

UNIVERSIDAD AUTONOMA DE GUADALAJARA

Incorporada a la Universidad Nacional Autónoma de México

Escuela de Derecho



TESIS CON
FALLA DE ORIGEN

"Origen del Fideicomiso Mexicano"

TESIS PROFESIONAL

que para obtener el título de:

LICENCIADO EN DERECHO

presenta:

DOLORES FRINE ALVA REYES



UNAM – Dirección General de Bibliotecas Tesis Digitales Restricciones de uso

DERECHOS RESERVADOS © PROHIBIDA SU REPRODUCCIÓN TOTAL O PARCIAL

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

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

I N D I C E

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

H I P O T E S I S

CAPITULO I.-

Nociones Generales del Fideicomiso

- a) Conceptos.
- b) Importancia.

CAPITULO II.-

El Fideicomiso Romano y su Influencia en otras Legislaciones.

CAPITULO III.-

El Fideicomiso Mexicano, su Formación y su Importancia.

- a) Origen y Evolución del Fideicomiso Mexicano.
- b) Elementos del Fideicomiso.
- c) Funciones del Fideicomiso Mexicano.
- d) Clasificación del Fideicomiso.
- e) Extinción del Fideicomiso.

C A P I T U L O I V

Similitudes y Diferencias de los
Fideicomisos Romano y Mexicano.

- a) Comparación de Definiciones
- b) Comparación de Elementos.
- c) Comparación de Funciones de los
Elementos.
- d) Comparación de Clases de Fidei-
comiso.
- e) Diferencias del Fideicomiso en
General.
- f) Prohibiciones y Extinciones.

C O N C L U S I O N E S

BIBLIOGRAFIA GENERAL.

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

FIDEI-COMMISSUM "a la conciencia fiel"- es el significado literal del término latino del cual deriva el concepto de FIDEICOMISO, - que constituye el tema central del presente trabajo, a través del cual pretendo llegar a la comprobación de mi Hipótesis, planteada en el sentido de que la Fuente original del Fideicomiso mexicano-actual es el Derecho Romano Clásico.

Los autores estudiosos de esta joven institución jurídica en nuestro país, no coinciden respecto a ubicar su origen en el Derecho Clásico romano, en el cual existió como disposición testamentaria en la que el otorgante confía a la conciencia fiel del Comisario o Fiduciario el encargo de hacer llegar a manos de otro los bienes encomendados, o bien ubicarlo durante el desarrollo de los Tribunales en Inglaterra y los Estados Unidos donde surge el Trust - como institución del derecho anglosajón y que se define así: - - "Cuando una persona tiene derechos que está obligada a ejercer en beneficio de otra para la realización de un fin determinado, se dice que tiene derechos en trust y es llamada "trustee".

Como señalaba inicialmente, a través del presente trabajo de investigación pretendo esclarecer el origen y desarrollo del Fideicomiso como institución gestada en el Derecho Romano, que a través del Derecho Francés llegó a influenciar el derecho anglosajón en el cual tuvo su desarrollo más completo como institución denominada Trust, y finalmente se adoptó en nuestro país a través de nuestra legislación, en la Ley General de Instituciones de Crédito y Establecimientos Bancarios de 1924.

...

Asimismo dedico una parte de mi trabajo al análisis detallado de las características que conforman el Fideicomiso Mexicano, de las partes que en él intervienen y que lo convierten en un servicio bancario eminentemente, de las diferencias y similitudes que presenta con respecto a las dos instituciones mencionadas como antecedente probable; para finalmente llegar a la comprobación de mi Hipótesis, con los elementos suficientes para asegurar que el origen más remoto del Fideicomiso mexicano es el Derecho Romano Clásico como lo es de la amplia gama de instituciones que conforman el ámbito jurídico mexicano, tanto en lo que se refiere al aspecto doctrinal como lo que constituye nuestro derecho positivo.

H I P O T E S I S

El objetivo del presente trabajo tiene como finalidad el comprobar o desechar la siguiente hipótesis:

Demostrar que el Contrato de Fideicomiso contemplado en nuestra legislación, proviene originalmente del Derecho Romano, y no del Derecho Anglosajón como señalan la mayoría de los tratadistas.

CAPITULO I

NOCIONES GENERALES DEL FIDEICOMISO

a) CONCEPTOS

b) IMPORTANCIA

NOCIONES GENERALES DEL FIDEICOMISO

Este trabajo en su lineamiento no pretende modificar las teorías ya establecidas, pero he tratado de hacer el esfuerzo de explicar, en primer lugar, las referencias iniciales que se hacían del fideicomiso según la exposición de Motivos de la Ley General de Títulos y Operaciones de Crédito; y en segundo lugar abarcar de una manera general los aspectos más importantes del Fideicomiso.

El Legislador Mexicano, al ocuparse del Fideicomiso en la Exposición de Motivos de la Vigente Ley General de Títulos y Operaciones de Crédito, publicada por el Ejecutivo Federal en el Diario Oficial del 27 de Agosto de 1932, dice textualmente:

"Aún cuando ello ofrece los peligros inherentes a la importación de instituciones jurídicas extrañas, la Ley de Títulos y Operaciones de Crédito, lo había aceptado y porque su implantación sólida en México, en los límites que nuestra estructura jurídica general permite, significará de fijo un enriquecimiento del caudal de medios y formas de trabajo de nuestra economía. Corrigiendo los errores o lagunas más evidentes de la Ley de 1926, la nueva Ley (la de 1932, vigente a la fecha) conserva, en principio, el sistema ya establecido de admitir solamente el Fideicomiso expreso, circunscribe a ciertas personas la capacidad para actuar como Fiduciarias, establece las reglas indispensables para evitar los riesgos que con la prohibición absoluta de instituciones similares al Fideicomiso ha tratado de eludir siempre la Legislación Mexicana. Los fines sociales que el Fideicomiso implícito llenan en países de organización jurídica diversa de la nuestra, pueden ser cumplidos aquí, con notorias ventajas, por el juego normal de instituciones jurídicas mejor construidas. En cambio, el Fideicomiso expreso puede servir a propósitos que no se lograrían sin él, por el anexo juego de otras Instituciones Jurídicas o que exigirían una complicación extraordinaria en la contratación". (1)

(1).-Rodríguez Ruiz Raúl. El Fideicomiso y la Organización Contable Fiduciaria. Ed. ECASA, Mexico 1981.

La Ley General de Títulos y Operaciones de Crédito, en su Artículo 346 dice a la letra: "En virtud del Fideicomiso, el Fideicomitente destina ciertos bienes a un fin lícito determinado, encomendando - la realización de ese fin a una Institución Fiduciaria".

Pero, antes de introducirnos a la definición, y analizar las partes que intervienen, considero necesario hacer una breve reseña de la importancia que ha tenido el Fideicomiso a través del tiempo, y en el capítulo correspondiente nos adentramos en el estudio de - - cada sistema, analizando estrictamente las funciones prácticas de cada Fideicomiso.

"La Fiducia", se incorporó al Derecho Romano como "Pacto de fe" -- sirvió muy bien para hacer donaciones por causa de muerte. Se cataloga como antecedente de lo que hoy consideramos como Fideicomiso.

El lugar de origen de "La Fiducia" fue Roma, que debido a la expansión territorial romana divulgó e implantó esta figura y otras semejantes en los lugares en donde dicha expansión alcanzó.

Esta Institución era un pacto Fiduciario basado en la buena fe. Se utilizaba para garantizar el cumplimiento de una obligación ("Fiducia cum amico") o del pago de un crédito ("Fiducia cum creditore").

En esta misma ciudad, tiempo después surgió el Fideicomiso Romano que era una comisión o encargo de confianza: "fidescomisum". Consistía en una operación de Testar a favor de una persona capacitada legalmente para heredar. Al fallecer el Testador, el heredero-legal estaba obligado a entregar los bienes al incapacitado para heredar, que era: el no casado o el casado sin hijos.

En diversos lugares del Continente Europeo (Italia, Francia, España, etc.) durante la Edad Media surge una especie de Fideicomiso: "El Mayorazgo", sistema que es abolido en España en el año de 1941. Esta forma de Fideicomiso se creó para evitar la dispersión de la riqueza en las Señorías Feudales, se permitía heredar al Hijo Primogénito (al mayor), obligando a éste a dar en herencia sus bienes a su Primer Hijo.

En Inglaterra surge el "USE" que se ejerció en los bienes y, sobre todo, tierras, que eran originalmente propiedad del Rey; éste cedía las tierras, en USO a sus nobles y éstos las distribuían entre sus propios vasallos. Se ideó el "USE" siguiendo la idea del Fideicomiso Romano, ya que la cesión se efectuaba por medio de operaciones de confianza. El "USE" evolucionó hacia el "TRUST": daremos un ejemplo: "A" cedía sus bienes a "B" para uso de una tercera "C"; "C" concedía el uso a una cuarta persona "D".

Para el primer uso "A", "B", "C" la common law admitía como propietario legal a "C".

Para el segundo uso "C" a "D" la common Law no le afectaba y los jueces de equidad reconocían como propietario con equidad a "D". Así el segundo uso tomó el nombre de Trust surgiendo el "Trustee" (Fiduciario) y el "Beneficiary" (Fideicomisario). Al creador del Trust se le llamó entonces "Settlor" (Fideicomitente).

El Trust Angloamericano se inicia en Estados Unidos de Norteamérica a principios del siglo XIX. Basándose en el Trust Inglés se instala en los Estados Unidos donde se extiende su aplicación a la actividad bancaria. Nacen así las Trust Companies, cuya importancia actual es conocida.

El Fideicomiso Mexicano opera en virtud de sus propias peculiaridades, se proyecta actualmente en diversos lugares de la República Mexicana. Como lo veremos en el capítulo correspondiente este Fideicomiso se practicaba a principios de siglo, 25 años antes de que fuera incorporado formalmente a nuestra legislación. Podemos darle como fecha de nacimiento legal el año de 1925. A partir de entonces evolucionó progresivamente y, en poco más de 60 años se ha convertido en una institución jurídica de grandísima importancia económica, financiera y social y se practica como Operación Bancaria, tanto en el Sector Público como en el Sector privado.

El Fideicomiso que se practica en nuestro país, que tiene como antecedente formal al "Fideicomiso Romano", si bien su aparición en

nuestro ordenamiento positivo no se debe a la mismas causas que a la aparición del "Trust" en Inglaterra, es un acto jurídico que se hace constar expresamente en un contrato en el cual una persona llamada Fideicomitente entrega un bien o un derecho a una Institución de Crédito designada como Fiduciario para que ejecute -- ciertos actos o transmita el bien o derecho que se le entregó a -- una persona llamada Fideicomisario o Beneficiario, en la forma y -- términos precisamente hubiera indicado el Fideicomitente en el -- contrato respectivo.

Pueden afectarse en Fideicomiso cualquier bien mueble (valores) o inmueble cuyo propietario sea el Fideicomitente así como cualquier derecho.

El Fideicomitente es aquella persona propietario o titular del -- bien o derecho que se entrega en fideicomiso; así mismo es la per -- s -- o -- na que tiene el derecho de nombrar beneficiario y determinar la forma y términos en que los bienes se deban entregar o repartir.

El Fiduciario es la Institución de Crédito a quien se le encomien -- de la realización estricta de lo pactado en el contrato de Fidei -- comiso; es quien cumple con la voluntad del Fideicomitente aún -- cuando éste haya fallecido.

El Fideicomisario es la persona que recibe los beneficios y el -- bien entregado en Fideicomiso en los términos y condiciones que -- ha establecido el Fideicomitente. Puede ser cualquier persona -- viva o concebida al momento en que el Fideicomitente fallezca. -- En el caso de que el Fideicomisario designado fallezca antes o al mismo tiempo que el Fideicomitente se deberá designar a un benefi -- ciario sustituto quien recibirá los beneficios del Fideicomiso en los términos y condiciones pactadas en el contrato, o bien se --- puede prever que la parte del Fideicomisario fallecido, acrecen -- te la de los demás Fideicomisarios por partes iguales o se entre -- gue a su esposa e hijos si los hubiere.

El Fiduciario esta obligado a vigilar celosamente el estricto cum

plimiento de la voluntad del Fideicomitente contenido en el contrato del Fideicomiso, y a entregar los bienes Fideicomitados a los beneficiarios en la forma y términos que haya dispuesto el Fideicomitente.

CAPITULO II
EL FIDEICOMISO ROMANO Y SU INFLUENCIA EN OTRAS
LEGISLACIONES.

EL FIDEICOMISO ROMANO

Nuestro estudio en esta segunda parte consiste en el análisis del Fideicomiso Romano, mismo que se instituyó por virtud de las Sucesiones Testamentarias como lo veremos más adelante. El Derecho Romano y en particular el Fideicomiso fue una de las primeras instituciones que se reglamentaron en Roma como consecuencia de las malas administraciones, ya que muchos se aprovechaban de determinadas circunstancias para despojar a los verdaderos herederos de los bienes que les correspondían. Al paso del tiempo esta figura fue adquiriendo la categoría de Ley, para convertirse en uno de los medios más importantes que utilizaron los romanos para garantizar un crédito o para asegurar la transmisión de sus bienes a terceros. -- Por lo que el Fideicomiso se dividió en dos ramas, a una de ellas se le denominó "Fiducia" o pacto fiduciario y a la otra "Fideicomiso Testamentario", mismo que estudiaremos al ir desarrollando este trabajo.

Empezaremos por analizar la secuencia del Fideicomiso que por virtud de éste una persona rogaba a un heredero que hiciera algo a su favor para beneficio de una tercera persona, es decir, el Fideicomiso era una súplica dirigida por un Fideicomitente a un fiduciario, para que entregara determinados bienes a un fideicomisario.

Surgió esto, como consecuencia de la necesidad de los testadores romanos de imponer su voluntad post-mortem sobre la disposición de sus bienes en beneficio de personas a las cuales no podían heredarlos, dados los diversos escollos o inconvenientes legales -- existentes dentro del rígido formalismo jurídico romano, en materia hereditaria, ya que para ser designado heredero debían ser -- sorteados diversas incapacidades.

Dentro de esta figura jurídica encontramos tres elementos personales que eran decisivos en la constitución de los fideicomisos. -- Estas partes llamadas fideicomitentes, fiduciario y fideicomisarios, sin embargo en el supuesto de que faltase alguno de ellos, -

el fideicomiso no podía llevarse a cabo.

El fideicomiso vino a superar los inconvenientes del régimen forma lista a que se sujetaban el legado, a la vez que a solventar las deficiencias que tanto el legado como la herencia entrañaban, cuando ni uno ni otro permitían favorecer toda suerte de disposiciones -- mortis-causa. (1)

Para resumir lo anteriormente manifestado en lo que se refiere al concepto del Fideicomiso, así como sus funciones dentro del testamento romano, podemos concluir con la cita de Gonzalo Fernández de León quedando el fideicomiso romano como:

"Acto de voluntad unilateral y revocable, concediendo gratuitamente a otro, un patrimonio o parte de él, o una cosa determinada. -- Fue introducido en Roma con el propósito de dar facilidades al testador para que favoreciera con sus disposiciones, a personas incapaces de recibir bienes por legado o institución hereditaria. En él, intervenían tres personas; una, el fideicomitente, que por -- regla general era el testador, aunque también podía serlo el que dejaba el fideicomiso en codicillo (y en alguna época, verbalmente, podemos agregar); otra, el fideicomisario que era la persona favorecida a la que iban a pagar los bienes que constituyera el fideicomiso; y otra, el fiduciario o persona que había de pagarlo por haber recibido el encargo del fideicomitente. Si esta persona era el heredero se llamaba heredero fiduciario, que quiere decir heredero de confianza". (2)

Los bienes hereditarios o el patrimonio del de cujus en su totalidad se le denominó Fideicomiso Universal o Herencia Fideicomisaria y al se trataba de cosas determinadas Fideicomiso singular.

(1) Iglesias Juan, "Derecho Romano". Instituciones del Derecho Privado. (Fideicomisos 181 págs. 690-705) Ed. Ariel, Barcelona -- 1972.

(2) Fernández de León Gonzalo, "Diccionario de Derecho Romano". Ed. SEA, Buenos Aires, 1962.

El pueblo romano se inquietó después de las guerras Pónicas, ya que se manifestaba otro sentimiento en la ciudad puesto que -- para muchos el dinero tenía más valor que la buena reputación y los Fideicomisos quedaban a menudo sin cumplirse. Esto quiere decir que para los romanos les tenía muy sin cuidado el no cumplir con las obligaciones contraídas considerando que se inclinaban más a hacer dinero que a hacer favores que no les acrecentara su propio patrimonio.

Existieron dos épocas en la historia de la naturaleza del fideicomiso, antes de Augusto, y después de Augusto.

Antes de Augusto no existía una ordenación formal, y su Imperio se ejercía por la sola determinación de la moral. Es preciso llegar a la época Augustea para encontrarlo dotado de carácter jurídico, en función de obligatoriedad. (3). En efecto Augusto ordenó a los cónsules interponer su autoridad para que tuvieran éxito el cumplimiento del Fideicomiso. (4).

El Fideicomiso Romano exigió formalidades para su constitución entre las que se encontraban las siguientes etapas: La súplica verbal, El testamento y los codicilos, que se entrelazaron paralelamente a lo largo de la historia romana, fundamentalmente en las dos últimas formas de constituir el fideicomiso.

(3) Iglesias Juan, *Ibidem* pág. 690

(4) Pastor y Alvidra, Julián. "Prolegomenos del Derecho" Historia y Elementos del Derecho Romano. Ed. Alejandro Gómez. - Madrid 1883 pág. 455.

En sus inicios el fideicomiso no fue obligatorio, sin embargo hubo necesidad de instituirlo como tal, debido a la falta de seriedad de algunos de los ciudadanos romanos, por tal motivo recibió restricciones como las que se establecían en las herencias y en los legados. Hay que distinguir y examinar los tres periodos por los que pasó el fideicomiso:

- a) Cuando se declararon obligatorios los fideicomisos.
- b) Después de los Senado-Consultos Trebeliano y Pegasiano.
- c) En tiempo de Justiniano.

I.-Gayo consideró que la persona que restituía la herencia no tenía el carácter de heredero ni de legatario, sino la de un comprador.

Ya que en esa época, en efecto, era costumbre vender por la forma, mediante un sueldo, la sucesión a quien era transferida, y las mismas estipulaciones que intervinieron tradicionalmente entre vendedor y comprador de sucesión intervenían entre el heredero y beneficiario del traspaso (5).

Este comprador a la vez que recibía la herencia estipulaba que le sería restituída cuando llegase al heredero, -- procedente de la herencia, y que podría ejercitar las acciones hereditarias en concepto del mandatario.

II.-La consideración de Gayo expresa el Derecho vigente en sus días:

- (5) Gayo, "Instituciones Jurídicas" Ed. Melas. Buenos Aires - 1957 pág. 86.

Una vez transferida la sucesión, quien ha transferido no permanece menos heredero; quien recoge la sucesión esta ahora en la situación de un heredero, ya en la de un legatario. Ya que -- estando como Cónsules Trebeliano, Máximo y Aneo Séneca, intervino un Senado-Consulta y estableció que el individuo a quien se restituye la herencia por fideicomiso, corresponderían las acciones que, en Derecho Civil, podían ser dirigidas por y contra el heredero. Después de este Senado-Consulta las garantías susodichas ya no se usaron; el Pretor era quien libraba las acciones útiles a y contra él que recoge la sucesión, como si estas hubieran sido liberadas a favor y contra el heredero, y estas acciones están propuestas en el edicto.

En su origen los fideicomisos como negocios fiduciarios puros tuvieron las siguientes secuencias: Se invitaba a un heredero a transferir la totalidad o casi la totalidad de la sucesión - pero éstos rehusaban a aceptarla en virtud de que constituía un activo nulo o mínimo, y como consecuencia, los fideicomisos se extinguían; en tiempo de Vespasiano, siendo cónsules Pegasio y Pusión, estableció el Senado que al que se le encargase restituir la herencia fuese lícito retener la cuarta parte, -- como la ley Falcidia lo admite tratándose de legado. La misma regla existe en caso de fideicomiso tratándose de cosas particulares (6). En virtud de este senado-consulta, el heredero soporta todas las cargas de la herencia; y el que por fideicomiso recibe la otra parte de la sucesión, tiene el carácter de legatario parciario, por lo cual median entre éste y el heredero las mismas estipulaciones que acostumbraban entre el heredero y el legatario parciario. (7)

(6) Geyo. Ibidem. pág. 86.

(7) Pastor y Alvidra Julián. Ibidem. pag. 457.

Puesto que si el heredero inscrito es invitado a revertir una fracción que no pasa de las tres cuartas partes de la sucesión, esta es revertida en virtud del senado-consulto Trebeliano y las acciones corresponden a los dos en proporción a lo que reciben; contra el heredero por Derecho Civil; y contra el fideicomisario en virtud del senado-consulto. (8)

Sin embargo el heredero permanece heredero de su parte que revierte y puede ejercer las acciones dirigidas por él y contra él para el todo; pero él no es gravado ni puede ejercer las acciones mas allá de lo que queda activo en la sucesión.

Pero si es invitado a revertir más de los tres cuartos de la sucesión, aún la sucesión entera, el senado-consulto Pegasiano actúa. (9)

Es preciso anunciar los diferentes resultados que provienen de - que el heredero instituido aceptara o no la herencia voluntariamente:

19.-Una vez que se ha aceptado la sucesión, a condición de que se haya hecho de propia voluntad, soporta así mismo las cargas sucesorias, bien retenga o no la cuarta parte.

Si la retiene se regula por los principios de la partitia legatae es decir recurriendo a las stipulationes partis et pro parte (de las partes y por las partes), las relaciones entre uno y otro heredero y fideicomisario, atañen a créditos y deudas.

20.-Si el heredero no retiene la herencia, intervienen las emptae et venditae hereditatis stipulationes. (de comprador y vendedor - de la herencia).

(8) Pastor y Alvidra Julian. Ibidem. Pag. 459.

(9) Gayo. Ibidem. pág 2.255.

30.-Si el heredero se niega a aceptar la herencia, se dispone a petición del fideicomisario, la acepte y restituya por orden del Pretor, dándose a favor y contra el fideicomisario las acciones, según dispone el senado-consulta Trebelliano. El heredero pierde la cuarta parte y el fideicomisario se convierte en sucesor universal.

III.-Justiniano, cinco siglos después, hizo una corrección, que para algunos autores era necesaria, haciendo una refundición de las normas de los senado-consultos Trebelliano y Pegasiano.

Justiniano, realizó algunas consideraciones de las semejanzas y diferencias de estos dos Senados-consultos, mismo que declaró que "Derogaba el senado-consulta pegasiano y atribuía al senado-consulta Trebelliano una autoridad exclusiva"; de tal modo, que ya tenga el heredero el cuarto por la voluntad del testador y reclamarla si la hubiere entregado; dividiéndose las acciones entre el heredero y el fideicomisario en proporción de la parte de cada uno como se disponía por el senado-consulta Trebelliano. Si el fiduciario no quiere retener y entrega toda la herencia o rehusa a darla y se le obliga a ello, todas las acciones pasan al fideicomisario.

Considerando lo anterior y aunado a ello, es preciso señalar que cuando el testador concede al fiduciario que al verificar la devolución retenga una o varias cosas determinadas o cierta cantidad, aunque ésta supere la cuarta parte de la herencia, todas las acciones pasan al fideicomisario y lo que reciba el fiduciario no está sujeto a ninguna carga, cual si la hubiere recibido a títulos de legado. "Las Estipulaciones a la que daba lugar el senado-consulta Pegasiano habían desagrado aun a los antiguos; un hombre de genio elevado Papiano, los calificó hasta de capciosas. En muchos casos en cuanto a nos, preferi-

mos en las leyes la simplicidad a la complicación; por consiguiente, después de haber considerado las semejanzas y diferencias de estos dos senado-consultos, hemos derogado el senado-consulta Pegasiano, el mas reciente, y atribuido al senado-consulta Trebelliano una autoridad exclusiva; de tal modo, que, ya tenga el heredero el cuarto por la voluntad del testador, ya tenga más o menos, o nada absolutamente, restituirá la herencia con arreglo al senado-consulta Trebelliano; y si no tiene nada, o si tiene menos de la cuarta, podrá retener o completar dicha cuarta, o aún repetir por ella si la ha pagado; dividiéndose las acciones entre el heredero y el fideicomisario, en proporción de la parte de cada uno, como se disponía por el senado-consulta Trebelliano; pero si se restituye voluntariamente toda la herencia, pasarán todas las acciones hereditarias al fideicomisario y las que hubiese contra él, hemos también trasladado al senado-consulta Trebelliano esta disposición, que es la principal del senado-consulta Pegasiano, según la cual, si el heredero se niega a hacer adición, puede ser obligado a restituir toda la herencia al fideicomisario que la desea, pasando entonces todas las acciones a dicho fideicomisario, y debiendo responder de las que haya en contra de él. Sólo el senado-consulta Trebelliano le impondrá esta obligación al heredero, si además de negarse a hacer adición, desea el fideicomisario que la herencia le sea restituida, no quedando nada al heredero, ni carga ni beneficio". (10)

Hemos visto las consideraciones que en la época romana se requerían para cumplir con el fideicomiso, tan es así que los juristas se vieron en la necesidad de regular por medio del senado-consulta la aplicación que se le deba en aquella época.

A continuación estableceremos a grandes rasgos y con un relativo orden de prelación la regulación jurídica del fideicomiso hereditario romano, que como hemos visto en su desarrollo ha tenido algunas variantes, quedando como sigue:

(10) Pastor y Alvidra Julián. *Ibidem*. pág. 463.

AUGUSTO-27 A.C.

Ordena a los cónsules su intervención para el cumplimiento de los fideicomisos y reconoce a los codicilos confirmados por testamento, como fuente de fideicomisos.

CLAUDIO-41-54 D.C.

Instituye a los pretores fideicomisarios para atender cuestiones diversas de fideicomiso.

NERON-62 D.C.

Mediante el senado-consulta Trebelliano otorgó a los fideicomisarios la situación de "locos heredis".

VESPASIANO-75 D.C.

Mediante el senado-consulta Pegasiano prohibió dejar fideicomisos a los célibes y a los orbi. Introdujo la Ley Falcidia a los Fideicomisos y asimiló al fideicomisario con el legatario.

ADRIANO-117-138 D.C.

Mediante un senado-consulta prohibió dejar fideicomisos a los peregrinos o a las personas inciertas y a los póstumos extraños.

ANTONINO PIDO-138-161 D.C.

Extendió la aplicación de los senado-consultos Trebelliano y Pegasiano a los fideicomisos ab intestato y ordenó que el curador de una mujer loca, instituida heredera o gravada con un fideicomiso, concediera las acciones útiles al fideicomisario.

APROPIAND-? -D.C.

Mediante el senado-consulta Apropiano dispuso que son válidos los Fideicomisos que se dejan a cualquier ciudad bajo el Imperio Romano.

TEODISIO-424 D.C.

Exigió la presencia de cinco testigos para la validez de los codicilos testamentarios o ab intestado.

JUSTINIANO-527-565 D.C.

Concede al fideicomisario un derecho real sobre los bienes del heredero fiduciario e inclusive le concede la acción reivindicatoria y funde los senado-consultos Trebelliano y Pegasiano en uno solo y regula el fideicomiso en las Institutas y el Codex.

Anteriormente señalamos las formalidades para la constitución de un Fideicomiso, ahora es preciso establecer la FORMA de como el Fideicomiso se constituye.

Puede considerarse que el fideicomitente lo haga a través de :

- 1.-Un Testamento.
- 2.-Un Codicillo confirmado o no por testamento.
- 3.-Por Señas o Gestos.
- 4.-Una simple orden verbal sin que intervengan testigos.

Ahora procederé a analizar por su orden los elementos que inter-

vienen en un fideicomiso. Empezaré por algo que es muy importante, y es el fiduciario no siempre tenía que entregar el objeto -- del fideicomiso inmediatamente, sino que podía existir un período de tiempo para que el fiduciario pudiese gozar del objeto en fideicomiso. Esto no se constituyó como regla general ya que el tiempo podía ser limitado por un término resolutorio o por una condición.

Veremos ahora los ELEMENTOS PERSONALES que intervienen en los fideicomisos, encuadrando a estos mismos las acciones que en algún momento dado podían interponer las partes que interviniesen en este tipo de negocios.

EL FIDEICOMITENTE, propietario de los bienes, es la persona que hace la súplica, ésta necesita ser capaz para otorgar testamento. Aunque por tolerancia, en los fideicomisos no todo el tiempo se consideraba así, puesto que, los dejados por un hijo de familia o por siervos que fueran sui-juris al morir, eran válidos aunque la capacidad no fuese total.

EL FIDEICOMISARIO es la persona en favor de quien se constituye el fideicomiso, y este debe tener la testamenti factio pasiva -- para recibir mortis causa. Ya que los fideicomisos debieron su origen principalmente al deseo de favorecer personas incapaces.

EL FIDUCIARIO, aunque los autores no lo contemplan, es decir, no nos dan una definición, puedo decir que era la persona a quien se le encomendaba "hacer algo de buena fe" en beneficio de una tercera persona.

El fideicomiso puede hacerse bajo las mismas estipulaciones que el legado; y si se nombran varios fideicomisarios, cada uno puede ser llamado bajo diferente estipulación.

En el caso de que una persona, ya ordenado el fideicomiso, muriera sin descendientes, cesaba la obligación de restituir dejando-

hijos naturales. También cesaba cuando el fiduciario tenía hijos por lo menos concebidos antes de ser deportado. En ambos casos - el fideicomiso era válido, no obstante que los hijos del gravado murieran antes o al mismo tiempo que el padre. (11)

Todo fideicomiso impuesto a un descendiente debería de llevar implícita la condición de si muere sin descendencia.

Como ya se apuntó anteriormente EL OBJETO no necesariamente se debía entregar inmediatamente a la muerte del fideicomitente. Consideremos ahora cuales son los objetos y bienes que pueden ser dejados en fideicomiso, tomando como referencia lo que establecieron Gayo y Justiniano en las Instituciones:

Interpretando a Gayo en sus Instituciones se podía dejar en fideicomiso bienes individuales, tales como un fundo, un esclavo, un vestido, dinero metálico o amonedado, y ordenar traspasarlo a un tercer, sea por el mismo heredero, sea por un legatario. También estableció que se puede dejar en fideicomiso la parte del heredero, la del legatario o algo que perteneciera a un tercero cualquiera, y no solamente los bienes del testador.

Es importante señalar que cuando se deja la cosa de otro en fideicomiso, el que recibe el mandamiento debe de sujetarse a cualquiera de estas reglas o bien la procura y la entrega, o bien paga el contra-valor. En este caso el fideicomiso se extinguirá, en caso de que, el propietario de la cosa dejada en fideicomiso, no la vendiera.

Por medio del fideicomiso se puede invitar a manumitir a un esclavo. No importa en este caso que el testador conceda la libertad a su propio esclavo, el del heredero, o bien también el de un tercero. En este caso, al igual que el anterior, si el dueño no vende al esclavo, se entiende que la libertad concedida por fideicomiso se extingue, porque en este caso el esclavo no puede ser cuestión de contra-valor.

Por su parte Justiniano opina lo mismo que Gayo, en relación de los objetos que pueden dejarse en fideicomiso.

Justiniano considera que se puede también dejar por fideicomiso objetos particulares, como un f^ondo, un esclavo, un vestido, -- oro, plata y moneda acuñada y rogar acerca de tales restituciones, ya al mismo heredero, ya a un legatario, aunque no se pueda encomendar ningún legado a un legatario.

El Testador puede dejar por fideicomiso, no sólo sus propias -- cosas, sino también las del heredero, legatario o a un fideicomisario, no sólo que restituya lo que se le ha dejado, sino -- también otra cosa cualquiera, que puede no ser suya, siempre y cuando no restituya más de lo que ha recibido. Cuando se ha -- dejado en fideicomiso la cosa del otro, el fideicomisario está obligado a comprarla o pagar su precio.

También se puede dar la libertad a un esclavo rogando al heredero, a un legatario o al fideicomisario que lo manumita, Justiniano opina que si el dueño del esclavo no lo quiere vender o darle la libertad, el Fideicomiso no se extingue sino que solo se difiere, porque el tiempo puede suministrar ocasión de comprar al esclavo y manumitirlo.

Gayo y Justiniano coinciden en el punto anterior, puesto que, -- los dos opinan que se pueden dejar objetos particulares, así -- como dejar en fideicomiso una cosa cualquiera, que no sea patrimonio del fideicomitente.

CLASES DE FIDEICOMISOS:

Después de haber analizado brevemente el fideicomiso sucesorio, es necesario tener en cuenta las diversas clases de fideicomisos romanos para darnos cuenta de las modalidades que presentaba éste en esa época.

Fiducia o Pacto Fiduciario.-Es la forma solemne, de transmitir la propiedad con base en el pacto fiduciario. Quien recibía de otro la propiedad de un bien se obligaba a su vez, frente al dueño original a reglamentarle la titularidad de dicho bien, una vez que se hubiesen cumplido o realizado determinados hechos o finalidades.

Fiducia Cum Creditore.-Se utilizaba para garantizar el adeudo, es decir, el dueño transmitía la titularidad de determinados bienes a su acreedor, quien tenía que devolver la titularidad en el momento del pago. En caso de no cumplir con la obligación el acreedor tenía derecho de retener el bien para provecho propio o para enajenarlo.

Fiducia Cum Amico.-Personas que recibían la transmisión de bienes a su favor con el fin de poder usar y disfrutar de ellos gratuitamente en provecho propio y durante un plazo determinado; los fines eran que el beneficiario quedaba obligado a regresar la propiedad al dueño original.

Fideicomiso de Libertad.-El esclavo adquiere su libertad por medio de este fideicomiso, ya que un tercero ordenaba al dueño del esclavo le concediera su libertad que así lo requería el testador.

Fideicomiso Testamentario.-Es de éste del que nos ocuparemos más ya que era el más usual y el más importante puesto que estaba aún reglamentado jurídicamente. Se empleaba cuando una persona, en la libre disposición de sus bienes, y actuando como testador, quería favorecer otra persona con la cual no tenía jurídicamente la facultad de heredarle, por lo que no le quedaba más recurso que encargar a su heredero fuese el ejecutor de su voluntad para darle a un tercero favorecido algún bien en particular o parte de su acervo hereditario.

El Fideicomiso Testamentario presentó varias modalidades, dependiendo de las finalidades que establecían los testadores en este tipo de fideicomiso. A continuación mencionaremos algunos de los múltiples ejemplos del Digesto de Justiniano:

- a).--Fideicomiso para protección del patrimonio de locos o menores.
- b).--Fideicomiso particular para restitución de dinero.
- c).--Fideicomiso para beneficio de una asociación.
- d).--Fideicomiso condicionando la entrega del haber hereditario a la emancipación de los hijos.
- e).--Fideicomiso dejado en beneficio de las ciudades bajo el Imperio Romano, también a favor de los municipios.
- f).--Fideicomiso de usufructo de bienes hereditarios por parte de los fideicomisarios y al fallecimiento de estos se restituían los bienes a la colonia donde nació el fideicomitente.
- g).--Fideicomiso para dar intereses del capital al pupilo y alcanzada determinada edad entregarle el capital.

Hemos visto cómo los romanos hacían su división de los fideicomisos, adecuando las necesidades de la época a sus muy particulares deseos, logrando el cumplimiento de los fines, administrando los bienes y protegiendo el patrimonio de los herederos.

Después de haber visto las diferentes modalidades que podía revestir un fideicomiso testamentario en Roma, veremos cual fue su clasificación.

El Fideicomiso Testamentario se dividía en: Universal y en singular.

El fideicomiso Universal tenía por objeto:

- 1.-Toda la herencia, o una parte alicuota de ella.
- 2.-Todos los bienes que del fideicomitente lleguen al fiduciario.

3.-Los bienes que del fideicomitente existían al morir el fiduciario.

Analizaremos cada uno de estos puntos:

1.-Toda la herencia o parte alicuota de ella se entiende, todo lo que constituye el acervo hereditario, o bien la parte designada, los legados no forman parte de la herencia; también se exceptúan los frutos, los réditos de capitales y las pensiones - que se deban al restituir la herencia.

2.-Este punto es casi igual al que le antecede, pero se diferencia en que comprende los legados y los fideicomisos, incluso - los que se hayan dejado por una disposición posterior.

3.-Este fideicomiso difiere de los anteriores en tres puntos capitales:

a).-Efecto de la mayor confianza que se confiere al fiduciario; no está obligado a restituir los bienes que de buena fe ha ya enajenado o consumido.

b).-Debe a su vez restituir los frutos existentes cuando se -- restituyen los bienes fideicomitidos.

c).-No puede deducir lo que le debían al de cujus, mientras la deuda no exceda de aquello en que disminuyó el caudal.

Otra clase de fideicomiso fue el llamado singular, por el cual se dejaba esta forma sólo una parte de la herencia en fideicomiso, - sin que naturalmente se violara la regla de que nadie puede morir intestado en una parte y testado en otra.

Eugene Petit en su libro de Derecho Romano establece que "Los fideicomisos particulares solo tienen por objeto cosas consideradas a título particular por ejemplo los legados, la forma es la misma que la de los fideicomisos a título Universal".

El testador podía dejar por fideicomiso Particular todo lo que hubiese podido legar per demnationem; no solamente lo que le pertenecía, sino también la cosa del heredero y la de otro. En este caso el fiduciario o debía adquirirla para devolvérsela al fideicomisario o pagarle la estimación.

Para una mejor comprensión del fideicomiso singular a continuación trataremos brevemente al legado romano; pues las normas regulatorias de ambos llegaron a hacer las mismas por disposición del emperador Justiniano.

Nos dice Rodolfo Shom que: "El legado no tiene mas finalidad que conferir a terceras personas ciertos derechos patrimoniales a costa de la herencia. La característica del legado es ser una sucesión a título singular, fundamentalmente distinta a la sucesión universal que encarna el heredero. El legado otorga siempre derechos, no existen legados de deudas". (12)

Examinaremos las semejanzas entre el legado y el fideicomiso singular tomando las palabras de René Folguet, el cual nos dice al respecto:

- 1.-"Uno y otro implicaban la existencia de tres personas, disponente, gravado y beneficiario.
- 2.-El legatario y el fideicomisario debían, uno y otro resentir los efectos de la reducción que resultaba de la aplicación del senado-consulta Pegasiano." (13)

Existieron diferencias técnicas y Jurídicas que podemos encontrar entre el legado y el fideicomiso singular que son tratadas por varios autores, mismas que citamos a continuación:

(12) Shom Rodolfo."Instituciones de Derecho Privado Romano" Traducción de Wenceslao Roces.Ed.Nacional, México 1975 pág.350, -- 358.

(13) Foignet René," Manual Elemental del Derecho Romano" págs.237-241.Ed. Cajica, Puebla México 1948.

- 1.-El legado debía constar en un testamento; en el fideicomiso existía libertad de forma.
- 2.-El legado sólo podía establecerse a cargo del heredero; en cambio el fideicomiso podía establecerse a cargo de un legatario o de un fideicomisario.
- 3.-El fideicomiso singular que tenía por objeto una cuarta - parte de la herencia, representaba una ventaja sobre el legado. Este último no podía transmitirse a título universal y el fideicomiso sí.
- 4.-El fideicomiso singular podía ser puesto a cargo del heredero, del legatario, o a cargo de un primer fideicomisario de la herencia, mientras que sólo se podía heredar a cargo del heredero legatario que tuviese la testamenti factio pasiva.
- 5.-En relación a las palabras, el fideicomiso se dejaba con palabras suplicativas (ruego) y en los legados con palabras directas, ordenatorias; (verbis imperativis.)
- 6.-El legado necesitaba forzosamente de un testamento con base o de un codicillo confirmado por el testamento, mientras -- que el fideicomiso podía constar en un testamento, en un codicillo sin confirmar o confirmado e inclusive verbalmente en presencia de cinco testigos.
- 7.-El testador puede manumitir directamente a un esclavo, del cual sea su propietario, quien obtiene la libertad por efecto del legado; en cambio, por el fideicomiso singular el testador fideicomitente, puede otorgar la libertad no sólo a su esclavo, sino al esclavo del heredero, o al esclavo de otra persona. El esclavo en este caso adquiere su libertad vía el sujeto gravado en el fideicomiso, quien se hace su patrono.

Justiniano contempla una sola clase de disposiciones mortis causa a título singular a las que se le da indistintamente el nombre de "legados", o "fideicomisos", el sentido de ambas denominaciones es el mismo. Pero no es hasta que el Emperador Adriano equiparalos fideicomisos a los legados. Adriano dispuso que los peregrinos no pudiesen realizar adquisiciones fideicomisarias.

Como hemos visto existe una función jurídica entre el legado y el fideicomiso singular misma que se encuentra contenida en las Institutas de Justiniano en donde se consideró a las dos instituciones, como si se tratara de una sola.

Dentro de estas clasificaciones del fideicomiso romano encontramos una clase de fideicomiso especial que fue llamado fideicomiso de familia, el cual vamos a enriquecer con las consideraciones -- que manifestamos a continuación.

Justiniano considera que el testador puede gravar al fideicomisario con la carga de devolver lo que él recibió de una tercera persona.

El poseedor de las cosas objeto de fideicomiso tiene sobre ella -- un dominio revocable: No puede, por tanto, enajenarlas no gravarlas definitivamente, a menos que consientan en la enajenación -- todos los llamados al fideicomiso.

Este tipo de fideicomiso se caracteriza por que el testador vincula la herencia, íntegra o parcialmente, a la familia, a través de un orden sucesivo de restituciones.

Los bienes fideicomitidos son restituidos a las personas indicadas por el testador, o bien, faltando estas, a quienes lleven el nombre del disponente, a la hora del fallecimiento, o a sus hijos inmediatos, si no hay disposición que lo prohíba.

El testador puede ordenar la restitución a favor de un individuo concreto, como puede establecer en beneficio de quien elija el --

heredero, o bien en provecho de todos los miembros familiares. Si el fiduciario no eligiese, entra en juego el orden sucesorio abintestato. Si la restitución se ordenó in genere, esto a favor de la familia, es preciso saber quienes esta incluidos en la misma.

Justiniano extiende el Fideicomiso de familia más allá del primer grado.

El primer paso que tiene cierta tendencia a la abolición de - - este fideicomiso, se encuentra claramente sancionada en la Novela 159 que considera que los bienes fideicomitidos, después de la cuarta generación ya no se pueden transmitir.

Con el fideicomiso de familia concluimos las diversas modalidades que se presentaban en Roma en lo que se refiere a este tipo de instituciones; como analizamos, el fideicomiso en sus -- diversas manifestaciones trata claramente de proteger el patrimonio de familia mediante la entrega que hace el titular de -- determinados bienes y derechos a una persona para que a su vez los cuide como buen padre de familia y en un plazo convenido - los restituya al beneficiario o beneficiarios que haya indicado el testador antes de su muerte.

LOS CODICILIOS

Para concluir este capítulo nos concretamos al estudio de los codicilios y la relación que tenían con los fideicomisos.

Los codicilios aparecieron con los fideicomisos. Suergieron - debido a que el ciudadano carecía de facilidad para reunir las solemnidades del testamento, o no quería derogar el otorgado - con el solo fin de introducir una ligera modificación o deseaba favorecer a personas inhábiles de recibir mortis causa, y - recurrió al medio de encargar confidencialmente el heredero la ejecución de sus deseos.

Al igual que la prestación que se encomendaba recibía el nombre de fideicomiso, el medio por el cual el testador comunicaba su voluntad, se denominó Codicilio. (14)

En el codicilio no existía formalidad alguna, era un acto de -- última voluntad que iba agregado al testamento inicial. El codicilio contenía una o varias disposiciones que debían tener - efecto después del fallecimiento del otorgante.

Las fuentes nos dan una explicación histórica referente a la -- aparición del Codicilio, relatando que el Cónsul Romano Lucio - Léntulo, sintiéndose morir en Africa solicitó de Augusto que reconociere valor al Codicilio que había redactado y que confirmaba por testamento, rogándole que hiciera cumplir sus disposiciones. El Príncipe, una vez que hubo consultado a los jurisconsultos, entre ellos Trebasio, reconoció eficacia jurídica a dicho acto que, al ser admitido por el rebelde Labeón, adquirió - pública aceptación. El uso del Codicilio se hizo frecuente debido al hecho de que Los ciudadanos que se encontraban fuera de Roma satisfacían con él una necesidad práctica ya que, por su - conducto, se podía prescindir del testamento que exigía requisitos no siempre posibles de cumplir, especialmente en lo que se refiere al número de testigos, presencia del funcionario público, etc...

El codicilio es, pues, un acto de última voluntad que no está - sometido a ninguna de las formalidades del testamento y se pueden dejar varios; era un medio de añadir ciertas disposiciones a un testamento ya hecho, lo que no se hubiera podido realizar por un nuevo testamento sin revocar el primero.

(14) Pastor Alvidra Julián, Ibidem. págs. 25.2.

El Codicillo podía ser testamentario o ab intestado. El Codicillo sin testamento, solo puede contener fideicomisos; pero es independiente y se sustrae a las causas de rupturas de los testamentos.

El Codicillo testamentario acompaña al testamento y puede o no ser confirmado. Es confirmado cuando el testamento redactado con anterioridad o posterioridad al codicillo así lo dispusiera. El Codicillo no confirmado depende también del testamento y cae con él, pero no puede contener mas que fideicomisos.

Al igual que el testamento, el codicillo exigía la testimentificación en el disponente y en el beneficiario, diferenciándose del mismo por que nunca podía contener la institución de heredero, la desheredación o la sustitución del instituido y la inserción de tales cláusulas hacia que lo dispuesto por el causante no valiera como testamento ni como codicillo. Debido a la excesiva libertad de formalidades en los codicillos, éstos de facilitar su aplicación, significaban un inconveniente por la incertidumbre de tales actos de última voluntad que se provocaban luego del fallecimiento del disponente. Contra esto se opuso resistencia en la última época, cuya tendencia fue la de extender a los codicillos las formalidades de los testamentos, y desde Constantino se exige que -- los codicillos ab intestato lleve la firma de siete testigos o -- por lo menos cinco, como era lícito en su tiempo en los testamentos. En el año 424 Teodosio Segundo exigió el requisito de los testigos a todos los codicillos estableciendo además que éstos -- debían estar presentes en el acto de otorgamiento, disposición -- que fue confirmada por el emperador Justiniano. (15)

El riguroso concepto mantenido por la legislación romana manifestaba que "un testamento nulo por vicios de forma valía como codicillo cuando así lo hubiese previsto el testador manifestando su voluntad expresamente, siempre que el vicio no afectara la esencia del instrumento y que éste reuniera las condiciones de el codicillo". (16)

(15) Bonfante Pedro, "Instituciones de Derecho Romano" págs.653-678 Instituto Español de Derecho, Madrid 1972.

(16) Petit Eugene. "Derecho Romano" Tercera parte Adquisición per Universitatem B.-de los fideicomisos, ENSA, México 1975.

La declaración del testador de que su disposición de última voluntad, que por cualquier motivo no valiera como testamento -- debía sostenerse como Codicillo, fue denominada cláusula que no exigía redacción especial alguna, pues bastaba que la voluntad del testador se manifestara de manera cierta; operaba la conversión del negocio jurídico porque la institución de heredero adquiría la naturaleza de un fideicomiso universal. De esta manera el heredero instituido asumía el carácter de fideicomisario con la obligación de ejecutar los legados y las manumisiones -- dispuestas en el testamento y los herederos ab intestados del causante venían a jugar el rol de fiduciarios con la obligación de cumplir con el fideicomiso. (17)

EXTINCION DEL FIDEICOMISO ROMANO:

Para terminar con este estudio veremos las formas de extinción del Fideicomiso romano.

La extinción del fideicomiso se producía cuando faltasen los parientes que pudieran gozar de la manda o cuando todos los llamados a suceder hubieran consentido las enajenaciones de las cosas que formaban parte del mismo.

Ulpiniano dice: "si todos los fideicomisarios consienten en la enajenación, queda excluida toda ulterior petición del mismo."

Modestino expresa: "en el fideicomiso que se deja a los de la familia se admite la petición de los designados individualmente o una vez que hayan fallecido todos ellos los del mismo nombre que el difunto que vivan al morir el testador y sus descendientes de primer grado, a no ser que el difunto hubiera extendido su voluntad a otros grados ulteriores".

(17) Peña Guzmán y Arguello. "Derecho Romano" págs. 667-679. Ed. Revista de Derecho Privado, Buenos Aires Argentina 1970.

Así también podemos citar a Papiniano: "(Un Testador) dejaba un predio a sus libertos y les rogaba que no lo enajenaran a fin de conservarlo en la familia de los libertos si todos menos uno hubieran vendido su parte, el que no vendió podrá reclamar entre las partes de los otros, a los que el testador no había dado la (facultad) de enajenar, pues se entiende que había indicado a recibir el fideicomiso a los que acataran su disposición; sino sería absurdo introducir una reclamación recíproca".

También puede extinguirse el Fideicomiso Testamentario en el momento en que el testador fideicomitente revocaba el testamento donde estaba constituido el fideicomiso.

Es discutido si el Fideicomiso Romano podía constituirse para un fin explícito con un tiempo determinado, por lo que si ese tiempo se cumplía es de considerarse que el fideicomiso se extinguió, aunque las fuentes no hablan de esta forma de constituirlo.

"REPERCUSIONES DEL SURGIMIENTO DEL FIDEICOMISO ROMANO EN OTROS PAISES"

Tal vez no existen antecedentes fidedignos de las repercusiones que tuvo el Fideicomiso Romano en otros países, aunque existen algunos proyectos de estudio que probablemente afirman que el Fideicomiso tiene sus raíces en el Fideicomiso Romano.

En México existen algunos proyectos de leyes que son los conocidos con el nombre de Proyecto de Limantour de 1905, Proyecto de Creel de 1924, Proyecto Vera Estañol de 1926 y la de Fideicomisos de 1926, mismos que expondremos en el capítulo correspondiente.

La doctrina ha discutido mucho los antecedentes del Fideicomiso, algunos lo remontan al Derecho Romano y otros al Trust, que surgió en el Common Law y la Equity en Inglaterra, entre los siglos XII y XV.

Analizaremos la situación por la cual pasó Inglaterra para dar nacimiento al Trust.

El antecedente más directo del Fideicomiso en Inglaterra, es - decir del "Trust" anglosajón lo fué una antigua figura denominada USE, que consistió en la Transmisión de Tierras realizadas por acto entre vivos o por testamento a favor de un "prestanombres" quien quedaba obligado a poseer la titularidad de - las tierras para provecho de un tercero o beneficiario.

Así pues tenemos que el Fideicomiso se remonta al siglo XIII, cuando en Inglaterra aparecieron los primeros "USOS". Los - - cuales, vimos anteriormente, eran transmisiones de tierras a favor de prestanombres, con el propósito de evitar la aplicación de las Leyes de Manos Muertas.

En el siglo XIV esas transmisiones de tierras se realizaban - en favor de determinadas personas que las poseían para su provecho o el de una tercera persona. En esta época el Rey era - el que distribuía las tierras entre sus nobles, los cuales a - su vez la distribuían entre sus vasallos, que la recibían en - segunda detentación.

El Rey prohibía disponer de las tierras por testamento, por lo que los poseedores de las mismas las transmitían a personas de su confianza a las cuales se les recomendaba retransmitirlas - después de su muerte a sus herederos.

Dentro de los Fines Lícitos estaba la práctica de hacer testamento por vía del USE, ya que conforme al régimen feudal que - imperaba en la época, la tenencia de tierra era considerada -- como una relación puramente personal y no estaba reconocida la Transmisión Testamentaria.

Por otro lado, el marido no podía legalmente transmitir sus -- bienes a su esposa.

Estas transmisiones constituyen el antecedente del Trust, término que en castellano significa fideicomiso y en el cual intervenían los siguientes elementos personales:

- a) Settlor, el que daba los bienes en "USO" (Fideicomitente).
- b) Teeffe to use, que era la persona que lo recibía para uso de sí mismo, del enajenante o de una tercera persona, (Fiduciario).
- c) Ceatui que use, este nombre se le daba al que disfrutaba del beneficio de los mismos. (Fideicomisario)

Desde fines del siglo XIV y principios del XV empiezan a llegar a la Cancillería y al Consejo del Rey quejas en contra de los Fiduciarios o "Prestanombres" que abusaban de la confianza en ellos depositada, en perjuicio de lo que les habían transmitido las tierras en "USO".

A este "USO" se le consideraba como una acción fraudulenta ya que se utilizaba el "USO" para defraudar acreedores, pues mediante esta situación al entregar tierras en "USO" a un tercero, el dueño original caía en el supuesto estado de deudor insolvente.

También, con fines ilícitos, los terratenientes por medio del "USO", entregaban sus tierras a la orden religiosa de los Franciscanos, quienes en razón de sus votos de pobreza, sólo podían usar los bienes, recibiendo el provecho económico de ellos, sin adquirir la plena propiedad, obligándose a entregarlos a un tercero previamente designado por el dueño original.

Con el paso del tiempo esta práctica se generalizó al grado de que el caballero que salía a la guerra, temeroso de perder sus bienes a manos de sus enemigos o del Rey o por razón de evasión en el pago de impuestos feudales, transferían sus bienes a un amigo o grupo de amigos para el "USO" o aprovechamiento de su propia familia.

Así las cosas, el nuevo titular de los bienes se obligaba a su vez a transmitir estos en favor de los descendientes de su amigo, sin que el Estado Feudal pudiese invalidar tal transmisión.

En consecuencia el "USE" se prestó no solo a la evasión de las Leyes Feudales de la época y a la comisión de fraudes en contra de acreedores, sino que el pacto celebrado con frecuencia no era cumplido por el propietario en "USO", quien negaba su obligación quedándose en provecho propio o de su familia, con los bienes recibidos de su amigo.

El Rey encomendaba a los Cancilleres estos asuntos ya que se consideraba a los "USOS" como derechos de equidad, o se pensaba que la actitud indebida de los "Prestanombres" infieles no implicaba una transgresión jurídica; de esta manera operaban en el sistema jurídico Inglés dos clases de Tribunales:

- 1.-Los constituidos por los Jueces de Derecho Común. (Regulados por Normas de Derecho Común cuya fuente es la costumbre).
- 2.-Los integrados por los Jueces de Derecho de Equidad. (Tribunales Especiales que aplicaban Normas de Equidad, cuya fuente es la Jurisprudencia).

Los Tribunales de Equidad intervenían para obligar a los fiduciarios o prestanombres infieles al cumplimiento de sus obligaciones morales.

A fines del siglo XV, el "USE" alcanzó categoría de Institución Jurídica al quedar bajo la Jurisdicción de dichos tribunales, los cuales protegían los intereses en juego.

Existen varios países que han tomado su fundamento en el Derecho Romano para establecer el Fideicomiso, entre los que se encuentran los siguientes:

CANADA.—En Canadá se presenta, aunque con la especial característica de que, aún aceptada la institución por Ley desde 1879 e incorporada actualmente a su Código Civil, ha encontrado dificultades para su aplicación práctica, debido a las influencias al mismo tiempo latina y anglosajona imperantes en ese país.

"Esta circunstancia es, sin duda, consecuencia de las diferencias que van de la mentalidad sajona a la latina; hay en la idea del "Trust" un cierto misticismo por la "fiducia" que conviene especialmente a la mentalidad Anglo-sajona, en tanto que el ciudadano de origen francés más individualista prefiere siempre una situación menos huidiza, de aristas más vivas, de contornos más acusados, que le parecen dejar menos lugar a la incertidumbre o a la arbitrariedad". (18)

El Código Civil de Québec, que en materia fiduciaria, se deriva de la Ley de 1879, introductora de la institución de este país, ha sido redactado en Inglés y Francés refiriéndose así a la fiducia en su Artículo 981-A "Toda persona capaz de disponer libremente de sus bienes puede transferir por donación o por testamento, bienes muebles o inmuebles fiduciarios, en beneficio de cualquier persona en cuyo favor puede válidamente efectuar donaciones o legados".

Como puede verse de esta referencia, el Código Civil de Québec, conservando un carácter marcadamente limita la fiducia a la finalidad de transmitir bienes solamente por donación o por testamento.

(18) Peirano Facio J. "El Trust en los Derechos Latinos". Revista de Derecho Jurisprudencia y Administración, Tomo 57, números 10, 11 y 12; Montevideo Uruguay. pág.244.

EL SALVADOR.--La República del Salvador adoptó el fideicomiso por ley del 12 de Noviembre de 1937. Esta Ley acepta la institución con lineamientos netamente romanistas, admitiendo, como de particular importancia, que puede haber fideicomiso cuando se cumplen actos distintos al desplazamiento de la propiedad, como ocurriría con la constitución de derechos tales como usufructo, uso o habitación, etc.

PUERTO RICO.--Incluyó en su legislación el fideicomiso por ley de 1928, que actualmente figura incorporada al Código Civil en los Artículos 834 y siguientes. No obstante que la legislación Puertorriqueña, por influencia de los Estados Unidos de Norteamérica, tiene una inspiración fundamentalmente anglo-sajona, ha adoptado el fideicomiso como un corte que se acerca más al Derecho Romano, pues ha seguido en su contenido y redacción a la mayor parte de los países latinoamericanos. Define al fideicomiso: "el fideicomiso es un mandato irrevocable a virtud del cual se transmiten determinados bienes a una persona, llamada fiduciario, para que disponga de ellos conforme lo ordena quien los transmite, llamada fideicomitente, a beneficio de este mismo o de un tercero, -- llamado fideicomisario". Artículo 334 del Código Civil de Puerto Rico. (19)

COLOMBIA.--En este país el fideicomiso se rige por la Ley 45 de 1923 que autoriza a los establecimientos bancarios a tener una sección facultada para ejecutar operaciones fiduciarias. Esta Ley llamada fideicomisario al sujeto de la relación fiduciaria -- que en la mayoría de las legislaciones, incluyendo la mexicana, se denomina fiduciario. Los lineamientos seguidos por esta ley tienen un fundamento claramente anglosajón, siendo de importancia la naturaleza jurídica que da el fideicomiso en su definición, -- que se encuentra redactada en el Artículo Séptimo en los siguientes términos:

- (19) Peirano Facio J. Ibidem. pág251 y Goldschmit Roberto Dr. -- "El Fideicomiso (Trust en el Derecho Comprado. (Especialmente Americano)". Buenos Aires, Ed.Arayu 152.

"Para los efectos de esta Ley, se entiende por fideicomiso todo en cargo de confianza de los en ella expresados, y por fideicomisario el individuo o entidad a quien se encomienda tal encargo". (20)

CHILE.-También en Chile se encuentran autorizados en los bancos, - departamentos de "Comisiones de Confianza", o sea secciones fiduciarias, de conformidad con la ley número 4827 de febrero de 1930. - Es de hacerse notar que en este país han tenido un especial incremento y desarrollo los negocios fiduciarios.

ARGENTINA.-En Argentina la institución existe desde el año de 1912 en la ley número 8875, generalmente llamada "Ley de Debentures", - palabra esta última tomada del idioma Inglés, se refiere la figura a valores bursátiles manejados bajo la responsabilidad de un fiduciario. Esta Ley, al igual que la colombiana, denomina fideicomisario a quien en la mayoría de las legislaciones se le da el nombre de fiduciario.

VENEZUELA.-La institución en este país es de las más adelantadas - en la Latinoamérica, pues se rige actualmente por la ley del 23 de Junio de 1956, en la que se le da un carácter netamente romanista. Cabe hacer notar que esta ley, por ser de las más recientes, contiene mayor perfección en sus términos, destacando por ello entre las existentes en Latinoamérica.

COSTA RICA.-En este país rige el fideicomiso por la ley bancaria - número 15, del 23 de Octubre de 1936, que dedica su Capítulo Tercero a regular la institución, denominándola "Comisión de Confianza".

(20) Alfaro J. Ricardo Dr. "Adaptación del Trust del Derecho Anglo-Sajón al Derecho Civil". En Cursos Monográficos de la Academia Interamericana de Derecho Comparado e Internacional. Volúmen-I, la Habana Cuba 1948 pág. 163.

Es relevante en esta ley la restricción que establece para la realización de operaciones de fideicomiso, pues dispone que solamente los bancos pueden ejercer funciones fiduciarias como síndicos o - controles de negocios y de operaciones bancarias, como liquidadores de sociedades mercantiles o de negocios privados que no esten en quiebra, y como representantes de tenedores de bonos o de - - acciones.

LOUISIANA. - Este Estado, único de la Unión Americana donde rige el Derecho Civil, expidió una ley completa y especial titulada "Trust-Estates Act", que es la ley 81 de 1938.

CAPITULO III
EL FIDUCIARIO MEXICANO,
SU FORMACION Y SU IMPORTANCIA.

FIDEICOMISO MEXICANO

1.-Origen y Evolución del Fideicomiso Mexicano.

Para darnos cuenta de la importancia que presenta en la actualidad el Fideicomiso Mexicano, es preciso conocer el desenvolvimiento que ha tenido; para tal efecto analizaremos a continuación los proyectos que dieron como resultado, la tipicación en nuestra legislación, del Fideicomiso.

Al iniciarse el presente siglo, con anticipación de unos veinticinco años antes de que se adoptara legalmente el fideicomiso en nuestro país, se habían utilizado una diversidad de formas del Trust - de importancia reconocida en el desarrollo económico de los Estados Unidos, mismos que se usaron como instrumentos de garantía en emisiones de bonos destinados a financiar la construcción de Ferrocarriles.

Es preciso citar el estudio del Sr. Don Emilio Velasco. "Los Instrumentos del Trust y los Ferrocarriles Nacionales". En él nos dice: "El desarrollo material de la República Mexicana ha exigido la inversión de cuantiosos capitales que casi en su totalidad han traído del extranjero, especialmente de los Estados Unidos y de Inglaterra. La forma que ha tomado la mayoría de esas inversiones es la de bonos hipotecarios, forma particularmente empleada para reunir los fondos que requería la construcción de los Ferrocarriles.

El estudio, pues, de las cuestiones jurídicas sobre las hipotecas que se constituyen en Ferrocarriles, ofrecen en las relaciones jurídicas internacionales de la República Mexicana una importancia excepcional".

Por su parte Oscar Rabasa expresa: "Pero el antecedente más notable de la aplicación del Trust o Fideicomiso Angloamericano, con efectos jurídicos en México... es indudablemente el caso de la constitución de los Ferrocarriles Nacionales de México y el convenio subsecuente para financiarla mediante la deuda contraída por -

los mismos Ferrocarriles, Mediante garantía de hipoteca otorgada en forma de Fideicomiso sobre todos sus bienes y derechos, aún los -- ubicados dentro del país...Así que, en la consolidación y fusión de los Ferrocarriles de México mediante emisión de bonos colocados en el extranjero, por vez primera se emplea expresamente el Trust o Fideicomiso Angloamericano celebrado el 29 de Febrero de 1908 por el gobierno y las mismas empresas Ferrocarrileras de México, con instituciones Fiduciarias Norteamericanas, que surte sus efectos dentro del país, gravando bienes raíces y muebles ubicados en él, a favor de los fiduciarios, como acreedores hipotecarios, y en beneficio de los tenedores de las obligaciones emitidas".

El mismo Oscar Rebase agrega "El Fideicomiso de los Romanos...que se originó como medio jurídico de evadir las numerosas incapacidades para suceder por testamento establecidas por la legislación de Roma, estuvo limitado exclusivamente a las gerencias y degeneró, finalmente, en el sistema de substituciones fideicomisarias, por medio de las cuales se vinculaba la propiedad a perpetuidad, en una serie de herederos sucesivos intituidos por los mismos testadores; lo que determinó por fin, la supresión definitiva de la institución, en -- Francia, por el Código Napoleón, en su artículo 896; en España por leyes del 27 de Septiembre de 1820 y las del 30 de Agosto de 1836; en Italia por su primer Código Civil, y en los demás países inclusi ve en México, por sus leyes derivadas de esas mismas fuentes".

Rebase continúa diciendo, "en México, el Fideicomiso Romano en su forma antieconómica de substitución fideicomisaria que producía la vinculación a perpetuidad de la propiedad, en manos de diversos herederos sucesivos, realmente nunca ha tenido existencia jurídica ni antes ni después de la Independencia. Las Cortes Españolas, por de creto de 27 de Septiembre los mayorazgos. fideicomisos y cualesquiera otra especie de vinculaciones de bienes muebles e inmuebles los cuales se declararon libres de tales limitaciones y prohibieron que en lo sucesivo se constituyeran ninguna de dichas Instituciones ni vinculaciones alguna sobre cualquier clase de bienes o derechos sin

que se vedara directa o indirectamente su enajenación. Esta Ley española publicada en la obra de DUBLAN y LOZANO como vigente en México, por haber dictado en época en que el país estaba sujeto a la legislación de la Madre Patria, abolió pues, desde el año de 1820, en nuestro medio legal el Fideicomiso Gradual o Familiar, y los Códigos Civiles, desde el primero de 1870, hasta las actuales que, siendo ya la nación independiente, sustituyeron en la República a los caducos ordenamientos españoles, a --- prescrito también las instituciones (debe decir sustituciones) - fideicomisarias, último vestigio del primitivo derecho romano -- puro. Así pues, la institución del fideicomiso, sea en su aspecto Romano o en su forma Anglosajona, no figuró en el sistema de leyes de México sino hasta el año de 1926, cuando aparece por -- vez primera en la Ley General de Instituciones de Crédito, el Fideicomiso de tipo Angloamericano".(1)

En efecto, como pudimos distinguir en lo expuesto anteriormente, en el Código Civil de 1870 quedaron definitivamente prohibidos - cualesquiera de las substituciones fideicomisarias de tipo romano. Este mismo criterio se aplicó el Código Civil de 1884, --- mismo que quedó reproducido íntegramente como el anterior. El - ordenamiento de 1884, "Permitió la substitución vulgar (el testador podía substituir al heredero o herederos instituidos, para el caso de que mueran antes que él, o de que no quisieran aceptar - la herencia), dejó la pupilar de manera que a los barones de menos de catorce años y a las mujeres menores de doce se les podía nombrar como sustituto al padre o al ascendiente bajo cuya patria potestad se hallaran para el caso en que fallecieran antes de la edad referida, y autorizaban también la ejemplar para que el ---

(1) Rabasa Oscar, "El Derecho Angloamericano". Est. Exp. y Compara-
do del Common Law.F.C.E. la Edición pág. 441, 442, 447 y -
448.

descendiente pudiera nombrar sustituto al descendiente mayor de edad que conforme a derecho, hubiera sido declarado incapaz por enajenación mental. Pero prohibió expresamente las sustituciones fideicomisarias y cualesquiera otra, diversas a las tres mencionadas"... (Arts. 3439, 3443, 3444 y 3448 del Código Civil y Territorio de la Baja California de fecha 31 de marzo de 1884).

"Finalmente, el Código Civil de 1928, prohíbe de un modo expreso - todas las sustituciones fideicomisarias y cualesquiera otras, inclusive la ejemplar y la pupila, reconocidas en los Códigos anteriores, dejando en pie la llamada vulgar". (Arts. 1472 y 1480 del Código Civil para el Distrito y Territorios Federales en materia común y para toda la República en materia federal de fecha 30 de Agosto de 1928).

Habiendo considerado lo manifestado anteriormente por algunos juristas del Derecho Romano y el Trust Anglosajón, así como lo que se implantó en nuestro Código Civil veremos ya en forma, el desarrollo que tuvo el Fideicomiso Mexicano, a través de los diferentes proyectos y leyes que trataron de reglamentar este mismo. - hasta su tipificación en la Ley General de Instituciones de Crédito y organizaciones Auxiliares.

Empezaremos por analizar el proyecto Limantour de fecha 21 de noviembre de 1905. El entonces Secretario de Hacienda, Sr. José Y. Limantour envió a la cámara de Diputados del Congreso de la Unión una iniciativa que facultaba al ejecutivo para que expidiera la ley por cuya virtud pudiera constituirse en la República "Instituciones Comerciales" encargadas de desempeñar las funciones de Agentes Fiduciarios. Dicho proyecto vino procedido de una amplia explicación de los motivos y las ventajas que tenía el establecimiento de estas Instituciones, mencionando también el gran desenvolvimiento que habían tenido en otros países.

Este proyecto Limantour nunca llegó a discutirse y mucho adquirió la categoría de Ley, pero "tienen mérito singular de constituir --

el primer intento legislativo en el mundo para adaptar el "Trust" a un sistema de tradición romanista. (1)

En él se mencionaba: "El fideicomiso importará un Derecho Real -- respecto a los bienes sobre los que se constituyan. La Ley definirá la naturaleza y efecto de ese derecho y los requisitos para hacerlos valer". (2)

En este proyecto estaban contenidos ocho artículos, mismos que -- disponían que el fideicomiso para el cual se autorizara la creación de dichas instituciones podrá consistir:

I.-"En el encargo hecho al fideicomisario, por virtud de contrato entre dos o más personas, de ejecutar cualesquiera actos, operaciones o contrato lícito respecto de bienes determinados para beneficio de alguna o de todas las partes en ese contrato, o de un tercero, o para hacer efectivos los derechos o -- cumplir las obligaciones creadas expresamente en el contrato -- que sean consecuencia legal del mismo";

II.-"En el encargo hecho al fideicomisario, por parte interesada o mandamiento judicial de ejecutar cualesquiera actos, operaciones o contratos lícitos respecto de bienes determinados en beneficio de un tercero que tenga o a quien se confiara derecho a una parte o a la totalidad de dichos bienes o de sus -- productos, o de cualquier ventaja o aprovechamiento sobre los mismos(art. 2o.). El fideicomiso importará un derecho real res -- pecto de los bienes sobre los que se constituyan. Y la Ley -- definirá la naturaleza y efectos de ese derecho y los requisi -- tos para hacerlo valer (artículo 3o.).

(1) Rebase Oscar, "El Derecho Angloamericano". Est. Exp. y comparado del Common Law. F.C.E. la Edición. pág. 441, 442, 447 y 448.

(2) Batiza Rodolfo, "El Fideicomiso, Teoría Práctica", Ed. Porrúa México 1958, pág. 98.

Para que una institución fideicomisaria pueda considerarse legalmente constituida, deberá llenar previamente los requisitos legales y ser autorizada por la Secretaría de Hacienda (artículo 4o.) En las concesiones que se otorguen para el establecimiento de -- Instituciones Fideicomisarias se podrá autorizar a estas e ejecutar los actos u operaciones que no sean legalmente incompatibles con sus funciones fundamentales (artículo 5o.). La Ley fijará -- los términos en que las compañías deban garantizar el fiel cumplimiento de sus obligaciones, así como los principios conformes a los cuales habrán de ser inspeccionados por la Secretaría de Hacienda, para asegurar los intereses del público (artículo 6o.). Podrán concederse exenciones y privilegios especiales en materia de impuestos a dichas compañías o instituciones y a las operaciones que ésta ejecuten, con los requisitos que establezca la -- la Ley (artículo 7o.). Se faculta al ejecutivo para que modifique la legislación civil, mercantil y de procedimientos, en los puntos en que ello sea estrictamente necesario para asegurar la función de las instituciones fideicomisarias y la firmeza de los contratos y actos que estén autorizados a ejecutar (artículo 8o.)"

En 1924 el Sr. Enrique C. Creel revive el movimiento iniciado en el proyecto Limantour algo más de dieciocho años antes. El Sr. Creel presentó un proyecto acerca de como funcionaban las Compañías Fiduciarias, refiriéndose al procedimiento que seguían en -- la práctica las Compañías en los Estados Unidos. En este Proyecto que fue presentado en la primera convención de la Asociación de Banqueros de México. el Sr. Creel proponía diecisiete bases -- conforme a las cuales el ejecutivo de la Unión pudiera expedir -- la Ley General, a saber:

Las compañías bancarias de fideicomisos y ahorro contarían con -- un capital de \$500,000.00 en el Distrito Federal y de \$250,000.00 en los Estados y Territorios (base I); dichas compañías podían: -- recibir hipotecas en garantía de los bonos que emitieran a nom-- bre de sociedades, corporaciones o particulares; encargarse del-

pago de cupones, de la amortización de bonos y de celebrar toda clase de contratos de fideicomiso (base II); ejecutar las funciones de albacea, administrador, tutor y síndico en los concursos (bases III y IV); servir como peritos valuadores de toda clase de bienes (base V); conservar en depósito y administración los bienes de incapacitados (base VI); recibir en guarda los contratos condicionales celebrados con empresas o particulares para su eventual cumplimiento (base VII); llevar libros de registro para la transmisión de acciones y bonos nominativos de toda clase de sociedades (base IX); expedir certificados sobre la validez de toda clase de títulos de propiedad (base X); llevar registros de capitales y notas del curso de los negocios para dar informes confidenciales a su clientela y al comercio en general (base XI); hacer toda clase de operaciones bancarias de depósito y descuentos y establecer cajas de ahorros (base XII y XIII), Concediéndose a las compañías, durante un lapso de veinticinco años, las franquicias señaladas en la Ley de Títulos de Crédito de 1897 (base XVII).

Este proyecto al igual que el anterior jamás fue sancionado --- como Ley; sin embargo, constituye otro valioso precedente, ya que algunas de sus disposiciones influyeron sobre la legislación posterior.

Fue hasta el año de 1924 en la Ley General de Instituciones de Crédito y Establecimientos Bancarios, cuando por primera vez en el Derecho Positivo se hizo referencia a la Institución del Fideicomiso. En esta Ley que tenía por objeto reglamentar a las Instituciones de Crédito quedaban comprendidos los bancos de fideicomiso, a los que sometían a un régimen la "Concesión Estatal", anunciando que los mismos se regirían por una ley especial que había de expedirse; como se desprende de los artículos que a continuación se transcriben:

"Artículo 73.-Que los bancos de fideicomiso sirven los intereses del Público en varias formas y principalmente los capitales

que se les confíen e interviniendo con la representación común de los suscriptores o tenedores hipotecarios al ser emitidos estos o durante el tiempo de su vigencia". (4)

"Artículo 74.-Los bancos de fideicomiso se registrarán por la ley especial que ha de expedirse". (5)

Con esta ley se inicia el desenvolvimiento legislativo sobre el fideicomiso en nuestro país, como hemos podido observar a través de este estudio, puesto que marca con ello un adelanto, porque -- aunque no reglamenta propiamente la institución, señala el camino para su posterior regulación.

Surgió, en el año de 1926. un nuevo proyecto que preparó el Lic. Jorge Vera Estañol mismo que fue presentado a la Secretaría de -- Hacienda, en el cual se transcribía una detallada descripción de las operaciones que los bancos de fideicomiso debían realizar. -- En términos mas amplios y detallados, este documento mantiene sustancialmente las ideas que formaron el proyecto de 1905 por lo -- que juzgamos innecesario entrar a su exámen. (6)

Este proyecto al igual que los otros no sirvió sino como futura -- fuente para la legislación posterior.

Del proyecto que presentó el jurista panameño, Dr. Ricardo J. Alfaro, quien con éste inspiró a nuestros juristas para la creación de la Ley de Bancos de Fideicomiso; "El Fideicomiso es un mandato irrevocable en virtud del cual se transmiten determinados bienes a una persona llamada fiduciario para que disponga de ellos confoy me lo ordena el que los transmite, llamado fideicomitente de un -- tercero llamado fideicomisario".

(4) Ley de Instituciones de Crédito y Establecimientos Bancarios -- de 1924 Art. 73

(5) Ley de Instituciones de Crédito y Establecimientos Bancarios -- de 1924 Art. 74.

(6) Batiza Rodolfo, "El Fideicomiso, Teoría y Práctica", Ed. Po-- rrua México 1958, pág. 89 a 93.

Considerando la importancia que tuvo el proyecto del Dr. Alfaro dentro de nuestra legislación, ya que como comentábamos influyó grandemente en nuestros juristas para que se creara la Ley de Bancos de Fideicomiso de 30 de Junio de 1926, publicada el 17 de Julio de ese mismo año, transcribio lo siguiente:

Art. 1o.- "Los Bancos de Fideicomiso tendrán por objeto principal y propio las operaciones por cuenta ajena y en favor de terceros, que autoriza esta ley y cuya ejecución se confia a su honradez y buena fe".

Como objeto secundario tenían el establecimiento de departamento de ahorros y la práctica de las operaciones de la banca de depósito y descuento con ciertas limitaciones. Pero es el artículo 6o. el de capital interés; dice así "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", y el artículo 14, agrega: "el banco fiduciario podrá ejecutar en cuanto a los bienes fideicomitidos, todas las acciones y derechos inherentes al dominio, aún cuando no se expresa en el acto constitutivo del fideicomiso; pero no podrá enajenar ni pignorar dichos bienes, a menos de tener facultada expresa, o de ser indispensables esos actos para la ejecución del fideicomiso".

Los artículos anteriores manifiestan en una forma general la organización y funcionamiento necesario para este tipo de bancos; por tal motivo no hemos considerado importante la totalidad de los artículos que se contemplan en esta ley que los manifestados engloben lo más importante.

Como vimos en líneas anteriores, los artículos correspondían a la Ley de Bancos de Fideicomiso del 30 de Junio; ahora exponemos lo que se refundió en la Ley General de Instituciones de --

de Crédito y Establecimientos Bancarios del 31 de Agosto de 1926 (se publicó hasta el 16 de Noviembre siguiente en el Diario Oficial) misma que la anterior, que se limitó a incorporar como parte de su texto el artículo íntegro de aquélla. (7)

Los primeros fideicomisos en México (al menos los de garantía) - fueron celebrados bajo la vigencia de esta ley.

Siguiendo la trayectoria de los antecedentes que dieron origen a la reglamentación del fideicomiso en nuestro país continuaremos mencionando las leyes que se precedieron; entre las que se encuentra la de fecha 29 de Julio de 1932 que es la Ley General de Instituciones de Crédito, que en principio conserva lo expresado en la ley de 1929 respecto al fideicomiso, aunque procurando, corregir los errores y lagunas más notorias.

Esta ley se publicó en el Diario Oficial el día 27 de Agosto del mismo año, y entró en vigor a partir del 15 de Septiembre de 1932.

Habiendo transcurrido un mes de promulgada la Ley General de Instituciones de Crédito aparece la Ley General de Títulos y Operaciones de crédito de 1932 vigente en la actualidad cuyo título - 2o. capítulo 5o. regula el fideicomiso.

Es importante subrayar que esta ley, corrigiendo los errores de la anterior legislación en cuanto a la esencia y contenido del fideicomiso, lo considera como un patrimonio de afectación (postura que más adelante se analizará) en contra-posición a la tesis del mandato irrevocable, se gún se desprende de su exposición de motivos y del artículo que lo define:

(7) Batiza Rodolfo, "El Fideicomiso, Teoría y práctica", Ed. Porrúa, México 1958, pág. 114.

"Aún cuando ello ofrece los peligros inherentes a la importación de Instituciones Jurídicas extrañas, la Ley de Títulos y Operaciones de Crédito reglamenta al fideicomiso, porque ya desde --- 1926 la Ley General de Instituciones de Crédito lo había aceptado, y porque su importancia sólida en México, en los límites de nuestro sistema Jurídico General permite, significará de fijo un enriquecimiento del caudal de medios y formas de trabajo de 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, circunscribe a ciertas personas la capacidad para efectuar como fiduciarias y establece las reglas indispensables para evitar los riesgos que con la prohibición absoluta de instituciones similares al fideicomiso, ha tratado de eludir siempre la legislación mexicana. Los fines sociales que el fideicomiso implícito llena en los países de organización jurídica diversa de la nuestra, -- pueden ser cumplidos aquí con notoria ventaja por el juego normal de otras instituciones jurídicas, mejor construídas. En cambio el fideicomiso expreso puede servir a propósitos que no se le lograrían sin él, por el juego normal de otras instituciones jurídicas o que exigirían una complicación extraordinaria en la contratación". (8)

"Artículo 346.- En virtud del fideicomiso, el fideicomitente destina ciertos bienes a la realización de un fin lícito determinado, encomendando la realización de ese fin a una institución fiduciaria". (9)

(8) Ley General de Títulos y Operaciones de crédito de 1932. - -
(Exp. de Motivos.

(9) Ley General de Títulos y Operaciones de Crédito de 1932. - -
Art.346.

Más tarde apareció la Ley General de Instituciones de Crédito y Organizaciones Auxiliares, fechada el 3 de Mayo de 1941, misma que fué abrogada por la Ley General de Organizaciones y Actividades Auxiliares de Crédito, de fecha 14 de Enero de 1985; la que omite por completo la reglamentación de la actividad fiduciaria.

La Ley General de Instituciones de Crédito y Organizaciones Auxiliares reglamentaba a las Instituciones Fiduciarias en los Artículos 44 a 46, 126, 127, 135 a 138 y 156, teniendo especial importancia la fracción "C" del inciso II del Artículo 45, pues mejorando el criterio de la Ley de Títulos y Operaciones de Crédito de 1932 sobre la naturaleza jurídica del Fideicomiso, consideraba al fiduciario como titular de los bienes del patrimonio de afectación que se crea por virtud del fideicomiso; el cual señalaba textualmente:

"Cuando se trate de operaciones de fideicomiso por la que la institución ejercite como titular derechos que le han sido transferidos con el fin de realizar un determinado fin".

La mencionada ley fué derogada por el Artículo Segundo Transitorio de la Ley Reglamentaria del Servicio Público de Banca y Crédito, publicada en el Diario Oficial el día 14 de Enero de 1985; vigente a la fecha al igual que la Ley General de Títulos y Operaciones de Crédito de 1932, viene a regular lo que la Ley General de Organizaciones y Actividades Auxiliares de Crédito había omitido.

A continuación transcribo alguno de los artículos más importantes de esta ley mediante la cual se regula la actividad que nos ocupa.

ARTICULO 30.-Las instituciones de crédito sólo podrán realizar las operaciones siguientes:

XV.-Practicar las operaciones de fideicomiso a que se refiere la Ley General de Títulos y Operaciones de Crédito, y llevar a cabo mandatos y comisiones.

ARTICULO 64.-En los fideicomisos que tengan por objeto el cumplimiento de obligaciones, se aplicará el procedimiento establecido por el-

artículo 341 de la Ley General de Títulos y Operaciones de Crédito, a petición del fiduciario, para dar cumplimiento a lo establecido en el acto constitutivo del fideicomiso o sus modificaciones.

ARTICULO 65.-Cuando la institución de crédito, al ser requerida, no rinda las cuentas de su gestión dentro de un plazo de quince días hábiles, o cuando sea declarada, por sentencia ejecutoriada, culpable de las pérdidas o menoscabo que sufran los bienes dados en fideicomiso o responsable de esas pérdidas o menoscabo por negligencia grave, procederá su remoción como fiduciaria.

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

En caso de renuncia o remoción se estará a lo dispuesto en el párrafo final del artículo 350 de la Ley General de Títulos y Operaciones de Crédito.

ARTICULO 66.-Cuando se trate de operaciones de fideicomiso que constituya el Gobierno Federal o que el mismo, para los efectos de este artículo, declare de interés público a través de la Secretaría de Hacienda y Crédito Público, no será aplicable el plazo que establece la fracción III del artículo 359 de la Ley General de Títulos y Operaciones de Crédito.

ARTICULO 95.-Los usuarios del servicio público de banca y crédito podrán, a su elección, presentar sus reclamaciones ante la Comisión Nacional Bancaria y de Seguros, o hacer valer sus derechos ante los tribunales competentes de la Federación o del orden común. Las instituciones de crédito estarán obligadas, en su

artículo 341 de la Ley General de Títulos y Operaciones de Crédito, a petición del fiduciario, para dar cumplimiento a lo establecido en el acto constitutivo del fideicomiso o sus modificaciones.

ARTICULO 65.-Cuando la institución de crédito, al ser requerida, no rinda las cuentas de su gestión dentro de un plazo de quince días hábiles, o cuando sea declarada, por sentencia ejecutoriada, culpable de las pérdidas o menoscabo que sufran los bienes dados en fideicomiso o responsable de esas pérdidas o menoscabo por negligencia grave, procederá su remoción como fiduciaria.

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

En caso de renuncia o remoción se estará a lo dispuesto en el párrafo final del artículo 350 de la Ley General de Títulos y Operaciones de Crédito.

ARTICULO 66.-Cuando se trate de operaciones de fideicomiso que constituya el Gobierno Federal o que el mismo, para los efectos de este artículo, declare de interés público a través de la Secretaría de Hacienda y Crédito Público, no será aplicable el plazo que establece la fracción III del artículo 359 de la Ley General de Títulos y Operaciones de Crédito.

ARTICULO 95.-Los usuarios del servicio público de banca y crédito podrán, a su elección, presentar sus reclamaciones ante la Comisión Nacional Bancaria y de Seguros, o hacer valer sus derechos ante los tribunales competentes de la Federación o del orden común. Las instituciones de crédito estarán obligadas, en su

caso, a someterse al procedimiento de conciliación a que se refiere el artículo siguiente.

En el caso en que las reclamaciones se presenten ante la Comisión Nacional Bancaria y de Seguros, ésta conciliará y, en su caso, resolverá las diferencias que se susciten entre las instituciones - de crédito y los usuarios del servicio público de banca y crédito, derivadas de la realización de operaciones y de la prestación de servicios bancarios. Tratándose de diferencias que surjan respecto al cumplimiento de fideicomisos, sólo conocerá de las reclamaciones que presenten los fideicomitentes o fideicomisarios en contra de los fiduciarios.

La sola presentación de la reclamación que se prevé en este artículo, interrumpe la prescripción.

El primer lustro de la década de los '80, tuvo un cambio significativo en materia legislativa, ya que, a raíz del Decreto Presidencial que revocó la concesión de la banca privada, publicado en el Diario Oficial de la Federación los días 1 y 2 de Septiembre de 1982, se expropiaron los bienes muebles e inmuebles de la Banca, retomando dicho servicio público el estado. El mencionado Decreto - resultó notoriamente anticonstitucional, rompiendo el orden jurídico, por lo que para restablecerlo fué obligado a reformar nuestra Carta Magna; y con ello se constata la arbitrariedad del Estado. Por lo que se modificó el Artículo 28, que a la letra dice:

"En los Estados Unidos Mexicanos quedan prohibidos los monopolios, las prácticas monopólicas, los estancos y las exenciones de impuestos en los términos y condiciones que fijan las leyes. El mismo tratamiento se dará a las prohibiciones a títulos de protección a la industria. . .

Se exceptúa también de lo previsto en la primera parte del primer párrafo de este artículo la prestación del servicio público de banca y de crédito. Este servicio será prestado exclusivamente -

por el Estado a través de instituciones, en los términos que establezca la correspondiente ley reglamentaria, la que también determinará las garantías que protejan los intereses del público y el funcionamiento de aquéllas en apoyo de las políticas de desarrollo nacional. El Servicio público de banca y crédito no será objeto de concesión a particulares".

De esta manera, se nota claramente que el fiduciario, que anteriormente fué una institución concesionada por la Secretaría de Hacienda y Crédito Público, deja de serlo, para ser prestado dicho servicio fiduciario por el gobierno, a través de las instituciones expropiadas.

Así mismo, por virtud del Decreto emitido por el Ejecutivo Federal el 26 de Agosto de 1983, publicado el 29 del mismo mes y año y con vigor a partir del 31 de Agosto de 1983, se estableció que con fundamento en la Ley Reglamentaria del Servicio Público de banca y crédito, se fusionan diversas instituciones y las fusionantes se transforman de sociedades anónimas a sociedades nacionales de crédito, variando su personalidad y su patrimonio.

Después de esta breve redacción histórica y más que nada legislativa sobre el fideicomiso Mexicano en la que nos hemos adentrado a la utilización de esta figura jurídica en la historia de nuestro país, pasaremos ahora a analizar los elementos que intervienen, para tener el concepto más amplio y así dejar una visión más exacta de su funcionamiento.

= ELEMENTOS DEL FIDEICOMISO -

Los elementos que intervienen en el fideicomiso son el fideicomitente, el fiduciario y el fideicomisario o Beneficiario. Algunos autores como Alfaro sostenían que si faltase algunas de las partes enunciadas anteriormente no se podía constituir un fideicomiso, aclarando que dada una de estas partes puede constar de - - - -

una o de más personas, y así como dos o más individuos pueden conjuntamente ser fideicomitentes, así también pueden designarse dos ó más fiduciarios. (10)

La afirmación de que por falta de una de las partes no puede haber Fideicomiso, como lo veremos no es válida para nuestro derecho.

De lo anterior desglosaremos cada uno de los elementos del Fideicomiso:

ELEMENTOS PERSONALES.-En el Fideicomiso como vimos en líneas anteriores intervienen tres partes, el Fideicomitente, el Fiduciario y el Fideicomisario.

MATERIA.-Es el conjunto de los bienes o derechos que el fideicomitente transmite al fiduciario para la realización de los fines estipulados. Puede ser materia del fideicomiso toda clase de bienes y derechos, con la única limitación de que los bienes estén dentro del comercio y los derechos puedan ser transmisibles.

FINES.-Los fines del fideicomiso los determina el fideicomitente en beneficio de un tercero que es el fideicomisario. Los fines pueden ser limitados, con tal de que sean lícitos, posibles y determinados.

FORMA.-Los elementos formales son las diversas manifestaciones externas con las que se puede expresar el fideicomiso.

Pasaremos a analizar a cada uno de los elementos Personales que intervienen en un fideicomiso.

(10) Alvaro J. Ricardo. "Adaptación del Trust del Derecho Anglosajón al Derecho Civil".-Cursos Monográficos-, la Habana, 1948.

- 1o.-Fideicomitente, es la persona titular de los bienes o derechos, que transmite a la Fiduciaria, para el cumplimiento de una finalidad lícita, y desde luego debe tener la capacidad Jurídica para obligarse y para disponer de los bienes.
- 2o.-Fiduciario, es la Institución de Crédito que tiene concesión de la Secretaría de Hacienda y Crédito Público, para actuar como tal.
- 3o.-Fideicomisario, es la persona que recibe el beneficio (no siempre existe), del fideicomiso, o la que recibe los remanentes -- una vez cumplida la finalidad.

Pueden existir en un fideicomiso desde un punto de vista teórico, -- diversos fideicomitentes y diversos fideicomisarios. (11)

Veremos ahora quienes pueden ser fideicomitentes. Nuestra Ley General de Títulos y Operaciones de Crédito, nos dice en su artículo -- 349, que pueden ser fideicomitentes "Las personas físicas o Jurídicas que tengan la capacidad necesaria para hacer la afectación de -- bienes que el fideicomiso implica".

También pueden ser fideicomitentes las autoridades Judiciales o Administrativas, en vista de que el mismo artículo 349 permite que -- puedan serlo siempre y cuando los bienes que vayan a ser la materia del fideicomiso estén bajo su guarda, conservación o administración, o bien que corresponda a dichas autoridades su liquidación reparto o enajenación

(11) Acosta Romero, Miguel. "Derecho Bancario" Ed. Porrúa la Ed. -- México, 1978.

Derechos y Obligaciones del Fideicomitente

- 1) Reservarse los derechos que estime pertinentes en el acto constitutivo.
- 2) Designar a uno, o, varios fideicomisarios.
- 3) Nombrar Comité Técnico.
- 4) Modificar el fideicomiso, si se reservó ese derecho.
- 5) Requerir cuentas al fiduciario.
- 6) Transmitir sus derechos de fideicomitente (Si se reservó esa facultad).
- 7) Revocar o terminar el fideicomiso (Si se reservó ese derecho).
- 8) Derecho a que le sean devueltos los bienes dados en fideicomiso en caso de imposibilidad de ejecución, o que se le entreguen los remanentes, una vez ejecutados el fideicomiso.

Obligaciones del Fideicomitente.

- 1) Pagar gastos que origine la constitución del fideicomiso.
- 2) Pagar los honorarios fiduciarios.
- 3) En caso de que se transmitan inmuebles, estará obligado al saneamiento en caso de evicción.
- 4) Colaborar con el fiduciario al cumplimiento del fin, cuando para ello es necesario dicha colaboración

...

Obligaciones de los Fiduciarios

- 1) Ceñirse y ajustarse a los términos del contrato constitutivo para cumplir la finalidad.
- 2) Conservar y mantener los bienes.
- 3) Llevar contabilidad por separado, para cada fideicomiso.
- 4) Cumplir las obligaciones fiscales derivadas del fideicomiso.
- 5) Realizar sus actividades a través de un delegado fiduciario; únicamente podrán delegarse aquellas funciones que se consideren secundarias que no impliquen facultada de mando, decisiones o actos discrecionales . (12)
- 6) Guardar el secreto fiduciario, que es más estricto que el secreto bancario en general.
- 7) Presentar y rendir cuentas.
- 8) Invertir los fondos no destinados en valores aprobados por el Banco De México.
- 9) Acatar las órdenes del Comité, cuando exista éste.

Facultades del Fiduciario

- 1.-Aceptar o no el fideicomiso.
- 2.-Que le señale el acto constitutivo y que pueden ser para regular actos de dominio, para enajenar, permutar, transferir propiedad, administrar u obtener créditos y gravar, en su caso, arrendar y realizar reparaciones y mejoras.

(12) Circular No. 57 de 16 de Noviembre de 1966, de la Comisión Nacional Bancaria y de Seguros.

- 3) Disponer lo necesario para la conservación del patrimonio.
- 4) Actuar en los juicios relativos al fideicomiso y otorgar en ellos mandatos para pleitos y cobranzas.
- 5) Tiene facultades para cobrar desde luego, sus honorarios y para erogar los gastos inherentes al fideicomiso.

Derechos y Obligaciones del Fideicomisario

- 1) Están limitados por el acto constitutivo, En principio tiene derecho a recibir los rendimientos, o los remanentes, que queden a la extinción del fideicomiso, salvo pacto en contrario.
- 2) Derecho a exigir rendición de cuentas.
- 3) Derecho a modificar el fideicomiso, si es irrevocable por parte del fideicomitente.
- 4) Facultad para transferir sus derechos de fideicomisario.
- 5) Derecho a revocar, y dar por terminado anticipadamente, el fideicomiso si así se previene en el acto constitutivo.
- 6) Obligación de pagar los impuestos, derechos y multas que se causen con la ejecución del fideicomiso.
- 7) Obligación de pagar los gastos que se causen en la ejecución.
- 8) Obligación de pagar los honorarios fiduciarios.

Dentro de los elementos del fideicomiso están la MATERIA que es parte esencial en un contrato de este tipo. Puede ser materia de fideicomiso cualquier clase de bienes, o derechos, con tal que dichos bienes se encuentren dentro del comercio y los derechos no sean de ejercicio personalísimo y por lo tanto intransmisibles; es necesario que la titularidad de esos bienes y derechos no se encuentren

efectos a un derecho de tercero. (13)

También es preciso determinar que es un FIN del fideicomiso la -- actividad jurídica que realiza el fiduciario, por instrucciones -- del fideicomitente, a través del ejercicio obligatorio de los derechos que le transmite dicho fideicomitente. (14)

- FUNCIONES DEL FIDEICOMISO MEXICANO -

Es preciso hacer alguna referencia de la aplicación que ha tenido el fideicomiso en la práctica Bancaria Mexicana.

El Fideicomiso de Garantía es uno de lo más comunes en su uso ya que se ha utilizado como substituto de la hipoteca. En un contrato de mutuo, se garantiza la devolución del préstamo con una finca, y para evitar el Juicio Hipotecario, la finca se entrega en fideicomiso a un banco.

En este caso existe un traslado de dominio para asegurar el pago del crédito mediante la venta de la finca, en caso de que el deudor no pague.

La facultad que se pretende conceder al banco, para ejecutar la venta del bien dado en garantía en caso de que el deudor no pague, no se ajusta a nuestro sistema constitucional, ya que se trata de una distribución Jurisdiccional. Si el deudor no demuestre el pago; pero tiene excepciones que oponer a su acreedor, el banco no puede estar capacitado para juzgar y decidir la controversia. -- Por lo que debería establecerse un procedimiento judicial que regule los principios de nuestra estructura constitucional.

(13) Ley General de Títulos y Operación de Crédito de 1932. Art. 351

(14) Villagordoza Lozano, José M. "Doctrina General del Fideicomiso", A.B. México 1976, pág 189

Se ha usado también el fideicomiso para evitar las molestias de los juicios sucesorios. Una persona de edad avanzada constituye un fideicomiso y entrega al banco fiduciario, para que éste los administre y entregue sus productos al propio fideicomitente, que tendrá el carácter de fideicomisario y para que, a la muerte de él se titulen los bienes fideicomitados a las personas que en el acto constitutivo se designen.

En fraccionamientos urbanos se ha usado el fideicomiso para que el fiduciario se encargue de titular a los adquirientes de lotes, - - cuando estos hayan terminado de pagar los respectivos precios.

Se ha encomendado la administración de fincas, en el llamado fideicomiso de administración.

Por medio del fideicomiso se han formado fondos fiduciarios comunes para la creación de certificados de participación.

Para dejar más claro el punto anterior en el cual nos referimos a las funciones que puede realizar cualquier sujeto que tenga capacidad para la constitución de un fideicomiso, expondremos a continuación un ejemplo: Un señor llamado Juan, inválido de 50 años, dueño de dos vecindades muy antiguas. Juan al paso de la vida procreó dos hijos Juan José quien era el hijo derrochador de la familia y Amalia quien padece de mente-capti. Las vecindades no redituaban el costo que debían por su mala calidad y el estado en que se encontraban. Juan, ante esta situación decide constituir un fideicomiso y traslada al banco la titularidad de los inmuebles para los siguientes fines:

a) Otorga al banco la facultad de vender una de las vecindades que se encontraban en mal estado;

- b) Demolería la otra vecindad y con el producto de la primera, in demnizaría a los inquilinos que viven en ésta y construiría en el terreno un edificio moderno que redituara mayores utilida-- des;
- c) En el supuesto de que con el efectivo que recibiere por la ven te de la primera vecindad no alcanzara para realizar los pro-- yectos del punto anterior, se contraería un crédito hipoteca-- rio, con creación de cédulas, sobre el edificio nuevo;
- d) Una vez terminado el edificio, el banco se encargaría de su ad ministración y los productos que se generen se destinarían de la siguiente manera:
- I.-Invertirá una parte en valores de renta fija al mayor rendi-- miento del mercado de los aprobados por el Banco de México;
- II.-Los rendimientos que se generen de la inversión se utilizaran para:
- 1) Cubrir los pagos del crédito hipotecario;
 - 2) Pagar gastos de hospitalización y gastos médicos de su hija -- Amalia;
 - 3) Entregaré una mensualidad a Juan José para sufragar sus gastos.
 - 4) Pagar las primas de seguros y contratos de capitalización del-- fideicomitente;
 - 5) Pagar al Banco los gastos de administración;
 - 6) Pagar los honorarios al Banco por manejo del fideicomiso.
 - 7) El efectivo que sobrara se acreditaría mensualmente a la cuen-- ta de cheques del fideicomitente;

- e) En caso de fallecimiento del fideicomitente el banco siguiendo instrucciones de éste seguirá cumpliendo las finalidades que se hubiesen pactado.
- f) Al morir el último de los fideicomisarios el banco venderá el bien inmueble y los remanentes de los productos se le entregarán a quien designe el fideicomitente cuando se constituya el contrato.

- CLASIFICACION DEL FIDEICOMISO -

Después de haber hecho un análisis de los "Elementos Esenciales" que intervienen en la creación del fideicomiso, así como las funciones de éste es necesario clasificar el fideicomiso, dependiendo de las diversas variantes que presenta, para obtener como resultado las múltiples formas en que se puede utilizar.

Empezamos por analizar los puntos básicos, para después clasificarlos de acuerdo a su utilización.

Existen los fideicomisos que se pueden manifestar de dos formas - ya sea expresa o bien, tácita; según sea que se manifieste en forma indubitable la voluntad o derive de algún acto en forma tácita.

Además de la manifestación puede pactarse que sea a título oneroso o a título gratuito; según se trate de que devengue el fiduciario, o no; o en su caso, de que en relación con la transmisión de bienes ésta, sea o no gratuita.

También suele dividirse en público y privado; público será aquel en el que intervengan instituciones gubernamentales, obtenga por objeto bienes del gobierno federal, o realizar actividades de interés público. Privado es aquel que se celebra exclusivamente entre particulares.

No podemos pasar por alto la clasificación de los fideicomisos revocables e irrevocables. Es revocable, cuando el fideicomitente constituye un fideicomiso en el que tiene la facultad de reservarse el derecho de revocar o modificar el fideicomiso; la revocabilidad es consecuencia del acto gratuito.

Cuando los motivos provienen de causas que asemejan el fideicomiso a un contrato oneroso, o sea, cuando el fideicomitente ha recibido o recibirá una contra-prestación motivada por esa causa, dicho fideicomitente no tiene derecho a revocarlo o modificarlo, porque lesionarían los derechos del fideicomisario. (15)

La clasificación mas general del fideicomiso, la asentaremos en líneas mas adelante tomando como base los puntos básicos que señalamos anteriormente, y será tomando como base la actuación del fiduciario para la correcta aplicación de los fines. Partiendo de esto podemos clasificar al fideicomiso de la siguiente manera:

- a) Fideicomisos Traslativos de Dominio.
- b) Fideicomisos de Garantía.
- c) Fideicomisos de Administración.

Esta clasificación contempla a los contratos fiduciarios que se realizan en función a los fines mismos que en la práctica se pueden adecuar a las mas diversas actividades de cada fideicomiso.

A continuación estudiaremos esta clasificación del fideicomiso considerando las funciones propias del fiduciario.

- a) Fideicomisos Traslativos de Dominio.-Son aquellos cuya finalidad es que el fiduciario transmita la titularidad de los bienes o derechos fideicomitados al fideicomisario o a la persona que éste señale, una vez que se hayan reunido los requisitos previamente establecidos.

Los fideicomisos Traslativos funcionan en los casos en que se presenta alguna dificultad de carácter legal o de tipo práctico para que se pueda realizar la operación mediante las formas tradicionales de los negocios jurídicos traslativos; tales como la compra-venta, la donación o la aportación de un socio a una sociedad.

b) Fideicomisos de Garantía.-Este tipo de fideicomisos transmite al fiduciario la titularidad de ciertos bienes o derechos, para asegurar el cumplimiento de una obligación que es a cargo del fideicomitente.

El fin principal en estos fideicomisos es el de garantizar una obligación, el fideicomitente puede reservarse el uso y goce de los bienes fideicomitados, En estos casos de reserva, se pacta que el fideicomitente pierde los derechos en el supuesto de que no cumpla con su obligación principal.

Si el fideicomitente deudor cumple con la obligación garantizada, se extingue el fideicomiso y el fiduciario devolverá los bienes o derechos fideicomitados, al propio fideicomitente.

c) Fideicomisos de Administración.-Son aquellos en virtud de los cuales se transmiten al fiduciario determinados bienes o derechos, para que dicho fiduciario proceda a efectuar las operaciones de guarda, conservación o cobro, de los productos de los bienes fideicomitados que le señale el fideicomitente, entregando los productos o beneficios al fideicomisario.

En este tipo de fideicomisos se consideran dos actividades fundamentales y que muy comunmente en la práctica:

1.-La actividad de inversión que consiste en que el fiduciario adquiere con cargo al patrimonio fideicomitado, los bienes que le señale el fideicomitente.

2:--La actividad de administración propiamente dicha, que consiste en que el fiduciario, como titular del patrimonio del fideicomiso, se encargue de la guarda y conservación de los bienes -- que integran dicho patrimonio, efectuó el cobro de los productos y transmita dichos productos al fideicomisario.

Clasificaremos ahora los fideicomisos en función de la naturaleza formal. *Vimos anteriormente que el fideicomiso siempre debe constar por escrito según establece el artículo 352 de la Ley General de Títulos y Operaciones de Crédito.* Entre los que se encuentran los fideicomisos Testamentarios, los Contratos Condicionales, los Mandatos y Comisiones, las Comisarias, la Representación de Ausentes e Ignorados, las Tutelas, las Curatelas, los Albaceazgos, etc.

Analizaremos de todos estos el que consideramos más importante -- que es el Fideicomiso Testamentario, que debido a su utilización, al paso del tiempo, sigue siendo considerado como uno de los negocios típicos en nuestro derecho.

Los fideicomisos testamentarios son operaciones fiduciarias, mediante las cuales las personas al expresar su voluntad por medio de testamento para disponer de sus bienes después de su fallecimiento, establecen que llegado este último, se otorgue fideicomiso en virtud del cual su patrimonio existente a esa fecha sea -- entregado al fiduciario, para que este lo administre y transmita a los herederos designados conforme a las estipulaciones que establece el propio testamento.

Por lo que se refiere a su aspecto formal es oportuno hacer notar que este tipo de fideicomisos deben sujetarse a las formas establecidas por el derecho común para los testamentos.

Si analizamos estos fideicomisos desde el punto de vista de su -- finalidad nos encontramos que en todo caso se trata de fideicomisos de administración, en vista de que el fiduciario con la titularidad de los bienes y derechos fideicomitados, procede a la in-

versión del dinero efectivo que forma parte del acervo del fideicomiso, así como la guarda y conservación de los demás bienes, - hasta que proceda a la transmisión de dichos bienes y derechos a los fideicomisarios por ocurrir la extinción del fideicomiso.

-EXTINCION DEL FIDEICOMISO -

El fideicomiso puede extinguirse por las causas enumeradas en el artículo 357 de la Ley General de Títulos y Operaciones de Crédito:

- 1) Por vencimiento del plazo, el cual no puede exceder de 30 años, tratándose de fideicomisos públicos, por su naturaleza puede variar el término.
- 2) Por convenio entre las partes.
- 3) Por revocación anticipada del fideicomitente o del fideicomisario, si se previó en el acto constitutivo.
- 4) Por hacerse imposible el cumplimiento del fin.
- 5) Por desaparecer el patrimonio fiduciario.
- 6) Por renuncia o remoción del fiduciario.
- 7) Por quiebra o liquidación del fiduciario.
- 8) Por haberse cumplido la finalidad.

SIMILITUDES Y DISCREPANCIAS DE LOS FIDEICOMISOS
ROMANO Y MEXICANO

Analizando el desarrollo del Fideicomiso en los Capítulos anteriores, es importante ahora, hacer una recapitulación para darnos cuenta y tener presente que el Fideicomiso Mexicano tiene puntos de comparación y proveniencia del Derecho Romano, supuesto de que formamos parte de la familia Romanista. Aunque también es de notarse que difiere en algunos puntos semánticos para acercarse más al "USE" o TRUST ANGLOSAJÓN, considerando que por ser el que introdujo el Fideicomiso en México lo hace a su manera, como es natural.

Afortunadamente el Derecho evoluciona, no con el mismo ritmo de la evolución social de donde nace y rige este Derecho, pero sí el tema de nuestro estudio ha evolucionado, y su reglamentación ya no es sólo anglosajona como tampoco lo es puramente romano ni hispánica, ya que ni los glosadores hicieron tanto incapié en la propagación y penetración de esta figura jurídica de período clásico del Derecho Romano, dejándolo como una práctica más de las necesidades de las familias en la posteridad.

Iniciemos haciendo una comparación de las definiciones.

En el Derecho Romano, los jurisconsultos consideraron al fideicomiso como: "Acto de voluntad unilateral y revocable, en el que una persona rogaba a un heredero que hiciera algo a su favor para beneficio de una tercera persona".

En nuestro Derecho vigente de acuerdo a la Ley General de Títulos y Operaciones de Crédito, y conforme a los tratadistas de esta materia se puede considerar el concepto del Fideicomiso actual de la siguiente manera: "En virtud del Fideicomiso destina ciertos bienes a un fin lícito determinado, encomendando la realización de ese fin a una Institución Fiduciaria".

Tampoco podemos olvidarnos de conceptualizar el "Trust Anglosajón", ya que en mucho ha influido en el desarrollo del Fideicomiso Mexicano. Por lo tanto se puede definir el "Trust Anglosajón", en su forma más general así: "Consiste en la transmisión de tierras realizadas por acto entre vivos o por testamento a favor de un prestatom--bre quien queda obligado a poseer la titularidad de las tierras - para provecho de un tercero o beneficiario".

Estas tres formas de Fideicomiso coinciden fundamentalmente entre - otras, en que:

- 1.-Se puede constituir para el logro de cualquier finalidad que no sea ilegal o contraria a la política pública.
- 2.-En los tres casos, son elementos personales de la relación jurídica: El transmisor de Bienes; el receptor y el beneficiario de los mismos.
- 3.-En todas estas figuras el Fiduciario tiene el título de disposición de los bienes.
- 4.-Son el instrumento jurídico más flexible y elástico que se conoce en el Derecho de estos pueblos; pues en el mismo pueden confluir y armonizarse distintas figuras jurídicas, encaminadas - todas ellas al logro de finalidades de muy distinta índole.
- 5.-Estas figuras hacen gravitar su fuerza negociel en la confianza depositada en una persona a quien se le transmite la propiedad o titularidad legal de bienes o derechos, en beneficio de un tercero.

Analizaremos ahora, los elementos, conforme a los cuales consideramos que tanto el Fideicomiso Romano como el Fideicomiso Mexicano -- utilizan la misma terminología, como puede constatare por los Artículos de la Ley.

En Roma la persona indicada para constituir el Fideicomiso conforme a las Leyes Romanas, principalmente en lo referente a la Sucesión Testamentaria era el testador, es decir, aquella persona "Sui Juris" que tenía la "Testamenti Factio Activa", y que podía disponer libremente de los bienes con las limitaciones que las mismas Normas Romanas le imponían.

En nuestra actual legislación, los artículos 346 y 349 de la Ley General de Títulos y Operaciones de Crédito nos dicen: "En virtud del Fideicomiso, el Fideicomitente destina ciertos bienes a un fin lícito determinado...".

"Sólo pueden ser Fideicomitentes las personas físicas...que tengan la capacidad necesaria para hacer la afectación de bienes que el Fideicomiso implica...".

Con esta referencia se indica claramente la semejanza que existe entre el Derecho Romano y el Derecho Mexicano con respecto al Fideicomitente.

En Roma, la regla general era que sólo podían ser Fiduciarios los - Herederos, Legatarios, Fideicomisarios y los Donatarios mortis - causa; es decir personas físicas.

En México, sólo pueden ser Fiduciarios las Instituciones de Crédito reglamentadas para realizar operaciones de Fideicomiso.

Aquí distinguimos una diferencia, misma que por sí sola se explica - es decir, en Roma el Fiduciario era una persona física, en México, solamente pueden serlo Instituciones Bancarias autorizadas, por la sencilla razón que en Roma no existían bancos.

El Fideicomisario, en Roma, podía serlo cualquier persona física o moral; en México, al igual que en Roma puede serlo cualquier persona física o jurídica.

Habiendo hecho la comparación de los elementos y para continuar con esta exposición, veremos, las funciones de éstos, en su respectiva legislación.

- COMPARACION DE FUNCIONES DE LOS ELEMENTOS -

Con la intención de hacer más claro el desarrollo de este trabajo, considero necesario examinar las funciones de los elementos que integran el Fideicomiso.

En Roma, sólo podían ser Fideicomitentes las personas con capacidad para heredar sus bienes gravándolos en un Fideicomiso. En otras palabras debían tener la "Testamenti Activa".

El Fideicomitente podía designar uno o más herederos Fiduciarios para que conjunta o sucesivamente desempeñaran el Fideicomiso.

El Fideicomitente podía designar uno o varios Fideicomisarios.

El Fideicomitente podía dejar el Fideicomiso sujeto a condiciones o sin ellas.

Podía señalar término para la entrega del Patrimonio.

Podía facultar al Fiduciario para adquirir o sustituir bienes de la herencia Fideicomisaria.

Podía revocar y extinguir el Fideicomiso en cualquier tiempo durante su vida.

En México, sólo las personas con capacidad para afectar bienes en Fideicomiso pueden ser Fideicomitentes. Lo que encontramos plasmado en el Artículo 349 de la Ley General de Títulos y Operaciones de Crédito.

El Artículo 350 de la Ley General de Títulos y Operaciones de Crédito dice que el Fideicomitente podrá designar varias Instituciones Fiduciarias para que conjunta o sucesivamente desempeñen el Fideicomiso,-

estableciendo el orden y las condiciones en que hayan de sustituirse. Salvo lo dispuesto en el acto constitutivo del Fideicomiso, es decir, cuando la Institución Fiduciaria no acepte, o por renuncia o remoción cese en el desempeño de su cargo, deberá nombrarse otra para que la substituya o si no fuere posible esta substitución cesará el Fideicomiso.

Así como también el Artículo 357 Fracc. III de la Ley General de Títulos y Operaciones de Crédito, señala plazo para la ejecución del Fideicomiso.

Y por último el Artículo 357 de la Ley General de Títulos y Operaciones de Crédito, señala que el Fideicomitente puede extinguir o revocar el Fideicomiso siempre que se haya reservado esa facultad.

Veremos ahora la situación que presentaba el Fiduciario en Roma y lo compararemos de igual forma que la anterior con las actuales funciones del Fiduciario Mexicano, mismos que se encuentran enmarcados en nuestra legislación

En Roma, la facultad de designar uno o varios herederos fiduciarios en partes iguales o desiguales para el desempeño conjunto o sucesivo del Fideicomiso, asistía al Testador Fideicomitente.

El Heredero Fiduciario gravado podía no aceptar la herencia Fiduciaria y ésto daba lugar a la extinción del Fideicomiso.

El Heredero Fiduciario deberá realizar el Fideicomiso conforme a la voluntad del Fideicomitente y como Heredero (propietario) le asistirán todos los derechos y acciones que asistían al "de cujus".

El Fiduciario responde de la culpa grave o negligencia por la pérdida de los bienes a él confiados.

El Fideicomitente puede designar fiduciario, indicando su nombre propio, o simplemente a sus legítimos herederos que sin mencionarles resulten Fiduciarios

En México, habrá que remitirse nuevamente a la Ley General de Títulos y Operaciones de Crédito, que en su artículo 350 1a. fracción-- nos señala que la designación del Fiduciario asiste al Fideicom-- tente e inclusive puede designar varios para el desempeño conjunto o sucesivo del Fideicomiso.

El Fiduciario puede no aceptar la designación, o renunciar al cargo por causa grave, salvo lo dispuesto en el acto constitutivo. -- Cuando no acepte o renuncie, se designará otro, y si no se logra, -- el Fideicomiso cesará según lo dispuesto en los artículos 350 y -- 356 de la Ley General de Títulos y Operaciones de Crédito.

Fiduciario debe realizar el Fideicomiso conforme al acto constitutivo y al efecto tendrá todos los derechos y acciones que se re--- quieren para su cumplimiento, como lo encontramos en el artículo - 356 de la ya mencionada Ley. Al mismo tiempo de que es responsa-- ble de las pérdidas o monoscabos que los bienes Fideicomitados su-- fren por su culpa tomando como referencia el artículo 356 de la -- Ley General de Títulos y Operaciones de Crédito.

Teniendo como fundamento nuestra Legislación podemos agregar que - si el Fiduciario no es designado al constituirse el Fideicomiso, - el Fideicomisario o el Juez de primera instancia de la ubicación - de los bienes, lo designarán como lo previene el artículo 350 de - la Ley General de Títulos y Operaciones de Crédito.

Para complementar este punto haremos referencia al Fideicomisario, quien es el beneficiario y que también es uno de los elementos - - principales que intervienen en el Fideicomiso.

En Roma podía serlo cualquier persona física y podían designarse - varios Fideicomisarios.

Al Fideicomisario le asistían todos los derechos y obligaciones de-- la herencia Fideicomisaria y podía exigir la adición y restitución de los bienes Fideicomitados.

El Fideicomisario en su calidad de "loco heredis" conforme al Derecho Justiniano podía reivindicar los bienes salidos de la herencia - Fideicomisaria.

Cuando éste fuese incapaz o estuviese imposibilitado, sus acciones- y derechos le asistían a quien ejercía la patria potestad: Su tutor, o curador, o al pretor.

En México al igual que en Roma puede ser Fideicomisario cualquier - persona física o jurídica como lo establece el Artículo 348 de la - Ley General de Títulos y Operaciones de Crédito que a la letra dice: "Pueden ser Fideicomisarios las personas físicas o jurídicas que -- tengan la capacidad necesaria para recibir el provecho que el Fidei- comiso implica"...

El número de Fideicomisarios es indeterminado, el mismo artículo -- 348 en la segunda parte lo menciona.

Le asisten todos los derechos que se le otorguen al constituirse el Fideicomiso. (Artículo 355 Ley General de Títulos y Operaciones de Crédito).

El Fideicomisario puede reivindicar los bienes que a consecuencia- de actos del Fiduciario salgan del patrimonio Fideicomitado en su - perjuicio.

Cuando éste sea incapaz, sus derechos los ejercerá quien ejerza - la Patria Potestad: su tutor o el Ministerio Público. Artículo -- 356 Ley General de Títulos y Operaciones de Crédito.

Pueden designarse Fideicomisarios sustitutos para el caso de falle- cimiento de los titulares. Artículo 359 Ley General de Títulos y - Operaciones de Crédito.

- COMPARACION DE CLASES DE FIDEICOMISO -

Es preciso que nos ocupemos en este punto de las diversas clases de Fideicomiso que existieron tanto en Roma como los que funcionan actualmente en México, aunque nos adentraremos para efectos de comparación en los tipos de Fideicomiso, y los que mas se asemejan de -- nuestro país con aquéllos, con el propósito de explicar el tema de -- la mejor manera.

En Roma existieron dos Instituciones que como antecedentes del Fideicomiso actual tenemos: La Fiducia y los Fideicomisos Testamentarios. (1)

La Fiducia consistía en la entrega de un bien que hace una persona llamada "tradens" y actualmente fideicomitente, a otra persona de -- toda confianza, llamada "fiduciario"; que asume la obligación de -- hacer uso de ese bien con un fin determinado, y de restituirlos una vez logrado dicho fin. Es importante señalar que este sistema tuvo una basta aplicación y que fue el antecedente inmediato de los contratos de prenda, depósito y comodato.

En algunos casos la transmisión de la propiedad de un bien se hacía con el propósito de garantizar el pago de una deuda.

Ess enajenación iba acompañada de un pacto de fiducia, en virtud -- del cual el Fiduciario conserva el bien en su poder, mientras la -- deuda no era pagada y, hecho el pago, se obligaba a devolver la propiedad de dicho bien al deudor, o sea, que se trataba de una forma de garantizar al acreedor, función ésta que después cumpliría con -- ventaja el contrato de prenda, que no transmitía la propiedad, sino sólo la posesión del bien: Era la "Fiducia Cum Creditore", Fiducia -- con el acreedor.

(1) Villagordoa José M. Op. Cit. "Doctrina General del Fideicomiso"
Pág. 117.

En otros casos, la Fiducia servía para que el "Fideicomitente" dejara un bien en poder del "Fiduciario", quien la conservaba en custodia o bien la usaba y disfrutaba y se obligaba a devolverlo cuando se lo pidiera el propio Fideicomitente, todo lo cual fue una forma primitiva de los contratos de depósito y de comodato, que posteriormente estableció la Ley Romana. A esta última forma se le llamaba "Fiducia Cum Amico", Fiducia con un amigo, es decir alguien de confianza.

La Fiducia desapareció en el período del Derecho nuevo, pero - ya desde la época del Derecho clásico fue sustituido por los - contratos de depósito, prenda y comodato.

El otro antecedente es el Fideicomiso Testamentario, medio del que se valía un Testador para eludir las numerosas incapacidades que para heredar por testamento imponían las Leyes Romanas.

Cuando este testador quería beneficiar a una persona, la cual no tenía "Testamenti Factio", es decir, el Derecho de testar a su favor, rogaba a su heredero que diera al incapaz de heredar una parte o toda la herencia:

El Fideicomiso Testamentario cumplía también otros propósitos: se utilizaban cuando una persona se encontraba imposibilitada para otorgar testamento con las solemnidades requeridas por la Ley; en tales casos recomendaba por escrito a su heredero abintestado, o a su legatario, que entregara la herencia o legado a determinada persona.

También se utilizaba por los testadores para imponer su voluntad más allá de su vida, respecto de los bienes que transmitían a sus herederos.

En estos casos el testador podía imponer al Fideicomisario la-

obligación de instituir a su vez como fideicomisario algún heredero suyo y transmitir los bienes a determinada persona. Este Fideicomiso se utilizó como medio para retener los bienes de la herencia dentro de la misma familia, pasando de un fideicomisario miembro de la familia a otra, de generación en generación. Son las llamadas substituciones fideicomisarias, prohibidas para nuestro Derecho, ya que produce el estancamiento de la propiedad raíz en poder de lo que se denomina: "Manos Muertas".

El Testador suplicaba o rogaba a su heredero o legatario que entregara a otro la herencia, y el cumplimiento de ese encargo quedaba a la buena fe del Fiduciario. En los primeros tiempos del Fideicomiso no había sanción legal ni acción judicial para reclamar el cumplimiento de esta clase de fideicomiso.

El fideicomiso podía ser Particular, cuando se refería a determinados bienes, y era Universal, cuando comprendía toda la herencia.

En el caso del Fideicomiso Universal, la persona a quien se hacía el encargo, entregaba la herencia, pero conservaba el carácter de heredero y quedaba obligada para con los acreedores de la sucesión.

Pasaremos ahora a analizar la clasificación del derecho mexicano -- conforme al derecho positivo estableciéndose como sigue:

- En cuanto a su constitución.
- En cuanto a la forma.
- En cuanto a que sean onerosos o gratuitos
- En cuanto a las partes.
- Por disposición de la Ley
- En cuanto a los bienes.
- En cuanto a los fines.
- En cuanto a la duración.
- En cuanto a su revocabilidad e irrevocabilidad.
- En cuanto a su extinción.
- En cuanto a su prohibición.

Hemos visto la clasificación del Fideicomiso Mexicano conforme al Derecho Positivo, es importante analizar los tipos de Fideicomiso que precisamente coinciden con los Fideicomisos Romanos, ya que - nuestro actual Fideicomiso presenta varias formas, y el tema de - este trabajo es unificar de la legislación Romana con la Mexicana en referencia a este tema.

Iniciaremos con el Fideicomiso de Garantía, su objeto o materia - lo constituyen bienes inmuebles (edificios y terrenos); bienes muebles (por lo general valores mobiliarios) y derechos.

Por medio de esta operación, una persona física o moral transmite la propiedad de un bien inmueble a una Institución Fiduciaria, -- para garantizar con él, el cumplimiento de ciertas obligaciones - que son a su cargo designando como beneficiario, en caso de incumplimiento, a la persona física o moral, que tenga la calidad de - acreedor, que en tal supuesto puede solicitar al Fiduciario la -- venta de los bienes entregados en garantía, para que con su producto se liquide el saldo insoluto del crédito garantizado.

Predomina en nuestro medio el Fideicomiso de Garantía en el que - se afectan inmuebles (edificios y terrenos) utilizándose ventajosamente en lugar de la hipoteca ya que su costo es menor, ahorrándose el gasto, la tramitación y el tiempo que requiere el remate del bien Fideicomitado, llegado el caso de que el deudor Fideicomitente no cumpliera su obligación con el acreedor Fideicomisario.

(2)

Constituye esta operación una semejanza con la "Fiducia Cum Amico" y la "Fiducia Cum Creditore", ya que estas formas servían para garantizar alguna obligación.

Este tipo de Fideicomiso en cuanto a su constitución, en las dos legislaciones se estableció que podía ser constituido por acto entre vivos.

En cuanto a las partes que intervienen en los dos tipos de Fideicomiso, intervienen los mismos.

Ahora pasaremos al Fideicomiso tradicional por excelencia, tanto para los Romanos como para nuestra legislación y que es el otro antecedente que anteriormente mencionamos: el Fideicomiso Testamentario.

El Fideicomiso Testamentario en México, se puede considerar como una operación mediante la cual las personas al expresar su voluntad por medio de Testamento, disponen de sus bienes para después de su fallecimiento, estableciendo que llegado este último, se otorgue Fideicomiso en virtud del cual su patrimonio existente a esa fecha sea entregado al Fiduciario, para que éste lo administre y transmita a los herederos designados, conforme a las estipulaciones que se establezcan en el propio testamento.

En México, el Fideicomitente dispone del total o parte de su patrimonio para después de su muerte, con la certeza de que sus deseos serán fielmente cumplidos.

En Roma se utilizaba por los testadores para imponer su voluntad más allá de su vida, respecto de los bienes que transmitía a sus herederos.

En México, el Fideicomitente elimina problemas de oposición a la designación de herederos, instituyendo un sistema único de distribución del acervo hereditario entre los beneficiarios del Fideicomiso.

En Roma el Testador que quería beneficiar a una persona, la cual no tenía "Testamentum Factio", es decir, el derecho de testar a su favor, rogaba a su heredero que diera al incapaz de heredar, una parte o la totalidad de la herencia.

- DIFERENCIAS DEL FIDEICOMISO EN GENERAL -

Las diferencias más sobresalientes, entre el Fideicomiso hereditario Romano y el actual Fideicomiso Mexicano, con relación a la configuración del Fideicomitente, son:

En México pueden ser Fideicomitentes: personas físicas, jurídicas o autoridades capacitadas para afectar sus bienes en fideicomiso. En Roma sólo las personas físicas podían asumir tal carácter.

En México, puede constituirse el fideicomiso con carácter revocable o irrevocable. En Roma sólo podía revocarse el Fideicomiso Hereditario en vida del Testador Fideicomitente.

En México, el Fideicomitente puede designar un Comité Técnico o de distribución de fondos, señalando las reglas de su funcionamiento. Según los estudios que se han realizado a la fecha, esta figura no llegó a conocerse en el Fideicomiso Hereditario Romano.

En México, el Fideicomitente puede reservarse la facultad de exigir cuentas al fiduciario. En Roma, tal posibilidad no existía, conforme a la naturaleza del Fideicomiso Hereditario.

Las diferencias más notables, entre el Fideicomiso Hereditario Romano y el Fideicomiso Mexicano, en relación a la figura del fiduciario, son las siguientes:

En México, sólo pueden ser fiduciarios las Instituciones de Crédito concesionados para realizar operaciones de Fideicomiso. En Roma, la regla general era que sólo podían ser fiduciarios los herederos,

legatarios, fideicomisarios y los donatarios mortis causa; es decir, personas físicas, señalamos que tal era la regla general; pues, en el Digesto, libro 36 Título 1, apartado 15 se establece que el fideicomitente podía designar como fiduciario a una asociación o corporación, es decir, a una persona moral, para restituir los bienes hereditarios.

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

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

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

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

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

En México, puede no señalarse el fideicomisario al constituir el fideicomiso, sino en acto posterior. En Roma el fideicomisario al igual que en México, podía ser designado en forma indeterminada, -

pero susceptible de determinarse: " El que lleva mi ataúd " " El que designe el pretor o el cónsul ", etc.

En México, si un Fideicomisario, entre varios, no acepta la designación de que es objeto y en consecuencia pierde los beneficios del Fideicomiso, estos se revierten al Fideicomitente, o a sus herederos, si este ha fallecido, salvo que en el acto constitutivo del Fideicomiso se hubiera permitido que los demás Fideicomisarios tengan el derecho a la parte del que no aceptó el Fideicomiso o falleció.- En Roma, si un Fideicomisario no acepta la herencia Fideicomisaria, su parte automáticamente correspondía al Fideicomisario que si aceptó.

COMPARACION DE LAS FORMAS DE EXTINCION Y PROHIBICIONES DEL FIDEICOMISO

En México es nulo el Fideicomiso cuando se constituye en favor del Fiduciario (Art. 348 Ley de Títulos y Operaciones de Crédito), en cambio en Roma el Fiduciario podía ser designado como Fideicomisario y era una práctica muy usual.

Conforme a la técnica del Fideicomiso Hereditario Romano, no había la posibilidad de constituir el Fideicomiso en fraude de acreedores; que, en México, el legislador ha declarado nulo (Art. 351 párrafo final Ley de Títulos y Operaciones de Crédito).

En Roma al igual que en México, el Fideicomiso se extinguía por el cumplimiento de sus fines. (Art. 357 Fracc. I Ley General de Títulos y Operaciones de Crédito).

En México, el Fideicomiso se extingue por convenio expreso entre el Fideicomitente y el Fideicomisario, situación que no es posible contemplar en el Fideicomiso Hereditario Romano.

En el Fideicomiso Hereditario Romano, el Fisco Romano en determinadas circunstancias se apoderaba de la Herencia Fideicomisaria, retenía la cuarta Trebelliana y el saldo de la herencia lo entregaba -

a los Fideicomisarios (D.36.1.3.5.). Esta situación no se da conforme a nuestro Derecho Fiduciario, no obstante que el fisco si puede ser acreedor del patrimonio Fideicomitido, e inclusive embargarlo.

En cuanto a la prohibición para la constitución de Fideicomisos, ya mencionamos el caso de los Fideicomisos en que se dejan bienes estrictamente personales de su titular, el cual esta prohibido en México y en cambio era legitimo instituirlo en Roma.

CONCLUSIONES

En el presente capítulo demuestro la hipótesis planteada desde el inicio del tema através de las conclusiones que enseguida - enumero, siempre haciendo referencia al capítulo inmediato anterior en el cual se analizan las similitudes y diferencias - existentes tanto en el Derecho Romano como en el Derecho Mexicano en forma amplia; por lo que este capítulo sintetiza lo - ahí expuesto.

Analizando las definiciones señaladas al principio del capítulo mencionado, encontramos que en estricto sensu, no existe - una completa similitud entre ellos. Sin embargo, no obstante - que el Trust se aplicaba estrictamente a la transmisión de tierras, las tres coinciden en sus aspectos más generales.

COMPARACION DE FUNCIONES DE LOS ELEMENTOS PERSONALES

a) FIDEICOMITENTE.-

Respecto a los elementos personales que intervienen tanto - en "La Fiducia" como en el Fideicomiso, encontramos que el Fideicomitente en el Derecho Romano, solo podía serlo aquella persona con capacidad para heredar; mientras que en - nuestra legislación, el fideicomitente tiene una designa--- ción genérica: "es la persona con capacidad para disponer - de sus bienes". Por lo tanto, la figura jurídica romana del fideicomitente, además de coincidir con la nuestra, se am--- plía a toda persona con capacidad de ejercicio en sus derechos de afectación.

En cuanto a la designación de fideicomisarios por parte del fideicomitente; de sujeción a condiciones; de término; de - adquisición o sustitución de bienes y de facultad de revoca ción y extinción del Fideicomiso, llegamos a la conclusión - de que en todos los casos, en ambos Derechos existe simili - tud y aún en ciertas ocasiones hasta igualdad.

En relación al fideicomiso público, en México el fideicomitente es el Gobierno Federal por conducto de la Secretaría de Programación y Presupuesto, y el fiduciario, al igual que en los fideicomisos privados será una institución de crédito, quien actuará a través de sus delegados fiduciarios; que como sabemos, ninguna de estas dos instituciones existían en Roma.

En las dos legislaciones existe diferencia substancial en cuanto a la designación por parte del Fideicomitente de quien vá a desempeñar el cargo de Fiduciario. Por que si bien, en la actualidad, el fideicomitente conserva el derecho de elegir a la Institución que deberá fungir como tal, por otra parte se encuentra restringida dicha voluntad al nombramiento de una sociedad nacional de crédito, autorizada para ello. Mientras que en la Roma antigua la designación de Fiduciario podía recaer sobre cualquier persona con capacidad para heredar.

b) FIDUCIARIO.-

Como se señala en el párrafo anterior, en cuanto al Fiduciario se refiere, vemos que existe una diferencia en el sentido de que en México se limita dicha persona, a una Institución de crédito, pero tratandose de los fideicomisos públicos, esta institución es controlada por el Gobierno, quien ejerce dicho control, como ya lo mencioné, a través de la Secretaría de Programación y Presupuesto.

En lo que a designación de varios fiduciarios se refiere; así como a la no aceptación del cargo que se le confiere; al deber de actuar conforme a la voluntad del fideicomitente adquiriendo así todos los derechos de aquél y a la responsabilidad que adquiere de los bienes a él confiados, encontramos nuevamente su igualdad en ambos ordenamientos, excepto en lo que a la designación genérica de herederos fiduciarios se contemplaba en el Derecho Romano.

c) FIDEICOMISARIO.-

En la persona del fideicomisario no existe diferencia alguna, ya que en ambos Derechos el fideicomisario puede ser cualquier persona física aún sin capacidad de ejercicio, ejer---

ciendo sus derechos através de su representante. Y en México, Ex-
tendiéndose aún más, ya que fideicomisario puede serlo también -
cualquier persona moral.

En general las funciones del fideicomitente y del o de los fidei-
comisarios son las mismas, no así la persona que ejerce el cargo
de Fiduciario, quien por su misma naturaleza difieren.

COMPARACION DE CLASES DE FIDEICOMISO

a) FIDUCIA O FIDEICOMISO DE GARANTIA.-

De las definiciones de ambas figuras se concluye que coinciden
en cuanto a que su finalidad es la de garantizar el cumplimien-
to de ciertas obligaciones a cargo del Fideicomitente, tenien-
do el Fiduciario el encargo de ejecutar el Fideicomiso en el -
caso de incumplimiento.

"La Fiducia", como tal, constituye el antecedente de los Con-
tratos de Depósito, prenda y comodato; con la diferencia de -
que en el Fideicomiso de Garantía actual se transmite la propie-
dad y no sólo la posesión del bien como en aquellos.

b) FIDEICOMISO TESTAMENTARIO.-

En principio, el Fideicomiso Testamentario es igual tanto en -
el derecho mexicano como en el romano en el sentido de que se
utilizaba para disponer de los bienes más allá de la muerte -
del fideicomitente, quien puede hacerlo en ambos casos desig-
nando como fideicomisarios no solo a sus herederos. Más sin-
embargo existe la diferencia de que en Roma, esta clase de fi-
deicomiso se utilizaba también para las personas imposibilita-
das para otorgar testamento con las solemnidades requeridas; -
lo que no se aplica en nuestro tiempo.

Así mismo, en Roma las substituciones fideicomisarias además -
de ser legítimas eran comunes; lo que en nuestro derecho se en-
cuentra expresamente prohibido.

COMPARACION DE LAS FORMAS DE EXTINCION Y PROHIBICIONES DEL
FIDEICOMISO

- a) En cuanto a las FORMAS DE EXTINCION, podemos afirmar que existe similitud entre los fideicomisos en estudio, en lo que al cumplimiento de sus fines, a su revocación y por último, al convenio expreso entre las partes se refiere.
- b) PROHIBICIONES DEL FIDEICOMISO.- En ambas legislaciones se prohíbe la constitución del fideicomiso en fraude de acreedores, en cambio en nuestra legislación, este contrato es nulo constituido en favor del fiduciario, siendo en Roma una práctica muy usual. De igual manera se prohíbe en México dar en fideicomiso bienes estrictamente personales de su titular, lo que en Roma era legítimo.

Reiterando lo expuesto en el proemio de éste capítulo, considero que en el desarrollo del presente trabajo y más concretamente en la serie de conclusiones enumeradas con antelación, se aportan y reafirman las bases tanto teóricas como de práctica legislativa que me permiten la demostración de la hipótesis planteada.

BIBLIOGRAFIA GENERAL

ACOSTA ROMERO MIGUEL, "Derecho Bancario" Ed. Porrúa 1a. Ed. México 1978.

ALFARO J. RICARDO, "Adaptación del Trust del Derecho Anglosajón al Derecho civil". Cursos Monográficos La Habana 1948.

BATIZA RODOLFO, "El Fideicomiso, Teoría y Práctica" Ed. Porrúa, México 1958.

BIALITOSKI, SARA Y BRAVO GONZALEZ AGUSTIN, "Compendio de Derecho Romano" Ed. Pax, - México 1973.

BONFANTE PEDRO, "Instituciones de Derecho Romano". Instituto Español de Derecho Madrid 1972.

FLORIS MARGADANT, GUILLERMO, "Derecho Privado Romano" Ed. Esfinge, S.A., 6a. Ed. México 1975.

FOIGNET RENE, "Manual Elemental del Derecho Romano" Ed. Cajica Puebla México 1948.

IGLESIAS JUAN, "Derecho Romano" Instituciones del Derecho Privado Ed. Ariel Barcelona 1972.

LUIS MUÑOZ, "El Fideicomiso Mexicano" Cardenas Ed. México. 1980.

LEPEAULLE PIERRE, "La Naturaleza del Trust", Ed. Mijares México 1932.

PASTOR Y ALVIDRA JULIAN, "Prolegomenos del Derecho" Historia y Elementos del Derecho Romano Ed. Alejandro Gómez Madrid 1883.

PEIRANO FACIO J. Y GOLDSCHMIT ROBERTO DR. "El Fideicomiso (Trust en el Derecho Comparado (Especialmente Americano) " Buenos Aires Ed. Arayu.

PETIT EUGENE, "Derecho Romano" Tercera parte Adquisición per Universitatem B.- de los Fideicomisos, ENSA México 1975.

RABASA OSCAR, "El Derecho Angloamericano", Est. Exp. y Comparación del Common Law - F.C.E. 1a. Ed.

RODRIGUEZ RUIZ RAUL, "El Fideicomiso y la Organización Contable Fiduciaria" Ed. ES-casa México 1981.

SHOM RODOLFO, "Instituciones de Derecho Privado Romano" Traducción de Wenceslao Roca, Ed. Nacional México 1975.

VILLAGORDOA LOZANO JOSE M., "Doctrina General del Fideicomiso" Asociación de --
Banqueros México 1976.

CIRCULARES DE LA COMISION NACIONAL BANCARIA Y DE SEGUROS

REVISTA GENERAL DE DERECHO Y JURISPRUDENCIA

LEGISLACION

Código Civil de 1884

Código Civil de 1928 para el Distrito y Territorios Federales en materia.

Común y para toda la República en materia federal de fecha 30 de Agosto del mismo año.

Código Civil de Territorio de la Baja California.

Ley General de Instituciones de Crédito y Establecimientos Bancarios de 1926.

Ley de Títulos de Crédito de 1897.

Ley de Bancos de Fideicomiso de 1926.

Ley General de Instituciones de Crédito de 1932.

Ley General de Títulos y Operaciones de Crédito de 1932.

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

Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos de 1917.

Ley Reglamentaria del Servicio Público de Banca y Crédito de 1985.