisitos siguientes:

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

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

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

Este artículo viene, en realidad, a ser una continuación del anterior, pues aquí, igual que en el que antecede, se tuvo en mente a las terceras personas que tuvieran alguna relación con cualquiera de las partes que intervienen en el acto en cuanto involucrara dicha relación a la materia fideicomitada; los terceros que se encuentren en dicha hipótesis deben saber de antemano la situación jurídica real de los bienes o derechos materia del contrato de que se trate; por otro lado, el precepto confirma el efecto traslativo de dominio que le es consubstancial al fideicomiso, en efecto, en la fracción I se dice que el acto debe ser comunicado al deudor, y no podría ser de otro modo pues el fiduciario en su calidad de nuevo titular de los derechos que se mencionan será el único legitimado para recibir el pago o los pagos que finiquiten el adeudo, por supuesto en la proporción que se le hubieren transmitido; por lo que

58.- Op. Cit. XXXII

respecta a la fracción segunda, ésta alude al endoso que es una forma de transmisión, pues implica una sustitución de derechos, creemos que en este caso debe entenderse que la ley alude al endoso en propiedad puesto que, los endosos en procuración y garantía no transmiten la propiedad.

Por último en la fracción tercera, se dice que bastará que estén en poder de la fiduciaria para que surta efectos contra tercero cuando de cosa corporea o título al portador se trate; en este caso se parte del supuesto que quien tiene la posesión tiene la propiedad, así cuando la institución fiduciaria es quien tiene la posesión, será ella la que se considere dueña desde la fecha en que la tuvo,

Este artículo fué copiado casi literalmente del artículo 16 del proyecto Vera Estaño, sin embargo este proyecto consideraba al fideicomiso como un gravámen real, concepción que, como vimos, no se apega a la realidad del fideicomiso funcionando en su plenitud.

Veamos lo que comenta el Lic. Villagordoa sobre este precepto en relación con los terceros: "Terceros en el fideicomiso, para los efectos de las distintas fracciones del artículo 354, son respectivamente, el deudor del crédito no negociable o del derecho personal (fracción I); el emisor del título nominativo (fracc. II, y el poseedor de cosa corpórea o de título al portador (fracc. III).

En el caso de la fracción I, la ley trata de proteger al deudor que no fuera notificado de la transmisión fiduciaria, para evitar que el pago se haga al primitivo acreedor en este caso el fideicomitente, que ocasionaría un doble pago a cargo del deudor; para que el nuevo acreedor o sea la institución fiduciaria, pueda ejercitar sus derechos contra el deudor, deberá hacer a éste la notificación de la cesión, ya sea judicialmente, ya en lo extrajudicial, ante dos testigos o ante notario, como lo se

ñala el artículo 2036 del Código Civil.

La Fracción II protege a la institución emisora, porque ésta, mientras la transmisión fiduciaria no conste en sus registros, "está obligada a reconocerse como tenedor legítimo... a quien figure como tal, a la vez en el documento y en el registro" como lo ordena el artículo 24 de la L.G.T.O.C."

" Por último, la fracción III protege al poseedor de cosa corpórea, o al tenedor material de un título al portador porque "en materia de muebles la posesión vale título", y la posesión material de un título al -- portador legitima al deudor según está previsto en los artículos 18 y 70 de la Ley mencionada en el párrafo anterior ". (59)

Por otro lado no encontramos una disposición similar en las legislaciones de los países latinoamericanos en donde sí se regula este aspecto incluso a nuestro juicio con mejor técnica, dice el Artículo 776 del Código de Comercio de Guatemala que el fideicomiso surte efectos: "desde que se presente el documento constitutivo al Registro de Propiedad, si son inmuebles derechos reales u otros bienes sujetos a inscripción; desde que la Traslación se perfeccione, si se trata de créditos u obligaciones no endosables; desde la fecha del endoso o registro, si son títulos a la orden o nominativos o bienes muebles sujetos a registro; desde la fecha del documento constitutivo, si son bienes muebles no sujetos a registro: desde que se efectue la Tradición, si son Títulos al portador; y -- desde que se publique un edicto en el Diario Oficial que notifique el fideicomiso a los interesados, si son empresas industriales, comerciales o agrícolas.

Por lo que respecta a los proyectos de la Asociación de Banqueros de 59.- Op. Cit. Pags. 168,169.

de México, el primero, de 1950 transcribe literalmente el precepto vigente, el proyecto de 1955 se limita a decir en su artículo 348: "El fideicomiso constará por escrito, y se regirá por las normas del derecho común local sobre formalidades y publicidad de los actos traslativos de dominio", el último proyecto de 1960 también transcribe literalmente el artículo vigente.

Veamos por último lo que comenta el Lic. Macedo: "Las ideas que informan este precepto son las mismas que expusimos al comentar el anterior y se limitan a consignar los requisitos que nuestro derecho común señala para darles cabal cumplimiento", (60)

#### Artículo 355

Pasemos ahora al siguiente artículo el 355, que literalmente consigna:

"Art. 355.- El fideicomisario tendrá, además de los derechos que se le concedan por virtud del acto constitutivo del fideicomiso, el de exigir su cumplimiento a la institución fiduciaria; el de atacar la validez de los actos que ésta comenta en su perjuicio, de mala fé o en exceso de las facultades que por virtud del acto constitutivo o de la ley le correspondan, y cuando ello sea procedente, el de reivindicar los bienes que a consecuencia de estos actos hayan salido del patrimonio objeto del fideicomiso.

Cuando no exista fideicomisario determinado o cuando éste sea incapaz, los derechos a que se refiere el párrafo anterior corresponderán al que ejerza la patria potestad, al tutor o al Ministerio Público, según el caso".

Éste precepto, como podrá verse enumera algunos de los derechos del fideicomisario, los cuales de ninguna manera son enunciados en forma limitativa ya que éstos podrán ser tan amplios como el acto constitutivo lo declare, sin embargo los derechos a los que la ley se refiere aún cuando el acto constitutivo los omitiese debe entenderse que el fideicomisario los tiene; exigir el cumplimiento del acto al fiduciario es un derecho -- que el fideicomisario debe tener necesariamente, pues el fideicomitente puede ya haber muerto cuando el fideicomiso se ejecute o simplemente no haber tenido más intervención en el fideicomiso después de haberlo constituido, situación no rara por cierto, además en última instancia a quien beneficia o perjudica que el fideicomiso se cumpla, es precisamente al propio fideicomisario y aunque el precepto no lo dice, creemos que ese derecho lleva implícita la posibilidad de ocurrir, si se hace necesario ante la autoridad competente correspondiente a fin de que ésta obligue al debido cumplimiento del acto a la institución fiduciaria,

Nos comenta sobre este particular el Lic. Batiza quien dice: "La ley substantiva, en vigor establece que "el fideicomisario tendrá, además de los derechos que se le concedan por virtud del acto constitutivo del fideicomiso, el de exigir su cumplimiento a la institución fiduciaria". (art. 355). Esta disposición no tiene antecedentes en las leyes que la precedieron, pero armoniza con naturalidad dentro del concepto general -- de las obligaciones y del carácter contractual del fideicomiso, a pesar de que el fideicomisario puede no haber sido parte original. Serán entonces las obligaciones asumidas por el fiduciario, en relación con el fin del fideicomiso de que se trate, los elementos que sirvan para determinar en cada caso lo que constituya el cumplimiento por parte del fiduciario. (61)

61.- Batiza Rodolfo El Fideicomiso, Teoría y Práctica Pág. 315.





violación o exceso del encargo recibido, además de la indemnización a favor del comitente de daños y perjuicios, quedará a opción de éste ratificarlas o dejarlas a cargo del comisionista (Art. 289). Consideramos que la acción de nulidad especial que consagra la ley substantiva puede asimilarse, por sus efectos, a la acción pauliana también llamada "revocatoria", (62)

Continuando con el texto del precepto, nos marca: "... y cuando ello sea procedente, el de reivindicar los bienes que a consecuencia de estos actos hayan salido del patrimonio objeto del fideicomiso".

Este párrafo tiene el mérito de haber logrado lo que no había sido posible lograr en otros aspectos de la institución; en efecto, cuando los autores se han ocupado de analizar sus términos se han unificado sus criterios, sin importar su tendencia en otros puntos, lo lamentable es que sea para criticarlo, y es que cuando de criticar se trata el jurista es implacable, aunque sentimos que en este caso no carece de razón; en efecto, aunque en realidad se comprende lo que el legislador quiso decir, éste no utilizó la terminología adecuada, y comentiendo un gran error señaló que el fideicomisario tendría el derecho de reivindicar.

El Lic. Batiza supone inspiración del redactor de la ley en Lepaulle y al respecto nos comenta: "Este derecho, que ha suscitado opiniones contrarias en nuestra doctrina por cuanto a su naturaleza, mas no así en cuanto a sus efectos, debe su inclusión en nuestra ley a la influencia de Lepaulle cuando sostenía: "Si el trustee valiéndose de su título de 'propietario' vende fraudulentamente la 'res' a un tercero de mala fé, el C.Q.T. puede ejercitar o una acción reivindicatoria contra el tercero o -

un privilegio de retención sobre el precio que conserve el trustee.

A pesar de ello, el C.Q.T. pierde su acción reivindicatoria contra - el tercero cuando éste ha obrado de buena fé". (63)

Ahora bien, ¿quienes pueden valerse de dicha acción para defender - su patrimonio? el artículo 4o. del Código de Procedimientos Civiles nos - lo señala: "La reivindicación compete a quien no está en posesión de la cosa, de la cual tiene la propiedad, y su efecto será declarar que el actor tiene dominio sobre ella y se la entregue al demandado con sus frutos y accesiones en los términos prescritos por el Código Civil".

Como podrá verse, esta acción está reservada para ejercerse por aquel que es propietario, la ley sustantiva dice "... cuando ello sea procedente..." ¿cuándo es procedente? cuando se es propietario ¿es el fideicomisario el dueño del patrimonio fideicomitado durante la vigencia del acto?

No, los derechos del fideicomisario, opina la mayor parte de la doctrina, son derechos personales, derechos de crédito contra la institución fiduciaria sin que se trate nunca del principal real, es decir, la propiedad, el mismo legislador así lo ha reconocido cuando en el artículo 18 - de la Ley para promover la Inversión Mexicana y regular la Inversión Ex-- tranjera, se estipula: "En términos de la fracción I del artículo 27 de - la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos y de su Ley Orgá - nica, se faculta a la Secretaría de Relaciones Exteriores para que autori - ce en cada caso la conveniencia de conceder a las instituciones de crédi - to, permisos para adquirir, como fiduciaria, el dominio de bienes inmue-- bles destinados a la realización de actividades industriales y turísticas en la faja de cien kilómetros a lo largo de las fronteras, en la zona de - cincuenta kilómetros a lo largo de las playas del país, siempre que el ob - 63.- Batiza, Rodolfo, El Fideicomiso, Teoría y Práctica, Págs. 317, 318.

jeto de la adquisición sea el de permitir la utilización y aprovechamiento de dichos bienes a los fideicomisarios, sin constituir derechos reales sobre ellos, pudiendo emitir para estos fines certificados de participación inmobiliarios nominativos y no amortizables".

En realidad, los efectos del ejercicio de este derecho por el fideicomisario, nos lleva a concluir que en realidad lo que se ejerce es una acción pauliana, pues en ésta, el acreedor intenta la declaración de invalidez de actos del deudor tendientes a menguar su propio patrimonio (del deudor) y que pueden ocasionar la insolvencia de éste con los consecuentes perjuicios para el acreedor; lo que en realidad hace el fideicomisario cuando ejercita este derecho no es obtener el ingreso de la materia fideicomitada a su patrimonio, sino más bien la reintegración de dichos bienes al patrimonio del fideicomiso a fin de que existan bienes que respalden sus derechos.

Prácticamente no hay autor que tocando el tema no termine criticando la terminología del legislador, por lo que los comentarios son abundantes, veamos sólo lo que al respecto nos comenta el Lic. Rodrigo Vázquez Armijo quien dice: "...facilmente podemos apreciar que el llamado derecho de "reivindicación" del fideicomisario no se asemeja a la acción de reivindicación, ni tiene sus supuestos fundamentales".

"Si como hemos demostrado, el fiduciario es el titular de los derechos transmitidos por el fideicomitente en virtud del fideicomiso, es evidente que en el supuesto de una disposición indebida de bienes, el tercero beneficiario de la estipulación o fideicomisario que no es propietario, carecerá de acción reivindicatoria para obtener la restitución".

"Como consecuencia de lo antes expuesto, necesariamente debemos considerar que el derecho o acción del fideicomisario a que nos hemos venido re

firiendo, tiene una naturaleza distinta".

"La posibilidad de ejercicio de ese derecho solamente se da al fideicomisario, cuando se enajenan los bienes por mala fé o exceso del fiduciario y tiende a que dichos bienes se reintegren al patrimonio fideicomitido".

"En esas condiciones y encontrando semejanza de este derecho con la acción pauliana, que es la que corresponde al acreedor a fin de obtener la anulaci3n de los actos celebrados por su deudor, en perjuicio y fraude de sus derechos, lo encuadramos dentro del grupo de acciones personales".

"En primer lugar se trata de una acci3n de protecci3n al acreedor de obligaci3n personal contra actos fraudulentos de su deudor; es una forma de atacar la validez de los actos que el fiduciario cometa en su perjuicio".

"En segundo lugar no se puede intentar contra el deudor mismo, si no se endereza propiamente en contra de quien haya adquirido los bienes -- por virtud del acto fraudulento del deudor..."

"En tercer lugar, los efectos de la acci3n a estudio son id3nticos a los de la pauliana en cuanto a que por virtud de la nulidad que se declara de la transmisi3n o enajenaci3n los bienes escapados del patrimonio del -- deudor (el fiduciario) le son restituidos sin entrar al patrimonio de los acreedores. En nuestro caso, no revierten al fideicomisario, ni entran a su patrimonio, sino al del fiduciario de donde escaparon. Se trata como -- la pauliana lo es, de una acci3n tendiente a la reconstrucci3n del patrimonio del deudor..."

La acción pauliana es de naturaleza especial o sui generis que se intenta contra el deudor y produce una ineficacia relativa, que no destruye el acto atacado en su totalidad, sino únicamente priva el efecto o efectos que perjudiquen al acreedor y en la medida necesaria para satisfacer su interés".

"El derecho del fideicomisario que indebidamente designa el Art. 355 L.T.O.C. como de "reivindicar, no es otra cosa que la acción pauliana, -- productora de una ineficacia especial de carácter restitutivo".

"Ambas acciones producen los mismos efectos, puesto que en los dos casos los bienes enajenados se reintegran al patrimonio de donde salieron originalmente".

"En resumen podemos concluir con validez que debe interpretarse la última parte del repetido artículo 355 en el sentido de que otorga al fideicomisario una acción pauliana, de carácter personal, que produce una ineficacia relativa de los actos indebidos o fraudulentos del fiduciario y reconstruye el patrimonio fideicomitado". (64)

Por último concluye el artículo: "Cuando no exista fideicomisario de terminado o cuando éste sea incapaz, los derechos a que se refiere el párrafo anterior corresponderán al que ejerza la patria potestad, al tutor o al Ministerio Público, según el caso".

La solución que propone el artículo nos parece la mas adecuada para esos casos, solo nos preguntariamos cuando fuera al Ministerio Público a quien le correspondiera actuar ¿quién lo va a instar a actuar?

Por otro lado llamar fideicomisario, como lo hace el artículo a todo

64.- Vázquez Arminio, Rodrigo. La llamada acción reivindicatoria concedida por la Ley al Fideicomisario, Estudios sobre Fideicomiso Págs. 101 y 102.

aquel que de alguna manera se beneficia de un fideicomiso, no lo consideramos correcto, pues éste como en otra parte lo afirmamos, consideramos de be estar determinado. en el acto respectivo.

En cuanto a los Proyectos de la Asociación de Banqueros, el primero de 1950, en su artículo 366, señalaba: "Art. 366.- El fideicomisario tendrá los derechos que le concedan el acto constitutivo y la ley y, en todo caso, los de exigir a la institución fiduciaria el cumplimiento del fideicomiso y los daños y perjuicios que le ocasionen si no lo cumple, las que incluirán cualquier beneficio que haya obtenido la propia institución, - derivado del incumplimiento,

El fideicomisario también tendrá el derecho de:

I.- Atacar la validez de los actos que la institución fiduciaria realice en su perjuicio con infracción del fideicomiso o de mala fé y en su caso, obtener la restitución al patrimonio del mismo fideicomiso de los bienes que hayan salido de dicho patrimonio como consecuencia de esos actos.

Quando intervengan terceros, la impugnación solo procederá si éstos han tenido conocimiento de los vicios o el acto es gratuito.

II.- Exigir a la institución fiduciaria informes y cuentas de su gestión.

III.- Promover la remoción de la institución fiduciaria por causa -- justificada.

Si no existe fideicomisario determinado, los derechos mencionados co rresponderán al Ministerio Público,

El fideicomitente también podrá ejercitar los derechos que concede este artículo, cuando lo establezca el acto constitutivo o interesen a -- los que se haya reservado; o podrá designar una persona que los ejercite

la que continuará en funciones aún en caso de incapacidad o muerte de dicho fideicomitente, a menos que se estipule otra cosa".

El proyecto de 1955 estableció en el artículo 357: "El fideicomisario tendrá, además de los derechos que le conceda el acto constitutivo, - los siguientes:

I.- Exigir al fiduciario el fiel cumplimiento de su función:

II.- Perseguir los bienes fideicomitados para reintegrarlos al patrimonio del fideicomiso, cuando hayan salido indebidamente del mismo, y

III.- Pedir la remoción del fiduciario".

El proyecto mas reciente, el de 1965 en su artículo 350, señalaba: " El Fideicomisario tendrá, además de los derechos que se le concedan por virtud del acto constitutivo del fideicomiso y sus reformas, el de exigir su cumplimiento al fiduciario; el de atacar la validez de los actos que éste cometa en su perjuicio, de mala fé o en exceso de las facultades que por virtud del fideicomiso o de la ley le correspondan y, cuando ello sea procedente, el de perseguir los bienes que hubieren salido del fideicomiso como consecuencia de esos actos, hasta obtener su reintegración al patrimonio del fideicomiso".

Veamos por último el comentario que sobre este artículo nos hace el Lic. Pablo Macedo: "el precepto transcrito consigna los derechos fundamentales del fideicomiso conforme a la doctrina, a la legislación y a la jurisprudencia pacíficamente aceptadas y aún consigna, en las lagunas de la misma, los desiderata mas comúnmente formulados, por lo que creemos - inútil insistir en las ideas correspondientes". (65)



## Artículo 356

Veamos a continuación el precepto que sigue en orden, el 356, que literalmente consigna: "La institución fiduciaria tendrá todos los derechos y acciones que se requieran para el cumplimiento del fideicomiso, salvo las normas o limitaciones que se establezcan al efecto al constituirse el mismo; estará obligada a cumplir dicho fideicomiso conforme al acto constitutivo; no podrá excusarse o renunciar su encargo sino por causas graves a juicio de un Juez de Primera Instancia del lugar de su domicilio, y deberá obrar siempre como buen padre de familia, siendo responsable de las pérdidas o menoscabos que los bienes sufran por su culpa".

El primer párrafo nos deja ver que la amplitud de facultades a la fiduciaria es la regla en el fideicomiso, siendo por tanto las limitaciones la excepción, por otro lado, el precepto no menciona ningún derecho en forma específica lo cual es comprensible pues esta figura es tan versátil y pueden ser tan variados los fines y las actividades a desarrollar que no cabrían fórmulas rígidas pues los derechos, así como las obligaciones, varían en función del caso concreto; el Lic. Villagordoa nos dice al respecto: "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 derechos que constituyen la materia del fideicomiso y por la otra, los fines que se 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, por ejemplo, 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 la liquidación de pasivo; debe establecerse, desde un principio, que el fiduciario proceda a la venta de los bienes fideicomitidos, para que con su producto pague a los acreedores del fideicomitente en las proporciones que corresponda.

"Si contrastamos estas situaciones" con otros fideicomisos, observaremos que la facultad de vender los bienes fideicomitidos es contraria a la naturaleza del fideicomiso de que se trate, a las instrucciones del fideicomitente y a los intereses del fideicomisario, quien en estos casos, tiene las acciones correspondientes para que los bienes salidos del patrimonio fideicomitado reviertan al mismo. Esta situación la encontramos en los fideicomisos de administración y de inversión, por lo cual concluimos que no se puede establecer un catálogo concreto de las obligaciones y de los derechos del fiduciario, que comprenda todos los fideicomisos posibles". (66)

Asimismo, se ha dicho que este párrafo viene a comprobar la imposibilidad de que funcione la teoría del "patrimonio sin titular", demostrando por tanto que en el fideicomiso se efectúa el traslado de dominio. (67)

Por otro lado cuando el párrafo dice: "... salvo las normas o limitaciones que se establezcan al efecto al constituirse el mismo..."; en realidad creemos que el fideicomitente al momento de constituir el acto no debe imponer limitaciones al fiduciario que impidan que éste pueda alcanzar los fines del acto, hacerlo sería ilógico, de ahí que el Lic. Krieger 66.- Op. Cit. Págs. 177, 178.

67.- Vease Villagordoa Lozano, Manuel, Op. Cit. Pág. 54

comente: "La coletilla del artículo 356 no contiene una expresión feliz, pues es manifiesto que las normas o limitaciones que se establezcan en el acto constitutivo no pueden constituir salvedades o excepciones a la disposición de que el fiduciario tendrá "las facultades necesarias para el cumplimiento del fideicomiso", sino en todo caso, querrán significar que el fideicomitente se reserva algunas facultades de los tres personajes, deben ser las necesarias para el cumplimiento del fideicomiso. De otro modo el fideicomiso tendría un objeto imposible. (68)

La Ley General de Instituciones de Crédito y Organizaciones Auxiliares señalaba en la fracción XI del artículo 45: "La institución fiduciaria tendrá las facultades que expresamente se hayan consignado conforme a la ley en el acto constitutivo del fideicomiso, mandato o comisión, o en sus modificaciones y las que respecto a los bienes de que se trata correspondan a los representantes o agentes locales en sustitución de los cuales asuma la gestión";

El siguiente párrafo dice; "estará obligada a cumplir dicho fideicomiso conforme al acto constitutivo..."; lo marcado en este párrafo es perfectamente comprensible y a nuestro juicio no requiere mayor comentario.

Continúa el precepto: "no podrá excusarse o renunciar su encargo sino por causas graves a juicio de un juez de primera instancia del lugar de su domicilio..."

Es este un párrafo que ha provocado división de opiniones en la doctrina, pues existe un sector que considera que lo que marca el precepto es una inconstitucional obligación en contra del fiduciario, en el sentido de tener que aceptar forzosamente la designación que de fiduciario en un fideicomiso se le ha hecho sin que se encuentre en la posibilidad de poder optar entre desempeñar el cargo, o por el contrario declinarlo por --

así convenir a sus intereses.

Los autores que sostienen que el precepto se excede en su señalamiento se apoyan en el artículo 5o. constitucional que en su parte relativa - dice: "Nadie podrá ser obligado a prestar trabajos personales sin la justa retribución y sin su pleno consentimiento..."

De acuerdo a dicho precepto, sostienen, la institución fiduciaria no puede ser constreñida por ninguna autoridad a aceptar el desempeño de un fideicomiso sin su consentimiento.

Así por ejemplo, el maestro Cervantes Ahumada afirma: "Aunque la ley dice que la excusa para la aceptación sólo podrá basarse en causa grave, también calificada por el juez, creamos que la aceptación es voluntaria, y que ningún banco puede ser obligado a aceptar un fideicomiso contra su voluntad" (69)

Por su parte el Dr. Acosta Romero dice: "... consideramos que dada - la garantía constitucional establecida en el artículo 5o. del Código Político, fuera de los casos que el mismo contempla, a nadie se puede obligar a trabajar en contra de su voluntad, por lo cual los fiduciarios no están obligados a aceptar cualquier fideicomiso, y ni siquiera como lo dice el precepto comentado, ( se refiere al segundo párrafo del artículo 350 ) los jueces de primera instancia, pueden llegar a esa determinación". (70)

Veamos un último comentario, en este sentido a cargo del Lic. Jorge Minquini C, quien afirma: "Es facultad del fiduciario la opción de contratar aquellos fideicomisos que por su condiciones específicas convengan - a la institución para ejercer en ellos la función de fiduciarios con la - 68.- Op. Cit. Pág. 112

69.- Cervantes Ahumada, Raúl, Títulos y Operaciones de Crédito Pág. 310.

70.- Acosta Romero Miguel, Naturaleza Jdca. del Fideicomiso, las Instituciones Fiduciarias y el Fideicomiso en México. Pág. 151.

facultad de rechazar aquellos negocios que por diversa razón no le conven-  
ga contratar". (71)

El otro sector de la doctrina que sostiene la posición contraria, argu-  
menta que, dado que las instituciones bancarias tienen la concesión con-  
cedida por el Estado de realizar la función de fiduciarios, excluyendo a -  
cualquier otro tipo de personas, bien física o bien moral, de dicha acti-  
vidad; dichas instituciones tendrán la obligación de desempeñar el fidei-  
comiso que el público les proponga, ya que éste ante la negativa de aque-  
llas no pueden recurrir a otra persona que no sea un banco.

El Dr. Luis Muñoz comenta: El que la aceptación de fideicomisos por  
las instituciones fiduciarias sea obligatoria, y sólo pueden excusarse --  
del desempeño del cargo por causa grave que calificará el juez civil, no  
nos parece contraria a la Constitución; una interpretación teleológica --  
progresiva y sistemática del ordenamiento jurídico y de las normas de cul-  
tura, permite afirmar que el legislador ha desechado el vetusto e insoli-  
dario dogma de la voluntad en el ámbito negocial" (72)

El Lic. Krieguer sobre este particular afirma: "En la tesis opuesta  
están quienes sostienen que los concesionarios de los servicios públicos  
están obligados a prestarlos a quien los solicite y que no es violatoria  
del artículo 5o. constitucional la obligación que se impone a un concesio-  
nario de prestar el servicio público, ya que al aceptar la concesión, que  
da obligado a prestar dicho servicio con las características de regulari-  
dad, uniformidad e igualdad que son atributos de los servicios públicos".

"Como la prestación de un servicio público no constituye una prerro-  
gativa del concesionario de la que puede disfrutar a su arbitrio, sino que  
constituye una obligación de prestar el servicio, la institución fiducia-

71.- Op. Cit. Pág. 219.

72.- Op. Cit. Pág. 454.

ria designada para la ejecución de un fideicomiso, está en principio, obligada a aceptar el cargo, salvo que exista una causa grave que justifique su excusa, a juicio del Juez de Primera Instancia del domicilio de la Institución, tal como lo dispone el artículo 356 de la Ley".

"Si se acepta esta tesis, la obligación de la institución fiduciaria no se reduce a decidir si acepta o rechaza la misión que se le confía, si no que entraña el deber de aceptarla y si opta por rechazarla, habrá de acudir ante un órgano jurisdiccional para que éste califique la justificación de la excusa invocada". (73)

Este autor se adhiere a esta corriente, así nos lo deja ver cuando afirma: De la interpretación coordinada de los tres preceptos legales citados y de la naturaleza del servicio público bancario del fideicomiso, se concluye que en el Derecho Mexicano vigente una institución fiduciaria designada como tal en un fideicomiso, solo puede excusarse de aceptar el cargo si existen causas graves a juicio de un Juez de Primera Instancia del domicilio del fiduciario, quien podrá apreciar libremente la existencia y gravedad de las causas invocadas por la institución para justificar su excusa",

"Como conclusión, puede afirmarse:

A) La institución fiduciaria designada, para rehusarse a aceptar, debe presentar sus causas de excusa al Juez competente para que éste pueda calificarlas, pues no bastará una simple manifestación de no aceptación para liberarla de su obligación. Ni siquiera la conformidad del fideicomisario puede liberar a la institución excusante sin causa justificada, - de los daños y perjuicios que ocasione a un tercero por su ilícita negativa a desempeñar un servicio al que estaba jurídicamente obligada".

B) El fideicomitente, si se ha reservado ese derecho, el fideicomisario, o cualquier interesado que demuestre su legítimo interés, podrá ocurrir ante las autoridades administrativas encargadas de vigilar el funcionamiento de las instituciones de crédito, para que cominen a la institución fiduciaria reasia y omisa para que acepte el cargo o haga saber al órgano judicial competente las causas graves que crea tener para excusarse. Si el Juez no considera que existan causas graves que justifiquen la excusa, tendrá que resolver que la institución está obligada a aceptar y desempeñar el cargo y las autoridades administrativas quedarán obligadas a vigilar que efectivamente lo haga".

C) El fideicomitente que conserva el derecho de reclamar los daños y perjuicios que la institución fiduciaria le ocasione por actos ilícitos, el fideicomisario que ha resentido un perjuicio, a los terceros perjudicados por la ilícita abstención de la institución fiduciaria reacia, pueden reclamar a tal institución los daños y perjuicios que les ocasione por su renuncia a aceptar y desempeñar el cargo". (74)

En lo personal creemos que las fiduciarias en tanto concesionarias de un servicio público, deberán estar obligadas a prestar sus servicios cuando se lo solicite el público, sin embargo estimamos que dicha obligación no se puede llevar a extremos de considerar que la fiduciaria estará obligada a ejecutar cuanto acto se le proponga, pues deberá mantenerse cierto grado de libertad para que ésta, tomando en cuenta su capacidad operativa, costeabilidad del negocio, etcétera decida si se encuentra en condiciones de llevarlo o no, en el supuesto de que el fiduciario resolviera no poder llevarlo y el fideicomitente o en su caso el fideicomisario, no estuvieran de acuerdo con dicha decisión, consideramos que sería --

74.- Op. Cit. Págs. 106, 107.

más práctico y más razonable inconformarse ante la Comisión Nacional Bancaria y de Seguros, pues aparte de que a través de un trámite sumario podría resolverse con rapidez el asunto, este organismo se encuentra definitivamente mejor capacitado dada la presumiblemente alta capacidad técnica de sus funcionarios, los cuales podrán resolver con mejor criterio las excusas que en su caso aduzca la fiduciaria, a diferencia del Juez de Primera Instancia que en la inmensa mayoría de los casos es ignorante de las cuestiones de fondo del fideicomiso y mas aún de las estructuras y sistemas operativos de las instituciones fiduciarias.

Continúa el precepto diciendo: "... y deberá obrar siempre como buen padre de familia ..."

Dada la confianza que en grado superior al normal se supone se deposita en la institución fiduciaria, ésta deberá observar en todo momento -- una probidad, honradez, honestidad y prudencia tales que solo sean comparables a las que observará un "buen padre de familia", aunque para ser sinceros nos parece un tanto vago el término pues ¿quien va a decidir --- qué tanto tiene que hacer un "buen padre de familia" para que se le considere como tal?

finaliza el precepto marcando: "... siendo responsable de las pérdidas o menoscabos que los bienes sufran por su culpa".

Es comprensible lo señalado ya que si la fiduciaria ha aceptado el desempeño de un fideicomiso y consecuentemente se le ha transmitido el patrimonio fideicomitado, lo menos que puede hacer es cuidarlo, evitando que se pierda total o parcialmente y si dicha pérdida llegare a ocurrir por causas imputables a la fiduciaria, será ésta, por ser de elemental justicia, quien responda al fideicomitente o al fideicomisario de las pérdidas.



Esta posición marcada en la ley sustantiva, fué confirmada durante su vigencia por la Ley General de Instituciones de Crédito y Organizaciones Auxiliares, que en su artículo 45 fracción XII señalaba: "La institución fiduciaria responderá civilmente, con su capital, reservas y beneficios no distribuidos, por los daños y perjuicios que se causen por la falta de cumplimiento en las condiciones o términos señalados en el fideicomiso, mandato o comisión o en la ley, por la malversación de los bienes dados en fideicomiso o de sus frutos o productos, o por los demás hechos que impliquen culpa en el cumplimiento de los cometidos aceptados por ella ..."

El maestro Rodríguez y Rodríguez por su parte concluye:

"Del precepto transcrito se deducen las siguientes consecuencias (se refiere al artículo 356):

"1o.- Es esencial que el fiduciario adquiriera el dominio de los bienes sobre los que se constituye el fideicomiso, llegado (sic) 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";

"2o.- El fiduciario asume una serie de obligaciones de hacer, cuyo alcance depende de la clase de fideicomiso de que se trate;"

"3o.- El desempeño del cargo es obligatorio, en la forma que antes queda indicada..."

"4o. El fiduciario asume la obligación de conservar los bienes o derechos recibidos en su integridad material y jurídica. En este aspecto no se debe olvidar que los bienes afectados en el fideicomiso constituyen un patrimonio separado y que el fiduciario y aún el fideicomisario tie--

nen el derecho y obligación de realizar cuantos actos sean necesarios para el mantenimiento de la referida unidad patrimonial". (75)

Por lo que hace a los proyectos, el primero de 1950 en su artículo -- 362 estipulaba: "La institución fiduciaria tendrá las facultades que le corresponden como titular del patrimonio del fideicomiso y deberá ejercer esas facultades con sujeción a las limitaciones y modalidades que establezca el acto constitutivo..."

El artículo 363 nos dice: La institución fiduciaria será responsable:

- I.- Por incumplimiento de sus obligaciones.
- II.- Por exceso o abuso en el ejercicio de sus facultades.
- III.- Por actos ilícitos que realice.
- IV.- En los demás casos previstos por esta ley."

El segundo proyecto, el de 1955 establecía al respecto:

"Art. 353 Son atribuciones del fiduciario:

- I.- Realizar todos los actos que sean necesarios para la consecución del fin establecido,
- II.- Mantener el patrimonio de cada fideicomiso debidamente separado del propio y de los correspondientes a otros fideicomisos, salvo lo dispuesto por la Ley General de Instituciones de Crédito y Organizaciones Auxiliares en relación con fondos comunes de fideicomiso.
- III.- Rendir cuentas de su gestión al fideicomisario y, en su caso - al fideicomitente.

La institución fiduciaria tendrá preferencia sobre el patrimonio del fideicomiso para ser pagada por sus honorarios y los gastos del propio fideicomiso que haya anticipado".

"Art. 354.- Será removido el fiduciario si no cumpliera las instrucciones contenidas en el acto constitutivo del fideicomiso, o no lo desem-

peña con los cuidados de un buen padre de familia",

"Art. 355.- El fiduciario sólo podrá renunciar su encargo por causa grave, que calificará el Juez.

La institución fiduciaria deberá renunciar a desempeñar su cargo si con posterioridad a su designación adquiere para sí un interés opuesto al del fideicomiso.

El último proyecto de 1960 prevé el equivalente del artículo que comentamos en los siguientes preceptos:

"Art. 352.- La institución fiduciaria no podrá excusarse o renunciar su encargo sino por causas graves a juicio de un juez de primera instancia del lugar de su domicilio; tampoco podrá delegarlo, pero sí podrá, para el desempeño de su cometido y ejercicio de sus facultades, designar los mandatarios y auxiliares que requiera el cumplimiento del fideicomiso".

"Art. 354.- La institución fiduciaria tendrá todos los derechos y acciones que se requieran para el cumplimiento del fideicomiso conforme al acto constitutivo.,."

"Art. 355.- La institución fiduciaria estará obligada a:

I.- Obrar siempre como buen padre de familia..."

"Artículo 356.- La institución fiduciaria será responsable de las pérdidas o menoscabos que los bienes fideicomitidos sufran por su culpa y de los daños y perjuicios que se causen al fideicomitente, fideicomisario o a terceros, por cualquier acto u omisión que impliquen falta o negligencia grave en el cumplimiento de las obligaciones señaladas en el fideicomiso y en la ley".

Por último transcribiremos el comentario que sobre este artículo hace 75.- Op. Cit. Pág. 127.

el Lic. Macedo, autor de la ley: "Son varias las cuestiones que el precepto regula y de ellas nos ocuparemos a continuación.

En primer lugar, la fiduciaria tiene cuantas facultades se requieran para el cumplimiento de su cometido: no sólo las que se le confieran expresamente, para ciertos fines y en determinadas condiciones; todas. Las limitaciones son las que deben constar expresamente. Esto evita disquisiciones inútiles que desmentirían la confianza básica que en virtud de la institución debe tenerse en la fiduciaria. Pero naturalmente, como contrapartida, la propia institución debe cumplir fielmente su misión, sujetándose a las normas determinadas por el fideicomitente".

"En cuanto a las excusas y renunciaciones, se exige que tengan por base - causas graves a juicio de un juez, pues especialmente si ha aceptado su encargo, como lo vimos al examinar el artículo 350, sería injusto que su retractación causara, por lo menos, el trastorno consiguiente a la designación de una nueva fiduciaria. Quien debe calificar las excusas y renunciaciones es el Juez del domicilio de la fiduciaria, lo que demuestra que el legislador, eludiendo las discusiones teóricas sobre el domicilio del fideicomiso, optó por la más lógica que consiste en darle el de dicha fiduciaria, que es donde se lleva la gestión".

"Respecto del carácter de la conducta de la fiduciaria, se acogió la noción objetiva del buen padre de familia, referida al derecho común, por ser tradicionalmente conocida, estar configurada con precisión, y evitarse así la necesidad de una nueva construcción, que quizá hubiese sido desafortunada y sin duda alguna peligrosa por su novedad".

"Concluye el precepto consignando la responsabilidad de la fiduciaria por las pérdidas y menoscabos que los bienes en fideicomiso sufran -- por su culpa. En este punto también, debe juzgarse conforme a las normas

del derecho común, por idénticas razones a las que acabamos de apuntar".

(76).

Artículo 357

Veamos ahora el Artículo 357 el cual a la letra dice:

"Artículo 357.- El fideicomiso se extingue:

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

II.- Por hacerse éste imposible;

III.- Por hacerse imposible el cumplimiento de la condición suspensiva de que dependa, o no haberse verificado dentro del término señalado - al constituirse el fideicomiso, o en su defecto, dentro del plazo de veinte años siguientes a su constitución;

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

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

VI.- Por revocación hecha por el fideicomitente cuando éste se haya reservado expresamente ese derecho al constituir el fideicomiso; y

VII.- En el caso del párrafo final del artículo 350.

I).- Veamos, por lo que hace a la primera fracción, no creemos que amerite mayor comentario ya que por sí sola se explica, es lógico que cuando los fines del fideicomiso para cuyo logro se constituyó el acto se han alcanzado, no existe ya razón para que el acto continúe vigente; desde luego que existirán casos en que la realización de los fines del acto no marque el final sino apenas el inicio, pues en esos casos el fin una vez alcanzado no se agota, sino que su realización implica un acto de tracto sucesivo, en realidad en la práctica a un fideicomiso se le suelen dar varios fines, la realización de algunos acarrea la extinción, por ejemplo - 76.- Op. Cit. Pags. XXXIII, XXXIV.

que el fiduciario transmita la propiedad de la materia fideicomitida al fideicomitente, fideicomisario o a un tercero capacitado para recibirla; en cambio otros no implican la extinción, sino más bien la ejecución del acto, por ejemplo, la administración de un edificio de productos.

II).- La segunda fracción dice: "Por volverse éste imposible". Es evidente que si los fines del acto se vuelven de imposible realización, bien por imposibilidad material o bien jurídica, el fideicomiso deberá extinguirse pues es inútil conservarlo existente.

III).- Por lo que hace a la tercera fracción, ésta tal como esta redactada incurre en una contradicción; Veamos, dice la fracción "Por hacer se imposible el cumplimiento de la condición suspensiva de que dependa..." ¿a qué se refiere el párrafo cuando dice "de que dependa..."? evidentemente a la existencia del fideicomiso, ahora bien, si del cumplimiento de la condición suspensiva depende que exista el acto y ésta por alguna razón no se verifica, es obvio que entonces el fideicomiso nunca existió de donde resulta incongruente decir que se extinguirá ya que no se puede extinguir aquello que no existe; continúa la fracción: "... o no haberse verificado dentro del término señalado al constituirse el fideicomiso" Nótese como el precepto se refiere al fideicomiso ya creado, ya constituido, nosotros nos preguntaríamos ¿como puede la ley referirse al fideicomiso ya constituido si dicha constitución depende de una condición suspensiva que no se verificó?; finalmente concluye: "... o, en su defecto dentro del -- plazo de veinte años siguientes a su constitución"; se vuelve a hacer alusión a la constitución y volvemos a hacernos la misma pregunta que nos hicimos hace un momento,

No obstante el problema no es tan grave y se debe solo a una incompleta redacción que se soluciona con solo agregar dos palabras que serían;

"su ejecución", en efecto, a nuestro juicio si el precepto dijera: "Por hacerse imposible el cumplimiento de la condición suspensiva de que dependa su ejecución..." no habría lugar a la crítica que hemos hecho, - en fin, pasemos a la siguiente fracción:

IV).- Esta fracción en estricto sentido sale sobrando, pues es evidente que si la existencia de la relación jurídica había quedado sujeta a una condición resolutoria, una vez llegada ésta no habrá de continuar, de modo que aún cuando la ley no la incluyera, ésta sería una causa de extinción del fideicomiso.

V).- Respecto de esta fracción cabe comentar lo siguiente: si bien es cierto que la constitución de un fideicomiso es a través de la declaración unilateral de voluntad del fideicomitente, también lo es que éste hubo de recurrir forzosamente a una institución fiduciaria quien contractualmente aceptó ejecutarlo; la ejecución pues, entraña un contrato entre fideicomitente y fiduciaria.

Ahora bien, el convenio a que alude la fracción que comentamos se trata de un convenio entre fideicomitente y fideicomisario excluyendo - del todo al fiduciario, no obstante existir un contrato en el que éste es parte, y el cual habrá de extinguirse sin siquiera consultar su voluntad, sino que en forma unilateral el fideicomitente hará saber que en virtud de acuerdo tomado con el fideicomisario da por extinguido el fideicomiso, es evidente que lo dicho en esta fracción es del todo contrario al espíritu del artículo 1797 del Código Civil que marca: "Art. 1797.- La validez y el cumplimiento de los contratos no puede dejarse al arbitrio de uno de los contratantes".

VI).- En esta fracción se acentúa aún más la facultad que la ley concedió al fideicomitente de extinguir en forma unilateral el contrato cele

brado con el fiduciario, lo cual como vimos, es contrario a las reglas que rigen a los contratos. Existe la opinión en la doctrina (77) en el sentido de que una vez aceptado el fideicomiso por la fiduciaria, ésta sólo podrá ser removida por causa grave siendo esto la contrapartida de su obligación de aceptar el fideicomiso y no excusarse ni renunciarlo sino también por causa grave, sin embargo, en la práctica y en la legislación está permitido que si el fideicomitente se ha reservado el derecho de revocar lo haga efectivo, desde luego no en todos los fideicomisos el fideicomitente está en esa posibilidad, un fideicomiso de garantía, por ejemplo, no permite por la misma naturaleza de sus fines que el fideicomitente lo revoque cuando le plazca.

Ahora bien, la crítica que hemos hecho para ambas fracciones tiene - dos salidas, en primer lugar el hecho de que constitución, funcionamiento extinción, etc., referentes al fideicomiso es de tal manera especial que en más de una ocasión se rompe con lo establecido por las normas tradicionales, teniendo que aceptarse dicha situación aún a regañadientes, pues de lo contrario, si se quisiese enmarcar al fideicomiso dentro de los esquemas normativos preestablecidos, se entorpecería la especial estructura operativa de esta figura; por otro lado recuérdese que al fideicomiso, como operación de crédito, le es aplicable como ya habíamos visto, el artículo 2o. de la ley sustantiva, este artículo señala que a las operaciones que prevé dicho ordenamiento le será aplicable el Código Civil como ley supletoria, pero lo ubica en último lugar poniendo por encima de la legislación común incluso a los usos bancarios y mercantiles, en ese orden de ideas si el uso es en el sentido de conceder determinadas facultades al fi

77.- Vid. Krieguer, Emilio Op. Cit. Pág. 107.



deicomitente que en un momento dado pugnan con lo preceptuado por el derecho civil, son los usos los que deben prevalecer sin que ello sea violatorio del orden jurídico, esta posición se confirma en el artículo 5o. de la Ley Reglamentaria del Servicio Público de Banca y Crédito que nos dice: "En las operaciones y servicios bancarios, las instituciones de banca múltiple se regirán por esta ley, por la Ley Orgánica del Banco de México, y en su defecto, en el orden siguiente por:

- I.- La legislación mercantil;
- II.- Los usos y prácticas bancarias y mercantiles; y
- III.- El Código Civil para el Distrito Federal..."

Por otro lado, en el 137 de la derogada Ley de Instituciones de Crédito y Organizaciones Auxiliares se decía: "Solo se estimarán como causas graves para admitir la renuncia de la institución fiduciaria al desempeño de su cargo en un fideicomiso:

- a).- Que el fideicomisario no pueda recibir o se niegue a recibir -- las prestaciones o bienes de acuerdo con el acta constitutiva del fideicomiso;
- b).- Que el fideicomitente, sus causahabientes y el fideicomisario, en su caso, se nieguen a pagar las compensaciones estipuladas a favor de la institución fiduciaria, y
- c).- Que los bienes o derechos dados en fideicomiso, en su caso, no rindan productos suficientes para cubrir estas compensaciones".

Las fracciones que hemos transcrito se han considerado una continuación de las causas de extinción que marca el artículo que comentamos, al respecto nos permitimos hacer los siguientes comentarios: en primer lugar la redacción del derogado artículo no era del todo acertada pues señalaba que solo se estimarían como causas graves para aceptar la renuncia aque--

llas que señalaba, por lo que en principio no era dable para la fiduciaria aducir otras causas que no fueran precisamente esas, cuando en realidad en la práctica pueden existir razones de mucho mas peso para que una institución fiduciaria pretenda renunciar, hizo pues mal el legislador -- al señalar en forma limitativa dichas razones; por otro lado actualmente y dada la derogación de que fue objeto la Ley General de Instituciones de Crédito y Organizaciones Auxiliares los motivos de renuncia que daba el artículo 138 de esta ley, debe entenderse que en estricto sentido ya no deben ser válidos para que una fiduciaria los invoque como razón para pretender renunciar su cargo, por último los motivos para renunciar a que -- alude la ley no constituyen necesariamente causas de extinción del fideicomiso a excepción de la primera fracción en donde sí se amerita la extinción del acto por volverse imposible la consecución del fin, sin embargo en los supuestos de las otras dos fracciones no necesariamente acarrear la extinción ya que cabe la posibilidad de que otra institución fiduciaria asuma el cargo operandose la substitución de fiduciarios pero sin necesidad de crear un nuevo fideicomiso, por supuesto que si dicha substitución no fuera posible sí se haría necesaria la extinción ya que al no haber fiduciaria que ejecute el acto sus fines se vuelven de imposible realiza---ción.

VII.- Por lo que hace a esta fracción nos remitimos para su comentario a los que se hicieron sobre el artículo 350.

Veamos ahora como se trata el tema en los proyectos de la Asociación de Banqueros de México el primero nos dice: "Art. 368.- El fideicomiso se extingue;

I.- Por realización del fin para el cual fué constituido o por hacer se éste imposible.

II.- Por hacerse imposible el cumplimiento de la condición suspensiva de que dependa o no haberse realizado dentro del término señalado en el acto constitutivo, o en su defecto dentro de los veinte años siguientes a su constitución.

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

IV.- Por convenio expreso entre fideicomitente y fideicomisario. En este caso para la extinción se requerirá el consentimiento de la institución fiduciaria, la que sólo podrá oponerse cuando queden sin garantía, derechos de terceras personas nacidos durante la gestión del fideicomiso.

La oposición quedará sin efecto si a su vez, los interesados garantizan el cumplimiento de las obligaciones de que se trate u obtienen que -- los acreedores los eximan de la garantía,

V.- Por revocación hecha por el fideicomitente, cuando se haya reservado ese derecho.

VI.- En el caso del párrafo final del artículo 351.

El proyecto de 1955 decía:

Art. 361.- El fideicomiso dependiente de condición suspensiva, no llegará a tener existencia si la condición no se realiza en el término -- que señala el acto constitutivo o, en su defecto, dentro de los veinte -- años siguientes a la fecha del acto.

El fideicomiso cuyo patrimonio consista en un seguro sobre la vida, surtirá efectos cualquiera que sea el tiempo que transcurra hasta la muerte del asegurado".

"Art. 362.- El fideicomiso se extinguirá:

I.- Por la realización del fin para el cual fué constituido o por ha

cerse este imposible; pero en este último caso, si el fin de que se trata es de interes general, el juez a solicitud de las autoridades correspondientes, podrá aprobar que el patrimonio del fideicomiso se destine a la consecución de otros fines análogos.

Para este efecto se oirá al fiduciario, al fideicomitente y al fideicomisario, si los hay.

II.- Por cumplimiento de la condición resolutoria a que este sujeto.

III.- Por convenio expreso entre fideicomitente y fideicomisario.

IV.- Por revocación hecha por el fideicomitente, cuando se haya reservado hacerla y

V.- Por falta de fiduciario, si existe imposibilidad de substitución.

Por último el proyecto de 1960 en su artículo 361 hablaba del tema y decía:

"El fideicomiso se extingue:

1.- Por la realización del fin para el cual fué constituido.

2.- Por hacerse imposible el fin del fideicomiso; pero si se trata de un fideicomiso irrevocable para fines benéficos, el Juez a solicitud de parte legítima podrá aprobar que el patrimonio del fideicomiso se destine a un fin análogo, oyendo previamente al fideicomitente o a los herederos de éste.

3.- Por hacerse imposible el cumplimiento de la condición suspensiva de que dependa o, por no haberse realizado dentro del término señalado al constituirse el fideicomiso o en su defecto, dentro del plazo de veinte años siguientes a su constitución.

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

5.-Por convenio expreso entre el fideicomitente y el fideicomisario.

6.- Por revocación hecha por el fideicomitente cuando éste se haya reservado expresamente ese derecho.

7.- En el caso del párrafo final del artículo 351.

El antecedente inmediato de este precepto nos lo aclara el Lic. Rodolfo Batiza, nos dice este autor: "Las causas de extinción del fideicomiso que en siete fracciones enumeró el art. 357 de la ley substantiva, salvo la última, están tomadas del Proyecto Alfaro a través de las leyes de 1926".

Continúa comentando este autor sobre el artículo que tratamos: "Dicha enumeración no tiene carácter limitativo, si se considera que entre algunas causales de dicho Proyecto que, por su propia naturaleza, producen la terminación del fideicomiso, sea que se consignent o no expresamente en la ley. Tales son las relativas a la destrucción de la cosa, la renuncia del fideicomisario y la resolución del derecho del fideicomitente sobre la cosa. El Proyecto Vera Estañol, acertadamente, después de listar cuatro causas de terminación expresaba que el fideicomiso terminaría en los demás casos en que conforme a la ley, deben darse por extinguidos los derechos y obligaciones nacidas de los contratos. (Art. 26 -- fracc. V) (78)

Veamos por último la opinión del Lic. Pablo Macedo:

"Las cuatro primeras causas de extinción del fideicomiso, a nuestro juicio, no ameritan observación alguna, pues son lógicamente consecuentes con el propósito inicial de la institución. Solo señalaremos que conforme a la III fracción se fija un plazo máximo de veinte años a la duración 78.- Batiza Rodolfo, El Fideicomiso, Teoría y Práctica Pag. 375'

del fideicomiso. Volveremos mas adelante sobre este punto.

En cuanto a la V, requiere del consentimiento expreso del fideicomitente y del fideicomisario, por respecto a los derechos adquiridos normalmente por este último, reservando la libertad de acción al primero, cuando expresamente así lo haya establecido en el momento de la constitución del fideicomiso, pues en tal caso cualquier derecho adquirido posteriormente, no podrá haberlo sido sino sujeto a esa eventualidad, con lo cual no habrá lesión alguna que reclamar.

Respecto a la última fracción del precepto, remite al final del artículo 350, pues como ya lo hemos visto al examinar éste, es condición esencial del fideicomiso la existencia del fiduciario, ya que sin él no es posible ni concebible que funcione", (79).

#### Artículo 358

Pasemos al penúltimo artículo, el 358 que nos dice:

"Art. 358.- Extinguido el fideicomiso los bienes a él destinados que queden en poder de la institución fiduciaria, serán devueltos por ella al fideicomitente o a sus herederos. Para que esta devolución surta efectos, tratándose de inmuebles o de derechos reales impuestos sobre ellos, bastará que la institución fiduciaria así lo asiente en el documento constitutivo del fideicomiso y que esta declaración se inscriba en el Registro de la Propiedad en que aquél hubiere sido inscrito".

Este artículo adolece de dos defectos uno de fondo y uno de forma, de redacción.

Veamos, el defecto de fondo del artículo consiste en que estipula la reversión de los bienes que queden en poder de la fiduciaria al fideicomitente.  
79.- Op. Cit. Pág. XXXV

tente una vez extinguido el fideicomiso, o en su defecto a sus herederos; hizo mal el legislador al señalar en forma tajante lo anterior, pues debió haberse dicho en el artículo que eso ocurriría cuando de las circunstancias del caso específico así fuera necesario y siempre que no se hubiere pactado en otro sentido; abundan los casos en que al final del fideicomiso, el fideicomitente ya no debe tener ningún derecho a la reversión, - el fideicomiso no debe suponerse que se trata siempre de un acto gracioso del fideicomitente en el que en un gesto altruista desborda generosidad; en realidad en muchas ocasiones el fideicomitente constituye el acto porque a ello se ha obligado y no son raros los casos en que a cambio de esa constitución a favor del fideicomisario el fideicomitente recibe una contraprestación a cambio, por lo que resultaría injusto que terminada la vigencia del acto los bienes afectados revertieran al fideicomitente; con mejor técnica decía la Ley de Bancos de -- Fideicomiso de 1926 en su artículo 19 que extinguido el fideicomiso, el banco daría a los bienes existentes la aplicación prevista, y a falta de disposición los devolvería al fideicomitente o a quien representare sus derechos, no obstante, el artículo encuentra su antecedente en el Proyecto Alfaro que en su artículo 38 disponía que "extinguido el fideicomiso, el fiduciario estaría obligado a restituir al fideicomitente los bienes fideicomitados, cuyo dominio no hubiere enajenado conforme al encargo, salvo los casos previstos en los numerales 5o. y 6o. del artículo anterior; explicando la disposición su autor indicaba que el fideicomiso - tiene por causa la liberalidad del constituyente o una obligación suya. Si sobreviene la extinción por no hacerse posible su cumplimiento o por faltar la condición impuesta al beneficiario o por renunciar éste su derecho o por morir sin transmitirlo a sus herederos, lo natural es que -

los bienes vuelvan al dominio del constituyente y no que el fiduciario - se quede con ellos, porque si así fuera vendría a ser fideicomisario sin haberlo dispuesto el constituyente. El fiduciario, agregaba Alfaro, no es un heredero gravado, según el concepto romano o el francés en las substituciones fideicomisarias del antiguo régimen. El fiduciario del proyecto, como el trustee del derecho anglosajón, es un verdadero mandatario. Es cierto que el título de dominio lo tiene el fiduciario, pero es porque siendo indispensable para la eficaz ejecución del fideicomiso que el constituyente se aparte del dominio de los bienes, el título forzosamente ha de corresponder al fiduciario. Pero su propiedad está sujeta a las cargas y gravámenes del fideicomiso y entre ellas está la establecida por la ley misma de tener que restituir los bienes en caso de extinción. Así lo dispone también el derecho común inglés: "Cuando un trust se declara nulo o inoficioso los bienes vuelven al dominio del constituyente y de sus herederos. (Cyc., 30, 101, 105). "Las razones en que se apoya esta disposición son consecuencia natural del nuevo concepto del fideicomiso" (80)

Por su parte el autor colombiano Sergio Martínez Azuero comenta:

"Al término del fideicomiso los bienes deben regresar al fideicomitente o a sus herederos si otra cosa no se ha establecido. Esto significa que, salvo aquellos casos en que por excepción el fideicomiso puede celebrarse a término indefinido, lo normal es que exista un plazo de vencimiento y - como el fiduciario no puede en ningún momento hacerse dueño de bienes, según la regla general, éstos deben pasar a alguien, retornando al fideicomitente si cosa distinta no se ha previsto por el fiduciante" (81)

También el Lic. Krieger comenta sobre este artículo, dice: "Extinguido el fideicomiso y salvo disposición distinta en el acto constitutivo, la institución fiduciaria deberá devolver los bienes al fideicomitente o a --



sus herederos. Este es, por ello, el último de los derechos que corresponden al fideicomitente, pero no como consecuencia del fideicomiso, sino al contrario, como consecuencia de su extinción.

¿Pasan todos los derechos que competen al fideicomitente a sus herederos?

"Desde luego, todos los de contenido económico que la ley o el acto constitutivo consagren en favor del fideicomitente pasan a sus herederos".

"Sin embargo la solución no es tan clara respecto de los derechos de vigilar el cumplimiento fiel del fideicomiso o el de revocar o modificar al acto constitutivo. Dada la naturaleza muy personal de esos derechos - pueden estimarse que ellos sobreviven al fideicomitente y pasan a sus herederos, si así lo estipuló en el acto constitutivo, pero si no hubo estipulación al respecto, esos derechos de vigilancia, modificación o revocación mueren con su titular original". (82)

Por lo que hace a la crítica que al principio hicimos el Lic. Villagordoa coincide con nosotros pues no dice al respecto: "En primer lugar - este artículo (se refiere al 358) ordena que aquellos bienes que obren en poder de la institución fiduciaria, una vez extinguido el fideicomiso, se rán devueltos al fideicomitente o a sus herederos. No estamos de acuerdo con esta disposición legal, porque este precepto debe ser supletorio de - la voluntad de las partes contratantes y además porque en muchos casos no se debe realizar la devolución de los bienes fideicomitados al fideicomitente o a sus herederos, en vista de que al constituirse generalmente di-

80.- Batiza Rodolfo, El Fideicomiso, Teoría y Práctica, Pág. 392.

81.- Martínez A. Sergio Op. Cit. Pág. 628.

82.- Op. Cit. Pág. 127.

cho fideicomitente recibe una contraprestación semejante a la "consideration" que recibe el "settlor" en el Trust anglosajón como vimos en párrafos anteriores; en estos casos los bienes fideicomitados deben ser transmitidos a los fideicomisario o a sus causahabientes, agrega este autor: "Creemos que esta situación estaba mejor resuelta en las leyes de 1926, porque, como hemos visto, se estableció esta disposición como supletoria de la voluntad de las partes, ya que prescribía que en caso de que no se hubiera previsto otra cosa al constituirse el fideicomiso, los bienes que obraren en poder del fiduciario, cuando ocurriera su extinción, se entregarían al fideicomitente o a su herederos". (83)

Por lo que respecta al defecto de redacción a que aludimos cuando emparamos los comentarios de este capítulo, éste su ubica en el primer párrafo, cuando el artículo dice: "...serán devueltos por ella al fideicomitente o a sus herederos". el error consiste en la utilización de la palabra "devueltos"; en efecto erró el legislador al decir "devueltos" ya que la utilización de esta palabra a dado origen a que un sector de la doctrina suponga que no se dá en el fideicomiso el efecto tratativo de dominio, autores como el Dr. Domínguez Martínez han tratado de encontrar en este artículo una base que apoye sus concepciones doctrinales en el sentido de negar la transmisión, (84) la cual como hemos visto sí tiene efectos en el fideicomiso, por lo que el legislador debió haber dicho -- "retransmitira" o "revertira" o cualquiera otra pero no "devolver", pues solo se devuelve algo cuando no ha salido del patrimonio de quien lo entregó, y en el fideicomiso sí salió del patrimonio del fideicomitente la

83.- Op. Cit. Pág. 55

84.- Dominguez Martínez Jorge A., El Fideicomiso ante la teoría General del Negocio Jurídico, Pág. 211,

materia del mismo. Quien mas severamente ha criticado esta cuestión es el autor Oscar Rabasa quien dice: "Posiblemente ninguno de los preceptos de la ley que introdujo el fideicomiso angloamericano en México revela - mayor desconocimiento de la naturaleza jurídica de la institución que se quiso reproducir que el acabado de citar."

" Coloca al fideicomitente en el primer lugar dentro del fideicomiso, como si éste fuera una especie de dueño de la muda propiedad que al extinguirse el usufructo consolidara en su favor el pleno dominio respecto del patrimonio dado en fideicomiso. Ignora en absoluto el interés jurídico que pertenece al fideicomisario al otorgar el fideicomitente el beneficio de aquél. Confunde este acto jurídico con otros completamente distintos, tales como el contrato de mandato o el de depósito conforme a los cuales es claro que al terminarse la obligación pactada las cosas se devuelven al mandante o depositante porque éste nunca ha dejado de ser dueño de ellas."

" Pero ya se ha explicado de un modo insistente y constante, que la esencia del fideicomiso anglosajón consiste en que el acto es por su propia naturaleza traslativo de la propiedad". (85)

Por lo que hace al segundo párrafo del artículo, éste establece un procedimiento por demás sencillo que de alguna manera parece confirmar la errónea idea de que los bienes fideicomitidos no salen del patrimonio del fideicomitente.

El origen que esta disposición tiene nos la explica el Lic. Batiza - afirma este autor: "Por haber influido en el art. 358 de la ley actual, a que haremos referencia en breve, es de interés aludir el artículo 22 del Proyecto Vera Estañol, que prescribía que en caso de que por virtud de fi-

deicomiso se enajenen bienes inmuebles a la compañía fideicomisaria y estos bienes deban volver a poder de sus primitivos dueños, porque no se verifi que la condición del contrato o por cualquiera otra causa legal, no será necesario que la compañía otorgue escritura formal de enajenación a favor de su primitivo dueño, sino que bastará que haga ante Notario Público una declaración sobre haber cesado el fideicomiso y que la misma se asiente - en el título del contrato de fideicomiso, y se presente en el registro -- para su inscripción ". (86)

Veamos el tratamiento que en los proyectos de Ley se da al tema, el primero de 1950 decía en su artículo 369: " Extinguido el fideicomiso, -- los bienes fideicomitados que queden en poder de la institución fiducia - ria, serán devueltos por ella al fideicomitente o a sus herederos. Para - que esta devolución surta efectos, tratándose de inmuebles o de derechos - reales impuestos sobre ellos, bastará que la institución fiduciaria lo -- asiente en el documento constitutivo del fideicomiso y que su declaración se inscriba en el Registro Público de la Propiedad en que aquél haya sido registrado ".

El proyecto de 1955 en su artículo 363 estipulaba: " Si el acto cons titutivo no señalare ulterior destino a los bienes fideicomitados, al ex tinguirse el fideicomiso, revertirán al fideicomitente, para lo que bastará la declaración del fiduciario, la cual, en su caso, se inscribirá en - el Registro Público correspondiente ".

El último proyecto, el de 1962, decía : " Art. 362. Los bienes obje - to del fideicomiso que aún obren en poder del fiduciario el extinguirse - aquél, serán transmitidos a la persona o personas designadas en el acto-- constitutivo y modalidades establecidas en el mismo acto del fideicomiso - o en sus reformas. Si nada se hubiese previsto sobre el particular el --- 86.- Batiza Rodolfo, El Fideicomiso, Teoría y Práctica, Pag. 393

fiduciario los entregará al fideicomitente o a sus herederos".

"En todo caso de extinción del fideicomiso, los titulares de los bienes que hubieran formado parte del patrimonio del fideicomiso, respetarán los derechos que existan a favor de terceros sobre esos bienes, nacidos como consecuencia de actos del fiduciario en ejercicio de sus atribuciones".

"Cuando el fiduciario deba entregar al fideicomitente o a sus herederos, bienes inmuebles o derechos reales impuestos sobre ellos bastará para que esa entrega surta efectos respecto de terceros, que la institución fiduciaria la haga constar en el documento suscrito por ella, que contenga los términos respectivos del fideicomiso y que se inscriba en el Registro Público de la Propiedad en que hubiese sido anotado el fideicomiso".

También en Colombia (Art. 1226 del Código de Comercio) y en Honduras (Art. 1038 Cod. de Comercio) se concede este derecho al fideicomitente.

Veamos por último lo que el Lic. Macedo nos dice: "La primera frace del precepto consagra la solución pacíficamente aceptada en los países anglosajones y que parece la más lógica y justa en la hipótesis considerada el resto de los bienes que fueron del fideicomitente, una vez cumplido su propósito al constituirse el fideicomiso, no tienen ya porque quedar en un patrimonio separado y con toda justicia deben volver al de su origen del fideicomitente, o en su defecto el de sus herederos".

Para que en materia de inmuebles o derechos reales referentes a ellos pueda tenerse por hecha la devolución, se requiere la anotación en el documento constitutivo y en el Registro a fin de que conste el movimiento de titularidad inverso al que se hizo cuando la constitución del

fideicomiso, según el artículo 353, que antes examinamos. La última parte además cubre el interés de terceros". (87)

#### Artículo 359

Pasemos al último artículo de la ley sustantiva, el 359 que nos dice:

Art. 359 "Quedan prohibidos:

I.- Los fideicomisos secretos

II.- Aquellos en los cuales el beneficio se conceda a diversas personas sucesivamente que deban substituirse por muerte de la anterior, salvo el caso de que la substitución se realice en favor de personas que estén vivas o concebidas ya a la muerte del fideicomitente; y

III.- Aquellos cuya duración sea mayor de 30 años, cuando se designe como beneficiario a una persona jurídica que no sea de orden público o institución de beneficencia. Sin embargo, pueden constituirse con duración mayor de 30 años cuando el fin del fideicomiso sea el mantenimiento de museos de carácter científico o artístico que no tenga fines de lucro".

Veamos; la primera fracción prohíbe los fideicomisos secretos, esta prohibición es perfectamente justificada ya que de lo contrario la existencia de fideicomisos secretos acarrearía toda clase de graves consecuencias además si el acto se estuviere llevando en forma secreta se podría presumir con buenas bases su ilicitud, por otro lado, dado que el fideicomiso modifica la situación jurídica de aquel patrimonio que constituye su materia, dicha modificación debe ser posible ser conocida por terceros ya que de otro modo se estaría manteniendo oculta una situación que podría perjudicar a aquellos que contrataran con las partes de aquel fideicomiso

oculto.

Esta disposición también la acogió el Proyecto Alfaro (Art. 6o.) lo mismo que la Ley de Bancos de Fideicomiso de 1926 (artículo 8o.)

El Lic. Rodolfo Batiza hace comentarios sobre este tema cuando trata las categorías especiales de fideicomisos, nos dice: "a) Fideicomiso secreto. Señala Scott que cuando el Testador deja bienes a una persona que conviene en retenerlos en trust, sin que su intención aparezca en el testamento, es claro que el pretendido trust es inválido por no ajustarse a la Ley de Testamentos. En tal situación, surge el problema de si el heredero o legatario puede conservar los bienes y, en caso negativo, quien tiene derecho a ellos. Las obras especializadas estudian la cuestión bajo el rubro "Trust secretos", que para el citado jurista no es una expresión del todo feliz".

"El Proyecto Alfaro establecía que son prohibidos los fideicomisos secretos (Art. 6o.). Esta disposición indicaba su autor, concuerda con la del inciso 2o. del art. 793 del Código Civil panameño según el cual son nulas las disposiciones que tengan por objeto dejar a una persona de todo o parte de los bienes hereditarios para que los invierta según instrucciones reservadas que le hubiere comunicado el testador. Además del deseo de no dar lugar a discordancia entre la institución del fideicomiso y las demás de la legislación civil, habían pesado en su ánimo para la incorporación de éste artículo las múltiples razones que se han aducido contra los legados secretos y los albaceas fiduciarios, pues debe suponerse que el secreto en la mayoría de los casos tiende a ocultar lo vergonzoso o lo ilícito. La ley no puede propender a esto. Existe por otra parte la inseguridad del cumplimiento de parte del fiduciario, ya que siendo el encargo secreto, no habría manera de probarle cual fué el que le dió el -

constituyente, aún en el caso de que éste se lo hubiera comunicado al fideicomisario".

Agrega este autor: "En nuestro derecho las leyes de 1926, acogieron el precepto agregándole una variación al disponer: "se prohíben los fideicomisos secretos; solo cuando se trate de liberalidades con objeto de beneficencia o de cultura, podrán los bancos mantener oculto el nombre del fideicomitente; pero no podrán tener secretos el objeto del fideicomiso - ni las instrucciones para su ejecución (Art. 8o.)" (88)

II.- La segunda fracción tiene por objeto tratar de evitar que a través de la constitución de un fideicomiso se burle la prohibición de constituir la institución conocida como "substituciones fideicomisarias" --- prohibición de interes público consagrada en el artículo 1482 del Código Civil que a la letra dice: "Se consideran fideicomisarias y en consecuencia, prohibidas, las disposiciones que contengan prohibiciones de enajenar, o que llamen a un tercero a lo que quede de la herencia por la muerte del heredero o el encargo de prestar a más de una persona sucesivamente cierta renta o pensión".

Como es de verse, se trata de no permitir el estancamiento de la riqueza a través de un vinculamiento en cadena en virtud del cual no es posible la libre circulación de los bienes, en realidad, esta ha sido la política a seguir de los gobiernos una vez que fueron descubiertos los dañinos efectos de instituciones como de la que ahora nos ocupamos o el mayorazgo por ejemplo, no obstante la fracción permite cierta elasticidad --- cuando dice: "... salvo el caso de que la substitución se realice en favor de personas que esten vivas o concebidas ya, a la muerte del fideicomitente"; esto es que la muerte del fideicomitente es el hecho que viene



a marcar el límite de las personas que puedan sucederse, sólo aquellas - que se encontraban vivas o ya concebidas a la muerte de aquél serán las que puedan ser fideicomisarias sucesivas, así por ejemplo se puede estipular que el beneficiario de un fideicomiso será el hijo del fideicomitente durante su vida y a la muerte de éste le seguirá su hijo que ya se encuentra concebido al momento de la constitución del fideicomiso, pero la cadena ya no podrá seguir con el hijo de éste último puesto que su -- existencia ya no es contemporánea a la vida del fideicomitente.

El Lic. Batiza comenta sobre la interpretación de este artículo, -- nos dice: "El art. 359 Fracción II de la Ley sustantiva, interpretado a contrario sensu, autoriza los fideicomisos en los cuales el beneficio se conceda a diversas personas, sucesivamente, que daban sustituirse por -- muerte de la anterior, siempre y cuando la sustitución se realice en favor de personas que estén vivas o concebidas ya a la muerte del fideicomitente.

Esto significa que un fideicomiso es susceptible de continuar durante las vida de varios beneficiarios sucesivos y la del último sobreviviente (ésta representa el límite), más el período de la gestación". (89)

El Proyecto Alfaro previó esta prohibición en su artículo 8o. en el que se decía que se entendía que había orden sucesivo cuando concede el -- mismo beneficio o dos personas distintas y la segunda debe recibir por -- muerte de la primera.

También el Proyecto Vera Estañol en su artículo 11 establecía que -- cuando el fideicomiso se constituyera en virtud de última voluntad o de -- acto que debiera producir sus efectos después de la muerte de quien lo -- otorgara, no podría comprender como beneficiarios sino a las personas que

89.- Batiza Rodolfo, Principios Básicos del Fideicomiso y de la Administración Fiduciaria, Pág. 92.

existieran al tiempo de la creación del mismo fideicomiso y a los inmediatos descendientes de éstas.

III.- Pasemos a la última fracción del artículo que nos señala el término máximo que legalmente se permite a los fideicomisos, pero no a todos los fideicomisos como se ha llegado a pensar, el error se deriva de una redacción un tanto confusa de la fracción, nos dice literalmente ésta: "Aquellos cuya duración sea mayor de treinta años. Cuando se designe como beneficiario a una persona jurídica que no sea de orden público o de beneficencia".

Realmente la redacción hasta aquí es clara y no debiera dar lugar a confusiones en el sentido de suponer que el término máximo de todos los fideicomisos es de 30 años; el precepto interpretado a contrario sensu -- nos da a entender que dicho término máximo no será aplicable cuando se trate de una persona jurídica que sea de orden público o de beneficencia así como tampoco a las personas físicas, siendo por tanto aplicables solo a aquellas personas jurídicas cuyos fines no sean de orden público o de beneficencia, hasta ahí, creemos que no puede haber lugar a dudas, pero la inclusión del segundo párrafo al texto original de la ley fué el causante de la confusión, dice dicho párrafo: "Sin embargo pueden constituirse con duración mayor de treinta años, cuando el fin del fideicomiso sea el mantenimiento de museos de carácter científico o artístico o no -- tengan fines de lucro".

El párrafo de alguna manera da a entender que todos los fideicomisos no deben durar mas de treinta años aún cuando sus beneficiarios sean personas físicas, esta creencia se encuentra actualmente muy generalizada al grado que el legislador a establecido en el artículo 66 de la Ley Reglamentaria del Servicio Público de Banca y Crédito lo siguiente: "Cuando se

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

Nos comenta el Lic. Marco Antonio Maldonado en su conferencia sobre clasificación de fideicomisos: "La razón que se haya establecido una duración tope a los fideicomisos, no es otra, que la de evitar la perpetuación de riqueza en unas cuantas manos pero como la Ley invocada no comprende a las personas físicas en su precepto, es de mencionarse que los fideicomisos en que intervienen como fideicomisarios personas físicas, - no tienen limitación alguna en su duración y podrán constituirse por --- tiempo indefinido. (90)

El Lic. Batiza por su parte comentando esta fracción afirma: "Esta disposición a dado origen al generalizado error en el sentido de que ningún fideicomiso "privado" puede tener una duración mayor de treinta años creencia infundada, puesto que dicho límite se refiere en forma exclusiva al caso de que el beneficiario es una persona jurídica no de interés público ni institución de beneficencia, sin afectar por ello a las personas físicas". (91)

Respecto de los antecedentes de la prohibición el mismo autor nos habla; "El Proyecto Alfaro prescribía que el fideicomiso de usufructo, renta o pensión constituido a favor de una persona jurídica no podrá durar más de treinta años y se extingue al cabo de ese lapso (art. 37). Al comentar la disposición decía su autor que concuerda con el art. 498 del Có 90.- Maldonado, Marco Antonio, Clasificación del Fideicomiso, Panorama -- Actual y Perspectivas del Fideicomiso en México, Pág. 47.  
91.- Batiza Rodolfo, El Fideicomiso, Teoría y Práctica , Págs. 362, 363.

digo Civil, según el cual "no podrá constituirse el usufructo a favor de un municipio corporación o sociedad por mas de treinta años". La razón - de dichas prohibiciones es que si se concede la renta, goce o usufructo de ciertos bienes a una persona jurídica, cuya vida es perpetua, esos -- bienes vendrían a ser de imposible enajenación y quedarían perpetuamente vinculados, lo que es contrario al orden público. El fideicomiso vendría de hecho a ser perpetuo y por tanto quedaría comprendido en la prohibición del art. 8o.. Para quitarle ese carácter se le hace temporal y se fija - para su duración el mismo término de treinta años establecido respecto -- del usufructo", prosigue este autor: "Por lo que se refiere a nuestro de recho, el Proyecto Vera Estañol indicaba que si el beneficiario no fuere una persona física, la duración del fideicomiso no podría exceder de trein ta años, salvo en todo caso lo que estableciera la legislación civil y la especial relativa a institutos de beneficencia (Art. 11, par. segundo); cuando el fideicomiso fuere creado por mandamiento judicial o por contra to o acto entre vivos, el fideicomiso duraría por todo el tiempo en que - legalmente deban subsistir los derechos o las obligaciones para cuya eje cución, cumplimiento o garantía se hubiere creado el fideicomiso (Art. - 11, últ. Párraf.) (92)

Por lo que hace al derecho comparado, también Costa Rica prohíbe en - similares términos que la legislación mexicana, pero agrega que estarán - prohibidos aquellos fideicomisos en los que se designen al fiduciario ga- nancias premios u otras ventajas fuera de los honorarios (Art. 661 Cód. - de Comer,).

Guatemala en el art. 789 de su Código de Comercio dice que serán nu- 92.- Batiza Rodolfo, El Fideicomiso Teoría y Práctica, Págs 361, 362.

los los fideicomisos secretos; Panamá establece la prohibición de los fideicomisos secretos en el artículo 60. de la Ley 17/41; Los constituidos para que operen después de la muerte del fideicomitente a favor de las personas incapaces para sucederle. (Art. 7 Ley 17/41; y los sucesivos (Art. 8 Ley 17/41). Honduras, en los mismos términos que el derecho mexicano (a excepción del segundo párrafo de la fracción tercera que fué una adición posterior del legislador) establece las prohibiciones a los fideicomisos (Art. 1051 Cod. de Comercio).

Pasemos a los proyectos de la Asociación de Banqueros de México. El proyecto 1955 en su artículo 370 establecía exactamente las mismas prohibiciones de la ley actual, las dos primeras fracciones tenían la misma redacción que la ley y la tercera tenía solo variaciones de forma, decía esta última fracción:

"III. Los constituidos a plazo mayor de treinta años, salvo que lo sean a favor de personas jurídicas de interés público o que el fideicomiso tenga fines no lucrativos de asistencia, de auxilio mutuo o cooperación, de enseñanza, de fomento de la investigación científica, de las artes, o en general de la cultura". En el segundo proyecto la situación era similar, las dos primeras fracciones eran iguales a las actuales a excepción de la tercera que decía: "III. Aquéllas cuya duración sea mayor de treinta años cuando se designe fideicomisario a una persona moral pero esta prohibición no será aplicable a los fideicomisos constituidos en favor de la Federación, de los Estados y de los Municipios o de instituciones de asistencia, científicas, culturales, artísticas u otras similares con fines no lucrativos".

El tercer proyecto, de 1960, estableció también las mismas prohibiciones, decía: "Art. 363.- Quedan prohibidos:

I.- Los fideicomisos secretos. Se consideran secretos aquellos cuyo fin no aparezca en el acto constitutivo del fideicomiso".

II.- Aquellos en los cuales el beneficio se conceda a diversas personas sucesivamente que deban substituirse por muerte de la anterior, salvo el caso de que la substitución se realice en favor de personas que estén vivas o concebidas a la muerte del fideicomitente".

III.- Aquellos cuya duración sea mayor de treinta años cuando el beneficiario sea una persona moral, salvo que se trate de entidades públicas o que sin propósitos lucrativos el fideicomiso tenga fines educativos, culturales, de previsión o asistencia social o de interés general".

Veamos por último el comentario que nos hace el Lic. Pablo Macedo: "Las prohibiciones obedecen al propósito general de mantener el fideicomiso como institución legal, franca, abierta y vigilada por el Estado e impedir que a su sombra vuelva a favorecerse la constitución de patrimonios ya condenados históricamente, como antes lo subrayamos. Este último criterio se refuerza mediante la fijación de límites que en el tiempo se de terminarán por la vida de los beneficiarios designados, cuando éstos sean personas físicas, o por treinta años tratándose de personas jurídicas diversas de las de orden público o de beneficencia, que no tienen porque despertar suspicacia alguna.

El mismo criterio informa el párrafo posteriormente agregado en favor de museos que no tengan fines lucrativos, pues razones semejantes militan en su favor y de ese modo se acogen iniciativas privadas que tan útiles se han mostrado en casos que en el futuro pueden volver a presentarse. (93)

C A P I T U L O    I V  
ANALISIS DE LA LEY REGLAMENTARIA DEL SERVICIO  
PUBLICO DE BANCA Y CREDITO

El tema de este cuarto y último capítulo lo es la Ley Reglamentaria del Servicio Público de Banca y Crédito, publicada en el Diario Oficial con fecha 14 de Enero de 1985.

No haremos un análisis detallado de toda ella, pues independientemente de nuestras limitaciones en materia jurídica, nos saldríamos de los modestos límites de este trabajo, nos concretamos pues, a ver en una forma breve solo aquellos artículos que se relacionan directamente con la figura que estudiamos en esta tesis.

Esta Ley, vigente a partir del 15 de enero de 1985, viene a confirmar la nacionalización de que fué objeto la banca en septiembre de 1982, ya que es un ordenamiento cuyo espíritu se encuentra orientado en todo momento a convertir a la banca en instrumento del Ejecutivo, que sirva de respaldo a la política económica que sigue el actual gobierno, de ahí que nos atrevamos a decir, que casi con toda seguridad, su vigencia no durará mas allá de la vigencia del actual período presidencial, ya que al llevar un trasfondo político la actual ley lleva también marcado su período de validez, pues como de todos es sabido, el Presidente en turno introduce sus nuevos Programas, Planes, Proyectos etc, y viene a echar abajo en muchos casos todo aquello que se refiera a los Planes y Programas de su an

tecesor con los consecuentes efectos desorientadores.

La ley que comentamos derogó tanto a la ley General de - Instituciones de Crédito y Organizaciones Auxiliares del 31 - de mayo de 1941, así como a la ley que lleva el mismo nombre - que la vigente, es decir, la ley Reglamentaria del Servicio Pú**bl**ico de Banca y Crédito, publicada en el Diario Oficial con fecha 31 de diciembre de 1982.

Esta nueva ley, a diferencia de la Ley General de Institu**ci**ones de Crédito y Organizaciones Auxiliares, es exclusivamen**te** dedicada a regular la materia bancaria, esto es, no abarca en su texto la regulación de las Organizaciones Auxiliares de Crédito, la cual consideramos un acierto del legislador al - dar a cada actividad su propia ley reglamentaria.

La expedición de esta ley se consideró necesaria, pues la anterior, es decir la Ley de 1982, era por demás incompleta lo cual es comprensible si se toma en cuenta la prisa con que - tuvo que ser elaborada; en cuanto a la Ley General de Institu**ci**ones de Crédito y Organizaciones Auxiliares creemos que pudo haber continuado operando en la rectoría de la actividad - bancaria, consideramos que se trata de una Ley elaborada con buena técnica jurídica y desprovista de marcadas tendencias - político-económicas y creemos que en realidad con solo haberla adecuado a las circunstancias hubiera sido suficiente desde un punto de vista técnico, sin embargo políticamente era - necesario el cambio y así tuvo que ser pues había que consoli**d**ar la posición del gobierno, máxime que ya se había reformado la Constitución en su artículo 28 párrafo quinto (D.O. 17-



de nov. de 1982) a fin de conceder el monopolio bancario al Estado (nótese que cronológicamente primero fué la nacionalización y después la modificación a la constitución legitimando lo que ya estaba hecho).

La vigente ley omite dar reglas de operación técnica a las que habrán de sujetarse los bancos, a diferencia de la Ley General de Instituciones de Crédito y Organizaciones Auxiliares que sí lo hacía, se limita en realidad a organizar de una manera generalizada el funcionamiento de las instituciones bancarias, pero sin profundizar en ningún tema en lo que a operaciones se refiere.

Este ordenamiento, como todos, tiene sus aciertos así como sus errores, sobre esto nos comenta el maestro Jorge Barrera Graf quien nos dice: " Son evidentes las ventajas de esta nueva ley, tanto en relación con la ley de 1982, que no regulaba las operaciones de crédito, como con la LIC (se refiere a la Ley de Instituciones de Crédito y Organizaciones Auxiliares), que no incorporaba la banca nacional a su régimen general, y que, en cambio, comprendía a las instituciones auxiliares del crédito. En primer lugar, por la novedad de la regulación, ya que la LIC tenía 44 años de vigencia, que son demasiados en una materia tan cambiante y de coyuntura económica como es la bancaria, y en el transcurso de los cuales se introdujeron multitud de cambios y adiciones que hacían muy complicada la comprensión, la aplicación e incluso la lectura de la LIC, máxime que con mucha frecuencia, las nuevas disposiciones se complementaban con leyes, decretos y acuerdos administrativos;

en segundo lugar, por su extensión: la LIC contenía 176 artículos, muchos de ellos larguísimos, en contra de 112, breves en la gran mayoría de los casos de la L.R.S.P.B; en tercer lugar, porque la nueva Ley recoge la tripartición tradicional de la materia bancaria en operaciones pasivas, operaciones activas y servicios bancarios. Aquellas dos son actividades bancarias principales; éstos, accesorios (Molle) (que no deben confundirse con las actividades u operaciones auxiliares y porque regula aparte cada una de ellas, refiriéndolas a las dos únicas instituciones de crédito que subsisten: la banca múltiple y la banca de desarrollo (art. 2°); en cuarto lugar, por ese hecho, de que solamente subsisten dos clases de instituciones de crédito, y en consecuencia que desaparezcan como instituciones y operaciones distintas y especializadas, seis de las siete enumeradas en el art. 2° LIC; o sea, los bancos de depósito, las financieras hipotecarias y de capitalización, así como las operaciones de ahorro y fiduciarias (o sea, todas menos las de banca múltiple). Esta nueva estructura de la Ley evita que ella repita una regulación, particularizada y específica de múltiples instituciones y operaciones, lo que provocaba en la LIC sendas disposiciones sobre la constitución de la empresa respectiva, y la enumeración en cada caso de las operaciones que cada una de ellas podía llevar a cabo, las prohibiciones que se les imponía y reglas propias de operación, todo lo cual provocaba repeticiones, confusión sobre la naturaleza jurídica y las limitaciones y restricciones de actos y negocios bancarios e inclusive, dificultad para enten

der y explicar el sistema".

Por lo que hace a los defectos que tiene la Ley, el mismo autor nos los señala, dice: "A pesar de los logros y venta jas, la L.R.S.P.B. está muy lejos de poder reputarse como una ley modelo, en cuanto a la claridad, congruencia e integridad de la regulación de la materia bancaria. Adolece, en efecto, con frecuencia y respecto a sujetos y negocios, de obscuridad, de insuficiencia y en ocasiones de conculcamiento del orden jurídico. Estos defectos, a los que aludiremos a lo largo de esta reseña legislativa, son tanto menos justificados cuanto que la L.R.S.P.B., es la segunda que se dicta después de la nacionalización de la banca; si en la primera se pudo aducir, como excusa de sus errores y omisiones, la urgencia de someter a un nuevo regimen jurídico el derecho bancario, y que el proyecto de Ley tenía que proponerse al Congreso de la Unión; en el curso de un sólo mes (diciembre de 1982, el primero de vida del nuevo gobierno que la promovió), en la Ley vigente no existe tal excusa: se pudo a lo largo de dos años- 1983 y 1984- meditar y preparar un texto nítido, sistemático y completo, que debió haberse dado a conocer con tiempo, para recibir observaciones y críticas de los expertos, antes de so meterlo a las cámaras para que ellas lo discutieran, y no que lo aprobaran con dispensa de trámite y las consabidas y tan lamentables recomendaciones del Ejecutivo de proceder a su adopción con prontitud. (1)

1.-Barrera Graf, Jorge, Ley Reglamentario del Servicio Público de Banca y Crédito, Editorial Porrúa, México, D.F., 1985 págs. 14,15.

Pasemos pues a ver someramente aquellos artículos que se relacionan con nuestra figura a estudio, es decir con el fi - deicomiso, empezaremos por el artículo 1º que a la letra dice:

"ARTICULO 1º

La presente Ley es de orden público y tiene por objeto - reglamentar los términos en que el Estado presta el servicio - público de banca y crédito; las características de las insti - tuciones a través de las cuales lo hace; su organización; su - funcionamiento en apoyo de las políticas de desarrollo nacio - nal; las actividades y operaciones que pueden realizar, y las garantías que protegen los intereses del público."

En este artículo se estipula en primer término, que es el Estado el encargado de proporcionar el servicio público de -- banca y crédito, la segunda cuestión que merece mención es la orientación que deberá tener el funcionamiento de los bancos - que deberá ser "en apoyo de las políticas de desarrollo nacio - nal", lo cual deja ver que la banca se ha convertido en ins -- trumento clave del Ejecutivo para fundamentar su política; in - cluso así se reconoce en la exposición de motivos de la ley - cuando dice: "Con el principio de rectoría del Estado en el - desarrollo nacional, el instrumento bancario adquiere una ma - yor significación y se le confirma como palanca decisiva de - la estrategia gubernamental. Por ello, el papel que debe -- desarrollar es de fundamental importancia y sus actividades - deben orientarse al logro de los grandes objetivos naciona - -

les".

El Dr. Acosta comenta el precepto: "Antecedente, el artículo 1° de la L.R.B.-82 pero se suprime la referencia que en este último se hace al artículo 28 de la Constitución y además se agrega lo relativo a la organización y funcionamiento de las sociedades nacionales de crédito, sus actividades y las operaciones que pueden realizar". (2)

## "ARTICULO 2°

Pasemos al segundo artículo que dice: "Artículo 2° El servicio público de la banca y crédito será prestado exclusivamente por instituciones de crédito constituidas con el carácter de sociedades nacionales de crédito, en los términos de la presente Ley. Las sociedades nacionales de crédito serán:

- I. Instituciones de Banca múltiple; y
- II. Instituciones de Banca de desarrollo"

En este artículo quedan especificados los tipos de bancos que existirán en México: la banca múltiple, la cual está constituida por la banca que antes de la nacionalización fue la privada; y la banca de desarrollo, la constituida por la banca tradicionalmente "oficial" y que estará facultada para desarrollar las mismas actividades que la banca múltiple, aparte aquellas que les sean encomendadas por el Ejecutivo.

vo, en realidad la ley no introduce nada nuevo en este sentido, pues se limita a reconocer una situación que de hecho se ha practicado desde siempre.

Nos dice el Dr. Acosta sobre el artículo: "Corresponde - al artículo 2° de la L.R.B.-82, se agrega que el servicio público de banca y crédito será prestado "exclusivamente", palabra que no utiliza la Ley anterior".

"La nueva Ley a partir de las fracciones I y II del artículo que se comenta, divide a las sociedades nacionales de crédito en dos especies:

- A) Instituciones de Banca Múltiple
- B) Instituciones de Banca de Desarrollo

"A mi juicio esta clasificación resulta un tanto arbitraria, porque todas las instituciones reguladas por la Ley, así como las que a la fecha de su entrada en vigor, eran nacionales con forma de Sociedad Anónima, también lo son de banca -- múltiple, con la excepción del Banco de México y Patronato -- del Ahorro Nacional, de donde la diferencia conforme a diversos preceptos de la ley, son que la Banca de Desarrollo tiene Ley Orgánica propia que señala sus objetivos específicos y -- que según el artículo 12, párrafo primero de la Ley que comenta, se distinguen por las modalidades que señale cada una de las leyes orgánicas, considerando especialidades sectoriales y regionales..." (3)

## "ARTICULO 3º

El artículo 3.- señala: "Artículo 3.- La Prestación del servicio público de banca y crédito, así como la operación y funcionamiento de las instituciones de crédito, se realizará con apego a las sanas prácticas y los usos bancarios, con sujeción a los objetivos y prioridades del Plan Nacional de Desarrollo, en especial del Programa Nacional de Financiamiento del Desarrollo. En todo momento se buscará alcanzar los objetivos específicos de cada tipo de institución, así como los de carácter general siguientes:

- I. Fomentar el ahorro nacional;
- II. Facilitar al público el acceso a los beneficios --- del servicio público de banca y crédito;
- III. Canalizar eficientemente los recursos financieros;
- IV. Promover la adecuada participación de la banca mexicana en los mercados financieros internacionales;
- V. Procurar un desarrollo equilibrado del sistema bancario nacional y una competencia sana entre las instituciones de banca múltiple; y
- VI. Promover y financiar las actividades y sectores que determine el Congreso de la Unión como especialidad de cada institución de banca de desarrollo, en las respectivas leyes orgánicas".

Veamos, en primer lugar pensamos que la Ley es un tanto vaga cuando dice que la actividad bancaria se realizará," con apego a las sanas prácticas y los usos bancarios..." cabría -

preguntarse ¿qué son las sanas prácticas? ¿quién es el indicado para determinarlos?, por lo que hace a los usos, es común-aludirlos como fuente supletoria ante las lagunas de la Ley - así como para tomarlos como directriz, como en este caso para el desarrollo de la actividad bancaria, sin embargo, es bien-sabido que algunos usos son contrarios al espíritu de las le-yes; continúa el artículo diciendo: "con sujeción a los obje-tivos y prioridades del Plan Nacional de Desarrollo, en espe-cial del Programa Nacional de Financiamiento del Desarrollo"; aquí el legislador de una forma francamente abierta hace evi-dente lo que comentamos al principio de este capítulo en el - sentido de que la actual ley va impregnada de un matíz político con el sello del sexenio, este aspecto se reitera en el ar-tículo 10 que en su segundo párrafo dice: "Los programas debe-rán formularse conforme a los lineamientos y objetivos del -- Plan Nacional de Desarrollo, en especial del Programa Nacio--nal de Financiamiento del Desarrollo, cuidando la necesaria - autonomía de gestión que las instituciones requieren para su-eficaz funcionamiento:"

También el artículo 20 nos reitera esta situación cuando afirma:

"El consejo dirigirá la sociedad con base en las políti-cas, lineamientos y prioridades que conforme a lo dispuesto--por esta ley establezca el Ejecutivo Federal..."

Respecto a los fines que la Ley marca, el Lic. Ignacio - Soto Sobreira y Silva hace algunos comentarios, nos dice: "Es-tos objetivos de la nueva ley son trascendentales y lógicos y



recuerdan la filosofía económica del Estado Mexicano:

1.- Establecen la necesidad de fomentar el ahorro nacional. Esto es básico desde el punto de vista económico, la mejor y más sana manera de hacerse de recursos de mexicanos y quienes estén en México y desde el punto de vista social, ya que se impide el consumismo o derroche (ahorro es consumo no hecho o diferido) y puede disminuirse la inflación. Por otra parte el fomento del ahorro obliga al Estado a establecer condiciones de seguridad y estabilidad económica que tanto necesita México y de las que desgraciadamente tantas veces ha adolecido nuestra Patria. (Fracción I Artículo 3º)"

"2. Establece la obligación de facilitar al público los servicios de banca y crédito. Como en la fracción 1º ya comentada se habló del fomento del ahorro, que se traduce en que la banca capte recursos, en la 2º fracción que ahora se analiza, debe entenderse que principalmente se trata de facilitar al público los préstamos que necesite verdaderamente ¿y quién es este público? indudablemente que somos todos los particulares, con lo cual el Estado está colocando el servicio a las personas privadas en un lugar muy importante entre los objetivos. Está señalado que el interés de los particulares rectamente llevando, se entiende, no va en contra del interés nacional, porque éste, en el fondo, está formado por los sanos intereses de los particulares, esto entraña un principio fundamental de economía mixta del Estado Mexicano que ahora, además, legalmente se le impone la atención de las necesidades crediticias de los particulares".

"3.- Esta finalidad de atención a los particulares de -- ninguna manera implica el olvido de los intereses crediticios generales a los cuales se refiere el primer párrafo de este - artículo al señalar que el servicio público de banca y crédito se realizará con sujeción a los objetivos y prioridades - del Plan Nacional de Desarrollo. En especial el programa nacional de financiamiento del desarrollo."

"4.- Estas finalidades crediticias del público y del - País se podrán efectuar si las sociedades nacionales - de crédito "canalizan eficientemente los recursos financieros" según lo establece la fracción tercera del multicitado artículo."

"5.- La fracción quinta de este artículo tiene dos partes: una que recuerda un axioma de la libertad de comercio, - del liberalismo económico: "si no hay competencia, hay incompetencia", al decir que las sociedades nacionales de crédito deben procurar una competencia sana entre ellos. Desde luego esto es verdaderamente una ficción porque en la realidad económica es casi imposible porque hay un solo Banquero, en última instancia el Estado. La otra parte de esta fracción si es factible y debe ser, porque toca al Estado el procurar un desarrollo equilibrado del sistema bancario nacional."

"6.- La fracción cuarta tiene una gran importancia ya - que se refiere a la participación de la banca mexicana en los mercados financieros internacionales. El Gobierno Federal - ya había apoyado esta participación desde que la Banca era - privada y así pueden recordarse las actividades en este sentido

do de algunos Bancos, como el de Comercio y el Nacional de México. Es de esperarse y desearse que ahora que el Estado es el Banquero, esta participación, se amplie y se realice plenamente y en beneficio de México."

"7.- La última finalidad que se encuentra en este artículo, en su fracción sexta, se refiere a la Banca de Desarrollo en cuanto que ellas tendrán las finalidades específicas marcadas en sus respectivas leyes orgánicas; pero no debe olvidarse que esto es además, porque esta Banca también tiene las otras finalidades ya comentadas según se desprende del espíritu del artículo 31 de esta nueva ley reglamentaria." (4)

#### "ARTICULO 5º

El siguiente artículo que a nuestro juicio reviste interés en nuestra materia es el 5º el cual señala:

"Artículo 5º. En las operaciones y servicios bancarios, las instituciones de banca múltiple se registrarán por esta ley, por la Ley Orgánica del Banco de México y en su defecto por el orden siguiente por:

- I. La legislación mercantil;
- II. Los usos y prácticas bancarias y mercantiles; y
- III. El Código Civil para el Distrito Federal.

Las operaciones y servicios bancarios de las institucio-

4.- Soto Sobreira y Silvia, Ignacio, La Nueva Ley Reglamentaria del Servicio Público de Banca y Crédito, Editorial Porrúa México, D. F. 1985, Pags. 101 y ss .

nes de banca de desarrollo, se regirán por su respectiva ley orgánica, por esta Ley y la Ley Orgánica del Banco de México. En su defecto conforme a lo dispuesto por este artículo."

Este artículo en realidad viene a confirmar el sistema supletorio que establece la Ley sustantiva en su artículo 2º, con la salvedad de que antes de recurrir a cualquier otra fuente supletoria es necesario recurrir en primer término a la Ley Orgánica del Banco de México, sin embargo, en tratándose del fideicomiso, no encontramos ningún artículo que sea propiamente dicho una fuente supletoria, en efecto, de los 41 artículos de la Ley Orgánica solo el texto de 4 se relacionan de algún modo con nuestro tema, exceptuando, desde luego, a aquellos que se refieren al fideicomiso en forma expresa y directa, el primero es el artículo 6º que en su fracción XI nos dice: "El Banco de México, para la realización de sus funciones, podrá efectuar las operaciones siguientes: "...Fracción XI. Actuar como fiduciario cuando por ley se le asigne esa encomienda o cuando se trate de fideicomisos cuyos fines coadyuven al desempeño de funciones del Banco. Este podrá canalizar recursos a los fideicomisos en los que tenga carácter de fiduciario, a través de las operaciones que esta Ley le autoriza a realizar."

Nótese como no obstante el Banco de México no ser una Sociedad Nacional de Crédito y que sus funciones no son de la misma naturaleza que la del resto de los bancos, se le autoriza a ser fiduciario; el maestro Acosta Romero comenta esta -

fracción, dice:

"Esta fracción limita la actuación como fiduciario del Banco de México, exclusivamente a aquellos casos en que, a partir del 15 de enero de 1985, las leyes le asignen esa calidad o se trate de fideicomisos cuyos fines coadyuven al desempeño de las funciones del banco, sin embargo, el artículo tercero transitorio, establece la salvedad de que el Instituto Central podrá seguir desempeñando el cargo de fiduciario en los fideicomisos que actualmente maneja, por lo que la disposición comentada sólo surtirá efectos a futuro, pero no respecto a fideicomisos constituidos con anterioridad " (5)

El siguiente artículo que podría aplicarse al fideicomiso, aunque no lo alude directamente, lo es el artículo 14, en íntima relación, pues prácticamente dicen lo mismo, con el artículo 32 de la Ley Reglamentaria, nos dice dicho artículo: "Artículo 14.- Las tasas de interés, comisiones, premios, descuentos u otros conceptos análogos, montos, plazos y demás, características de las operaciones activas, pasivas y de servicios, que realicen las instituciones de crédito, con residentes en el país y en el extranjero, se ajustarán a las disposiciones que dicte el Banco de México.

Estas disposiciones tendrán carácter general, pero podrán aplicarse a determinado tipo de instituciones o a ciertas clases de operaciones." De algun modo se relaciona con el artículo 138 bis de la Ley de Instituciones de Crédito.

El Artículo 16 por su parte, dice: "El Banco establece-  
5.- Op. Cit. pag. 314.

rá el régimen de depósito obligatorio al que deban sujetarse las instituciones de crédito, en el desempeño de fideicomisos, mandatos o comisiones mediante los cuales reciban fondos destinados al otorgamiento de créditos.

A los faltantes en que incurran las instituciones de crédito respecto del depósito obligatorio a que se refiere el párrafo que antecede, les será aplicable lo previsto en el artículo 15 fracción VII.

Se exceptúan de lo dispuesto en este artículo los fideicomisos constituidos por el Gobierno Federal."

Comenta al respecto el Dr. Acosta Romero: "Considero un acierto el establecer régimen de depósito obligatorio cuando se reciben fondos en fideicomiso, mandatos y comisiones, para otorgamiento de créditos. Esta situación ya estaba prevista en una circular del Banco de México."<sup>(6)</sup> (Circular 1684/70 de 7 de abril de 1970)

Por último, el artículo 41 de este ordenamiento dice: -- "Artículo 41. La Ley Reglamentaria del Servicio Público de Banca y Crédito, la legislación mercantil, los usos bancarios y mercantiles y el Código Civil para el Distrito Federal se aplicarán a las operaciones del Banco supletoriamente a la presente Ley y en el orden en que están mencionados."

En realidad establece el mismo orden supletorio que prevé el artículo que comentamos, solo que, desde luego si se trata de suplir las lagunas de la Ley Orgánica, no puede de

cirse que será fuente supletoria la misma Ley Orgánica como - si lo hace la Ley Reglamentaria.

Tratándose de las instituciones de banca de desarrollo - se incluye como ordenamiento regulador del desarrollo de sus - funciones, a la respectiva ley orgánica de la institución de - que se trate.

#### ARTICULO 30

El siguiente artículo que reviste interés para nosotros - lo es el número treinta que es el que nos señala las activida - des cuya realización se autoriza a las sociedades nacionales - de crédito, veamos: "Las instituciones de crédito sólo podrán realizar las operaciones siguientes:

Fracción XV. Practicar las operaciones de fideicomiso a que se refiere la Ley General de Títulos y Operaciones de Cré - dito, y llevar a cabo mandatos y comisiones.

Esta fracción equivale a las fracciones "a" y "k" del ar - tículo 44 de la Ley General de Instituciones de Crédito y Or - ganizaciones Auxiliares, también se relaciona con el artículo 46 fracción XIII.

No creemos que la fracción amerite mayor comentario, vea - mos solo lo que nos dice el Dr. Acosta: "Concuerda de alguna - manera con la fracción XIII del artículo 46 bis 1 de la L.G.I C.O.A, con la circunstancia de que esta fracción remitía al - capítulo VI, de las operaciones fiduciarias de la propia L.G. I.C.O.A. y ahora, la nueva Ley remite a la L.G.T.O.C.operacio

nes de fideicomiso y además, habla de mandatos y comisiones." "

"Fracción XIV. Recibir depósitos en administración o custodia, o en garantía por cuenta de terceros, de títulos o valores y en general de documentos mercantiles."

Esta fracción equivale a la fracción X del artículo 46 bis 1 de la Ley de Instituciones de Crédito, salvo que en ésta no se mencionaba el depósito en garantía; la fracción también equivale al inciso "J" del artículo 44 de dicha Ley, solo que en este inciso se decía que también podrían ser objeto de depósito "Toda clase de bienes, muebles..." además creemos que la redacción del inciso "J" del derogado artículo daba lugar a que los departamentos fiduciarios de los Bancos pudieran asumir las funciones de un almacén de depósito pues se le autorizaba a mantener en depósito (como función independiente de la administración y garantía, a diferencia de la nueva Ley que dice: "Recibir depósitos en administración o custodia, o en garantía...")

"Toda clase de bienes, muebles..." como podrá verse era una verdadera invasión a las funciones de los almacenes como Organizaciones Auxiliares, (incluso la Comisión Nacional Bancaria ya había prohibido esta invasión mediante la circular No. 474 de 6 de mayo de 1957)

Con relación al depósito en garantía también llamado condicionado, nos comenta el Dr. Octavio A. Hernández: "mediante la constitución de un depósito condicionado, el obligado garantiza, a satisfacción de su acreedor, el cumplimiento de o-



bligaciones contraídas. El Departamento Fiduciario y de Valores en estos casos, recibe en depósito una cantidad determinada, la que entrega al beneficiario, una vez realizada la condición que estipula el depositante en sus instrucciones; o bien devuelve los fondos a quien se los entregó, cuando no se realiza la condición dentro del plazo fijado."

"Dada la sencillez y elasticidad de este tipo de operaciones, pueden ellas ser de gran utilidad, pues en cualquier forma en la que se establezca la garantía, tanto el depositante como el beneficiario, encuentran asegurados sus intereses, por la certeza en la entrega de la suma, objeto de depósito."

Concluye este autor: "Entre los norteamericanos e ingleses, estos depósitos son conocidos con el nombre de "escrowz" y en nuestro medio han llegado a tener gran desarrollo, ya que hacen posible la contratación entre dos personas sin que pasen los bienes a poder de uno de los contratantes, sino que éstos quedan en manos de un tercero imparcial que merece la confianza de ambos." (7)

"Fracción XVII. Actuar como representante común de los tenedores de títulos."

Esta fracción equivale al inciso "b" del artículo 44 de la Ley de Instituciones de Crédito, sin embargo, este inciso era uno de los que más facultades concedían a las instituciones fiduciarias, facultades que por cierto la actual Ley ya -

no consignó completas; en efecto, de las actividades que dicho inciso autorizaba a desempeñar, la ley suprimió las siguientes: 1) intervenir en la emisión de toda clase de títulos de crédito, que realicen instituciones públicas o privadas o sociedades, garantizando la autenticidad de aquéllos -- las firmas y la identidad de los otorgantes, encargándose de que las garantías en su caso, queden debidamente constituidas cuidando de que la inversión de los fondos procedentes de la emisión se haga en los términos pactados, y recibiendo los pagos de los suscriptores. 2) representar a los socios, accionistas, acreedores u obligacionistas en juntas o asambleas. (en realidad consideramos que hasta cierto punto esta actividad era repetitiva, pues podría estar comprendida en la que comentamos, es decir, en la representación común de los tenedores de títulos).

La redacción de la fracción no específica, qué clase de títulos serán aquellos que se representan por lo que en principio podrían ser toda clase de títulos, sin embargo, es de deducirse que, aunque no se dice, se refiere a aquellos que son emitidos en masa y que su número es tal y tantos sus tenedores que es menester nombrar a un representante común. V.G. -- las acciones de sociedad anónima.

"Fracción XVII. Hacer servicio de caja y tesorería relativo a títulos de crédito, por cuenta de las emisoras;"

Esta actividad estuvo prevista en el artículo 44 inciso "B" de la Ley de Instituciones de Crédito.

A través de esta actividad la Institución Fiduciaria lle

va a cabo la labor consistente en el manejo financiero de los títulos emitidos y que en su caso la emisora decida sean manejados por la fiduciaria, dentro de dicho manejo se pueden comprender la realización de actividades como pago de dividendos de intereses, amortizaciones, o del título mismo. Nos comenta esta actividad el Dr. Hernández y nos dice: "El servicio de caja y tesorería, que examinamos al hacer el estudio de las sociedades financieras, es realizado por las fiduciarias, primordialmente al encargarse de:

- A. Custodia de valores; y
- B. Administración de valores."

"La custodia de valores se concreta a la guarda material de éstos, sean bonos, cédulas, obligaciones hipotecarias, valores de Estado, valores extranjeros o cualquier clase de títulos de crédito, documentos o metales que tengan especial significación o importancia para sus propietarios. El depositante entrega a la fiduciaria sus valores para que ésta se encargue de su conservación material, y queda a cargo del propio depositante el ejercicio de las acciones y de los derechos para conservar jurídicamente el bien depositado.

Si la institución fiduciaria se hace cargo de la administración de los valores, además de conservarlos materialmente, recibe instrucciones especiales del depositante que la obligan a efectuar el cobro de los títulos o cupones y a ejecutar todos los actos necesarios para la conservación de los derechos que aquellos confieren al depositante. Cuando se trate de ejercitar derechos accesorios u. opcionales, o de efectuar

exhibiciones o pagos de cualquier clase, relativos a los títulos depositados, la fiduciaria deberá recabar instrucciones especiales que normarán su actividad, y en cumplimiento de las cuales cobrará intereses y dividendos o amortizaciones, reinvertirá el producto de valores amortizados, representará al titular de los bienes depositados y realizará las demás operaciones que beneficien los intereses de éste".

"A cambio de los servicios de custodia y de administración de valores, la fiduciaria recibe la remuneración convenida". (8)

En realidad creemos que el legislador al autorizar esta función a las fiduciarias, se refirió y actualmente se sigue refiriendo, a la obligación que asume la fiduciaria de llevar a cabo por cuenta de la sociedad emisora, actividades que ésta tenía la obligación de realizar como emisora que fué y no como nos comenta el Dr. Hernández, la realización de actividades que corresponden a los tenedores de los títulos de donde deducimos que la explicación que de esta actividad nos da el Dr. Hernández no se ajusta a lo que el legislador estatuyó, creemos que la actividad que nos describe el Dr. Hernández -- más bien quedaría comprendida dentro de la facultad de ser depositaria en administración, custodia o garantía de documentos mercantiles.

"Fracción XIX. Llevar la contabilidad y los libros de actas y de registro de sociedades y empresas.

Esta fracción equivale al párrafo primero del inciso -- "D" del artículo 44 de la Ley General de Instituciones de Crédito.

La fracción no consideramos que amerite mayor comentario, como no sea apuntar que lo que motivó al legislador a otorgar autorización a las instituciones fiduciarias a desarrollar dicha actividad, fué la presunción de solvencia, y capacidad técnica que se suponen características de esta clase de instituciones.

Fracción XX. Desempeñar el cargo de albacea.

Es esta una fracción en la que el legislador pone de manifiesto de una manera inequívoca la confianza que tuvo en que las instituciones fiduciarias serían poseedoras de la suficiente capacidad, solvencia y experiencia técnica como para poder llevar a cabo funciones tan importantes para la sociedad como el albaceazgo; esta función estuvo prevista en el -- art. 44 inciso "F" de la Ley General de Instituciones de Crédito.

Excede en mucho los objetivos de esta tesis hacer un análisis detallado de la función del albacea, veamos pues solo a muy grandes rasgos en que consiste esta función.

En realidad hasta ahora la doctrina no ha unificado criterios sobre la naturaleza jurídica del albacea, pues aún se discute si el albacea es representante del testador, del heredero o de la masa considerada como patrimonio autónomo.

La designación del albacea corresponde en primer término a el testador, en su defecto, a los herederos o en su caso a

los legatarios, y por último al juez ante la falta de designación de los anteriores; sus principales obligaciones serían en primer término ejecutar la voluntad del testador, elaborar el inventario y ordenar el avalúo de la masa hereditaria, ser el representante tanto ante terceros como ante autoridades, ya sea fuera o dentro de juicio y en general llevar a cabo todos los actos necesarios, cumpliendo obligaciones y ejerciendo derechos a fin de concluir con la liquidación y reparto de la masa hereditaria, asimismo deberá presentar el testamento, asegurar los bienes de la herencia, pagar las deudas mortuorias hereditarias y testamentarias.

El cargo de albacea, dice el art. 1695, es voluntario, pero una vez aceptado es obligatorio, será además indelegable, según nos dice al artículo 1700, y durará en su cargo el término de un año contando desde su aceptación, término que podrá prorrogarse por los herederos por un año más, por último, el cargo de albacea termina por las siguientes causas:

- I. Por el término natural del encargo;
- II. Por muerte;
- III. Por incapacidad legal, declarada en forma;
- IV. Por excusa que el juez califique de legítima, con audiencia de los interesados y del ministerio Público, cuando se interesen menores o la Beneficiencia Pública.
- V. Por terminar el plazo señalado por la ley y las prórogas concedidas para desempeñar el cargo;
- VI. Por revocación de sus nombramientos hecha por los -

herederos.

VII. Por remoción.

Podríamos seguir tratando este tema en forma mucho mas amplia pero como antes lo dijimos, nos saldriamos de los límites de este trabajo, pasemos a ver la siguiente fracción, la XXI que nos dice:

"Fracción XXI. Desempeñar la sindicatura o encargarse de la liquidación judicial o extrajudicial de negociaciones, establecimientos, concursos o herencias."

Esta fracción equivale al inciso "e" del artículo 44 de la Ley de Instituciones de Crédito, y reproduce la defectuosa redacción de su antecesor, pues en lugar de hablar de negociaciones y establecimientos, debiera decirse sociedades mercantiles, como acertadamente señala el maestro Acosta Romero.<sup>(9)</sup>

La función del síndico, es por demás amplia, por lo que al igual que en la función anterior, nos limitaremos a ver solo los rasgos mas generales de esta actividad; veamos, en principio entendemos por síndico al representante del Estado que tiene como función la administración de los bienes del quebrado para ser distribuidos entre los acreedores previo convenio de éstos, o bien para enajenarlos y pagar con su producto a los acreedores conforme a la ley.

La figura del síndico se hace presente en dos situaciones jurídicas;

- 1) La quiebra

9.- Vid, Acosta Romero, Miguel, Legislación Bancaria, pag.239

## 2) La suspensión de pagos

Por quiebra entendemos aquella situación jurídica derivada de insolvencia de un comerciante y la cual es resultado de la declaración de cesación de pagos que del comerciante -- hace el juez competente.

La suspensión de pagos es aquella situación jurídica previa a la declaración de quiebra, por la cual un comerciante - trata de evitarla y para lo cual solicita que sean convocados sus acreedores por el juez a fin de lograr un convenio con -- ellos que le permita cubrir sus créditos.

Mediante la suspensión de pagos se evita la quiebra cuando menos temporalmente, hasta en tanto no se caiga en un estado más grave de insolvencia que impida cumplir con el conve-nio acordado con los acreedores, asimismo se evita que el co-merciante pierda la administración de sus bienes; mediante la suspensión de pagos, se evita también la pérdida de capacidad que para ejercer el comercio sufren los quebrados.

Ahora bien ¿quienes pueden ser síndicos? El Art. 28 de - la Ley de Quiebras y Suspensión de pagos nos dice :

"El nombramiento de síndico recaerá en una de las insti-tuciones o personas que se indican a continuación, según or - den de preferencia :

- I. Instituciones de crédito legalmente autorizadas para ello;
- II. Cámaras de Comercio y de Industria.
- III. Comerciantes sociales e individuales debidamente inscritos en el Registro de Comercio ".



El artículo 29 primer párrafo nos dice: "Las instituciones de crédito desempeñarán las sindicaturas en las quiebras, del modo previsto para las funciones fiduciarias."

En cuanto a la aceptación del cargo, el artículo 38 de la Ley de Quiebras nos dice: "Dentro de las veinticuatro horas siguientes a la de la comunicación de su nombramiento, el síndico designado deberá manifestar al juez si acepta o no el cargo."

"La aceptación es voluntaria, dice el artículo 39, pero una vez hecha no se podrá renunciar sino mediante la alegación de motivos graves sobrevinientes que serán libremente apreciados por el juez.

Contra su decisión sólo cabe el recurso de responsabilidad."

Completa el artículo 41 diciendo: "Si aceptado el cargo el síndico nombrado se negare a su desempeño, responderá de todos los daños y perjuicios que se ocasionen por ello a la quiebra, e incurrirá en multa de cincuenta a quinientos pesos."

El artículo 53 por su parte nos dice que serán causas de remoción del síndico:

- 1) no rendir la cuenta trimestral o extraordinaria.
- 2) no garantizar su manejo
- 3) mal desempeño del cargo
- 4) la comprobación de un impedimento

En cuanto a los honorarios, el artículo 57 de la Ley nos señala la tarifa que será aplicable al síndico, se estipula:

"El síndico percibirá como únicos honorarios:

"I. El ocho por ciento del importe de las ventas que se hagan para buena conservación y administración ordinaria de los bienes de la quiebra;"

"II. Cuando las ventas se hagan para liquidar los bienes de la quiebra:"

a) Ocho por ciento del producto de la venta de los mis mos, si ésta no excediera de veinticinco mil pesos;

b) Cuatro por ciento por el exceso hasta doscientos mil pesos;

c) Dos por ciento por cualquier exceso mayor;"

"III. Cuando la empresa continúe en actividad hasta la liquidación de las existencias, los honorarios se devengarán según las escalas de la fracción anterior con un aumento de dos por ciento;"

"IV. Si la empresa continúa en marcha temporalmente y luego se procede a su liquidación en las formas anteriores, se tendrá en cuenta lo dispuesto en las fracciones anteriores;"

"V. Si la empresa se enajena como tal, el porcentaje será igual al establecido en la fracción II sobre el importe de la misma, aumentando en un dos por ciento;"

"VI. Si la quiebra se concluye por convenio, se aplicarán las reglas fijadas en las fracciones anteriores; pero si los bienes vuelven a la administración del quebrado, se consi derarán como enajenados sólo para los efectos de este artículo."

Por lo que hace a la liquidación judicial o extrajudicial de negociaciones, establecimientos, concursos o herencias, esta función consiste en aquella actividad que desempeña una persona llamada liquidador, cuyos actos van encaminados a finiquitar todos los negocios pendientes de un comerciante, una vez que éste entra en disolución, pagando pasivos, cobrando créditos y reduciendo a dinero todos los bienes de la sociedad a fin de ser distribuidos entre los socios de ésta.

Existen dos clases de liquidación, la judicial y la extrajudicial, la primera se da en la quiebra y en los concursos y tiene como finalidad la protección de los intereses de los acreedores del liquidado; la extrajudicial es aquella que tiene por finalidad repartir el producto que resulte de la enajenación de los bienes de la sociedad entre los socios.

Si en el acta constitutiva no se señala quienes serían, llegado el momento él o los liquidadores serán designados por los socios, dicha designación se hará en el mismo acto en el que se acuerde la disolución, si así no se hiciere, será el juez en la vía sumaria a petición de cualquier socio, (Art. 236 Ley Gral de Soc. Merc.), su revocación podrá ser hecha por los mismos socios o en su caso por el juez si algún socio probare la existencia de causa grave (238 Ley Gral. de Soc. Merc.), él o los liquidadores tendrán la obligación de mantener en depósito, durante diez años después de la fecha en que se concluya la liquidación, los libros y papeles de la sociedad (Art. 245 Ley General de Sociedades Mercantiles.)

Salvo lo que el acta constitutiva o en su caso los so --

cios estipulen, serán facultades del liquidador:

I. Concluir las operaciones sociales que hubieren quedado pendientes al tiempo de la disolución;

II. Cobrar lo que se deba a la sociedad y pagar lo que ella deba;

III. Vender los bienes de la sociedad;

IV. Liquidar a cada socio su haber social;

V. Practicar el balance final de la liquidación que deberá someterse a la discusión y aprobación de los socios, en la forma que corresponda, según la naturaleza de la sociedad.

El balance final, una vez aprobado, se depositará en el Registro Público de Comercio.

VI. Obtener del Registro Público de Comercio la cancelación de la inscripción del contrato social una vez concluida la liquidación "(art. 242 de la Ley Gral, de Soc. Merc.)

Por lo que respecta a la liquidación de los concursos o herencias, nos adherimos a la opinión del Dr. Octavio A. Hernández que al respecto señala: "Inexplicablemente habla la Ley Bancaria de la intervención de las instituciones fiduciarias en concursos, situación no prevista por la legislación civil (Artículo 2964 y siguientes del Código Civil, para el Distrito y territorios Federales.)

La alusión a la liquidación de herencia es, también, indebida, pues ésta es efectuada por el albacea o executor testamentario..."(10)

La siguiente fracción que nos interesa es la XXII que -- marca: "Encargarse de hacer avalúos que tendrán la misma -- fuerza probatoria que las leyes asignan a los hechos por co -- rredor público o perito;"

Esta fracción equivale al inciso "h" del artículo 44 de la Ley General de Instituciones de Crédito.

Esta función los bancos la desarrollan a través de profesionistas especializados en el medio de la construcción, generalmente ingenieros y arquitectos, quienes normalmente no son empleados del Banco, sino que sus honorarios son cobrados mediante un porcentaje que corresponde al valuador sobre el costo del avalúo.

Esta actividad ha sido minuciosamente reglamentada por numerosas circulares de la Comisión Nacional Bancaria y de Seguros, lo cual es lógico si se toma en cuenta la trascendencia que puede llegar a tener un avalúo.

Son estas las fracciones que para los efectos de este estudio nos interesan; como podrá notarse fueron suprimidas varias de las actividades que la anterior Ley autorizaba realizar, estas actividades son las siguientes:

- Intervenir en la emisión de toda clase de títulos de crédito, que realicen instituciones públicas o privadas o sociedades, garantizando la autenticidad de aquéllas, las firmas y la identidad de los otorgantes, encargándose de que las garantías en su caso, queden debidamente constituidas, cuidando de que la inversión de los fondos procedentes de la emisión se haga en los términos pactados y recibiendo los pagos o las

exhibiciones de los suscriptores.

- Representar a los socios, accionistas, acreedores u obligacionistas en juntas o asambleas.

- Encargarse de llevar contabilidad; por lo que hace a la cesión del domicilio para pagos y notificaciones, celebración de juntas o asambleas, esta función no esta expresamente prevista entre las que enumera el artículo 30 de la actual ley, sin embargo, la función suponemos que debe entenderse autorizada, pues el artículo 84 fracción IX nos dice: "A las instituciones de crédito les está prohibido:

...Frac. IX. Garantizar el cumplimiento de las obligaciones derivadas de los documentos domiciliados, al ceder su domicilio para pagos o notificaciones. Esta disposición deberá hacerse constar en el texto de los documentos en los cuales se exprese el domicilio convencional."

De donde deducimos que sí es factible que la función sea legalmente realizada por lo bancos.

- Desempeñar el cargo de comisario o miembro del consejo de vigilancia de sociedades.

- Desempeñar los cargos de: ejecuter especial, interventor, depositario judicial, representante de ausentes o ignorados, tutor o curador y patrono de instituciones de beneficencia.

- Administrar toda clase de bienes inmuebles que no sean fincas rústicas.

- Emitir certificados de participación.

## ARTICULO 58

Pasemos a los siguientes artículos que se relacionan con nuestro tema, veamos el artículo 58 que nos dice: "Las instituciones de crédito prestarán los servicios previstos en el artículo 30 de esta Ley, de conformidad con las disposiciones legales y administrativas aplicables, y con apego a las sanas prácticas que propicien la seguridad de estas operaciones y procuren la adecuada atención a los usuarios de tales servicios."

Con relación a este artículo reproduciríamos lo que señalamos al comentar el artículo 3º respecto de las "sanas prácticas" a que alude la ley, el maestro Jorge Barrera Graf comenta este artículo, nos dice: "La L.R.S.P.B., capítulo V, no los define, (se refiere a los servicios bancarios). En el art. 58 dice que son los previstos en el art. 30" y que prestarán "de conformidad con las disposiciones legales y administrativas aplicables, y con apego a las sanas prácticas que propicien la seguridad de estas operaciones y procuren la adecuada atención a los usuarios de tales servicios." Fórmula un poco vácua, que los bancos pueden interpretar como les interesa, y cuyo incumplimiento difícilmente daría lugar a daños y perjuicios."

"Si la fórmula quiere indicar las fuentes que regulan los servicios bancarios, entre las "disposiciones legales" y con una importancia sobresaliente hay que considerar a los reglamentos que dicte el presidente de la República sobre muchos o quizás todos aquellos servicios, dado que la L.R.S.P.

B. ha prescindido de la reglamentación de muchas figuras, y - que aún en aquellas pocas que reglamenta, faltan disposiciones y reglas que las deben regir. Por supuesto, entre las -- "disposiciones administrativas" a que alude este art. 58, se comprende toda esa gama inmensa de disposiciones, reglas, resoluciones generales que dicte en cada caso la Secretaría de Hacienda, y cuya ortodoxia constitucional es tan deleznable." (11)

Continuemos con el artículo 60 que nos dice: "En las operaciones de fideicomiso , mandato, comisión, administración o custodia, las instituciones abrirán contabilidades especiales por cada contrato, debiendo registrar en las mismas y en su propia contabilidad el dinero y demás bienes, valores o derechos que se les confien, así como los incrementos o disminuciones, por los productos o gastos respectivos.

Invariablemente deberán coincidir los saldos de las cuentas controladoras de la contabilidad de las instituciones de crédito, con los de las contabilidades especiales.

En ningún caso estos bienes estarán afectos a otras responsabilidades que las derivadas del fideicomiso mismo, mandato, comisión, o custodia, o las que contra ellos correspondan a terceros de acuerdo con la Ley."

El artículo corresponde a la fracción III del artículo - 45 de la Ley General de Instituciones de Crédito.

El primer párrafo no hace sino confirmar la especial situación que prevalece en aquel patrimonio que ha sido destina



do a ser materia de un fideicomiso, pues no obstante ser la - institución fiduciaria la que aparece como propietaria para - todos los efectos legales, no vienen a acrecentar dichos bie - nes o derechos materia del fideicomiso el patrimonio de la - institución fiduciaria y prueba de ello es que la misma Ley marca de una manera que no deja lugar a dudas que el patrimo - nio fideicomitado deberá ser registrado en distinta contabili - dad a la propia, quedando completamente separados los distin - tos patrimonios fideicomitados entre sí, así como el de ---- la persona moral que ostenta su titularidad.

Por lo que respecta al último párrafo del artículo, éste viene a reiterar la inafectabilidad de la que, en principio goza un patrimonio fideicomitado, al no responder por otras - responsabilidades que no sean aquellas derivadas del fideico - miso mismo, respecto de este párrafo cabe hacer una observa - ción en el sentido de que a nuestro juicio la actual Ley re - produce un error mencionado por su antecesora; en efecto, am - bas leyes dicen que en ningún caso los bienes estarán afectos a otras responsabilidades que las derivadas del fideicomiso, - hasta aquí estamos de acuerdo, y continua el artículo: "...man - dato, comisión o custodia..." es decir, se incurre en el e - rror gravísimo de señalar que aquellos bienes que estén da - dos en mandato, comisión o custodia, figuras por completo dis - tintas al fideicomiso, empezando porque en ninguna opera el - efecto traslativo de dominio, no estarán afectos a otras res - ponsabilidades que no sean aquellas derivadas de dichos actos.

cienda de modo pues, que dicha Secretaría se constituye de esa forma en juez y parte en el supuesto de que un funcionario bancario, y específicamente un delegado fiduciario impugne la resolución de remoción o suspensión.

Ahora bien, dadas las delicadas funciones que desempeñan estos funcionarios se ha exigido que éstas sean personas de reconocida solvencia moral, e incluso económica, pues se trata de encomendar estas funciones a personas de la mayor confiabilidad; al respecto la circular N° 274 de fecha 24 de junio de 1944 de la Comisión Nacional Bancaria señala: "La Ley General de Instituciones de Crédito y Organizaciones Auxiliares, en su artículo 45 fracción IV, previene que las sociedades autorizadas para intervenir como fiduciarios en las operaciones de fideicomiso; desempeñarán su cometido y ejercerán sus facultades por medio de uno o mas funcionarios que se designen especialmente al efecto, en la inteligencia de que esta Comisión podrá en todo tiempo vetar esa designación:

Desde luego nos permitimos recordar a ustedes que tan pronto como nombren a sus delegados fiduciarios deberán dar aviso a esta Comisión para que la misma resuelva si ejercita o no el derecho de veto que la Ley le concede; pero a fin de contar con todos los elementos de información necesarios para fundar nuestra resolución, se servirán enviarnos junto con escrito en que se notifique el nombramiento respectivo, los siguientes datos respecto de la persona designada:

1° Su nacionalidad, con indicación precisa de si es mexicana por nacimiento o por naturalización y, en este último-

taría de Hacienda y Crédito Público dentro de los quince días que sigan a la fecha en que la misma se hubiere notificado". Así como con el artículo 25 que en su parte relativa dice: "Para acreditar la personalidad de los delegados fiduciarios, bastará la protocolización del acta en la que conste el nombramiento por parte del consejo directivo, o el testimonio del po der general otorgado por la institución, aún cuando en el acta o en el poder no se mencione especialmente el asunto o negocio en que ostente la representación".

Los artículos que acabamos de transcribir equivalen al artículo 45 fracción IV así como al artículo 91 bis de la Ley General de Instituciones de Crédito, con la diferencia de que en esta última ley no se menciona expresamente que se denominará delegados fiduciarios a estos funcionarios, por otro lado, en la actual ley se suprime un párrafo que su antecesora consignaba y cuya supresión limita la responsabilidad de estos funcionarios en su actuación, el párrafo al que nos referimos decía: "Uno o más funcionarios que se designen especial mente al efecto, y de cuyos actos responderán directa e ilimi tadamente la institución sin perjuicio de las responsabilidades civiles o penales en que ellos incurran personalmente".

Otra observación que nosotros haríamos a ambas leyes, es que tanto la derogada como la vigente establece en caso de re moción o suspensión de un delegado fiduciario se podrá recu rrir a impugnar la decisión de la Comisión Nacional Bancaria dentro de los siguientes quince días ante la Secretaría de Ha cienda y Crédito Público, ahora bien, recuérdese que la Comi sión Nacional Bancaria es dependiente de la Secretaría de Ha-

## ARTICULO 61

Pasemos al siguiente artículo, el número 61 que nos señala:

"En las operaciones a que se refiere la fracción XV del artículo 30 de esta Ley, las instituciones, desempeñarán su cometido y ejercerán sus facultades por medio de sus delegados fiduciarios.

La institución responderá civilmente por los daños y perjuicios que se causen por la falta de cumplimiento en las condiciones o términos señalados en el fideicomiso, mandato, comisión, en la ley..

En el acto constitutivo del fideicomiso o en sus reformas, se podrá prever la formación de un comité técnico y fijar sus facultades. Cuando la institución de crédito obre ajustándose a los dictámenes o acuerdos de este Comité, estará libre de toda responsabilidad."

Este artículo está íntimamente relacionado con el artículo 24 último párrafo de la actual Ley que dice:

"La Comisión Nacional Bancaria y de Seguros podrá acordar que se proceda a la remoción o suspensión de los delegados fiduciarios y servidores públicos que puedan obligar con su firma a la institución, con excepción del director general cuando considere que tales personas no cuentan con la suficiente calidad técnica o moral para el desempeño de sus funciones, oyendo previamente al interesado. Las resoluciones de remoción o suspensión podrán ser recurridas ante la Secre

caso, cuánto tiempo lleva de radicar en el país, etc.

2º Su edad

3º Si es bien conocido y reputado en los círculos financieros y si tiene la experiencia y la aptitud necesaria para la administración de empresas y negocios de cualquier clase - con las explicaciones necesarias sobre los antecedentes del interesado a fin de fundar esta información.

4º Sus ingresos aproximados y si puede considerarse, - que tiene la independencia económica necesaria para la mayor garantía del eficaz cumplimiento de las comisiones que se le confieran.

4º Todos los demás datos complementarios y referencias - que puedan servir para completar la información requerida."

Veamos ahora lo que la doctrina nos comenta sobre los delegados fiduciarios; el maestro Acosta Romero ensaya un concepto de delegado Fiduciario nos dice:

"Son uno o más funcionarios que designan las instituciones especialmente para encargarse del desempeño de fideicomisos, comisiones y mandatos fiduciarios y de cuyos actos responderá directa e ilimitadamente la institución, sin perjuicio de las responsabilidades civiles o penales en que incurrirán ellos personalmente" (12)

Este autor considera que estos funcionarios pueden clasificarse en delegados fiduciarios generales y especiales, -- siendo los primeros aquellos que habiendo sido nombrados por-

12.- Acosta Romero, Miguel, Estructura de las Instituciones - Crédito, Las Instituciones Fiduciarias y el Fideicomiso en México, pag. 82

la institución con tal carácter, se encargan de ejecutar aquellas funciones que requieren su comparecencia en todos los fideicomisos, o en su caso otras funciones, en los que la institución tenga el carácter de fiduciaria, esto es, no se avocan a la ejecución de un fideicomiso específico; los delegados fiduciarios especiales, por el contrario son aquellos que no tienen intervención en la generalidad de los fideicomisos que maneje la institución sino que su función se limita a la ejecución de un solo fideicomiso el cual generalmente ha sido previamente constituido por el gobierno federal, y cuyo nombramiento suele estar influenciado por cuestiones políticas, por lo que el nombramiento no lo hace la institución sino la administración pública, el concepto de estos funcionarios nos lo da el mismo Dr. Acosta quien dice: "es la persona designada por el Presidente de la República, o por el secretario de Estado que encabece el sector correspondiente, específicamente para actuar como administrador de un fideicomiso constituido por el gobierno federal y que, en consecuencia, el Consejo de Administración (actualmente sería el consejo directivo de la Sociedad Nacional de Crédito) de la institución fiduciaria tendrá a su vez que nombrar delegado fiduciario especial y seguir el procedimiento de aprobación ante la Comisión Nacional Bancaria y de Seguros."(13)

El Lic. Batiza sobre el tema dice: "Las instituciones de sepeñan su cometido y ejercen sus facultades a través de ciertos funcionarios designados especialmente al efecto y de cuyos actos responde directa e ilimitadamente, sin perjuicio-

de las responsabilidades civiles o penales en que ellos incurran en lo personal. Dichos funcionarios a los que se conoce por delegados fiduciarios, recuerdan al "Trust officer" de las instituciones norteamericanas. Por primera vez aparecen mencionados en las leyes de 1926 (art. 36), al disponer que los bancos de fideicomiso desempeñarían sus funciones y ejercerían sus facultades por medio de las personas a quienes correspondiera su representación conforme a la ley, sus escrituras constitutivas y estatutos y que tendrían el derecho de nombrar apoderados en quienes delegar sus facultades, siendo los bancos responsables de la gestión de tales representantes y apoderados. La disposición pasó a la ley bancaria de 1932 (art. 92), que suprimió la autorización a los funcionarios para delegar facultades e introdujo otros cambios recogidos por la ley en vigor (se refiere el Lic. Batiza a la Ley General de Instituciones de Crédito), al establecer: "Las instituciones fiduciarias desempeñaran su cometido y ejercerán sus facultades por medio de uno o más funcionarios que se designen especialmente al efecto y cuyos actos responderá directa e ilimitadamente la institución, sin perjuicio de las responsabilidades civiles o penales en que ellos incurran personalmente. La Comisión Nacional Bancaria podrá, en todo tiempo, vetar la designación de los funcionarios que hubiere hecho la institución, o acordar que se proceda a la remoción de los mismos. Bastará para acreditar la personalidad de estos funcionarios, la protocolización del acta en la que conste el nombramiento por el consejo, o el testimonio del poder general otorgado -

por la institución fiduciaria, aún cuando en el acta o en el poder no se mencione especialmente el asunto o el negocio en el que ostente la representación".(13)

Estos funcionarios, por la misma naturaleza del cargo -- tienen prohibido delegar sus funciones en otras personas, aún cuando las leyes de la materia han sido omisas al respecto, -- quizá por considerarlo obvio, existe no obstante una circular de la Comisión Nacional Bancaria que aclara dicha situación, -- la circular es de fecha 16 de noviembre de 1966 y es la número 547, el texto de la circular es el siguiente: "La Secretaría de Hacienda y Crédito Público, Dirección de Crédito, se -- ha servido dirigir a esta Comisión el oficio número 305-I-A--32676, expediente 011/34576, de fecha 24 de octubre último, -- cuyo contenido se transcribe a continuación para su debido -- cumplimiento:

En uso de las facultades que a esta Secretaría concede -- el artículo 10<sup>o</sup> transitorio de la Ley General de Institucio-- nes de Crédito y Organizaciones Auxiliares, esta propia depen-- dencia, tiene a bien interpretar la fracción IV del artículo-- 45 de la mencionada Ley, en los siguientes términos:

"Las Instituciones Fiduciarias desempeñarán su cometido-- y ejercerán sus facultades por medio de uno o más funciona-- rios que designen especialmente al efecto, como lo dispone la aludida fracción IV del citado artículo 45, pudiendo entender



se que aunque las Instituciones Fiduciarias no pueden delegar su cargo, el cual deben desempeñar a través de funcionarios especiales como lo son los delegados fiduciarios, se considera que sí pueden emplear personas que auxilien a éstos, en el desarrollo de las funciones secundarias".

"Asimismo, para determinar cuáles actos deben necesariamente realizarse por los delegados fiduciarios y en cuáles pueden auxiliarse éstos por dependientes, se deberá aplicar el siguiente criterio:"

"Los actos mediante los que se tomen resoluciones de carácter discrecional, indelegables, que implican voluntad de mando o decisión deberán ser realizados por los delegados fiduciarios, las funciones secundarias o auxiliares que no tienen tales características, sino simplemente se reducen a formalidades o trámites, podrán ser desempeñados por dependientes.

La anterior interpretación, se servirán hacerla del conocimiento de las instituciones interesadas, a fin de que puedan ajustarse al criterio expuesto en la misma."

El Lic. Batiza sobre el particular comenta: "En cuanto a nuestro derecho, la situación no se previó en ninguna de las leyes, desde las de 1926 hasta las que están en vigor, más a pesar de ello también puede llegarse a la conclusión de que el cargo es indelegable. En efecto, la existencia de funcionarios especiales como son los delegados fiduciarios cuya designación puede ser vetada por la Comisión Nacional Bancaria, a los que puede ésta remover, y a través de los cuales -

las instituciones especializadas desempeñan su cometido y --  
ejercen sus facultades, demuestra que se quiso encomendar tan  
delicada misión a personas determinadas, plenamente responsa-  
bles. Si así no fuera y pudieran delegar su actividad en ter  
ceros, haríase nugatoria la supervisión oficial a que están -  
sujetos. Sin embargo resultaría tan excesivo como innecesario  
imponerles la obligación absoluta de ejecutar personalmente  
todos y cada uno de los actos derivados de la administración  
del fideicomiso. (14)

Pasemos al último párrafo del precepto, el cual hace alusión  
al Comité Técnico del Fideicomiso.

La vigente Ley, contiene una innovación en relación con  
su antecesora, innovación que si bien en la práctica no tiene  
mayor trascendencia, en la teoría fué motivo de múltiples-  
discusiones, la innovación a que nos referimos es en el sentido  
que la nueva ley nos dice que se podrá "prever la forma-  
ción de un comité técnico" su antecesora en cambio decía: "po  
drán los fideicomitentes prever la formación de un comité téc  
nico o de distribución de fondos..."; como podrá observarse -  
la actual ley ya no incluye la última parte de la denominación  
del comité, esto es, se suprime "o de distribución de --  
fondos;" lo cual lo consideramos un acierto del legislador - -  
pues en la práctica no se altera en lo mínimo su funcionamiento  
y sí en cambio se eliminan infructuosas discusiones doctrinales,  
sobre este particular comenta el Dr. Acosta, nos dice:

"El tercer párrafo corresponde al último párrafo de la fracción IV del artículo 45 de la L.G.I.C.O.A. y en este aspecto el legislador no enriqueció con la experiencia y los usos bancarios ya muy claros y definidos, ni el concepto del comité técnico del fideicomiso, ni sus funciones y facultades y simplemente se concretó a eliminar de la antigua fracción comentada, la frase "o de distribución de fondos" para únicamente dejarla como comité técnico, perdiéndose una magnífica oportunidad para enriquecer la ley con toda la experiencia que en México se ha venido acumulando sobre esta institución, que a mi juicio es producto de la actividad fiduciaria mexicana." (15)

Este cuerpo colegiado no es una figura que aparezca en todos los fideicomisos, aunque en realidad su presencia es usual en los fideicomisos públicos pero no así en los privados pues en estos últimos no se suelen utilizar salvo que la naturaleza de los fines del acto lo requiera.

Por lo que hace a los antecedentes de este órgano del fideicomiso éstos no han sido precisados aún, el Lic. Batiza sobre el particular nos dice: "El origen del comité técnico en nuestra ley es desconocido. Su estructuración en la práctica como órgano del fideicomiso, según aparece de diversos contratos, por su organización, facultades y funcionamiento, lo hacen asemejarse a los consejos de vigilancia y de administración de las sociedades mercantiles." (16)

15.- Acosta Romero, Miguel, Legislación Bancaria, pág. 264.

16.- Batiza, Rodolfo, El Fideicomiso, Pág. 51.

El maestro Acosta Romero afirma:

"No encontramos antecedentes en nuestro país, de cuerpos colegiados similares a la del comité técnico o de distribución de fondos. Parece ser que el legislador se inspiró en la doctrina norteamericana de las "Trust Companies" que, para efectos de responsabilidad, utilizan la formación de comités o cuerpos colegiados, formados generalmente por personas conocedoras en ciertas áreas y que los auxilian para tomar las deocisiones acerca de las conveniencias de invertir en tal o --cual sector o en determinados valores; en fin personas experotas que ayudan al fiduciario a tomar, en forma prudente, una deocisión." (17)

Las normas que rigen a la constitución y el funcionamienoto de este tipo de comités, cuya constitución debe en principio considerarse potestativa para el fideicomitente, no se enocuentran contenidas en ningún ordenamiento sino que han sido la costumbre y los usos bancarios los que han determinado las reglas a las que generalmente se suelen someter estos comités a los que por analogía se les llega a aplicar algunos de los criterios con los que se manejan los consejos de administraoción de las sociedades mercantiles, sin embargo no existen reoglas específicas que se deban aplicar a este órgaono del fideiocomiso ya que en todo caso éste se regirá conforme lo haya seoñalado el acto que le dió origen.

Una última observación que haríamos sobre el precepto o

17.- Acosta Romero, Miguel, El Comité Técnico en los fideiocomisos, Las Instituciones Fiduciarias. Y el Fideiocomiso en México. Pag. 477.

mentado es que éste, al igual que su antecesor establecen la liberación de responsabilidad del fiduciario que actúe conforme a lo ordenado por el comité técnico, posición del legislador que ha sido criticada por la doctrina al considerar que fué excesiva la liberación que se concedió al fiduciario, el Lic. Emilio Krieger nos comenta al respecto:

"Si bien las decisiones del comité técnico no son obligatorias para el fiduciario, quien puede, bajo su responsabilidad, apartarse de ellas, sí tienen un efecto liberatorio de responsabilidad, cuando el fiduciario las sigue y tal vez, excesivamente liberatorio, pues el acatarlas libera al fiduciario "de toda responsabilidad" parecería aconsejable reducir ese efecto liberatorio ilimitado estableciendo que el fiduciario quedará libre de responsabilidad salvo mala fé o dolo por parte de éste, o bien que las de decisiones del comité técnico son claramente contrarias a los fines del fideicomiso o bien si su ejecución constituya un delito, pues en esos casos el fiduciario podrá oponerse a ellas y pedir a la autoridad judicial que lo libere de la responsabilidad de decisión. Por lo mismo, debe combatirse la práctica seguida por algunas instituciones fiduciarias de inducir a las fideicomitentes a integrar comités técnicos, que las propias fiduciarias manejan a su voluntad, pero que les sirven de escudo para librarlos "de toda responsabilidad"(18)

El mismo autor más adelante reitera, nos dice: "En su a-

presuramiento por liberar a los fiduciarios de responsabilidad el legislador olvido:

a) Que el comité puede obrar en exceso de las facultades que se le hayan otorgado.

b) Que puede tomar acuerdos cuya ejecución sea contraria al fin del fideicomiso.

c) Que puede tomar resoluciones cuyo cumplimiento entrañe la comisión de delitos por parte de la institución fiduciaria. "

"En estos casos, el fiduciario no queda liberado de responsabilidad si sigue los dictados de un comité que actúa -- antí-jurídicamente. Por el contrario, en la medida en que actúe complementando instrucciones ilegítimas, asumirá la parte de responsabilidad que le corresponda."

"Por ello - agrega - tal vez convendría adicionar ese precepto estableciendo que el fiduciario quedaría liberado de responsabilidad cuando siga las instrucciones del comité técnico, si éstas están dictadas dentro de la esfera de competencia atribuida al comité, si están orientadas hacia la realización del fideicomiso y si su ejecución no constituye la comisión de un delito. Si el fiduciario considera que las decisiones del comité técnico caen en algunos de estos supuestos, podrá negarse a cumplirlas y demandar su nulidad ante el juez de su domicilio. "(19)

Respecto del mismo tema el Dr. Acosta Romero dice: " Tal

parece que este artículo libera de toda responsabilidad al fi du ci ari o, en el caso de que actúe de acuerdo con las decisiones del comité técnico. A esa conclusión pudiera llevarnos una interpretación literal de la línea antes subrayada. Pues al no hacer distinción alguna la ley, pudiera entenderse que la fiduciaria, si actúa en esos términos, no tendrá responsabilidad, ni frente al fideicomitente y fideicomisario, ni -- frente a terceros, y se surtirá la regla de que no debe hacer se distinción tampoco en su interpretación, conclusión que pu di era resultar discutible, por cuanto a que las actividades de los fiduciarios están regidas sobre principios de estricta buena fé, tanto es así, que la Ley General de Títulos y Operaciones de Crédito, les exige actuar a los fiduciarios como "un buen padre de familia" y no actuaría en esa forma, sino hiciera valer su voz dentro de este comité para evitar, en tre otras cosas, que dicho organismo tomará decisiones contra rias a los intereses del fideicomiso."<sup>(20)</sup>

Tienen razón estos autores pues consideramos que el legislador llevó demasiado lejos la liberación de responsabilidad del fiduciario, pues aun cuando en principio el fiduciario esta obligado a acatar lo dispuesto por el comité técnico pues en última instancia representa a la voluntad creadora, se debería precisar que será factible para el fiduciario oponerse a ejecutar mandamientos del comité cuando estos sean no tor ia men te contrarios a los fines del acto, o bien cuando su

20.- Acosta Romero, Miguel, El Comité Técnico en los Fideicomisos, pag. 494.

ejecución implique la realización de un acto ilícito o cuando se vea gravemente comprometida la reputación de los delegados fiduciarios o de la institución, llegado el supuesto de que se le instruyera en esas condiciones, el fiduciario podría optar por recurrir ante el juez de primera instancia del domicilio, si éste resolviera que se ejecutara la orden del Comité técnico entonces la fiduciaria sí deberá estar completamente libre de toda responsabilidad; de hecho ya en alguna ocasión fué tomada una medida oficial que recoge de algún modo la opinión de la doctrina, en efecto, en el artículo 9º de el Decreto por el que se establecen las bases para la constitución, incremento, modificación, organización funcionamiento y extinción de los fideicomisos establecidos o que establezca el Gobierno Federal de fecha 27 de febrero de 1979 se establece: "La institución fiduciaria deberá abstenerse de cumplir las resoluciones que el comité técnico dicte, en exceso de las facultades expresamente fijadas por el fideicomitente, o en violación a las cláusulas del contrato de fideicomiso, debiendo responder de los daños y perjuicios que se causaren, en caso de ejecutar actos en acatamiento de acuerdos dictados en exceso de dichas facultades, o en violación al citado contrato."

#### ARTICULO 62

Pasemos al siguiente artículo el 62 que señala: "Las operaciones con valores que realicen las instituciones de crédito



to en cumplimiento de fideicomisos, mandatos, comisiones y -- contratos de administración, se realizarán en los términos de las disposiciones de esta Ley y de la Ley del Mercado de Valores, así como de las disposiciones de carácter general que -- dicte la Secretaría de Hacienda y Crédito Público oyendo la o pini3n del Banco de México y la Comisión Nacional de Valores, con vistas a procurar el desarrollo ordenado del mercado de - Valores."

No creemos que el artículo merezca mayor comentario, de- hecho aún cuando no existiera es lógico que se tendría que -- proceder conforme a lo que estipula; pasemos al siguiente:

#### ARTICULO 63

El personal que las instituciones de crédito utilicen - directa o exclusivamente para la realización de fideicomisos, no formará parte del personal de la institución, sino que, se gún los casos, se considerará al servicio del patrimonio dado en fideicomiso. Sin embargo cualesquier derechos que asistan a esas personas conforme a la ley, los ejercerán contra la institución de crédito, la que, en su caso, para cumplir con las resoluciones que la autoridad competente dicte, afectará, en la medida que sea necesaria, los bienes materia del fidei- comiso."

El artículo corresponde a la fracción XIV del Artículo- 45 de la Ley General de Instituciones de Crédito con la sal- vedad de que en esta ley se alude a los mandatos y a las comi

siones mientras que en la actual ley solo se menciona a los patrimonios fideicomitidos.

Ahora bien, como en su oportunidad comentamos, la mayor parte de los autores coinciden en negar la personalidad jurídica al fideicomiso posición a la cual nos adherimos, por otro lado según el artículo 10 de la Ley Federal del Trabajo, patrón es: "...la persona física o moral que utiliza los servicios de uno o varios trabajadores.", se concluye entonces que para poder ser patrón se necesita ser persona, luego, en la medida en que el fideicomiso carece de personalidad, se deduce que no puede ser patrón, sin embargo lo es; creemos que no fué la intención del legislador atribuir personalidad al fideicomiso al indicar que éste sería el patrón de aquellas personas dedicadas a ejecutarlo, mas bien nos inclinamos a pensar que en su afán de no dejar desprotegido el interés de terceros se vió en la necesidad de consignar lo que parecería ser una aberración pero que en realidad no es sino una ficción jurídica a las que en ocasiones tiene que recurrir el legislador pues el interés que va en juego puede ser más importante que apegarse estrictamente a la técnica jurídica.

Por otro lado la redacción del precepto a nosotros nos parece un tanto confusa, observese como la ley empieza hablando en plural dice: "El personal que las instituciones de crédito utilicen directa o exclusivamente para la realización de fideicomisos..."; el precepto como podrá verse esta hablando en plural, adelante continúa: "...se considerará al servicio del patrimonio dado en fideicomiso ", el artículo ya esta ha-

blando en singular, lo cual se reitera una vez más al final del artículo cuando dice: "...para cumplir con las resoluciones que la autoridad competente dicte, afectará, en la medida que sea necesaria los bienes materia del fideicomiso."; este detalle que aparentemente no tendría importancia, sí la tiene por lo siguiente: en la práctica mexicana se podría decir que existen dos clases de empleados relacionados con las actividades fiduciarias: I) aquellos que prestan sus servicios dedicados exclusivamente a la ejecución de un solo fideicomiso, (las cuales están constituidos generalmente en las que antes eran las Instituciones Nacionales de Crédito y actualmente constituyen la Banca de desarrollo v.g. Nacional Financiera, Banobras, etc., como ejemplos de dichos fideicomisos tendríamos al FOMIN (Fondo Nacional de Fomento Industrial) FONATUR (Fondo Nacional de Fomento al Turismo) FOGAIN (Fondo de Garantía y Fomento a la Industria Mediana y Pequeña) etc, etc. -- II) Aquellos que prestan sus servicios avocados a la ejecución de todos los fideicomisos que maneje la institución sin dedicarse a ninguna en lo particular. (Suele ser la situación en que se encuentran los empleados de departamentos fiduciaros de instituciones como Bancomer, Comermex, Banca Confía, Banpaís, Banco B C H etc.)

Ahora bien, creemos que es comprensible que en el caso de los empleados del primer supuesto se designe como patrón, no obstante la aparente incongruencia, al fideicomiso en sí, pues aún cuando estos entes carecen de personalidad, funcionan como verdaderas empresas o en su caso, como auténticos or

ganismos paraestatales, siendo en ocasiones, no raras por --  
 cierto, incomparablemente mas poderosos en todos sentidos que  
 muchas de las empresas que verdaderamente lo son; sin embargo  
 no creemos que deba darse la misma situación para aquellos em  
pleados ubicados en la segunda hipótesis pues consideramos --  
 que no hay razón que justifique excluirlos como empleados de  
 la institución, y suponiendo que se les excluyera ¿quién se -  
 ría entonces su patrón ? ¿los 500, 1000, 2000 ó mas fideicomi  
 sos que maneje el banco cualquiera que fuere su número? de -  
 ahí que tenga importancia que la ley se haya expresado en plu  
 ral ("El personal que las instituciones de crédito utilicen -  
 directa o exclusivamente para la realización de fideicomi- --  
 sos...") pues con ello nos llevaría a la conclusión que los -  
 empleados del segundo supuesto tampoco son trabajadores de la  
 institución.

#### ARTICULO 64

Veamos ahora el siguiente artículo, el 64 que nos dice:

"En los fideicomisos que tengan por objeto garantizar el  
 cumplimiento de obligaciones, se aplicará el procedimiento es  
 tablecido por el artículo 341 de la Ley General de Títulos y  
 Operaciones de Crédito, a petición del fiduciario, para dar -  
 cumplimiento a lo establecido en el acto constitutivo del fi  
 deicomiso o sus modificaciones."

Para empezar diremos que por fideicomiso de garantía se-  
 entiendo, aquel fideicomiso constituido con el objeto de ga-

rantizar el fideicomitente una obligación que ha contraído con el fideicomisario y para lo cual transmite al fiduciario determinados bienes o derechos los cuales constituirán el patrimonio fideicomitado, para que éste (el fiduciario) llegado el supuesto del incumplimiento realice dichos bienes o derechos y con su producto liquide el adeudo origen del acto al fideicomisario y posteriormente entregar el remanente si es que lo hay, al fideicomitente.

Esta clase de fideicomisos en principio tuvo una notoria ventaja en relación con la prenda y la hipoteca: su procedimiento de ejecución era mucho mas fácil y rápido ya que no era necesario recurrir ante la autoridad judicial, pues surgido y demostrado el incumplimiento el fiduciario, a solicitud del fideicomisario, procedería a la ejecución del fideicomiso cumpliendo así la obligación anteriormente contraída; en la prenda y la hipoteca, en cambio sí es necesario, en caso de incumplimiento del deudor, recurrir ante el juez competente y seguirse todo un procedimiento judicial, existe otra diferencia notable: en el caso de la prenda y la hipoteca la propiedad del bien dado en garantía la conserva el deudor; en el caso del fideicomiso el fideicomitente deudor pierde la propiedad del bien dado en garantía y es al fiduciario a quien se transmite esa propiedad con las características que ya se vieron.

Ahora bien, la ventaja a que hemos hecho referencia no siempre ha sido bien vista, importantes autores como el Dr. Raúl Cervantes Ahumada nos dice: "...la facultad que se pre-

tende conceder al banco, para ejecutar la venta del bien dado en garantía, en caso de que el deudor no pague, no se ajusta a nuestro sistema constitucional, ya que se trata de una verdadera atribución jurisdiccional..."(21)

El maestro Octavio A. Hernández comenta: "Es posible que no pueda, dada nuestra estructura constitucional concederse plenamente facultad a la fiduciaria para que venda el patrimonio fideicomitado dado en garantía, pues es esta atribución de carácter jurisdiccional..."(22)

Estos autores basan sus críticas en el hecho de que suponen que la ejecución del fideicomiso, es decir, la realización de los bienes afectados en fideicomiso por la fiduciaria para liquidar los créditos del fideicomisario es un acto arbitrario e inconstitucional al no respetarse la garantía de audiencia consignada en la constitución y no conceder por lo tanto al fideicomitente - deudor la oportunidad de ser oído y vencido en juicio, por tanto la decisión unilateral de determinar que se ha incurrido en incumplimiento y el posterior remate de los bienes destinados a garantizar el adeudo son actos que implican facultades que solo la autoridad judicial tiene y de ninguna manera una institución fiduciaria, será indispensable por tanto recurrir ante el juez competente en caso de incumplimiento, quien será en todo caso el único facultado para ordenar el remate de el o los bienes.

21.- Citado por José A. Pérez Sandí, Fideicomisos de Garantía, Las Instituciones Fiduciarias y el Fideicomiso en México pag. 272.

22.- Op. Cit. 286.

No coincidimos con esta opinión porque en primer lugar - debe recordarse que fué el mismo fideicomitente quien, manifestando su voluntad, fué el creador del fideicomiso, fué él mismo quien decidió afectar sus bienes, y quien dispuso que en el supuesto caso de su incumplimiento se sacaran éstos a remate, conoce por tanto en todo momento las consecuencias de su incumplimiento, porque precisamente en función de dicho incumplimiento pacta las cláusulas respectivas con el fiduciario; en segundo lugar no existe una afectación directa en el patrimonio del fideicomitente porque los bienes que constituyen la materia del fideicomiso ya no le pertenecen, su propiedad ha sido transferida al fiduciario, por tanto no hay violación al artículo 14 constitucional cuando éste dice: "Nadie podrá ser privado de la vida, de la libertad, o de sus propiedades posesiones o derechos..."

El fideicomitente no puede argumentar que se le rematarán bienes de su propiedad porque la propiedad es ahora del fiduciario, por otro lado es falso que el fiduciario asuma indebidamente funciones jurisdiccionales al ejecutar esta clase de fideicomisos, pues éste en ningún momento se va a encargar de dirimir conflictos de intereses, simplemente se va a limitar a verificar una cuestión de hecho y a proceder conforme a lo previamente convenido, todo ello sobre una base de imparcialidad; la misma Suprema Corte de Justicia ha expresado:

"Una vez constituido y registrado un fideicomiso de garantía el fideicomitente queda privado de toda acción o derecho de disposición sobre los bienes fideicomitados, (Hernán -

dez Hurtado Guillermo, 9 de marzo de 1973, Volumen 51, Cuarta Parte, pag. 29)

Por su parte un sector de la doctrina ha defendido la función de los fideicomisos de garantía, así por ejemplo el Lic. José A. Pérez Sandi opina: "...el bien fideicomitado sale del patrimonio del fideicomitente y se destina a la realización de un fin lícito y determinado, es decir, el fideicomitente ya no es dueño y, por tanto, no podría disponer en lo absoluto del bien afecto, puesto que se transfirió a la fiduciaria, habiéndose establecido en el clausulado que si llegado el plazo para el cumplimiento de la obligación por parte del deudor, éste no hubiere liquidado su adeudo, ese bien fideicomitado que garantiza su cumplimiento, debe ser vendido para que con el producto de la venta se pague al acreedor."

"De lo anterior deducimos que la obligación de la fiduciaria se limita a:

"1. En caso de que el deudor pague, revertirá el patrimonio fideicomitado al fideicomitente."

"2. En caso de que el deudor no cumpla con la obligación contraída con el acreedor, el fiduciario realizará el bien fideicomitado, y liquidará al acreedor el importe de su crédito"

"Esa es la obligación de la fiduciaria y si ésta actúa conforme a la voluntad que las partes expresaron al momento de la constitución del fideicomiso, estaremos ante un caso de cumplimiento de una obligación contraída."

"El fideicomitente como ya dijimos antes, ha dejado de



ser propietario del bien, por lo tanto, no se requiere ninguna orden para desincorporar el bien de su patrimonio, por lo que llegado el caso de venta, no existe afectación a su patrimonio, es decir, no hay un cambio externo."(23)

El Lic. Batiza, por su parte comenta:

"Se ha expresado la opinión aislada de que esta especie de fideicomiso pugna con el sistema constitucional mexicano-- y que la facultad de vender concedida al fiduciario implica atribuciones jurisdiccionales. Tal parecer es, en principio inexacto, si se considera que el fiduciario no resuelve controversia alguna, limitándose a comprobar una simple situación de hecho: la falta de pago por parte del deudor, supuesto previamente convenido por las partes para la ejecución del fideicomiso, es decir, para proceder a la venta y con su producto hacer pago al acreedor fideicomisario y en caso de quedar un sobrante entregárselo al deudor fideicomitente" (24)

Este criterio ha sido compartido por la Suprema Corte de Justicia en efecto, el mas alto tribunal ha expresado: "...no es exacta la aseveración de la quejosa, en el sentido de que la institución fiduciaria, al rematar los bienes fideicomitados realiza un acto de autoridad, mediante el cual se introduce en el patrimonio del deudor y dispone de sus bienes para hacerlo cumplir, coercitivamente, sus obligaciones; toda vez que, en el fideicomiso de garantía, es el propio deudor quien

23.- Jos é A. Pérez Sandí, El Fideicomiso de Garantía. Las Instituciones Fiduciarias y el Fideicomiso en México, pag. 273.

24.- Batiza, Rodolfo, El Fideicomiso, pag. 146.

como fideicomitente, hace la afectación de sus bienes transmi  
tiendo su propiedad a la institución fiduciaria a la que enco  
mienda la realización del fin a que los bienes son destinados,  
o sea, a ser vendidos o rematados y con su producto hacer el  
pago debido al fideicomisario acreedor; por lo que si la ins-  
titución fiduciaria, ajustándose a lo expresamente pactado, -  
vende o remata los bienes del deudor, en los casos, forma y -  
términos convenidos con éste, no hace sino cumplir, conforme  
al contrato y a la ley, las obligaciones que por su parte con  
trajó en el acto constitutivo del fideicomiso, sin que para -  
hacerlo requiera de la intervención judicial, porque, se repi  
te, en ello no hay controversia que ventilar y decidir." Agre  
ga mas adelante: "...queda patentizado que la institución fi-  
duciaria al realizar los fines del fideicomiso de garantía, -  
en los casos, forma y términos pactados en el acto constituti  
vo del mismo y siguiendo las disposiciones del artículo 141 -  
de la Ley General de Instituciones y Crédito y Organizaciones  
Auxiliares, cumple las obligaciones que conforme al contrato  
y a la ley le corresponden; sin que este cumplimiento entra -  
ñe el ejercicio de la función de administrar justicia, como -  
incorrectamente lo asevera la quejosa, porque esta función --  
quedó reservada a los tribunales competentes, al convenir en-  
el procedimiento a seguir en la ventilación y decisión de la-  
oposición de la fideicomitente deudora a la realización de --  
los fines del fideicomiso por parte de la institución fiducia  
ria; convenio en el que, además se guarda el respeto debido a  
las garantías individuales de audiencia, defensa, legalidad y

seguridad jurídica, consagradas en los artículos 14, 16 y 17-constitucionales. Las consideraciones anteriores ponen de manifiesto la constitucionalidad tanto del remate al martillo de los bienes dados en fideicomiso de garantía, sin la intervención del órgano jurisdiccional, como de la sentencia reclamada que, en definitiva, declaró infundada la oposición de la fideicomitente deudora a dicho trámite, por parte de la institución a la que expresamente le encomendo su realización, para que con el producto de los bienes pagara la suma debida al fideicomisario acreedor" (Amparo directo 2618/74 Roberto-Domínguez Martínez 20 de octubre de 1975).

Esta posición la reitera el mas alto tribunal en la jurisprudencia dictada en el amparo directo 3756/75, Compañía Administradora y Realizadora de Inmuebles en la cual se afirma:

"Si en la escritura constitutiva del fideicomiso no se estipuló que en la venta del inmueble fideicomitado la subasta se hiciera en los términos establecidos por el Código de Procedimientos Civiles, es decir, ante la autoridad judicial; sino que se convino expresamente que dicha venta se haría conforme a las bases establecidas en las cláusulas respectivas del contrato de fideicomiso, y en las mismas se pactó que la parte fideicomitente aceptaba como precio de la venta la cantidad al efecto fijada; que la venta se haría en pública subasta debiendo ser anunciada con diez días de anticipación mediante aviso publicado en un periódico de mayor circulación a elección del fiduciario; resulta que los actos tendientes a

la subasta pública del inmueble, realizados por el propio fiduciario son acordes a lo convenido en el contrato, cuya validez y cumplimiento no puede dejarse a voluntad de una de las partes, máxime si no se impugnó el contrato generador de los derechos y obligaciones sino únicamente los actos de ejecución derivados de aquél. Las operaciones de fideicomiso están regidas por la Ley de Títulos y Operaciones de Crédito; y las instituciones que llevan a la práctica esas operaciones lo están por la Ley de Instituciones de Crédito; pero no por esto se debe de aplicar al fideicomiso las reglas que establece el artículo 141 de la última ley mencionada para el cobro de créditos hipotecarios, créditos de habilitación o avío o refaccionarios que tengan como garantía bienes inmuebles, pues el fideicomiso tiene diversa naturaleza. Debe prevalecer, en cuanto a la venta o remate del bien fideicomitado, lo convenido por los contratantes, pues su voluntad es la suprema ley, y el procedimiento convencional es el preferente según lo dispone el Código de Comercio."

No obstante el claro criterio de la autoridad judicial, la autoridad administrativa parece no compartirlo, así se desprende de su oficio circular N° 597 de fecha 7 de septiembre de 1971, en el cual la Comisión Nacional Bancaria expresó: -- "En relación con las facultades que asumen las instituciones fiduciarias en los fideicomisos de garantía que celebran, para determinar el incumplimiento de las obligaciones a cargo de los deudores y para vender, realizar o liquidar los bienes dados en garantía haciendo pago con su producto a los acreedo

res nos permitimos comunicarles que la Secretaría de Hacienda y Crédito Público, Dirección de Crédito, en oficio número -- 305-I-C-1327, expediente 011/34576, de fecha 27 de mayo del año en curso, resolvió que al ejercitar tales facultades, bajo la responsabilidad de las propias fiduciarias, deberán observarse el procedimiento y las formalidades establecidas en las fracciones III y IV del artículo 141 de la Ley General de Instituciones de Crédito y Organizaciones Auxiliares."

"Por tanto, en los fideicomisos de garantía que celebren a partir del día 1º de octubre del presente año en los que asuman las facultades antes señaladas, deberán pactar expresamente que, en caso de ejecución del fideicomiso por incumplimiento de los deudores, observarán el procedimiento y las formalidades establecidas en el precepto citado en el párrafo anterior."

Esta circular, no hace sino desnaturalizar los fines propios del fideicomiso de garantía al obstaculizar su expedita ejecución, remitiendo a un procedimiento que aún cuando se suponía sumario, no tenía razón de aparecer, ya que el uso bancario en esta clase de actos es en el sentido de que practicamente en todos los fideicomisos de garantía se establece un procedimiento convencional fijado por las partes a fin de que llegado el momento de la ejecución se proceda conforme dicho procedimiento, de ahí que con razón el Lic. Villagordoa. Loza no exprese con relación a esta circular: "Creemos que la limitación señalada en la circular antes transcrita fué una medida excesiva tomada por las autoridades para reprimir en forma

general y no en forma particular como debería de ocurrir para sancionar a aquellas instituciones fiduciarias que al través del fideicomiso de garantía hacen efectivos verdaderos pactos comisorios en las que generalmente el acreedor fideicomisario adquiere de inmediato y sin agotar un procedimiento previo como el que hemos señalado en párrafo anteriores, la propiedad o en su caso la titularidad de los bienes o derechos fideicomitidos en pago de las obligaciones incumplidas."

Agrega el Lic. V. Lozano: "A mayor abundamiento, se estima, que es improcedente la aplicación de las Fracciones III y IV del Artículo 141 de la L.G.I.C. y O.A. ya que tal procedimiento se aplica a las ventas de los bienes inmuebles que forman parte de la garantía de los créditos de habilitación o avío o refaccionarios, sobre los cuales gravita un derecho real y no, como en el fideicomiso, en el que se transmite la propiedad de los bienes materia del fideicomiso al fiduciario, quien como se ha establecido al través de esta obra, tiene la obligación de ejercitar las facultades de dominio sobre los mismos para hacer efectiva la garantía en caso de incumplimiento del acreedor, (creemos que debe decir deudor) debiéndose ajustar al procedimiento sugerido en el que se estima no se lesionan los derechos del deudor, ya que tiene la oportunidad de hacer el pago de la obligación incumplida dentro del plazo perentorio del requerimiento o bien cuenta con la facultad de comparecer como postor quien en igualdad de condiciones será preferido en la adjudicación de los bienes fideicomitidos, sin necesidad de la intervención de una autoridad jurisdiccional, -

pues el deudor, generalmente el fideicomitente, no tiene facultad para hacer valer oposición alguna ante dicha autoridad, respecto del procedimiento que se comenta, pues en caso de que hubiere pagado la obligación que garantiza, el propio deudor tiene que hacerla valer frente al fiduciario con la presentación de los documentos respectivos, sin necesidad de la intervención de autoridad judicial alguna."(25)

La actual ley no nos remite al procedimiento que estableció la Ley General de Instituciones de Crédito lo cual es lógico pues no podría la ley remitirnos al ordenamiento que ella misma deroga; nos remite al procedimiento consignado en el artículo 341 de la Ley General de Títulos y Operaciones de Crédito el cual a la letra dice: "Art. 341. El acreedor podrá pedir al juez que autorice la venta de los bienes o títulos dados en prenda cuando se venza la obligación garantizada"

"De la petición del acreedor se correrá traslado inmediato al deudor, y éste, en término de tres días podrá oponerse a la venta exhibiendo el importe de su adeudo."

"Si el deudor no se opone a la venta en los términos dichos, el juez mandará que se efectúe al precio de cotización en bolsa, o, a falta de cotización, al precio del mercado, y por medio de corredor o de dos comerciantes con establecimiento abierto en la plaza. En caso de notoria urgencia, y bajo la responsabilidad del acreedor, el juez podrá autorizar la venta aún antes de hacer la notificación al deudor."

"El corredor o los comerciantes que hayan intervenido en

la venta deberán extender un certificado de ella el acreedor."

"El producto de la venta será conservado en prenda por el acreedor, en substitución de los bienes o títulos vendidos."

De la simple lectura de ambos procedimientos, tanto del anteriormente transcrito como del consignado en las fracciones III y IV del artículo 141 de la Ley General de Instituciones de Crédito, se concluye que en último de los casos era mas adecuado para esta situación el que se consignaba en el artículo 141 de la derogada ley que el que actualmente se prevé; en efecto el procedimiento derogado era mas eficaz por las siguientes razones:

En primer lugar, no era necesario recurrir ante el juez de inmediato solicitando su autorización en caso de pretender vender los bienes que quedan en garantía, sino que la venta se lleva a cabo mediante corredor notificando previamente al deudor mediante notario o en vía de jurisdicción voluntaria, pero en esta última opción el juez no autoriza sino simplemente notifica las intenciones de realizar la garantía, y no es sino hasta cuando el deudor se opone a dicho remate cuando el juez empieza a tener mas intervención valorando las pruebas que a su favor ofrezca el deudor y llegado el momento ordenar se suspenda o se proceda al remate; el artículo 341 de la Ley substantiva en cambio establece que será necesario pedir la autorización del juez para vender la garantía;

En segundo lugar la oportunidad que se da al deudor para oponerse al remate es del todo injusta pues la única forma en



que puede oponerse a ello es exhibir el importe del adeudo -- en un plazo no mayor de tres días, como se verá no se consideró si dicho deudor tendría excepciones o defensas que hacer - valer a su favor, simplemente si no paga su adeudo en tres -- días los bienes se rematarán;

Por último, el procedimiento previsto en el artículo 341 de la Ley substantiva consigna en su párrafo final: "El pro - ducto de la venta será conservado en prenda por el acreedor, - en substitución de los bienes o títulos vendidos", nosotros - nos preguntaríamos: ¿de qué sirvió entonces haber llevado el procedimiento de remate y haber logrado la venta, si finalmen - te con el producto de dicha venta no es posible hacer efecti - vos los créditos del acreedor? es absurdo lo que el artículo - consigna, al acreedor en nada le beneficia vender los bienes - que sirvieron de garantía a su crédito si finalmente tiene la obligación de conservarlos en prenda, en realidad lo único -- que haría sería cambiar una prenda por otra prenda, y si se - le ocurriera cobrar sus créditos del producto de dicha venta - sería en una forma ilegal, pues estaría incurriendo en la -- prohibición de la ley conocida como pacto comisorio.

Afortunadamente el legislador tuvo la buena idea de no - imponer como obligación de la fiduciaria recurrir al procedi - miento que menciona sino que mas bien aparece como una opción, así se desprende de la interpretación a contrario sensu del - artículo 64 de la actual ley cuando dice: "En los fideicomis - sos que tengan por objeto garantizar el cumplimiento de obli - gaciones, se aplicará el procedimiento establecido por el ar -

título 341 de la Ley General de Títulos y Operaciones de Crédito, a petición del fiduciario..."

Veamos por último lo que el Dr. Acosta Romero comenta sobre este artículo: "Este artículo cambia el procedimiento para la ejecución de los contratos de fideicomisos, pues remite al artículo 341 de la L.G.T.O.C., el cual solo es aplicable en materia de prenda y se entiende que, en general, son objeto de prenda únicamente los bienes muebles, mas no los inmuebles y quedaría una laguna en aquellos fideicomisos en los que se hubiera otorgado garantía fiduciaria o hipotecaria, parece ser que la respuesta en este aspecto está en el artículo 56, pero de todas maneras queda la duda, porque anteriormente, la S.H.C.P había interpretado que en los casos de ejecución de fideicomisos con garantía de inmuebles se aplicaría el artículo 141 de la L.G.I.C.O.A. con la posibilidad de vender -- los bienes mediante corredor público o mediante remate al martillo, la actual ley no prevé esta circunstancia, por lo que será necesario esperar a una interpretación, ya sea de las autoridades administrativas o del Poder Judicial Federal. (26)

#### ARTICULO 65

El siguiente artículo, el 65, nos dice: "Cuando la institución de crédito, al ser requerida, no rinda las cuentas de su gestión dentro de un plazo de quince días hábiles, o cuan-

do sea declarada, por sentencia ejecutoriada, culpable de las pérdidas o menoscabos que sufran los bienes dados en fideicomiso o responsable de esas pérdidas o menoscabos por negligencia grave, procederá su remoción como fiduciaria."

"Las acciones para pedir cuentas, para exigir la responsabilidad de las instituciones de crédito y para pedir la remoción, corresponderán al fideicomisario o a sus representantes legales, y a falta de éstos al Ministerio Público, sin perjuicio de poder el fideicomitente reservarse en el acta constitutiva del fideicomiso, o en las modificaciones del mismo, el derecho para ejercitar esta acción."

"En caso de renuncia o remoción se estará a lo dispuesto en el párrafo final del artículo 350 de la Ley General de Títulos y Operaciones de Crédito."

Veamos, el artículo encuentra su antecedente en el artículo 138 de la Ley General de Instituciones de Crédito que -- consignaba exactamente lo mismo, y éste a su vez, tenía como antecedente al artículo 95 de la Ley General de Instituciones de Crédito de 1932.

El primer párrafo del artículo en forma implícita señala la obligación de la fiduciaria de rendir cuentas cuando así -- se lo soliciten las personas para ello autorizadas, esta obligación una vez solicitada debe ser proporcionada prácticamente de inmediato dadas las características de honestidad y capacidad técnica que se supone tienen estas instituciones por lo que si transcurridos quince días a partir de la fecha de solicitud no se han proporcionado los informes se presume que

existe algún mal manejo. El Lic. Batiza nos informa que en el derecho anglosajón también existe esa obligación, nos dice; - "En el derecho angloamericano, el trustee tiene la obligación hacia los beneficiarios de proporcionarles, cuando así lo soliciten, informes completos y exactos sobre la administración del Trust. Tienen ellos derecho a saber qué bienes constituyen el patrimonio del trust y cómo los ha manejado el trustee; pueden ellos examinarlos, así como las cuentas y los comprobantes relativos al trust y a su administración. Cuando son varios los beneficiarios, a todos corresponden dichas prerrogativas sea que su derecho derivado del trust sea actual o futuro. (27)

Mas adelante este autor confirma: "Se vio antes que el trustee está en la obligación de llevar y rendir cuentas de la administración del trust; la aprobación judicial de dichas cuentas impide a los beneficiarios pretender con posterioridad exigir responsabilidades al trustee. Por su parte, éste, tiene derecho a que sus cuentas sean examinadas por el tribunal competente y, en su caso, aprobadas. Tal derecho es de trascendencia para él, desde el momento en que le protege contra posibles litigios, dado que la aprobación de cuentas tiene fuerza de cosa juzgada." (28)

"Nuestra legislación no contiene precepto alguno sobre el particular pero es indudable que la institución fiduciaria cumpliendo con su obligación de rendir cuentas, tiene derecho

27.- Batiza Rodolfo, El Fideicomiso, pag. 245.

28.- Op. Cit. pag. 296.

a que se le aprueben por los interesados si son satisfactorias. Si ello fuere indispensable, también podría librarse de responsabilidad acogiéndose al procedimiento previsto para el ofrecimiento del pago y la consignación."

Continúa el artículo diciendo:

"...o cuando sea declarada, por sentencia ejecutoria, culpable de las pérdidas o menoscabos que sufran los bienes dados en fideicomiso o responsable de esas pérdidas o menoscabos por negligencia grave, procederá su remoción."

La observación que nosotros haríamos es en el sentido de que la remoción llega demasiado tarde, pues cuando al fiduciario se le remueve es porque el mal ya está hecho; por otro lado se ha dicho y con razón que las causas de remoción que prevé el artículo debían considerarse enunciativas y no limitativas puesto que pueden existir causas más graves que ameriten la remoción. (29)

El segundo párrafo del artículo señala a las personas que tendrán derecho a pedir cuentas a la institución fiduciaria así como su remoción y nos dice que dichas facultades las podrán ejercer: "...el fideicomisario o sus representantes legales y a falta de éstos al Ministerio Público, sin perjuicio de poder el fideicomitente reservarse en el acto constitutivo del fideicomiso, o en las modificaciones del mismo, el derecho para ejercitar esta acción."

Nos parece perfectamente lógico lo enunciado en este pá

29.- Vid, Batiza Rodolfo, Principios Básicos del Fideicomiso y de la administración fiduciaria, pag. 210.

rrafo ya que es el fideicomisario quien suele ser el primer afectado ante la negligencia de la institución fiduciaria por lo que la ley es al primero a quien le atribuye derecho a pedir cuentas o en su caso la remoción, las cuales también pueden ser pedidos por sus representantes legales, desde luego - siempre que estos cuenten con la suficiente legitimación para ello, a falta de éstos será el Ministerio Público el facultado para ejercer esos derechos, aunque nosotros nos preguntáramos ¿quién lo va a instar?, por lo que respecta al fideicomitente, éste también estará facultado para ejercer este derecho por supuesto siempre que la naturaleza de los fines del fideicomiso lo permita; como comentario adicional creemos que se debió haber incluido en la lista al Comité Técnico del fideicomiso pues aún cuando se mencionan al fideicomitente y al fideicomisario y el comité técnico representa a éstos, puede ocurrir, como con frecuencia sucede, que las personas integrantes del comité estén mucho mas enteradas del manejo del fideicomiso que el mismo fideicomisario o en su caso que el fideicomitente, por lo que en caso necesario, e incluso, si se trata de una emergencia, sin esperar el consentimiento expreso - del fideicomisario o del fideicomitente, deberá el Comité actuar a fin de salvaguardar el patrimonio materia del fideicomiso.

Finaliza el artículo diciendo:

"En caso de renuncia o remoción se estará a lo dispuesto en el párrafo final del artículo 350 de la Ley General de Títulos y Operaciones de Crédito."

No comentaremos el artículo de la Ley substantiva a que nos remite este párrafo por haberse hecho en el anterior capítulo su comentario.

#### ARTICULO 84 FRACCION XVIII

Veamos ahora el siguiente artículo relacionado con el tema, el Artículo 84 Fracción XVIII, que marca: "Art. 84.- A -- las Instituciones de Crédito les estará prohibido :

"En la realización de las operaciones a que se refiere - la fracción XV del Artículo 30 de esta Ley:

"a) Celebrar operaciones con la propia institución en el cumplimiento de fideicomisos, mandatos o comisiones. La Secretaría de Hacienda y Crédito Público podrá autorizar, mediante acuerdos de carácter general, la realización de determinadas operaciones cuando no impliquen un conflicto de intereses;"

"b) Responder a los fideicomitentes, mandantes o comitentes, del incumplimiento de los deudores por los créditos que se otorguen, o de los emisores por los valores que se adquieran, salvo que sea por su culpa, según lo dispuesto en la parte final del artículo 356 de la Ley General de Títulos y Operaciones de Crédito, o garantizar la percepción de rendimientos por los fondos cuya inversión se les encomiende ".

"Si al término del fideicomiso, mandato o comisión constituidos para el otorgamiento de créditos, éstos no hubieren sido liquidados por los deudores, la institución deberá transferirlos al fideicomitente absteniéndose de cubrir su importe".

"Cualquier pacto contrario a lo dispuesto en los dos párrafos anteriores, no producirá efecto legal alguno."

"En los contratos de fideicomiso, mandato o comisión se insertará en forma notoria este inciso y una declaración de la fiduciaria en el sentido de que hizo saber inequívocamente su contenido a las personas de quienes haya recibido bienes para su inversión;"

"c) Utilizar fondos o valores de los fideicomisos, mandatos o comisiones mediante los cuales reciban fondos destinados al otorgamiento de créditos, para realizar operaciones en virtud de las cuales resulten o puedan resultar deudores subdelegados fiduciarios; los miembros de su consejo directivo, tanto propietarios como suplentes, estén o no en funciones; los servidores públicos de la institución; los comisarios propietarios o suplentes, estén o no en funciones; los auditores externos de la institución; los miembros del comité técnico del fideicomiso respectivo; los ascendientes o descendientes en primer grado o cónyuges de las personas citadas, o las sociedades en cuyas asambleas tengan mayoría dichas personas o las mismas instituciones; y "

"d) Administrar fincas rústicas, a menos que hayan recibido la administración para distribuir el patrimonio entre herederos, legatarios, asociados o acreedores, o para pagar una obligación o garantizar su cumplimiento con el valor de la misma finca o de sus productos, y sin que en estos casos la adquisición exceda del plazo de dos años."

Veamos el primer párrafo, éste tiene, justificación des-



de nuestro punto de vista por dos razones, la primera es que es una cuestión de lógica el hecho de que la personalidad jurídica de la institución fiduciaria es una y aún cuando la institución se encuentre dividida para efectos administrativos y de organización en distintos departamentos, ello de ninguna manera quiere decir que cada uno de ellos tenga su propia personalidad jurídica de tal forma que puedan celebrar contratos interdepartamentales, hacerlo así atenta contra toda lógica, es como si el dueño de una cosa se la arrendara a sí mismo; la segunda razón es que se trató de eliminar la práctica que en una época efectuaron los departamentos fiduciarios de constituir fideicomisos de garantía cuyo fin era garantizar al mismo banco el crédito que había concedido su departamento respectivo, y si bien es cierto que quien lo contrataba era el deudor fideicomitente, los departamentos "operaban" entre sí, al tener el mismo banco el carácter de fiduciario (departamento fiduciario) y fideicomisario (departamento de crédito) por lo que en caso de ejecutarse el fideicomiso sería todo a favor del mismo banco.

El Lic. Emilio Krieguer nos comenta sobre este punto, afirma: "Para combatir la práctica viciosa, que se había generalizado, de que una institución de crédito fuera al mismo tiempo fiduciario y fideicomisario, o la de captar recursos por uno de sus departamentos e invertirlos, mediante fideicomisos a través de otro, reuniendo en sí misma la doble calidad de fideicomitente y fiduciario, la Ley prohibió efectuar operaciones con otros departamentos de la misma institución,"

salvo autorización expresa de carácter general de Hacienda."

"De esa manera quedaron eliminados los fideicomisos de garantía en virtud de las cuales el departamento bancario de una institución prestaba a una persona, quien para garantizar el pago del crédito y sus accesorios, entregaba un bien de su propiedad al departamento fiduciario de la misma institución"

"Lo mismo quedaron eliminados los "contratos de inversión", en virtud de los cuales el departamento bancario de una institución recibía fondos de un cliente, para inversión y los pasaba al departamento fiduciario en fideicomiso; o los "contratos de fideicomiso de inversión" en que el departamento fiduciario de una institución recibía fondos para inversión y los pasaba al departamento bancario, para que éste realizara operaciones activas de crédito." (30)

La Comisión Nacional Bancaria, por su parte también con firmó esta prohibición en su oficio circular N° 1327-46 de fe cha 2 de febrero de 1948 (sin embargo este oficio circular fué derogado expresamente mediante otro de la misma Comisión Nacional Bancaria de fecha 25 de septiembre de 1975 (N° 56 -- -601-910)

El Lic. Batiza por su parte parece no estar de acuerdo con lo preceptuado en la ley, comenta:

"Esta prohibición tiene su fuente en una resolución de la Comisión Nacional Bancaria. La prohibición de operaciones interdepartamentales, salvo la situación especial del "fidei-

comiso de garantía", que sí se justifica, parece derivar de la desorientación que existe en esta materia. Una prohibición absoluta es no sólo infundada, sino que puede entorpecer en forma innecesaria la adecuada y flexible administración de los fideicomisos.

En primer lugar, la amplitud del término "operaciones" es tal que puede incluir cualquier acto entre el departamento y las demás de la institución; sería absurdo, por ejemplo, que se prohibiera a aquél recurrir al departamento de cobranzas, al de cambios o al de avalúo de inmuebles, en auxilio de las funciones que tiene encomendadas. "

"A este respecto las únicas consideraciones válidas consisten en que el fiduciario no viole su obligación de lealtad e imparcialidad y que no lucre indebidamente. La prohibición, por tanto, debería sólo subordinarse a ellas."(31)

Por último diremos que el antecedente inmediato de este inciso se encuentra en el artículo 46 fracción III de la Ley General de Instituciones de Crédito.

Por lo que respecta al siguiente inciso, el b), éste tiene su razón de ser debido a que el legislador trató de impedir la práctica de ciertas operaciones que llegaron a efectuar los departamentos fiduciarios mediante las cuales éstos ejercían actividades que francamente excedían sus funciones propias a su naturaleza, pues se llegaron a convertir en verdaderos prestamistas al encauzar los fondos provenientes de

fideicomisos de inversión al otorgamiento de créditos, en los cuales el acreditado era designado por la fiduciaria pasando a tener automáticamente la calidad de fideicomisario, a fin de hacer mas atractivo este tipo de operaciones al público inversionista se llegó a garantizar un porcentaje mínimo de rendimiento, así como incluso a asumir la responsabilidad en caso de resultar insolvente el deudor; la Comisión Nacional Bancaria atenta a esa situación tomó cartas en el asunto prohibiendo dicha situación, el Lic. Rodolfo Batiza comenta la medida tomada por la autoridad administrativa, dice: "...la Comisión Nacional Bancaria giró el oficio circular núm. 816-45 de 22 de enero, de 1948, en que expresaba que su Comité Permanente, considerando que la garantía de un interés determinado en los fideicomisos de inversión era contraria a la esencia del contrato de fideicomiso, ponía en peligro la liquidez de las instituciones y constituía una competencia desleal a los valores de renta fija, en sesión de 7 de octubre de 1947 tomó el acuerdo, ratificado por la Secretaría de Hacienda, de impedir que el riesgo de la inversión derivada de dichos contratos, tanto respecto del principal como de los intereses corriera a cargo de las instituciones fiduciarias, por lo cual éstos no podrán, garantizar en lo sucesivo, en ningún caso, un interés fijo o determinado en los contratos de fideicomiso de inversión celebrados con anterioridad, las instituciones fiduciarias proporcionarán a la Comisión, desde luego, una relación de los mismos mencionando su plazo de vigencia para que, de conformidad con sus características, se resuelva acer

ca de la forma y términos de su regulación."

Añade: "Tanto las reglas incorporadas en la reforma de 1956, como sus antecedentes en las circulares citadas, respondían sin duda al propósito de depurar el fideicomiso de inversión, pues no puede negarse que algunas prácticas abusivas habían desvirtuado su recto funcionamiento."(32)

Posteriormente la Comisión Nacional Bancaria volvería a tocar el tema prohibiendo situaciones anómalas en las funciones, el texto de la circular N° 382 de fecha 9 de junio de 1951 es el siguiente:

La Secretaría de Hacienda y Crédito Público, Secretaría Particular, en oficio número 101-801 de 4 del mes en curso, dice a esta Comisión:

"Las instituciones fiduciarias se han venido dedicando a ciertas actividades de crédito bancario que no reúnen las características propias de las operaciones que están autorizadas a efectuar.

"Ahora bien, como independientemente de esa irregularidad, mediante dichas operaciones se ha llegado a eludir el cumplimiento de las medidas monetarias y de crédito dictadas por el Gobierno Federal o por el Banco de México, S.A., agradeceré a ustedes que se sirvan girar una circular a las referidas instituciones en la que se establezca lo siguiente:

"1. No siendo facultad del fiduciario la designación del fideicomisario, y dado que en las operaciones de crédito que efectúan las instituciones fiduciarias con fondos fideicomitados, el deudor tiene el carácter de fideicomisario, dichas --

instituciones se abstendrán en lo sucesivo de celebrar contratos de fideicomiso que tengan por objeto el otorgamiento de crédito, cuando la designación del deudor quede a juicio de la institución fiduciaria.

"En todo caso, en las operaciones de préstamo en las que lleguen a intervenir las referidas instituciones, se requerirá que comparezcan en el contrato relativo, el fideicomitente, el fiduciario y el fideicomisario.

"2. Los contratos de fideicomiso que entrañen operaciones de crédito bancario, que tengan celebrados las instituciones fiduciarias al expedirse la circular de referencia, deberán ser liquidadas a la fecha de sus vencimientos.

"Los contratos en los que no se haya señalado esa fecha, deberán quedar concluídas en la fecha de sus vencimientos.

"En los contratos en los que no se haya señalado esa fecha, deberán quedar concluídos en un plazo que no excederá de un año contado a partir de la expedición de la repetida circular."

El antecedente de este inciso lo es el artículo 46 fracción II de la Ley General de Instituciones de Crédito.

Pasemos ahora al siguiente inciso, el c); en realidad -- consideramos que la intención del legislador de evitar malversación de fondos en el manejo de las operaciones de los departamentos fiduciarios, es tan evidente y tan comprensible, que sale sobrando cualquier explicación, la única observación que haríamos es que en el artículo 46 fracción IV de la Ley General de Instituciones de Crédito, antecedente de este inciso, -

se mencionaba a "el Accionista o accionistas que posean la mayoría en las asambleas de la institución o que la gobiernen; los directores generales o gerentes generales "; la ley vigente en cambio omite señalar a estas personas; la omisión de los accionistas es de entenderse, los bancos antes eran sociedades anónimas, y como tales estaban integradas por accionistas, si actualmente no lo son obviamente no podía seguirse aludiendo a aquéllos; en cuando a la exclusión que hace la ley de los directores generales o gerentes generales francamente no la entendemos, el director general debió haber sido de los primeros en ser mencionados y sin embargo no lo fué, de modo que la prohibición a que se refiere la ley no alcanza al director general, en contraste con esta situación, en la vigente ley se incluye en la lista a los "servidores públicos de la institución" tengan o no relación con el departamento fiduciario, y no solo los empleados tienen esta prohibición sino que ésta alcanza a sus ascendientes o descendientes en primer grado o cónyuges; quizá la ley en su intento de evitar abusos fué demasiado lejos en este caso específico, pero en finmas vale pecar de exagerado y no de imprevisor. (probablemente la razón que tuvo el legislador para no incluir al director general fué que supuso que éste estaba incluido en el amplio concepto de "servidor de la institución" ya que en estricto sentido sí lo es, sin embargo nos parece una interpretación un tanto forzada en donde hay que estirar mucho los términos para alcanzar esa conclusión, máxime cuando la ley sí aludió expresamente a los delegados fiduciarios, que en

todo caso también son servidores públicos de la institución.)

El siguiente inciso, el d), establece una prohibición -- que a nuestro juicio carece de razón de ser; en primer lugar la administración efectuada por la institución fiduciaria no la hace en provecho propio, sino que es en beneficio de un -- tercero; en segundo lugar el hecho de que se administre un -- bien no implica que se adquiera, son cosas por completo dis -- tintas, de ahí que pensemos que la ley confunde las situación ya que empieza diciendo que a las instituciones de crédito -- les estará prohibido: d) "Administrar fincas rústicas..." y -- termina diciendo: "...y sin que en estos casos la adquisición exceda del plazo de dos años", además si la ley es tan estricta no deberá conceder los dos años que menciona, al respecto el Dr. Octavio A. Hernández afirma: "La prohibición para que los fiduciarios administren fincas rústicas corrobora la que en el mismo sentido impone la fracción II del artículo 27 --- constitucional a las sociedades comerciales por acciones y la que, por su parte impone la fracción V del mismo artículo, a los bancos. Sin embargo, el inciso g) del artículo 44 de la Ley Bancaria señala excepciones que, dada la generalidad de -- la disposición constitucional, juzgo anticonstitucionales y, -- por tanto, nulas."

"La Constitución es la ley suprema del país. y los jue -- ces de cada estado deberán observar sus disposiciones, a pe -- sar de lo que en contrario puedan prescribir las constitucio -- nes de los estados o las leyes secundarias"(artículo 133 de -- la Constitución)



"La Ley Bancaria permite que las fiduciarias administren fincas rústicas siempre que se satisfagan los siguientes requisitos:

A. Que la administración de las fincas rústicas se haya recibido para distribuir el patrimonio entre herederos, legatarios, asociados o acreedores; o

B. Que la administración de las fincas rústicas se haya recibido para pagar una obligación o para garantizar su cumplimiento con el valor de la misma finca o de sus productos; y

C. Que en ninguno de los casos consignados en los incisos anteriores la adquisición de la finca rústica tenga duración mayor de dos años"

Concluye este autor: "La Ley Bancaria, en su calidad de ordenamiento legal de carácter ordinario, no puede señalar válidamente excepciones a la Constitución, ley fundamental."<sup>(33)</sup>

Por último consideramos que si bien es cierto que la prohibición a que alude la ley se fundamenta en el artículo 27 - constitucional consideramos que actualmente ya no existe motivo para mantener dicha prohibición, dice la fracción IV del artículo 27: "Las sociedades comerciales, por acciones, no podrán adquirir, poseer o administrar fincas rústicas "; si bien es cierto que los bancos son sociedades comerciales en tanto que lucran, no lo son por acciones; mas bien suponemos que en esta fracción el legislador se refirió a otra clase de sociedades y no a bancos, sobre todo ahora que ya se encuentran nacionalizados por lo que no debiera haber motivo de sus

picacia del legislador.

Por lo que hace a la fracción V del artículo 27 ésta dice:

"Los bancos debidamente autorizados, conforme a las leyes de instituciones de crédito, podrán tener capitales impuestos sobre propiedades urbanas y rústicas, de acuerdo con las prescripciones de dichas leyes, pero no podrán tener en propiedad o en administración más bienes raíces que los enteramente necesarios para su objeto directo."

En principio la disposición es más abierta en cuanto que permite tener capitales impuestos sobre propiedades urbanas y rústicas, pero después se vuelve estrecha al disponer que no podrá tener en propiedad y ni siquiera en administración "mas bienes raíces que los enteramente necesarios para su objeto directo"; no vamos a profundizar sobre qué debe entenderse por objeto directo de una institución de crédito, pero como su mismo nombre lo dice deducimos que el objeto directo de los bancos (entendiendo por objeto directo aquella actividad que con carácter prioritario realiza) es la intermediación en el crédito entre el público usuario, captando recursos del ahorrador e inversionista y poniéndolos a disposición de aquellas personas, presumiblemente solventes que lo solicitan; así pues las actividades fiduciarias (fideicomisos, mandatos, comisiones, etc.) en tanto que son considerados servicios complementarios no serán desde luego, objeto directo de ningún banco y no les alcanzará, por tanto lo señalado en el precepto.

Volvemos aquí a decir que en nuestra opinión, y sobre -- todo a partir de la nacionalización no hay razón para que pre -- valezcan criterios tan tajantes y de alcance tan generalizado como el que comentamos.

#### ARTICULO 94

Pasemos al siguiente artículo el 94 que trata el tema -- del secreto fiduciario, el texto del precepto es el siguiente:

"Con la salvedad de toda clase de información que sea so -- licitada por la Comisión Nacional Bancaria y de Seguros, la -- violación del secreto propio de las operaciones a que se re -- fiere la fracción XV del artículo 30 de esta Ley, incluso an -- te las autoridades o tribunales en juicios o reclamaciones -- que no sean aquellos entablados por el fideicomitente o fidei -- comisario, comitente o mandante, contra la institución o vi -- ceversa, constituirá a ésta en responsabilidad civil por los -- daños y perjuicios ocasionados, sin perjuicio de las responsa -- bilidades penales procedentes."

El antecedente inmediato de esta disposición lo es el ar -- tículo 45 fracción X de la Ley General de Instituciones de -- Crédito, el secreto fiduciario es en realidad una variación -- del secreto bancario, éste último se haya previsto en el artí -- culo 93 de la actual ley siendo sus antecedentes el artículo -- 39 de la derogada Ley Reglamentaria del Servicio Público de -- Banca y Crédito y el artículo 105 de la Ley General de Insti -- tuciones de Crédito, no profundizaremos en el tema del secre --

to bancario en general solo diremos que éste no es nuevo si -  
 no que por el contrario a acompañado desde siempre la activi-  
 dad de los banqueros y se puede decir que actualmente la ma -  
 yor parte de los países lo consagran en sus legislaciones o -  
 bien en sus usos bancarios teniendo como fundamento la ética-  
 profesional del banquero a quien se le han confiado, tanto -  
 parte del patrimonio como detalles del mismo, en cuanto a sus  
 finalidades, éstas nos las menciona el Dr. Acosta, nos dice:  
 "Puede afirmarse que el secreto bancario, tiene varias finali-  
 dades fundamentales:

"1. Resguardar el respeto y la protección de las cues -  
 tiones privadas en función de la confianza que las personas -  
 tengan con el banquero, para proporcionarle algunos datos que  
 consideran sólo son dados a conocer a su banquero por esa ra-  
 zón"

"De lo anterior se desprende que la confianza es una de-  
 las bases fundamentales en que descansa el secreto bancario"

"2. Otra de las finalidades del secreto bancario es --  
 permitir la estabilidad de los sistemas bancarios es decir, -  
 al haber confianza entre el público, éste proporcionará todos  
 los datos e informes necesarios y, en consecuencia, mantendrá  
 su dinero y realizará sus operaciones con los bancos, bajo el  
 entendimiento de que éstos no proporcionarán informes, ni ha-  
 rán públicos esos datos, en muchos casos ni siquiera a las au-  
 toridades."

"Esta confianza genera que el sistema bancario pueda cap-  
 tar un mayor volúmen de recursos, pues no existiendo confian-

za el público tenderá, como ya se ejemplifico en el caso de Suiza, a sacar sus depósitos y a enviarlos al extranjero."

"Otra finalidad, que consideramos que es parte de la política monetaria de los países, es la de que el secreto bancario ha sido utilizado como un medio eficaz para atraer capitales, y de esa manera fortalecer la economía de cada país, y como parte de la estrategia de política monetaria dirigida -- fundamentalmente a dar garantía a los depósitos bancarios.<sup>(34)</sup>

El secreto fiduciario se puede decir que aparte de las bases en que se apoya el secreto bancario en general tiene como razón de ser adicional el hecho de que a las instituciones fiduciarias en el ejercicio de sus funciones, las cuales tienen como elemento común a la confianza, les son confiados en muchos casos datos que solo por su calidad de fiduciarios llegan a conocer y respecto de los cuales deberán ser en extremo discretas, so pena en caso contrario, de traicionar la confianza en ellas depositada y hacerse acreedora por consecuencia a las sanciones correspondientes; el Lic. Batiza nos comenta que también en el derecho anglosajón existe esta clase de secreto, nos dice este autor:

"La Declaración de Principios norteamericana prescribe -- que los servicios de trust personales son de naturaleza confidencial y que la confianza depositada por el cliente jamás -- debe divulgarse excepto en los casos, en que la ley así lo disponga (Artículo III, Sec. 2a.)"

Adelante añade: "La regla es de cumplimiento tan estricto, - que la institución está obligada a una absoluta reserva acerca de datos aislados o parciales, pues podría ocurrir que obtenidos de diversas fuentes, alguien llegara a integrar una información lesiva a la naturaleza esencialmente confidencial de - los negocios del trust."<sup>(35)</sup>

El secreto fiduciario en relación con el secreto bancario en general, según el texto de la ley, es menos rígido tratándose de la autoridad administrativa y más rígido que el segundo tratándose de la autoridad judicial, en efecto, el artículo 93 dice que el secreto bancario deberá mantenerse y que solo podrán darse informes cuando los pidiese "las autoridades hacendarias federales, por conducto de la Comisión Nacional Bancaria y de Seguros, para fines fiscales", interpretado a "contrario sensu" si la información solicitada por la Comisión Nacional Bancaria no es para fines fiscales no deberá proporcionarse; tratándose del secreto fiduciario, en cambio, el artículo 94 empieza diciendo: "Con la salvedad de toda clase de información que sea solicitada por la Comisión Nacional Bancaria y de Seguros..." esto es, no será necesario que sea requerida para fines estrictamente fiscales sino que podrá -- ser requerida, y la institución fiduciaria tendrá obligación de proporcionarla, para toda clase de fines; por lo que respecta a la autoridad judicial, el artículo 93 nos dice que -- con relación al secreto bancario en general la información de

berá ser reservada, "salvo cuando las pidieren, la autoridad judicial en virtud de providencia dictada en juicio en el que el titular sea parte o acusado..." es decir, basta que el cliente del banco sea parte en el juicio para que éste se encuentre en la obligación de proporcionar información; en el secreto fiduciario la situación es mas rígida ya que el artículo 94 no permite que dicha información se proporcione ni si quiera a la autoridad judicial a menos que se trate de litigios en los que las partes sean el fiduciario por un lado y el fideicomisario o el fideicomitente por el otro, ya sea que éstos últimos sean los demandados o bien los quejosos. Este rigorismo tan extremoso al que llega la ley, en nuestra opinión no tiene razón de ser, estamos de acuerdo en que las instituciones fiduciarias guarden el secreto profesional propio de sus funciones basadas en principio en la confianza, sin embargo establecer una obligación de hermetismo para las fiduciarias puede llegar incluso a ser perjudicial ya que, si bien es cierto que se prohíben los fideicomisos, constituidos en fraude a terceros, será poco menos que imposible para el tercero perjudicado demostrar la ilicitud del fideicomiso ya que ningún informe le será proporcionado y en no pocos aprietos se verá el juzgador que tenga que fundamentar su declaración de ilícitud de un fideicomiso al carecer de elementos de juicio que apoyen su sentencia.

Nos dice al respecto el Dr. Luis Muñoz:

"Por nuestra parte entendemos que las instituciones de crédito deben colaborar con la administración de justicia y -

con el fisco en materia informativa. "(36)

Justifican la posición de la ley autores como el Dr. -- Octavio A. Hernández quien comenta: "Este rigorismo de la Ley es explicable por lo delicado del encargo que ciertos fideicomisos suponen para la fiduciaria."(37)

En la corriente contraria, es decir la que no esta de -- acuerdo con el rigorismo de la Ley se encuentran autores como el Dr. Acosta Romero quien sobre el tema informa: "Ignoramos cuáles hayan sido los fundamentos del legislador para establecer este secreto fiduciario, pero no estamos conformes con él, en primer lugar por la pésima redacción del precepto y lo oscuro del mismo, y en segundo lugar porque no existen motivos suficientes para sustraer a la operación de fideicomiso, de las reglas generales del secreto bancario, pues no hay razón, creemos para ello."

"El fideicomiso es una operación de crédito tan normal - como cualquier otra y, por tanto, no debe estar rodeado de un mayor secreto o sigillo, que evite el cumplimiento de averiguaciones de delitos, o cuestiones fiscales."

"Es más - agrega - la mayor parte de los fideicomisos deben consignarse en escritura pública, en razón de que las cosas que se den en fideicomiso, requieran, de acuerdo con la legislación común sobre transmisión de bienes, esa formalidad (Art. 352 L.G.T.O.C.), y entonces ya no se guardaría tanto secreto, puesto que sus términos son conocidos bajo el secreto-

36.- Op. Cit. pag. 326.

37.- Op. Cit. pag. 282.



profesional, por los notarios y abogados que los redactan, - por las secretarías que los mecanografían y todavía más, si se trata de inmuebles, deben, ser inscritos en el Registro -- Público de la Propiedad y, en consecuencia, son conocidos por todo aquel que consulte los libros de ese Registro, de donde el carácter tan secreto que quiere darle el Art. 45 Fracc. X de la L.G.I.C.O.A, no logra su efectividad " (actualmente sería el artículo 94 de la ley vigente)

"Por otra parte, habría contradicción con el artículo - 359, fracción I, de la Ley General de Títulos y Operaciones - de Crédito, que expresamente prohíbe los fideicomisos secre - tos."

Concluye por último: "no habiendo una fundamentación le- gal y ética, que justifique la existencia del llamado secreto fiduciario, consideramos que debe derogarse la fracción X del artículo 45 de la L.G.I.C.O.A, y que el fideicomiso quede den- tro del secreto bancario en general, regulado por el artículo 105 del mismo ordenamiento" (38)

## ARTICULO 95

Pasemos al último comentario de esta ley relacionado con nuestro tema, éste será para la parte final del artículo 95- que en lo relativo dice: "...Tratándose de diferencias que -- surjan respecto al cumplimiento de fideicomisos, sólo conocerá (se refiere a la Comisión Nacional Bancaria y de Seguros - 38.- Acosta Romero, Miguel, Derecho Bancario, pag. 231.

actuando como árbitro en procedimiento conciliatorio) de las reclamaciones que presenten los fideicomitentes o fideicomisarios en contra de los fiduciarios."

De la interpretación a contrario sensu del párrafo transcrito se deduce que los fiduciarios no podrán recurrir ante la Comisión Nacional Bancaria a reclamar contra el fideicomitente o contra el fideicomisario, en realidad consideramos -- que la alusión expresa que hace la ley a los fideicomisos resulta innecesaria pues la posibilidad de recurrir ante la Comisión Nacional Bancaria por motivo de una queja se entiende, aunque la ley no lo dice expresamente, reservada a los -- clientes, esto es los bancos no podrán ocurrir ante la Comisión reclamando actos de sus clientes, sea el departamento -- que fuere, así se desprende también del primer párrafo de este artículo que dice: Los usuarios del servicio público de -- banca y crédito podrán, a su elección, presentar sus reclamaciones ante la Comisión Nacional Bancaria y de Seguros, o hacer valer sus derechos ante los tribunales competentes de la Federación o del orden común. Las instituciones de crédito -- estarán obligadas, en su caso, a someterse al procedimiento de conciliación a que se refiere el artículo siguiente."

Como se ve, la opción es para el cliente quien podrá escoger entre recurrir ante la Comisión Nacional Bancaria o los tribunales competentes, siendo obligatorio para el banco someterse a la competencia de la Comisión si ésta ha sido la opción del usuario, se explica toda esta situación si se considera que en un momento dado la resolución que dictara la Comisión

no tendría fuerza obligatoria para el cliente si es que hubiera sido el banco quien hubiere recurrido a aquella para solucionar un conflicto, y la Comisión por su parte ni siquiera tendría manera de ejercer presión a través de multas contra el usuario a fin de lograr el cumplimiento de sus dictámenes; a las instituciones de crédito en cambio, les puede aplicar multas ante el desacato por parte de éstas a sus resoluciones (Art. 96 fracciones VI y VII); no obstante, su competencia no abarca la facultad de obligar al banco y menos aún al usuario al cumplimiento de sus resoluciones, por lo que, llegado el caso de incumplimiento, la parte afectada deberá acudir ante la autoridad judicial para hacer valer sus derechos. (Art. 96 fracción VIII).

## CONCLUSIONES

Es el fideicomiso una figura cuya inclusión a nuestro sistema jurídico constituyó un indudable acierto del legislador, lo cual ha quedado demostrado con hechos en múltiples ocasiones, y aún cuando si bien es cierto que la doctrina no ha logrado unificar criterios respecto de cuestiones importantes en torno a nuestra figura, esto no ha significado un impedimento de verdadera trascendencia para su normal desarrollo; no obstante, no es papel del jurista asumir un papel pasivo y conformarse con que en la práctica las cosas marchen mas o menos bien, desentendiéndose de los aspectos teóricos importantes de las instituciones que se manejan en su medio jurídico; por el contrario, es su deber como jurista, y puesto que es el único profesionalista capacitado para ello, asumir la responsabilidad de definir con precisión las características que distinguen unas de otras a las instituciones que ha puesto el legislador al servicio de la sociedad como instrumento del que se ha de valer para el adecuado desarrollo de sus cada día mas dinámicas relaciones; es por ello que los juristas no deben cesar en su búsqueda de la verdad, intentando encontrar la siempre con un criterio objetivo y desapasionado, pero no por ello inflexible, pues no debe olvidarse que el derecho está al servicio de la sociedad, y es aquél quien debe satisfacer las exigencias de ésta si quiere mantenerse vigente y res

petado, pues además esa es la función para la que fué creado, pensar que es la sociedad la que se adapta al derecho sería utópico, lo hará mientras sea un derecho realista, cuando deje de serlo pasará encima de él, es por esto por lo que el jurista debe tratar de buscar y encontrar la razón y las consecuencias de las instituciones que maneja, con un criterio abierto, flexible, sin encerrarse en rígidas reglas que obstaculicen la obtención de una conclusión valedera, aún cuando ello implique romper tradicionales moldes y pugne con las ideas de consagrados autores.

Estamos consientes de que haber expresado nuestros muy particulares puntos de vista sobre los temas que tratamos, nos convierte en blanco de críticas de quienes no comulguen con nuestras ideas; preferimos correr el riesgo, afrontarlas y no callar; sabemos que nuestras apreciaciones no son infalibles y que son susceptibles de ser modificadas y corregidas, no es nuestra intención, nunca lo fué, suponer que sería nuestro trabajo el que vendría a aclarar todas las cuestiones aún sin resolver que giran en torno al fideicomiso, pues como lo dijimos en la introducción, en tratandose del fideicomiso no se ha dicho aún la última palabra, sin embargo es a base de intentos, acertados algunos, fallidos otros, como el derecho avanza y como se dilucidan puntos aún oscuros; en ese orden de ideas reiteramos nuestra opinión por lo que hace al tema de la naturaleza jurídica, en el sentido de que para resolver este controvertido punto es conveniente dividir el planteamiento del problema en dos partes; la primera sería resolver-

la naturaleza jurídica del acto en sí mismo, independientemente de su aspecto patrimonial; lo segundo sería tratar de encontrar la naturaleza jurídico-patrimonial de los bienes o de rechos materia del fideicomiso una vez que éste ha sido constituido.

Ahora bien por lo que hace a la primera parte del problema consideramos, como en su momento expusimos, que el fideicomiso es una figura compuesta de dos fases: la primera la de declaración unilateral de voluntad del fideicomitente por medio de la cual, el fideicomiso es constituido y se convierte en acto válido; en segundo término, y como acto derivado del primero, un contrato a través del cual una institución fiduciaria se compromete a llevar a cabo la ejecución del fideicomiso, obteniendo con ello la eficacia del mismo.

La existencia del primer momento sin la complementación del segundo terminaría siendo inútil, pues en el derecho mexicano, sólo las instituciones fiduciarias pueden realizar los fines de un fideicomiso, por lo que la ausencia de ésta traería como consecuencia la frustración de la realización de dichos fines. De igual forma la existencia del contrato no se explica si no tiene como antecedente a la manifestación unilateral del fideicomitente declarando la constitución, pues lo que el fiduciario va a hacer, es aceptar ejecutar los fines que el fideicomitente ha señalado en la forma y términos previstos, a cambio, desde luego, de una remuneración; ambos forman una unidad, un todo, que no es otra cosa que un fideicomiso funcionando normalmente, es decir un fideicomiso eficaz.

La segunda parte del planteamiento del problema es la relativa a la determinación de la naturaleza jurídica-patrimonial de los bienes o derechos fideicomitidos; al respecto nuestro muy particular punto de vista fué en el sentido de aceptar que efectivamente la creación de un fideicomiso trae aparejada la constitución de un patrimonio de afectación pero sin que lo concibamos, como quiere el Dr. Lepaulle, carente de titular, sino que su titular va a serlo la institución fiduciaria, ya que también somos partícipes del criterio que sostiene que en virtud del fideicomiso opera el efecto traslativo de dominio del fideicomitente al fiduciario, pues según nosotros, no es posible que la propiedad, o titularidad cuando se trata de derechos, la conserve al fideicomitente como afirman el Dr. Jorge A. Domínguez Martínez y el maestro R. Sánchez Medal; el fiduciario no será, sin embargo, un propietario pleno, no lo puede ser por las limitaciones que tiene, que van mucho más allá de "modalidades de la propiedad", y las cuales en su momento expusimos, limitaciones que en conjunto hacen evidente que el fiduciario no goza de las principales ventajas que implica el hecho de ser propietario de un bien, por el contrario, más bien tiene que soportar las desventajas, como es tener que cuidarlo con toda diligencia, los derechos que pudiera tener están en función directa de sus obligaciones, de ahí que no compartamos el punto de vista del Lic. Rodrigo Vázquez Arminio quien sostiene que el fiduciario es propietario pleno; en ese orden de ideas, concluimos que lo que se crea en virtud del fideicomiso es una propiedad especial,

propiedad a la que nosotros llamamos "propiedad fiduciaria", - o en su caso "titularidad fiduciaria", cuando de derechos se trata, entendiendo por propiedad fiduciaria a aquella cuyo ti tular es el fiduciario y que es consecuencia del perfeccionamiento del contrato de fideicomiso, se trata de un derecho -- real limitado por derechos personales del fideicomisario, o - en su caso del fideicomitente o incluso de ambos, una propie - dad que no beneficia patrimonialmente al fiduciario, pero sí - en cambio le impone cargas, aparte de que su vigencia siempre estará limitada a cierto tiempo.

Por lo que hace a la ley substantiva, ya en su oportuni - dad se hicieron los comentarios, con cierto detenimiento, de cada uno de sus artículos relativos, por lo que nos limitare - mos a decir que si bien es cierto que 14 artículos son insu - ficientes para regular en forma detallada y completa todos -- los aspectos del fideicomiso, también lo es que los pocos ar - tículos existentes, aún con sus deficiencias, algunas de las - cuales señalamos en su oportunidad, han permitido que el fi - deicomiso encuentre un camino allanado en la práctica; en es - ta ley, como su autor mismo lo confesó, se dieron solo los - lineamientos mas generales para el funcionamiento de la figu - ra dejando la aclaración de todos los demás aspectos a la doc trina y a la jurisprudencia, con todo y ello, hemos encontrado en el texto de los artículos estudiados puntos de apoyo, a -- nuestro modo de ver firmes, que respaldan lo expresado respec - to a la naturaleza de la institución.

Para finalizar diremos que por lo que hace al tema del -



Último capítulo somos de la opinión de que la actual ley no es superior en técnica a la Ley General de Instituciones de Crédito y Organizaciones Auxiliares creemos que ésta última con las adaptaciones necesarias pudo haber continuado rigiendo la materia bancaria; la ley vigente nos parece hasta cierto punto incompleta, se trata, como dice el Dr. Acosta Romero de una "Ley Marco"<sup>(1)</sup> es decir una ley que se limita a dar -- las bases mas generales de funcionamiento, sin entrar en detalles en ningún tema, facultando al Ejecutivo, a través de la -- Secretaría de Hacienda y del Banco de México para que sean és -- tos quienes fijen las verdaderas reglas que se han de seguir -- en la materia, acarreado con ello que se le atribuyan a los -- funcionarios del Ejecutivo facultades de legislador a través -- de circulares y oficios; esta situación se explica si se toma -- en cuenta que esta ley lleva como intención hacer de la banca -- un instrumento del gobierno que apoye su política económica, -- lo cual no es de sorprender; muy probablemente si al próximo -- Presidente no le parecen los términos de la ley vigente pro -- mulgue otra nueva, lo cual tampoco es de sorprender.

Con relación a nuestro tema, la nueva ley no hace aportaciones; en términos generales se limita a reproducir lo estipulado por la Ley General de Instituciones de Crédito y a --- excepción del artículo 64 que trata el tema de la ejecución -- de los fideicomisos de garantía, tema que la derogada ley no -- abordaba, todo lo demás es reproducción de su antecesora ----

1.- Vid. Acosta Romero Miguel, Legislación Bancaria, Edit. --- Porrúa México, 1986, Pag. 105 y 55.

(L.G.I.C.O.A.), no confiere una sola facultad más, y sí por el contrario las quita, de modo que actualmente a las instituciones de crédito en estricto sentido ya no les es permitido realizar varias de las actividades que antes realizaban (intervenir en la emisión de toda clase de títulos de crédito, que realicen instituciones públicas o privadas o sociedades, garantizando la autenticidad de aquéllas, las firmas y la identidad de los otorgantes, encargándose de que las garantías en su caso, queden debidamente constituidas, cuidando de que la inversión de los fondos procedentes de la emisión se haga en los términos pactados, y recibiendo los pagos o las exhibiciones de los suscriptores; representar a los socios, accionistas, acreedores u obligacionistas en juntas o asambleas; desempeñar el cargo de comisario o miembros del consejo de vigilancia de sociedades; para desempeñar los cargos de executor especial, interventor, depositario judicial, representante de ausentes o ignorados, tutor o curador y patrono de instituciones de beneficencia; administrar toda clase de bienes inmuebles; emitir certificados de participación, emitir certificados de vivienda), quizá el legislador considera que dichas actividades no se realizaban en la práctica por lo que no tendría caso seguirlos conservando, o tal vez supuso que las actividades que suprimió no eran acordes con la naturaleza de los bancos.

No somos los indicados para decir si en este trabajo se han hecho aportaciones, suponerlo así de nuestra parte sería presuntuoso y muy probablemente ilusorio, sin embargo, si una

sola de las frases contenidas en este trabajo constituyera -  
una aportación, todo nuestro esfuerzo estaría más que justifica  
cado.

## BIBLIOGRAFIA

- Acosta Romero, Miguel      Derecho Bancario, Ed. Porrúa, -  
México, 1983.
- Acosta Romero, Miguel      Teoría General de Derecho Admi--  
nistrativo Ed. Porrúa, México, -  
1983.
- Acosta Romero, Miguel      Legislación Bancaria Ed. Porrúa,  
México, 1986.
- Barrera Graf, Jorge      Estudios de Derecho Mercantil, -  
Ed. Porrúa México, 1958.
- Barrera Graf, Jorge      Temas de Derecho Mercantil, Ins-  
tituto de Investigaciones Jurídicas,  
U.N.A.M., México, 1983.
- Barrera Graf, Jorge      Nueva Legislación Bancaria, Ed.-  
Porrúa, México, 1985.
- Batiza, Rodolfo      El Fideicomiso, Teoría y Prácti-  
ca, Ed. Porrúa, México, 1980.
- Batiza, Rodolfo      Principios Básicos del Fideico--  
miso y de la Administración Fidu

- ciaria. Ed. Porrúa, México, 1977
- Bauche García Diego, Mario      Operaciones Bancarias Ed. Porrúa México, 1967.
- Bravo González, Agustín      Derecho Romano, Segundo Curso, - Ed. Pax-México, Librería Carlos - Césarman, S. A., México, 1978.
- Bravo Valdéz, Beatriz
- Cervantes Ahumada, Raúl      Títulos y Operaciones de Crédito, Ed. Porrúa México, 1966.
- Cervantes Ahumada, Raúl      Apuntes de Derecho Mercantil, -- México.
- Domínguez Martínez, Jorge      El Fideicomiso ante la Teoría -- General del Negocio Jurídico Ed. Porrúa, México, 1982.
- A.
- Estudios Sobre Fideicomiso, Asociación de Banqueros de México, - México, 1980.
- El Fideicomiso en México (Conferencias) Ed. IEE, S. A. México, - 1976.

- Floris Margadant, Guillermo Derecho Romano, Ed. Esfinge, -- México, 1979.
- García Maynez, Eduardo Introducción al Estudio del Derecho, Ed. Porrúa, México, 1961.
- Hernández A., Octavio Derecho Bancario T.II, Asociación Mexicana de Investigaciones Administrativas, Ed. Jus, México, 1956.
- Krieguer Vázquez, Emilio Manual del Fideicomiso Mexicano, Banco Nacional de Obras y Servicios Públicos, Ed. Dimensión, -- México, 1976.
- Lajous, Adrian A propósito del Fideicomiso, Revista de la Facultad de Derecho de México, U.N.A.M. Tomo III, N<sup>o</sup> 11, México, 1953.
- Las Instituciones Fiduciarias y el Fideicomiso en México, Fomento Cultural de la Organización Somex, A.C. Ed. Libros de México, México, 1982.



- dio expositivo y comparativo del  
 Common Law, Fondo de Cultura Eco-  
 nómica, México, 1944.
- Rodríguez y Rodríguez  
 Joaquín.
- Derecho Mercantil Tomo II, Ed. -  
 Porrúa México, 1982.
- Sánchez Medal, Ramón.
- De los Contratos Civiles, Ed. --  
 Porrúa, México, 1986.
- Serrano Trasviña, Jorge
- Aportación al Fideicomiso, Te --  
 sis, México, 1950.
- Soto Sobreira y Silva,  
 Ignacio.
- La Nueva Ley Reglamentaria del -  
 Servicio Público de Banco y Cré-  
 dito Ed. Porrúa, México, 1985.
- Trabucchi, Alberto
- Instituciones de Derecho Civil,-  
 Trad., Esp., a la 15ªed. Ed. Re-  
 vista de Derecho Privado, Madrid-  
 1967.
- Vázquez Arminio, Rodrigo
- La naturaleza jurídica del fidei-  
 comiso mexicano y sus principa--  
 les aplicaciones prácticas, Li -  
 brería de Manuel Porrúa, México-  
 1964.



Véjar Valdés, Carlos

Reflexiones en Torno al Comité -  
Técnico o de Distribución de Fon  
dos en el Fideicomiso Mexicano,-  
Banco Obrero, México, 1981.

Ventura Silvia, Sabiño

Derecho Romano, Ed. Porrúa, 1975.