

116 2ej



Universidad Nacional Autónoma de México

ESCUELA NACIONAL DE ESTUDIOS PROFESIONALES "ACATLAN"



"NATURALEZA JURIDICA DEL FEDEICOMISO EN MEXICO"

TESIS CON FALLA DE ORIGEN

T E S I S
QUE PARA OBTENER EL TITULO DE
LICENCIADO EN DERECHO
P R E S E N T A
CESAR GOMEZ GONZALEZ
7316840-1



Santa Cruz Acatlán



1990



Universidad Nacional
Autónoma de México



UNAM – Dirección General de Bibliotecas Tesis Digitales Restricciones de uso

DERECHOS RESERVADOS © PROHIBIDA SU REPRODUCCIÓN TOTAL O PARCIAL

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

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

C O N T E N I D O

Introducción.

Pág.

CAPITULO PRIMERO

ANTECEDENTES

1.1.-	LAS DECLARACIONES FIDUCIARIAS EN EL DERECHO ROMANO.	1
1.2.-	LAS TRANSMISIONES FIDUCIAE CAUSA.	6
1.3.-	EL TRUST EN EL DERECHO ANGLOSAJON.	8
1.4.-	DEFINICION DEL TRUST.	13
1.5.-	ELEMENTOS PERSONALES.	14
1.6.-	OBJETO.	16
1.7.-	CLASIFICACION DEL TRUST.	19

CAPITULO SEGUNDO

EL FIDEICOMISO EN MEXICO.

2.1.-	ANTECEDENTES LEGISLATIVOS. PRELIMINAR. - PROYECTO DE LEY UNIFORME SOBRE FIDEI COMISO EN EL CONTINENTE AMERICANO.	21
2.2.-	DESCRIPCION LEGAL DEL FIDEICOMISO.	30
2.3.-	PROYECTOS ANTERIORES A LA LEY VIGENTE. - EL PROYECTO LIMANTOUR. - EL PROYECTO CREEL.	36

...

- LEY GENERAL DE INSTITUCIONES DE CREDITO Y ESTABLECIMIENTOS BANCARIOS DE 1924.
- LEY DE BANCOS DE FIDEICOMISO DEL 30 DE JUNIO DE 1926.
- LEY GENERAL DE INSTITUCIONES DE CREDITO Y ESTABLECIMIENTOS BANCARIOS DE 1926.
- LEY GENERAL DE INSTITUCIONES DE CREDITO DE 1932.
- LEY GENERAL DE TITULOS Y OPERACIONES DE CREDITO EN VIGOR.
- NUEVA LEY GENERAL DE INSTITUCIONES DE CREDITO Y ORGANIZACIONES AUXILIARES.

2.4.-	CONFIGURACION DEL FIDEICOMISO.	44
	- ELEMENTOS PERSONALES.	
	A.- EL FIDEICOMITENTE.	
	B.- EL FIDUCIARIO.	
	C.- EL FIDEICOMISARIO.	
2.5.-	ELEMENTO MATERIAL.	51
2.6.-	EL FIN DEL FIDEICOMISO.	52
2.7.-	ELEMENTO FORMAL.	53
2.8.-	EXTINCION DEL FIDEICOMISO	55
2.9.-	DURACION	57
2.10.-	INCORPORACION DEL FIDEICOMISO EN EL DERECHO MERCANTIL.	58

CAPITULO TERCERO

3.1.-	NATURALEZA JURIDICA DEL FIDEICOMISO	61
	- CONSIDERACIONES PREVIAS.	
	- PRINCIPALES TEORIAS.	
	A.- POR LAS VOLUNTADES QUE INTER VIENEN EN SU CONSTITUCION.	
	- TEORIA DEL ACTO JURIDICO UNILATERAL.	
	- TEORIA CONTRACTUAL.	
	B.- POR SU RELACION ANALOGICA CON OTRAS FIGURAS.	
3.2.-	TEORIA DEL FIDEICOMISO MANDATO.	74
	- COMENTARIOS Y CRITICAS.	
3.3.-	EL FIDEICOMISO COMO PATRIMONIO SIN TI- TULAR O DE AFECTACION.	78
	- COMENTARIOS Y CRITICAS.	
3.4.-	EL FIDEICOMISO COMO INSTITUCION.	82
	- COMENTARIOS Y CRITICAS.	
3.5.-	EL FIDEICOMISO COMO NEGOCIO JURIDICO.	89
3.6.-	EL FIDEICOMISO COMO NEGOCIO INDIRECTO.	91
3.7.-	EL FIDEICOMISO COMO NEGOCIO FIDUCIARIO.	94
	- COMENTARIOS Y CRITICAS.	

	Pág.
3.8.- EL FIDEICOMISO ES UN ACTO BILATERAL.	97
3.9.- PRESENCIA DEL FIDEICOMISARIO EN EL FIDEI COMISO.	105
3.10.- ATIPICIDAD DEL NEGOCIO FIDUCIARIO Y TI- PICIDAD DEL FIDEICOMISO.	110
3.11.- LA TRANSMISION DE BIENES O DERECHOS EN - EL FIDEICOMISO.	114
3.12.- EL PATRIMONIO EN AFECTACION.	116
3.13.- LA PROPIEDAD EN EL FIDEICOMISO.	121

CAPITULO CUARTO

4.1.- CLASIFICACION DEL FIDEICOMISO.	126
4.2.- FIDEICOMISOS PRINCIPALES Y ACCESORIOS	128
4.3.- FIDEICOMISOS DE MUEBLES E INMUEBLES.	129
4.4.- CRITERIO BASADO EN EL ELEMENTO PERSONAL.	131
4.5.- CLASIFICACION BASADA EN LA NATURALEZA DE LOS ACTOS QUE REALIZA EL FIDUCIARIO.	133
4.6.- CRITERIO BASADO EN LOS FINES DEL FIDEICO MISO.	135
CONCLUSIONES	136
BIBLIOGRAFIA	139

I N T R O D U C C I O N .

El fideicomiso ha tenido a través del tiempo de su existencia en México una importancia fundamental en nuestro sistema de derecho.

Jurídicamente representa un avance frente a las figuras del derecho tradicional, dentro de cuyo marco significa un desarrollo considerable de la autonomía de los particulares. Los cartabones rígidos de nuestro derecho van cediendo en el curso del tiempo un lugar a las nuevas formas de contratación, cuyo ámbito de aplicación es tan ilimitado como el ámbito de la voluntad del hombre dentro de los principios del orden jurídico

Innumerables teorías de juristas insignes se han elaborado para su comprensión y es precisamente el objeto de esta tesis la exposición de ellas, con la pretensión de describir la naturaleza jurídica del fideicomiso.

Recorriendo así los antecedentes reales de nuestro fideicomiso en busca de su configuración jurídica, analizaremos la concepción del fideicomiso como mandato, de Ricardo Alfaro, trasplantada a nuestra ley de 1926; la del jurista francés Lepaulle que lo explica como un patrimonio de afectación sin titular, que recoge nuestra ley vigente; la

teoría del fideicomiso como Institución, concepción filosófico-jurídica; para terminar en la teoría del Negocio Fiduciario, excepcional ejemplo de lo que significa el mundo de las transformaciones en el orden jurídico dentro de la evolución y el cambio de las figuras del derecho tradicionales.

Con un fin de ilustración más en interés propio que con pretensiones de descubrir algo nuevo bajo el sol, proponemos diversas clasificaciones del fideicomiso, atendiendo a criterios de distinción objetivos con el propósito de completar una unidad sistemática de análisis.

C A P I T U L O I

ANTECEDENTES

1.1 LAS RELACIONES FIDUCIARIAS EN EL DERECHO ROMANO.

En el Derecho Romano existieron dos Instituciones que son el antecedente más lejano de nuestro fideicomiso, aunque no constituyen su fuente directa y que son: El Fideicommissum o Fideicomiso Testamentario y la Fiducia o Pactum Fiducia.

Nuestro derecho positivo es en gran parte una adaptación del Derecho Romano. Al referirnos al fideicomiso la situación es la misma, por llevar el mismo nombre que aquella añeja figura testamentaria, pero es necesario establecer las diferencias existentes.

El término "Fideicomiso" proviene del latín "fideicommissum", compuesta de "fides", fé y "comissum" comisión.

La "fides" en Roma se refería a una propiedad moral, que atribuida a una persona daba lugar a la confianza de otra.

El jurista Panameño Ricardo Alfaro intentó introducir el "trust" anglosajón en Latinoamérica, llamándole "fideicomiso" aún cuando éste nada tenga que ver con el Fideicomiso romano.

El Fideicomiso romano fue una aplicación indirecta de la Fiduciaria al régimen de las sucesiones.

Jors Kunkel (1) lo describió como "un simple ruego del causante o fideicomitente al fiduciario". Era una estipulación de buena fé por causa de muerte, hecha por el testador en favor de quien instituíra heredero o legatario e inclusive del Fisco (en caso de no tener herederos) para que restituyera determinados bienes o una universalidad a una o varias personas beneficiarias (fideicomisarios) después de su muerte.

En un principio, únicamente implicaba una obligación moral, quedando sujeto su cumplimiento a la buena fé y a la conciencia del heredero fiduciario, pero en virtud de la ausencia de ejecución de ciertos fideicomisos, lo que provocó ofensas a la opinión pública, bajo el imperio de Augusto los hizo cumplir con intervención de los consules por vía de la extraordinaria cognitio. Esta medida pasó al derecho y los juzgadores sentenciaban atendiendo fundamentalmente a razones de equidad, interpretando libremente en casos dudosos, teniendo tal importancia jurídica que, bajo el imperio de Claudio se creó un pretor especial "praetor fideicommissarius". Ya para la época de Justiniano, se había concedido al heredero fideicomisario un derecho real en lugar de un derecho de crédito, así como una acción reivindicatoria aún contra terceros de buena fé, respecto a los bienes fideicomitados.

El testador instituíra como heredero a una persona que sería el propietario de los bienes hereditarios, con la obligación de hacerlos llegar a sus verdaderos beneficiarios, después de su muerte, ya fuera la herencia (Fideicomiso Universal) o ciertos bienes (Fideicomiso Particular). El heredero adquiriría el carácter de fiduciario o propietario temporal. Se rompía el principio de la perpetuidad de la propie-

(1) Jors Kunkel. Derecho Privado Romano. Ed. Labor, 1937. Pag. 500.

dad, transgrediendo la regla "Semel Heres, Samper Heres". Se establecían estipulaciones "emptae et venditachae ditafis", en el fideicomiso universal, o "partis etpro parte" en el particular. En el primer caso se trataba de compromisos recíprocos íntegros e individuales en el segundo, para cubrir las deudas y recibir las percepciones de los acreedores y deudores, respectivamente del heredero, existiendo el riesgo de insolvencia mutua (2).

Por su parte, el beneficiario o fideicomisario adquiriría un derecho de crédito exigible por la vía "extraordinaria cognitio", con el fin de que el fiduciario le restituyera los bienes a que tenía derecho una vez cumplida la condición o el término a que estaba sujeta, teniendo además el derecho de proceder en contra de terceros que hayan recibido la cosa del heredero (just ad rem) aún cuando era éste el facultado para ejercitar las acciones inherentes, a la mesa hereditaria y el responsable frente a los acreedores.

Bajo el senado Consulto Trebeliano, el heredero fue eximido de toda responsabilidad frente a terceros. El Fideicomisario fué asimilado al heredero, por lo que las acciones hereditarias le fueron transmitidas de pleno derecho y fue el fideicomisario quien se hizo responsable frente a los acreedores y deudores, sin retribución alguna.

Fué hasta el Senado Consulto Pegasiano cuando se le concedió el derecho de retener una cuarta parte de la herencia, establecido en la Lex Falcidia respecto de los legatarios cuando el fideicomiso absorbía la mayoría o la totali-

(2) Petit Eugene. Tratado Elemental de Derecho Romano. Editorial Nacional. México 1966. Pág. 580.

dad de la masa hereditaria (3), quedando así reducido el Fideicomiso Universal en tres cuartas partes.

Se asimiló al legado, surgiendo nuevos problemas, al requerirse las estipulaciones "partis et pro parte" para que conservara el fideicomisario las relaciones con los acreedores y deudores de la sucesión, siendo el fideicomisario el único que corría el peligro de la insolvencia. El Senado Consulto Pegasiano previó el caso en que el fiduciario se negara a hacer dicha adición por lo que, ante la presencia del pretor, el heredero podía ser compelido a recibir la herencia. En este caso, el fiduciario perdía su derecho a la cuarta que le correspondía y el fideicomisario recibía las acciones de pleno derecho de la herencia, a similitud de lo dispuesto por el Senado Consulto Trebeliano.

Con la recopilación y reformas del Siglo VI, se fusionaron el Jus Civile y el Honorarium y, consecuentemente las disposiciones de ambos Senados Consultos.

Subsiste la Cuarta Pegasiana, a la que no tenía derecho el fiduciario cuando la adición la realizaba por orden del pretor, cuya disposición también se conservó. El fideicomisario vuelve a adquirir el carácter de "loco heredis", teniendo en consecuencia una acción real y una personal.

Bajo la reforma Justiniana, en el fideicomiso particular, el fideicomisario tuvo tanto la acción real, como personal y la hipotecaria y no solo los derechos personales, únicos otorgados en un principio.

(3) Gayo Institutas. II. 254, citado por Petit Eugene. Op. Cit. Pág. 581.

Dentro de la clasificación de esta figura, se agregan el fideicomiso puro y simple que originalmente apareció en el Derecho Romano, y que consistía en que el testador nombra heredero con la súplica de que éste, al morir el testador o en un día cierto, entregara los bienes de la herencia a las personas que realmente estaban destinadas. Se convirtió más tarde en un fideicomiso gradual, conservatorio, familiar, sucesivo y perpetuo, adquiriendo la forma de las llamadas sustituciones fideicomisarias, tendientes a la vinculación de la propiedad inmueble.

En efecto, como relata Rabasa, "los testadores, con el propósito de perpetuar los bienes en la misma familia o en agrupaciones constituídas en personas morales determinadas, instituían el heredero no solamente con el carácter de fiduciario, sino también como fideicomisario, le transmitían los bienes en propiedad durante su vida, con el gravámen de restituirlos a su muerte, en favor de otra persona, quien a su vez los adquiriría y conservaba durante su propia vida, con la misma obligación, impuesta por el testador, de transmitirlos a su muerte a otra persona y así sucesivamente, de tal manera que mediante estas sustituciones fideicomisarias, en realidad los bienes inmuebles gravados se convertían en bienes vinculados, inalienables, durante años y generaciones enteras (4).

Cabe aclarar que los fideicomisos romanos y las sustituciones fideicomisarias, en estricto derecho, no se identificaban puesto que estas últimas solo equivalían a los fideicomisos graduales o sucesivos y nó a los puros o absolutos.

(4) Rabasa, Oscar. El Derecho Angloamericano, México, Fondo de Cultura. Pág. 265.

Es decir, en la substitución fideicomisaria se empleaba la - institución del fideicomiso en virtud de la cual el encargo quedaba confiado a la buena fé del fiduciario, pero el testa- dor no se limitaba a dejar a otro la herencia o parte de - ella, para que éste simplemente la entregara al tercero ben- ficiario, sino que nombrara al primer heredero para que éste disfrutara de los bienes durante su vida y a su muerte los - transmitiera a otra persona, designada por el mismo testador, este segundo a un tercero y así sucesivamente.

1.2 LAS TRANSMISIONES FIDUCIAE CAUSA.

Si bien el concepto de fiducia, dentro de su acepción etimológica se refiere a la fé, a la confianza, en su acep- ción jurídica denota un compromiso o realiza determinado ac- to como obligación personal.

El Acto de Fiducia apareció en el Derecho Romano duran- te la República, como procedimiento indirecto para garanti- zar realmente las obligaciones contraídas.

Generalmente se aceptó como "Fiducia" a aquella forma solemne de transmitir la propiedad, como "mancipatio" y la - injure cessio", convirtiéndose en "Fiduciae Causa" (5). El - acreedor o adquirente (fiduciario) se obligaba de buena fé a devolver al deudor (fiduciante) el bien transmitido, una - vez cumplidas determinadas obligaciones o condiciones.

Las transmisiones fiduciarias "meramente formales", - incluso la de la propiedad del bien, se transformaron en una

(5) Navarro Martorell Mariano. La Propiedad Fiduciaria. Ed.- Bosch, Barcelona. 1950. Pag. 31.

norma general, aún cuando el deudor podía conservar la posesión a título precario o de arrendatario.

Este pacto de fiducia se practicaba en dos especies: - el "pactum fiduciae cum creditore" y el "pactum fiduciae cum amico".

El primero consistía en un negocio jurídico celebrado entre deudor y acreedor, en cuya virtud, aquel recibía en propiedad, determinada cosa que se le daba en garantía del cumplimiento de su obligación, en tanto que el acreedor se obligaba a retransmitir la propiedad de la cosa cuando la deuda garantizada se hubiere liquidado.

Mediante el "pactum fiduciae cum amico", el amigo de confianza guardaba los bienes liberados a su propietario de ciertas obligaciones.

La Fiducia, fué en realidad la base de la obligación -- asumida en el convenio adjunto, compuesta de dos elementos: - el real o material y el obligatorio o intencional.

El elemento real o material, consiste en la transmisión de la propiedad con carácter temporal, realizándose mediante las formas del *Ius Civile*-*mancipatio* e *in jure cessio*-para la enajenación.

El elemento obligatorio o intencional, se constituía - por el pacto *fiduciae*, era accesorio y obligaba al adquirente a la devolución de la cosa u objeto (*remancipatio*) una vez cumplida la deuda o realizada la finalidad.

Por virtud de la transmisión fué el fiduciario o adquirente quien obtenía el dominium ex jure quiritium en forma limitada y personal, no teniendo la posibilidad el fiduciante para hacer valer la "usus receptio" en la "fiduciae cum creditore", cuando existiera arrendamiento y no se cumpliera con la obligación y deuda contraída, contrariamente a la "fiduciae cum amico", si podía hacerse valer, siendo suficiente haber tenido la posesión del objeto durante un año, como si fuera remancipada.

La "usus receptio" fué una usucapión en virtud de la cual un antiguo propietario podía, sin justo título ni buena fé, recobrar por la posesión una cosa que había dejado de pertenecerle (6).

El deudor o enajente se encontraba prácticamente desprotegido para que se le restituyera el bien transmitido, ya que no tenía una acción de derecho estricto, sino únicamente la "actiobonae fidel", quedando a la apreciación del juez.

Con el transcurso del tiempo, la fiducia cayó en desuso, cediendo su lugar en el comercio jurídico a los contratos reales nominados, tales como el comodato, mutuo, depósito y prenda, conservando su carácter general de "bonae lidei negotia".

1.3 EL TRUST EN EL DERECHO ANGLOSAJON.

El trust que ha sido presentado como modelo de nuestro fideicomiso, es una figura propia del derecho anglosajón que,

(6) Petit. Eugene. Op. Cit. Pág. 297.

como lo señala Maitland, "de entre todas las proezas de equi-
dad, la mayor y más importante, es la invención y el desarro-
llo del trust". (7).

La palabra "trust", empleada por los anglosajones, sir-
ve para designar a toda relación entre personas fundadas en
la lealtad, la honorabilidad y la buena fé. Esta acepción in-
cluye tanto a las "confidencial relations" como a las "fidu-
ciary relations". La diferencia radica en que estas últimas
son reguladas por el ordenamiento positivo y derivan su reco-
nocimiento de los tribunales de derecho estricto (common -
law) y de los tribunales de derecho equitativo, en tanto que
aquellas son meras relaciones de confianza. En consecuencia,
se atribuye al objeto, que es sujeto a una relación fiducia-
ria, dos dominios: el común y el equitativo.

Como institución jurídica el "trust" tiene una histo-
ria varias veces secular, ya que su desarrollo se inicia en
el Siglo XIII en Inglaterra, con la aparición de los "uses".

El trust moderno surgió del antiguo use, que consistía
en una transmisión de tierras por acto entre vivos o en for-
ma testamentaria a favor de un prestanombre (feoffee to use),
quien las poseería en provecho del beneficiario (cestui que
use). Con ello se lograban diversos objetivos, ya fueran -
lícitos, pero que el órden jurídico no reconocía, o abierta-
mente fraudulentos. En la primera categoría estaba la prácti-
ca de hacer testamento por vía de uso, que el régimen feudal
no lo permitía; en la segunda figuraban las transmisiones en
fraude de acreedores y las realizadas para eludir acciones -

(7) Maitland F.W. Equity. Pág. 23. Citado por Batiza Rodol-
fo, Tres Estudios sobre el Fideicomiso, Imprenta Univer-
sitaria. México. 1954. Pág. 29.

reivindicatorias. Se considera otra categoría intermedia entre las dos antes mencionadas, en donde se incluía, en esta categoría intermedia, la evasión a las leyes de manos muertas, práctica utilizada por la Iglesia (8).

El use, igualmente fué empleado por los cruzados que partían para Tierra Santa, y más tarde para prevenir represalias de carácter políticos, como en la Guerra de las Dos Rosas, en la cual los Lancaster se disputaron la Corona (1455-1487).

La extrema rigidez del cuerpo normativo y en especial las disposiciones contenidas del common law, propiciaron incumplimiento de las obligaciones a cargo de los "feofees" (cesionario nominal), que no se encontraban comprendidos dentro de la competencia de las courts of law.

El Canciller Lord Chancellor, recibió innumerables quejas con el fin de obligar a los cesionarios nominativos para que cumplieran con los beneficios instituidos en los usos en favor de los "cestui" (beneficiario), incluso con amenaza de pena de cárcel.

Esta situación dió lugar para la creación de tribunales de equidad, que impartían justicia fuera de la competencia de las courts of law.

Durante la Guerra de las Dos Rosas, los bienes de los vencidos eran confiscados por los vencedores como castigo por el delito de traición, que siempre se imputaba al bando vencido (9).

(8) Lizardi Albarrán Manuel, Ensayo sobre la Naturaleza Jurídica del Fideicomiso. Tesis. México 1945. Pág. 31.

(9) Rabasa, Oscar. C. Cit. Pág. 247.

Para prevenir este peligro, los terratenientes combatientes transmitían sus propiedades a un tercero (feoffee), - en cuya honorabilidad depositaban su confianza, y que este se constituyera en propietario pero estando sujeta al beneficio del propio transferente o de sus herederos, eliminando de esta forma la probable confiscación por no ser el nuevo propietario reo de delito alguno.

Sin embargo, el transmisor fiduciante no contaba con algún medio para hacer efectivos los derechos que le correspondían en el supuesto caso de que el "feoffee to use", abusando de su titularidad, violara la fé empeñada haciendo mal uso de los bienes.

Bajo estas condiciones inconvenientes para el transmitente, la Ley (Common Law) no sancionaba dicha obligación -- del adquirente, puesto que solo quedaba confiada a su conciencia.

Es decir, frente a los Tribunales del Derecho Común - la situación del beneficiario y del enajenante quedaba a la buena fe del fiduciario (feoffee to use), situación que desde otro punto de vista era lógica, ya que el "use" al ir contra la Ley, puesto que nació como forma de burlarla, era simplemente un negocio celebrado en fraude de la misma, ocasionando que el "feoffee to use" recibiera en forma definitiva la propiedad, sin que hubiera manera de obligarlo a cumplir el encargo del fiducia.

Durante el siglo XII, la Iglesia adquirió gran dominio de tierras, cuya explotación quedaba en manos de asociaciones religiosas, que dedicaban sus frutos a fines piadosos, -

provocando una extraordinaria acumulación de bienes en manos muertas y motivó que el Parlamento, en 1217, dictara la "Ley de Manos Muertas", prohibiendo a las corporaciones religiosas la adquisición y posesión de tierras. El recurso contra dicha disposición fue el "use", por lo que el cesionario adquiriría la propiedad de los bienes para beneficio de las corporaciones religiosas en su carácter de "cestui que trust".

Durante el reinado de Enrique VIII (1534), fue expedida la "Ley Sobre Usos", que representó una violenta reacción del common law para poner fin a los "usos", pero que en realidad consolidó su existencia en Inglaterra (10). Esta ley pretendió reunir en la sola persona del beneficiario la propiedad conforme a derecho y la propiedad en equidad y estableció que quien gozara del "uso" se consideraría en lo sucesivo como propietario de pleno derecho, evitando de esta manera las simulaciones a que daban lugar los "usos".

Cabe destacar que esta Ley no regulaba ciertos casos, lo que originó la creación del "trust" (11), tales como:

a).- La transmisión imponía un deber activo al cesionario, en beneficio de otro. (v.g. la Transmisión de un bien inmueble con el encargo o "trust" de cobrar las rentas o pagarlas a un tercero).

(10) Rabasa, Oscar. Op. Cit. Pág. 285.

(11) Rabasa, Oscar. Op. Cit. Pág. 284 y 185.

b).- La cesión de derechos reales mediante el arrendamiento de la cosa bajo convenio y por tiempo determinado al arrendatario, en calidad de "trust" para un tercero.

c).- La Transmisión a una segunda persona, para "uso" de un tercero, si bien la fórmula "use limited upon a use" o "uso de doble grado" (12) hacía que los Tribunales de derecho estricto le dieran pleno efecto al primer uso y declaraba nulo el segundo, en virtud de que la primera transmisión daba al cesionario la plena propiedad sobre los bienes, interviniendo los jueces de equidad para dar pleno reconocimiento al dueño en equidad del segundo uso, por ser precisamente la equidad el criterio al espíritu del legislador, de consolidar permanentemente esta gran Institución típica del derecho anglosajón.

1.4 DEFINICION DEL TRUST.

Existen innumerables definiciones elaboradas en torno al "trust", y que pese a su edad, aún no se ha podido elaborar una que satisfaga a los documentos, bastando señalar que "el trust es un estado de relación fiduciaria respecto a bienes que sujeta a la persona por quien dichos bienes son poseídos, a deberes de equidad al manejar dichos bienes para beneficio de otra persona, lo cual se origina como resultado de la manifestación de la intención de crearlo" (13).

(12) Ledesma, Uribe Idelfonso. El Fideicomiso en el Derecho Mexicano y Notas para un Estudio de Derecho Comparado. - Tesis, México 1970. Pág. 34.

(13) Serrano Trasviña, Jorge. Aportación al Fideicomiso. Tesis México 1950. Pág. 88.

En su conotación netamente jurídica y para los efectos del tema que nos ocupa, entendemos al "trust", como un derecho esencialmente de nominio, en bienes muebles o inmuebles - que una persona tiene en beneficio de otra. Serrano Trasviña (13) transcribe en su obra de definición del "Restatement of the law of Trust" (14) diciendo: "un trust es una relación fiduciaria con respecto a determinados bienes, por la cual la persona que los posee (trustee), está obligada en derecho de equidad a manejarlos en beneficio de un tercero (cestui que - tiust). Este negocio surge como resultado de un acto volitivo expreso de la persona que crea el trust (settlor).

1.5 ELEMENTOS PERSONALES.

Los elementos personales que intervienen en el "trust" son tres:

a).- El "Settlor" o creador del trust. Es la persona - que realiza el acto de disposición de los bienes del "trust". (trasladando esta figura a nuestro fideicomiso, es el que llamamos "fideicomitente").

Se requiere para tal efecto tener la capacidad para - disponer de un derecho legal o de equidad, transfiriendo los bienes para que se cumpla con los propósitos del "trust".

(14) El Lic. Gustavo R. Velázco, en su Estudio sobre Los Principios del Trust Anglosajón, hace referencia a que el Restatement of the Law of Trust es una especie de codificación sobre la base primordial de la jurisprudencia que tiene tanto ascendiente que ha servido de guía para formular la Ley de Fideicomiso del Estado de Louisiana, - que es una región de filiación jurídica latina. Revista El Foro. Pág. 300.

Aún cuando el "trust" puede existir son el "settlor", - como en los casos en que la ley o una sentencia judicial ordena su constitución (constructive trusts), es el "settlor" - quien manifiesta su voluntad de afectar los bienes. Su participación es de fundamental importancia cuando conserva el goce o beneficio de los mismos (living trusts) o bien, puede - quedar relegado a un plano secundario cuando el beneficiario es una tercera persona.

El "settlor" puede asumir la calidad de "trustee" cuando su voluntad proviene de una declaración unilateral. Puede también el "Settlor" hacer reserva de derechos, desde el de goce hasta el de revocación o de reconocimiento-----to libre o mediante ciertas condiciones, al "trustee" (15).

b).- El "Trustee", denominado en nuestra institución - fiduciario. Es la persona o personas a quienes transmite o - que adquiere el dominio legal de los bienes (16) y que asume por ello la obligación de realizar los fines a que esos bienes están afectados (17), aunque no puede usar y abusar de - ellos en el sentido romanista, tiene necesidad de un juez para su consejo e inspección.

Durante el Siglo XIX apareció la posibilidad de que el "trustee" fuera una persona moral (trustee institucional), ya que en sus orígenes solo podían serlo una o varias personas físicas.

- (15) Domínguez Martínez, Jorge Alfredo. El Fideicomiso Ante la Teoría General del Negocio Jurídico. Ed. Porrúa. 1972. Pág. 142.
- (16) Domínguez Martínez, Jorge Alfredo. El Fideicomiso Ante la Teoría General del Negocio Jurídico. Ed. Porrúa. 1972. Pág. 142.
- (17) Domínguez Martínez, Jorge Alfredo. El Fideicomiso Ante la Teoría General del Negocio Jurídico. Ed. Porrúa. 1972. Pág. 142.

Dado el carácter de "encargo de confianza", el "trustee" estaba impedido para delegar sus funciones, salvo cuando expresamente se le había autorizado para ello.

c).- El "Cestui que Trust" (Fideicomisario). Es el beneficiario del trust, el que goza del beneficio real de la disposición, aquel en cuyo provecho se constituyó y funciona el trust. Su derecho se llama "equitable state" porque es protegido por el Tribunal de Equidad, más eficazmente de lo que pueden hacer los tribunales ordinarios (18) y puede dirigirse al juez para que impida al "trustee" realizar actos inconvenientes en cuanto a la administración de los bienes; llegado el momento del beneficio puede exigir su entrega al "trustee".

Los derechos de que es titular son, fundamentalmente el de exigir al "trustee" el cumplimiento de los fines del "trust" y el de perseguir los bienes sujetos a este régimen legal cuando se encuentran en manos de terceros por actos indebidos del titular del dominio legal, para reintegrarlos a la masa de la que forman parte, salvo aquellos que estuvieran en el patrimonio de terceros adquirientes de buena fé y a título oneroso.

1.6 OBJETO.

Pocas son las reglas técnicas que dificultan o restringen la constitución de un trust, que se ha venido utilizando para lograr una ilimitada variedad de objetivos, desde los más simples hasta los más complejos, mencionándose entre

(18) Rabasa, Oscar. Op. Cit. Pág. 265.

otros, el depósito, administración de bienes, mandato, pensiones, garantía de pago o cumplimiento de obligaciones legalmente contraídas, operaciones de bienes raíces, etc.

Por tal virtud, los bienes objeto del "trust" pueden ser de cualquier clase y naturaleza, muebles o inmuebles, créditos, derechos de créditos, derechos corpóreos e incorpóreos que legalmente sean susceptibles de propiedades legales o de equidad, a excepción de aquellos expresamente prohibidos por la ley.

Como los antiguos usos, los trust pueden ser creados por declaración expresa de las personas o por presunción del derecho de equidad. Ejercitando el acto de transmisión de bienes, el dominio legal lo recibe el "trustee" (fiduciario) en beneficio del "cestui" (fideicomisario), quien adquiere el dominio equitativo y en la jurisdicción propia de los Tribunales de Equidad, se manda ejecutar el fideicomiso de acuerdo con las disposiciones impuestas por el otorgante.

La transmisión realizada en favor del "trustee", reconocida por el Common Law, así como el derecho que el "trust" le confiere al "cestui" ha sido la causa de que autores como Claret y Martí sostengan el principio de la "dualidad de derecho de propiedad sobre el mismo bien".

En relación con este doble aspecto de propiedad, el Common Law y los Tribunales de Derecho, únicamente tratan de la propiedad legal, sin considerar el derecho equitativo. Frente al fiduciario o propietario legal, el fideicomisario sí está en posesión del bien, "aunque sea en cumplimiento de

las condiciones del fideicomiso, ocupa el lugar de un detentador a quien el titular permite la tenencia material de la cosa. Y con respecto al título de dominio, el fideicomisario, con relación a terceros, posee a nombre del fiduciario. Puesto que los bienes constituidos en fideicomiso son conforme a la ley, propiedad del fiduciario quien tiene la facultad de disponer de ellos, tales bienes quedan sujetos, mientras están en su poder, a todas las consecuencias jurídicas que se derivan del título de propiedad y pasan a terceros por traslación de dominio otorgada por el fiduciario, o sea a sus herederos, después de su muerte por sucesión testada o intestada.

Pero el derecho de equidad (quity), aún cuando reconoce al "trustee" (fiduciario) como propietario legal de los bienes y tenedor del título de dominio, lo coloca en posición de subordinado absoluto a los derechos de propietario equitativo, siendo éste quien goza y disfruta, dada su calidad de beneficiario, del patrimonio constituido en su favor y además puede disponer de su propiedad en los términos previstos en el acto de constitución.

Como consecuencia de lo anterior, los Tribunales de Equidad impiden que el fiduciario ejercite sus facultades legales en beneficio propio, obligándolo a tener y defender o transmitir el título de dominio con el único objeto de preservar y hacer efectivos los derechos patrimoniales del fideicomisario establecidos en el fideicomiso.

Por otra parte, todos los que reciban del fiduciario un buen fideicomitido como cesionarios, herederos, albaceas o administradores en general, como causa-habientes suyos, quedan igualmente obligados por el fideicomiso (19)

(19) Rabasa, Oscar. Op. Cit. Pág. 288.

Por su importancia y carácter distintivo a nuestro sistema legal, es menester subrayar que en el trust anglo-americana hay a la vez dos títulos de propiedad sobre los mismos bienes que subsisten concurrentemente: el legal y el equitativo, pero en el concepto de que "el dominio de derecho" se tiene siempre supeditado al "dominio de equidad", puesto que el fiduciario que dispone del primero es sólo propietario en teoría jurídica, en tanto que el fideicomisario que tiene el segundo, es en realidad el único y verdadero dueño (20).

1.7 CLASIFICACION DEL TRUST.

Atendiendo el desarrollo del "trust", estos los podemos clasificar en "trust implícito" y en "trust expreso".

El "trust implícito" se crea en virtud de una presunción establecida en la ley, reconocidos por los tribunales, ya sea como resultado de la interpretación de un instrumento o en razón de las circunstancias que rodearon a la celebración del acto, en reconocimiento de la intención de las partes.

Asímismo, dentro de esta clasificación, se encuentra el "trust" por ministerio de la ley, que son aquellos impuestos por la equidad, en vista de que los bienes deben conservarse en beneficio de alguien.

También tenemos los "trust" interpretativos, que son exigidos a una persona, que al ocupar una posición fiduciaria respecto a ciertos bienes, obtiene de ella alguna ventaja para sí.

(20) Rabasa, Oscar. Op. Pág. 290.

El "trust expreso" es aquel creado deliberada o intencionalmente por alguna persona, ya sea por escrito o verbalmente por acto entre vivos o por causa de muerte. Se crean por la transmisión de la propiedad de un derecho a otra persona en "trust" en favor del propio otorgante o de un tercero, o bien, cuando el otorgante se declara "trustee" de los bienes de su propiedad, en beneficio de un tercero. Estos "trusts" pueden ser gratuitos u onerosos.

Dentro de la clasificación de los "trusts expresos" encontramos los "trust ejecutados", que son aquellos cuyos términos se declaran por el "settlor" definitivamente en el instrumento correspondiente y los "trusts por ejecutarse", en los cuales los derechos de los beneficiarios están subordinados a un acto adicional que deba realizar un tercero.

También se localizan los "trusts caritativos o benéficos" (charitable trusts) creados para fines benéficos y pueden constituirse a perpetuidad. Constituye una de las variedades de los "Public trusts" en contrario a los "Private trusts" que son en beneficio de personas determinadas.

CAPITULO II.

EL FIDEICOMISO EN MEXICO.

2.1 ANTECEDENTES LEGISLATIVOS. PRELIMINAR.

El primer intento realizado en México para adoptar el trust al sistema latino, fué un proyecto llamado limantour, redactado por el Lic. Jorge Vera Estañol para establecer las instituciones fiduciarias y sus servicios especializados más - que el trust propiamente dicho, proyecto que no llegó a examinarse en la Cámara de Diputados debido a que, según se dijo, reviviría las porscritas instituciones fideicomisarias. El interés por las instituciones fiduciarias vino a reaparecer hasta 1924 por el proyecto Creel, presentado en la Convención Nacional Bancaria de 1924, ya que es en esa época, cuando pasada la Revolución Mexicana, empiezan a formarse y a consolidarse las instituciones bancarias modernas en México.

Otro antecedente reconocido fué una emisión de bonos para - financiar la construcción de ferrocarriles, en rigor, una - variedad del trust que correspondía a contratos de préstamos, mandato e hipoteca combinados. (21).

La Ley de Bancos de Fideicomiso de 1926 que reglamentó el - fideicomiso como mandato irrevocable, fué abrogada poco después y su articulado quedó incorporado en la Ley General de Instituciones de Crédito y Establecimientos Bancarios del - mismo año de 1926, la que a su vez fué abrogada por la Ley General de Instituciones de Crédito de 1932, en cuya exposición de motivos se indicaba que México rompía una tradición para introducir la institución jurídica del fideicomiso, -

(21) Batiza Rodolfo. Principios Básicos del Fideicomiso y la Administración Fiduciaria. Edit. Porrúa, S.A. - México 1977. Pág. 13.

que podría ser de muy grande utilidad para la actividad económica del país y anunciaba que el fideicomiso quedaría concebido, en su carácter sustantivo, en la Ley General de Títulos y Operaciones de Crédito, como una afectación patrimonial a un fin confiado a las gestiones de un fiduciario, su perándose pues la obscura concepción del fideicomiso como mandato irrevocable. La mayor parte de las disposiciones de la Ley General de Títulos y Operaciones de Crédito, derivan a su vez del proyecto Alfaro de 1920, y del proyecto Vera-Estañol que a su vez se inspiró en el Código Civil Colombiano (análogo al Chileno de don Andrés Bello en esta materia) en el Código Civil Panameño y en una Enciclopedia Jurídica Norteamericana. El trust ha llegado a convertirse en la aportación angloamericana más trascendental en el campo del derecho, y es una forma de disposición de bienes a través de la cual las obligaciones y facultades del trustee (fiduciario) podrán ser las que determine el settlor (fideicomitente) y los derechos del cestui que trust (fideicomisario) - aquellos que desee concederle, subordinándolos, si así lo quiere, a la discrecional del trustee. (22).

La doctrina es unánime en el sentido de que la peculiar naturaleza jurídica del trust resulta de la circunstancia histórica de que en Inglaterra, en el siglo XV y durante los cuatro siglos siguientes, los tribunales de derecho estricto y los de equidad, existieron como entidades separadas independientes, y estos últimos elaboraron una forma doble del derecho de propiedad en que, de una parte, está el trustee a quien corresponde el título legal, y de la otra, el beneficiario que tiene la propiedad de equidad, situación que ha constituido el escollo técnico más serio en la adaptación del trust en los países romanistas.

En la obra de Pierre Lepaulle, Tratado Teórico y Práctico de los Trust (Página 372), se describe la migración del trust en los países de Derecho Romano, en los términos siguientes:

"En 1923, la Ley 45 de Colombia autorizó a los bancos para tener un trust department a la usanza americana.

En Panamá, la Ley No. 9, de 6 de enero de 1925, promulgada de nuevo bajo el No. 17 en 20 de febrero de 1941, constituye un Código del trust en 38 artículos. Su padre espiritual es el gran jurista Ricardo Alfaro.

En México, la Ley General sobre el crédito incorporó desde 1926 las disposiciones esenciales de la ley de Panamá. Modificada en 1932 y 1941, es actualmente objeto de una revisión general que constituirá un monumento legislativo de primer orden, probablemente la más importante codificación del trust en un país de derecho romano.

Desde el 23 de abril de 1928, la Ley 41 de Puerto Rico recogió por su parte la Ley panameña.

Bajo la influencia del economista de Estados Unidos, Edwin W. Kemmerer, el Ecuador autorizó a los bancos para actuar de hecho como trustees (sin usar empero tal término), por decreto-ley 423 de 11 de junio de 1938.

Bolivia había entrado ya en esa vía el 11 de julio de 1928; Chile, en febrero de 1930 por Ley 4827; Perú, en marzo de 1935, por ley 8050; Costa Rica, en 23 de octubre de 1936, por ley No. 15.

El Salvador reglamentó el trust bajo el nombre de fideicomiso, dentro de límites, sin embargo, estrechos, por decretos de 25 de octubre y 12 de noviembre de 1937.

Argentina, en la Ley 8875 de 1922, creó un verdadero trustee para protección de los obligacionistas.

Brasil ha seguido el mismo camino en el artículo 10, § 3 de la Ley de 6 de febrero de 1933.

El Japón admitió sin dificultad el trust en su Legislación, bajo el nombre de fideicomiso, en 1922, para los trusts civiles y en 1924 para los mercantiles.

La Luisiana, único estado de la Unión Americana regido por el derecho derivado del romano, ha incorporado lo esencial del Restatement of the Law - the trust del American Law Institute, en su Trust Estate Act, que es la ley 81 de 1938.

En cuanto a la Provincia de Quebec, que es el otro bastión avanzado del derecho de origen romano en el mundo anglosajón, el trust bajo el nombre de fiducia, se incorporó como artículo 48 en el Código Civil mismo.

Ceylón (Ordenanza No. 9 de 1917, modificada por la No. 4 de 1918) también ha codificado el trust.

Si al lado de las legislaciones nacionales, se da un rápido vistazo a la legislación internacional, se advierte que para la reparación de los daños de guerra, los planes de Dawes y Young habían

instituído trusts; que la ONU substituyó los mandatos por trusteships y que la ley 27 de la Zona Americana de Alemania (en sus artículos 3 y 4) ha puesto las acciones de las nuevas sociedades alemanas de la industria del acero y del carbón, - constituidas por dicha ley (las Unit Companies) - en manos de trustees. Por fin, la noción de trust aparece ya como un instrumento técnico que quizás resulte necesario para poner en funcionamiento el plan Schuman.

Esta vista panorámica de la jurisprudencia, de la doctrina y de la legislación, nacional e internacional, nos lleva a la siguiente comprobación: - desde hace treinta años el trust, que hasta entonces se había quedado en el ámbito de los países - de Common Law, se extiende más y más por el mundo, con el apoyo - y en ocasiones la complicidad - de los juristas de todos los países."

De acuerdo con una nota de Rodolfo Batiza (23), en México, Panamá, Puerto Rico, el Salvador, Venezuela, Nicaragua, - Guatemala y Honduras se usa el término "Fideicomiso" para designar a la figura jurídica derivada directamente del - trust anglo-americano, en una acepción nueva y diferente que no deja de ser algo arbitraria, en tanto que en las legislaciones de Colombia, Chile, Bolivia y Perú, por -- influencia de la Misión Kemmerer, emplean la expresión -- comisiones u operaciones de confianza. En su significado tradicional, por fideicomiso se entendía, conforme al Derecho Romano, la herencia o parte de ella que el testador manda transmitir a otro.

El arraigo en la terminología jurídica hispano-americana, como equivalente al trust, se debe al proyecto del jurista

(23) Batiza, Rodolfo. Op.Cit.Pág.13.

panameño Ricardo J. Alfaro, quien al explicar el nuevo - concepto de "Fideicomiso" decía que para que éste pudiéra servir rectamente a los fines prácticos "que he dejado es bozado", es necesario concebirlo bajo un aspecto que lo - acerque más al trust anglo-sajón que al antiguo modelo ro - mano (24). Cabe mencionar que las comisiones de confianza se inspiran más en los servicios fiduciarios de las "trust companies" que en el trust como institución jurídica pro - piamente dicha.

(24) Alfaro, J. Ricardo. "El Fideicomiso" Panamá. Impren - ta Nacional. 1920. Pág. 43.

PROYECTO DE LEY UNIFORME SOBRE FIDEICOMISO
EN EL CONTINENTE AMERICANO

En la IX Conferencia de la Federación Interamericana de Abogados celebrada en Dallas, Texas, E.U.A., en abril de 1956, el Lic. Rodolfo Batiza, autor de las mejores obras sobre Fideicomiso en México, sometió una ponencia acerca del proyecto de Ley Uniforme sobre Fideicomiso, proponiendo que fuera designada una Comisión mixta de abogados americanos e iberoamericanos, para que se encargara de preparar las bases de la "propiedad fiduciaria" que se incluyera en los Códigos Civiles como presupuesto técnicamente indispensable en la adopción del fideicomiso como operación bancaria, y que dicha Comisión, con vista en la experiencia de los diversos países en materia de trust y de fideicomiso, elaborara un nuevo proyecto de Ley Uniforme para ser adoptada en el continente americano. Esta proposición no ha tenido hasta la fecha resultados concretos.

El Lic. Batiza destacó que una institución tan antigua, de tan diversas aplicaciones y de tan extraordinaria flexibilidad como el trust, sólo hubiera venido a suscitar el interés de los juristas formados en el Derecho Romano hasta bien entrada la mitad del siglo pasado, señalando que las causas de este retraso pudieran esencialmente reducirse al justificado orgullo de ser parte de una tradición que se remonta al orden jurídico cuya perfección mereció el calificativo de "ratio escrita" y al equívoco consistente en creer que el trust no sería un instrumento aplicable en países que proscribían la mano muerta, los mayorazgos o cualesquiera otras formas vinculatorias de la propiedad.

Ernest Glasson en 1882 hace una referencia al trust en una obra de derecho comparado y, según el propio Batiza, "lejos de sugerir la adopción del trust, parece no ver en la institución inglesa sino un resabio de feudalismo insular". En 1896 el jurista holandés Adrián Floris van Hall propone su implantación en Holanda mediante reforma del Código Civil, y en 1906 el norteamericano Preston aconseja la adopción en Francia de las organizaciones especializadas en servicios "fiduciarios" (Trust Companies).

Por cuanto a Iberoamérica, el jurista panameño Dr. Ricardo J. Alfaro, tuvo el mérito de haber iniciado en 1920 el movimiento para implantar el trust, y su Proyecto de Ley sobre Fideicomiso publicado ese año, se adoptó casi en su integridad como Ley en Panamá, e influyó decisivamente en la Ley de Puerto Rico de 1928, y en la Ley de bancos de fideicomiso mexicana de 1926, que tuvo una vigencia efímera y en la Ley de Títulos y Operaciones de Crédito de 1932 en vigor hasta la fecha.

Según el Lic. Batiza: "Otro grupo es el formado por los países sudamericanos que siguieron las recomendaciones de la Misión Kemmerer, introduciendo en su legislación bancaria las llamadas "comisiones de confianza", como Colombia (en julio de 1923), Chile (en septiembre de 1925), Bolivia (en julio de 1928, pero en suspenso hasta 1955) y Perú (en mayo de 1931). Con posterioridad, han reconocido el fideicomiso en su variedad de operación bancaria, Costa Rica (en noviembre de 1936), Venezuela (en enero de 1940), Ecuador (en agosto de 1948), Nicaragua (en octubre de 1940), Guatemala (en diciembre de 1946) y Honduras (en febrero de 1950)."

La ponencia del Lic. Batiza a que me vengo refiriendo, estaba orientada a la esperanza de la adopción final de una Ley Uniforme sobre Fideicomiso con vigencia en todo el conti

nente americano, porque según dicho autor, se había llegado a una aceptación general del fideicomiso como versión latina del trust, y su adopción en los países fuera del movimiento, en su opinión, podía considerarse como una cuestión de tiempo. El hecho de que el Banco Central de Uruguay haya manifestado su interés en estos problemas, revela, que así como en México el fideicomiso ha tenido un florecimiento, es de esperarse un desenvolvimiento análogo en los otros países latinoamericanos.

2.2. DESCRIPCION LEGAL DEL FIDEICOMISO.

En la exposición de motivos de la Ley General de Instituciones de Crédito y Organizaciones Auxiliares de 1932 (Diario Oficial del 29 de junio de 1932), año en que también entra en vigor la Ley General de Títulos y Operaciones de Crédito, que reglamenta el fideicomiso, puede leerse lo siguiente:

"La Ley de 1926 (de Bancos de Fideicomiso), introdujo en México, rompiendo la tradición, la institución jurídica del fideicomiso. Evidentemente esta institución puede ser de muy grande utilidad para la actividad económica del país y está destinada probablemente a un grande desarrollo; pero desgraciadamente la Ley de 1926 no precisó el carácter sustantivo de la Institución y dejó, por tanto, gran vaguedad de conceptos en torno de ella. Para que la institución pueda vivir y prosperar en nuestro medio, se requiere, en primer término una definición clara de su contenido y de sus efectos, siendo esta definición materia de la Ley de Títulos y de Operaciones de Crédito y una reglamentación adecuada de las instituciones que actúen como fiduciarias. Quedará el fideicomiso concebido como una afectación patrimonial a un fin, cuyo logro se confía a las gestiones de un fiduciario, precisándose así la naturaleza y los efectos de ese instituto que la Ley actualmente en vigor concibe obscuramente como un mandato irrevocable. Siguiendo en ello el precedente ya establecido por la Ley actual, la nueva Ley sólo autoriza la constitución de fideicomiso, cuando el fiduciario es una institución especialmente sujeta a la vigilancia del Estado, y mantiene todas las prohibiciones conducentes a impedir que, contra nuestra tradición jurídica, el fideicomiso dé lugar a sustituciones indebidas o a la constitución de patrimonios alejados del comercio

jurídico normal. La nueva Ley conserva, también, respecto a las instituciones autorizadas para actuar como fiduciarias, la facultad de aceptar y desempeñar mandatos y comisiones de toda clase, de encargarse de albaceazgos, sindicaturas, tutelas, liquidaciones y, en general, de aceptar la administración de bienes y el ejercicio de derechos por cuenta de terceros. Destruye, pues, la nueva Ley, toda confusión entre el fideicomiso y los actos de administración o de representación de terceros; pero, por la semejanza de funciones y para asegurar a las instituciones fiduciarias un campo más amplio de acción, las deja autorizadas, como queda dicho, no sólo para encargarse de la ejecución de fideicomisos, sino para desempeñar todas las demás funciones enumeradas antes en términos generales".

Por su parte, la exposición de motivos de la Ley General de Títulos y Operaciones de Crédito (Diario Oficial de 27 de Agosto de 1932) expresa:

"Aún cuando ello ofrece los peligros inherentes a la importación de Instituciones jurídicas extrañas, la Ley de Títulos y Operaciones de Crédito reglamenta el fideicomiso, porque ya desde 1926 la Ley General de Instituciones de Crédito los había aceptado, y porque su implantación sólida en México, en los límites que nuestra estructura jurídica general permite, significará de fijo un enriquecimiento del caudal de medios y formas de trabajo de nuestra economía. Corrigiendo los errores a lagunas más evidentes de la ley de 1926, la nueva ley conserva, en principio, el sistema ya establecido de admitir solamente el fideicomiso expreso, circunscribe a ciertas personas la capacidad para actuar como fiduciarias y establece las reglas indispensables para evitar los riesgos que, con la prohibición absoluta de instituciones si

milares al fideicomiso, ha tratado de eludir siempre - la legislación mexicana. Los fines sociales que el fideicomiso implícito llena en países de organización jurídica diversa de la nuestra, pueden ser cumplidos aquí con notorias ventajas, por el juego normal de otras instituciones jurídicas mejor construídas. En cambio, el fideicomiso expreso puede servir a propósitos que no se lograrían sin él, por el mero juego de otras instituciones jurídicas o que exigirían una complicación extraordinaria en la contratación".

En la exposición de motivos del Decreto publicado en el Diario Oficial del 31 de mayo de 1941, de la Ley General de Instituciones de Crédito y Organizaciones Auxiliares y de las iniciativas de sus reformas y adiciones, y expresó que "el capítulo dedicado a las instituciones fiduciarias, apenas si sufren modificaciones.....sin desvirtuar la naturaleza jurídica del fideicomiso, se ha prescrito la notificación obligatoria a los interesados de las operaciones que se realicen en cumplimiento de sus encargos y de los datos que permitan identificar los bienes destinados al fin respectivo, siempre que sea posible o cuando no se haya renunciado a ella expresamente, y con el fin de hacer más real la responsabilidad de estas instituciones en el cumplimiento de sus obligaciones".

En la exposición de motivos del Decreto publicado en el Diario Oficial de la Federación del 31 de diciembre de 1956, por el que se reformaron diversas disposiciones de la Ley General de Instituciones de Crédito y Organizaciones Auxiliares, se expresó que "el fideicomiso, institución manejada por la banca, requiere de una reglamentación más adecuada, que la práctica aconseja, para evitar que, a través del mismo, se substraigan recursos a la acción reguladora del Estado en materia de control de crédito. Con tal objeto, en la presente inicia-

tiva se imponen limitaciones a la actividad en las instituciones y departamentos fiduciarios, cuando se traten de fideicomisos que se constituyan con el propósito de otorgar créditos o adquirir valores y se introducen normas para que el fideicomiso mantenga su auténtica fisonomía jurídica y no se confunda con diversas operaciones de banca y de crédito cuyo ejercicio se reserva a otras instituciones". Esto tuvo como consecuencia que se prohibiera a las instituciones fiduciarias - aceptar el desempeño de fideicomisos mediante los cuales recibían fondos destinados al otorgamiento de créditos que no se ajusten a las disposiciones de carácter general que al efecto dicte el Banco de México, las cuales incluyeran normas sobre canalización selectiva del crédito y depósito legal (artículo 45, fracción VI, párrafo segundo).

La legislación bancaria mexicana, estructurada básicamente por los años treinta, sobre el sistema de banca especializada, fué evolucionando hasta que en los años setentas, ante la realidad de grupos financieros integrados, se dictaron disposiciones para reconocer tal evolución y abandonar gradualmente el sistema de banca especializada para evolucionar hacia el sistema de banca múltiple y ofrecer a su clientela servicios financieros integrados, que ha demostrado su eficiencia en un gran número de países. En la exposición de motivos del Decreto publicado en el Diario Oficial de la Federación el 27 de diciembre de 1978 que, entre otras novedades introdujo las reformas que establecen el régimen de regulación de las operaciones de la banca múltiple, se expresó: "Las operaciones fiduciarias se practicarán de acuerdo a las normas del capítulo correspondiente (o sea el de las operaciones fiduciarias), señalándose reglas especiales a los bancos múltiples para evitar que mantengan un departamento especial".

En la actualidad, dispone el artículo 346 de la Ley General de Títulos y Operaciones de Crédito 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".

La reglamentación sancionada en la Ley General de Títulos y Operaciones de Crédito, como una operación de Crédito, y las distintas reglas que se encontraban en la Ley General de Instituciones de Crédito derogada por la Ley Reglamentaria del Servicio Público de Banca y Crédito, publicada en el Diario Oficial del 14 de enero de 1985, sobre fideicomiso, constituyen, en el fondo, una adaptación de las prácticas anglosajonas, pero con las modificaciones adecuadas para su adaptación a las demás disposiciones de nuestro derecho y muy particularmente de la Legislación Bancaria, a fin de que haya unidad en el sistema y se eviten discordancias o conflictos entre unas otras instituciones jurídicas.

La definición de Azevedo (25) dice:

"Fideicomiso é o instituto jurídico em virtude do qual se adquire propriedade com a inerente abrigação de conservar o recebido e, por morte, depois de certo tempo ou sob determinada condição, transmitir a outra pessoa, física ou jurídica."

Esta definición nada tiene que ver con la contenida en la Ley de Títulos y Operaciones de Crédito, que dice:

"Artículo 346.- En virtud del fideicomiso, el fideicomitente destina ciertos bienes a un fin lícito determinado, encomendando la realización de ese fin a una institución fiduciaria".

Como se ve, la definición de nuestra ley es mucho más semejante al trust del derecho anglosajón, que como se sabe puede utilizarse para alcanzar cualesquiera finalidades que sean lícitas, no contraviniendo disposiciones de orden público.

(25) O Fideicomisso no Direito Pátrio, página 20.

Los rasgos determinantes del fideicomiso mexicano son la afectación de ciertos bienes a un fin lícito determinado; la circunstancia de que ese fin lícito determinado únicamente pueda realizarlo una institución de crédito autorizada para hacer operaciones fiduciarias y que solo pueda ejercerse respecto a los bienes fideicometidos, los derechos y acciones que a dicho fin se refieran, no requiriendo más formalidades que las que el derecho común establece para la transmisión de bienes y derechos. El fideicomiso es válido aunque se constituya sin señalar fideicomisario, que pueden serlo todas las personas físicas o jurídicas que tengan la capacidad necesaria para recibir el provecho que el fideicomiso implica.

Una de las características más importantes del fideicomiso mexicano es la orientación de los bienes fideicometidos a la consecución del fin del fideicomiso, de tal manera que las instituciones fiduciarias no pueden realizar, respecto de dichos bienes, otros actos que no sean los necesarios para conseguir el fin para el que fueron entregados en fideicomiso, en la inteligencia de que pueden ser objeto del fideicomiso toda clase de bienes y derechos salvo los que legalmente, sean rigurosamente personales de su titular.

"Los bienes que se den en fideicomiso - dice la Ley General de Títulos y Operaciones de Crédito - se considerarán afectos al fin al que se destinan, y en consecuencia, sólo podrán ejercitarse, respecto a ellos, los derechos y acciones que al mencionado fin se refieran, salvo los que expresamente se reserve el fideicomitente, los que para él deriven del fideicomiso mismo, o los adquiridos legalmente respecto de tales bienes, con anterioridad a la constitución del fideicomiso, por el fideicomisario o por terceros". (Art. 351).

2.3 PROYECTOS ANTERIORES A LA LEY VIGENTE.

EL PROYECTO LIMANTOUR.

Este proyecto de fecha 21 de noviembre de 1905, llamado así porque fué enviado al Congreso de la Unión como iniciativa de Ley del Secretario de Hacienda, señor Limantour, aunque su verdadero autor fué el Lic. Vera Estañol.

A pesar de los esfuerzos de sus partidarios, el proyecto nunca fué discutido en la Camara de Diputados, seguramente por el recelo predominante de importar una institución netamente extranjera ante los problemas de su adaptación. No obstante, su importancia es enorme, pues escribe el Lic. Rabasa, en la obra que he venido comentando, que la Ley vigente que regula el fideicomiso, tuvo como fundamento este proyecto al igual que el Proyecto Creel. Por su parte Batiza ha sostenido que constituye el primer intento legislativo mundial verdaderamente serio de adaptación del "trust" anglosajón a los Sistemas Romanistas de Derecho (26).

Mediante esta iniciativa se pretendía facultar al Ejecutivo para que expidiera la ley por cuya virtud pudieran constituirse Instituciones Comerciales encargadas de desempeñar las funciones de agentes fideicomisarios.

Las funciones de dichas Instituciones, consistirían en ejecutar actos y operaciones a manera de intermediarios, sin que tuvieran interés directo en dichos actos, ejecutándolos solo en beneficio de las partes o de terceras personas.

(26) Es interesante la monografía de Rodolfo Batiza titulada El Proyecto Limatour, Primer intento legislativo mundial de adaptación del Trust a los sistemas romanistas. Revista Bancaria, Vol. V, No. 3, Mayo-Junio de 1957, reproducido en la Revista El Foro Núms. 18 y 19, Julio diciembre de 1957.

La exposición de motivos hacía mención expresa a que las relaciones cada día más estrechas con los Estados Unidos de América, la afluencia de capitales y el perfeccionamiento del sistema de transacciones han hecho sentir la necesidad de incorporar la institución que tan buenos resultados ha dado en el país vecino.

Entre los artículos más importantes destacaba el número 21, que establecía: "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".

De esa forma, se pretendía crear una institución nueva y sin incurrir en el error de considerarla como fideicomiso-mandato, reconocía el efecto traslativo de dominio al concebirla como nuevo derecho real, adelantándose en mucho a su época.

EL PROYECTO CREEL.

Llamado así porque fué expuesto por el señor Enrique Creel, en sesión de la Convención Bancaria de 1924. Tampoco alcanzó la fortuna de llegar al Congreso de la Unión como proyecto de ley, a pesar de haber sido estudiado por la Secretaría de Hacienda.

Felizmente, el proyecto anunciaba ya algunas de las funciones propias de las instituciones fiduciarias de hoy, por ejemplo, recibir hipotecas en garantía de los bonos que emitieran en nombre de sociedades, corporaciones o particulares; encargarse de celebrar toda clase de contratos de fideicomiso; ejecutar las funciones de albacea, administrador, tutor y síndico en los concursos; servir como peritos

valuadores de toda clase de bienes; administrar los bienes de los incapacitados; hacer toda clase de operaciones bancarias de depósito; establecer cajas de ahorro, etc.

Fue tan importante para nuestra historia jurídica este Proyecto y, en especial el criterio adoptado por la Convención Bancaria de 1924, que ha hecho exclamar a Batiza: "Dicha Convención constituyó la consagración del fideicomiso de nuestro sistema legal" (27).

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

Esta Ley de fecha 24 de diciembre de 1924, publicada en el Diario Oficial el 16 de enero de 1925, bajo la presidencia del General Calles y siendo Secretario de Hacienda el Ing. Don Alberto J. Pani, abrogó el Ordenamiento de 1897, que había venido rigiendo a las instituciones de crédito, teniendo como nota particular que menciona por primera vez en la historia de nuestro derecho al fideicomiso... "se considerarán instituciones de crédito para todos los efectos legales... los bancos de fideicomiso" (28); luego establece: "Los bancos de fideicomiso sirven los intereses del público en varias formas y principalmente administrando los capitales que se les confían o interviniendo con la representación común de los suscriptores o tenedores de bonos hipotecarios al ser emitidos éstos o durante el tiempo de su vigencia" (29) "Los banco de fideicomiso se regirán por la ley especial que ha de expedirse"... (30)

(27) Batiza, Rodolfo. Una Nueva Estructura del Fideicomiso en México, Revista El Foro, Cuarta Epoca, No. 1, julio septiembre de 1953, P. 6.

(28) Artículo 60., Fracción VII.

(29) Artículo 73.

(30) Artículo 74.

Esta situación es curiosa en nuestro derecho, pues en contra de lo ordinario, primero existió el órgano y luego la función, es decir, primero se reglamentaron los bancos de fideicomiso y luego el propio fideicomiso.

LEY DE BANCOS DE FIDEICOMISO DEL 30 DE JUNIO DE 1926.

Publicado en el Diario Oficial el 17 de julio de 1926, cumplió la promesa que se había hecho a la Ley anterior y dió una primera estructura a dichas instituciones bancarias. Se componía de cinco capítulos: Objeto y Constitución de los Bancos de Fideicomiso; Operaciones de Fideicomiso; Departamento de Ahorros, Operaciones Bancarias de Depósito y Descuento y Disposiciones Generales.

El aspecto inconfundible de esta Ley es que, siguiendo a Ricardo Alfaro, estableció: "El Fideicomiso propiamente dicho ES UN MANDATO IRREVOCABLE en virtud del cual se entregan al Banco con carácter de fiduciario determinados bienes, para que disponga de ellos o de sus productos según la voluntad del que los entrega, llamado fideicomitente, a beneficio de un tercero llamado fideicomisario (31).

Respecto a la situación patrimonial señala la Ley que "los bienes entregados para la ejecución del fideicomiso se consideran salidos del patrimonio del fideicomitente en cuanto sean necesarios para dicha ejecución" (32), dando a entender ya que el titular de dichos bienes sería el fiduciario, pues éste podría ejercitar en cuanto a los bienes fideicomitados todas las acciones y derechos inherentes al dominio,

(31) Artículo 60.

(32) Artículo 108.

aun cuando no se expresen en el título constitutivo del fideicomiso...".

Por otra parte se ordena que el fideicomiso constituido sobre bienes inmuebles sea inscrito en la Sección de Propiedad del Registro Público, si hay transmisión de dominio (33).

Escasos cinco meses estuvo vigente la susodicha Ley pues fue remplazada por la que se relata a continuación.

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

Se publicó en el Diario Oficial de la Federación el 16 de noviembre de 1926 e incorporó casi todas las disposiciones del efímero Ordenamiento anteriormente comentado, de manera que establece los bancos de fideicomiso y le agrega como objetos secundarios las operaciones de ahorro, de depósito y descuento (34). Se vuelve a definir al fideicomiso como mandato Irrevocable (35), el cual solo podría tener un fin lícito, prohibiendo los fideicomisos secretos y excluye la posibilidad de que estos contratos puedan tener la forma verbal (36). Todos los bienes pueden darse en fideicomiso, salvo los estrictamente personales; los bienes dados en fideicomiso se considerarán salidos del patrimonio del fideicomitente en cuanto sea necesario para la ejecución del fideicomiso o por lo menos gravados a favor del fideicomisario, por lo que serán inembargables en cuanto perjudique al fideicomiso (37); los bienes que se den en fideicomiso y sean

(33) Artículo 110.

(34) Artículo 97.

(35) Artículo 102.

(36) Artículo 117, Fracción II.

(37) Artículo 108.

inmuebles se inscribirán en el Registro Público si hubiera traslación de dominio y en la Sección de Hipotecas en caso contrario (38); el fiduciario tendrá facultades de dominio cuando se le den en el documento constitutivo pero no podrá enajenar, gravar ni pignorar, sin determinación expresa o necesidad indispensable para la ejecución del fideicomiso (39)

No obstante, la existencia de dos ordenamientos en un mismo año y la circunstancia de que más o menos se establecieron las bases para el funcionamiento de las instituciones fiduciarias, éstas no pusieron en práctica la nueva institución que se estaba importando, pues como refiere el Lic. Roberto Molina Pasquel (40) "durante la vigencia de la Ley de 1926 la Secretaría de Hacienda y Crédito Público no otorgó ninguna concesión para Bancos Fiduciarios y no se practicó fideicomiso propiamente dicho, según informa la Dirección General de Crédito de la Secretaría".

LEY GENERAL DE INSTITUCIONES DE CREDITO DE 1932.

Su exposición de motivos es de singular importancia por las críticas severas que impuso a la anterior Ley de 1926, de la que dice que no precisó el carácter sustantivo de la Institución del fideicomiso y dejó por tanto gran vaguedad de conceptos en torno de ella. Luego se relata, "quedará el fideicomiso concebido como una afectación patrimonial a un fin, cuyo logro se confía a las gestiones de un fiduciario, precisándose así la naturaleza y los efectos de ese instittu

(38) Artículo 109.

(39) Artículo 110.

(40) Molina Pasquel, Roberto. Los Derechos del Fideicomisario, Ed. Jus. México 1946, p. 103 nota.

to que la Ley actualmente en vigor conciba oscuramente como un mandato irrevocable".

Entrando al examen de la Ley, las fiduciarias se consideran como instituciones de crédito, sujetas a concesión del Gobierno, se reitera la prohibición tradicional de que las su cursales de bancos extranjeros puedan actuar como fiduciarias y se reglamentan las causas graves de renuncia de una institución fiduciaria.

LEY GENERAL DE TITULOS Y OPERACIONES DE CREDITO EN VIGOR.

La Ley, cuyos preceptos habrán de ocuparnos a lo largo de este trabajo, fué publicada en el Diario Oficial el 27 de agosto de 1932 y tocó al Ing. Pani, iniciador de las Reformas de la Legislación Mercantil, llevarla a su término en la parte más importante para nuestro objetivo.

Al publicarse la presente Ley, en las Declaraciones de la Secretaría de Hacienda y Crédito Público, firmadas por el Ing. Pani, quedó asentado lo siguiente: (41) "aunque ello ofrece los peligros inherentes a la importación de instituciones jurídicas extrañas, la ley... reglamenta el fideicomiso porque, ya desde 1926, la Ley General de Instituciones de Crédito lo había aceptado y porque su implantación sólida en México, en los límites que nuestra estructura Jurídica general permite, significará el fijo, un enriquecimiento del caudal de medios y formas de trabajo a nuestra economía.

Corrigiendo los errores y lagunas más evidentes de la Ley de 1926, la nueva Ley conserva, en principio, el sistema ya establecido de admitir solamente el fideicomiso expreso, -

(41) Macedo Pablo, Tratado Teórico y Práctico de los Trusts, Traducción a la obra de Pierre Lepaulle, Porrúa, 1975, P. XXIV.

circunscribe a ciertas personas la capacidad para actuar como fiduciarias y establece las reglas indispensables para evitar riesgos que con la prohibición absoluta de instituciones similares al fideicomiso ha tratado de eludir siempre la legislación mexicana..."

La influencia de Pani fue definitiva en nuestra Legislación ya que los preceptos de la referida Ley de Títulos, Capítulo V, fueron confeccionados por él y fueron aceptados por la Comisión Redactora de la Ley.

NUEVA LEY GENERAL DE INSTITUCIONES DE CREDITO Y ORGANIZACIONES AUXILIARES.

Publicado en el Diario Oficial el 31 de mayo de 1941, este Ordenamiento se encuentra actualmente derogado y dedicaba el Capítulo VI a las operaciones fiduciarias, estableciendo que las sociedades o instituciones de crédito que disfruten la concesión para llevar a cabo tales operaciones fiduciarias, estarán autorizadas en los términos de esta Ley (42)- para: practicar las operaciones de fideicomiso a que se refiere la Ley de Títulos y Operaciones de Crédito, desempeñar sindicaturas, cargos de albacea, interventorías, depositorías, tutelas, curatelas, etc.

De lo cual se desprende que, el fideicomiso, es solo una de las operaciones fiduciarias a que están facultadas las instituciones de crédito en nuestro sistema de derecho.

2.4 CONFIGURACION DEL FIDEICOMISO.

Dentro de la descripción legal del artículo 346 LGTOC encontramos los siguientes elementos: Personales, como son el fideicomitente, el fiduciario y el fideicomisario; materiales consistentes en los bienes fideicomitados y el fin al que se encuentran afectados como elemento específico.

ELEMENTOS PERSONALES.

A.- El Fideicomitente.

Son aquellas personas físicas o morales que tengan capacidad legal para afectar bienes en fideicomiso, así como las autoridades judiciales o administrativas competentes con facultades de disposición sobre los bienes cuya transmisión pretenden verificar (art. 349 LGTOC).

El Fideicomitente tendrá la facultad de constituir un fideicomiso sin designar fideicomisario, con la reserva de que el fin sea lícito y determinado (art. 347 LGTOC) pudiendo conservar ciertas facultades, aún las inherentes a su carácter de sujeto activo, cuando los beneficios sean en su provecho.

El carácter del fideicomitente comprende principalmente los siguientes derechos y obligaciones:

a) Designación de la institución fiduciaria, ya sea una o varias; en este último caso podrá determinar si el fideicomiso ha de desempeñarse en forma conjunta o sucesiva. Puede establecer el orden y las condiciones en que han de substituirse, a tal grado, que igual derecho de nombramiento gozará cuando la Institución nominada no aceptare, renunciare o fuere removida. (art. 350 LGTOC).

b) El Fideicomitente podrá reservarse determinados derechos y obligaciones, pudiendo estipular respecto de los bienes transmitidos las reservas de derechos que a sus intereses convengan (exigir el cumplimiento al fiduciario, la rendición de cuentas y el cumplimiento de la contraprestación al fideicomisario, en el caso del fideicomiso oneroso). Como consecuencia de la reserva, podrá actuar independiente o conjuntamente con la institución fiduciaria, debiendo cumplir con las obligaciones recíprocas de los derechos que se reserve.

c) El Derecho del Fideicomitente a que se le devuelvan los bienes objeto del fideicomiso (art. 358 LGTOC) depende fundamentalmente del fin establecido, ya que pueden ser transmitidos al fideicomisario o a una tercera persona. Esta facultad, consecuencia del carácter o a una tercera titularidad que adquiere el fiduciario, está sujeta a una condición suspensiva que es la extinción del fideicomiso.

d) Designación de uno o varios fideicomisarios para que simultánea o sucesivamente reciban el provecho que la operación implica, a excepción de las sustituciones fideicomisarias prohibidas por la Ley (art. 1473-1482 y 984 Nuevo Código Civil para el Distrito Federal en Materia Común, y para toda la República en Materia Federal).

e) Señalar los fines del fideicomiso, o bien la forma en que se fijarán, de tal manera que la intención esté claramente establecida a efecto de no contravenir disposiciones de orden público (art. 346 LGTOC al referirse al "fin lícito determinado").

f) Transmitir los bienes o la titularidad de un derecho. Más que una obligación del fideicomitente, constituye un derecho del fiduciario para exigir la transmisión de -

los bienes o la cesión de la titularidad del derecho cuando no fuere incluida en el acto constitutivo al perfeccionarse el fideicomiso, con la posibilidad de diferir la entrega de los bienes, aplicando las reglas del derecho común.

g) Ejercer los derechos que le correspondan derivados del negocio, que bien pueden ser los propios y característicos del beneficiario, cuando aquél hubiere sido constituido en su propio provecho.

B.- El Fiduciario.

Es la persona a quien se encomienda la realización del fin establecido en el acto constitutivo del fideicomiso y se atribuye la titularidad de los bienes fideicometidos, debe ser un banco debidamente autorizado para actuar como fiduciario.

El fiduciario no se convierte en propietario de los bienes ya que puede haber fideicomiso en el que no se verifique el derecho de propiedad y que será simple titular de dichos bienes o derechos, en la medida establecida por el acto constitutivo o determinada por el fin del fideicomiso.

Tiene el fiduciario el deber de desempeñar su cargo de buena fe, "como un buen padre de familia", según reza la antigua fórmula. No podrá apropiarse los bienes fideicometidos, ni usarlos en su propio provecho. Sus percepciones se reducirán al honorario y a las comisiones que se establezcan en el acto constitutivo o que se pacten posteriormente. Sólo responderá de su gestión, y no podrá asumir obligación directa sobre sus resultados. El art. 848 del Proyecto para el Nuevo Código de Comercio dice que "se prohíbe al fiduciario garantizar los rendimientos de los bienes fideicometidos". La disposición tiene antecedentes en -

una práctica viciada, en que los fiduciarios decían recibir dinero en fideicomiso, para destinarlo a inversiones productivas, y garantizan a los fideicomitentes o fideicomisarios, el rendimiento de la inversión y la devolución de la misma. En esta forma, se desnaturalizaba el fideicomiso, al disfrazar con él una operación de mutuo. Ya la Comisión Nacional Bancaria, después del fracaso de alguna fiduciaria - que operara con tal irregularidad, ha tomado medidas para evitar tan viciosa práctica.

El fiduciario deberá mantener separado el patrimonio de cada fideicomiso, y deberá rendir cuentas al fideicomisario y al fideicomitente, si éste se reservó el derecho de exigir las, o si tal derecho resulta de las características concretas del fideicomiso.

El fideicomitente es quien ordinariamente designa al fiduciario, y puede designar varios, para que se sustituyan unos por renuncia de los otros, o para que obren conjuntamente. - Si no se designa al fiduciario en el acto constitutivo del fideicomiso, podrá ser designado por el Juez de Primera Instancia del lugar de ubicación de los bienes fideicometidos (art. 350); y si los bienes fueren inmateriales, el Juez competente será el del lugar de la ejecución del fideicomiso.

Si bien el fiduciario no es elemento esencial para la constitución del fideicomiso, ya que éste se constituye por declaración unilateral de voluntad del fideicomitente, sí lo es para su ejecución, y si no fuere posible designar fiduciario, el fideicomiso se terminará (art. 350).

El fiduciario no podrá recibir los beneficios del fideicomiso, salvo el cobro de las percepciones debidas por su trabajo. Esto es: no podrá reunir en sí mismo las calidades de -

fiduciario y fideicomisario. Se exceptúan de esta prohibición legal, los fideicomisos a favor del Banco Nacional Hipotecario, Urbano y de Obras Públicas, S.A. (hoy BANOBRAS - S.N.C.).

Sólo por causa grave, que el Juez calificará, podrá renunciar el fiduciario a su cargo (art. 356). Aunque la ley dice que la excusa para la aceptación sólo podrá basarse en causa grave, también calificada por el Juez, la aceptación es voluntaria, ya que ningún banco puede ser obligado a aceptar un fideicomiso contra su voluntad.

Desempeñará sus funciones el fiduciario por medio de funcionarios especialmente designados, y que reciben el nombre de delegados fiduciarios, que tiene el carácter de apoderados. Como son funcionarios suyos, el fiduciario responderá de su gestión.

No se requerirá un nombramiento o un poder para cada caso. Bastará con una designación de tipo general, o con un poder de tal carácter.

El personal que el fiduciario utilice exclusivamente para las actividades del fideicomiso, no formará parte del personal de la institución, sino que se considerará al servicio del patrimonio fideicometido. Pero este personal podrá enderezar sus acciones de Derecho del Trabajo directamente contra el fiduciario, quien podrá cargar lo que él pague, al fideicomiso que corresponda.

El fideicomitente podrá, en el acto constitutivo del fideicomiso o en sus reformas, designar un comité técnico para la distribución de los fondos del fideicomiso. Las facultades de este comité se determinarán en el acto de su nombramiento.

miento, y el fiduciario no tendrá obligación legal de atender sus decisiones. El único efecto de que el fiduciario no siga las indicaciones del comité técnico, será la responsabilidad en que pueda incurrir; y si atiende tales indicaciones, se le considerará exento de toda responsabilidad.

c) El Fideicomisario.

El fideicomisario es la persona que tiene derecho a recibir los beneficios del fideicomiso. Puede serlo el mismo fideicomitente; pero no puede serlo el fiduciario.

El fideicomisario no es un elemento esencial del fideicomiso, ya que pueden darse fideicomisos sin fideicomisario. Por ejemplo: se constituye un fideicomiso para que con los productos del patrimonio fideicometido se levante una estatua a un prócer, se recojan los perros callejeros, se realice una investigación científica o se funde una clínica para determinada clase de enfermos. En estos casos no habrá fideicomisario como sujeto jurídico, y las acciones que a él pudieran corresponder serán ejercitadas por el Ministerio Público (art. 355).

El fideicomisario tendrá los derechos que se le asignan en el acto constitutivo, y además: a pedir cuentas al fiduciario, exigirle el exacto cumplimiento de su función, perseguir los bienes que hayan salido indebidamente del patrimonio fideicometido, para que vuelvan al mismo y pedir la remoción del fiduciario (art. 355). La ley dice que tiene derechos a reivindicar los bienes que salgan del patrimonio fideicometido; pero tal afirmación no es técnicamente exacta, porque no se trata de una acción reivindicatoria, sino de una simple acción persecutoria, para que los bienes vuelvan al indicado patrimonio.

Los derechos del fideicomisario no pueden ser considerados como derechos reales sobre la cosa fideicometida. Son derechos personales contra el fiduciario para exigir el cumplimiento del fideicomiso, o contra los terceros detentadores de los bienes fideicometidos, para hacerlos volver a poder del fiduciario.

Los efectos de esta acción son: 1°.- La protección del fideicomisario contra actos de mala fé o en exceso de las facultades del fiduciario; 2°.- Se endereza contra el tercer adquirente; 3°.- Origina la restitución o reintegración de los bienes al patrimonio en fideicomiso y 4°.- Se aplican las reglas o principios generales relativos a la adquisición de buena fé.

Por último y en relación con la situación del fideicomisario dentro del fideicomiso, cabe agregar que, aún cuando su interés en el negocio se encuentre debidamente protegido, la posibilidad de transmitirlo a un tercero por sí mismo no se encuentra debidamente reglamentada en nuestra ley. Podrá cederlo a un tercero excepto cuando esté expresamente prohibido.

2.5 Elemento Material.

Pueden ser materia del fideicomiso cualquier clase de derechos o de bienes, excepción hecha de aquéllos derechos - que conforme a la ley sean estrictamente personales de su titular (art. 351 LGTOC).

Como condición para la oponibilidad del fideicomiso - frente a terceros, o sea aquéllos a quienes pudiere causar perjuicio la traslación de los bienes o de los derechos, los artículos 353 y 354 establecen la necesidad de llevar a cabo determinados actos registrales para que surta efectos respecto de esos terceros. Es de hacerse notar que en dichas disposiciones el legislador omitió la posibilidad de transmisión de créditos negociables, que son precisamente los títulos y operaciones de crédito, principal materia del comercio jurídico de las instituciones de crédito. Sin embargo, por esta omisión no debe entenderse que no puedan ser afectados en fideicomiso.

Los bienes fideicomitidos salen del patrimonio del fideicomitente, para colocarse en situación de patrimonio de afectación. Por tanto, los acreedores del fideicomitente no podrán perseguir dichos bienes, salvo que el fideicomiso se haya constituido en fraude de sus derechos, en cuyo caso lo podrán nulificar por medio de la acción pauliana (Art. 351 - in fine).

2.6 El fin del Fideicomiso.

Los fines de este negocio pueden ser objeto de regulación y valoración por las partes y dan al fideicomiso su configuración propia.

La única limitación que establece la ley es su licitud y la necesidad de su determinación. Por tanto, los fines del fideicomiso deberán ajustarse a las disposiciones de la LGTOC y las del orden público.

Respecto del objeto del fideicomiso y como consecuencia de los derechos afectados para realizar el fin establecido, es interesante señalar que puede implicar para el fiduciario obligaciones de dar (art. 2011 CC) como son la transmisión del uso, la enajenación, etc.; obligaciones de hacer (arts. 2027 y 2028 CC) y obligaciones de no hacer (art. 2028 CC), tanto derivadas del acto bilateral que constituye el fideicomiso, como de la afectación de los bienes o derechos al fin y la posible realización del mismo. Por ello, el fiduciario habrá de cumplir prestaciones o abstenciones para ejecutar el fin del fideicomiso.

2.7 Elemento Formal.

Preceptúa el artículo 352 de la LGTOC que el fideicomiso puede ser constituido por acto entre vivos o por testamento. - Debe constar siempre por escrito sea en escritura pública, documento privado o testamento y ajustarse a los términos de la legislación común sobre transmisión de derechos o de la propiedad de las cosas que se fideicomitan.

La forma escrita a que se refiere este artículo, constituye un requisito de validez para el acto jurídico de que se trata. Respecto del testamento, el requisito formal habrá de cumplirse de acuerdo con la ley, en atención a su especie. La manifestación de voluntad que lo crea reviste tal carácter, - por tratarse de un "acto jurídico formal", so pena de ser nulos (43).

De esta manera, el fideicomiso considerado como Negocio Formal (44), a diferencia de los consensuales y solemnes, - porque requiere la forma escrita como requisito de validez. - Por tanto, quedará afecto de nulidad relativa, prescriptible y confirmable, excepción hecha del constituido por testamento.

Respecto del artículo 1491 del Código Civil y del Capítulo de nulidad de los actos jurídicos, notamos que "la inobservancia de las formas originan la nulidad relativa del acto". Este no es el caso del testamento, ya que la confirmación del acto nulo relativo no es aplicable. Existe una imposibilidad de revalidar retroactivamente los efectos jurídicos ya creados, puesto que éstos surten efectos hasta la muerte del tes-

- (43) Rojina Villegas Rafael.- Derecho Hereditario o Sucesiones. Ed. el Nacional. México 1947, Pág. 136 y Sigs.
 (44) Borja Soriano Manuel, Teoría General de las Obligaciones. Ed. Porrúa, Tomo I, México 1966, Pág. 220 y sigs.

tador (45). Lisa y llanamente otorga otro testamento y queda revocado el anterior, sea cual fuere la omisión en que se hubiere incurrido.

El testamento constituye una excepción a la regla y creemos que fue el motivo que llevó al legislador a redactar el artículo 352 LGTOC en la forma en que se encuentra. Esta disposición, así entendida, tuvo por único objeto prescribir la forma escrita como requisito de validez, incluido dentro de los documentos de tipo constitutivo a diferencia de los incorporativos y probatorios (46). Como negocio formal que es el fideicomiso, producirá efectos, sea en vida de sus otorgantes o bien como última voluntad por causa de muerte.

(45) Rojina Villegas Rafael. Op. Cit. Pág. 122 y 123.

(46) De la Peza José Luis. Ensayo sobre el Patrimonio en Fideicomiso y la posibilidad de su Quiebra. Tesis. México 1951, Pág. 30.

2.8 Extinción del Fideicomiso.

El artículo 357 de la Ley General de Títulos y Operaciones de Crédito enumera en siete fracciones las causas de extinción del fideicomiso. Estas son:

- a) La realización del fin para el cual fue constituido.
- b) Por hacerse el fideicomiso imposible.
- c) Por hacerse imposible el cumplimiento de la condición - suspensiva o no haberse realizado en el plazo señalado en el fideicomiso o dentro del plazo de 20 años siguientes a su constitución.
- d) Por cumplirse la condición resolutoria a que haya quedado sujeto.
- e) Por convenio expreso entre fideicomitente y fideicomisario.
- f) Por revocación del fideicomitente, si se reservó tal derecho.
- g) Cuando la Institución Fiduciaria no acepte o cuando renuncie o sea removida, si no hay otra que la sustituya.

Consideramos que esta enumeración podría no ser limitativa, si tomamos en consideración que existen otras causas que, por su propia naturaleza, producen la extinción. Tales serían las consistentes en la destrucción de la cosa, la renuncia del fideicomisario y la resolución del derecho del fideicomitente sobre los bienes dados en fideicomiso (47).

(47) Batiza, Rodolfo. Principios básicos del Fideicomiso y de la Administración Fiduciaria. Ed. Porrúa. México 1977. - Pág. 205.

Algunas causales de extinción provienen de acto de las partes o de una de ellas, y otras de hechos que les son ajenos, criterio distintivo que sirve de base a la clasificación adoptada. En este punto, el fideicomiso no podría menos -dada su naturaleza jurídica- de guardar analogía con algunos contratos y actos jurídicos.

2.9 Duración.

La duración de los fideicomisos no será mayor de 30 años, a menos que el beneficiario sea persona física, persona jurídica de orden público o Institución de Beneficencia. Su duración podrá también exceder de dicho término cuando el fin del fideicomiso sea el mantenimiento de museos de carácter científico o artístico sin fines de lucro (Art. 359, fracc. III - LGTOC).

La disposición anterior ha creado la idea que ningún fideicomiso "privado" puede tener una duración mayor de 30 años, lo que resulta falso ya que este límite se refiere únicamente a los casos en que el beneficiario es una persona jurídica no de interés público ni institución de beneficencia, sin afectar por ello a las personas físicas (48).

(48) Batiza, Rodolfo. Op. Cit. Pág. 92.

2.10 INCORPORACION DEL FIDEICOMISO EN EL DERECHO MERCANTIL.

Se ha sustentado la tesis de que el fideicomiso constituye una institución de derecho mercantil. Esta aseveración tiene como único fundamento su incorporación dentro de la LGTOC - que, referida a la fracción XIV del artículo 75 del Código de Comercio, según la cual debe ser considerado como acto mercantil por tratarse de "operaciones de bancos". Es decir, esta afirmación se apoya en que la calidad del sujeto que interviene en dichas operaciones es la de persona del derecho mercantil. Son las instituciones de crédito, con autorización para operar como fiduciarias, las únicas personas jurídicas que están facultadas para practicar el fideicomiso en nuestro régimen jurídico.

Rodríguez Rodríguez (49) concibe parcialmente al fideicomiso como operación bancaria, encuadrándola dentro de la categoría de "servicio bancario", en lugar de operación bancaria pasiva. Por constituir una operación de crédito será un acto de comercio, de acuerdo con el artículo 1º. de la LGTOC.

Pero, ¿bastará únicamente el aspecto formal y funcional del fideicomiso y no el fondo mismo de la operación en sí para atribuirle tal carácter?.

Cabe mencionar con Felipe J. Tena (50) que "a diferencia de que existan en el derecho civil actos esencialmente civiles, no los hay dentro del derecho comercial. No hay uno sólo de los actos catalogados como mercantiles por el código, que no puede servir para fines exclusivamente civiles. Son negocios que lo mismo pueden ser civiles que mercantiles, dependiendo del FIN -

(49) Curso de Derecho Mercantil, Ed. Porrúa, Tomo II, México - 1972, Pág. 122.

(50) Derecho Mercantil Mexicano, Ed. Porrúa, México 1967, Págs. 52 y 53.

que con ellos se persiga..., si bien son mercantiles porque la ley así lo dispone".

En el fideicomiso encontramos que un acto constitutivo, una transmisión de bienes o derechos, una propiedad denominada "fiduciaria". Tienen carácter mercantil en razón de la institución fiduciaria que media en su celebración. Por sus características, su contenido y los actos que deba realizar el fiduciario para alcanzar la finalidad propuesta pueden ser de naturaleza civil o mercantil, dependiendo de la esencia del acto que realice.

Podríamos ejemplificar tal situación al mencionar un fideicomiso testamentario o un fideicomiso de administración de bienes de incapaces. Será mercantil por la participación de la institución fiduciaria, pero el contenido de los actos que deba realizar ésta son de naturaleza esencialmente civil.

Igual comentario podríamos hacer respecto del acto constitutivo, de la transmisión y de la propiedad "fiduciaria". Formalmente serán mercantiles, pero el contenido puede ser civil o mercantil. Por tanto, aplicaríamos tanto por remisión expresa de la ley (art. 352 LGTOC) como por omisión legislativa (art. 2 LGTOG), los preceptos que se ajusten a la naturaleza de los actos mismos de que se trate.

Un ejemplo palpable sería el del derecho de propiedad sobre los bienes fideicomitidos y de los modos de adquisición de la llamada "propiedad fiduciaria". En ambos casos, no sólo por oscuridad de la ley, sino porque se trata de derecho o actos de naturaleza esencial y originariamente civiles, deberían estar incluidos dentro del derecho común con disposiciones expresas que los regularan. Una vez más se hace patente el peligro y la falta de adecuación cuando se incorporan instituciones extrañas a nuestro sistema jurídico: el trust anglosajón adoptado indirectamente en un sistema de derecho de ascendencia romana.

Por último, cabe agregar que a virtud del carácter especial del derecho mercantil frente al derecho civil, las lagunas del primero son colmadas por el derecho común. De ello se deriva que el fideicomiso, como otras instituciones del derecho comercial en sus aspectos formal y funcional, tengan gran interrelación con el derecho común. Esto ocurre como consecuencia de la imposibilidad de abarcar todos los supuestos jurídicos dentro de una ley especial, que deriva de una general.

Existe una estrecha conexión entre ambas ramas del derecho. Esto ha originado que muchos autores hayan propugnado por la creación de un código único o una coordinación de legislaciones, que en sí existe, aún cuando no formalmente.

Podemos concluir afirmando que la inclusión rigurosa del fideicomiso dentro del derecho comercial será sólo por el - - carácter subjetivo, más no por el objetivo y por la finalidad propia de cada una de las especies del fideicomiso, que podrán ser de naturaleza civil o mercantil de acuerdo con la naturaleza del acto. No por ésto debemos menospreciar la actitud del legislador de incluir esta figura en esta rama del derecho, - pues goza de flexibilidad, celeridad y de otras características propias del comercio jurídico mercantil.

CAPITULO III

3.1 NATURALEZA JURIDICA DEL FIDEICOMISO:

1.- Consideraciones Previas.

El fideicomiso presenta como principal controversia la que se refiere a su naturaleza jurídica y es así como se han vertido diversas consideraciones en torno a este aspecto: para algunos es sin lugar a dudas un negocio jurídico, para otros constituye un mero contrato; una corriente más lo califica como patrimonio en afectación, en tanto que algunos autores lo defienden como declaración unilateral de voluntad.

Resulta, pues, necesario practicar un análisis desde diversas ópticas con miras a determinar su verdadera configuración.

Como una primerísima fase de este estudio, estimamos conveniente dejar sentada la extensión del término "naturaleza jurídica", es decir, a qué nos referimos concretamente cuando tratamos de expresarnos sobre la naturaleza jurídica de una figura.

No existe un consenso sobre la base en que debe apoyarse el análisis de la naturaleza jurídica del fideicomiso y en efecto Rodríguez Rodríguez expresa que:

"...es indispensable determinar la naturaleza jurídica del fideicomiso. Para ello vamos a considerarla desde un triple punto de vista: el que se refiere a su configuración como negocio jurídico, el que atañe a su estructura como modalidad del derecho de propiedad, y el que concierne a su calificación como operación bancaria..." (51)

(51) Rodríguez Rodríguez, Joaquín. Derecho Mercantil, Tomo II, Editorial Porrúa. México 1980. Pag. 119.

Por su parte, el Doctor Acosta Romero señala:

"...En México la legislación es poco clara para determinar la naturaleza jurídica del fideicomiso;... los pocos artículos... que desde el origen de éste lo regulan, no proporcionan mucha luz acerca de cómo puede ser clasificado..." (52)

Entonces, a qué debemos referirnos al hablar de la naturaleza jurídica del fideicomiso?..

Sentimos, pues, que es fundamental aclarar la connotación de este aspecto y del resultado de este ejercicio podremos calificar el acierto o desacierto en las afirmaciones externadas por lo estudiosos.

Nosotros consideramos que la búsqueda de la naturaleza jurídica del fideicomiso debe enfocarse principalmente al acto jurídico o causa generadora de los derechos y obligaciones que le son propios; y, en ejercicio secundario, a la relación que guarda con otra u otras figuras semejantes y las reglas que le son aplicables de tales figuras análogas.

2.- Principales Teorías.

Establecido ya nuestro marco de referencia, pasamos al análisis de las principales corrientes y al efecto hemos integrado dos grupos: el primero, con las que se dirigen a desentrañar la causa generadora de los derechos y obligaciones que derivan del fideicomiso y que cuestionan fundamentalmente las voluntades que intervienen en su constitución; y, el segundo, con las que teniendo como origen del fideicomiso un acto plurilateral, un contrato, tratan de encuadrarlo en alguna de las especies de éste, como sigue:

(52) Acosta Romero, Miguel. Las Instituciones Fiduciarias y El Fideicomiso en México, Editorial Somex. México 1982. Pag.

TEORIAS

Por las voluntades que intervienen en su constitución:

Teoría del Acto Jurídico Unilateral.
Teoría del Acto Jurídico Plurilateral o Teoría Contractual.

Por su relación - analógica con otras figuras:

Teoría del Negocio Jurídico.
Teoría del Negocio Fiduciario.

A. - Por las voluntades que intervienen en su constitución.

Es indudable que el fideicomiso nace de un acto jurídico - toda vez que resulta de una manifestación externa de la voluntad que se hace con el fin de crear, transmitir, modificar o - extinguir una obligación o un derecho y que produce el efecto deseado por su autor, porque el derecho sanciona esa voluntad (53).

Tomando en cuenta que los actos jurídicos se subdividen en actos jurídicos unilaterales, en los que interviene para su formación una sola voluntad, o varias pero concurrentes a un - mismo fin; y actos jurídicos plurilaterales, que se caracterizan en requerir para su formación dos o mas voluntades que bus - can efectos jurídicos diversos entre sí, confrontamos en este apartado las teorías del acto jurídico unilateral y del acto - jurídico plurilateral o teoría contractual.

a) Teoría del acto jurídico unilateral.

Esta teoría sostiene que el fideicomiso nace de una - declaración unilateral de voluntad, de modo que se considera - constituido aún sin la aceptación del fiduciario, ni del fidei - comisario.

(53) Gutiérrez González, Ernesto. Derecho de las obligaciones. Editorial Cajica. México 1974. Pag. 124.

Destacamos, de entre los autores defensores de esta idea al Dr. Raúl Cervantes Ahumada, quien sostiene que "El acto constitutivo del fideicomiso es siempre una declaración unilateral de voluntad. La ley dice que puede constituirse "por acto inter vivos o por testamento"... Puede ser que el fideicomiso se contenga dentro de un contrato; pero no se da el acuerdo de voluntades lo que constituye el fideicomiso, sino que éste se constituirá por la voluntad del fideicomitente". (54).

En igual sentido se expresa el Dr. Joaquín Rodríguez Rodríguez en su obra Derecho Mercantil: Normalmente, dice "el fideicomiso se presenta como un acto unilateral, cuando el fideicomitente establece su voluntad en un acto inter vivos, o en su testamento"... Todo ello independientemente de las aceptaciones del fiduciario y del fideicomisario, que por lo mismo no son manifestaciones de voluntad esenciales para integrar el negocio jurídico. La Adhesión del fiduciario a las normas establecidas por el acto constitutivo y la aceptación del cargo son condiciones jurídicas para la ejecución del fideicomiso, pero no para su perfección jurídica..."Otras veces el acto constitutivo no tiene la estructura de una declaración unilateral de voluntad sino que en él son partes en sentido auténtico de la palabra en cuanto representan intereses contrarios que se coordinan a través de las declaraciones contrapuestas de voluntad, el fideicomitente y el fiduciario (55).

Este autor supone la existencia de dos declaraciones de voluntad que se refieren a un objeto determinado.

Como última referencia el Dr. Jorge Alfredo Domínguez Martínez se adhiere a la tesis que en este apartado se comenta, al expresar "el fideicomiso es un negocio jurídico que se constituye mediante declaración unilateral de voluntad de un

(54) Cervantes Ahumada, Raúl. Títulos y Operaciones de Crédito. Editorial Herrero. México 1979. Pág. 289.

(55) Rodríguez Rodríguez, Joaquín. Op. Cit. Pág. 120.

sujeto llamado fideicomitente por virtud de la cual éste designa ciertos bienes o derechos a un bien lícito y determinado y la ejecución de los actos que tiendan al logro de ese fin, deberá realizarse por la institución fiduciaria que se hubiere obligado contractualmente a ello (56).

Según apreciamos, la defensa de la teoría del acto jurídico unilateral se sustenta en preceptos de nuestra Ley General de Títulos y Operaciones de Crédito que, por su redacción, pareciera que definen al fideicomiso como tal.

Los preceptos a que nos referimos son los siguientes:

"...El fideicomiso será válido aunque se constituya sin señalar fideicomisario..." reza el artículo 347;

"...En caso de que al constituirse el fideicomiso no se designe nominalmente la institución fiduciaria..." según dispone el segundo párrafo del artículo 350;

"...Salvo lo dispuesto en el acto constitutivo del fideicomiso, cuando la institución fiduciaria no acepte..., cesará el fideicomiso...", último párrafo del mismo numeral 350;

"...El fideicomiso puede ser constituido por acto entre vivos o por testamento...", expresa el artículo 352.

Desprendemos de los artículos enunciados, 3 hipótesis como sigue:

- 1) Que puede constituirse fideicomiso no habiendo fideicomisario (art. 347), esto es, con la manifestación de dos de las partes, el fideicomitente y el fiduciario;

(56) Domínguez Martínez, Jorge Alfredo. El Fideicomiso ante la Teoría General del Negocio Jurídico. Editorial Porrúa. Pags. 188 a 241.

- 2) Que puede constituirse el fideicomiso aún antes de - que el fiduciario externe su aceptación (art. 350, segundo y último párrafos); y
- 3) Que puede existir ya el fideicomiso como la sola manifestación del fideicomitente, fideicomiso constituido "por testamento" (art. 352).

Luego de un somero análisis de las hipótesis que se plantean, podemos obtener los siguientes resultados:

En la primera se supone constituido el fideicomiso sin fideicomisario, situación admisible pero que de ningún modo puede sustentar la teoría de la naturaleza jurídica del fideicomiso como un acto unilateral puesto que cabe entender que el fideicomitente y el fiduciario externalizan su voluntad, conjunta o sucesivamente, para dar lugar al nacimiento de un fideicomiso, como actor bilateral, es decir como contrato.

Por cuanto a la segunda hipótesis, se supone constituido el fideicomiso sin haberse designado nominalmente, es decir, de nombre, la fiduciaria. En el caso, y aún cuando pareciera temeraria la expresión, debemos señalar que no puede considerarse constituido el fideicomiso; se trataría simplemente de una policitud u oferta hecha por las partes fideicomitente y fideicomisario o solamente por la primera, a una persona indeterminada susceptible de fungir como fiduciaria.

Por otro lado, si bien el precepto en que se apoya no aclara el momento en que entra en escena el fiduciario, cabría tener en cuenta que la manifestación original de voluntad de las partes fideicomitente y fideicomisario simultánea o sucesiva se calificaría de acto bilateral o contrato.

Ahora bien, hemos de suponer el mismo caso con la modalidad de que el fideicomitente y el fideicomisario son la misma persona. Aquí aplicaríamos la misma medida de solución aludida

en el párrafo anterior tomando en cuenta que aún cuando en una misma persona se centren las calidades de fideicomitente y fideicomisario estarían conjungándose dos partes que, según se analiza en el capítulo correspondiente, tienen intereses opuestos. Consecuentemente, estas dos partes constituirán un acto si bien unipersonal, también bilateral.

En relación a la tercer hipótesis de constitución de fideicomiso por testamento, a simple vista pareciera válido considerar que si el fideicomiso puede constituirse por testamento - su naturaleza correspondería a la de acto jurídico unilateral; sin embargo esta apreciación es errónea.

En principio cabe recordar la definición que da el Artículo 1295 del C.C. "Testamento es un acto personalísimo, revocable y libre, por el cual una persona capaz dispone de sus bienes y derechos y declara o cumple deberes para después de su muerte.

Nosotros estimamos que si bien el testamento tiene por naturaleza jurídica un acto jurídico unilateral, este origen no tiene porque trasladarse al o a los actos jurídicos resultantes del cumplimiento de las disposiciones contenidas en dicho testamento. De ahí que si la constitución de un fideicomiso se dispone en testamento, no por ello se consideraría al fideicomiso resultante como acto jurídico unilateral.

Buscando soportar la anterior aseveración, y a guisa de ejemplo, podríamos suponer el caso del testador que dispuso que a su muerte todos sus bienes fuesen vendidos y el producto de las ventas donado a la Cruz Roja, disposición que fue ejecutada en sus términos. Aquí cabe preguntarse si las compraventas formalizadas, se constituyeron por testamento, a lo que responderíamos negativamente pues resulta evidente que uno es el acto de disposición de los bienes, esto, es, la manifestación unilateral de voluntad, y otro es el acto o los actos de ejecución de las disposiciones testamentarias por el albacea y que pueden

ser, como en el caso, de naturaleza contractual.

Ahora bien, existen otros elementos que nos obligan a interpretar debidamente el multicitado artículo 352.

En primer lugar debemos recordar que el testamento es un acto revocable y aún cuando el testador dispusiera en su testamento la constitución de un fideicomiso irrevocable, estaría en posibilidad de revocar su expresión testamentaria en todo momento.

Por otro lado, es también posible que los bienes de que dispone el testador al formular su testamento salgan de su patrimonio (por venta, donación, sentencia ejecutoria, etc.) antes de que ocurra su fallecimiento, situación que haría imposible ejecutar sus disposiciones testamentarias.

De todo lo anterior podemos concluir que en el caso de una disposición testamentaria relativa a la constitución de un fideicomiso no pasa de ser eso, una disposición sujeta a ---- un plazo la muerte del testador y a condiciones resolutorias: la exclusión de los bienes señalados para integrar la materia del fideicomiso, del patrimonio del testador; y la siempre posible revocación de dicha disposición testamentaria por su autor.

Así examinada la teoría que defiende el acto constitutivo del fideicomiso como un acto jurídico unilateral, se observa fincada en interpretaciones equivocadas de los preceptos legales y por ende insuficientes para explicar la naturaleza jurídica del fideicomiso.

b) Teoría Contractual.

Se habrá advertido ya la crítica a la teoría de la declaración unilateral de voluntad y a la consecuente consideración indubitable de nuestra parte de que el fideicomiso emana de un acto jurídico contractual.

En efecto, para nosotros el fideicomiso deviene de una - relación jurídica entre dos o más personas, esto es, el fideicomitente y el fiduciario como elementos indispensables para constituir la figura; y, como posible concurrente del acto constitutivo el fideicomisario. Esta relación jurídica produce para - las partes derechos y obligaciones a cumplirse en forma recíproca teniéndose, de acuerdo a lo dispuesto por el Código Civil, - un contrato.

Si bien es cierto que la Ley General de Títulos y Operaciones de Crédito no esclarece en su texto el tipo de acto jurídico que constituye al fideicomiso, del análisis de la exposición de motivos de la vigente ley, encontramos este señalamiento: "...La nueva ley conserva, en principio, el sistema ya establecido de admitir solo el fideicomiso expreso, ...puede servir a propósitos que no se lograrían sin él por el mero juego de - otras instituciones jurídicas o que exigirían una complicación extraordinaria en la contratación (57).

Considerando la laguna en el texto de la ley en comento, debe atenderse a la intención del legislador que se desprende - de la exposición de motivos enunciada.

Reforzando esta interpretación y valorando como aportación testimonial las expresiones del Licenciado Pablo Macedo - autor del trabajo denominado "El Fideicomiso Mexicano", que - sirviera para prolongar la versión en español de la obra de - Pierre Lapaulle intitulada "Tratado Teórico y Práctico de los - Trusts". e integrante de la Comisión Redactora de la Ley General de Títulos y Operaciones de Crédito y concretamente del - del articulado relativo al fideicomiso, nos permitimos transcribir sus comentarios al artículo 350 último párrafo: "...no se impone la designación a la institución fiduciaria, puede negarse a aceptar el encargo o renunciar a él, pues se configura el caso como un contrato que requiere la voluntad de ambas partes -

(57) Legislación Mercantil y Leyes Conexas. Motivos de la Ley de Títulos y Operaciones de Crédito. Editorial Andrade. México 1985. Pag. 493.

... (58).

Y respecto al 353 dice: "son las ideas rectoras del precepto:...La publicidad que en nuestro medio rige la materia de los inmuebles, como garantía del comercio jurídico y para protección de terceros. En esta forma se evitan discusiones... acerca de la buena o mala fe de quienes contratan con el fiduciario... (59).

Es evidente la intención de otorgar al fideicomiso una naturaleza contractual que desafortunadamente no quedó plasmada con nitidez en la Ley de Títulos, por alguna razón que para nosotros es desconocida; y lo que es más, se establecieron preceptos como los que transcribimos en el apartado anterior que, lejos de dar luz acerca del problema sobre la naturaleza del fideicomiso, vienen a motivar mayores confusiones por la inexacta aplicación de la terminología que se usó al redactarlo.

Actualmente podemos encontrar en nuestra legislación diversos preceptos que, relacionados con el fideicomiso, le dan definición a su naturaleza contractual.

En efecto, la Ley Reglamentaria del Servicio Público de Banca y Crédito, ordenamiento por demás reciente, establece en su artículo 60 lo siguiente:

"Artículo 60.- En las operaciones de fideicomiso,... las instituciones abrirán contabilidades especiales por cada contrato..."

Y en el diverso numeral 84, fracción XVIII, inciso B), - la prescripción que en lo conducente se transcribe:

(58) Macedo Pablo. El Fideicomiso Mexicano, prólogo en Lepaullo, Pierre: Tratado Teórico y Práctico de los Trusts. Editorial Porrúa. México 1975. Pag. XXX.

(59) Macedo Pablo. Op. Cit. Pag. XXXI.

"Artículo 84.- A las instituciones de crédito les estará prohibido:

XVIII.- En la realización de las operaciones a que se refiere la fracción XV del artículo 30 de esta ley:

b) Responder a los fideicomitentes, mandantes o comitentes del incumplimiento de los deudores, por los créditos que se otorguen, o de los emisores, por los valores que se adquieran, salvo que sea por su culpa, según lo dispuesto en la parte final del artículo 356 de la Ley General de Títulos y Operaciones de Crédito, o garantizar la percepción de rendimientos por los fondos cuya inversión se les encomiende.

En los contratos de fideicomiso, mandato o comisión, se insertará en forma notoria este inciso, y una declaración de la fiduciaria en el sentido de que hizo saber inequívocamente su contenido a las partes de quienes haya recibido bienes para su inversión."

Obsérvese en los preceptos antes transcritos la contundente declaración acerca de la naturaleza contractual de la figura que nos ocupa.

Cabe decir que estos artículos ya existían antes de la vigencia de la ley reglamentaria toda vez que corresponden en su texto a los artículos 44 fracción III y 46, fracción II, respectivamente, de la derogada Ley General de Instituciones de Crédito y Organizaciones Auxiliares.

Por cuanto a los fideicomisos públicos, es interesante apuntar la manera en que son y han sido establecidos, esto es mediante la publicación en el Diario Oficial de la Federación del Decreto o Ley que ocupa su creación y la formalización, en su oportunidad, de los correspondientes contratos. Todo ello al amparo de las disposiciones legales en vigor como las que enseña comentamos.

Al repasar el DECRETO POR EL QUE SE ESTABLECEN LAS BASES PARA LA CONSTITUCION, INCREMENTO, MODIFICACION, ORGANIZACION Y FUNCIONAMIENTO DE LOS FIDEICOMISOS ESTABLECIDOS O QUE ESTABLEZCA EL GOBIERNO FEDERAL, publicado en el Diario Oficial el 27 de febrero de 1979; observamos que en todo su articulado, se refiere al fideicomiso como contrato. Este tratamiento se recoge en la recientemente publicada Ley Federal de las Entidades Paraestatales (D.O. 14 de mayo de 1986), según se aprecia en los preceptos que han sido seleccionados y se transcriben en lo conducente:

"Artículo 41.- El Ejecutivo Federal... cuidará que en los contratos queden debidamente precisados los derechos y acciones que corresponde ejercitar al fiduciario...",

"Artículo 44.- En los contratos de los fideicomisos... se deberán precisar las facultades especiales..." y;

"Artículo 45.- En los contratos constitutivos de los fideicomisos de la Administración Pública Federal Centralizada, se deberá reservar al Gobierno Federal la facultad expresa de revocarlos..."

Parece claro que la controversia doctrinal referida al principio de este capítulo está por demás resuelta en la propia legislación de manera que no hay lugar a diferir del criterio en el sentido de que el fideicomiso encuentra la naturaleza jurídica en un contrato.

B) Por su relación analógica con otras figuras.

Este ejercicio comparativo que enfrenta a la figura del fideicomiso con otras que al parecer lo resultan análogas en cuanto a los derechos y obligaciones que general, los fines que

puede procurar a los medios para realizarlos, es independiente de la determinación relativa a su naturaleza jurídica como acto eminentemente contractual. Es importante, sin embargo, toda vez que permite reafirmar sus características propias así como puntualizar algunos aspectos de orden doctrinal.

3.2 TEORIA DEL FIDEICOMISO MANDATO.

La Ley de Bancos de Fideicomiso de 1926, que tuvo una vigencia efímera en México, en su artículo 6° decía: "el fideicomiso propiamente dicho es un mandato irrevocable en virtud del cual se entrega al banco, con el carácter de fiduciario, determinados bienes para que disponga de ellos o de sus productos, según la voluntad del que los entrega llamado fideicomitente, a beneficio de un tercero llamado fideicomisario o beneficiario".

Ricardo Alfaro, jurista panameño, inspirador de nuestra ley de 1926, pretendió adaptar el trust anglosajón a los sistemas jurídicos latinoamericanos de ascendencia romana. Sostiene que el Fideicomiso es un contrato sui generis y lo define como "un mandato irrevocable en virtud del cual se transmiten determinados bienes a una persona llamada fiduciario, para que disponga de ellos conforme lo ordene el que los transmite, llamado fideicomitente, a beneficio de un tercero llamado fideicomisario". (60).

Alfaro considera que el fiduciario desempeña un encargo del fideicomitente y si, de acuerdo con la jurisprudencia, el contrato de mandato es aquel por medio del cual una persona se obliga a prestar algún servicio o hacer alguna cosa por cuenta o encargo de otra, el Fideicomiso en sustancia es un mandato, en el que el fiduciario, tiene el carácter de mandatario y de mandante el fideicomitente.

Confirma lo anterior, recordando que en el fideicomiso romano el fiduciario era habilitado para desempeñar un encargo al ser sustituido heredero; en el trust anglosajón, se le investía con el título legal sobre los bienes y en ambos casos "se ejecutaba un encargo por cuenta del testador o constituyente".

(60) El Fideicomiso, estudio sobre la necesidad y conveniencia de introducir en la legislación de los pueblos latinos una institución nueva semejante al Trust del Derecho Inglés. Panamá 1920, Pag. 48.

Añade que las características de revocabilidad y de extinción del mandato ordinario serían ineficaces en el trust, por lo que hizo surgir la idea del "Mandato irrevocable", una comisión o encargo sui generis por virtud del cual el fideicomitente se desprende del dominio de las cosas objeto del encargo.

Esta concepción originó innumerables críticas que provocaron un reajuste de la "fórmula" ante la eficacia parcial del mandato. Ratificando su postura, el autor panameño suprimió la denominación de mandato irrevocable, sustituyéndola por la de acto y consideró tres elementos como integrantes del fideicomiso:

- 1°.- Transmisión del patrimonio.
- 2°.- El destino que se da al patrimonio; y
- 3°.- El encargo.

"Aclarada así la definición, ella nos lleva como de la mano a la consecuencia inevitable... de que la esencia del fideicomiso está en la transmisión del patrimonio, porque esa transmisión es la que normalmente engendra el derecho del dominio del fiduciario". (61).

Comentarios y críticas.

No me parece acertada la asimilación del Fideicomiso al mandato irrevocable, pues como lo señala Molina Pasquel (62) muchas y numerosas son sus diferencias: "En derecho civil, las instituciones definidas por el Código no lo son en función de otras del mismo ordenamiento, por lo cual consideramos falta de técnica la definición que se comenta. Fuera aceptable la definición si el fideicomiso resultara simplemente una modalidad o variante del mandato, como lo es el mandato irrevocable; pero

- (61) El trust en el Derecho civil, Revista Juz, # 97, México. Agosto 1946, Pag. 185, cit. Por Domínguez Martínez Jorge. Alfredo, Op. Cit. - Pag. 146.
- (62) Memoria de la Tercera Conferencia de la Federación Interamericana de Abogados, "Unificación de los Países Latinoamericanos de la Legislación sobre la naturaleza Jurídica del Fideicomiso" México 1945, Tomo II, Pag. 282 y sigs.

tiene tal suma de diferencias entre sí, la principal consiste en una enajenación yuxtapuesta en su definición enseguida, que es imposible a nuestro juicio considerarlo como mandato", (63).

El artículo 2596 del Código Civil prevee la figura del mandato irrevocable y de acuerdo con Molina Pasquel, su sólo efecto es no poder impedir la ejecución de los actos materiales del mandato al mandatario, sin privar por ésta al mandante de la facultad para que los realice por sí mismo. Esto constituye una diferencia sustancial con el trust; el trustee es el único titular de los bienes y el dueño conforme a la ley, es el "legal owner" respecto a los derechos y obligaciones relativos a los bienes.

Aún cuando la doctrina moderna admite el mandato sin representación, existe el elemento de que los actos se ejecutan "por cuenta del mandante" lo que diferencia al fideicomiso del mandato. Es de agregarse que frente a la relación de sujeción absoluta que existe entre mandante y mandatario establecida por el artículo 2562 del Código Civil, esta relación es relativa en el trust, ya que por virtud de éste se traslada el dominio de los bienes al trustee, quien será a partir de su aceptación el único titular legal del patrimonio y su único responsable.

Quando el mandato entrañe la entrega de bienes al mandatario, esta entrega no implica la transmisión de la propiedad de los mismos, como ocurre en el fideicomiso. Como dice acertadamente Molina Pasquel, "los bienes del mandante que se encuentren en poder del mandatario pueden ser objeto de acciones de los acreedores del primero, pues forman parte de su patrimonio; al mandatario no puede oponerse ni excepcionarse. Los bienes fideicomitados no se encuentran ya en el patrimonio del fideicomitente y

sus acreedores no pueden ejercitar acciones sobre ellos; el fiduciario (a diferencia del mandatario) puede oponerse a título propio".

La integración del patrimonio en el fideicomiso dista mucho de asemejarse al conjunto de bienes que el mandante entrega al mandatario. El primero es único, sujeto a la realización de un fin, sin poder estar sujeto al secuestro por los acreedores del fideicomitente, al grado de que conforme al artículo 12 de la Ley de Bancos de Fideicomiso de 1926, se consideran inembargables mientras que el patrimonio respecto del cual se confiere el mandato siempre estará dentro del haber del mandante.

Existe la imposibilidad de asimilar el fideicomiso al mandato sin representación, a pesar de que en ambos casos se establecen relaciones en nombre propio entre el mandatario o el trustee y los terceros, en el mandato siempre se afectará el patrimonio del mandante, situación imposible en el fideicomiso.

Corroborara esta afirmación Alfaro (64) al decir que "para lograr los fines del trust en un sistema civil, es indispensable hacer del trustee un propietario ordinario y regular, con capacidad de gozar y ejercitar todas las facultades y atributos inherentes al derecho de dominio."

Sería muy largo y prolijo enumerar las otras diferencias que existen entre el mandato y el fideicomiso. Baste concluir que mandato y transmisión son jurídicamente contradictorios; o bien hay mandato sin transmisión o hay transmisión que por esencia no es mandato.

-

(64) Adaptación del Trust del Derecho Anglosajón al Derecho Civil. Pag. 37.

3.3.- EL FIDEICOMISO COMO PATRIMONIO SIN TITULAR O DE AFECTACION.

La doctrina mexicana en su mayoría admite que el concepto de nuestro fideicomiso está inspirado en la interpretación que acerca del trust elaboró el jurista francés Pierre Lepaulle. Lo define como una "institución jurídica que consiste en un patrimonio independiente de todo sujeto de hecho y cuya unidad está constituida por una afectación que es libre dentro de los límites de las leyes en vigor y del orden público" (65).

Los elementos esenciales del trust son: un patrimonio distinto y una afectación. El primer elemento supone la existencia de un conjunto de derechos patrimoniales, sobre los cuales el trustee debe operar sin que por ello la misión que se encomienda al trustee sea el único elemento. Dicho patrimonio forma un todo distinto y se afirma que no es de nadie. No será del "settlor", pues constituirá una donación con carga en estipulación a favor de otro y tampoco del "cestui que trust", puesto que la figura central de la afectación se convertiría en un mandatario, administrador, tutor, pero nunca será un trustee.

Estos derechos patrimoniales forman un todo distinto, aislado, con individualidad propia. Los derechos que confiere el patrimonio no pertenecen a alguien, sino a algo: al propio patrimonio. El trustee será un guardián, un administrador de dichos bienes.

La afectación como segundo elemento radica en las directrices dadas al trustee relativa al patrimonio o sea los motivos y fines por los cuales se creó el trust.

(65) Op. Cit. pag. 31. Modificada posteriormente para considerarlo como "Una afectación de bienes garantizada por la intervención de un sujeto del derecho que tiene la obligación de hacer todo lo que sea razonablemente necesario para realizar esa afectación y que es titular de todos los derechos que le sean útiles para cumplir dicha obligación", la Naturaleza del Trust. Traducción Pablo Macedo. Revista General de Derecho y Jurisprudencia, Tomo III. 1931, Pag. 115.

El trustee es el sujeto de derechos que realizará la afectación. Es imprescindible dentro de su funcionamiento. El Cestui-que trust tendrá un derecho de crédito a cargo del trust y no del trustee.

Landerreche Obregón, al tratar el fideicomiso mexicano - (66) calificó como precisa y acertada la reglamentación de la - LGTOC.

Partidario de la teoría de Lepaulle aplicada a nuestro fideicomiso, señala que "resulta económica y jurídicamente fundada la formación de un patrimonio autónomo destinado a un fin lícito, sin que necesariamente tenga como requisito la existencia de un propietario determinado, sino como simple condición de un órgano que realice el fin que se persigue" (67).

Comentarios y Críticas:

Lapaulle pretende justificar dentro del derecho anglosajón que el trust constituye un patrimonio y una afectación sin establecer relaciones entre sujetos de derecho. El centro de imputación será el patrimonio del fideicomiso, atribuyéndole todas las características de una persona jurídica.

Por otro lado nuestra LGTOG en su artículo 346 y 351 establece los elementos a que hemos hecho alusión: "en virtud del fideicomiso, el fideicomitente destina ciertos bienes a un determinado fin, encomendando la realización de ese fin a una institución fiduciaria". "Los bienes que se dan en fideicomiso se considerarán afectos al fin a que se destinan". Observamos en dichas disposiciones la influencia que Lepaulle tuvo en la ley que ac-

(66) La naturaleza del Fideicomiso en el Derecho Mexicano. Revista Jus. Tomo X. No. 50. México. Septiembre 1942. Pag. 193 y siguientes.

(67) Op. Cit. Pag. 197.

tualmente nos rige. Pero surge la duda de su aplicabilidad en -- nuestro derecho.

Lepaulle cita como ejemplo la afectación de patrimonio y existente en el derecho francés a la fundación, la sucesión y la quiebra, independientes de todo sujeto de derecho y sin que sean personas morales.

Lógica y jurídicamente es inaceptable su teoría del patrimonio sin titular, ya que la afectación del patrimonio deberá requerir de la personalidad jurídica inherente al sujeto de derecho que sea titular del patrimonio. Los bienes no son el centro de imputación jurídica, sino el objeto de la afectación. La tesis de Lepaulle de pretender que existen derechos sin sujeto, sustentada en la de Brinz v Bekker, cae por tierra ante el argumento lógico que esgrime García Maynes cuando dice "Todo derecho es a fortiori facultad jurídica de alguien, así como toda obligación necesariamente supone un obligado. Hablar de derechos sin titular es contradecirse. La noción de deber se encuentra ligada inseparablemente al concepto de persona; entre ellos hay una relación del mismo tipo que la que existe entre las ideas de sustancia y atributo". (68).

Ejemplificando, encontramos que la ley de Instituciones de Asistencia Privada para el Distrito y Territorios Federales, artículo 4º, define a las fundaciones como "las personas morales que se constituyen mediante la afectación de bienes de propiedad privada destinados a la realización de actos de asistencia". La palabra "afectación" implica únicamente el sometimiento a los bienes propiedad de dichas instituciones a la realización de un fin: La asistencia. Estos bienes constituyen el patrimonio de las fundaciones, que como instituciones jurídicas gozan de una personalidad propia que la misma ley les otorga, como se aprecia de la lectura de las disposiciones del Título Primero, Capítulo Primero del mencionado Ordenamiento (especial referencia a los artículos 15 y 18).

(68) Introducción del Estudio del Derecho. Ed. Porrúa. México 1949. Paq. 285.

En el caso del fideicomiso, la personalidad jurídica la tiene cada una de las partes que en él intervienen, sin que exista una personalidad jurídica propia del negocio, por lo que no podemos admitir la existencia de un patrimonio sin titular y menos aún un patrimonio que por sí mismo tenga personalidad jurídica dentro de nuestro derecho. La LGTOC reconoce la transmisión, la personalidad jurídica de las partes y un patrimonio propio necesario para realizar las finalidades de que se trata.

Así pues, considero inadmisibile la teoría de Lepaulle del patrimonio afectación sin titular existente para explicar la naturaleza jurídica del fideicomiso. A reserva de análisis posterior, en el fideicomiso existe una unidad patrimonial proveniente y dada por la ley, de la que derivan derechos y obligaciones cuya posibilidad de ejercicio de parte del fiduciario se encuentra supeditado al fin del negocio. Pero, es el fiduciario su titular y será él quien deba realizar la afectación del patrimonio al fin.

3.4. - EL FIDEICOMISO COMO INSTITUCION.

Sostiene Ledesma Uribe (69) que tanto el trust como el fideicomiso corresponden al concepto jurídico de la "Institución", tal como lo explican Haouriou y Renard. Esta opinión se ñala un nuevo camino en las investigaciones jurídicas respecto de nuestro tema, y propugna la supremacía del interés de la colectividad sobre los intereses individuales, sin que por ello éstos se monoscaben.

Para mejor comprensión de esta teoría, cabe recordar que Haouriou, secundado por Georges Renard, afirma que contra la postura del Absolutismo Individualista deberá desarrollarse el Socialismo, como protección de los intereses de la colectividad.

La Institución, para Haouriou, consta de tres elementos esenciales:

- 1º.- La idea de una obra a realizar en un grupo social;
- 2º.- El poder organizado, puesto al servicio de esa idea, para su realización.
- 3º.- Las manifestaciones de comunión que existen entre los individuos del grupo en torno a la idea.

Habla Haourioi de una Institución y al referirse al significado de esta palabra indica que "designa a todo elemento de la Sociedad cuya duración no depende de la voluntad subjetiva de individuos determinados" (70). Cita como ejemplo de instituciones a la Corona Inglesa, la familia, a la propiedad e inclusive, al héroe desconocido cuyos restos reposan bajo el Arco del Triunfo.

(69) El Fideicomiso en el Derecho Mexicano. Notas para un estudio de Derecho Comparado. Pag. 89 y sigs.

(70) Derecho Público y Constitucional Ed. Revs. 2da. Edición. Pág. 83.

La Institución Social está siempre encerrada en una - -
cierta suma de conciencias individuales, subjetivas, cuyas ma-
nifestaciones de comunión tienen como resultado constituir el
personal de agentes, órganos o funcionarios que obran en nom-
bre de la Institución y que por diversos conceptos la represen-
tan; es la organización institucional que funciona a través de
sus representantes u órganos.

Existen dentro del género Institución dos especies: la -
institución grupo y la institución cosa. Ambas tienen en común
la idea que penetra en la realidad, la duración y un poder ob-
jetivo que mantiene el equilibrio de fuerzas dentro de la Ins-
titución. En la Institución Grupo existe como elemento más im-
portante la idea que tiene. La Institución nace y vive precisa-
mente por la participación de todos sus miembros en esa idea.
El elemento emocional hace que se aproxime este tipo de insti-
tución a la forma social de la comunidad. Por otro lado, la -
Institución Cosa se constituye precisamente a base de relacio-
nes interindividuales y de esta manera se aproxima al tipo de
la sociedad individualista y en ella acoge Maouriou toda la -
realidad sociológica que es el sustrato del individualismo ju-
rídico.

Si bien estas ideas de Maouriou nos bastan para compren-
der su teoría, Ledesma Uribe complementa su exposición con la
teoría de Georges Renard (71). Este autor caracteriza a la Ins-
titución por tener una intimidad organizada y como tal las re-
laciones de sus miembros no son personales; éstas son propias
de los contratos. Se trata de relaciones de incorporación, de
órgano a órgano, derivadas de su competencia al mismo organis-
mo. Su carácter propio será la objetividad (72)

(71) La Teoría de la Institución, essai d'ontologie Juridique.
Librairie du Recueil, Sirey, Paris. 1930. Tomo I.

(72) Idem. Pag. 287.

La finalidad institucional será el bien común, sin incluir el bien propio de cada uno.

La autoridad constituye un principio jurídico interno -- que sostiene el organismo institucional referido a su finalidad. Es intrínseca a la misma institución, como condición de existencia. El fundamento de dicha autoridad estará fincado en las exigencias de la vida social (73)

Como contraposición, dentro del mundo propio de los contratos la igualdad será su criterio rector.

El Contrato, a diferencia de la Institución, afectará únicamente la personalidad de sus autores, sin que ésto quiera decir que se crea un ser jurídico diferente. El Contrato será producto de su formación, cuya regulación estará siempre bajo el imperio de la igualdad. Por tanto, para justificar su oposición a la Institución, afirma que existe una irreductible libertad individual, que la Institución no puede liquidar.

La idea de lo institucional está arraigada en todas las relaciones jurídicas, por lo que existe un deslizamiento del contrato hacia la Institución. Admite que hay contratos que están dentro de lo institucional e instituciones que se presentan bajo la forma contractual: a) Situaciones jurídicas individuales simultáneamente contractuales bajo un aspecto e instituciones bajo otro (ej. Concesión de servicio público); b) Situaciones jurídicas individuales de carácter estatutario que se transforma en derechos subjetivos (derechos reales administrativos); c) Otras situaciones jurídicas estatutarias o institucionales que engendran derechos subjetivos (derechos del funcionario); d) En fin, se producen otras situaciones que oscilan de lo institucional a lo contractual o viceversa (el servi-

(73) Idem. Pag. 311 y sigs.

cio doméstico en el primer caso y la condición de los trabajadores asalariados en el segundo).

Como prueba convincente del "deslizamiento", señala una preeminencia de la justicia general y distributiva sobre la -- conmutativa.

Esta última es ley en los contratos (74)

De la anterior exposición es de donde parte Ledesma Uribe para considerar al Fideicomiso como Institucional, tanto - por su finalidad propia, como por ser un instrumento diferente del comercio jurídico; por los fines benéficos que puede implicar o sea por un interés común primordial, pero sin que ocasione un perjuicio al interés individual o propio.

Comentarios y Crítica.-

La teoría del Fideicomiso-Institución, si bien es un esfuerzo bien encaminado para explicar la efectiva realidad del fideicomiso, no parece correcta por las siguientes razones:

1) En teoría, la Institución es una solución idealista - originada en la mente de quien la concibe y la impone a la realidad como solución. Está en total contraposición a la solución realista de la verdadera naturaleza del fideicomiso.

La solución dada por Ledesma Uribe con base en las ideas de Maouriou y Renard, entraña una concepción filosófico-jurídica de la naturaleza del fideicomiso. La ciencia de la Filosofía del Derecho comprende dentro de su objeto material la total realidad de lo jurídico, pero su diferencia con las demás

(74) Idem. Pag. 439 y sigs.

ciencias radica en el objeto formal: el ángulo desde el cual se contempla lo jurídico. Estas ciencias entre ellas la del de recho, aún cuando subordinadas a la filosofía, mantienen sin embargo su autonomía en cuanto tienen su propio campo fijado por su objeto formal.

En principio la solución filosófico-jurídica de Ledesma nos puede dar un criterio de solución, pero únicamente contempla uno de los aspectos de una concepción tan amplia como la del fideicomiso.

2) Por otra parte, el concepto jurídico de la Institución señala un nuevo camino, en el que sin menoscabo de los intereses individuales, surge sobre éstos en beneficio de la colectividad. El bien común desplaza las falsas ideologías del absolutismo individualista.

Al respecto, cabe mencionar la opinión del Dr. Preciado Hernández, que transcribo: "El Orden Jurídico se instituye entre personas a las que ordena imperativamente al bien común, de tal suerte que sólo en cuanto existe este ajustamiento puede calificarse de jurídica la regla que lo establece; y de este ajustamiento o adecuación al bien común desprende la regla de derecho su obligatoriedad" (75).

Hasta este punto podríamos aceptar que es correcta la tesis de Ledesma, aún cuando con ciertas reservas, pero, cabe hacer mención, como lo señala Preciado Hernández, que la teoría Institucional no sólo representa una solución realista al problema de la personalidad jurídica colectiva, sino que también resuelve las cuestiones fundamentales del derecho. Por ello, de be ser considerada como doctrina general, como una filosofía

(75) Lecciones de Filosofía del Derecho. Ed. Jus. México 1970. Pag. 154.

institucional del derecho (76)

Las normas que regulan al fideicomiso son reglas de dere-obligatorias, que exigen su cumplimiento y aunque participan en el bien común de la sociedad, velan principalmente por intereses particulares.

3) A mi parecer, existe una objeción que es insuperable. Maouriou sostiene (77) que existen dos modalidades de la fundación, que se reconoce como tipo de Institución: la individual, creada por la voluntad exclusiva de un sólo individuo; y la fundación, por voluntad común de varios individuos. Del ejercicio de la libertad de fundación en sus dos modalidades, resultan dos categorías de cuerpos constituidos: los establecimientos y las corporaciones. La libertad de fundación puede en ciertas ocasiones hacer surgir un cuerpo constituido de carácter complejo, en el que se mezcle una operación fundacional con una operación contractual.

Esa fundación supone tres elementos: 1°. la operación jurídica de fundación, compleja o simple; 2°. los estatutos, los recursos que se afectan, la organización; 3°. el reconocimiento de la personalidad jurídica. Este sería el caso de las sociedades por acciones, que bajo una forma contractual contiene una fundación.

Es precisamente en este tercer elemento donde divergimos de la opinión de Ledesma. Si bien la teoría institucional sirve para explicar la personalidad jurídica colectiva, perfectamente referida a las sociedades, en el fideicomiso no hay tal personalidad. Sólo encontramos la personalidad jurídica propia de cada una de las partes que en él intervienen y en especial, la de la Institución fiduciaria que será, como titular o propietaria de los bienes fideicomitidos, la encargada de realizar el fin del fideicomiso.

(76) Op. Cit. 155

(77) Op. Cit. 518 y sigs.

Aparte de lo anterior, las características de la Institución como son la autoridad, la organización, la duración, el patrimonio, distan mucho de asemejarse al fideicomiso. Probablemente, dentro del deslizamiento de lo contractual a lo institucional podría colocar al fideicomiso en la etapa más precaria: la del contrato. Si fuéramos a referirnos al fideicomiso como institución, deberíamos considerarlo como "un conjunto de normas de igual naturaleza que regulan un todo orgánico y prosiguen una misma finalidad" (78).

(78) Rojina Villegas. Compendio de Derecho Civil. México 1968, Tomo I. Pag. 281.

3.5 EL FIDEICOMISO COMO NEGOCIO JURIDICO.

La mayoría de los estudios sobre el fideicomiso se detienen a analizar lo que se conoce como negocio jurídico tratando de encontrar similitud, con la figura que nos ocupa. Incluso encontramos autores como el Dr. Domínguez Martínez que afirman y defienden no solo la analogía entre ambas, sino la genealogía - que las une y así, señala que el fideicomiso es una especie de los negocios jurídicos. (79).

Nuestra legislación mexicana no regula el negocio jurídico como un acto típico.

Si nos vamos a una interpretación gramatical de los términos podríamos aseverar que se trata de todo lo que es objeto de una ocupación o materia de una ocupación lucrativa (80) y está de acuerdo con la ley. De este modo resulta plenamente admisible que el fideicomiso pueda considerarse como una especie de los negocios jurídicos que serían su género.

Pero la doctrina no es así de simple, cuando se refiere al negocio jurídico, alude a conceptos verdaderamente alejados de la interpretación gramatical que ensayamos arriba, veamos algunos:

"El negocio jurídico en torno al cual la doctrina y la práctica han recogido todo un conjunto de principios, es una abstracción..." (81), expresa Giuseppe Branca.

(79) Domínguez Martínez, Jorge Alfredo.
Op. Cit. Pág. 241.

(80) Diccionario de la Lengua Española.
Real Academia Española. Madrid. 19a. Edición. 1970.

(81) Branca, Giuseppe. Instituciones de Derecho Privado.
Trad. de la 6a. Edición Italiana por Pablo Macedo.
Ed. Porrúa. Pág. 51. México 1978.

Para Castan (82), el negocio jurídico es un acto integrado por una o por varias declaraciones de voluntad privada dirigidas a la producción de un determinado efecto jurídico y a los - que el derecho objetivo reconoce como base del mismo.

Por último, citamos a Windscheid (83) quien ha expresado que el negocio jurídico es la declaración de voluntad de una persona, en virtud de la cual quien la hace se propone crear, modificar o extinguir un derecho o una relación jurídica.

Se trata el negocio jurídico, de lo que en nuestra legislación se denomina acto jurídico por lo cual es de aceptarse que el fideicomiso constituya una especie de aquel si atendemos el - contenido conceptual y definitivamente cuando esta declaración - de voluntad es plurilateral, según defendemos la teoría contractual.

No obstante y habida cuenta de que nuestra legislación no aplica el término "negocio", sino el de acto jurídico, no hay razón para adoptar la figura del negocio jurídico como género del fideicomiso.

(82) Castan, citado por Acosta Romero, Miguel.
Op. Cit. Pág. 129.

(83) Windscheid, citado por Acosta Romero.
Loc. Cit.

3.6 EL FIDEICOMISO COMO NEGOCIO INDIRECTO.

Las causas que originaron tanto en Roma como en Inglaterra las operaciones conocidas como la fiducia y el trust, llevan nuestra atención a analizar lo que significa el negocio indirecto. Este se caracteriza por el empleo de figuras jurídicas conocidas para satisfacer necesidades no previstas dentro de los ordenamientos jurídicos.

El negocio Indirecto es definido por Ascarelli (84), como aquél en que las partes recurren a un negocio jurídico determinado, aún cuando el fin último que desde el punto de vista práctico se proponen no es la situación de hecho que normalmente deriva de ese negocio realizado por las partes. Se trata de un fin diverso, que frecuentemente es análogo al de otro negocio que carece de una forma típica en los ordenamientos legales tradicionales. Existe pues un negocio indirecto cuando las partes recurren a una de las figuras típicas para lograr a través de ellas fines diversos a los de su propia estructura.

El negocio-medio utilizado adquiere el carácter de instrumento para lograr los fines ulteriores deseados por las partes. La realización de los fines asume en ciertas ocasiones la categoría de ser verdaderos negocios jurídicos por sí mismos (por ejemplo: traslaciones con fines de mandato) o bien puede asumir y de hecho implicar la producción de resultados jurídicos diferentes a aquellos que corresponden, por su propia naturaleza, al negocio medio (por ejemplo: contrato de arrendamiento tácitamente prorrogable, como figura típica, en relación con el resultado producido: ser un contrato a plazo indefinido). Estos han sido denominados "Negocios con cláusula indirecta" (85), cuyo efecto indirecto es producido únicamente como consecuencia de dicha cláusula y no del negocio en sí mismo.

(84) Cit. por Domínguez Martínez Jorge Alfredo., Op. Cit. Pag. 181.

(85) Lizardi Albarrán Manuel, Op. Cit. Pag. 107 y sigs.

Existen también los negocios en donde el resultado, normalmente extraño al negocio-medio, se produce por disposición de la ley y no por voluntad de las partes. Son considerados fuera del ámbito de los negocios indirectos.

Existen también los negocios en donde el resultado, normalmente extraño al negocio-medio, se produce por disposición de la ley y no por voluntad de las partes. Son considerados fuera del ámbito de los negocios indirectos.

Así, podemos concluir que la causa final de este tipo de negocios, diferente de al del negocio medio utilizado, normalmente es querida por voluntad de las partes, que escogen el instrumento adecuado para conseguir el fin que desean.

Dentro de los negocios indirectos existen diversas especies, entre las que podemos citar a los negocios fiduciarios, cuyo negocio medio es la traslación del dominio o de la titularidad de éste; los negocios en fraude a la ley, cuyo medio tiene por objeto evitar leyes prohibitivas mediante las permisivas; y los negocios aparentes cuyo objeto es obtener un resultado no previsto en la ley (86).

Los Negocios Jurídicos Indirectos no se encuentran expresamente regulados en la ley, por lo que su interpretación y validez se encomienda al poder judicial.

Lizardi Albarrán considera al fideicomiso como negocio indirecto en cuanto a su estructura y certeramente señala que "... el legislador, al introducir en nuestro derecho (el fideicomiso), partió del supuesto de que por diversas causas se practicaban en nuestro medio operaciones por vía indirecta y quiso reglamentar el procedimiento en lugar de operaciones concretas" (87). Pero -

(86) Idem. Pág. 109.

(87) Idem. Pág. 112.

Únicamente lo considera así en cuanto a su estructura, en virtud de que es una figura prevista por la ley y por lo tanto, carece del carácter innominado del negocio indirecto.

Rodríguez Rodríguez sustenta también esta tesis al señalar al fideicomiso como variedad del negocio fiduciario, ya que "se caracteriza por la discrepancia entre el fin perseguido y el medio elegido para realizarlo" (88). La forma jurídica empleada excede, con conocimiento de las partes, de los efectos exigidos para el fin práctico que se persigue (ejemplo: endoso en propiedad para el cobro de un título de crédito).

La inclusión del fideicomiso en la categoría de los negocios indirectos, sería a virtud de que los fines podrían conseguirse mediante otros negocios reglamentados, por las variadas estructuras que podrían dársele como consecuencia de la libertad contractual existente en nuestro sistema jurídico.

(88) Lizardi Albarrán Manuel. Op. cit. Pag. 107 y sigs.

3.7 EL FIDEICOMISO COMO NEGOCIO FIDUCIARIO.

El negocio fiduciario no se encuentra contemplado en la legislación mexicana, en los términos en que lo ha concebido la doctrina. En efecto, se le ha contemplado como un acto celebrado por particulares, no previsto expresamente por la ley y que se caracteriza por la discrepancia entre el fin perseguido y el medio elegido para realizarlo. En los negocios fiduciarios se advierte 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 solo con efectos inter-partes (89).

Sobre lo expuesto Cervantes Ahumada dice que se trata de un negocio complejo, atípico, compuesto de dos negocios típicos cuyos efectos son contradictorios. El primero es real, exteriorizado, efectivamente realizado por las partes y el segundo, - que destruye entre las partes los efectos del primero, es un negocio oculto, que solo tiene eficacia externa entre éstas (90).

Podemos afirmar que en el caso del fideicomiso, dista mucho de los negocios fiduciarios. En primer lugar en los negocios fiduciarios el segundo negocio puede ser secreto, incluso ilícito, en tanto que el fideicomiso no puede ser secreto, mucho menos puede tener fines ilícitos y es un contrato típico.

Ahora bien en el derecho mexicano, lo válido es lo conve- nido, lo formal y aún cuando una de las partes alegue que la verdadera finalidad perseguida es diversa a la que surge o se deriva del objeto o fin del fideicomiso, siempre prevalecerá - esto último. En el extremo de que sean todas las partes las que alegaren tal circunstancia contraria a lo contemplado en el fideicomiso, estaríamos entonces en presencia de un convenio diverso a aquél.

(89) Rodríguez Rodríguez, Joaquín. loc. cit.

(90) Cervantes Ahumada, Raúl. Op. Cit. Pág. 290.

Comentarios y Críticas.-

Hemos ya analizado lo que constituye la teoría predominante dentro de la doctrina mexicana, para explicar la naturaleza jurídica del fideicomiso. Esta lo considera como una especie del negocio fiduciario.

Muchos críticos no le reconocen tal carácter y esto me ha impulsado a un estudio más profundo acerca de la realidad jurídica de nuestro fideicomiso, con el fin de alcanzar conclusiones positivas respecto de su naturaleza jurídica. Afirmar simplemente que se trata de un negocio sui generis no nos serviría para su correcta comprensión.

Esencialmente las críticas están fundadas en las siguientes distinciones:

1) El negocio Fiduciario tiene como fuente un acto bilateral y el fideicomiso nace de una declaración unilateral.

2) El Negocio Fiduciario implica la presencia de sólo dos sujetos, fiduciante y fiduciario, mientras que el fideicomiso requiere de tres. Es decir, aparte de éstas, se requiere un fideicomisario que, aún cuando pueda estar asimilado al fiduciario, son diferentes las normas que regulan su situación jurídica.

3) Atipicidad e innominatividad del Negocio Fiduciario, situación que no se presenta en el fideicomiso.

4) En el Negocio Fiduciario es esencial la transferencia o transmisión del dominio o la titularidad, lo que no es necesario en el fideicomiso.

5) En el fideicomiso se afectan bienes, lo que no sucede en el Negocio Fiduciario.

6) En el Fideicomiso, la fiduciaria no se convierte en -
propietaria, en el Negocio Fiduciario es un auténtico dueño.

7) En el Negocio Fiduciario, los bienes salen del patri-
monio del fiduciante, mientras que hay fideicomiso en los cuales
los bienes fideicomitidos no abandonan el patrimonio del fidei-
comitente.

3.8.- EL FIDEICOMISO ES UN ACTO BILATERAL.

En su art. 352, la Ley señala que se puede constituir -- por acto entre vivos o por testamento, sustentando la tesis de que se trata de un acto constitutivo (art. 350, 355, 356 LGTOC) y sólo excepcionalmente de una relación bilateral.

Por otra parte la definición del art. 346 nos habla de - la encomienda que el fideicomitente hace al fiduciario de desti-nar los bienes afectos al fin que ésta va a realizar, lo cual - implica bilateralidad.

Según el parecer de diversos autores (91), el acto cons- titutivo a que se refiere la ley es siempre una declaración uni lateral de voluntad y que el contrato que se celebra entre las partes (fideicomitente y en su caso, el fideicomisario o el juez de primera instancia y la institución fiduciaria) no tiene por objeto la constitución del fideicomiso, sino su ejecución.

El anterior argumento podría parecer válido por los si-- guientes razonamientos:

a) A virtud de un acto unilateral el fideicomitente des- tina ciertos bienes a la realización de un fin. Como consecuen- cia de este acto unilateral, se celebra otro acto jurídico me-- diante el acuerdo de las voluntades del fideicomitente y de la institución Fiduciaria para la realización del fin que el prime ro encomienda a ésta y en cuyo contrato acepta ejecutar todos - los actos tendientes a su logro (art. 346 LGTOC);

b) El Fideicomitente puede abstenerse de designar nomi-- nalmente a la fiduciaria, por lo que el fideicomisario o el --

(91) Cervantes Ahumada, Molina Pasquel, Domínguez Martínez y Landereche Obregón.

juez de primera instancia del lugar de ubicación de los bienes podrán hacerlo sin intervenir en el acto constitutivo;

c) En el caso de que no hubiere fiduciaria que acepte -- el fideicomiso, sea por renuncia, remoción o falta de aceptación propiamente dicha, la ley dispone que "ante la imposibilidad de sustitución, cesará el fideicomiso" (art. 350 LGTOC). -- Basta pues con la expresión de voluntad del fideicomitente para que exista el fideicomiso, teniendo en cuenta que si no se designa fiduciaria, ésta podrá ser designada por el fideicomisario o por el Juez y que en caso de imposibilidad de "sustitución (de la fiduciaria) cesará el fideicomiso". De esta disposición puede deducirse que no hay fideicomiso sin fiduciario. -- Pero, por otra parte, la expresión "cesará el fideicomiso sin fiduciario", parece indicar que éste sí existía sin fiduciario pero que deja de existir cuando no hay fiduciario. No es fácil comprender ésto.

Antes de conformarnos con esta solución, cabe hacer referencia a las fuentes de las obligaciones dentro de nuestro derecho.

En los Códigos de 1870 y 1884, basados en la Doctrina Francesa, no se consideraba la declaración unilateral de voluntad como fuente de las obligaciones. Estas sólo podían derivar el contrato, cuasicontrato, delito y cuasidelito, si bien las tres últimas nacían de un hecho personal de aquél que se encuentra obligado y de la ley. No se previó la posibilidad de creación de una obligación a cargo del deudor, a virtud de su propia voluntad (92).

Así, sólo fué admisible como auténtica fuente civil de las obligaciones voluntarias el consentimiento de las partes para la celebración del negocio jurídico, es decir el contrato.

(92) Borja Soriano Manuel. Op. Cit. Pág. 338 y sigs.

Frente a la teoría francesa, el código alemán acepta la declaración unilateral de voluntad, pero únicamente "cuando la ley no disponga de otra manera" (art. 305). La excepcionalidad de esta forma de creación de las obligaciones es explícita: - oferta hecha de consignación con un plazo para la aceptación - (art. 145), promesa de recompensa (art. 657) y estipulación en favor de tercero (art. 328).

En nuestra legislación vigente encontramos un capítulo específico respecto de la declaración unilateral de voluntad, - que expresamente está considerada como fuente especial de las - obligaciones. Rojina Villegas (93), juzga la enumeración del - Código Civil como aparentemente limitativa, pero en realidad es enunciativa. Funda dicha afirmación en las disposiciones contenidas en el art. 1859 del CC. y concluye que la declaración unilateral de voluntad adquiere el carácter de fuente general de - creación de obligaciones.

Indica asimismo que su radio de acción será cada vez mayor, como lo sostiene la doctrina y como lo establecen los códigos civiles de Alemania y Suiza.

Referida al fideicomiso, la declaración unilateral de voluntad produciría como efectos principales crear el régimen a - que se someten los bienes fideicomitidos, es decir, su afectación al fin a que se destinan y otorgan a la fiduciaria el ejercicio respecto de ellos, de los derechos y acciones que al mencionado fin se refieran (salvo los expresamente reservados por el fideicomitente, los que le atribuya el propio fideicomiso o los adquiridos legalmente respecto de tales bienes con anterioridad a la constitución del fideicomiso por el fideicomisario o por terceros).

(93) Rojina Villegas, Rafael. Teoría General de las Obligaciones o Derechos de Crédito, Ed. El Nacional. México. 1943. Pág. 118 y sigs.

Nuestra opinión está en franca oposición. El destino de los bienes afectos al fin del fideicomiso sólo podrá realizarse por la institución fiduciaria, y para que ésta pueda destinarlos a tales fines, se requerirá obligatoriamente su aceptación o consentimiento. No considero lógico suponer que la creación del régimen a que están sometidos los bienes se debe a la simple voluntad del fideicomitente. Se requiere la concurrencia de la voluntad del fiduciario, en virtud de que:

a) La afectación de los bienes al fin será como consecuencia de la transmisión de los bienes o de los derechos, lo que implica una modificación en la esfera jurídica del fiduciario y en el patrimonio del fideicomitente.

b) La simple declaración de voluntad del fideicomitente no tiene relevancia jurídica en la creación del acto constitutivo, si no concurre la aceptación del fiduciario ya que el fideicomitente no será quien ejercite los derechos y acciones para realizar el fin del fideicomiso.

c) La declaración unilateral de voluntad tiene su capítu lo específico en la Ley. Pero, considero que no hay razón para que el art. 352 LGTOC nos remita a las disposiciones que la rigen, particularmente si tenemos en cuenta que el art. 1859 del CC irremediamente nos traslada al contrato que habrá de celebrarse si se acepta la declaración. Es evidente que puede existir la declaración de voluntad de destinar un bien a un fin lícito, pero sólo tendrá efectos como fideicomiso cuando el fiduciario consiente en recibir el bien afectado y destinarlo al fin deseado por el fideicomitente. Es precisamente en este momento cuando la voluntad declarada por el fideicomitente se une a la voluntad del fiduciario y cristalizan en un acuerdo, cuando el fideicomiso se perfecciona. Lo que para los autores que no comparten esta opinión debe considerarse como "contrato de ejecución" no es otra cosa, en realidad, que el fideicomiso mismo, es el acto en que se perfecciona el contrato y no podemos aislar de

éste lo que ellos llaman "Acto Constitutivo".

Si las declaraciones de voluntad del fideicomitente y del fiduciario no coinciden en el tiempo, ésto se priva a su conjunción de su esencia misma de "acuerdo de voluntades".

d) Del fideicomitente puede emanar la voluntad de constituir un fideicomiso o si se quiere la propuesta inicial, sin que por ello se cree un vínculo obligacional, ya que el fideicomitente es libre de revocarla mientras el fiduciario no la haya aceptado y en ciertos supuestos, cuando se reserve el derecho de revocar.

Podríamos considerar la propuesta como perfecta a partir del momento en que la fiduciaria consiente en el fideicomiso, -- por ser la persona jurídica a la que está dirigida la propuesta o bien cuando el fideicomisario o el juez toman conocimiento de que existe una omisión respecto de la designación de la fiduciaria y la designan, pero el fideicomiso en verdad adquiere las características que le son propias cuando existe una fiduciaria - que acceda a la ejecución del encargo del fideicomitente.

Recordamos que la propuesta dentro de los contratos mercantiles es una simple declaración que adquiere valor de negocio jurídico cuando está complementada con la aceptación de la contraparte para realizar dicho negocio. La propuesta tiene el efecto jurídico, se obliga al proponente o no retirarla en un plazo determinado, pero no obliga a quien se le hace a aceptarla. Es más, si el fiduciario no acepta y no es posible substituirlo, no hay fideicomiso por no haber institución fiduciaria que lo realice.

Es por razones de orden público y de seguridad jurídica - que se permite la designación posterior de la fiduciaria, ya que

como lo señalan los art. 346 y 350, párrafo 3° de la LGTOC, - siempre se requerirá la aceptación del encargo por parte de un fiduciario.

e) Volviendo de nueva cuenta al supuesto del art. 350, - notamos que la reserva de los derechos que haga el fideicomitente no puede entrañar más que una restricción en las facultades del fiduciario sobre los bienes, pues de otra manera tendríamos que concluir que el fideicomiso constituye una simple subrogación del fiduciario en los derechos que tiene el fideicomitente sobre los bienes, sin que hubiera necesidad de transmisión.

f) Si el fundamento del carácter unilateral del fideicomiso está en la obligatoriedad legal de los servicios de las - instituciones de crédito, consideramos que no es suficiente para asegurarlo. Aparte de la controversia constitucional que pueda surgir en relación con la libertad de dedicarse a la profesión, industria o comercio a que cada quien le acomode contenida en el art. 5° de la Constitución, no existe impedimento para sostener que la aceptación de las fiduciarias en los fideicomisos es potestativa y no obligatoria, aún cuando su negativa deba fundarse en causas graves. A nuestra manera de ver, la obligatoriedad surge únicamente respecto del cumplimiento ulterior de lo pactado como efecto del acuerdo de voluntades.

g) Si atendemos a los derechos adquiridos por terceros - con anterioridad a la celebración del fideicomiso, indefectiblemente habrá que consentir en la bilateralidad del fideicomiso porque la simple expresión de voluntad de una persona de afectar ciertos bienes en fideicomiso no es suficiente para la transmisión de esos bienes.

Los derechos que hubieren adquirido los terceros respecto de los bienes que integran el patrimonio del fideicomitente

subsisten. Pero una vez que se le da publicidad al negocio - - (art. 353 y 354 LGTOC), éste será oponible a ellos y sólo podrán ejercitar la acción pauliana o revocatoria. Hay que tener en cuenta que el fideicomiso únicamente surtirá efectos frente a terceros cuando la operación se hubiere perfeccionado o sea, cuando la fiduciaria hubiere aceptado y se cumplieren con las disposiciones del Art. 353 y 354 de la LGTOC. De otra manera, - la simple declaración de afectar bienes en fideicomiso no implicaría la transmisión del dominio de los mismos a nadie y para los efectos prácticos, dichos bienes continuarían en el patrimonio del declarante, como se ha dicho ya. El acto publicitario de la declaración estaría trunco, por faltar el consentimiento de la fiduciaria para realizar el fin del fideicomiso y sobre todo, por faltar la transmisión de los bienes o la titularidad de los derechos a ésta.

h) Por otro lado, en la práctica bancaria, los fideicomisos nacen de un acuerdo de voluntades entre el fideicomitente y el fiduciario, por virtud del cual se afectan a dicha operación los bienes y derechos que son materia del contrato, conforme a lo dispuesto por los Arts. 1792, 1793 y 1794 del CC.

i) Asimismo, podemos afirmar que en el caso del fideicomiso constituido por testamento o con estipulación en favor de terceros, su configuración es también bilateral: Es indispensable la concurrencia de las voluntades del testador, consignada en el testamento, o de quien hace la estipulación con la del fiduciario, es decir, de las partes, pues de lo contrario, sería imposible la existencia del fideicomiso.

La disposición contenida en el art. 356 LGTOC, que establece que "la institución fiduciaria... no podrá excusarse o renunciar a su encargo sino por causas graves a juicio de un juez de primera instancia del lugar de su domicilio...", no representa más que una situación protectora en favor del cumplimiento de los fines respecto de los cuales se afectan los bienes, tan-

to por razones de orden público como por el encargo de confianza que implica el fideicomiso. Al referirse la ley a la "renuncia" trae implícita la aceptación de la fiduciaria en participar en el fideicomiso. Se entiende que la fiduciaria ya ha aceptado para poder renunciar a algo que ya se tiene. Así la renuncia o remoción de la fiduciaria de su cargo sin posibilidad de sustituirla entraña la inexistencia del fideicomiso.

Como corolario, el artículo 350 LGTOC en su parte final no debió decir que, ante la imposibilidad de sustitución de la fiduciaria, cesaría el fideicomiso. En realidad, la falta de aceptación, la renuncia o remoción del fiduciario, traen consigo la imposibilidad de que exista el fideicomiso y no, en realidad, la cesación de éste. El art. 346 obliga a que la afectación de bienes a un fin lícito se encomiende a un fiduciario y si no hay tal encomienda ni fiduciario a quien hacérsela, no hay fideicomiso.

3.9.- PRESENCIA DEL FIDEICOMISARIO EN EL FIDEICOMISO.

Sostiene Molina Pasquel (94) que en el negocio fiduciario concurren únicamente dos voluntades, mientras que en el fideicomiso se requiere la presencia de tres, el fiduciario, el fideicomitente y el fideicomisario, aún cuando sea la misma persona la que ostente los dos últimos caracteres, por tener cada una de ellas una diversa regulación jurídica.

A nuestra forma de ver, confunde la posición del beneficiario en el fideicomiso.

El Art. 346 de la LGTOC enfatiza el hecho de que el fideicomitente es la persona y parte que destina ciertos bienes a una finalidad lícita... que es suya la voluntad primordial para afectar bienes en fideicomiso y que, unida a la aceptación del fiduciario, perfecciona el negocio y hace posible la realización del fin del fideicomiso.

Por su parte, la presencia del fideicomisario no es necesaria en el fideicomiso, pudiendo inclusive estar integrada en la persona del fideicomitente. Existen casos en los que sería imposible concebir la intervención del fideicomisario como una persona determinada. Podemos citar como ejemplo el fideicomiso constituido con una finalidad de beneficencia, cultural y en general, todo aquel en que no se determine el fideicomisario al perfeccionarse el negocio.

El Art. 347 de la LGTOC reafirma nuestra posición al señalar que el fideicomiso será válido aún cuando se constituya sin señalar fideicomisario, siempre que su fin sea lícito y determinado. La Ley da la preeminencia a la afectación en fideicomiso -

(94) Los derechos del fideicomisario. Pag. 115.

que desea realizar el fideicomitente, frente al hecho de señalar un fideicomisario determinado, como parte integral esencial del fideicomiso, haciendo que la posición de éste quede relegada a un segundo plano. Es más, el beneficio puede estar establecido en favor del propio fideicomitente, de donde el carácter plurilateral del fideicomiso a que se refiere Molina Pasquel deriva únicamente del supuesto de una regulación jurídica diversa.

Cuando intervienen tres personas en el fideicomiso - situación más frecuente en la práctica - en la que el beneficiario es una persona diferente del fideicomitente, su situación jurídica puede definirse como consecuencia de una estipulación en favor de tercero.

En el fideicomiso participan como partes contratantes el fideicomitente y el fiduciario. El primero es el sujeto que al afectar el bien fideicometido, queda privado de todo derecho o acción de disposición del mismo a excepción de aquéllos derechos que se reserve o de los que deriven en su favor del acto constitutivo (art. 351 LGTOC). El fiduciario interviene como parte en el negocio, ya que es la persona encargada de realizar el fin del fideicomiso.

Ambas partes tienen intereses propios que difieren: el fideicomitente desea que la fiduciaria realice el fin, para el cual afecta el bien fideicometidos; y el fiduciario por su parte, quiere realizar su objeto como institución fiduciaria y obtener la remuneración debida, mediante el cumplimiento de las obligaciones que contrajo al celebrar el acto constitutivo o sea mediante la realización del fin pactado. Lo que para el uno es un fin en sí mismo, para la otra es un medio.

El fideicomisario, que no es parte en el acto constitutivo, adquiere los derechos que de él provienen y además aquellos

a que se refiere el Art. 355 LGTOC.

El fideicomisario, por su parte adquiere interés en la realización del fin, para recibir el provecho que el fideicomitente ha convenido con la fiduciaria en otorgarle o inclusive cumplir con la contraprestación pactada. Observamos una diferencia con los contratos plurilaterales, en donde los intereses son distintos y contradictorios y aún de formación sucesiva. En el fideicomiso, los intereses del fideicomitente y fideicomisario son coincidentes hasta el punto de representar una conjunción unilateral de intereses. Una vez que el fideicomisario entra en la relación jurídica del fideicomiso, tendrá el derecho de exigir su cumplimiento, derecho que antes sólo correspondía al fideicomitente. Por otra parte, los intereses del fiduciario se contraponen, ya que asume las obligaciones correlativas a los derechos del fideicomitente y el fideicomisario.

Ahora bien, si la plurilateralidad del fideicomiso radica en la intervención de tres personas y no de tres partes, la deficiencia de la terminología jurídica utilizada muestra nuestro punto de vista. Una parte la constituyen el fideicomitente y su beneficiario y la otra la constituye el fiduciario. De ser tres partes, el fideicomisario tendría derechos y obligaciones respecto del fideicomitente, provenientes del mismo fideicomiso (y no del negocio causal, por virtud del cual sí podría exigir el cumplimiento) de los que carece por la relación del fideicomiso en sí mismo.

Podríamos así concluir que la aceptación del fideicomisario del derecho creado en su favor interviene, si no en el tiempo, sí jurídicamente en la ejecución del fideicomiso ya celebrado, para aceptar o rechazar la estipulación creada en su favor. La aceptación del fideicomisario, expresa o tácita, se convierte en ajena a la relación del fideicomitente y fiduciario, a tal grado que de no aceptar la estipulación en su favor,

la afectación en fideicomiso se extingue si no hubiera la posibilidad de que revierta al fideicomitente (Art. 357 Fracc. II - LGTOC).

Se le otorga el derecho de exigir del promitente - fiduciario la prestación a que está obligado (Art. 1869 CC en relación con el Art. 355 LGTOC).

La aceptación del tercero se requiere como necesaria para perfeccionar ésta, aún cuando su derecho nace a partir del momento de perfeccionamiento del fideicomiso, a menos que su exigibilidad esté sujeta a determinadas modalidades, caso en el cual se podría diferir el perfeccionamiento de la estipulación en sí (Art. 1870 CC relacionado con el Art. 355 LGTOC).

El tercero puede rehusar la prestación estipulada a su favor, en cuyo caso "el derecho se considera como no nacido", de acuerdo con lo dispuesto por el Art. 1871 del CC. Consideramos que en el caso de un fideicomiso con designación de un beneficiario ajeno al fideicomitente, si éste no aceptare y no hubiere posibilidad de sustitución o de reversión del beneficio en favor del fideicomitente, por no estar pactado, el negocio se extingue, por hacerse imposible su realización (Art. 357 - Frac. II).

Por último, existe una natural irrevocabilidad del fideicomiso, como se desprende de los Arts. 351 y 357 Fracc. II de la LGTOC, que en apariencia contraría el Art. 1871 del CC, que establece que la estipulación puede ser revocada mientras el tercero no ha manifestado su voluntad de querer aprovecharla, y en tal caso, el derecho se considera como no nacido. La irrevocabilidad natural del fideicomiso no es esencial para dejar de considerarlo como estipulación en favor de tercero, ya que ésta, que nominalmente es revocable, puede ser irrevocable como consecuencia de la naturaleza del acto; o bien, como consecuencia de la aceptación desde la formación del contrato; o aún, por pacto previo entre estipulante o beneficiario. Por tanto, la irrevoca

bilidad no obsta para negarle su carácter de estipulación en -- favor de tercero.

Es por ésto que el fideicomiso constituido con un beneficiario diferente del fideicomitente debe ser considerado en ese aspecto, como coincidente con la estipulación en favor de tercero. La condición de revocabilidad del fideicomiso no sólo frente a la aceptación del beneficiario sino con posterioridad, - constituye un derecho unilateral proveniente de la misma formación del fideicomiso y como consecuencia de la reserva expresa hecha por el fideicomitente.

La categoría del fideicomisario dista de asemejarse de - aquellos terceros a quienes, en los términos de los Arts. 353 y 354 de la LGTOC, pudiera perjudicar la operación. Son terceros beneficiarios o sea aquellos que se encuentran en la posición de percibir el provecho derivado del fideicomiso.

Tal y como lo señala Barrera Graf (95) "además de ilógico resulta incongruente, y hasta inaplicable, que un tercer beneficiario como es el fideicomisario pretenda fundarse en el - Art. 354, para combatir la constitución del fideicomiso, cuando simplemente le bastaría con no aceptar el beneficio que le fué otorgado por el fideicomitente y fiduciario, para que el fideicomiso en su totalidad viniera a tierra".

Además de ésto, el legislador distinguió claramente la - posición del fideicomisario de los terceros a quienes pudiere - parar perjuicio el fideicomiso, como se señala en los Art. 351 párrafo I de la LGTOC.

3.10.- ATIPICIDAD DEL NEGOCIO FIDUCIARIO Y TIPICIDAD DEL FIDEI-COMISO.

Entre los opositores que critican la asimilación del fideicomiso al negocio fiduciario, encontramos a Cervantes Ahumada. Este autor fundamenta su crítica por considerar que los negocios fiduciarios son esencialmente atípicos y el fideicomiso es un negocio típico, tanto porque el negocio fiduciario está compuesto de dos negocios típicos cuyos efectos son contradictorios, lo que no sucede en el fideicomiso por ser éste unitario y nunca por tener dos relaciones contradictorias (96).

Ya hemos estudiado en otro apartado lo relativo al carácter atípico e innominado del negocio fiduciario.

Si la atipicidad del negocio fiduciario es por carecer de una causa específica de las admitidas dentro del ordenamiento jurídico, estaríamos de acuerdo. Pero si le corresponde una causa genérica admitida por el derecho, el negocio fiduciario tendrá plena eficacia jurídica como consecuencia de la libertad contractual de los particulares, creando así negocios lícitos. Mientras dichos negocios no sean contrarios a las leyes de orden público o a las buenas costumbres y sean lícitos, no existe ningún impedimento legal para que sean admitidos o reconocida su eficacia dentro del derecho. Serían pues las únicas restricciones a la libertad contractual de los particulares, que fundadas en la autonomía de los mismos, no tiene límite ante la invención de negocios a los que puede recurrir para satisfacer sus necesidades.

La causa dentro de nuestro derecho, si bien constituye un elemento primordial para la validez de las relaciones jurídicas, se encuentra identificada como "el objeto, móvil o fin determinante de la voluntad de los contratantes, que debe ser lícito y no contrario a las leyes de orden público o a las buenas costumbres (Art. 1795 Frac. III y 1831 del CC). La causa consti

tuye un aspecto de la voluntad dotado de un efecto propio, es el fin concreto que los autores se esfuerzan por alcanzar, es un objetivo concreto, es el móvil determinante (97). Aún cuando no esté perfectamente determinada como elemento dentro de nuestro derecho, la encontramos latente en todo el ordenamiento jurídico.

Así, el Negocio fiduciario, aún cuando no le corresponda una de las causas típicas tradicionalmente admitidas, mientras cumpla con las disposiciones de nuestro código civil, será admitido como generador de derechos y obligaciones.

Es por ésto que, al hablar del negocio fiduciario, señalamos que nuestro legislador, preocupado por buscar una solución a los contratos atípicos e innominados, con el fin de no restringir la libertad contractual de los particulares, estableció su régimen legal en el Art. 1858 del CC. Se regirán dichos negocios por las reglas generales de los contratos por las estipulaciones de las partes y en lo que fueren omisos por las disposiciones del contrato con el que tengan mayor analogía, como fuentes de aplicación e interpretación.

Esto nos lleva a concluir que tanto la reglamentación jurídica, como su existencia legal de los negocios fiduciarios es perfectamente posible dentro de nuestro derecho, de tal manera que atiendan innumerables necesidades y permitan alcanzar incontables finalidades. Así lo afirma Barrera Graf (98) al decir que no es posible ofrecer una figura abstracta reglamentada específicamente que comprenda todos los casos hipotéticos, ni tampoco es posible encerrarlo en un cartabón rígido, ni en una reglamentación exhaustiva. Es infinita la variedad de negocios fiduciarios a los que la invención del hombre puede acudir para satisfacer sus necesidades, frente al número limitado de figuras reglamentadas.

(97) Borja Soriano Manuel. Op. Cit. Pág. 197.

(98) Op. Cit. Pág. 351.

Es por ésto que consideramos que en un momento dado, el legislador por influencia y apreciaciones de otros sistemas de derecho, reconoce y reglamenta ciertos negocios fiduciarios, - como es el fideicomiso, a fin de darle una eficacia jurídica - específica.

Por otro lado, en nuestro ordenamiento jurídico existen negocios abstractos, expresamente determinados, como son los - títulos de crédito, para cuya transmisión, no se requiere que estén vinculados a un negocio típico o sea aislados de la causa en donde tuvieron su origen y por la cual son negociados. - Las partes le otorgan validez al acto estipulado y al negocio convenido, sin enlazarlo con la relación subyacente que le dió origen. Igual afirmación podríamos sostener en el fideicomiso; sería abstracto, por no exigir ni reglamentar una causa especial de traslación que justifique la realización de los fines propios de este negocio. Claro es que si consideramos como en el Derecho Romano, que la "fiduciae causa" no es apta para realizar la transmisión en los negocios fiduciarios, habría que recurrir a las causas tradicionales porque la "causa fiduciae" no sería válida por sí sola para la realización de dicha transmisión.

Por el contrario, si consideramos como apta dicha causa para realizar la transmisión del fideicomiso, extensivamente y por analogía la consideraríamos válida para los negocios fiduciarios, mientras se ajusten a las disposiciones de nuestro ordenamiento jurídico.

Es por todo esto que consideramos errónea la postura de Cervantes Ahumada, que además encuentra su respuesta y confirma nuestra postura en la Exposición de Motivos de la LGTOC. Esta señala, al respecto, que el fideicomiso expreso puede servir a propósitos que no se lograrían sin él por el mero juego - de otras instituciones jurídicas o que exigirían una complicada

ción extraordinaria en la contratación. El hecho de recurrir a ese juego de combinaciones de otras instituciones jurídicas y por la complicación extraordinaria en la contratación, nos haría caer irremediabilmente en los negocios innominados y atípicos. Pero, consideramos que ésto fué precisamente lo que el legislador trató de evitar mediante la reglamentación correcta del fideicomiso como una especie del negocio fiduciario.

3.11.- LA TRANSMISION DE BIENES O DERECHOS EN EL FIDEICOMISO:

Nos encontramos frente a un problema de oscuridad legal. En el Art. 346 LGTOC el legislador utiliza la palabra "destina" para implicar la transmisión, pero en una forma confusa, ya que no es posible identificar ambas palabras.

En sus Arts. 352 y 353 establece que la constitución del fideicomiso deberá ajustarse a los términos de la legislación común sobre transmisión de los derechos o de la propiedad de las cosas que se "destinen" en fideicomiso. Cuando el objeto del fideicomiso recaiga sobre bienes inmuebles, deberán cumplirse los requisitos en forma e inscribirse en el Registro Público de la Propiedad, para que surta efectos frente a terceros. Cuando se trate de bienes muebles, producirá tal efecto desde la fecha en que se lleven a cabo los actos que conforme a derecho sean necesarios y que señala el Art. 354 LGTOC.

La "destinación" de que nos habla la ley no es sino consecuencia de la transmisión previa realizada por el fideicomitente, ya que no podrán afectarse los bienes o derechos hasta que salgan de su propio patrimonio. De mantenerlos en su propio "peculio", podrá implicar un mandato, pero no un fideicomiso.

Nuestra Suprema Corte de Justicia ha reconocido el efecto traslativo del fideicomiso (99) y así lo confirma el antecedente legislativo de la Ley del 26, al mencionarlo como "la entrega de los bienes", conceptualización identificada en la teoría de Alfaro, quien sustentó la tesis de "una transmisión de los bienes".

(99) Amparo Civil en Revisión # 4298, promovido por Mexicana de Fideicomisos, S.A., Amparo Civil en Revisión # 4572/48, promovido por Financiera de Construcciones, S.A.

El efecto traslativo originado por el fideicomiso, como lo señala Batiza (100), es un elemento esencial en el concepto del fideicomiso, si bien no asimilable a la transmisión tradicional del derecho de propiedad, ya que según afirma la transmisión opera para el sólo efecto de que el fiduciario pueda realizar el fin que se le encomienda.

Por otro lado, el hecho de que el fideicomitente se reserve determinados derechos no implica que no exista una transmisión, sino que únicamente establece respecto de los bienes fideicomitidos que el fiduciario sólo podrá ejercitar los derechos y acciones relacionadas con el fin a cuya realización están afectos, en las reservas establecidas. El fideicomitente conserva el ejercicio de los derechos que expresamente se hubiere reservado y adquiere los que el mismo fideicomiso le atribuya (Art. 351 LGTOC).

En mi opinión, los argumentos esbozados brevemente demuestran la existencia de una transmisión de los bienes o derechos que integrarán una universalidad jurídica al fiduciario.

Sin esa transmisión, sería imposible la realización del fin para el cual se han destinado los bienes fideicomitidos.

3.12.- EL PATRIMONIO EN AFECTACION.

Hacer un estudio profundo de los principios del Patrimonio Personalidad o del Patrimonio Afectación, por sí solo sería objeto de otra tesis. Por lo tanto, nos limitaremos a enunciarlos sin entrar en detalle a fin de no apartarnos de la temática que se pretende seguir en esta tesis.

El Patrimonio Personalidad ha sido definido como un conjunto de bienes, derechos y obligaciones susceptibles de una valoración pecuniaria, que constituyen una universalidad jurídica - (101).

Para la Escuela Clásica, el patrimonio constituye una entidad abstracta, una universalidad jurídica, distinta de los bienes, derechos, obligaciones que lo integran, pero esencialmente vinculada a la persona.

Existen cuatro premisas fundamentales que pretenden explicar su esencia:

1°.- Sólo las personas pueden tener un patrimonio, por ser las únicas capaces para ser sujetos activos o pasivos de los derechos.

2°.- Toda persona tiene necesariamente un patrimonio. La unidad patrimonial implica una unidad abstracta tanto de los bienes presentes como los futuros.

3°.- Toda persona sólo puede tener un patrimonio, nunca dos o más. Como consecuencia, por ser el patrimonio una emanación de la misma persona, participa de los atributos de ésta, - unidad e indivisibilidad.

(101) Concepto de Planiol, Ripert.

4°.- Por último, el patrimonio es inalienable durante la vida de su titular. Pueden realizarse en vida transmisiones a título particular, más nunca a título universal. La totalidad del patrimonio sólo podrá transmitirse después de la muerte de la persona.

Diversas críticas se han sostenido para atacar la validez de esa teoría, siendo las más vulnerables la inalienabilidad y la indivisibilidad del patrimonio (102).

Geny afirma que tal concepción del patrimonio de desnaturaliza y deforma por sus intérpretes cuando se trata de buscar en la esencia de la personalidad los atributos del patrimonio, convirtiendo su obra en inútil y peligrosa.

Estimamos que tanto esta teoría como la del Patrimonio Afectación se colocan en planos distintos y tienen puntos de vista diferentes.

Así tenemos que diversas instituciones jurídicas por su reglamentación específica han hecho que se consideren como patrimonios en sí mismos, con el objeto de destruir el concepto indivisible del patrimonio: a) el patrimonio hereditario, b) el patrimonio de familia, c) el patrimonio de concursado o quebrado, d) el patrimonio del ausente y otros más.

La teoría del Patrimonio Afectación, no confundible con la personalidad, adopta su definición considerando la afectación que en un momento dado tienen determinados bienes, derechos y obligaciones, con relación a un fin jurídico (103). Se encuentran organizados legalmente en forma autónoma, separada.

(102) Idem. Pág. 21.

(103) Rojina Villegas. Op. Cit. Pág. 15.

Los bienes y de las deudas se encuentran inseparablemente ligados por la afectación de ellos a un fin. La consecuencia lógica de la afectación será la existencia de una universalidad jurídica, como un todo frente a sus componentes.

Ya hicimos alusión a la imposibilidad de admitir la existencia de un patrimonio afectación sin titular, por lo que valga señalar los elementos esenciales a todo patrimonio: 1) Un - Conjunto de bienes o derechos (elemento positivo) y de obligaciones (elemento negativo); 2) Dicho conjunto se nos presenta - como un todo, regido por el derecho, representando una unidad - como nota esencial; 3) La unidad de los elementos patrimoniales le es atribuida por el derecho, como constatación y no como casualidad creada por el derecho. Esta constatación la tiene por su común referencia a un fin o sea a su común destino.

Una vez señalados dichos elementos, huelga decir que para la teoría del Patrimonio Afectación un sujeto de derechos puede ser titular de dos o más patrimonios, cada uno de ellos con su propia unidad, presenciada por el derecho con base en la común destinación a un fin. Los derechos y bienes constituyen el activo, mientras que el pasivo está representado por las obligaciones contraídas con terceros. Hay posibilidad de aumento o disminución, sin que por ello se destruya su unidad patrimonial.

Autores como Domínguez y De Ibarrola (104) estiman como ciertos los postulados de la teoría clásica del patrimonio personal. Sus opiniones están basadas en la diversidad conceptual existente entre patrimonio y universalidad jurídica. Existe la probabilidad de que haya varias universalidades dentro de un mismo patrimonio, "todo patrimonio es universalidad jurídica; pero no toda universalidad jurídica es un patrimonio".

(104) Domínguez Martínez, Jorge Alfredo. Op. Cit. Pág. 196.

Juzgo tal posición como incorrecta. En primer lugar, como va lo mencionamos, ambas teorías tienen puntos de vista y - planos distintos; en la teoría clásica, la universalidad jurídica, el ente abstracto, tiene su esencia en el centro común que es la persona; mientras que en la teoría del Patrimonio Afectación está ordenada al destino, al fin al cual está afecto el - patrimonio.

Por otro lado, la diferencia conceptual de ambas teorías está en la multiplicidad de puntos de vista de análisis del problema, por lo que estimo que dichos autores han caído en una - confusión entre la relación o el nexo que existe entre la universalidad jurídica y el patrimonio.

Los bienes, derechos y obligaciones forman una universalidad jurídica, por constituir un todo complejo y distinto de - sus elementos integrantes. Están sometidos a un régimen homogéneo, creando por consiguiente una entidad abstracta. La unidad patrimonial se la da la común destinación a un fin y por tanto, su atribución de patrimonio deriva no sólo de lo anterior sino, genéricamente, por reunir los elementos objetivos de todo patrimonio.

Esta es la razón por la cual coincido con quienes sostienen la existencia de Patrimonio Afectación, pues como afirma De la Peza (105), la palabra patrimonio no es un término ni unívoco, ni equívoco sino análogo. Se manifiesta perfectamente en el concepto originario de patrimonio e imperfectamente o por atribución - - - en los demás, si bien sujetos a la evolución y modificación propias del dinamismo del derecho en los diferentes sistemas jurídicos.

Si relacionamos este concepto con el fideicomiso, encontramos que tanto en el Art. 346 LGTOC como en los Arts. 349 y - 351 están plasmados los elementos del Patrimonio Afectación pa-

(105) Op. Cit. Pág. 42 y sigs.

ra aquél que se constituye en el fideicomiso.

Existe pues en el fideicomiso un patrimonio en afectación. Pero, esto no impide que sea considerado como negocio fiduciario, si hemos de entender por éste, el negocio "en virtud del cual una persona transmite a otra ciertos bienes o derechos, obligándose ésta a afectarlos a la realización de una finalidad lícita determinada y, como consecuencia de dicha finalidad, a transmitir dichos bienes o derechos a favor de un tercero o revertirlos a favor del transmitente".

3.13.- LA PROPIEDAD EN EL FIDEICOMISO.

El régimen de la propiedad dentro del Derecho Romano entrañaba la adscripción jurídico-material de la cosa a su propietario, así como la facultad de ejercicio de toda clase de actos relacionados con la misma. Por ésto, la propiedad comprendía los derechos de uso, disfrute y disposición de la cosa e incluso, del abuso de ésta, bajo la expresión de "ius utendi, fruendi y abutendi", sin que pudiera hablarse de limitaciones a la adscripción ni a sus derechos derivados.

En la actualidad, el poder del propietario ha sufrido limitaciones, tales como las consignadas en nuestro Art. 27 constitucional y aquéllas deducidas del art. 830 del Código Civil.

Así vemos que, para la doctrina moderna, la propiedad es una función social y el individuo deja de ser fin para convertirse en un medio, medio de cumplir en su esfera y en la medida de su actividad los destinos del conglomerado social del que forma parte (106).

La propiedad ha dejado de ser absoluta por las limitaciones impuestas por la ley, como lo dispone el art. 886, en relación con el 16 del Código Civil, su atención a las necesidades de la colectividad. La norma jurídica ordena al propietario que no abuse del derecho del que está investido, a fin de que no cause perjuicio a los intereses colectivos, pudiendo inclusive indicarle la forma positiva en que deberá usar de la cosa o bien mantenerla productiva.

El legislador por la evolución político-social y el desarrollo económico puede establecer en un momento y lugar dados, limitaciones al derecho de propiedad. Sus límites estarán deter

(106) Macedo, Pablo. Evolución del Derecho Mexicano. (1912 - 1942) Tomo II, Pág. 89.

minados por la conciliación necesaria del interés personal con el social, dando preeminencia a uno u otro de acuerdo con las tendencias políticas, sociales y económicas existentes en el tiempo y lugar de que se trate.

Existen además del derecho de propiedad, otros derechos reales distintos, como pueden ser el uso y el usufructo. Estos necesariamente tendrían que indicarse como una desmembración -- del derecho de propiedad. Pudiere inclusive estar gravado el dominio por un derecho real de garantía, como serían la hipoteca y la prenda, derechos mixtos de carácter absoluto, por ser tanto personales, por derivar de una obligación pactada, como reales por la relación que se tiene con los bienes.

Estos derechos reales que ocasionan un desmembramiento -- del derecho de propiedad se encuentran taxativamente delimitados y reglamentados por la ley. Más no por ésto el propietario deja de ser tal, simplemente ha transferido un derecho derivado del que tiene sobre la cosa que le pertenece.

En el fideicomiso, partiendo del punto de vista de la -- propiedad y de la transmisión de los bienes o de los derechos -- como presupuesto para la integración del patrimonio en fideicomiso, el fideicomitente pierde la propiedad sobre los bienes al realizar la transmisión. De tal suerte, que éstos forman un patrimonio en afectación diferente del genérico del cual es titular el fiduciario. Por su parte, el fideicomisario no adquiere la propiedad sobre los bienes fideicomitados, pues sus beneficiarios están representados por una serie de derechos de crédito ejercitables en contra de la fiduciaria.

Pero, entonces, ¿qué sucede respecto de la propiedad de los bienes fideicomitados? Acaso desaparece el derecho de propiedad o bien ingresa al patrimonio en fideicomiso, en dónde -- sólo se requerirá un órgano para realizar sus fines? Como result

tado de la constitución del patrimonio en fideicomiso, ingresa dentro de la universalidad de derecho, sobre la que se otorgan al fiduciario las más variadas facultades: de administración, de disposición, para realizar mejoras o actos de conservación de los bienes y aún enajenarlos en favor del fideicomisario o de terceros e inclusive, como queda dicho, de revertirlos al patrimonio del fideicomitente.

La razón por la que el fiduciario goza de estas facultades y sus correlativas obligaciones respecto del patrimonio en fideicomiso, es consecuencia de su carácter de titular del patrimonio.

Rodríguez Rodríguez afirma que en el fideicomiso se -- crea una nueva estructura del derecho de propiedad (107), a -- virtud de que la traslación del dominio hace aparecer como dueño al fiduciario, sin que tenga un libre uso, disfrute y disposición sobre los bienes fideicomitados, por estar dichas facultades limitadas. Sostiene que el titular jurídico es el fiduciario, aún cuando su título sea temporal y revocable. En -- opinión de este autor, será titular económico el fideicomisario y en su caso, el fideicomitente por ser ellos los beneficiarios de la propiedad misma al concluirse el fideicomiso.

Otros autores como Cervantes Ahumada (108) y de la Peza (109) aseguran que la institución fiduciaria será la titular de los bienes objeto del fideicomiso. Para el primero la titularidad se debe entender como "una cualidad jurídica que determina la entidad de poder de una persona sobre un derecho o pluralidad de derechos de una relación jurídica", sin que por eso se le deba interpretar como propietario. Por su parte, De la Peza afirma que la titularidad equivale a las facultades establecidas en una relación jurídica dada en favor del sujeto activo de la misma.

(107) Rodríguez Rodríguez, Joaquín. Op. Cit. Pág. 120.

(108) Op. Cit. Pág. 306.

(109) Op. Cit. Pág. 53 y sigs.

A nuestra manera de ver, el concepto "titularidad" no -- implica en sí una propiedad al "estilo romano", pero no por eso deja el fiduciario de ser propietario de dichos bienes. Esa propiedad, limitada tanto en su duración como en sus facultades y en su disfrute económico ha dado lugar a que la Corte la denomine como "propiedad fiduciaria". Más con ésto, sólo quiere decir que se trata de un "encubrimiento" del fenómeno de la pertenencia derivada de la transmisión llevada a cabo en el fideicomiso y restringida a la realización de sus fines.

Debemos de recordar que el derecho de propiedad no puede ser juzgado en la actualidad con criterios exclusivamente derivados de las instituciones heredadas del derecho romano, sino que debemos comprenderlo en su aspecto dinámico, evolucionante, funcional. Su calidad de sujeto legítimo, activo dentro de la relación jurídica hace del fiduciario un propietario, aún cuando quizá sea más técnico describirlo como "titular" de la propiedad.

Las limitaciones que tiene su derecho, serán consecuencia de las obligaciones asumidas por los contratantes, sin que por eso varíe su calidad de propietario. Su derecho, de ser potestativo, se convierte en obligatorio; es el derecho del obligado, sin pretender confundirlos.

Existe una preeminencia de la obligación sobre el derecho en la relación jurídica.

Precisamente la finalidad del fideicomiso, como eje de la institución, será el punto de partida de los derechos y obligaciones del fiduciario, fideicomitente y fideicomisario. Aquí se origina el derecho de ejercicio obligatorio, oponible a todo el mundo.

Por su parte, el fideicomisario no puede ser incluido en la "titularidad económica". Esto implicaría la negación de la facultad de disposición que caracteriza en principio el derecho del fiduciario, que dejaría de tener contenido. El compartir la titularidad en cualquier sentido o grado sería copropiedad o cotitularidad o bien un desmembramiento de tipo romano de la propiedad.

so, encuadran a éste en forma quizá demasiado estrecha, lo que no corresponde a su naturaleza, sin olvidar que puede presentarse a confusiones. Por Ejemplo, el fideicomiso de garantía cuya finalidad principal consiste en garantizar obligaciones a cargo del fideicomitente, dista mucho de tener una unidad frente a los otros, ya que puede comprender fines de administración o disposición de los bienes fideicomitados e incluso su inversión, si se trata de una suma de dinero cuyos frutos se destinan al pago de las deudas del fideicomitente. Así, en un fideicomiso cuyo fin principal sea el fomento de las exportaciones, puede implicar la inversión de fondos y su administración para lograr dicho propósito; es por ésto que la clasificación tradicional se diluye frente a las posibilidades de mezcla y combinación.

Dada la naturaleza tan compleja y amplia de este negocio, considero que puede clasificarse partiendo de diferentes criterios.

4.2.- FIDEICOMISOS PRINCIPALES Y ACCESORIOS.

Tendría como base la clasificación de contratos principales y accesorios del derecho civil. Accesorios serían los fideicomisos de garantía y principales todos los demás, atendiendo a los fines establecidos. Desgraciadamente, es tan amplia la diversidad de los fideicomisos "principales", que este criterio de clasificación carecería de utilidad para nuestro estudio.

4.3.- FIDEICOMISOS DE MUEBLES E INMUEBLES.

Atendiendo al elemento material del negocio o sea a los bienes o derechos transmitidos, creemos que existe un criterio de significación. Desde el punto de vista jurídico, por bien en tendemos todo aquéllo que es susceptible de aprobación.

Los bienes se clasifican fundamentalmente en muebles e - inmuebles, abarcando cada clase no sólo a las cosas o bienes - corporales, sino también a los incorporales o sea, a los derechos, que el derecho romano subdividía en personales y reales.

Por la especie del bien fideicomitado tiene importancia esta clasificación en virtud del carácter especial del régimen jurídico de los inmuebles, precisamente por su condición de firmeza e inmovilidad, que significa una ventaja sobre los muebles; son susceptibles de registro con fines de publicidad respecto - de su adquisición, enajenación, gravamen y en fin, de todo acto que signifique variación en su condición.

Es por esta posibilidad de registro y definición de su - ubicación, sólo excepcionalmente aplicable a los muebles, que - los derechos reales sobre inmuebles tienen una categoría diferente.

En los fideicomisos en que se afectan inmuebles se encuentran características propias, como son las reglas para determinar la competencia del juez en razón de su ubicación, la capacidad para su enajenación o gravamen y las finalidades para su transmisión. Estas muestran la importancia de considerarlos bajo un régimen especial diferente al de los muebles. Prueba - palpable es la necesidad de inscripción en el Registro Público de la Propiedad para efectos publicitarios, de acuerdo con el - artículo 353 de la LGTOC.

Es por estas razones que se propone clasificar a los fideicomisos para distinguir aquéllos en que se efectúan inmuebles de los que se refieren a muebles, atendiendo a la naturaleza misma de los bienes de acuerdo con las disposiciones del Código Civil.

Así, serían fideicomisos de inmuebles los constituidos tanto respecto de bienes que por su propia naturaleza lo sean, como respecto de aquellos que por disposición legal se consideraran como tales, sea por su destino o por el objeto al que se aplican. Por ejemplo, serían inmuebles por su naturaleza la tierra, edificios y toda clase de construcciones; la maquinaria e instrumentos adheridos a inmuebles, por su destino; u los derechos reales sobre ellos, por el objeto al que se aplican.

Los fideicomisos sobre muebles serían los que afectan los bienes a que se refiere el artículo 752 del Código Civil sea por su propia naturaleza móvil o por ministerio de la ley. Las embarcaciones, derechos de autor, las acciones emitidas por sociedades anónimas y el dinero afectados, por ejemplo, definirían esta especie de fideicomisos.

Dentro de este criterio de distinción o sea atendiendo a los bienes fideicomitados, podríamos fundar una variante de la clasificación en la índole misma de los bienes de que se trate, como fideicomisos de bienes corporales, cuando éstos sean cosas; y de bienes incorporeales cuando sean de derechos reales diferentes al de propiedad o derechos personales.

También daría lugar este criterio a una especie de subclasificación de los fideicomisos en que se afectan cosas corporales distinguiendo el fideicomiso de cosas fungibles o de bienes no fungibles, dependiendo de su intercambiabilidad o sustituibilidad; o bien, fideicomisos de bienes consumibles por su primer uso, de consumo duradero y no consumibles.

4.4.- CRITERIO BASADO EN EL ELEMENTO PERSONAL.

Con base en éste o sea, en atención a la calidad de quienes intervienen en el negocio, podríamos clasificarlos en razón de la celebración y ejecución del fideicomiso en vida de los fideicomitentes como fideicomisos entre vivos y aquellos que se celebran después de fallecidos, como testamentarios y fideicomisos de póliza de seguros de vida.

Siguiendo este mismo criterio, podríamos enfocar la clasificación en atención a la calidad de personas morales y físicas que intervengan en el acto como fideicomitente o beneficiarios.

Respecto de los primeros tendría importancia por aspectos de capacidad en las personas físicas y objeto de facultades del representante, en las morales; en cuanto a los segundos su importancia radicaría principalmente en aspectos fiscales y de extranjería (actividades y adquisiciones vedadas).

Si de acuerdo con el art. 348 de la LGTOC únicamente se requiere para ser fideicomisario tener la capacidad de goce, dentro de los fideicomisos de personas físicas tienen relevancia los constituidos en favor de menores de edad, incapacitados, ancianos y del conyúge supérstite, entre otros, precisamente por la seguridad que implican estas operaciones ante las limitaciones que en razón de la capacidad de ejercicio u otras que puedan tenerse en cuenta.

De otra parte, los fideicomisos de personas morales, pueden revestir infinidad de formas. Desde aquellos cuya beneficiaria es una sociedad civil o mercantil, hasta las que personas que gozan de una posición privilegiada dentro de la reglamentación específica del fideicomiso, como son las personas morales de derecho público y las instituciones de beneficencia (art. 359, Frac. III LGTOC).

Cabe la observación de que, respecto de las personas morales, no hay incapacidad de ejercicio, que es propia del ser humano; pero su capacidad de goce está en función de su objeto, naturaleza y fines. Como ejemplo pueden citarse las limitaciones señaladas en el art. 27 constitucional respecto de sociedades extranjeras, sociedades por acciones, instituciones de crédito y de beneficencia. Por lo tanto, para ser fideicomisaria, deberá tenerse en cuenta las limitaciones legales y estatutarias.

4.5.- CLASIFICACION BASADA EN LA NATURALEZA DE LOS ACTOS QUE REALIZA EL FIDUCIARIO.

Nos hemos referido ya a que el fiduciario, al ejercitar los derechos y acciones que a la consecución del fin se refieren, ejecuta actos de diversa índole. Como se ha dicho ya, habrán de tenerse en cuenta los predominantes, cuya naturaleza puede servir de criterio de distinción para clasificar al fideicomiso como sigue:

a) Fideicomiso de dominio. En este caso el fiduciario ejecutará los actos de disposición de la cosa fideicomitida en cumplimiento del fin establecido y transmitirá la propiedad de ella al fideicomisario o a quien éste designe, si así está pactado.

b) Fideicomiso de usufructo. Implica el otorgamiento al fideicomisario del derecho a usar y aprovechar los bienes fideicomitados, conservando el fiduciario la propiedad o los derechos reales que le hubieren sido transmitidos sobre éstos. Como ejemplo puede citarse la adquisición de bienes o derechos reales sobre éstos a que se refieren los arts. 18 y siguientes de la LIE, que autorizan al fiduciario a transmitir al fideicomisario por un término que no exceda de 30 años el uso y aprovechamiento de bienes inmuebles a los extranjeros, previo permiso de la Secretaría de Relaciones Exteriores.

c) Fideicomiso de Administración. El fiduciario se encarga de ésta en beneficio del fideicomisario, ya se trate de cosas o derechos.

d) Fideicomisos de Inversión. En éstos, el fideicomitente transmite al fiduciario dinero o bienes, generalmente valores de renta fija o variable, para que el fiduciario los invier

ta y administre de acuerdo con lo estipulado por el fideicomitente. Los productos de la inversión, se trate de ganancias de capital o rendimiento se entregan al fideicomisario.

e) Fideicomisos de garantía. El fideicomitente transmite cosas o derechos al fiduciario y éste garantiza al o los acreedores del fideicomitente el pago de las deudas, aplicando a éste el producto de su venta y sus frutos, si los hubiere.

4.6.- CRITERIO BASADO EN LOS FINES DEL FIDEICOMISO.

Este criterio en cierta forma se identifica con el anterior en virtud de que los fines que habrá de realizar el fiduciario se cumplen a través de los actos de éste. Sin embargo, - puede pensarse que los fines del fideicomiso se clasifiquen en lucrativos o de beneficencia, agregando una nota más a la clasificación basada en los actos del fiduciario.

En la práctica, especial importancia han adquirido los fideicomisos cuyos fines principales son de inversión, administración, garantía, fomento de exportaciones, desarrollo turístico, traslativo de dominio, con fines caritativos, de pensiones, de jubilaciones, entre otros.

Primero.— El trust Anglosajón representa el antecedente real de nuestro fideicomiso y aún cuando existen grandes diferencias entre los dos sistemas de derecho, el anglosajón y el romano, inspiró a nuestro legislador para incluir dentro del ordenamiento jurídico, aún cuando no exista una relación directa por fundarse en conceptos inaplicables, como son los de Alfaro y Lepaulle.

Segundo.— Es un negocio jurídico cuyas características son:

a) Ser creado por un acto bilateral, en que la Institución Fiduciaria debe otorgar "a fortiori" su consentimiento para perfeccionar el negocio. No es suficiente una declaración unilateral de voluntad del fideicomitente para ello.

b) El Fideicomisario, ya sea un beneficiario determinado o indeterminado, interviene en la relación jurídica del fideicomiso con consecuencia de una estipulación creada en su favor, cuyo perfeccionamiento está condicionado a su aceptación. Sus derechos son de naturaleza personal, consistentes fundamentalmente en exigir al fiduciario las prestaciones estatuidas. No es cotitular del fiduciario, ni titular de un derecho de reivindicación; pero tiene el derecho al cumplimiento de lo pactado y al ejercicio de una acción anulatoria si los actos realizados por el fiduciario son de mala fé o en exceso de sus facultades, que hicieren salir los bienes del patrimonio fideicomitado.

c) El Fideicomiso es un negocio fiduciario, que tiene como causa apta "la causa fiduciae" para justificar la atribución del derecho patrimonial al fiduciario. La única diferencia entre ambos es la normatividad del fideicomiso cuya reglamentación específica está ausente en el negocio fiduciario. Pero, esta normatividad consiste en una reglamentación que se refiere fundamentalmente a la naturaleza genérica del fideicomiso y a -

las normas que rigen la actividad de las partes que en él intervienen, más no tipifica la enorme diversidad y complejidad de los actos del fiduciario y de los fines que mediante el fideicomiso pueden realizarse.

d) Por ser un negocio esencialmente traslativo, el elemento real del fideicomiso es la transmisión de los bienes o derechos al fiduciario para realizar el fin lícito del fideicomiso, atribuyéndole las facultades necesarias para ello.

e) La transmisión de un patrimonio afecto a un fin hace del fiduciario un "propietario" o "titular" de los bienes o derechos fideicomitidos. Si bien este concepto no se identifica con el de propiedad del derecho romano, los derechos del fiduciario lo califican como tal por su poder sobre esos bienes o derechos. Sin embargo, existe una preminencia de la obligación sobre el derecho en la relación jurídica, de tal manera que su derecho de "propietario" o "titular" está sujeto a las obligaciones contraídas.

f) Dada la diversidad y complejidad de los actos que el fiduciario se obliga a realizar de los bienes del fideicomiso, considero que éste no puede clasificarse en forma alguna que limite su amplitud, a menos que el objeto de la clasificación sea esclarecer precisamente esa diversidad y complejidad sin restringirlas. Es por ello que se han empleado diferentes criterios de clasificación, como son los que atienden al elemento material del negocio, al elemento personal, a la naturaleza de los actos que habrá de realizar el fiduciario y a los fines del fideicomiso.

Con estas conclusiones, de ninguna manera pretendo restar méritos a las diferentes teorías elaboradas por tan ilustres tratadistas que me he atrevido mencionarlos en esta tesis para explicar su naturaleza jurídica. Simplemente intento pro--

yectar la naturaleza jurídica del fideicomiso desde mi particular punto de vista.

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

=====

- Jors Kunkel. Derecho Privado Romano. Editorial Labor. 1937.
- Petit Eugene. Tratado Elemental de Derecho Romano. Editorial Nacional México. 1969.
- Rabasa Oscar. El Derecho Angloamericano. Fondo de Cultura Económica. México. 1944.
- Navarro Marto
rell Mariano. La propiedad Fiduciaria. Editorial Bosch. Barcelona. 1950.
- Maitland F.W. Equity. Citado por Batiza Rodolfo, Tres Estudios sobre el Fideicomiso. Imprenta Universitaria. México. 1954.
- Domínguez Mar
tínez Jorge -
Alfredo. El Fideicomiso ante la Teoría General del Negocio Jurídico. Editorial Porrúa. México 1972.
- Batiza Rodol
fo. Principios del Fideicomiso y la Administración Fiduciaria. Editorial Porrúa. México 1977.
- Alfaro Ricar
do. El Fideicomiso. Imprenta Nacional. Panamá. 1920.
- Batiza Rodol
fo. Una Nueva Estructura del Fideicomiso en México. -
Revista El Foro. Cuarta Epoca. No. 1, Julio -
Septiembre. 1953.
- Molina Pas---
quel Roberto. Los Derechos del Fideicomisario. Editorial Jus.-
México. 1946.
- Macedo Pablo. Tratado Teórico y Práctico de los Trusts. Traducción a la obra de Pierre Lepaulle. Porrúa. Méxi-
co. 1975.

- Rojina Villegas Rafael. Derecho Hereditario o Sucesario. Editorial El Nacional. México. 1947.
- Borja Soriano, - Manuel. Teoría General de las Obligaciones. Editorial Porrúa. Tomo I. México. 1966.
- Curso de Dere- cho Mercantil. Editorial Porrúa. Tomo II. México. 1972.
- Derecho Mercan- til Mexicano. Editorial Porrúa. México. 1967.
- Rodríguez Rodrí- guez, Joaquín. Derecho Mercantil. Tomo II. Editorial Porrúa. México. 1980.
- Acosta Romero, - Miguel. Las Instituciones Fiduciarias y El Fideicomiso en México. Editorial Somex. México. 1982.
- Gutiérrez Gon- zález, Ernesto. Derecho de las Obligaciones. Editorial Cajica. México. 1974.
- Cervantes Ahuma- da, Raúl. Títulos y Operaciones de Crédito. Editorial Herrero. México. 1979.
- García Maynes, Eduardo. Traducción al Estudio del Derecho. Editorial Porrúa. 1956.
- Hernández Pre- ciado. Lecciones de Filosofía del Derecho. Editorial Jus. México. 1970.
- Rojina Villegas, Rafael. Compendio del Derecho Civil. Tomo I. Antigua Librería Robredo. México. 1968.
- Branca Giuseppe. Instituciones de Derecho Privado. Trad. de la 6a. Edición Italiana por Pablo Pacedo. Editor- ial Porrúa. México 1978.
- Rojina Villegas, Rafael. Teoría General de las Obligaciones o Derechos de Crédito. Editorial El Nacional. México 1943.
- Batiza Rodolfo. El Fideicomiso, (Teoría y Práctica). Editorial Porrúa, 3ra. Edición. México 1976.

- Bojalil Julián. El Fideicomiso. Editorial Porrúa. México 1962
- Mantilla Molina, Roberto. Derecho Mercantil. Editorial Porrúa. México. 1971.
- Muñoz Luis. El Fideicomiso Mexicano. Cárdenas Editor y Distribuidor. México. 1973.

LEGISLACION.

- Ley General de Títulos y Operaciones de Crédito. Edición Andrade, S. A. México. 1987.
- Ley General de Instituciones de Crédito y Organizaciones Auxiliares. (Abrogada) Editorial Porrúa, S.A. México. 1972.
- Ley General de Organizaciones y Actividades Auxiliares de Crédito. Ediciones Andrade. México 1987.
- Ley Reglamentaria del Servicio Público de Banca y Crédito. Ediciones Andrade. México 1987.
- Código Civil para el Distrito Federal. Editorial Porrúa, S. A. - 1986.

OTRAS FUENTES.

- Campos Martín del Campo M. Los Problemas del Derecho Civil en El Fideicomiso de Herencia. Tesis. UNAM. 1960.
- Krieger Vázquez, Emilio. Notas Sobre El Fideicomiso. Tesis UNAM 1944.
- Lizbardi Albarrán, Manuel. Ensayo sobre la Naturaleza Jurídica -- del Fideicomiso. Tesis. ELD. México 1945.
- Ledesma Uribe, Idelfonso. El Fideicomiso en el Derecho Mexicano - y Notas para un Estudio de Derecho Comparado. Tesis. ELD México. 1970.
- Serrano Trasviña, Jorge. Aportación al Fideicomiso. ELD. Tesis - México. 1950.