

UNIVERSIDAD NACIONAL AUTONOMA DE MEXICO

FACULTAD DE DERECHO

**NATURALEZA JURIDICA DE LAS PARTES
EN EL FIDEICOMISO**

T E S I S
QUE PARA OBTENER EL TITULO DE
LICENCIADO EN DERECHO
P R E S E N T A
MAURICIO J. QUINTANA Y ROSAS

MEXICO, D. F.

1 9 6 9



Universidad Nacional
Autónoma de México

Dirección General de Bibliotecas de la UNAM

Biblioteca Central



UNAM – Dirección General de Bibliotecas
Tesis Digitales
Restricciones de uso

DERECHOS RESERVADOS ©
PROHIBIDA SU REPRODUCCIÓN TOTAL O PARCIAL

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

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

A MIS PADRES:

**LIC. FRANCISCO QUINTANA MENDEZ
GRAZIELLA ROSAS DE QUINTANA**

A MIS HERMANOS:

**FRANCISCO JAVIER
GRAZIELLA
LUIS IGNACIO
JOSE PABLO**

A MIS PADRES:

**LIC. FRANCISCO QUINTANA MENDEZ
GRAZIELLA ROSAS DE QUINTANA**

A MIS HERMANOS:

**FRANCISCO JAVIER
GRAZIELLA
LUIS IGNACIO
JOSE PABLO**

A MI NOVIA:

GUILLERMINA PARRA ZAPATA

A MI TIA
CAROLINA QUINTANA MENDEZ.

A MIS MAESTROS

A MIS AMIGOS

AL BANCO COMERCIAL MEXICANO, S.A.

A SU DIVISION DE FIDEICOMISO

**Esta Tesis se elaboró bajo la
dirección del Sr. Lic. Don Fernando
Ojeda Martínez, a quien agradezco
su valiosa colaboración y ayuda.**

NATURALEZA JURIDICA DE LAS PARTES EN EL FIDEICOMISO

CAPITULO I.- EL FIDEICOMISO	PAG. 1
a) Antecedentes históricos	
b) Derecho comparado	
c) Antecedentes de la Ley Mexicana	
d) Su regulación en el derecho positivo mexicano	
CAPITULO II.- LAS PARTES EN LOS CONTRATOS	PAG. 44
a) Concepto de parte	
b) Concepto de tercero	
CAPITULO III.- LAS PARTES EN EL FIDEICOMISO	PAG. 61
a) ¿Quiénes son? Explicación de cada una de ellas.	
b) Derechos	
c) Obligaciones	
d) Naturaleza jurídica de las partes en el Fideicomiso	
e) Justificación en el Derecho Mexicano de que el fiduciario deba ser siempre Institución de Crédito	
CAPITULO IV.- CONCLUSIONES	PAG. 119

CAPITULO I.- EL FIDEICOMISO

- a) Antecedentes históricos**
- b) Derecho Comparado**
- c) Antecedentes de la Ley Mexicana**
- d) Su regulación en el Derecho Positivo Mexicano**

a) ANTECEDENTES HISTORICOS.

La palabra "Trust" en su origen primero fué asociada con poderosas organizaciones cuyas prácticas se dirigían a suprimir la libre concurrencia mediante el control de producción y la fijación de precios.

Nosotros vamos a usar el vocablo para referirnos a las relaciones fiduciarias, que como en el sistema anglo-americano se usa para abarcar relaciones como el depósito, la tutela, el mandato, el albaceazgo, etc. (1)

El antecedente más remoto del fideicomiso lo podemos encontrar en el Derecho Romano.

La palabra Fideicomiso proviene del latín "fideicommissum", de "fides", fe, y "commissus", encargo. El "Fideicommissum" se desarrolla en la Roma antigua como liberalidad por causa de muerte; 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).

Podemos encontrar como causas que originan esta institución del fideicomiso las siguientes:

- 1) El rígido formalismo del Derecho Romano, como consecuencia del cual

(1) BATIZA, Rodolfo.- El Fideicomiso. Teoría y Práctica. Capítulo preliminar. Pág. 20.

carecían de validez jurídica los actos que no se apegaban estrictamente a la forma o a la solemnidad requeridas por la ley;

2) La ausencia del concepto de responsabilidad civil como efecto de las obligaciones contractuales; y

3) Las múltiples limitaciones que el Derecho Romano imponía a la capacidad de ciertas personas.

El procedimiento de esta figura era sumamente sencillo: si un romano quería que heredase sus bienes una persona que no podía ser heredero por las leyes o por falta de capacidad, los cedía en su testamento a otra persona de su confianza que pudiese heredar, a quien le pedía que los usara en provecho del incapaz.

Este heredero aparente sólo estaba obligado moralmente a cumplir el encargo del testador. Pero, vistos los problemas que esto originaba, el Emperador Augusto dictó una ley para proteger al heredero incapaz y se nombró a una persona, el Pretor Fideicomisario, cuyo fin era obligar al heredero aparente a cumplir su encargo.

Surge igualmente la figura del "Pacto Fiduciae". Esta figura, a diferencia del "Fideicommissum", es un negocio entre vivos, apoyado en la confianza y celebrado en interés de una o de las dos partes que en él intervienen.

Se puede hablar de dos clases de "Pacto Fiduciae":

a) Pactum Fiduciae cum amico y

b) Pactum Fiduciae cum creditore.

El primero, o el "Pactum Fiduciae cum amico" es un negocio fiduciario en cuya virtud una persona transmite a otra, quien tiene su confianza, la propiedad de una cosa, a fin de que aquella la devuelva al transmitente o la transmita a un tercero al vencerse el término fijado o que la condición fijada se cumpla, al primer requerimiento del transmitente. Mediante este pacto, se libraba al propietario de ciertas obligaciones. El perseguido político, por ejemplo, cuando emigraba y temía que le fueran a confiscar sus bienes, los vendía al amigo, quien se obligaba a regresárselos a su propiedad en cuanto cambiara la situación política de su país.

La otra clase de pacto, el "Pactum Fiduciae cum creditore", es un negocio jurídico celebrado entre un deudor y un acreedor, en virtud del cual el deudor transfería al acreedor la propiedad de un bien que da en garantía y éste, se obligaba a retransmitírsela en cuanto fuera saldada la deuda que garantizaba.

Este pacto era utilizado por el deudor, que temeroso a las penas corporales que acarreaban el incumplimiento de sus obligaciones civiles, las garantizaba dando en propiedad sus bienes.

Un segundo antecedente lo encontramos en el Mayorazgo feudal de la Edad Media. El Mayorazgo es una institución jurídica en cuya virtud el primogénito tiene derecho de suceder en los bienes del progenitor, con la condición de heredar bajo la misma condición a su primogénito. (2)

(2) HERNANDEZ, Octavio A. - Derecho Bancario Mexicano. Pág. 234. Tomo II. México, 1956.

El Mayorazgo se halla en la Edad Media en cuyo régimen de propiedad feudal se arraiga de la siguiente forma:

- 1) en esta época, el poder real es relativo, pues tiene como contrapeso el del señor feudal que aporta al Monarca hombres y armas para hacer la guerra y que, en ocasiones, la hace por su propia cuenta;
- 2) para conservar la unidad de su señorío, el varón feudal necesita perpetuar sus propiedades en su descendencia familiar ya que la distribución equitativa de sus riquezas y posiciones entre sus hijos habría ya atomizado sus propiedades, ya aminorando su poder sobre sus vasallos y ya debilitado su situación frente al Monarca, y
- 3) para mantener intactos sus bienes se ideó el Mayorazgo, en virtud del cual el señor feudal heredaba sólo al primogénito y le imponía la obligación de hacer lo mismo con su descendencia.

Así vemos que la propiedad de los bienes transmitidos en Mayorazgo es relativa y limitada ya que el primogénito la recibe con la obligación de conservarlos y transmitirlos a la vez a su primogénito.

Otro antecedente del "Trust", y probablemente el más importante lo encontramos en el Derecho Inglés con los "uses" que consistían en una transmisión de tierras realizada por acto entre vivos o por testamento a favor de una persona que prestaba su nombre, misma que los poseía en provecho del beneficiario.⁽³⁾

(3) BATIZA, Rodolfo.- Obra citada. Pág. 25.

La palabra "use" proviene del vocablo "opus" y no como pudiera creerse de "usus". La palabra "opus" la encontramos desde tiempos remotos como equivalente a "en su representación".

Se empieza a usar el "use" con diferentes aplicaciones, ya fueran fraudulentas, lícitas que el orden jurídico no reconocía o una tercera categoría intermedia entre esas dos.

Como ejemplo de las relaciones primeramente citadas se puede contar que el marido no podía transmitir bienes a la esposa, pero se libraba de esta prohibición transmitiéndolos a una tercera persona, ajena, quien a su vez se los transmitía a los esposos, a favor de ambos para que poseyeran para sí y para sus herederos. En la segunda categoría se pueden contar las transmisiones en uso para defraudar acreedores. En la tercera categoría, o sea, una intermedia entre las fraudulentas y las lícitas que el orden jurídico no reconocía, comprendía los casos de evasión a las leyes de manos muertas que venían a hacer posible la donación de tierras a las fundaciones eclesiásticas. Tal es el caso de las órdenes franciscanas, que por su voto de pobreza no podían poseer tierras, pero sí recibir su provecho económico.

Sobre el origen del "use" o de los usos no se puede precisar a ciencia cierta. Existen varias hipótesis que le atribuyen un origen diverso:

1) Romano.- Lo que más se asemejaba al uso, expresaba Bacon en el siglo XVII, era la "fidei commissio", pero no pretendía que el uso derivara de la institución romana. En cambio, la posición prevaleciente en el siglo XIX, antes de que surgiera la moderna escuela de historiadores del derecho, según lo

hace notar Keeton, sostenía que el uso era la contrapartida del usufructo o del fideicomiso romanos. Siguiendo la convicción de Blackstone, autores como Perry en el último tercio del siglo pasado, comparten la suposición de que el antiguo fideicomiso había sido el modelo del uso. Este punto de vista, afirma Keeton, puede considerarse definitivamente superado, sobre todo a partir de las investigaciones de Maitland que han demostrado cómo el término "use" deriva, no de la expresión "ad usus", sino de "ad opus". (4)

II) Germánico.- El antecedente germánico del uso fué postulado por Holmes: el precursor del "feoffee to uses" encuéntrase en el "treuhand o salman", primitivo albacea a quien se transmitían bienes inmuebles en vida del dueño para que a su muerte cumpliera los fines previstos. También pensaba este autor que habiendo pasado a los tribunales eclesiásticos, después de la conquista normanda, la jurisdicción sobre los bienes del "decurus", el origen de los usos podía en cierto grado atribuirse a dichos tribunales. (5)

III) Aborígen.- El uso nació, para Maitland, de las reglas del "common law" relativas al mandato, habiendo sido en realidad un mandato carente de formalidades, utilizado en un principio para bienes muebles y que vino a cristalizar cuando la práctica fué extendida a los inmuebles. Holdsworth considera que el uso representaba una característica del derecho inmobiliario inglés poco después de la conquista de Guillermo, de manera que, cuando el canciller concede

(4) BATIZA, Rodolfo.- Obra citada. Pág. 27.

(5) BATIZA, Rodolfo.- Obra citada. Pág. 27.

su protección al beneficiario de un uso, se limitaba a reconocer y dar efectos a una relación antigua, común y bien extendida. A juicio de Ames, el uso fue un producto del sistema jurídico inglés, consecuencia lógica de que la "equidad actúa sobre la conciencia", y estimaba que el canciller al sancionar su exigibilidad jurídica, se guiaba en alguna forma por las antiguas acciones de "account y detinue" del "common law". (6)

IV) Indeterminado.- Las opiniones anteriores, en el sentir de Keeton, salvo en cuanto corrigen interpretaciones erróneas de hechos históricos, están un poco fuera de lugar. Por ejemplo, el derecho inglés moderno asimila en varios aspectos la posición del albacea a la del "trustee", pero sería tan falso pretender que el albaceazgo deriva del cargo de fiduciario como mantener la pretensión inversa. Para este autor, la concepción básica del uso surge en diversos sistemas jurídicos aunque la práctica pueda en ciertos detalles mostrar diferencias considerables; cuando determinadas personas se encuentran en la absoluta imposibilidad de gozar de las manifestaciones esenciales de la propiedad y otras tropiezan con dificultades o desventajas para ello, el jurista debe encontrar una solución y así como el jurista romano de tiempos de Augusto desarrolló el fideicomiso, el jurista inglés de la Edad Media desarrolló el uso y buscó un funcionario que le protegiera. Otro tratadista, Potter, estima que los esfuerzos para atribuir al uso orígenes precisos y definidos no toman en cuenta el desconocimiento prevaleciente acerca de la primitiva jurisdicción del canciller, y que el acto

(6) BATIZA, Rodolfo.- Obra citada. Pág. 28.

de entregar bienes a una persona para que los emplee en beneficio de otra es inherente a la naturaleza humana, pudiendo observarse a diario, aún entre niños, inocentes de toda concepción jurídica. (7)

Visto esto, se puede hablar de cuatro períodos desde la primera aplicación de los usos hasta la aparición del "trust" o fideicomiso en el Derecho Anglo-americano.

Al primer período que se puede hacer mención lleva desde la aparición de los usos hasta principios del siglo XV.

Los usos, parece ser, empezaron a aparecer en Inglaterra en el siglo XIII, como resultado de que los frailes y las órdenes religiosas, en especial la de los franciscanos, no podían poseer tierras ya fuera en lo individual, ya comunalmente.

Durante este período, los usos consistían en obligaciones de carácter moral cuyo cumplimiento quedaba a la buena fe del presta-nombre. El beneficiario carecía de derechos protegidos por el derecho positivo a cambio de lo cual estaba libre de los tributos que pesaban sobre la propiedad.

Los tribunales permanecían al margen de estas relaciones, pero el Parlamento, por el contrario, se vio en la necesidad de legislar para impedir que los usos sirvieran para fines contrarios al orden público. Así, en 1376 dicta una ley en la que prohíbe las transmisiones en fraude de acreedores; al año siguiente, en

(7) BATIZA, Rodolfo.- Obra citada. Pág. 28.

1377 promulga otra ley en la que se sancionaba con nulidad los actos en que el despojante de tierras transfería los Lords u otros magnates para su propio uso, imposibilitando así la restitución al verdadero dueño.

Una segunda etapa corre de principios del siglo XV a la promulgación de la Ley de los Usos.

En esta época, empiezan a llegar a la Cancillería y al Consejo del Rey varias quejas contra prestanombres infieles que, como no implicaban incumplimiento o violación a obligaciones jurídicas, los tribunales del "common law" no tenían conocimiento de ellas y es cuando el Canciller, alto dignatario eclesiástico, interviene con un deseo de hacer justicia para obligar a los prestanombres a la observancia de sus obligaciones morales. Si los jueces del "common law", señala Scott, hubieran ejercido la jurisdicción sobre los usos en lugar de los cancilleres, quizá los habrían asimilado a pactos o condiciones declarando inválidos como contrarios al espíritu de la ley, muchos de sus propósitos, pero por fortuna, durante esa crítica etapa de su desarrollo, los usos fueron de la exclusiva competencia de la equidad y vistos con actitud liberal. (8)

Aunque los usos eran tratados como "derechos de equidad", no se aplicaba de manera sistemática el principio de que "la equidad sigue al derecho", sino que por lo contrario tendían a eludir la aplicación de las normas del "common law".

(8) SCOTT. Autor citado por Rodolfo Batiza. Obra citada. Pág. 31.

La tercera época de las que venimos haciendo referencia, la encontramos de 1535 a finales del siglo XVIII.

Durante esta época se suscitaron fuertes oposiciones contra los usos porque las ventajas que podían tener para unos, se tornaban en desventajas para otros. Así, por ejemplo, para el primogénito a quien se desheredaba para favorecer a hermanos menores; para el señor a quien se privaba de sus derechos feudales, etc. , hasta que Enrique VIII instigara la supresión de los usos, lo cual viene a culminar en la promulgación de la "Ley de Usos" en 1535.

Holdsworth señala que esta ley representa la contribución más trascendental realizada por el legislador al derecho privado inglés. ⁽⁹⁾

Esta ley no decretó la ilegalidad de los usos ni privó al "cestui que use" (beneficiario) de su derecho de equidad, sino que adjudicó a su favor el título legal del bien puesto en uso.

Más adelante, con Carlos I se notó que la Ley de Usos no comprendía ciertas situaciones por el nuevo estímulo que este Emperador y sus súbditos provocaron a los usos. A pesar de esta ley era posible la separación entre el derecho legal y el derecho del beneficiario y los jueces del "common law" y los cancilleres coincidían en que la aplicación de la misma no debería extenderse más allá de su texto literal.

La cuarta y última etapa la situamos en el período que va de fines del si-

(9)

HOLDSWORTH.- Autor citado por Rodolfo Batiza. El Fideicomiso. Teoría y Práctica. Pág. 33.

glo XVIII a la época contemporánea.

La Ley de Usos, como vimos antes, no correspondió a las necesidades de aquel tiempo ya que a los pocos años de promulgada se sostuvo que era inaplicable a los usos "activos". Cuando el "feoffee" (prestanombre) tenía instrucciones de permitir al "cestui que use" (beneficiario) el cobro de frutos y rentas, caso del uso "pasivo), sí quedaba ejecutado; pero cuando correspondía al "feoffee" la obligación de hacer los cobros y entregar los productos de la cosa al "cestui", resolvíase que el título legal subsistía en aquél. (10)

Así como éste y otros muchos casos que la Ley de Usos no regulaba, dieron lugar a que el Canciller viniera a dar efectos jurídicos a negocios semejantes a los usos, conocidos por el nombre de "trusts".

Considera Scott que la antigua filosofía de los usos desarrollada por los cancilleres vino a dar paso a otra nueva filosofía del "trust" basada sobre concepciones más claras del orden público y de la naturaleza y los fines del derecho y es hasta Lord Nottingham quien partiendo de principios simples y de cierta colaboración del legislador se construyó un sistema jurídico uniforme, racional y noble.

(10) SCOTT.- Autor citado por Rodolfo Batiza. Pág. 35.

b) DERECHO COMPARADO.

Conviene hacer, antes de entrar al estudio comparativo que nos hemos propuesto entre el "trust" y el fideicomiso, un estudio analítico del primero e igualmente hacer mención a las teorías de Lepaulle y de Franceschelli.

Estudio Analítico del Trust.

No ha podido elaborarse a pesar de su antigüedad una definición de "trust" que satisfaga en forma unánime aún cuando se han hecho muchos esfuerzos para encerrar este concepto dentro de límites precisos. (11)

Una de las primeras definiciones que, según se ha afirmado, sigue gozando de autoridad, es la propuesta por Coke, para quien el Trust de tierras consistía en "la confianza depositada en otro, que no emana de la tierra sino como una cosa accesoria ligada por un vínculo privativo de derecho sobre ella existente, y a la persona en posesión, por la cual el beneficiario no dispone de otra vía que la orden de comparecencia ante la cancillería. (12)

Podríamos hacer una lista interminable de definiciones que se han dado del trust, pero nos serviría de muy poco o de nada, por lo que sólo transcribiré unas cuantas definiciones de autores conocidos, para darnos cuenta de la naturaleza del trust.

Para Stair, es una obligación sobre una persona, nacida de la confianza depositada en ella, para aplicar bienes fielmente y de acuerdo con la confianza.

(11) BATIZA, Rodolfo.- El Fideicomiso. Teoría y Práctica. Pág. 38. 1958.

(12) KEETON.- Citado por Rodolfo Batiza. Obra citada. Pág. 38. 1958.

Underhill opina que es una obligación de equidad que obliga a una persona llamada "trustee" a manejar bienes sobre los que tiene el control, que se llaman "trust property" (bienes en trust) para beneficio de personas llamadas "cestui que trust" de los que puede formar parte, cualquiera de los cuales puede hacer efectiva la obligación.

Smith: Es un deber estimado en equidad que descansa en la conciencia de un propietario legal ("legal owner").

Spence: Es un interés beneficiario, es decir, una propiedad beneficiaria sobre bienes muebles e inmuebles, indiferentes a su posesión o propiedad legal.

Ahora bien, la definición que a mi parecer es la más acertada es la de Walter G. Hart (13), que reza en la siguiente forma: "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 cuidado y control para beneficio de ciertas personas que indistintamente pueden exigir la obligación".

Las notas fundamentales de esta definición son:

- a) Una obligación que puede ser impuesta expresamente o por implicación de la ley.
- b) La restricción de la obligación al manejo de bienes sobre los cuales el obligado tiene control.
- c) La separación entre el control de los bienes y la integridad del de-

(13) HART, Walter G.- Citado por Rodolfo Batiza. Obra citada. Pág. 41.

recho del beneficiario sobre éstos en el concepto de que el obligado puede ser una de las personas que gocen de tal derecho.

- d) La capacidad de cualquiera de las personas interesadas beneficiariamente para exigir la obligación.

Teorías de Lepaulle y Franceschelli.

Hacia el año de 1932 es cuando por primera vez se ensaya, aunque tardíamente y no con una absoluta fidelidad, la interpretación sistemática del trust con vistas a explicarlo al público jurídico no sajón. Es Pierre Lepaulle quien con su tratado, obra extensa y bien documentada enfoca el problema desde un punto de vista distinto al de los anglosajones, y de mejor comprensión para nosotros. Poco después se publica la obra de otro autor latino, al igual que Lepaulle, italiano de nacimiento: Franceschelli, de gran vigor, metódico y de mayor autenticidad interpretativa. (14)

Explicando la naturaleza del trust, nos dice Lepaulle, se han propuesto dos teorías que son radicalmente opuestas entre sí y tienen en común la característica de reducir el problema a la determinación de la naturaleza de los derechos del beneficiario. (15)

En la primera posición, el trust consistiría en un derecho personal del "cestui que trust" frente al "trustee". El "cestui" es acreedor del "trustee", que se-

(14) BATIZA, Rodolfo.- Obra citada. Pág. 80.

(15) BATIZA, Rodolfo.- Obra citada. Pág. 81.

rta el único propietario y actúa frente a los terceros; adquiere derechos, está sujeto a obligaciones y administra los bienes. El beneficiario tiene frente al "trustee", en último análisis, un derecho de crédito conforme al acto constitutivo del trust.

Para Lepaulle, 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 que es libre dentro de los límites de las leyes en vigor y del orden público. (16)

Para Franceschelli, los bienes del trust forman una unidad, pero ésta no se deriva de su destino o afectación a un fin. Tampoco son independientes de todo sujeto, o sea que no forman parte del patrimonio de ninguno, puesto que todo patrimonio debe pertenecer a alguna persona. Las facultades de disposición y administración del "trustee", están vaciadas de todo contenido económico, se encuentran, jurídicamente hablando, dentro de su patrimonio y como tales derechos, puede hacerlos valer.

Ahora bien, visto esto, toca hacer una comparación propiamente dicha entre el trust y el fideicomiso en nuestro derecho.

De la misma manera que en el trust, por regla general, las partes integrantes de la relación son tres: "settlor", "trustee" y "cestui que trust" o beneficiario, así también en el fideicomiso intervienen el fideicomitente, el fidu-

(16) LEPAULLE, Pierre.- Citado por Lizardi Albarrán. Pág. 64.

ciario y el fideicomisario o beneficiario. Observa Bogert que es habitual pensar acerca de las personas involucradas en el trust como si fueran tres; pero considerando que el "settlor", puede declararse "trustee" a sí mismo, "settlor" y "trustee" son una y la misma persona.

Con referencia a nuestro derecho, desde la primera tentativa de adopción del trust representada por el proyecto Limantour, se ha exigido que el fiduciario sea persona moral. Tanto los proyectos de Creel y Vera Estañol, como las diversas leyes que han estado en vigor, han impuesto el requisito de que el fiduciario sea una institución bancaria autorizada especialmente al efecto.

Prescribe la ley (art. 350) que sólo pueden ser fiduciarias las instituciones expresamente autorizadas para ello conforme a la Ley General de Instituciones de Crédito (aludiendo a la de 1932); derogada ésta, la vigente dispone que para dedicarse al ejercicio de la banca y del crédito se requerirá concesión del Gobierno Federal que compete otorgar discrecionalmente a la Secretaría de Hacienda, oyendo la opinión de la Comisión Nacional Bancaria y del Banco de México, S.A.

En el derecho angloamericano, las formas más usuales que se emplean para la creación del trust consisten en la transferencia de bienes por acto entre vivos o por disposición testamentaria. Se reconocen otras formas ya que es posible constituir un trust sin necesidad de hacer una transmisión de bienes, cuando el "settler", por declaración manifiesta que, como "trustee", retendrá en adelante ciertos bienes en beneficio de un tercero. Esta forma requiere nada más la

expresión o manifestación de voluntad y, en caso de tratarse de bienes inmuebles, la Ley de Fraudes exige que conste por escrito.

En nuestro derecho, la ley sustantiva en vigor dispone que el fideicomiso puede ser constituido por acto entre vivos o por testamento. (art. 352).

Los requisitos de existencia en el derecho angloamericano parten del supuesto necesario de que la persona que constituye un trust goza de plena capacidad jurídica. Conforme a nuestro derecho, ya sea que el fideicomiso se otorgue en un testamento o por acto entre vivos, la capacidad es requisito esencial; el consentimiento solo puede prestarse por una persona capaz.

Por cuanto al objeto, tanto en el derecho anglosajón como en el nuestro, constituye un requisito sin el cual no se podría realizar ninguna de estas operaciones.

Según el derecho angloamericano, la intención del "settlor" debe manifestarse en forma apropiada. En ausencia de reglas legales al respecto, ello puede serlo no sólo mediante expresiones verbales o por escrito sino, también, por actos de conducta.

Por lo que se refiere a nuestro derecho, la ley vigente, prescribe que la constitución del fideicomiso deberá siempre constar por escrito y ajustarse a los términos de la legislación común sobre transmisión de los derechos o de las cosas que se den en fideicomiso. Por cuanto al fideicomiso testamentario, deberá otorgarse con las formalidades que le son características, según se trate de testamento ordinario o especial.

Señala Scott que la extensión de las obligaciones y facultades del "trustee" depende principalmente de los términos del trust. En casos de falta de disposiciones expresa o implícita, las obligaciones y facultades del "trustee" se determinan por los principios y reglas que los tribunales de equidad han elaborado para gobierno de su conducta. (17)

Refiriéndonos a nuestro derecho, ni la legislación ni los proyectos que precedieron a las leyes vigentes, prescribían reglas de conducta para el fiduciario. El principio que en la ley sustantiva actual preside su actividad, es de que debe realizar el fin lícito que le ha sido encomendado en virtud del fideicomiso (art. 346); para ello, cumplirá el fideicomiso conforme al acto constitutivo y deberá actuar siempre como un buen padre de familia.

Con respecto a la aceptación del fideicomiso, nuestro derecho señala que esa aceptación por parte de la fiduciaria, es obligatoria y que sólo puede excusarse del desempeño de su cargo por causa grave que calificará el juez civil.

La Declaración de Principios norteamericana confirma enfáticamente que las instituciones del trust no se hallan bajo ninguna obligación legal o moral de aceptar todos los negocios que se les ofrezcan. En varios estados de la Unión, la ley establece que dichas instituciones no pueden ser obligatorias a aceptar trusts. Aún a falta de ley, la legislación general, les otorga el derecho de rechazarlos. (18)

(17) SCOTT.- Autor citado por Rodolfo Batiza. Pág. 201.

(18) SCOTT.- Citado por Rodolfo Batiza. Pág. 203.

En nuestra legislación especial faltan normas concretas que regulen la conducta del fiduciario por lo que se refiere a su obligación de conservar los bienes. Tal situación obliga a recurrir a la legislación mercantil general y al derecho común, que proporcionan algunas reglas que son de aplicación supletoria. Es así como tratándose de las obligaciones del depositario, el Código Civil establece que en la conservación del depósito responderá de los menoscabos, daños y perjuicios que las cosas depositadas sufrieron por su malicia o negligencia. (art. 2522 II párrafo).

En Inglaterra no tiene el "trustee" derecho a compensación alguna por sus servicios, a menos que otra cosa se disponga en el instrumento del trust. Las instituciones inglesas especializadas, siguen la práctica de publicar un arancel que, generalmente, señala cuatro conceptos para cuantificar honorarios: aceptación del trust; extinción; ingresos percibidos y manejo de inversiones. (19)

En los Estados Unidos, la regla es opuesta, pues el "trustee", ya sea físico o institucional, tiene derecho a retribución por sus servicios, aún cuando nada se haya expresado en el instrumento de trust.

En México, la Ley Bancaria establece en el art. 45 bis., introducido por decreto de 29 de diciembre de 1956, que el Banco de México estará facultado para fijar el máximo de las percepciones que las instituciones reciban como fiduciarias, comisionistas, mandatarias, así como el de los intereses y otros cargos

(19) SCOTT.- Citado por Rodolfo Batiza. Pág. 271.

en las operaciones de crédito a que se refiere el segundo párrafo de la fracción VI del art. 45.

Conforme al derecho angloamericano, extinguido un trust, por haberse cumplido su fin, surge un trust resultante a favor del "settlor".

En Mexico, la ley sustantiva en vigor, establece que extinguido el fideicomiso, los bienes a él destinados que queden en poder de la institución fiduciaria serán devueltos por ella al fideicomitente o a sus herederos. (20)

Es así, con todas estas observaciones que se aprecia una gran analogía existente entre las dos instituciones y el porqué se considera al trust anglo-americano como el antecedente próximo anterior del fideicomiso.

(20) BATIZA, Rodolfo.- El Fideicomiso. Teoría y Práctica. Pág. 271.

c) ANTECEDENTES DE LA LEY MEXICANA.

Al iniciarse el presente siglo, con una anticipación de alrededor de veinticinco años a la adopción legislativa en México del fideicomiso, habíase utilizado para nuestro país una variedad del "trust" de importancia reconocida en el desarrollo económico de los Estados Unidos, o sea, como instrumento de garantía en emisiones de bonos destinados a financiar la construcción de ferrocarriles. El entonces vigente Código de 1884, y la ley sobre Ferrocarriles de 29 de abril de 1899, permitieron que el "trust deed", aún cuando otorgado en el extranjero, pudiera surtir efectos jurídicos conforme a las leyes mexicanas. Considerábase que esta variedad del "trust", descompuesta en sus varios elementos, correspondía a los contratos de préstamo, mandato e hipoteca. (21)

El primer paso que se da para tratar de regular en nuestro país el fideicomiso es en 1905. En efecto, el 21 de noviembre de 1905 el entonces Secretario de Hacienda, Sr. José Y. Limantour, envió a la Cámara de Diputados del Congreso de la Unión una "Iniciativa que faculta al Ejecutivo para que expida la ley por cuya virtud puedan constituirse en la República, Instituciones Comerciales encargadas de desempeñar las funciones de agentes fideicomisarios", iniciativa que se conoció por el nombre de "PROYECTO LIMANTOUR".

En este proyecto que venía precedido de una especie de Exposición de Motivos se decía que la función genuina de estas instituciones era siempre la de

(21) VELASCO, Emilio. "Los instrumentos de trust y los Ferrocarriles Nacionales". Revista General de Derecho y Jurisprudencia. México 1932, Tomo III.

interponer su mediación para asegurar el cumplimiento futuro, de buena fe, en condiciones eficaces y en términos convenientes, de las obligaciones creadas al amparo de un contrato o de un acto. Esta función se podía desempeñar por individuos particulares, pero para respecto de ellos lo que acontece respecto de la función de crédito, que aún cuando pueda ser desempeñada por individuos particulares, desde el momento en que se trata de organizar instituciones especiales que sirvan de intermediarios, se hace necesaria una reglamentación especial cuyo fin es la garantía y protección de los intereses confiados a esas instituciones.

Concluya esta introducción diciendo que la ley que se trata de expedir consignará los principios fundamentales del fideicomiso en su más amplia aceptación, pero respetando los principios de derecho público tendientes a impedir el estancamiento de la riqueza general, que es el único peligro que puede tener el fideicomiso en algunas de sus aplicaciones.

Este proyecto constaba de 8 artículos y disponía que el fideicomiso para el cual se autorizará la creación de dichas instituciones podrá consistir:

Art. 1o. En el encargo hecho al fideicomisario, por virtud de contrato entre dos o más personas, de ejecutar cualesquiera actos, operaciones o contratos lícitos respecto de bienes determinados, para beneficio de alguna o de todas las partes en ese contrato, o de un tercero, o para hacer efectivos los derechos o cumplir las obligaciones creadas expresamente en el contrato o que

sean consecuencia legal del mismo.

- Art. 2o. En el encargo hecho al fideicomisario, por parte interesada o mandamiento judicial, de ejecutar cualesquiera actos, operaciones o contratos lícitos respecto de bienes determinados, en beneficio de un tercero que tenga o a quien se confiera derecho a una parte o a la totalidad de dichos bienes o de sus productos, o a cualquier ventaja o aprovechamiento sobre dichos bienes o en relación con ellos.
- Art. 3o. El fideicomiso importará un derecho real respecto de los bienes sobre los que se constituya. La ley definirá la naturaleza y efectos de ese derecho y los requisitos para hacerlo valer.
- Art. 4o. Para que una institución fideicomisaria pueda considerarse legalmente constituida, deberá llenar previamente los requisitos que señala 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 todos aquellos actos u operaciones que no sean legalmente incompatibles con sus funciones fundamentales.
- Art. 6o. La ley fijará los términos en que las compañías fideicomisarias deban garantizar el fiel cumplimiento de sus obligaciones, así como los principios conforme a los cuales habrán de ser inspec-

cionadas por la Secretaría de Hacienda, para asegurar los intereses del público.

Art. 7o. Podrán concederse exenciones y privilegios especiales en materia de impuestos a las compañías o instituciones fideicomisarias y a las operaciones que éstas 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 estén autorizadas a ejecutar.

Este proyecto, aunque se dió cuenta en la sesión en la Cámara de Diputados el mismo día en que fué enviado, nunca llegó a discutirse. Las Comisiones unidas primera de Justicia y segunda de Hacienda no parecen haber cumplido con su encargo y los acontecimientos de años posteriores, que reservaban el tremendo sacudimiento de la Revolución influyeron para que el Proyecto quedara en el olvido.(22)

El Lic. Trinidad García expresó asimismo que el proyecto no llegó a discutirse por la oposición con que amenazó el Lic. Rosendo Pineda, aduciendo que reviviría los problemas de las sustituciones fideicomisarias, argumento in-

(22) BATIZA, Rodolfo.- Obra citada. Pág. 97.

fundado que de antemano estaba contestado en la Exposición de Motivos.

Transcurrida la agitada época revolucionaria, el Sr. Enrique C. Creel en la Convención Bancaria celebrada en febrero de 1924, revive el movimiento iniciado por el Proyecto Limantour algo más de dieciocho años antes. En este proyecto se expuso que en la República se había iniciado la creación de compañías bancarias de fideicomiso y ahorro y que como creador del proyecto dió algunos informes de cómo funcionan estas compañías en los Estados Unidos, más que con base en la ley, con base en el procedimiento que siguen en la práctica esas instituciones (Trust and Saving Banks). Indicó que la principal de las operaciones consiste en la aceptación de hipotecas, y más que de hipotecas, de contratos de fideicomiso de toda clase de propiedades, bonos de compañías, etc., y que otras operaciones consisten en recibir en fideicomiso los bienes de las viudas, de los huérfanos y niños y que es así como los bienes muebles e inmuebles, quedan asegurados y administrados por una institución de crédito y prestigio. (23)

En el Proyecto Creel se proponían diez y siete bases conforme a las cuales el Ejecutivo de la Unión pudiera expedir la ley general, a saber:

Las compañías bancarias de fideicomiso y ahorro contarían con un capital de \$500,000 en el Distrito Federal y de \$250,000 en los Estados y Territorios (base 1); dichas compañías podían: recibir hipotecas en garantía de los bo-

(23) CONVENCION BANCARIA DE 1924.- Publicaciones de la Secretaría de Hacienda y Crédito Público. Editorial Cultura, México, 1924, pp. 135 y sigs.

nos 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 ahorros (base XII y XIII). Concedíanse a las compañías durante un lapso de veinticinco años las franquicias fiscales señaladas en la Ley de Instituciones de Crédito de 1897 (base XVII).

Se puede señalar que el Proyecto pecaba de heterogeneidad en cuanto a las funciones que encomendaba a las compañías bancarias de fideicomiso y ahorro y aunque jamás fue sancionado como ley no se hizo un esfuerzo inútil sino que sentó precedente y algunas de sus disposiciones influyeron en la legislación posterior.

Un antecedente más que podemos señalar es el de la Ley de Instituciones de Crédito y Establecimientos Bancarios de 1924. Esta ley ha sido fechada el 24 de diciembre de 1924 y publicada en el Diario Oficial el 16 de enero de 1925.

Esta ley disponía en su artículo 5o. que las instituciones que reglamentaba tenían en común la función de facilitar el uso del crédito, diferenciándose entre sí por la naturaleza de los títulos especiales que ponen en circulación o por la naturaleza de los servicios que prestan al público. En su artículo 6o. frac. VII quedaban comprendidos los bancos de fideicomiso; en su artículo 7o. los sometía a un régimen de "concesión estatal".

Decía, igualmente, que estos bancos debían contar con un capital mínimo de \$1,000,000.00 en el Distrito Federal y de \$500,000.00 en los Estados y Territorios Federales; que las concesiones tenían una duración máxima de treinta años a partir de la fecha de la ley; que su carácter era el de meras autorizaciones para establecer y explotar instituciones de crédito. Las funciones de estos bancos de fideicomiso consistían en que servían los intereses del público de diferentes formas y, principalmente, administrando los capitales que se les confiaban. En el artículo 74 de esta Ley General de Instituciones de Crédito y Establecimientos Bancarios se decía que los bancos de fideicomiso se regirían por la ley especial que había de expedirse.

Toca analizar ahora el Proyecto Vera Estañol, probablemente el antecedente más importante en materia de leyes sobre fideicomiso en nuestro país.

El Lic. Jorge Vera Estañol preparó un proyecto de Ley de Compañías Fi-

deicomisarias y de Ahorro que, aunque presentado en la Secretaría de Hacienda en marzo de 1926, estaba redactado con muchos años de anterioridad.

El Capítulo II de este Proyecto se refería a las "operaciones fideicomisarias" que consistían: I.- en el encargo que por virtud de un contrato hicieran dos o más personas a la compañía, de ejecutar cualesquiera actos, operaciones o contratos lícitos, respecto de bienes determinados para el beneficio de alguno de los contratantes o de todos ellos, o en el de hacer efectivos los derechos o cumplir las obligaciones creadas en dicho contrato o que sean consecuencia legal del mismo; II.- en el encargo que, ya fuera por parte interesada o por mandato judicial, se hiciera a la compañía 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 aquellos bienes o de sus productos, o a cualquier otra ventaja o aprovechamiento sobre dichos bienes o en relación con ellos. (25)

Encontramos ya al Fideicomiso un poco más depurado y acorde al estipulado en la Ley de Títulos y Operaciones de Crédito, aunque todavía está en los principios de su desarrollo.

Siguiendo el orden cronológico que nos hemos trazado nos encontramos con la Ley de Bancos de Fideicomiso de 1926, emitida un año y medio después de promulgada la Ley General de Instituciones de Crédito y Establecimientos

(25) BATIZA, Rodolfo.- El Fideicomiso. Teoría y Práctica. Capítulo II. Pág. 99.

Bancarios de 1924. Constaba de 5 capítulos y ochenta y seis artículos. Esos capítulos eran: objeto y constitución de los bancos de fideicomiso, operaciones de fideicomiso; departamento de ahorros; operaciones bancarias de depósito y descuento; y disposiciones generales.

El objeto principal de los bancos de Fideicomiso era la celebración de las operaciones por cuenta ajena en favor de un tercero, autorizadas por la ley cuya ejecución se confiaba a su honradez y buena fe; el establecimiento de departamento de ahorros y la práctica de las operaciones de la banca de depósito y descuento, con ciertas limitaciones.

Señalaba la ley que el Fideicomiso 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 o beneficiario.

Esta ley es criticable porque la concepción del fideicomiso como mandato irrevocable es errónea, dado que ambas figuras jurídicas son diferentes y no son identificables entre sí, además porque la ley considera como fideicomisos todas las operaciones que un banco de fideicomiso puede realizar, desde la ejecución de contratos condicionales, hasta la emisión de títulos con garantía, cuya naturaleza es distinta a la de las operaciones fiduciarias.

La Ley General de Instituciones de Crédito y Establecimientos Bancarios de 1926, abrogó a la Ley de Bancos de Fideicomiso y se limitó a incorporar como

parte de su texto el articulado íntegro de ésta.

Por último, y ya que la Ley General de Títulos y Operaciones de Crédito de 1932 y la de Instituciones de Crédito y Organizaciones Auxiliares de 1941, las estudiaremos en el inciso siguiente, analizaremos la Ley General de Instituciones de Crédito de 1932.

Apareció publicada esta ley el 29 de junio de 1932 y definía a las instituciones de crédito como: "las Sociedades Mexicanas que tuvieran por objeto exclusivo la práctica de operaciones activas de crédito y la celebración de ciertas operaciones entre las cuales se contaba la de actuar como fiduciarias (art. 1o. frac. II, inciso 8)", imponiéndoles (a las fiduciarias) un capital mínimo de \$200,000.00 en la capital y \$100,000.00 en cualquier otro lugar del país. Prohibía que las sucursales de bancos o de instituciones de crédito del extranjero actuaran como fiduciarias (art. 5o.).

parte de su texto el articulado íntegro de ésta.

Por último, y ya que la Ley General de Títulos y Operaciones de Crédito de 1932 y la de Instituciones de Crédito y Organizaciones Auxiliares de 1941, las estudiaremos en el inciso siguiente, analizaremos la Ley General de Instituciones de Crédito de 1932.

Apareció publicada esta ley el 29 de junio de 1932 y definía a las instituciones de crédito como: "las Sociedades Mexicanas que tuvieran por objeto exclusivo la práctica de operaciones activas de crédito y la celebración de ciertas operaciones entre las cuales se contaba la de actuar como fiduciarias (art. 1o. frac. II, inciso 8)", imponiéndoles (a las fiduciarias) un capital mínimo de \$200,000.00 en la capital y \$100,000.00 en cualquier otro lugar del país. Prohibía que las sucursales de bancos o de instituciones de crédito del extranjero actuaran como fiduciarias (art. 5o.).

d) SU REGULACION EN EL DERECHO POSITIVO MEXICANO.

Toca ahora analizar la regulación del fideicomiso en el derecho positivo mexicano como último inciso del Capítulo I; análisis que vamos a hacer refiriéndonos a la Ley de Títulos y Operaciones de Crédito y a la Ley General de Instituciones de Crédito y Organizaciones Auxiliares.

Hay que señalar que la concepción que dentro del actual régimen legal Mexicano se tiene del fideicomiso, es que constituye una institución sui-generis y no derivada directamente del trust anglosajón. En efecto, el Lic. Rodolfo Batiza en un estudio titulado "Realidades del Fideicomiso en México", estudio publicado en la Revista Bancaria de la Asociación de Banqueros de México, vol. III, pág. 262 de 1965, expresa: "De los catorce preceptos que en nuestro derecho vigente reglamentan la institución sustantiva (346 a 359 L.T.O.C.), no hay uno solo que en forma directa se inspire en principios o doctrinas anglosajonas. El artículo 346 que consagra el concepto de fideicomiso, sigue en lo esencial la idea de una "afectación" patrimonial a un fin preconizado por el Dr. Pierre Lepaulle.

Las disposiciones restantes, sufren otra clase de influencias como la del jurista panameño Ricardo J. Alfaro, la de nuestras leyes anteriores como las de 1926 y el influjo del Proyecto de Vera Estañol, al que hicimos mención en el inciso anterior, presentado ante la Secretaría de Hacienda en marzo de 1926".

Ahora bien, el artículo 346 de la L.T.O.C. dispone que "en virtud del fideicomiso, el fideicomitente destina ciertos bienes a un fin lícito determinado,

encomendando la realización de ese fin a una institución fiduciaria; "de acuerdo con este artículo observamos los siguientes elementos:

- a) Personales
- b) Objetivos y
- c) Formales.

Hablaremos ahora de los elementos personales. Son elementos personales:

- I.- Fideicomitente
- II.- Fiduciario y
- III.- Fideicomisario.

El fideicomitente es la persona que crea el fideicomiso, la que destina bienes o derechos a un fin lícito.

Sólo pueden ser fideicomitentes: a) las personas físicas o jurídicas que tengan la capacidad necesaria para hacer la afectación de bienes que el fideicomiso implica; b) 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. (Art. 349 L.T.O.C.).

El fideicomitente, al crear el fideicomiso, pierde gran parte de sus derechos que originalmente tiene sobre el objeto, pero es posible que guarde para sí ciertos derechos, tales como:

- 1.- Reservar para sí, para el fideicomisario o para un tercero, según

- su voluntad, derechos sobre el objeto del fideicomiso. (Art. 351 L.T.O.C.).
- 2.- Los que para él se deriven del propio fideicomiso. (Art. 351 L.T.O.C.).
 - 3.- Cláusula de revocación. (Art. 357 fracc. VI L.T.O.C.).
 - 4.- Pedir la remoción de la institución fiduciaria. (Art. 138, párrafo 2o. LICOA).
 - 5.- Nombrar nueva fiduciaria en los casos de renuncia o remoción de la misma. (Art. 350 L.T.O.C.).
 - 6.- Obtener la devolución de los bienes objeto del fideicomiso al extinguirse éste. (Art. 358 L.T.O.C.).
 - 7.- Obtener los beneficios del fideicomiso si se designó a sí mismo como fideicomisario.
 - 8.- Exigir rendición de cuentas a la fiduciaria. (Art. 138 LICOA).
 - 9.- Ejercitar acción de responsabilidad contra la fiduciaria. (Art. 138 LICOA).
 - 10.- Designar un comité técnico para la distribución de los fondos del fideicomiso. (Art. 45, frac. IV, párrafo 3o. LICOA).
 - 11.- Los demás que expresamente se quiera reservar y no sean incompatibles con el mínimo de derechos que corresponden al fideicomisario y a la institución fiduciaria.

Sus obligaciones gravitan correlativamente a los derechos que hacia él tie-

ne la fiduciaria:

El otro elemento personal es el fiduciario. Este es toda institución de crédito legalmente autorizada para practicar operaciones fiduciarias, titular de los derechos sobre el objeto del fideicomiso durante la vigencia de éste. (26)

Sólo pueden ser fiduciarias las instituciones expresamente autorizadas para ello conforme a la Ley General de Instituciones de Crédito (art. 350 L.T.O.C.).

Esta exigencia legal de que sólo instituciones de crédito pueden ser fiduciarias, tiene, entre otras ventajas, las siguientes:

- 1.- Asegurar que sea una institución de reconocida solvencia;
- 2.- Asegurar la permanencia y la continuidad de la labor de la fiduciaria, ya que las corporaciones tienen, prácticamente, vida limitada;
- 3.- Asegurar que el trabajo de la fiduciaria sea realizado por instituciones técnicamente especializadas; y
- 4.- Asegurar el control y vigilancia de la institución por parte de la Comisión Nacional Bancaria que controla y vigila a las instituciones de crédito.

La designación de la institución fiduciaria, al constituirse el fideicomiso, deberá ser hecha por el fideicomitente, o en su defecto por el fideicomisario, o en su defecto por el Juez de primera instancia del lugar en que estuvieren ubicados los bienes, de entre las expresamente autorizadas conforme a la ley. (Art. 350, párrafo 2o., L.T.O.C.).

(26) HERNANDEZ, Octavio A.- Derecho Bancario Mexicano. Tomo II. Pág. 254. México, 1956.

En caso de que el fideicomiso se constituyera sobre bienes inmateriales, será Juez competente para hacer la designación de la fiduciaria, el del lugar de ejecución del fideicomiso.

El fideicomitente podrá designar varias instituciones fiduciarias para que conjunta o sucesivamente desempeñen el fideicomiso, estableciendo, en esta segunda hipótesis, el orden y las condiciones en las que hayan de substituirse. Salvo lo dispuesto en el acto constitutivo del fideicomiso, cuando la institución fiduciaria no acepte, o por renuncia o remoción use en el desempeño de su cargo, deberá nombrarse otra que la substituya, pero si no fuere posible esta substitución, cesará el fideicomiso. (Art. 350 L.T.O.C.).

La aceptación del cargo no es obligatoria y puede declinarlo con o sin expresión de causa, pero una vez aceptado sólo podrá excusarse o renunciar a su encargo por causas graves a juicio de un juez de primera instancia del lugar de su domicilio (Art. 356 L.T.O.C.); si las personas obligadas a hacerlo, no le cubren compensaciones estipuladas a su favor y el patrimonio del fideicomiso no rinde los productos suficientes para cubrirlas o que el fideicomisario no pueda recibir o se niegue a recibir las prestaciones o los bienes objeto del Fideicomiso.

La remoción de la institución fiduciaria procede cuando al ser requerida no rinda cuentas de su gestión dentro del plazo de quince días o cuando sea declarada por sentencia ejecutoria, culpable de las pérdidas o de los menoscabos que sufran los bienes dados en fideicomiso.

La institución fiduciaria responde, entre otras responsabilidades, directa o ilimitadamente de los actos de sus funcionarios por cuyo conducto desempeñe su cometido y ejercite sus funciones, sin perjuicio de las responsabilidades civiles o penales en las que tales funcionarios incurran (Art. 45, fracción IV, LICOA). Responde civilmente con su capital, reservas y beneficios no distribuidos por los daños y perjuicios que se causen por la falta de cumplimiento de las condiciones o términos del fideicomiso, así como por la malversación de los bienes dados en éste o de sus frutos o productos, o por los demás hechos que impliquen culpa en el cumplimiento de los cometidos aceptados por ella, ya que debe actuar como un buen padre de familia.

Aunque pueden estipularse fideicomisos gratuitos, dado el carácter mercantil del fideicomiso, lo lógico es que se estipule que la fiduciaria recibirá una remuneración por el servicio que presta, remuneración que deberá ser pagada, según el caso:

- 1.- El fideicomitente
- 2.- Los causahabientes del fideicomitente; o
- 3.- El fideicomisario.

A la institución fiduciaria le estará prohibido ser beneficiaria o fideicomisaria del fideicomiso (Art. 348 - parte final L.T.O.C.); excusarse o renunciar a su encargo una vez aceptado, si no es por causas graves apreciadas conforme a la ley (Art. 356 L.T.O.C.); celebrar fideicomisos prohibidos y asumir obligación directa sobre los resultados del fideicomiso o garantizar interés fijo sobre las inversiones que efectúe en cumplimiento del fideicomiso.

Tiene, entre otros derechos, el de ejercitar las facultades que expresamente se le hayan conferido por la ley, por el acto constitutivo o por sus reformas (Art. 351, párrafo 2o. L.T.O.C.); renunciar al cargo en los casos y términos previstos por la ley; cobrar la remuneración estipulada y los demás derechos que se deriven de su propia naturaleza o de la del fideicomiso. Además, la institución fiduciaria deberá cumplir el fideicomiso conforme a lo estipulado en el acto constitutivo del mismo, obrar siempre como un buen padre de familia, responder de las pérdidas o menoscabos que los bienes sufran por su culpa, etc.

El último elemento personal es el fideicomisario que es toda persona designada en el acto constitutivo del fideicomiso o en el de sus reformas, para recibir los beneficios de éste. El fideicomisario no es un elemento esencial del fideicomiso. (Art. 347 L.T.O.C.).

Pueden ser fideicomisarios de acuerdo con el artículo 348 de la Ley de Títulos y Operaciones de Crédito, las personas físicas o jurídicas que tengan la capacidad necesaria para recibir el provecho que el fideicomiso implica.

Cuando sean 2 o más, y deba consultarse su voluntad en cuanto no esté previsto en el fideicomiso, las decisiones se tomarán a mayoría de votos computados por representaciones y en caso de empate, decidirá el juez de primera instancia del lugar del domicilio del fiduciario. (Art. 348 L.T.O.C.).

El fideicomisario, además de los derechos que se le concedan en el acto constitutivo del fideicomiso tendrá el de exigir su cumplimiento a la fiduciaria, el de atacar la validez de los actos que ésta cometa en su perjuicio, de mala fe

o en exceso de sus facultades, el de reivindicar los bienes que a consecuencia de esos actos hayan salido del patrimonio fideicomitado (Art. 355, 1er. párrafo L.T.O.C.).

Cuando no exista fideicomisario, o sea incapaz, los derechos del párrafo anterior serán ejercitados por el que tenga la patria potestad, el tutor o el Ministerio Público, según el caso.

No nos extendemos más en este estudio del elemento personal del fideicomiso, en virtud de que en el capítulo III de este trabajo, lo estudiaremos más a fondo.

Toca ahora estudiar el elemento objetivo que es el patrimonio fideicomitado.

El patrimonio es un atributo de la persona, consistente en el conjunto de sus obligaciones y derechos, apreciables en dinero. (27)

Este patrimonio, cuya titularidad se transmite a la institución fiduciaria, se caracteriza por:

- a) Su integración;
- b) Su autonomía;
- c) Su afectación; y
- d) Su titularidad.

El patrimonio puede estar integrado por bienes materiales, muebles o inmuebles; por derechos y derechos sobre bienes o sobre derechos.

(27) HERNANDEZ, Octavio A.- Obra citada. Pág. 274.

La única limitación legal a la integración del patrimonio fiduciario (Art. 351 L.T.O.C.) es que los derechos no sean estrictamente personales de su titular. Estos derechos personales son los que han de ser gozados o ejercitados precisamente por su titular debido a su naturaleza o a disposición expresa de la ley, tales como los de voto, uso, etc.

El patrimonio del fideicomiso es, en efecto, autónomo, por ser distinto e independiente de los patrimonios del fideicomitente, de la institución fiduciaria y del fideicomisario. Su situación jurídica, actual y futura, es ajena, en tanto dure el fideicomiso, a la de los patrimonios de las personas mencionadas.

El patrimonio está destinado o afecto a la obtención de un fin, por eso dice el segundo párrafo del artículo 351 de la Ley de Títulos y Operaciones de Crédito, que 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 derivan del fideicomiso mismo o los adquiridos legalmente respecto de tales bienes, con anterioridad a la constitución del fideicomiso, por el fideicomisario o por terceros.

Ahora bien, titularidad es cualidad jurídica que determina el modo de ser y el alcance del poder de una persona sobre un derecho o pluralidad de derechos dentro de una relación jurídica. (28)

(28) HERNANDEZ, Octavio A.- Obra citada. Pág. 276.

Quien constituye el fideicomiso, transmite su título sobre el patrimonio por fideicomitir a la institución fiduciaria, que adquiere su titularidad. El alcance de la titularidad de la institución fiduciaria sobre ese patrimonio fideicomitado está limitado por:

- 1) El fin a cuya consecución tienda el fideicomiso; y
- 2) La naturaleza de la titularidad que tuvo el fideicomitente sobre el patrimonio fideicomitado.

Por último, los elementos formales del fideicomiso son:

- a) El escrito en que debe constar
- b) Su inscripción en el Registro Público.

Según el artículo 352 de la Ley de Títulos deberá el fideicomiso de constar siempre por escrito y ajustarse a los términos de la legislación común sobre transmisión de los derechos o la transmisión de propiedad de las cosas que se den en fideicomiso.

El segundo elemento formal indicado consisten en la obligación de inscribir en la sección de la Propiedad del Registro Público del lugar en que los bienes fideicomitados estén ubicados, el fideicomiso cuyo objeto recaiga sobre bienes inmuebles. El fideicomiso surtirá efectos contra tercero desde la fecha de su inscripción. (Art. 353 L.T.O.C.).

Según el artículo 357 de la Ley de Títulos, el fideicomiso se extingue:

- I. Por la realización del fin para el cual fue constituido;
- II. Por hacerse éste imposible;

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

Artículo 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.

Artículo 359.- Quedan prohibidos:

- I.- Los fideicomisos secretos;
- II.- Aquéllos 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 por muerte de la anterior se reali-

ce en favor de personas que estén vivas o concebidas ya, a la muerte del fideicomitente; y

- III.- Aquéllos cuya duración sea mayor de treinta 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 treinta años cuando el fin del fideicomiso sea el mantenimiento de museos de carácter científico o artístico que no tengan fines de lucro.

Hasta aquí lo que se refiere a los antecedentes históricos y mexicanos del fideicomiso, así como su regulación en el derecho positivo mexicano.

Pasaremos a estudiar ahora lo que se refiere a partes en los contratos.

CAPITULO II.- LAS PARTES EN LOS CONTRATOS

- a) **Concepto de parte.**
- b) **Concepto de tercero.**

a) CONCEPTO DE PARTE.

Desde el punto de vista exclusivamente filológico, el vocablo parte nos evoca la fracción necesaria para integrar un todo.

Ahora bien, para poder comprender el concepto parte desde el punto de vista jurídico, mismo que nos interesa, se requiere analizar los elementos que la integran, y así, nos encontramos con tres elementos:

1o.- Ser sujeto de derecho;

2o.- Manifestar su voluntad; y

3o.- Actuar de manera tal que se produzcan consecuencias de derecho.

En el supuesto de que no intervengan estos elementos, podrá tratarse de parte en cualquier aspecto, pero no de parte en un negocio jurídico.

Así, analizaremos primero qué es sujeto de derecho. Si tradicionalmente se ha entendido como tal todo ente susceptible de obtener derechos y contraer obligaciones, podemos desprender que el sujeto de derecho en realidad no es sino el titular de un interés jurídico, en un momento dado, dentro de una relación determinada.

Dentro de la formación del negocio jurídico, nos encontramos con que la manifestación de voluntad es decisiva, es decir, el momento en que el negocio nace, depende de la clase de efecto jurídico que se pretenda producir. Nicolás Coviello ⁽¹⁾ señala que "el negocio jurídico se forma cuando la voluntad se ma-

(1) COVIELLO, Nicolás.- Doctrina General del Derecho Civil.- Pág. 375. 4a. Edición.

nifiesta; pero así como el negocio jurídico es bilateral, unilateral y unilateral con o sin necesidad de dar a conocer a otros la determinación tomada, así es de distinguir las varias hipótesis para determinar el momento en que el negocio queda concluído. Respecto a los contratos, la regla general es que no sólo la manifestación de voluntad del proponente debe comunicarse a la parte a quien va dirigida, sino que además, la aceptación debe llegar a conocimiento del proponente; es así que el momento de la conclusión del negocio es aquél en que la aceptación ha llegado a noticia del que hizo la propuesta. Por lo que mira a los actos unilaterales, no hay en la ley ninguna regla pero es evidente que, siendo necesaria hacer la declaración a una persona determinada, el negocio no puede considerarse formado si la parte a quien la declaración va dirigida, no ha tenido noticia de la misma; si no es necesario el conocimiento de alguno, el negocio queda formado con la simple manifestación de voluntad".

Así pues, para que la intervención de un ente en un acto jurídico pueda ser eficaz, debe tener como elemento ineludible, la declaración de voluntad.

Pero esa manifestación de voluntad hecha por un ente en un negocio jurídico, no justifica por sí sola la intervención de aquél dentro de la idea de parte, ya que en el Derecho toda actuación debe producir efectos creadores, extintores, transmisores o modificadores de situaciones jurídicas concretas, pero siempre como resultantes de la actividad de la parte, es decir, de su actuación para producir consecuencias de derecho.

Después de este breve análisis de los elementos que consideramos integran

la idea o el concepto de parte, proponemos considerar a la parte como: el sujeto de derecho que, en un negocio jurídico, manifiesta su voluntad para producir consecuencias de derecho.

Toca ahora hacer mención a lo que entendemos por contrato. El Código Civil, al efecto señala que los convenios que producen o transfieren las obligaciones y derechos, toman el nombre de contratos (Art. 1793).

El art. 1794 señala que para la existencia del contrato se requiere:

- a) Consentimiento; y
- b) Objeto que pueda ser materia del contrato.

Entre los elementos de existencia del contrato, hemos citado en primer término al consentimiento. Este consentimiento o expresión de voluntad, tiene que ser emitido por alguien, por algún sujeto de derecho. De aquí debemos derivar como consecuencia la existencia indispensable de la parte como elemento esencial o substancial del contrato. Si ese sujeto de derecho que expresa su consentimiento o manifiesta su voluntad, es un sujeto de derecho que ha manifestado su voluntad y actúa para producir consecuencias de derecho, estamos dentro de los elementos del concepto parte e, inclusive, dentro de la definición que de parte señalamos anteriormente.

Consecuentemente al haber encontrado como primer elemento esencial del contrato la manifestación de voluntad y haber derivado de ella la necesidad de que ésta se emita por un sujeto de derecho, vemos que el concepto parte deviene elemento esencial y de primer orden del contrato; pero, además, la manifestación de voluntad implica necesariamente la referencia al objeto en el contrato, dado

que sólo puede haber señalamiento de un objeto en tanto haya manifestación de voluntad. Derivamos que el concepto de parte dentro de la relación contractual viene a ocupar un lugar muy importante ya que es un concepto prevalente para la definición de contrato, toda vez que la existencia de la parte posibilita, tanto la expresión o manifestación de voluntad como el señalamiento de un objeto sea directo o indirecto, lo que da lugar, al nacimiento de una obligación al través del negocio jurídico o de la relación contractual.

Ahora bien, no obstante la profusión de su empleo, sólo hemos encontrado elaboraciones relativas a este concepto en el campo del Derecho Procesal y así haremos un breve estudio de parte en el campo de ese derecho adjetivo.

Escriche ⁽²⁾ dice que es parte cualquiera de los litigantes, sea el demandante o el demandado. Mostrarse parte es presentar una persona pedimento al tribunal para que se le entregue el expediente y pedir en su vista lo que convenga.

Chiovenda ⁽³⁾ dice que es parte el que demanda en nombre propio (o en cuyo nombre es demandada) una actuación de la ley, y aquél frente a la cual ésta es demandada. Agrega que llamamos parte a aquél frente al cual es demandada la actuación de la ley no contra quien es demandada.

Por lo tanto, cualquiera que solicite al órgano jurisdiccional, o a cuyo nombre se pida la actuación de la ley, es parte, y lo mismo debe decirse respec-

(2) ESCRICHE. Citado por Eduardo Pallares. Diccionario de Derecho Procesal Civil.

(3) CHIOVENDA.- Diccionario Derecho Procesal Civil. Eduardo Pallares.

to de la persona frente a la que se pide dicha aplicación.

Una demanda en el proceso supone, por lo menos dos partes: la que la hace y aquella frente a la cual se hace (actor y demandado). Entiende Chiovenda que no puede darse un proceso sin la existencia de dos partes. Afirma que el pleito mismo, por su naturaleza y estructura, nos sugiere la idea más sencilla y asequible de parte, ya que como lucha por el derecho, no puede concebirse sin estas dos personas, de las cuales una pide contra la otra una declaración de derecho. Partes son - dice - estas dos personas necesarias para la existencia del pleito; son aquéllas entre quienes tiene lugar el pleito, o como señalamos antes, es parte todo aquél que pide o contra el cual se pide en juicio una declaración de derecho.

Un concepto claro y sencillo de parte puede formularse diciendo que lo es la persona que defiende en el proceso un interés propio. Los sujetos que intervienen en el proceso en defensa de un interés que no es propio o privativo de ellos, pueden defender el interés de otro o el interés general y público (el Procurador, el Gestor Judicial, el Ministerio Público).

Este concepto establece una distinción precisa entre sujeto procesal y parte; las partes son sujetos procesales pero no todos los sujetos procesales son partes. (4)

El Código de Procedimientos Civiles, no define el concepto de parte y

(4) DE PINA, Rafael.- Principios de Derecho Procesal Civil. 11a. Edición, Pág. 159.

usa diversas palabras para referirse a las partes. Las llama interesados, litigantes, partes interesadas y promoventes.

El artículo 41 considera como partes al actor y demandado. El art. 53 da a entender que quienes litigan son los representados y no los representantes:

"Siempre que dos o más personas ejerciten una misma acción, u opongan la misma excepción, deberán litigar unidas y bajo una misma representación". Sin embargo, al final del artículo se supone que el representante común es quien litiga:

"El representante común tendrá las mismas facultades que si litigara exclusivamente por su propio derecho". El art. 68 habla de litigantes y promoventes. Los arts. 69, 72 y 75 hacen referencia a las partes. El artículo 95 considera como litigantes a los representantes legales de las partes. Los arts. 96, 97 y 98 usan la palabra interesados para referirse a las partes.

Estas disposiciones y otras muchas que pudieran tomarse del Código demuestran:

- a) Que nuestra ley positiva sólo considera como partes a las personas cuyos derechos se discuten en el pleito;
- b) Que no son parte para ella los apoderados o representantes legales de dichas personas;
- c) Que tampoco lo son quienes están unidas a la relación jurídica sustancial que se discute por lazos de solidaridad, indivisibilidad, sucesión jurídica u otros análogos, si de hecho no han sido citados a juicio.

Respecto de los apoderados y representantes legales, no hay que olvidar que pueden ser parte en los incidentes relativos a su personería, lo mismo que el Juez lo es en los de recusación y excusa. Los abogados únicamente son partes en los recursos que personalmente interponen contra una corrección disciplinaria o una medida de apremio.

Por último, debemos concluir que son partes las personas que directamente o por medio de representante piden la aplicación de la ley; el juez en los incidentes de recusación o excusa; los representantes o apoderados en los incidentes en que se discuta su representación o poder; el Ministerio Público cuando procede por vía de acción. No siempre que la ley lo llama a intervenir tiene el carácter de parte. El concepto de parte es procesal y no de orden sustantivo.

b) CONCEPTO DE TERCERO.

Visto el concepto de parte tanto en derecho sustantivo como en derecho adjetivo, toca ahora analizar el concepto de tercero. De igual manera que analizamos el concepto de parte, analizaremos ahora el de tercero, es decir, tercero en derecho sustantivo y tercero en el derecho Procesal Civil.

Ortolán (5) afirma que "es un axioma general recibido en la doctrina: "res inter alios acta, aliis neque nocere neque prodessse potest", sin embargo, fue por inducción sacado de los fragmentos del Derecho Romano".

Esta máxima significa que lo hecho entre unos no puede perjudicar ni aprovechar a otros, de donde obtenemos el principio general de que los contratos sólo aprovechan o afectan a los que lo celebran, pero no a terceras personas que no intervinieron en su celebración. (Art. 1796 Código Civil). Ahora bien, por tercero para los efectos del contrato podemos entender que es toda persona que no intervino en la celebración del contrato.

Podemos señalar como terceros para los efectos del contrato a las siguientes personas:

- a) El que no fué representado;
- b) El sucesor a título particular; y
- c) El representante.

(5)

ORTOLAN.- Autor citado por Gutiérrez y González. Derecho de las Obligaciones. Pág. 325.

De igual manera, no son terceros para los efectos del contrato o sólo son terceros aparentes:

- a) El representado; y
- b) El sucesor a título universal.

Procederemos a estudiar ahora quiénes son terceros y quiénes no.

Dejamos asentado que el que no fue representado, es un tercero. En efecto, si una persona celebra a nombre de otra un contrato sin tener su representación, no puede legalmente obligarla, a menos que la persona a cuyo nombre fue celebrado ese contrato, ratifique la operación antes de que se retracten por la otra parte.

Señalamos en segundo lugar como tercero al sucesor a título particular. Este viene a ser el adquirente de un derecho determinado o de una cosa específica del patrimonio de su causante, y no existe una relación de parte alcuota en el derecho o goce material del bien adquirido y la totalidad de los bienes de aquél (6). Es decir, el causahabiente a título particular, o sucesor de un derecho o cosa determinada, no sustituye al causante en la relación jurídica en virtud de la cual éste hubiere adquirido el derecho o la cosa, pero sí adquiere ese bien tal y como se encontraba en el patrimonio del causante. Ejemplo: A celebra un contrato con B, para que éste, mediante una remuneración, le haga en su casa ciertas obras. Posteriormente, A vende la casa a C. Este no adquiere el derecho ni

(6) GUTIERREZ Y GONZALEZ.- Derecho de las Obligaciones. Pág. 326, 11a. Edición.

la obligación que A tiene respecto de B. Una excepción la encontramos en el contrato de arrendamiento (art. 2409 Código Civil).

Podemos mencionar un segundo ejemplo señalando que A otorga un mandato a B para que le administre su casa; más adelante, A vende la casa a C y éste no estará obligado con B por el mandato que le otorgó A, pues fué tercero para los efectos del contrato de mandato.

Pero dijimos que el causahabiente adquiere el bien tal y como se encuentra en el patrimonio de su causante, es decir, si se vende una casa con una servidumbre de paso, el que la recibe, la recibirá con esa limitación, por eso, al decir del Doctor Manuel Borja Soriano ⁽⁷⁾ se recibe un derecho ya disminuido o modificado.

Como último tercero señalamos al representante. Este actúa con su presencia física, pero no contra su voluntad jurídica que comprometa su persona o su patrimonio en el contrato y, por ello, los efectos del acto que celebra no le paran perjuicio, con la única excepción en aquellos casos del mandato sin representación en donde actúa como si el negocio fuera suyo ⁽⁸⁾.

Señalamos igualmente al representado y al sucesor a título universal como aparentes terceros y que no lo son para el contrato. En efecto, los efectos del

(7) BORJA SORIANO, Manuel.- Teoría General de las Obligaciones. Tomo I. pág. 325.

(8) Art. 2560 del Código Civil señala: "El mandatario, salvo convenio celebrado entre él y el mandante, podrá desempeñar el mandato tratando en su propio nombre o en el del mandante". Aquí el contrato es celebrado realmente entre el mandatario y otra persona.

contrato surgen en la persona y patrimonio del representado pues se estima que su voluntad jurídica estuvo presente en la realización del contrato. Es por eso que el representado no es tercero sino parte ligada directamente en el contrato.

Por último, el sucesor a título universal tampoco es tercero. Este sucesor a título universal es el que recibe una parte alícuota o la totalidad de los bienes que forman el patrimonio de su causante, y por lo mismo se le considera como parte en los actos que el mismo causante hubiere realizado. (9)

Recibiendo estas personas el patrimonio entero de su autor, se encuentran, en principio, en la misma situación que él; lo suceden a la vez en sus obligaciones y en sus créditos. El efecto de un contrato celebrado por una persona que muere es, pues, el mismo para sus herederos que para el difunto. (10)

Ahora bien, visto lo anteriormente señalado en el sentido de que los contratos sólo aprovechan o afectan a las partes que intervienen en él, podemos señalar tres excepciones a esa regla.

La primera está consignada en el art. 2409 del Código Civil que señala: "Si durante la vigencia del contrato de arrendamiento, por cualquier motivo se verificare la transmisión de la propiedad del predio arrendado, el arrendamiento subsistirá en los términos del contrato. Respecto al pago de las rentas el arrendatario tendrá obligación de pagar al nuevo propietario

(9) GUTIERREZ Y GONZALEZ.- Derecho de las Obligaciones. II Edición, pág. 327.

(10) PLANIOL.- Citado por Borja Soriano en su obra Teoría General de las Obligaciones. T.I. Pág. 332.

la renta estipulada en el contrato desde la fecha en que se le notifique judicial o extrajudicialmente ante notario o ante dos testigos haberse otorgado el correspondiente título de propiedad, aún cuando alegue haber pagado al primer propietario, a no ser que el adelanto de rentas aparezca expresamente estipulado en el mismo contrato de arrendamiento".

Esta excepción obedece a razones de orden público fáciles de comprender: a los propietarios les sería fácil simular una venta a efecto de obtener la desocupación de la finca, aduciendo que el comprador no ha sido parte en el contrato de arrendamiento. De esta forma se sortearía el problema de los propietarios de fincas el problema de aumentar la renta de los inmuebles o lograr su desocupación.

Una segunda excepción a la mencionada máxima "res inter alios acta" es la consignada en el art. 1868 del Código Civil.

Este artículo señala que "en los contratos se pueden hacer estipulaciones en favor de tercero de acuerdo con los siguientes artículos".

Esta es la llamada estipulación a favor de otro y establece, como dijimos, una excepción más al principio en estudio pero no en su perjuicio, sino en beneficio de la persona considerada como tercero.

La última excepción a esta regla es la consignada en el artículo 35 de la Ley Federal del Trabajo. Dispone esta norma que "la sustitución del patrón no afectará los contratos de trabajo existentes. El patrón sustituido será solidariamente responsable con el nuevo patrón por las obligaciones derivadas de los contratos o de la ley, nacidas antes de la fecha de la sustitución, hasta por el térmi-

no de seis meses, y concluído ese plazo subsistirá únicamente la responsabilidad del nuevo patrón".

Son también fáciles de comprender las razones que guiaron al legislador en materia laboral porque si, por ejemplo, un patrón debe bastante cantidad de dinero por concepto de salarios, le sería fácil simular una venta y el nuevo patrón, podría decir que no les paga nada, en virtud de que no fue parte en el contrato laboral celebrado entre los trabajadores y el antiguo patrón.

Asentado el problema de quiénes son tercero y quiénes no en los contratos, así como las excepciones indicadas toca ahora el estudio del tercero en el Derecho Procesal Civil.

Tratándose del ejercicio de la acción procesal, la ley considera como terceros y los faculta a obrar como tales en el proceso, a todas las personas que no sean ni el actor ni el demandado.

Para que un tercero esté legitimado en un proceso, o sea, para que pueda intervenir legalmente en él, es indispensable que tenga interés procesal en hacerlo, en cuyo caso rigen las disposiciones de los arts. 1, 21, 22 y 23 del Código de Procedimientos Civiles.

La intervención de terceros puede ser espontánea o voluntaria y provocada u obligado. La intervención de terceros proporciona la posibilidad de la defensa a quienes pueden quedar sujetos a las consecuencias adversas del resultado del proceso, aunque no hayan actuado en él.

La primera clase de intervención que señalamos, o sea, la intervención es-

pontánea, reviste dos formas:

a) Adhesiva; y

b) Principal.

La intervención adhesiva se produce cuando un tercero comparece en un proceso pendiente con el propósito de auxiliar a cualquiera de las partes, coadyuvando a la defensa de su pretensión o pretensiones.

Según Della Rocca, ⁽¹¹⁾ la intervención adhesiva supone una legitimación refleja, no autónoma; legitimación que el tercero posee en cuanto existe ya el juicio entre las partes, pero que en un proceso separado no la tendría para proceder contra la parte adversa a aquélla en cuya ayuda acude en el juicio.

La intervención principal o excluyente tiene distinta finalidad que la adhesiva. En la principal, el tercero se presenta en el proceso para enfrentarse con las partes entre las cuales se encuentra entablado el debate judicial.

Según Kisch ⁽¹²⁾, la intervención principal aparece cuando las cosas se presentan del modo siguiente: dos personas siguen un proceso a propósito de un objeto o de un derecho, y un tercero aprovecha la ocasión de estarse discutiendo sobre ello. Por ejemplo: durante el curso de un proceso entre A y B, donde se ventila a quién de ellos pertenece una cosa determinada, interviene C contra los dos, alegando que el propietario es él.

(11) DELLA ROCCA.- Instituciones de Derecho Procesal Canónico. Pág. 169.

(12) KISCH.- Citado por Rafael de Pina. Principios de Derecho Procesal Civil. II Edición, pág. 116.

La intervención provocada, segunda clase de intervención señalada por nosotros, puede producirse de oficio o a instancia de parte.

La intervención se hace posible mediante la "litis-denuntiatio". La "litisdenuntiatio" es la participación de la incoación de un proceso a un tercero que puede ser afectado por la decisión que en el mismo recaiga (13).

La procedencia de esta figura se justifica en los casos en que el comprador de una cosa sea demandado sobre la propiedad de ella, llamándose al que se le haya vendido, así como en el caso de que el fiador sea demandado para el pago del crédito de que, como tal, debe responder, en cuyo caso el llamamiento se hace al deudor principal.

La "londatio auctoris" es una forma especial de la "litisdenuntiatio". Significa esta forma la indicación por quien siendo poseedor inmediato en calidad de arrendatario, depositario, usufructuario, etc. es demandado sobre la cosa objeto de la posesión de la persona del poseedor mediato, al efecto de que se le ponga en conocimiento de la incoación del juicio, dándole la oportunidad de defenderse, y para eludir las consecuencias desfavorables que la misión de esta diligencia podría tener para él.

En la ley de la materia, el art. 5o. se refiere a la "londatio auctoris" al disponer que el tenedor de la cosa puede declinar la responsabilidad del juicio designando al poseedor que lo sea a título de dueño.

(13)

DE PINA, Rafael.- Obra citada, p. 167.

Esta forma pone, pues, al demandado poseedor de cosa ajena a cubierto de las consecuencias desfavorables de un eventual vencimiento y garantiza el derecho de defensa que corresponde al propietario de la cosa objeto de la pretensión formulada por el actor.

Finalmente, otra manifestación de la intervención de terceros se produce por la llamada en garantía.

La llamada en garantía, como la citación de evicción, "representa la intervención forzosa del tercero en el mismo juicio seguido entre otros, con el fin de que suministre los medios de defensa al demandado y que quede obligado en favor de éste mediante la sentencia que recaiga sin necesidad de un nuevo litigio y sin que en él pueda invocarse la máxima "litis inter alios facta nec nocet nec prodes". (14)

(14) MIGUEL Y ROMERO, Mauro.- "La Intervención de tercero en juicio" Revista General de Derecho, Jurisprudencia. México, año IV. Enero-marzo 1933, núm. 1.

CAPITULO III.- LAS PARTES EN EL FIDEICOMISO

- a) **¿Quiénes son? Explicación de cada una de ellas.**
- b) **Derechos**
- c) **Obligaciones**
- d) **Naturaleza jurídica de las partes en el Fideicomiso.**
- e) **Justificación en el Derecho Mexicano de que el fiduciario deba ser siempre Institución de Crédito.**

a) ¿QUIENES PUEDEN SER? EXPLICACION DE CADA UNA DE ELLAS.

Procederemos a estudiar en este capítulo las partes en el fideicomiso. Como dijimos anteriormente, y de una manera más general al hacer referencia al elemento personal del fideicomiso, que las partes dentro del mismo son tres, a saber: Fideicomitente, Fiduciario y Fideicomisario.

Pasaremos ahora a estudiar cada una de ellas.

FIDEICOMITENTE.

Según el derecho angloamericano, por implicar la creación del trust un cambio en la propiedad, puede establecerse la regla general de que todo el que sea capaz de disponer de derechos legales o de "equidad" es libre, si así lo desea, de transmitirlos a un "trustee" para la realización de sus propósitos.

(1).

Nuestras leyes de 1926 y el Proyecto Vera Estañol, analizados anteriormente, no especificaban las condiciones que debía satisfacer el fideicomitente. La ley sustantiva en vigor en su artículo 349 prescribe que sólo 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 correspondan a dichas autoridades o a las personas que éstas designen. Como po-

(1) LEWIN.- Autor citado por Rodolfo Batiza.- El Fideicomiso. Teoría y Práctica.

demos observar, este artículo no tiene antecedentes en las leyes que precedieron a la actual y sería innecesario buscarle un origen determinado, ya que se limita a reconocer principios admitidos con respecto a la capacidad de las personas físicas y morales.

Visto lo anterior, se pueden establecer varias categorías de fideicomitentes: personas físicas y jurídicas, autoridades judiciales y administrativas. Creemos que el artículo enunciado anteriormente incurre 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. Salvo la enajenación, todos los demás propósitos son jurídicamente insuficientes para permitir la constitución del fideicomiso, si se tiene en cuenta que para la constitución de un fideicomiso es condición indispensable que el fideicomitente goce de la facultad de disposición sobre la cosa, por producir el fideicomiso una transmisión de bienes a favor del fiduciario. Esta crítica no tiene un alcance total, puesto que el Estado y las corporaciones públicas pueden tener el carácter de fideicomitentes con respecto a aquellos bienes cuya disposición les corresponde conforme a las leyes. (Arts. 764, 765, 767, 768 y sigs. del Código Civil).

Fideicomitente es, entonces, la persona que crea un fideicomiso por una manifestación expresa de voluntad. El Proyecto de la Asociación de Banqueros conserva los lineamientos anteriores diciendo que 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. (Art. 350).

FIDUCIARIO.

En nuestra legislación, desde la primera tentativa de adopción del trust hecha por el Proyecto Limantour, se ha exigido que el fiduciario sea persona moral. La Exposición de Motivos de la ley de la materia de 1932 indicaba que siguiendo en ello el precedente establecido en la ley entonces vigente, la nueva sólo autorizaba la constitución de fideicomisos cuando el fiduciario era una institución especialmente sujeta a la vigilancia del Estado. La Exposición de Motivos de la ley sustantiva en vigor, concrétese a decir que se circunscribe a ciertas personas la capacidad para actuar como fiduciarios. Esta limitación de nuestra ley es una característica que la distingue del derecho angloamericano.

Prescribe la ley que sólo pueden ser fiduciarias las instituciones expresamente autorizadas para ello conforme a la Ley General de Instituciones de Crédito. Derogada la ley de 1932, la vigente dispone que para dedicarse al ejercicio de la banca y del crédito se requerirá concesión del Gobierno Federal que compete otorgar discrecionalmente a la Secretaría de Hacienda oyendo la opinión de la Comisión Nacional Bancaria y del Banco de México. Dichas concesiones son por su propia naturaleza intransmisibles. Solamente podrán disfrutar de su concesión las sociedades constituidas en forma de sociedad anónima de capital fijo o variable, con arreglo a la Ley de Sociedades Mercantiles y entre otras, a las siguientes reglas: deberá estar totalmente suscrito y pagado el capi-

tal mínimo prescrito por la ley y cuando el capital social exceda del mínimo, deberá estar pagado cuando menos el 50% del capital suscrito; la duración de la sociedad podrá ser indefinida y las demás que señala el Art. 8o. de la Ley General de Instituciones de Crédito. Además, las instituciones fiduciarias deberán contar con un capital mínimo que determinará la Secretaría de Hacienda y Crédito Público al otorgar la autorización correspondiente, según las circunstancias de cada caso, dentro de los límites de \$200,000.00 a \$1,000,000.00 cualquiera que sea la localidad donde se propongan operar (Art. 45, fracción I, L.I.C.O.A.).

El Proyecto de la Asociación de Banqueros y el del Código de Comercio, siguen un sistema igual. Establece el primero que sólo pueden ser fiduciarias las instituciones expresamente autorizadas para ello conforme a la Ley General de Instituciones de Crédito (Art. 350), y dispone el Proyecto del Código de Comercio que sólo podrán ser fiduciarios las instituciones de crédito expresamente autorizadas para ello (Art. 812).

Una restricción de importancia con respecto al fiduciario, prevista desde el Proyecto Vera Español y que ha venido reproduciéndose en las leyes sucesivas es la prohibición de que las agencias o sucursales de bancos extranjeros practiquen operaciones fiduciarias en México. En la ley actual esta prohibición es implícita y no como en las leyes anteriores que era de una manera expresa, al decir que los bancos e instituciones de crédito del extranjero podrán tener en la República establecimientos u oficinas con carácter de sucursales o agencias, únicamente para efectuar las operaciones de banca de depósito.

Ahora bien, por lo que hace al número de fiduciarios que puede designarse, la ley actual establece que el fideicomitente podrá designar varias instituciones fiduciarias para que conjunta o sucesivamente desempeñen el fideicomiso, estableciendo el orden y las condiciones en que hayan de substituirse. Esta posibilidad, más apropiada en relación con fiduciarias personas físicas y que resulta inútil tratándose de fiduciarios institucionales vista la supervisión oficial a que están sometidos y a su duración indefinida, hasta donde llega nuestro conocimiento no se ha utilizado en la práctica. (2)

La fiduciaria desempeña su cometido por conducto de:

- 1.- Delegados fiduciarios;
- 2.- Comités técnicos; y
- 3.- Personal auxiliar.

Los delegados fiduciarios son funcionarios que la fiduciaria designa especialmente para atender los fideicomisos. Son libremente designados por la institución fiduciaria, pero su nombramiento debe ser confirmado por la Comisión Nacional Bancaria, organismo que tiene facultad de vetarlo o de remover a los delegados designados. Para ese efecto, la Comisión ha dispuesto (circular 274 de 26 de junio de 1944) que las instituciones tan pronto como nombren a sus delegados fiduciarios deberán dar aviso a la propia Comisión para que ésta resuelva si ejerce o no el derecho de veto que la ley le concede, y que, a fin de que

(2) BATIZA, Rodolfo.- Obra citada. Pag. 162.

cuenta con los elementos necesarios para ello, se le informen los siguientes datos sobre la persona designada:

- 1.- Nacionalidad. Con indicación de si lo es por nacimiento o por naturalización y, en este último caso, cuánto tiempo lleva de radicar en el país.
- 2.- Edad.
- 3.- Si es bien conocida y reputada en los círculos financieros y si tiene la experiencia y aptitud para administrar empresas.
- 4.- Sus antecedentes personales.
- 5.- Sus ingresos aproximados y si puede considerarse como persona con la independencia económica necesaria para garantizar el cumplimiento eficaz de las comisiones que se le confieran.
- 6.- Los demás datos complementarios a la información solicitada en los puntos anteriores. (3)

La personalidad de los delegados fiduciarios se acredita mediante protocolización del acta del consejo de administración de la institución en la que conste el nombramiento, o por el testimonio del poder general otorgado por la fiduciaria.

Por último, los delegados fiduciarios, sin perjuicio de la responsabilidad que compete a la fiduciaria, son civil o penalmente responsables de las faltas que cometan.

(3) HERNANDEZ, Octavio A.- Derecho Bancario Mexicano. Tomo II. p.259.

El segundo elemento personal de la fiduciaria son los Comités técnicos que son los órganos colegiados de la fiduciaria designados en el acto constitutivo del fideicomiso o en el de sus reformas, cuyo objeto es coadyuvar con la fiduciaria al desempeño de su cometido en la distribución de fondos, conforme a las reglas y a las facultades que para el caso se estipulen. (4) Estos comités técnicos asumen para sí la responsabilidad que originalmente corresponde a la fiduciaria, de tal manera que ésta se libera de esa responsabilidad cuando obra con apego a los dictámenes de tales comités.

El personal auxiliar, último elemento personal de la fiduciaria, es el encargado de coadyuvar con la fiduciaria, con los delegados fiduciarios y con los comités técnicos en su trabajo, relativo a funciones específicamente determinadas.

El personal auxiliar de un fideicomiso determinado, no queda sujeto al mismo régimen jurídico que los trabajadores bancarios. En efecto, la Comisión Nacional Bancaria en el Acta 724 de 23 de septiembre de 1942, ha aclarado que los empleados y los funcionarios dependientes de una institución fiduciaria que atiendan la totalidad de los fideicomisos manejados por ésta, sí pertenecen al personal de la institución y que, en tal virtud, exclusivamente aquellos individuos que trabajan al servicio de un solo negocio o empresa dados en fideicomiso, quedan excluidos de la categoría de empleados bancarios e imputada su relación de trabajo a dichos negocios o empresas ajenos al banco. Esta interpretación de la ley tiene

(4) HERNANDEZ, Octavio.- Obra citada. Pag. 260.

importancia en virtud de que los trabajadores bancarios están sujetos a un régimen jurídico especial.

FIDEICOMISARIO.

Es la persona designada en el acto constitutivo del fideicomiso o en el de sus modificaciones para recibir los beneficios de éste. (5)

Las leyes y proyectos que precedieron a la vigente no hacían referencia a la capacidad requerida en relación con los beneficiarios. La ley sustantiva actual establece que pueden ser fideicomisarios las personas físicas o jurídicas que tengan la capacidad necesaria para recibir el provecho que el fideicomiso implica. Este artículo debe interpretarse en el sentido de no aludir a la capacidad activa para ser fideicomitente sino más bien a la ausencia de alguna incapacidad especial derivada de la ley, puesto que el fideicomiso puede constituirse a favor de incapacitados y aún de no nacidos.

El fideicomisario no es un elemento esencial a la constitución del fideicomiso ya que el fideicomiso puede ser válido sin señalar fideicomisario siempre que su fin sea lícito y determinado, hipótesis dentro de la cual podríamos citar los fideicomisos cuyo patrimonio se destine a erigir un monumento conmemorativo a una persona o para la manutención y cuidado de animales, etc. El problema práctico de hacer efectiva estas especies de fideicomiso se resolvería de conformidad con el artículo 355 llo. párrafo de la Ley de Títulos, que confiere al Ministerio

(5) HERNANDEZ, Octavio A.- Obra citada. Pág. 268.

Público el ejercicio de los derechos correspondientes cuando no existe fideicomisario determinado.

Se pueden confundir en una sola persona los de fideicomitente y fideicomisario, sobre todo en los fideicomisos de inversión.

La institución fiduciaria no podrá ser a la vez fideicomisaria del fideicomiso. Al igual no podrán ser fideicomisarias las iglesias, asociaciones religiosas, en virtud de lo que sobre el particular dispone el artículo 130 de la Constitución, o los entes abstractos, como el alma de una persona. Sólo existe una excepción en el caso del BNOSP, que en su ley orgánica, art. 55 lo autoriza a ser fiduciario y fideicomisario al mismo tiempo.

b) DERECHOS.

La constitución del fideicomiso da origen a una relación jurídica de la más variada complejidad, como resultado de la coordinación de los diversos elementos: la pluralidad de partes que la integran, el contenido y la duración cambiantes de los derechos y obligaciones que se les atribuyan; la diferente naturaleza de los bienes que puedan constituir el objeto; etc. Los derechos y obligaciones que entran en juego en la relación fiduciaria, mantienen en actividad el buen funcionamiento de este mecanismo jurídico con vistas a la realización de un propósito pre-establecido. (6)

Habiéndose examinado las partes integrantes de la relación fiduciaria toca ahora estudiar los derechos y obligaciones que corresponde a cada una de esas partes. En esta parte del estudio haremos referencia a los derechos que tiene cada una de esas partes.

1.- Derechos del fideicomitente.

Las leyes de 1926, no contemplaban de un modo expreso la posibilidad de que el fideicomitente se reservara derechos al crear el fideicomiso. La ley de Instituciones de Crédito de 1932 concedía al fideicomitente la posibilidad de reservarse, en el acto constitutivo del fideicomiso la acción para pedir cuentas y exigir la responsabilidad de la institución fiduciaria, precepto que pasó con un cambio a la ley bancaria en vigor, misma que dispone en su artículo 138, párrafo segundo, que: las acciones para pedir cuentas para exigir la responsabilidad

(6) BATIZA, Rodolfo.- El fideicomiso. Teoría y Práctica. Pág. 282.

a las instituciones fiduciarias para pedir la remoción corresponderán al fideicomisario o a sus representantes legales y, a falta de éstos, al Ministerio Público, sin perjuicio de poder el fideicomitente reservarse en el acto constitutivo del fideicomiso o en las modificaciones del mismo, el derecho para ejercitar esta acción.

La ley de Títulos y Operaciones de Crédito, aludiendo a los bienes fideicomitados, establece que sólo podrán ejercitarse respecto a ellos los derechos y acciones que se refieran al fin a que se destinen y hace la salvedad de los derechos que expresamente se reserve el fideicomitente o los que para él deriven del fideicomiso mismo.

Puede el fideicomitente, designar a varios fideicomisarios. La ley sustantiva en vigor prescribe que el fideicomitente puede designar a varios fideicomisarios para que reciban simultánea o sucesivamente el provecho del fideicomiso, pero prohíbe que la sustitución sea por muerte del anterior, salvo el caso de que se realice a favor de personas que estén vivas o concebidas a la muerte del fideicomitente.

Igualmente, puede designar varios fiduciarios para que conjunta o sucesivamente desempeñen el fideicomiso, estableciendo el orden y las condiciones en que hayan de substituirse.

También puede el fideicomitente reservarse el derecho de supervisar la administración del fideicomiso al constituirse el fideicomiso, derecho que resulta implícito cuando se ha reservado el derecho de requerir del fiduciario la rendición de

cuentas, el de exigirle responsabilidad y el de pedir su remoción.

Sobre la rendición de cuentas, la ley bancaria en vigor, establece que el fideicomitente podrá reservarse esta acción en el acto constitutivo del fideicomiso o en las modificaciones del mismo.

Referente a la remoción del fiduciario, la ley bancaria vigente, siguiendo a la de 1932 dispone que cuando la fiduciaria, al ser requerida, no rinda las cuentas de su gestión dentro de un plazo de quince días o cuando sea declarada, por sentencia ejecutoria, culpable de las pérdidas o menoscabos que sufran los bienes dados en fideicomiso, procederá a su remoción. El fideicomitente puede reservarse este derecho en el acto constitutivo del fideicomiso o en el de sus modificaciones.

No existe en nuestro derecho una disposición que en forma expresa establezca que los derechos del fideicomitente (los que se reserve o los que para él deriven del fideicomiso) se transmiten a sus herederos. Sin embargo, podemos decir que si los derechos no son de aquéllos que se extingan por la muerte, pasan a sus herederos en los términos del art. 1281 del Código Civil. Aparte, estimamos también que es aplicable la norma de derecho común en el sentido de que el acreedor sin el consentimiento del deudor, puede ceder su derecho a un tercero, a menos que la cesión esté prohibida por la ley, se haya convenido en no hacerla o no la permita la naturaleza del derecho. (art. 2030 1er. párrafo, Código Civil).

No prevé igualmente la ley la posibilidad de modificar el fideicomiso, pero podría ser materia de reserva del fideicomitente. Estimamos que el régimen de

libertad contactual, por sí mismo, permite la modificación o la novación del fideicomiso otorgado por acto entre vivos, si con ello no se lesionan los derechos de los beneficiarios.

Tiene el fideicomitente, en el acto de constitución del fideicomiso, el derecho de revocación. Los bienes destinados al fideicomiso, extinguido éste, que queden en poder de la fiduciaria, serán devueltos al fideicomitente o a sus herederos y así encontramos en el fideicomitente el derecho a la reversión de los bienes.

II.- Derechos del fiduciario.

La institución fiduciaria debe siempre aspirar en todo tiempo a rendir un servicio inobjetable, tanto en el terreno de los negocios como en el financiero. La única razón de ser de las facultades que corresponden al fiduciario consiste en hacer posible el cumplimiento de su obligación fundamental, o sea, la realización del fin del fideicomiso que se le encomienda. Lejos de existir en forma independiente, sus facultades están íntegramente subordinadas al cumplimiento de sus obligaciones y éstas son en número mayor y de naturaleza más variada que aquéllas.

La ley sustantiva en vigor señala que la institución fiduciaria tendrá todos los derechos y acciones que se requieran para el cumplimiento del fideicomiso, salvo las normas y limitaciones que se establezcan al efecto al constituirse el mismo.

Vemos que la ley no precisa los actos que el fiduciario está autorizado pa-

ra realizar en el cumplimiento de su encargo, ni tampoco detalla restricciones a su actividad. De esta manera, no podemos hacer cualquier afirmación a priori acerca de las facultades legales del fiduciario y creemos que para estar en aptitud de determinarlas será indispensable, en cada caso, los términos del fideicomiso y así saber qué facultades se concedieron al fiduciario.

En principio, y habida cuenta del efecto translativo de dominio que la institución produce, tendrá el fiduciario facultades dominicales, tal vez restringidas por el fideicomitente y, desde luego, condicionadas del fin del fideicomiso. (7)

Sobre la facultad del fiduciario de enajenar, permutar y donar, la ley sustantiva vigente no especifica los actos o facultades que el fiduciario puede celebrar o ejercer y que la ley bancaria ordena que en las operaciones que impliquen adquisición o sustitución de bienes o derechos, o inversión de dinero o fondos líquidos, la institución deberá ajustarse a las instrucciones del fideicomitente y, cuando las mismas no fueren suficientemente precisas o cuando se hubiere dejado la determinación de la inversión a la discreción del fiduciario, ésta se realizará en valores aprobados por la Comisión Nacional de valores o en valores emitidos o garantizados por el Gobierno Federal o las instituciones nacionales de crédito.

Tomando en cuenta el silencio de la ley sustantiva y para el caso de falta de disposición expresa del acto constitutivo, estimamos que la semejanza de situaciones justifica la aplicación analógica del artículo 561 del Código Civil al disponer: los bienes inmuebles, los derechos anexos a ellos y los muebles preciosos

(7) BATIZA, Rodolfo.- Obra citada. Pág. 256.

no pueden ser enajenados y gravados por el tutor, sino por causas de absoluta necesidad o evidente utilidad del menor, debidamente justificadas y previas la conformidad del curador y la autorización judicial.

Dentro de las operaciones de adquisición de bienes o derechos, cuando se ha dejado la determinación de la inversión al fiduciario, no creemos que haya inconveniente que se realicen mediante permuta si al hacerlo así se cumple con las limitaciones impuestas por la propia ley. Por supuesto que hay que tener en cuenta sobre este particular el criterio ya expuesto en el sentido de examinar las facultades conferidas en cada caso concreto, lo mismo que el fin del fideicomiso.

Ahora bien, por las razones indicadas al tratar de la facultad de enajenar, consideramos que podría aplicarse por analogía, como regla general, la prohibición del Código Civil en el sentido de que el tutor no puede hacer donaciones a nombre del incapacitado (art. 576).

Nuestra legislación especial no prevé soluciones sobre la facultad de obtener créditos y gravar por parte del fiduciario, motivo por el cual creemos que el vacío se puede llenar con otro precepto del derecho común al establecer que sin autorización judicial no puede el tutor recibir dinero prestado en nombre del incapacitado, ya sea que se constituya o no hipoteca en el contrato. (Art. 575 del Código Civil).

Podríamos afirmar, y volviendo al derecho común a falta de disposición expresa en nuestra legislación especial, la facultad del fiduciario para transigir, comprometer en árbitros y desistirse. En efecto, el artículo 566 del Código Civil señala que se requiere licencia judicial para que el tutor transija, cuando el ob-

jeto de la reclamación consista en bienes inmuebles, muebles preciosos o bien en valores mercantiles o industriales cuya cuantía exceda de mil pesos, dispone el artículo 568 que se necesita del consentimiento del curador y de la aprobación judicial otorgada con audiencia de éste.

Sobre la facultad de arrendar del fiduciario, nuestro derecho es igualmente omiso, por lo cual, podría ser de aplicación supletoria el tantas veces citado Código Civil, mismo que dispone en sus artículos 573 y 574 que el tutor no puede dar en arrendamiento los bienes del incapacitado por más de cinco años, sino en caso de necesidad o utilidad, previos el consentimiento del curador y la autorización judicial.

Sobre este punto, el Proyecto de la Asociación de Banqueros, probablemente inspirado en el derecho angloamericano, señala que a falta de estipulaciones expresas, la institución fiduciaria se someterá a las siguientes reglas: para arrendar Inmuebles y celebrar otros actos de administración análogo, se ajustará a las prácticas usuales en el lugar de la ubicación de los bienes, además de que el plazo de los contratos relativos no deberá exceder al del fideicomiso.

Nuestra ley no prevé en forma expresa la facultad del fiduciario para promover pleitos y cobranzas, por lo cual habrá necesidad de examinar en cada caso concreto si el acto constitutivo las otorga. Estimamos que normalmente el fiduciario tendrá tal facultad, que en algunos casos revestirá incluso el carácter de obligación.

Referente al pago de honorarios correspondientes a los bancos de fideico-

miso, las leyes de 1926 no lo prevenían de manera expresa. El Proyecto Vera Es-
tañal lo hacía al referirse a los causales de renuncia, de donde pasó a la ley ban-
caria de 1932 y de ahí a la vigente. En efecto, dispone ésta que sólo se estimarán
como causas graves para admitir la renuncia de la fiduciaria que el fideicomitente,
sus causahabientes o el fideicomisario, en su caso, se nieguen a pagar las compen-
saciones estipuladas a favor de la institución fiduciaria; y que los bienes o derechos
dados en fideicomiso, en su caso, no rindan productos suficientes para cubrir estas
compensaciones (art. 137, incs. b y c, L.I.C.O.A.).

La ley bancaria establece en el art. 45 bis, introducido por decreto de 29
de diciembre de 1956, que el Banco de México estará facultado para fijar el máxi-
mo de las percepciones que las instituciones reciban como fiduciarias, comisionis-
tas o mandatarias, así como el de los intereses y otros cargos, en las operaciones
de crédito a que se refiere el segundo párrafo de la frac. VI del art. 45.

Existe considerable anarquía con respecto a los honorarios de las institucio-
nes fiduciarias. La situación no es de aquéllas que puedan arreglarse por decreto,
sino a través de la elaboración cuidadosa de un arancel en función de una adecua-
da contabilidad de costos de los servicios fiduciarios, así como de las responsabili-
dades que le son inherentes. (8)

Con referencia a la renuncia, la ley sustantiva en vigor dispone que la Ins-
titución fiduciaria no podrá excusarse o renunciar a su encargo sino por causas gra-
ves a juicio de un juez de primera instancia del lugar de su domicilio; la ley ban-

(8) BATIZA, Rodolfo.- Obra citada. Pág. 275.

caria establece que sólo se estimarán como causas graves para admitir la renuncia de la institución fiduciaria al desempeño de su encargo en un fideicomiso que el fideicomisario no pueda recibir o se niegue a recibir las prestaciones o bienes de acuerdo con el acto constitutivo, además de la negativa para pagar las compensaciones al fiduciario y el no rendimiento de productos suficientes para cubrirlos.

En realidad, la enumeración limitativa anterior, restringe indebidamente el arbitrio judicial autorizado por el art. 356 de la Ley de Títulos. Hay muchas otras situaciones de tanta o mayor gravedad que las tres enunciadas por el art. de la ley bancaria que, hasta podrían constituir motivo de excusa o renuncia obligatoria al fiduciario. (9) A manera de ejemplo, podemos citar los actos delictuosos cometidos por el fideicomitente o por el fideicomisario contra la institución o la designación simultánea o posterior del fiduciario con el carácter de fideicomisario.

III.- Derechos del fideicomisario.

La naturaleza jurídica de los derechos del beneficiario representa uno de los problemas técnicos más arduos para la adecuada adaptación del trust dentro de los sistemas romanistas, puesto que ella deriva de la dualidad de jurisdicciones que dió a la figura original características peculiares, de reproducción difícil en regímenes que no la han conocido. Así lo demuestra el incompleto tratamiento que recibe en el Proyecto Alfaro y la desmesurada expresión en Lepaulle que, con poca fortuna, fue seguida por nuestro derecho positivo. (10)

(9) BATIZA, Rodolfo.- Obra citada. Pág. 278.

(10) BATIZA, Rodolfo.- Obra citada. Pág. 298.

Ahora bien, la Ley 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. Esta disposición armoniza con naturalidad dentro del concepto general de las obligaciones y del carácter contractual del fideicomiso, a pesar de que el fideicomisario pueda no haber sido parte original. Las obligaciones asumidas, por el fiduciario, en relación con el fin del fideicomiso, serán los elementos que sirvan para determinar en cada caso lo que constituya el cumplimiento por parte del fiduciario.

Sobre este primer derecho, el Proyecto de Código de Comercio atribuye este derecho indistintamente al fideicomitente y al fideicomisario.

La ley en vigor omite conceder al fideicomisario el derecho de promover judicialmente las providencias que fueren necesarias para la seguridad de los bienes, derecho establecido en las leyes de 1926, ya que el ejercicio de este derecho lo consideramos procedente como un aspecto, del derecho más general de exigir el cumplimiento del fideicomiso. La protección que la ley bancaria otorga al fideicomisario, o sea, la remoción del fiduciario, representa un recurso impráctico por lento e insuficiente, ya que sólo procede una vez que la institución fiduciaria ha sido declarada por sentencia ejecutoria, culpable de las pérdidas o menoscabos sufridos por los bienes.

Otro derecho que tiene el fideicomisario es el de atacar la validez de los actos que la institución fiduciaria cometa en su perjuicio, de mala fe o con exceso de las facultades que por virtud del acto constitutivo o de la ley le correspondan. Estimamos, junto con el Lic. Rodolfo Batiza que la ley introduce una acción

de nulidad especial, diversa de las que consagra el derecho común y que puede asimilarse, por sus efectos, a la acción pauliana, llamada también revocatoria.

Otro derecho más del fideicomisario y que ha suscitado opiniones contrarias en nuestra doctrina es el de la reivindicación de los bienes, mismo que tendrá el fideicomisario cuando ello sea procedente que a consecuencia de actos que la institución fiduciaria haya cometido en su perjuicio de mala fe o en exceso de sus facultades, hayan salido del patrimonio del fideicomiso.

En efecto, señalaba Lepaulle que si el trustee valiéndose de su título de propietario vende fraudulentamente la "res" a un tercero de mala fe, el cestui que trust 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 fe. (11)

Es lamentable que nuestro legislador haya tomado tan al pie de la letra una descripción de tal modo errónea del derecho del beneficiario conforme al sistema angloamericano.

Este derecho es excesivo cuando se concede a quien notariamente no es propietario, sino sólo acreedor y el recto alcance de su ejercicio es nada más para el efecto de restituir la cosa al patrimonio del fideicomiso.

Consideramos, junto con Lizardi Albarán que la última característica distintiva del derecho del fideicomisario está en los efectos reales a que da lugar. Nor-

(11) LEPAULLE.- Autor citado por Rodolfo Batiza.

malmente, sigue diciendo, es el fiduciario 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, perseguirlo y aún reivindicarlos dentro de los límites de su 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 derecho real, aunque de tipo especial, diferente de los demás que conoce nuestro ordenamiento positivo. (12)

Por último, dispone el Proyecto de la Asociación de Banqueros, que el fideicomisario tendrá el derecho, en su caso, de obtener la restitución al patrimonio del mismo fideicomiso de los bienes que hayan salido de dicho patrimonio como consecuencia de los actos que cometa la institución fiduciaria en su perjuicio, con infracción del fideicomiso o de mala fe. (Art. 366 par. segundo).

Prescribe el Proyecto de Código de Comercio que el fideicomisario tendrá, además de los derechos que le conceda el acto constitutivo, el de perseguir los bienes fideicomitados para reintegrarlos al patrimonio del fideicomiso, cuando hayan salido indebidamente del mismo (art. 819, frac. II).

Tiene, además de los derechos antes señalados, los de requerimiento de cuentas, exigencia de responsabilidad y remoción del fiduciario. Sobre éstos dispone la ley bancaria que cuando la institución fiduciaria, al ser requerida, no rinda cuentas de su gestión dentro de un plazo de quince días, o cuando por sentencia ejecutoria, sea declarada culpable de las pérdidas o menoscabos que sufran los bie-

(12) LIZARDI ALBARRAN, Manuel.- Ensayo sobre la Naturaleza Jurídica del Fideicomiso. Tesis. Pág. 201.

nes dados en fideicomiso o responsable de estas pérdidas o menoscabos, procederá su remoción.

Estas acciones corresponderán al fideicomisario o a sus representantes legales y, a falta de éstos, al Ministerio Público. (Art. 138 L.I.C.O.A.).

Podemos considerar como un derecho más del fideicomisario, aunque no lo señale la ley, el de la libertad para aceptar o rechazar las ventajas que se deriven a su favor. Estimamos que es un principio que no necesita de consagración legal.

Hemos visto hasta aquí los derechos que tienen cada una de las partes en el fideicomiso. Toca ahora analizar las obligaciones para, después, proceder a hablar de la naturaleza jurídica de las mismas.

c) OBLIGACIONES.

I.- Obligaciones del fideicomitente .

Una primera obligación del fideicomitente es la de pagar los honorarios y gastos erogados a la institución fiduciaria ya que según lo dispone la ley de Instituciones de Crédito y Organizaciones Auxiliares, la falta de pago de las compensaciones estipuladas, se estimará como causa grave para admitir la renuncia de esa institución al desempeño de su cargo en un fideicomiso.

Una segunda obligación y que depende de que la constitución del fideicomiso implica un acto traslativo de dominio, es incuestionable que el fideicomitente está obligado a responder del saneamiento para el caso de evicción.

Ahora bien, si el fideicomiso es gratuito, siguiendo la regla paralela de la donación, el fideicomitente sólo sería responsable si expresamente se hubiera obligado a prestarla.

II.- Obligaciones del fiduciario .

Ni la legislación ni los proyectos que precedieron a las leyes vigentes prescriben reglas de conducta para el fiduciario. El principio que en la ley sustantiva actual preside su actividad, es el de que debe realizar el fin lícito que le ha sido encomendado. Para ello, cumplirá el fideicomiso conforme al acto constitutivo y, deberá obrar siempre como un buen padre de familia. Observamos que nuestra ley sustantiva es tan incompleta a este respecto como el modelo en que se inspiró. Algunas reglas concretas para la administración y ejecución del fideico-

miso, se encuentran en la Ley de Instituciones de Crédito y en Circulares de la Comisión Nacional Bancaria.

Las obligaciones del fiduciario existen en primer término frente al fideicomisario y frente al fideicomitente y, de manera subsidiaria, frente a los herederos de éste; pero tiene, además, la mayoría de las veces como una derivación de las que debe a las otras partes en la relación, ciertas obligaciones frente a determinadas autoridades, sobre todo, la Comisión Nacional Bancaria.

Según nuestra ley, la aceptación del fideicomiso por parte de las instituciones fiduciarias es obligatoria y sólo pueden excusarse del desempeño del cargo por causa grave que calificará el juez civil. Este precepto, 356 de la Ley de Títulos y Operaciones de Crédito contradice principios de nuestro régimen constitucional, ya que nadie podrá ser obligado a prestar trabajos personales sin la justa retribución y sin su pleno consentimiento, salvo el trabajo impuesto como pena por la autoridad judicial, el cual se ajustará a lo dispuesto en las fracciones I y II del artículo 123 constitucional (art. 5o. Constitución).

En consecuencia, se debe reconocer a las instituciones fiduciarias la plena libertad para aceptar o rechazar, según lo estimen conveniente, los negocios de fideicomiso que se les propongan.

Cuando el objeto de fideicomiso recaiga en inmuebles, el fiduciario tiene la obligación de inscribirlo en el Registro Público de la Propiedad del lugar de la ubicación del referido inmueble.

Así, el Proyecto de la Asociación de Banqueros dispone que la institución

fiduciaria, a partir de la aceptación de su cargo, será responsable del registro del fideicomiso y de sus reformas, si no se hubieren inscrito.

La obligación que tiene el fiduciario del control y conservación de los bienes no está prevista de un modo explícito ni en la ley sustantiva ni en la bancaria. Sólo el Proyecto de la Asociación de Banqueros dispone en su artículo 358, fracción tercera que la institución fiduciaria está obligada a tomar posesión de los bienes fideicomitados en los términos del acto constitutivo y cuidar de su conservación y seguridad.

Además, el fiduciario tiene la obligación de registrar en su contabilidad los fideicomisos que celebre. La ley bancaria en vigor, en su artículo 45, fracción III modificado por decreto de 29 de diciembre de 1956, señala que las instituciones fiduciarias registrarán en su contabilidad y en una contabilidad especial que deben abrir para cada contrato de fideicomiso, mandato, comisión, administración o custodia, el dinero y demás bienes, valores o derechos que se les confíen, así como los incrementos o disminución por los productos o gastos, debiendo coincidir, invariablemente, los saldos de las cuentas controladoras de la contabilidad de la institución con los de las contabilidades especiales.

El fiduciario debe cuidar de los bienes, al decir del artículo 356 de la ley sustantiva, como un buen padre de familia.

Esta obligación es reproducida por el Proyecto de la Asociación de Banqueros y el Proyecto del Código de Comercio consagra como causa de remoción del fiduciario la falta de desempeño del fideicomiso con los cuidados de un buen padre de familia.

Con referencia a la obligación de conservar los bienes por parte del fiduciario, faltan en nuestra legislación especial normas concretas que regulen la conducta del fiduciario por lo que a tal obligación se refiere. Esta situación nos obliga a recurrir al derecho común mismo que nos proporciona algunas reglas que serían de aplicación supletoria. En efecto, tratando de las obligaciones del depositario, en el Código Civil establece en su artículo 2522, párrafo segundo, que en la conservación del depósito responderá el depositario de los menoscabos, daños y perjuicios que las cosas depositadas sufrieren por su malicia y negligencia.

La obligación del fiduciario de promover y defender acciones judiciales, no prevista en la legislación especial, debe sin embargo considerarse existente desde el momento en que se le transmite el dominio de los bienes.

El Proyecto de la Asociación de Banqueros enumera entre las obligaciones del fiduciario la de ejercitar los derechos y acciones necesarios para la defensa de los bienes fideicomitidos (art. 358, frac. III).

En toda clase de operaciones que impliquen adquisición o sustitución de bienes o derechos, o inversión de dinero o fondos líquidos, deberá la institución fiduciaria ajustarse estrictamente a las instrucciones del fideicomitente; cuando esas instrucciones no fuesen suficientemente precisas, o cuando se hubiere dejado la determinación de la inversión a la discreción de la fiduciaria, la inversión se realizará, necesariamente, en valores aprobados para este fin por la Comisión Nacional de Valores o por las instituciones nacionales de crédito, debiendo procederse a la inversión en el menor plazo posible (art. 45 L.I.C.O.A., frac. IV, pár.1a.).

Señala igualmente la ley que en toda clase de operaciones que signifiquen percepción o disposición de fondos líquidos que no hayan de ser aplicados inmediatamente a un fin determinado y respecto a los cuales ni la ley ni el contrato de fideicomiso hayan determinado la aplicación que deban recibir, la institución deberá invertirlos en los valores mencionados y en tanto que no se efectúe la inversión, dichos fondos deberán mantenerse en caja o depositados en cuenta especial en el Banco de México (mismo art. frac. VII).

La ley de Títulos y Operaciones de Crédito prescribe que la institución fiduciaria estará obligada a cumplir el fideicomiso conforme al acto constitutivo y la ley bancaria reitera la obligación de que el fiduciario deberá ajustarse a las instrucciones del fideicomitente.

La ley bancaria establece que de toda percepción de rentas, frutos o productos de liquidación que realice la institución en cumplimiento de sus cometidos, dará aviso al beneficiario en el término de las 48 horas siguientes a su cobro. Igualmente notificará toda operación de inversión, adquisición o sustitución de bienes, dentro del mismo plazo, comunicando el detalle necesario para la identificación de los bienes adquiridos. En caso de que por la naturaleza del fideicomiso o por disposición expresa del fideicomitente deba suprimirse esta notificación, la institución deberá, dentro de dicho plazo, inscribir la operación con el detalle anteriormente indicado en un registro especial, foliado y sellado, que llevará con carácter rigurosamente secreto. Con respecto a las operaciones de pago que realice por cuenta ajena, se procederá del mismo modo. (Art. 45, frac. IX).

La ley bancaria dispone en su art. 45, frac. X que, con la salvedad de toda clase de información que sea solicitada por la Comisión Nacional Bancaria, la violación del secreto propio de las operaciones de fideicomiso, incluso ante las autoridades o tribunales en juicios o reclamaciones que no sean aquéllas entabladas por el fideicomitente o fideicomisario contra la institución o viceversa, constituirá a ésta en responsabilidad civil por los daños y perjuicios ocasionados, sin perjuicio de las responsabilidades penales procedentes.

La institución fiduciaria está obligada a llevar y rendir cuentas, ya que si al ser requerida, no rinde las cuentas de su gestión, dentro de un plazo de 15 días, procederá su remoción (art. 138 L.I.C.O.A.).

A este respecto, el Proyecto de la Asociación de Banqueros prescribe que la institución fiduciaria está obligada a llevar cuentas detalladas de su gestión y rendirlas periódicamente a quien corresponda (art. 358, frac. IV).

Establece la ley bancaria que en los casos en que proceda, de acuerdo con lo que dispone la ley del Impuesto sobre la Renta y su Reglamento y demás leyes aplicables, las instituciones fiduciarias estarán obligadas a retener y pagar los impuestos correspondientes o a verificar la cancelación de timbres en los recibos que se expidan cuando el impuesto se cause en esa forma (art. 45, frac. XV, reformado por decreto de 29 de diciembre de 1956).

III.- Obligaciones del fideicomisario.

Podemos considerar como única obligación del fideicomisario, aunque de una manera subsidiaria, el pago de honorarios y gastos a la institución fiduciaria,

ya que en primer término y, atento a lo dispuesto en la ley bancaria en su art. 137, inciso b, corresponde esta obligación al fideicomitente o a sus causahabientes.

El Proyecto de la Asociación de Banqueros, sobre el particular dispone que los honorarios de la institución fiduciaria podrán ser a cargo del fideicomitente, del fideicomisario o de ambos.

d) LA NATURALEZA JURIDICA DE LAS PARTES EN EL FIDEICOMISO.

La novedad del fideicomiso en México, originó que los primeros esfuerzos jurisprudenciales y doctrinarios fueran orientados a fijar su naturaleza jurídica.

Es por esto que haremos, primero, un breve análisis de la naturaleza jurídica del fideicomiso y, en seguida, pasaremos a observar la naturaleza jurídica de las partes en el fideicomiso.

Dentro de un sentido genérico se ha sostenido que el fideicomiso es un negocio jurídico.

Así Rodríguez y Rodríguez (13) que afirma que el fideicomiso debe considerarse como una variedad de los negocios fiduciarios... De este modo, se advierte que en los negocios fiduciarios existe un aspecto real, traslativo de dominio, que opera frente a terceros y un aspecto interno, de naturaleza obligatoria, que restringe los alcances de la transmisión anterior pero sólo con efectos interpartes. Por eso es evidente que el fideicomiso debe considerarse como un negocio fiduciario.

De igual manera, Jorge Barrera Graf (14), dice: Es, pues, imposible la codificación del negocio fiduciario, pero no lo es la de negocios fiduciarios específicos y concretos. Respecto a estas formas que habrán de llenar los requisitos esenciales del género al que pertenecen, es posible y deseable la reglamentación; es conveniente que el Derecho las reconozca y que respecto a ellas la ley fije sus

(13) RODRIGUEZ Y RODRIGUEZ, Joaquín.- El Fideicomiso. Esquema sobre su naturaleza, estructura y funcionamiento". Revista Jus No. 94, mayo 1946.

(14) BARRERA GRAF, Jorge.- "Los Negocios Fiduciarios", Revista de la Escuela de Estudios Contables. I.T.E.S.M., 1951, pp. 20 y sigs.

límites, precisando los derechos y las obligaciones de las partes. La razón de esta codificación estará en la práctica generalizada de una institución o en el deseo del legislador de introducir una figura benéfica y útil, como en el caso del fideicomiso en México.

La construcción doctrinal del negocio fiduciario, a pesar del atractivo intelectual que pueda tener, no es idónea para explicar la naturaleza jurídica del fideicomiso que es una figura regulada por el derecho positivo. El fideicomiso no representa una especie dentro del género de los negocios fiduciarios, desde el momento en que no consiste en un negocio formado por dos elementos cuyos efectos son contradictorios entre sí y en que el primero es real, exteriorizado, jurídicamente obligatorio en tanto que el segundo sólo tiene eficacia interna entre las partes. Tiene con el negocio fiduciario una diferencia radical de estructura: el fideicomiso es un acto jurídico reglamentado por el derecho positivo, un vínculo único con validez y eficacia idéntica entre las partes y frente a terceros (15).

Cervantes Ahumada (16), sostiene que si el negocio fiduciario es atípico por definición y el fideicomiso es un negocio típico, por principio queda excluida la equiparación. En el negocio fiduciario, como vimos, los efectos del negocio aparente se destruyen por el negocio oculto: el fideicomiso es un negocio único, no compuesto de dos negocios y cuyos efectos derivan del acto constitutivo o de la ley, no de las relaciones internas y secretas, que en el fideicomiso deben considerarse prohibidas (art. 359, frac. I, L.T.O.C.).

(15) BATIZA, Rodolfo.- Obra citada. Pág. 124.

(16) CERVANTES AHUMADA, Raúl.- Títulos y Operaciones de Crédito. Pp. 312 y sigs.

Ahora bien, si ni el art. 346 ni el 352 de la ley sustantiva precisan la naturaleza jurídica de la institución, tal circunstancia no sólo autoriza, sino que obliga a recurrir a otros preceptos legales que tienen relevancia para la solución del problema.

El art. 352 es copia del art. 18 del Proyecto Alfaro, que disponía: el Fideicomiso puede ser constituido por testamento para que tenga efectos después de la muerte del fideicomitente o por acto entre vivos. Manifestaba Alfaro ⁽¹⁷⁾, que el fideicomiso, según el espíritu del proyecto, es ni más ni menos un contrato tripartito cuya consumación depende del consentimiento que, a su debido tiempo, deba dar cada una de las partes. Reconocía que se trata de un convenio sui generis que tiene diferencias notables con la mayoría de los contratos sinalagmáticos definidos por el Código Civil. Mas si la característica esencial de los contratos, agregaba, es producir entre las partes derechos y obligaciones recíprocos, esa característica no falta en el fideicomiso, constituido el cual surgen tales derechos y obligaciones entre el fiduciario y el fideicomisario o el fideicomitente o ambos.

Más adelante, al comentar Alfaro el art. 36, inc. 5o. de su proyecto, afirmaba: Todo fideicomiso tiene que recaer forzosamente sobre un bien. La cosa fideicomitada es el objeto del fideicomiso. Si la cosa se destruye, queda un contrato que carece de objeto. El contrato en semejantes condiciones no puede existir por faltarle uno de sus elementos esenciales y, por tanto, el fideicomiso se extingue.

(17) ALFARO. Citado por Rodolfo Batiza. Pp. 125 y sigs.

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 cumpliere lo 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".

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, es sólo aplicable a esta clase de contratos (18):

Nuestra reglamentación positiva consagra esos derechos recíprocos, con lo cual se confirma la posición que sostenemos. El art. 138 de la Ley Bancaria dispone que si la institución fiduciaria no rinde las cuentas de su gestión al ser requerida, o si es judicialmente declarada culpable de las pérdidas o el menoscabo que sufran los bienes fideicomitidos, el fideicomisario, sus representantes legales o el fideicomitente, si se reservó ese derecho, podrán pedir su remoción, sin perjuicio de

(18) RUGGIERO, Roberto de.- Instituciones de Derecho Civil. Tomo III. Traducción por Ramón Serrano y José Santa Cruz. Madrid 1944. Pp. 264 y sigs.

la opción que les concede el art. 355 de la ley de Títulos para exigir al fiduciario el cumplimiento del fideicomiso. Conforme al art. 137, incs. 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 cubrirlos.

Ahora bien, se ha tratado de comparar al fideicomiso con otros contratos, tales como el mandato, el depósito y la estipulación a favor de tercero.

Con referencia al mandato, surgió un problema en las leyes de 1926 que lo definían como un mandato irrevocable, pero superada esa época, la doctrina que los interpreta y diversas ejecutorias de la Suprema Corte coinciden en cuanto a que el criterio de distinción radica en la transmisión de dominio que produce el fideicomiso.

Igual distinción existe con respecto al depósito, ya que en tanto en el depósito sólo hay un cambio de posesión, en el fideicomiso se produce un cambio en la propiedad.

Con respecto a la estipulación a favor de tercero, surgen diferencias considerables, tales como: en el fideicomiso la revocación del fideicomitente no está condicionada a la aceptación del beneficiario; la fuente de la obligación en la estipulación a favor de tercero es la voluntad unilateral del prominente, en tanto que el fideicomiso es de naturaleza contractual.

Naturaleza jurídica del fideicomitente.

Vista la naturaleza jurídica del fideicomiso, analizaremos ahora, como señalamos al principio, la naturaleza jurídica de las partes en el fideicomiso.

Ha quedado plenamente establecido que las partes en el fideicomiso son: fideicomitente, fideicomisario y fiduciario.

De igual manera, señalamos que sólo pueden ser fideicomitentes las personas físicas o jurídicas que tengan la capacidad necesaria para hacer la afectación de bienes que el fideicomiso implica.

Es así que al hablar de capacidad, surge la interrogación de qué clase de capacidad debe tener el fideicomitente.

Puede definirse a la capacidad como "la aptitud jurídica para ser sujeto de derechos y obligaciones y hacerlos valer" (19).

De este concepto se deduce que hay dos tipos de capacidad:

I.- De Goce: aptitud jurídica para ser sujeto de derechos y obligaciones;

y

II.- De Ejercicio: aptitud jurídica de ejercitar o hacer valer los derechos que se tengan y para contraer obligaciones.

La capacidad de goce, todo sujeto, por el hecho de serlo, debe tenerla. Si se suprime, desaparece la personalidad por cuanto que impide al ente la posibilidad jurídica de actuar.

(19) PLANIOL, Marcel.- Tratado Elemental. Traducción Cajica. Tomo VII. Pág. 65.

La capacidad de goce se atribuye, también, antes de la existencia orgánica independiente del ser humano ya concebido quedando su personalidad destruída si no nace vivo y viable.

Así como el nacimiento o la concepción del ser determinan el origen de la capacidad y, por lo tanto, de la personalidad, la muerte constituye el fin.

Podemos hablar de ciertos grados de esta capacidad de goce. En efecto, el grado mínimo de capacidad de goce existe, en el ser concebido pero no nacido, bajo la condición impuesta en nuestro Código Civil de que nazca vivo y sea presentado al Registro Civil o viva 24 horas. Esta forma mínima permite al embrión humano tener derechos subjetivos patrimoniales, es decir, derecho de heredar, de recibir en legados o de recibir donación.

Una segunda manifestación de la capacidad de goce, se refiere a los menores de edad.

Por último, el tercer grado está representado por los mayores de edad. En este punto, debemos hacer la siguiente distinción: si están en pleno uso y goce de sus facultades mentales o, si están sujetos a interdicción por locura, idiotismo, imbecilidad o uso constante de drogas enervantes. Estas diferentes formas que perturban la inteligencia no afectan la capacidad de goce desde el punto de vista patrimonial, pero evidentemente que sí afectan la capacidad de goce en cuanto a las relaciones de familia. Es decir, se puede ser titular de derechos y obligaciones de orden pecunario, pero no se puede desempeñar la función educativa, ni la representativa inherente a la patria potestad o a la tutela en su caso ⁽²⁰⁾.

(20) ROJINA VILLEGAS, Rafael.- Compendio de Derecho Civil. Tomo I. Pp. 163-164.

Ahora bien, la incapacidad de goce se da, en el Derecho Mexicano, en los siguientes casos: (21)

- a) Corporaciones religiosas y ministros de los cultos (art. 27, inc. II y art. 130 párr. 15 Constitucional);
- b) Instituciones de Beneficiencia (art. 27 inc. III Const.);
- c) Sociedades comerciales por acciones (mismo art. inc. IV);
- d) Los extranjeros (art. 27, inc. I Const.); y
- e) Incapacidad por sentencia judicial civil o penal.

La capacidad de ejercicio es, como dijimos anteriormente, la aptitud jurídica de ejercitar o para hacer valer los derechos que se tengan y para contraer obligaciones. Es decir, esta capacidad supone la posibilidad jurídica en el sujeto de hacer valer directamente sus derechos, de celebrar en nombre propio actos jurídicos, de contraer obligaciones y cumplirlas y de ejercitar las acciones conducentes ante los tribunales.

Así como existe la incapacidad de goce, existe la incapacidad de ejercicio que implica el ser titular de derechos pero no poder ejercitarlos.

Siguiendo las ideas de Gutiérrez y González ⁽²²⁾, podemos decir que en Derecho Mexicano existen dos grados en la incapacidad de ejercicio, a saber:

- a) General, y
- b) Especial.

(21) GUTIERREZ Y GONZALEZ.- Derecho de las Obligaciones. Pp. 278 y sigs.

(22) Obra citada. Pp. 282 y sig.

La incapacidad de ejercicio general la establece el art. 450 del Código Civil cuando determina:

"Tienen incapacidad natural y legal: I.- Los menores de edad; II.- Los mayores de edad privados de inteligencia por locura, idiotismo o imbecilidad, aún cuando tengan intervalos lúcidos; III.- Los sordo-mudos que no saben leer ni escribir; IV.- Los ebrios consuetudinarios y los que habitualmente hacen uso inmoderado de drogas enervantes".

Esta disposición sufre excepciones, y entre ellas se tienen las establecidas en materia sucesoria en los arts. 1306 y 1307 del Código Civil.

Como excepción también a la regla enunciada se tiene el caso de los menores de 21 años emancipados, bien por el matrimonio, bien por seguir los procedimientos que la ley establece de acuerdo con los artículos 641 y 642 del Código Civil.

En segundo lugar, señalamos la incapacidad de ejercicio especial.

Así como la ley establece la incapacidad general de ejercicio, también a las personas con plena capacidad de goce y de ejercicio les crea ciertas incapacidades especiales respecto de la última. Tal es la situación de la mujer casada que conforme a las normas contenidas en los arts. 174, 175 y 176 del mismo Código Civil, no puede celebrar con su esposo ningún contrato, excepción hecha del mandato, el de fianza para que su esposo salga en libertad o el de compraventa, cuando estuvieren casados bajo el régimen de separación de bienes.

Estudiadas de una manera general las reglas sobre la capacidad, tanto de goce como de ejercicio, debemos concluir que el fideicomitente debe de tener la ca-

capacidad de ejercicio sin limitación de ninguna especie, pero además de esta capacidad de ejercicio sin limitación, debe tener la capacidad especial que requiere la ley para llevar a cabo actos de dominio. Es decir, en la ejecución de actos de dominio, como lo es el fideicomiso por la transferencia de la titularidad del bien al fiduciario hecha por el fideicomitente, no basta tener la capacidad general por ser mayor de edad, sino la posibilidad jurídica de disponer de los bienes de que se trate.

La capacidad para celebrar actos de dominio supone la propiedad, la autorización legal o la del propietario para realizarlos, es decir, estos actos de dominio, como el de afectar un bien en fideicomiso, pueden celebrarse: primero, por el propietario; segundo, por aquél que, sin ser el propietario, tiene autorización de la ley para realizarlo (será el caso de los que ejerzan la patria potestad y la tutela, previa la autorización judicial), y tercero, por aquéllos que tienen un mandato especial o una representación voluntaria, facultados para celebrarlos.

Naturaleza jurídica del fideicomisario.

Ahora bien, así como el fideicomitente necesita de la capacidad de ejercicio y de la capacidad para actos de dominio, así el fideicomisario sólo necesitará de la capacidad de goce para recibir los beneficios del fideicomiso.

En efecto, la ley sustantiva señala en su artículo 348 que pueden ser fideicomisarios las personas físicas o jurídicas que tengan la capacidad necesaria para recibir el provecho que el fideicomiso implica.

Con respecto a este punto, la ley señala que estará prohibido el fideicomiso

cuya duración sea mayor de treinta años, cuando se designe como beneficiario a una persona jurídica que no sea de orden público o institución de beneficencia. Sin embargo, continúa la ley, pueden constituirse con duración mayor de treinta años cuando el fin del fideicomiso sea el mantenimiento de museos de carácter científico o artístico que no tengan fines de lucro (art. 359, frac. III).

Estimamos conveniente la salvedad que establece la ley en el artículo antes citado por lo siguiente:

Cuando una persona desea beneficiar a instituciones de carácter científico o artístico por medio de un fideicomiso, el Estado no tiene por qué limitar esa actuación en virtud de que se está actuando en beneficio de la colectividad, en beneficio de un interés público que debe sobreponerse a cualquier interés de carácter personal.

Consideramos que esta razón fue la que indujo al legislador a crear esa salvedad en virtud de que se actúa, como señalamos, en beneficio de la colectividad.

Naturaleza jurídica del fiduciario.

Hemos señalado anteriormente, que sólo las instituciones expresamente autorizadas por la Ley General de Instituciones de Crédito, pueden ser fiduciarias. En efecto, la ley bancaria dispone en su artículo 2o., fracción VI, que:

"Para dedicarse al ejercicio de la banca y del crédito se requerirá concesión del Gobierno Federal que compete otorgar discrecionalmente a la Secretaría de Hacienda y Crédito Público, oyendo la opinión de la Comisión Nacional Bancaria y del Banco de México.

Las concesiones que otorgue el Gobierno Federal se referirán a alguno de los siguientes grupos de operaciones de banca y crédito: ...

VI.- Las operaciones fiduciarias".

Es así como sólo las instituciones de crédito que disfruten de concesión, podrán dedicarse a las operaciones fiduciarias.

Anteriormente, la ley hablaba de autorización pero, por decreto de fecha 29 de diciembre de 1962 publicado en el Diario Oficial de 31 del mismo mes, en vigor 3 días después, se cambió el término de "autorización" por el de "concesión".

Consideramos acertada esta medida del legislador en virtud de que el término "concesión" es más amplio que el de "autorización". En efecto, el Diccionario Enciclopédico Abreviado, nos dice que "autorizar es dar a uno autoridad o facultad para hacer alguna cosa" y "concesión es el otorgamiento gubernativo a favor de particulares o de empresas, bien sea para apropiaciones, disfrutes o aprovechamientos privados en el dominio público, según acontece en minas, aguas o montes, bien para construir obras públicas, o bien para ordenar, sustentar o aprovechar servicios de la administración general o local".

Además de la distinción gramatical, también cabe distinguirlos desde el punto de vista jurídico. Andrés Serra Rojas en su libro Derecho Administrativo (pág. 373), nos dice: "La concesión es un acto por medio del cual se confiere a un particular un nuevo derecho subjetivo, por medio del cual el Poder Público le transfiere derechos o facultades administrativas, mediante determinadas cláusulas,

derivadas del interés público. La autorización, licencia o permiso se diferencia de la concesión que es un acto constitutivo por medio del cual la Administración confiere derechos a un particular en lo que determina el nacimiento de un nuevo derecho a favor de una persona, sino la eliminación de un requisito jurídico para poder ejercitar un derecho conferido por el propio poder".

Además de los señalados anteriormente en el sentido de que el término concesión es más amplio que el de autorización, la banca, tratándose de un servicio público, necesita de una concesión para dedicarse a ese ejercicio, ya que si no fuera un servicio público, bastaría que gozara de una autorización, pero tratándose como lo es de un servicio público, se requiere una concesión.

Habiendo dejado asentado lo anterior, pasaremos a estudiar las instituciones de crédito.

De acuerdo con el artículo 8o. de la ley bancaria, solamente podrán disfrutar de concesión para ejercer habitualmente la banca y el crédito dentro del territorio de la República, las sociedades constituidas en forma de sociedad anónima de capital fijo o variable. La ley que reglamente genéricamente la constitución y el funcionamiento de las instituciones de crédito es, por lo que hace a su aspecto general, la Ley General de Sociedades Mercantiles, publicada el 4 de agosto de 1934. Sin embargo, las sociedades anónimas autorizadas para el ejercicio de la banca y el crédito, están sujetas a régimen de excepción contenido en la Ley General de Instituciones de Crédito y Organizaciones Auxiliares, cuyo artículo 8o. prescribe que las reglas que el mismo contiene son de aplicación especial para las

sociedades antes mencionadas. Las disposiciones del ya citado artículo 8o. son aplicables en general a todas las instituciones de crédito y a las organizaciones auxiliares.

Ahora bien, toda sociedad persigue un fin común a los socios que la integran. La especificación en el acta constitutiva de la sociedad, de dicho fin común es, propiamente hablando, el objeto de la sociedad. El objeto de las sociedades que operan como instituciones de crédito o como organizaciones auxiliares es el ejercicio de la banca y del crédito dentro del territorio de la República.

El objeto de la institución de crédito es la realización de la operación bancaria que se distingue de la simple operación de crédito porque:

- 1) Es realizada en masa, habitual o profesionalmente;
- 2) Es realizada por persona legal y goza de una concesión para ella; y
- 3) Quien la realiza opera con dinero ajeno (en lo que se distingue del capitalista que maneja dinero propio) ⁽²³⁾.

Dicho objeto está determinado por el artículo 2o. de la Ley y puede consistir en el ejercicio de la banca de depósito, en la práctica de operaciones de depósito de ahorro, financieras, de crédito hipotecario, de capitalización, fiduciarias o de ahorro y préstamo para la vivienda familiar.

La sociedad anónima tiene que operar bajo una denominación que deberá ser distinta de la de cualquiera otra sociedad e irá seguida siempre de las palabras sociedad anónima o de sus siglas S.A. (arts. 87 y 88 L.G.S.M.).

(23) HERNANDEZ, Octavio A.- Obra citada. Pp. 73 y sigs.

Tratándose de las sociedades anónimas comunes y corrientes, la denominación puede formarse libremente, es decir, los socios pueden determinar sin restricción el nombre de la sociedad. Ahora bien, por lo que hace a las instituciones de crédito, si se trata de los términos banco, banca, banquero, financiera, crédito, capitalización, crédito inmobiliario o hipotecario, crédito mobiliario e industrial, ahorro, cajas de ahorro, fiduciaria o de fideicomiso, o cualquier otro término sinónimo, su uso queda prohibido a aquellas sociedades que no cuenten con la concesión para actuar como instituciones de crédito.

El uso de las palabras que el art. 5o. reserva a las instituciones de crédito, por quienes no disfruten de la concesión correspondiente, se castigará por la Secretaría de Hacienda con multa hasta de \$1,000.00 a cada uno de los gerentes, directores, administradores o miembros del consejo de administración y la negociación será clausurada administrativamente por la Comisión Nacional Bancaria, hasta que su denominación sea cambiada (art. 147, L.I.C.O.A.).

Toda sociedad necesita, para su funcionamiento, de patrimonio inicial que se integra con las aportaciones que hacen los socios interesados en la consecución del objeto de la sociedad. Dicho patrimonio es el capital. La Ley de Sociedades fija, para la sociedad anónima, un capital no menor de \$25,000.00 cuyo 20% al menos, debe estar íntegramente suscrito y pagado.

La Ley de Instituciones de Crédito señala el capital mínimo para cada una de las instituciones que ella reglamenta, el cual, al constituirse la sociedad, deberá estar totalmente suscrito y pagado. Cuando el capital social exceda del mínimo, deberá estar pagado cuando menos el 50% del capital suscrito.

El órgano oficial de inspección y vigilancia de las instituciones de crédito es la Comisión Nacional Bancaria, cuya reglamentación se halla comprendida en los artículos 160 al 171 inclusive de la Ley Bancaria, en el Reglamento Interior de la propia Comisión, de 31 de diciembre de 1936, publicado el 14 de enero de 1937, y en el Reglamento de Inspección, Vigilancia y Contabilidad, expedido el 28 de enero de 1935 y publicado el 9 de febrero del mismo año.

Por último, podemos concluir que la fiduciaria será siempre una institución de crédito que goce de una concesión que le otorgue la Secretaría de Hacienda y Crédito Público oyendo la opinión de la Comisión Nacional Bancaria y del Banco de México.

e) JUSTIFICACION EN EL DERECHO MEXICANO DE QUE EL FIDUCIARIO DEBA SER SIEMPRE INSTITUCION DE CREDITO.

Es muy difícil establecer una clasificación sistemática de las épocas de desarrollo de las Instituciones bancarias en México, especialmente por la falta de datos suficientes para hacer la historia económica del país.

Antes de la Independencia no existían instituciones bancarias, como tampoco existían en España ni en la mayor parte de los países europeos (24).

Sin embargo, es evidente, que debieron existir quienes se dedicaron profesionalmente a hacer operaciones de las que después se han considerado como bancarias, especialmente cambios de dinero, giros, depósitos y diversas modalidades del préstamo, todas ellas exigidas por el desarrollo del comercio y de la industria extractiva.

En esta época colonial, no obstante, existieron algunas organizaciones bancarias típicas, tales como el Banco de Avfo de Minas y el Banco del Monte de Piedad.

La primera Institución de crédito propiamente dicha fundada durante el coloniaje español, es el Banco de Avfo de Minas, cuya gestación fue, a grandes rasgos, la siguiente:

- 1) En 1743, Domingo Reborato y Salas propuso al Real y Supremo Consejo de Indias la creación de una compañía de aviadores con un capital de \$2.000,000.00, compañía que estaría autorizada para efectuar opera-

(24) RODRIGUEZ Y RODRIGUEZ, Joaquín. Derecho Bancario Mexicano. 2a. Ed. México, 1964. Pág. 22.

ciones de comercio, como otro cualquiera, dentro y fuera del Reino, sin asumir riesgo alguno y sin prestar sus propios fondos.

Esta proposición de Reborato fue rechazada, pues la compañía que pretendía fundar era, más que institución de crédito, empresa explotadora de minas.

- 2) Un nuevo proyecto fue redactado por una comisión en 1750, proyecto formulado para la creación de una compañía que aviara la explotación de las minas.
- 3) Finalmente, fue la Ordenanza de Minas de 1783, la que en su Título XV se ocupa del Fondo y Banco de Avíos de Minas y crea la estructura de un verdadero banco refaccionario y que, al decir de Cervantes (25) sus características principales eran:
 - a) Recibe la plata a bajo precio;
 - b) No percibe interés;
 - c) Tiene como garantía los frutos de las minas, no la mina misma;
 - d) Deja la administración de la mina al minero; y
 - e) Se limita a vigilar la inversión de los fondos, nombrando al efecto un interventor.

Junto al Banco de Avío de Minas, merece mención especial el Banco del Monte de Piedad.

Surgió este Banco como una fundación privada de don Pedro Romero de Terreros, Conde de Regla, aprobada por Real Cédula de 2 de junio de 1774. Su capital

(25) CERVANTES, Manuel.- Naturaleza Jurídica del Contrato de Refacción y Avío. México 1936. Pág. 102.

de \$300,000.00 debía dedicarse a la concesión de préstamos pequeños, con garantía prendaria, a personas necesitadas.

Hacia el año de 1789 este banco empezó a operar como institución de emisión, emitiendo certificados por los depósitos confidenciales que recibía. Los certificados eran documentos al portador pagaderos a la vista. Esta institución sufrió diversas vicisitudes y, en 1879, transfirió su facultad de emisión al Banco de Fomento que fracasó rápidamente.

Ya iniciado el proceso de independencia, surgieron diversos intentos para la organización de instituciones de crédito. De éstos, debe mencionarse el Banco de Avño, que se debía dedicar al fomento de la industria nacional (16 de octubre de 1830) y que fue disuelto en 1842.

De la misma época es el Banco de amortización, creado el 17 de enero de 1837, que debía amortizar diversas clases de monedas y emitir cédulas; pero tampoco debió tener gran éxito en cuanto que fue suprimido por la ley de 6 de diciembre de 1841.

Bajo la vigencia del Código de Comercio de 1854, se constituyó el primer banco de características modernas, al obtener don Guillermo Newbold, el 22 de junio de 1864, el establecimiento y la matrícula del Banco de Londres, México y Sudamérica que, originalmente, se encontraba establecido en Londres pero con autorización para fundar sucursales en México y en otros países sudamericanos. Este banco funcionó como de emisión, desde su principio hasta que se constituyó el Banco de México, con el monopolio de la emisión de billetes.

El Banco de Londres sufrió una grave crisis, suscitada por la concesión del monopolio de emisión de billetes del Banco Nacional de México, hecha de acuerdo con las disposiciones del nuevo Código de Comercio de 1884. Esta cuestión se resolvió prácticamente por una transacción, auspiciada por el Gobierno, que consistió en esencia en la adquisición de una concesión para la emisión de billetes que tenía el fracasado Banco de Empleados. El 27 de agosto de 1886, de acuerdo con el nuevo contrato celebrado con el Gobierno, quedó autorizado para continuar como banco de emisión (26).

El Banco Nacional Mexicano surgió en virtud del Contrato celebrado entre el Gobierno Mexicano y el representante del Banco Franco Egipcio como banco de emisión, descuento y depósito y empezó sus operaciones en marzo de 1882.

Nace, en oposición al Banco Nacional Mexicano, el Banco Mercantil habiéndose suscrito su capital casi íntegramente por españoles. Sus estatutos se publicaron el 6 de octubre de 1881 e inmediatamente comenzó a funcionar como banco libre.

La competencia entre ambos bancos provocó una difícil situación para el Nacional Mexicano, que fue salvado gracias a la actuación del Banco Mercantil que admitió los billetes de aquél y éste fue el primer paso dado para una futura fusión. Los hombres pensadores de ambos bancos comprendieron que era imposible la marcha de los dos bajo la fase de competencia y hostilidad, "y que uno tenía lo que al otro le faltaba y los dos se complementaban. El Banco Nacional tenía la facultad legítima de su emisión, garantizada por una ley, y el Banco Mercantil la representa-

(26) RODRIGUEZ Y RODRIGUEZ, Joaquín.- Obra citada. Pág. 25.

ción del capital mexicano y del comercio de la República" (27).

Estas razones indujeron a ambos bancos a una fusión total, cuyo convenio fue aprobado por la ley de 31 de mayo de 1884, surgiendo desde entonces el Banco Nacional de México, que continúa funcionando en la actualidad.

En 1882 es fundado el Banco Hipotecario, dedicado a hacer préstamos sobre propiedades situadas en el Distrito y Territorios Federales y a ciertos bancos hipotecarios y de caja. En 1888 se le autorizó para ampliar su campo de operaciones, transformándose la institución en el Banco Internacional e Hipotecario.

De lo anterior se deduce que todo el capital de los tres bancos más importantes, luego dos, era casi exclusivamente extranjero: inglés, en el Banco de Londres; francés, en el Banco Nacional de México y español, en el Banco Mercantil.

El movimiento revolucionario de 1910 culminó con la Constitución de 1917 que estableció el privilegio de emisión a favor de un banco de Estado, que fue el Banco de México, cuya primera ley orgánica es de 25 de agosto de 1925 y que empezó a operar el primero de septiembre de ese mismo año (28).

Ahora bien, desde el punto de vista legislativo, el proceso de la evolución de las instituciones de crédito está marcado por los siguientes puntos:

1o.- Leyes de la Novésima Recopilación relativas a cambios y banqueros tales como las que expone Juan de Hevia Bolaños (29).

(27) MACEDO, Pablo y SANCHEZ GAVITO, Indalecio.- La cuestión de los bancos. México, 1885 y 1890. Pág. 50.

(28) RODRIGUEZ Y RODRIGUEZ, Joaquín.- Obra citada, pág. 26.

(29) Autor citado por Joaquín Rodríguez y Rodríguez. Obra citada. Pág. 27.

Los principios generales sobre esta materia eran: "los bancos son un género de cambios a quien se da la moneda en guarda para que disponga y según les ordenaren los que la dieren"; "todos los que quisieren pueden ser Cambios y Bancos sin pena ni impedimento alguno"; "en las Indias, en el lugar que residiere el Virrey, él los puede nombrar, y en los demás puebls dar la licencia que el Consejo Real puede dar, pues el Virrey tiene el mismo poder que el Rey en lo que no le fuere especialmente prohibido"; "ninguno por sí solo puede tener Cambio, ni Banco público, sino que han de ser dos al menos, obligados in solidum a ello, ni puede haber en el Reino un Cambio o Banco público solo, sino dos o más" (30).

La vigencia de estas disposiciones ha sido definida por Macedo (31) y, por si fuere poco, podría reforzarse con las palabras de Pallares (32) que, con referencia a la Curia Filípica, afirma que "adquirió la reputación de una obra verdaderamente clásica, llegó a ser un libro de consulta de los Tribunales y en la Curia, tanto en España como en México y sus doctrinas tenían casi el prestigio de verdaderas leyes".

Podemos observar que estaba prohibido el monopolio de un banco, al exigirse que siempre hubiese dos o más, sin que pudiese haber un Cambio o Banco público solamente.

2o.- En un segundo punto, podemos situar al Código de Comercio de los

(30) Citado por J. Rodríguez y Rodríguez. Pág. 27. Obra citada.

(31) Obra citada. Pág. 57.

(32) PALLARES.- Derecho Mercantil. México, 1891. Pág. 259.

Estados Unidos Mexicanos de 1884.

Entre las disposiciones más importantes de este Código, podemos señalar las siguientes:

- a) El establecimiento de los bancos de emisión, circulación, descuento, depósito, hipotecarios, agrícolas, de minería o de cualquiera otra clase, sólo puede hacerse con autorización de la Secretaría de Hacienda;
- b) Los bancos han de adoptar precisamente la forma de sociedades anónimas o de responsabilidad limitada;
- c) Los estatutos han de ser aprobados por dicha Secretaría de Hacienda;
- d) Los bancos de emisión debían constituir un depósito o dar determinada fianza y cumplir otros requisitos especiales de manera que la emisión de billetes estaba minuciosamente reglamentada.

Estas disposiciones, como otras muchas, provocaron un amplio desarrollo de los bancos.

3o.- Un tercer momento, lo representa el Código de Comercio de 1889.

Este Código, teniendo en consideración la vieja pugna por el monopolio de emisión entre el Banco de Londres y el Nacional de México, cuya situación podría resultar incompatible con una reglamentación bancaria apropiada, dispuso que las instituciones de crédito se regirían por una ley especial y que mientras ésta se expediera, ninguna de dichas instituciones podría establecerse en la República sin previa autorización de la Secretaría de Hacienda y sin que el contrato respectivo

fuera aprobado por el Congreso de la Unión ⁽³³⁾. Esta disposición creó una situación de absoluta libertad bancaria inadecuada para el establecimiento de un sistema de crédito homogéneo.

Para remediar esto, en 1896 se facultó al Secretario de Hacienda para formular una ley Bancaria. En dicha autorización:

- 1) Se fijaron las bases a las que debería sujetarse el Ejecutivo para dictar la Ley;
- 2) Se facultó al Ejecutivo para celebrar un convenio con el Banco Nacional de México a fin de eliminar cualquier posible incompatibilidad entre la concesión de que disfrutaba dicho banco y las disposiciones de la ley proyectada; y
- 3) Se facultó al Ejecutivo para negociar convenios con otras instituciones nacidas bajo la libertad bancaria del régimen legal anterior ⁽³⁴⁾.

En efecto, esa ley de que hablaba el Código de Comercio de 1889 aparece hasta el 19 de marzo de 1897.

En esta ley, junto a la reglamentación de los bancos de emisión y de los bancos hipotecarios, se habla con una consideración especial de los bancos refaccionarios, diciendo que éstos tenían como finalidad básica la distribución del crédito agrícola y del crédito minero.

El 31 de agosto de 1926 se expidió nueva Ley General de Instituciones de Crédito y Establecimientos Bancarios.

(33) HERNANDEZ, Octavio A.- Derecho Bancario Mexicano. Tomo I. Pág. 49.

(34) Obra citada. Pág. 49.

Al decir de Rodríguez y Rodríguez ⁽³⁵⁾, esta ley es la más importante que se ha publicado sobre esta materia hasta el presente, ya que no sólo vino a consolidar todo un largo proceso legislativo de acuerdo con las nuevas necesidades del país, sino que, al mismo tiempo, establece las bases generales que han sido conservadas en las reformas posteriores.

En esta Ley se consignan los mismos tres grupos de instituciones crediticias de que habla la Ley de diciembre de 1924, es decir, las instituciones de crédito, propiamente dichas; establecimientos que tenían por objeto exclusivo o, por lo menos, principal, practicar operaciones bancarias; y establecimientos asimilados a los bancarios por practicar operaciones que afectaban al público en general, recibiendo depósitos o emitiendo títulos pagaderos en abonos y destinados a ser colocados en público. Se agrega a dicha clasificación los bancos de fideicomiso, antes reglamentados por Ley especial. También se regula en dicha Ley el establecimiento y funcionamiento de los bancos o cajas de ahorro, de los almacenes generales de depósito y de las compañías de fianzas que, hasta esa fecha, se rigieron por las leyes particulares.

4o.- El cuarto momento lo representa la Ley General de Instituciones de Crédito de 1932 en la que se subraya aún más el papel interventor del Estado y se regulan las diversas operaciones bancarias.

"Su técnica fué adecuada al lapso de su vigencia y sirvió para modernizar y completar el sistema de crédito mexicano" (36).

(35) Obra citada. Pág. 29.

(36) Félix F. PALAVICINI.- Citado por Octavio A. Hernández. Pág. 58.

5o.- Finalmente, la Ley General de Instituciones de Crédito de 31 de mayo de 1941, marca la última etapa legislativa. Fue modificada por decreto de 11 de febrero de 1949 y por decreto de 27 de diciembre de 1954.

Esta ley en el Título II, en los siete Capítulos que lo integran, se refiere a las instituciones de crédito que la propia ley reconoce: bancos de depósito, bancos de depósito de ahorro, sociedades financieras, sociedades de crédito hipotecario, sociedades de capitalización, sociedades fiduciarias y bancos de ahorro y préstamo para la vivienda familiar.

Vistos los antecedentes en México de la Banca, lo que nos interesa ahora es el Capítulo II, Título VI de la Ley de 1941 que habla de las sociedades fiduciarias.

En efecto, para que puedan operar como fiduciarias, necesitan de una concesión otorgada por la Secretaría de Hacienda y Crédito Público (art. 44 L.I.C.O.A.).

Esta exigencia legal, tanto de la Ley de Títulos (art. 350 primer párrafo), como de la Ley de Instituciones de Crédito, representa varias ventajas para las personas que deseen celebrar un fideicomiso.

Una de estas ventajas es la de asegurar que quien desempeña el cargo de fiduciaria sea institución de reconocida solvencia. Las instituciones fiduciarias deberán contar con un capital mínimo dentro de los límites de \$200,000.00 a un \$1,000,000.00 cualquiera que sea la localidad donde se propongan operar.

El art. 92 de la ley Bancaria establece en favor de las instituciones de Crédito y Organizaciones Auxiliares la presunción de que se consideren de acreditada solven-

bancaria es actividad de la Comisión Nacional Bancaria llevada a cabo por medio de visitas o inspecciones practicadas a las instituciones de crédito y a las organizaciones auxiliares, en las que se aplican procedimientos jurídicos y técnicos contables, cuya finalidad es comprobar que la constitución y el funcionamiento de las mencionadas instituciones y organizaciones se ajustan a lo dispuesto por las normas legales, reglamentarias o administrativas que las rigen o, en caso contrario, indicar las medidas necesarias que deben ser tomadas para que dicho fin se realice". y que "la vigilancia bancaria es también una actividad de la Comisión llevada a cabo mediante la obtención jurídica de datos consistentes en informes, estados contables, documentos, números estadísticos, registros administrativos y otros semejantes, cuyo fin es el mismo que el perseguido por la inspección bancaria".

Tan la Comisión Nacional Bancaria vigila a las fiduciarias que los delegados fiduciarios, aunque son libremente designados por la institución, su nombramiento debe ser confirmado por la Comisión quien tiene el derecho de vetarlo o removerlo (art. 45, frac. VI, L.I.C.O.A.).

CAPITULO IV.-

CONCLUSIONES.

1.- Podemos citar, como antecedentes históricos del fideicomiso, el Fideicommissum romano que se dividía en Pactum Fiduciae cum amico y Pactum Fiduciae cum creditore; el Mayorazgo Feudal de la Edad Media; y, por último, y probablemente el más importante, el Trust, que a la vez lo encontramos en el derecho inglés con los "Uses".

2.- El fideicomiso en México está regulado por la Ley de Títulos y Operaciones de Crédito y por la Ley General de Instituciones de Crédito y Organizaciones Auxiliares.

3.- Desde el punto de vista jurídico, integran el concepto de parte, los siguientes elementos:

- a) Ser sujeto de derecho;
- b) Manifestar su voluntad; y
- c) Actuar de manera tal que se produzcan consecuencias de derecho.

4.- Parte en el contrato es el sujeto de derecho que, en un negocio jurídico, manifiesta su voluntad para producir consecuencias de derecho.

5.- Parte en el proceso es el que demanda en nombre propio (o en cuyo nombre es demandada) una actuación de la ley y aquél frente a la cual ésta es demandada. También son partes: el juez en los incidentes en que se discuta su representación; el Ministerio Público cuando procede por vía de acción.

6.- El concepto de parte es procesal y no de orden sustantivo.

7.- Tercero para los efectos del contrato es toda persona que no intervenga en el mismo.

8.- Son terceros, para los efectos del contrato:

- a) El que no fue representado;
- b) El sucesor a título particular;
- c) El representante.

9.- Tratándose del ejercicio de la acción procesal, la ley considera como terceros y los faculta a obrar como tales en el proceso a todas las personas que no sean ni el actor ni el demandado.

10.- Son partes en el fideicomiso:

- a) Fideicomitente;
- b) Fiduciario; y
- c) Fideicomisario.

11.- Fideicomitente es la persona que crea el fideicomiso por una manifestación expresa de voluntad. Necesita gozar de capacidad de goce y de ejercicio y de un poder de disposición sobre los bienes.

12.- El Fideicomisario es la persona que recibe los beneficios del fideicomiso y podrá serlo con sólo tener capacidad de goce.

13.- Fiduciario sólo podrá ser cualquier institución de crédito que goce de una concesión que le otorgue la Secretaría de Hacienda y Crédito Público, situación que se justifica por las siguientes razones:

- a) Porque son instituciones de acreditada solvencia;
- b) Porque su intervención asegura la permanencia y la continuidad de la labor fiduciaria;
- c) Porque la labor de la fiduciaria es realizada por personal técnicamente especializado;
- d) Porque su funcionamiento se encuentra controlado por la Comisión Nacional Bancaria; y
- e) Porque la función la realizan a través de Delegados Fiduciarios, que deben llenar ciertos requisitos de honradez y capacidad para que su nombramiento sea aprobado por la Comisión Nacional Bancaria.

14.- El fideicomiso es un contrato que presta una gran ayuda para la vida moderna y que, en México, está creciendo en una forma sorprendente por las grandes ventajas que ofrece.

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

- BARRERA GRAF, Jorge.- Los negocios fiduciarios. I.T.E.S.M., 1951.
- BATIZA, Rodolfo.- El Fideicomiso. Teoría y Práctica. México, 1958.
- BORJA SORIANO, Manuel.- Teoría General de las Obligaciones. México.
- CERVANTES, Manuel.- Naturaleza jurídica del contrato de refacción y avfo. México, 1885 y 1890.
- CERVANTES AHUMADA, Raúl.- Títulos y Operaciones de Crédito. México.
- COVIELLO, Nicolás.- Doctrina General del Derecho Civil. 4a. Edic.
- DE PINA, Rafael.- Principios de Derecho Procesal Civil. 2a. Edic.
- DELLA ROCCA.- Instituciones de Derecho Procesal Canónico.
- GUTIERREZ Y GONZALEZ.- Derecho de las Obligaciones.
- HERNANDEZ, Octavio A.- Derecho Bancario Mexicano, Tomos I y II, México, 1956.
- LIZARDI ALBARRAN, Manuel.- Ensayo sobre la naturaleza jurídica del Fideicomiso. Tesis. México, 1945.
- MIGUEL Y ROMERO, Mauro.- La integración de tercero en juicio. Revista General de Derecho, Jurisprudencia. México, Año IV. Enero-marzo, 1933.
- MACEDO, Pablo y SANCHEZ GAVITO, Indalecio.- La cuestión de los Bancos. México, 1885 y 1890.
- PALLARES.- Derecho Mercantil. México, 1891.
- PALLARES, Eduardo.- Diccionario de Derecho Procesal Civil.
- PLANIOL, Marcel.- Tratado Elemental. Trad. Cajica. Tomo VII.
- RODRIGUEZ Y RODRIGUEZ, Joaquín.- Derecho Bancario Mexicano. 2a. Edición, México, 1964.

ROJINA VILLEGAS, Rafael.- Compendio de Derecho Civil. Tomo I.

RUGGIERO, Roberto de.- Instituciones de Derecho Civil. Tomo III. Trad. por Ramón Serrano y José Santa Cruz. Madrid, 1944.

VELASCO, Emilio.- Los instrumentos del Trust y los ferrocarriles nacionales. Revista General de Derecho y Jurisprudencia. México, 1932. Tomo III.

Ley de Títulos y Operaciones de Crédito.

Ley de Instituciones de Crédito y Organizaciones Auxiliares.

Código Civil.

Código de Comercio.

Constitución Política.

Proyecto de Código de Comercio y de la Asociación de Banqueros.