

88
2EJ



**UNIVERSIDAD NACIONAL AUTONOMA
DE MEXICO**

**ESCUELA NACIONAL DE ESTUDIOS PROFESIONALES
"ACATLAN"**

**ESTUDIO JURIDICO SOBRE LA
INVALIDEZ DE LOS FIDEICOMISOS**



T E S I S

**QUE PARA OBTENER EL TITULO DE:
LICENCIADO EN DERECHO**

**PRESENTA:
JOSE RESENDIZ MARTINEZ**

**ASESOR:
EMIR SANCHEZ ZURITA**



**CAMPUS
ACATLÁN**

271977.

ENERO 1999

**TESIS CON
FALLA DE ORIGEN**



Universidad Nacional
Autónoma de México



UNAM – Dirección General de Bibliotecas
Tesis Digitales
Restricciones de uso

DERECHOS RESERVADOS ©
PROHIBIDA SU REPRODUCCIÓN TOTAL O PARCIAL

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

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

Los momentos mas gratos son los que aparecen después de un instante de meditación y son aún mas gratos cuando se tiene la intención de vivir.

José Reséndiz Martínez

AGRADECIMIENTOS

A mis padres, por brindarme la vida y darme la oportunidad de cumplir este objetivo.

A la Universidad Nacional Autónoma de México, por la oportunidad de desarrollo académico que me brindó.

A la Escuela Nacional de Estudios Profesionales “Campus Acatlán”, por todos los beneficios académicos y morales que me proporcionó.

A mis amigos y compañeros por la enorme camaradería y apoyo brindados.

A mi asesor el Lic. Emir Sánchez Zurita, por su incansable búsqueda del bienestar académico.

A mi esposa e hijas, por la fortaleza que me inspiran en cada encomienda que inicio y concluyo.

Con un agradecimiento muy especial, a mi amigo y guía, el Lic. Alejandro Romero Gudiño, por el gran apoyo, confianza y comprensión mostrada hacia mi persona.

ESTUDIO JURIDICO SOBRE LA INVALIDEZ
DE LOS FIDEICOMISOS

	PAG.
I ASPECTOS HISTORICOS DEL FIDEICOMISO.....	7
1 EN ROMA.....	7
2. EN LA EDAD MEDIA.....	8
3. DERECHO INGLES.....	9
4. DERECHO POSITIVO MEXICANO.....	11
II. DIVERSOS ELEMENTOS DE ESENCIA DE LOS FIDEICOMISOS.....	21
1. MANIFESTACION DE LA VOLUNTAD DE LAS PARTES ENTENDIDAS COMO EL CONSENTIMIENTO.....	22
2.OBJETO O FIN.....	25
a) Objeto Directo e Indirecto.....	25
3. ESCRITURA PUBLICA, TESTAMENTO.....	27
4. AUTORIZACION ADMINISTRATIVA	29
III. DIVERSOS ELEMENTOS DE VALIDEZ DE LOS FIDEICOMISOS.....	32
1. LICITUD EN EL OBJETO EN EL FIN, MOVITO O DENTRO CONDICIONES PROPIAS DEL FIDEICOMISO.....	33
2. CAPACIDAD EN GENERAL.....	34
3. FORMALIDAD EN SU CONSTITUCION Y DESEMPEÑO.....	37
4. AUSENCIA DE VICIOS EN LA VOLUNTAD DE LAS PARTES.....	38
a) Error.....	40
b) Diferentes tipos de error.....	41

IV. LA INVALIDEZ PLENA DE LOS FIDEICOMISOS.....	47
1. ASPECTOS GENERALES DE LA INVALIDEZ.....	48
2. DIVERSAS NOCIONES ACERCA DE SU INEXISTENCIA.....	49
a) Situaciones atenuantes.....	49
b) Concepto Genérico.....	49
c) Desarrollo Histórico de la Inexistencia.....	50
V. LA INVALIDEZ DE LOS FIDEICOMISOS EN CONSECUENCIA A LOS CASOS DE INEXISTENCIA.....	55
1. AUSENCIA DE VOLUNTAD Y CONSENTIMIENTO.....	55
a) Falta de Edad de una de las Partes... ..	56
b) Un Obstáculo dentro del Error.....	57
c) El Sufrimiento de una Violencia Física	58
d) Una Auténtica Simulación.....	59
e) Enajenación Mental.....	60
f) Alteración de Documentos.....	61
2. IMPOSIBILIDAD FISICA O JURIDICA DE LLEVAR A CABO EL OBJETO.....	62
a) Falta de Capacidad de Gocce.....	63
b) La Absoluta Simulación.....	68
c) Cuando la Cosa es Imposible Física o Jurídicamente.....	69
d) Cuando el Hecho es Imposible.....	70
3. PLANTEAMIENTO GENERICO DE LA INVALIDEZ.....	71
a) Efectos Jurídicos a Consecuencia de algún Negocio Fiduciario Inexistente....	73
b) Como Interviene el Organo Jurisdiccional en los Casos de Inexistencia.....	76
c) Confirmación de los Actos Afectados de Inexistencia.....	78
d) Aparición de la Prescripción.....	80

e) La Jurisprudencia en algunos casos donde interviene el Concepto de Inexistencia.	82
4. NULIDAD ABSOLUTA DE LOS FIDEICOMISOS	85
5. NULIDAD RELATIVA DE LOS FIDEICOMISOS.	88
VI. CONCLUSIONES GENERALES.	90
1. La Invalidez por falta de algún Elemento.	90
2. Necesidad de adecuar una Legislación que Regule de una manera estricta su Organización y Operación.	93
BIBLIOGRAFIA.	98

OBJETIVO GENERAL

El análisis adecuado de la figura del Fideicomiso, trae consigo aspectos jurídicos trascendentes que a la luz del Derecho, nos permiten perfeccionar el funcionamiento óptimo de los mismos.

En tal virtud, es innegable que el desarrollo de las actividades fiduciarias mantiene un respaldo legal que no siempre se encuentra acorde con todos y cada uno de los puntos de esa misma legalidad.

Es así como se logrará con el presente trabajo el estudio minucioso de la invalidez de los fideicomisos, resaltando con base en un criterio jurídico, la ilegalidad de muchos de ellos que se mantienen funcionando dentro del ámbito pragmático, sin que cumplan con los requerimientos de fondo establecidos en la ley.

De la misma forma, se sugerirán algunas alternativas de modificación a la Legislación de la Materia para la adecuada creación y operatividad de éstos.

I. ASPECTOS HISTORICOS DEL FIDEICOMISO

1.- EN ROMA

Sin duda la figura del Fideicomiso como se conoce hasta nuestros días, ha tenido una evolución histórica, misma que tiene sus orígenes en Roma, es en esa época en que realmente se le proporciona el interés adecuado y la práctica debida dentro del ámbito especial de la Norma Jurídica. De tal suerte, que las actividades que en nuestros días podríamos llamarlas Fiduciarias, en la legislación pragmática Romana comienzan con una figura denominada Fiducia aunque algunos otros juristas la llaman pacta Fiducia(1).

Esta figura es una de las instituciones que se acerca a lo que conocemos en nuestros días como fideicomiso, mismo que era un negocio Jurídico, cuyo cumplimiento quedaba basado en las características de buena fe o en la lealtad de una de las partes, quien generalmente se comprometía a realizar en provecho de la otra parte o de un tercero, la entrega de una cosa o la ejecución de una obligación. (2).

Posteriormente surge en la misma legislación Romana otra figura cuyo nombre en la acepción antigua se conocía como Fideicomisum, aunque en el siglo XVII un autor inglés de nombre Sir Franco Bacon lo menciona en su obra "Reading Upon The Estatute Of Uses", diciendo que la figura que él considera apropiada para la denominación Romana de fideicomiso actual, debiera ser el "Fidei commissio". El nombre en este caso sería el único que pudiera discrepar, ya que la institución a que se refieren Bacon y otro autor alemán George Keeton aunque cambie de nombre mantiene las mismas características de las diversas opiniones.

Consistían entonces en una especie de encargo y no necesariamente un negocio jurídico, que se concentraba en cierta libertad de acciones a una persona, por otra que se encontraba en sus momentos póstumos, para encomendarle la totalidad o parte de sus bienes que integraban la sucesión.

(1) Torres Partida Manuel, Historia del Fideicomiso en Derecho Romano, México, Editorial Porrúa.

(2) Es conveniente resaltar la forma solemne de Transmisión de la Propiedad para que una vez realizados determinados fines quien la recibía volviera a transmitirla al propietario original o a una tercera persona.

Algunos autores como J. Manuel Villagordoa Lozano, afirman que la figura del fideicomisum no era más que lo que en derecho Romano se conocía como el Fideicomiso Testamentario, en el cual el autor de la sucesión rogaba a su heredero entregar a un tercero, incapaz para heredarle, un objeto en particular o parte del acervo hereditario.

Aunque existen juristas como Rodolfo Batiza, quienes aseguran que el origen de los Fideicomisos no es necesariamente Romano y constituye uno de los problemas más controvertidos, que la historia del Derecho no ha solucionado, pues manifiesta que algunas hipótesis en conflicto le atribuyen su origen al Derecho Romano, Germánico, Aborigen y hasta ninguno en particular.

2.- EN LA EDAD MEDIA

En la Edad Media, con la situación jurídica que guardaban ciertas propiedades y cosas, era muy difícil en este rubro la aplicación de la figura del Fideicomiso como tal.

La propiedad inmueble cobraba demasiada importancia en toda familia medieval, debido a esto era preciso conservar el poderío que pudiera verse desvanecido por alguna situación adversa como era el fallecimiento de un señor feudal o el dueño de una parte del feudo.

La aplicación del Derecho en esos tiempos estaba supeditada en muchas de las veces a las disposiciones dictadas por el Rey (3), por lo que era doblemente importante proteger el patrimonio familiar que en ocasiones llegaba a perderse por una mala aplicación de leyes adecuadas para la preservación de derechos post mortem.

Es así como surge una figura que seguiría aplicándose durante muchos años con gran éxito no solamente por los poseedores de grandes extensiones de tierra sino por aquellos cuya suerte había sido la de heredar o adquirir por la vía de la donación pequeñas porciones de tierra.

3) En la época de la Edad Media, las disposiciones de la monarquía se circunscribían en la persona del Rey, quien hacía y disponía de las propiedades y de las personas como si fueran cosas propias en tal sentido se buscó la forma de garantizar el patrimonio familiar tratando de evitar el que varias familias se quedaran en la ruina.

Un ejemplo de ello lo constituye la figura de propiedad conocida como El Mayorazgo feudal en cuya virtud, el primogénito tenía derecho a suceder al progenitor en todo lo que de hecho y por derecho le correspondiera, con la condición de heredar en las mismas circunstancias a su primogénito, es entonces cuando ésta figura El Mayorazgo Feudal constituye lo más parecido en esa época al Fideicomiso.

Esta operación fue fundamentalmente para conservar las unidades de los feudos, no debilitando con ello su fuerza ante los vasallos, ni ante el Rey, y persiguiendo una tradición y abolengo que los identifica en el momento en que se realiza dicha operación.

3.- DERECHO INGLES

Dentro del Derecho Inglés luego de haberse padecido diversas sanciones de carácter económico, como consecuencia de guerras y persecuciones políticas y muchas de las veces para evitar confiscaciones, así como para encontrar la fórmula idónea para que corporaciones religiosas gozaran y poseyeran bienes raíces, eludiendo así la prohibición que para ello imponían las leyes contra las manos muertas, propició que en Inglaterra durante la Edad Media, se realizara una transmisión directa a cierta persona de confianza con la que no se corriera ninguno de estos riesgos, pero en provecho de quien se quisiera beneficiar.

Surge entonces el "USE", que consistía fundamentalmente en que una persona denominada (SETTLOR), quien era propietario de una tierra, traspasara a otra denominada (FEOFFE TO USE) el dominio de ella con el entendimiento entre las partes de que aún cuando el cesionario sería el dueño legítimo de la cosa, una tercera persona denominado (CESTUI QUE USE) tendría el derecho de gozar y disfrutar de todos los beneficios y prerrogativas de verdadero propietario de dicho bien.

El cesionario (FEOFFE) recibía la plena propiedad de la cosa pero no para que la aprovechara en su propio beneficio, sino con el cargo de que en base a su buena fe. De que poseyera el bien pero con beneficio del (CESTUI QUE USE) que podía ser el mismo (SETTLOR).

En sus orígenes el cumplimiento de la obligación que por el use adquiría el feoffe to use, consiste en destinar los bienes objeto de la transmisión para el beneficio del cestui que use, quedó totalmente a su arbitrio, debido a que no eran razones más que de índole moral y religiosa las que lo instaban a ello.

En ese sentido, el Common Law, que eran los jueces comunes del Rey que aplicaban el derecho común inglés, tuvieron diversos problemas para dirimir controversias entre los diversos elementos personales del "USE", en tal virtud el Rey establece que para dirimir controversias era necesario presentarse a una instancia superior, que determinaría la solución, con lo que faculta al canciller del Rey para esa tarea.

Para dirimir la problemática suscitada, por la incompetencia del Common Law, en el sentido de no poder intervenir en asuntos del "use" por no estar regulado dentro del Derecho común, se presenta entonces el hecho de incorporarlo dentro de la legislación o EQUITY en el Derecho anglosajón, y al pasar de un derecho consuetudinario no regulado a regulado, cambia de nombre y en lugar de "USE", pasa a denominarse "TRUST", que tenía las mismas funciones del "USE", pero con una regulación más estructurada a efecto de resolver problemáticas que surgieran así como las diferencias entre las partes.

Los elementos personales que intervienen en la figura del Trust son los siguientes:

i) **El Settlor**, que es quien realiza el acto de disposición y da los bienes en TRUST a un segundo sujeto, que es ii) **El Trustee** a quien le confía el destino de dichos bienes y este debe de realizar los actos tendientes a la consecución de tal fin, que es en provecho de una tercera persona iii) **El Cestui que trust**.

i) El settlor:

El sujeto creador del trust es el settlor; a él corresponde, por declaración unilateral de su voluntad manifestada por escrito afectar determinados bienes para la realización de un cierto fin que encomienda al trustee.

ii) El trustee:

Es una persona a quien se le transmite el dominio legal de los bienes afectados a un trust por el settlor, por ese acto, se trata del sujeto obligado a realizar los fines para los que dichos bienes fueron afectados.

Su carácter le permite ejercer los derechos sobre los bienes de que se trate y los derechos que fuere necesario ejercitar para lograr el fin que se debe de alcanzar. Si bien para el funcionamiento del trust no es necesario designarlo al momento de que éste se constituya, de no hacerlo, corresponde al Tribunal hacer esa designación.

Los Trustees, están obligados a conducirse en su gestión como si se tratará de bienes propios, son responsables por los daños que cause su negligencia en el desempeño de su cargo, y deben de acatar todas y cada una de las disposiciones establecidas por el settlor o del cestui que trust, además como se trata de un cargo de confianza , están impedidos para adelgazar sus funciones, salvo que estuvieren expresamente autorizados para ello.

iii) El cestui que trust:

La persona en favor de quien se constituyó y funciona el trust, esto es, su beneficiario, lleva el nombre de cestui que trust.

Los derechos de los que es titular, son dos fundamentalmente:

- a´) Obligar al trustee a que cumpla con los fines del trust, y
- a”) Perseguir los bienes sujetos al régimen del trust cuando se encuentren en manos de terceros por actos indebidos del trustee, para reintegrarlos a la masa de la que deben de formar parte (4).

Ahora bien, el cestui que trust, debe ser una persona definida; sin embargo, existe el charitable trust, en el que no se requiere designación de un sujeto de derecho como beneficiario, sino algo tan genérico e imparcial sobre todo, como la paz universal, el alma de un muerto, provecho de animales, para tutelas incapaces, administrar herencias, etc. (5).

4.- DERECHO POSITIVO MEXICANO.

En México, el Fideicomiso no era entendido como tal, sino que con la terminología y aplicación necesaria para el trust. A principios del Siglo XX se utilizaba en nuestro país una variedad de Trust de importancia dentro del desarrollo de otros países, principalmente Estados Unidos ya que la utilización que se observaba era

(4) Vega Corona, Dolores, "Breve Esbozo del Trust Anglosajón", revista de Derecho y Legislación, año 52, Números 626-628, pág.138, Julio Septiembre 1963.

(5) Claret y Martí, Pompeyo, "De la Fiduciaria y el Trust", pág. 69, Bosch, Barcelona, 1946.

como instrumento de garantía en las emisiones de bonos que irán destinadas al financiamiento de la construcción de ferrocarriles, para entonces se encontraba vigente el Código Civil de 1884 y la Ley de Ferrocarriles de 1889, mismas que permitieron la utilización dentro del cuerpo de su legislación, de un instrumento que se llamaba en ese entonces el "Trust Deed" que era el idóneo para garantizar el pago de los financiamientos otorgados, mismos que aún cuando se otorgaban en el extranjero, tenían efectos jurídicos conforme a la legislación mexicana (6).

Fue tan importante la colocación de bonos en el extranjero, que la Industria Ferrocarrilera perteneciente y administrada por el Gobierno Federal, comenzó su evolución hacia el desarrollo que le permitieron las actividades principalmente comerciales para lo cual había sido creada.

PROYECTO LIMANTOUR

En Noviembre de 1905 fungía como Secretario de Hacienda el Sr. José Y. Limantour, quien envió a la Cámara de Diputados una iniciativa que facultaba al Ejecutivo Federal a expedir una ley, para que dentro de la República, pudieran constituirse instituciones comerciales encargadas de desempeñar las funciones de Agente "Fideicomisario"(7).

Este proyecto iba dirigido fundamentalmente a las compañías Fideicomisarias, cuya función principal consistía en ejecutar actos y operaciones en los cuales no tenían interés directo, sino que obraban simplemente como intermediarios, ejecutando imparcial y de una manera fiel los actos y operaciones en beneficio de las partes verdaderamente interesadas o de terceras personas, dichas compañías funcionaban hasta antes de la iniciativa de esa forma, pero el objetivo principal de la iniciativa era la creación de compañías Fideicomisarias que, bajo una rigurosa inspección, aplicará 8 principios básicos que eran:

- 1.- Que el encargo hecho al fideicomisario por virtud del contrato respectivo se le facultará para cualquier acto, operación o contrato lícito, respecto a bienes determinados para beneficio de alguna o todas las partes del contrato o de un tercero o las consecuencias legales del mismo contrato.
2. El Fideicomiso importará un derecho real respecto de los bienes sobre los cuales se constituya.

(6) Velasco, Emilio " Los Instrumentos del Trust y los Ferrocarriles Nacionales", Revista General de Derecho y Jurisprudencia, México 1932, Tomo Tercero. Se especifican con la consolidación de Ferrocarriles Nacionales mediante la colocación de bonos en el extranjero los puntos a seguir para aplicar el Trust.

(7) En realidad el autor del proyecto fue el Sr. Lic. Jorge Vera Español, pero se conoce como proyecto Limantour por el hecho que dentro de la gestión sexenal firmó la iniciativa el entonces Secretario de Hacienda José Y. Limantour, pero se considera como el primer intento legislativo Mundial de Adopción del Trust, a los sistemas Romanistas.

- 3 Para que una institución fideicomisaria pueda considerarse legalmente constituida, deberá reunir los requisitos de ley además ser autorizada por la Secretaría de Hacienda al comenzar sus operaciones.
4. Cuando se autorice el funcionamiento de una institución fideicomisaria, se le permitirá ejecutar cualquier otro acto que no sea legalmente incompatible con cualquier otra de sus funciones fundamentales
5. La Ley fijará los términos en que las compañías fideicomisarias deban de garantizar su cumplimiento, y el tiempo en el cual la Secretaría de Hacienda supervisará su funcionamiento.
6. Pueden concederse excepciones y privilegios a las compañías fideicomisarias siempre y cuando se sujeten fielmente a lo establecido por la ley.
7. Se faculta al Ejecutivo Federal para realizar las modificaciones necesarias a la legislación vigente ya sea civil, mercantil o de procedimientos en los puntos que estrictamente sean necesarios para el buen funcionamiento de las instituciones fideicomisarias.
8. Se enviaba el mismo día que se firmó para que fuese discutida pero nunca cobró la categoría de ley por lo que simplemente se quedó en proyecto, pero en realidad tiene el mérito de constituir el primer intento legislativo en el mundo para adaptar el Trust a un sistema de tradición romanista

PROYECTO CREEL

Surge en el año de 1924 una vez terminada la revolución, en una convención celebrada en febrero del mismo año, donde el Sr. Enrique C. Creel expuso que se había iniciado en la República la creación de compañías bancarias de fideicomiso y ahorros, que eran un reflejo de lo que sucedía en esos momentos en los Estados Unidos, manifiesta además que la principal operación de las instituciones de fideicomisos era la aceptación de hipotecas, contratos, propiedades y bonos de ferrocarriles; por lo que era necesaria la aplicación de nuevas reglas en la materia, para lo cual propone varios puntos.

1. Las compañías bancarias de fideicomiso y ahorro contarían con un capital de \$500,000 en el Distrito Federal y de \$250,000 en los Estados.
2. Podían las compañías recibir hipotecas en garantía de los bonos que se emitieran de las sociedades y celebrar toda clase de contratos de fideicomiso.
3. Ejecutar funciones de albacea, administrador, tutor o síndico en concursos.

4. Servir como peritos valuadores en toda clase de bienes.
5. Conservar en depósito los bienes de incapacitados.
6. Recibir y guardar los contratos condicionales celebrados por empresas o particulares.
7. Pagar impuestos y gastos de su clientela.
8. Llevar libros de registro para transmisión de acciones.
9. Expedir certificados sobre la invalidez de toda clase de títulos de propiedad.
10. Llevar registros de capitales y notas de su clientela.
11. Hacer operaciones bancarias de depósito y establecer cajas de ahorros.

El Proyecto llevaba el objetivo de reformar la legislación que se aplicaba en la época adecuándola a los sistemas mercantilistas que se desarrollaban en los Estados Unidos(8).

(8) en esa época los financiamientos otorgados para construcción de ferrocarriles y procesos de infraestructura, llevaban consigo ciertas reglas por las cuales se otorgaban, esto es, se aplican criterios financieros bastante estrictos por parte del Gobierno de los Estados Unidos principalmente; esta situación al parecer subsiste hasta nuestros días pero con la participación del Banco Mundial y el Fondo Monetario Internacional.

LEY DE INSTITUCIONES DE CREDITO Y ESTABLECIMIENTOS BANCARIOS DE 1924.

En diciembre del año mencionado se dicta la ley que disponía que las instituciones que reglamentaba tenían en común, la función de facilitar las operaciones y el uso del crédito, entre las instituciones objeto de la ley quedaban comprendidos los Bancos de Fideicomiso a los cuales se les concedía un régimen de concesión estatal, las concesiones tenían una duración máxima de treinta años a partir de la fecha de la ley. Las funciones de los bancos de fideicomiso consistían en que servían a los intereses del público usuario en varias formas y principalmente administrando los capitales que se les confiaban e interviniendo con la representación de sus suscriptores o tenedores de bonos de hipoteca, la misma ley anunciaba que los bancos se registrarían por la ley especial que para tal efecto había de expedirse.

PROYECTO VERA ESPAÑOL

El Señor Jorge Vera Español quien fue el creador del Proyecto Limantour, preparó uno nuevo dirigido a la Secretaría de Hacienda, sobre las compañías Fideicomisarias y de ahorro en marzo de 1926, en esa iniciativa plantea que los actos, operaciones y contratos que las compañías realizaran en relación a sus funciones fideicomisarias, consistían en adquirir, enajenar, gravar, poseer, explotar, administrar o intervenir los bienes objeto del Fideicomiso y en general, en ejercer cualquier otro derecho sobre bienes o respecto de ellos. Podían ser objeto del fideicomiso, también los bienes muebles en general y cualquier derecho exceptuando aquellas que conforme a la ley, no pudieran ser ejercidas sino directamente e individualmente por la persona a la cual pertenecieran.

Entre los fines o propósitos para los cuales podría crearse el fideicomiso salvo las limitaciones legales, estaban la venta, la adjudicación, enajenación o gravamen de los bienes materia del fideicomiso; el pago o distribución a otras personas del producto obtenido mediante cualquiera de los actos nombrados así como la explotación, aprovechamiento y entrega o aplicación de una parte o de la totalidad de los frutos o productos (9).

(9) En este proyecto, si bien trataba de brindar mas amplitud a la aplicación de los fideicomisos en las diversas operaciones financieras comunes, también se protegían las instituciones públicas poniendo restricciones en algunas operaciones en las cuales intervenía el Gobierno.

LEY DE BANCOS DE FIDEICOMISO DE 1926

Esta Ley se promulga el 30 de junio de 1926, los temas medulares que se trataban se distribuían en 5 capítulos de los cuales al numerarlos encontramos los siguientes: objeto y constitución de los Bancos de Fideicomiso, operaciones de fideicomiso, departamento de ahorros, operaciones bancarias de depósito y descuento y por último se trataban disposiciones generales.

La principal acción de estos bienes en materia de fideicomiso, la constituía la celebración por cuenta ajena en favor de terceras personas autorizadas por la ley, cuya ejecución se confiaba a su honradez y buena fe; como objeto secundario tenían el establecimiento de un Departamento de Ahorro y la práctica de las operaciones de la banca de depósito y descuento, además de contar con ciertas limitaciones en éste rubro.

Una de las tantas limitaciones la constituía la prohibición que los bancos y compañías del extranjero tuvieran agencias o sucursales cuyo objeto fuera la práctica de operaciones de Fideicomiso.

Dentro de las aportaciones importantes en relación al aspecto doctrinario de la ley en estudio, es la definición que en la misma se hace de lo que se consideraba el Fideicomiso, diciendo que 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 de quien los entrega llamado Fideicomitente, a beneficio de un tercero llamado Fideicomisario o Beneficiario.

Se toman en cuenta también, el hecho de que los Fideicomisos sólo podrían constituirse si perseguían un fin lícito; además de que el banco fiduciario podría ejercitar en cuanto a los bienes fideicomitados todas las acciones y derechos inherentes al dominio aún aunque no se hubieren incluido dentro del cuerpo del convenio constitutivo del fideicomiso, lo que provoca que las funciones del banco fiduciario fueran tan extensas que en ocasiones se extralimitaban en las mismas en el sentido de observar el mayor cuidado de la administración de los bienes fideicomitados. Es importante señalar que dentro de las funciones extraordinarias otorgadas a los bancos de Fideicomiso, éstos no podrían enajenar ni gravar dichos bienes a menos de tener la facultad expresa de ser indispensables esos actos para la ejecución del Fideicomiso. En caso de existir malversación de los bienes fideicomitados por parte de la Institución del Fideicomiso, ésta sería separada inmediatamente de su cargo a petición del fideicomitente, fideicomisario, o bien del Ministerio Público en su caso, además de que en caso de dirimirse controversias entre las partes involucradas las mismas deberían de ventilarse en un juicio mercantil ante los Tribunales comunes.

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

La Ley de Bancos de Fideicomiso fue abrogada por esta ley, que se publicó el 31 de agosto del mismo año y que para evitar la confusión en la aplicación directa de los artículos enumerados en la primera, ésta última se limitó a transcribir íntegramente el contenido de aquélla, logrando con eso la aplicación estricta de su capitulo durante 6 años consecutivos.

LEY GENERAL DE INSTITUCIONES DE CREDITO 1932.

Esta Ley aparece el mes de junio de 1932 y su contenido está basado en la exposición de motivos de la misma, declara que la ley de 1926 se había introducido en México, rompiendo con la tradición, pero que de aplicarse podría ser benéfico, pues ello lograría el desarrollo económico del país.

Dentro de esta ley sólo se autoriza la constitución del fideicomiso cuando el Fiduciario fuera una institución sometida a la vigilancia del Estado y mantenía todas las prohibiciones pertinentes a efecto de impedir que las relaciones fiduciarias estuvieran alejadas del comercio jurídico normal.

Algo novedoso en el contenido de esta ley lo constituye el hecho de que dentro de la contabilidad de las instituciones, los bienes y valores, así como los derechos dados en fideicomiso, lo mismo que sus productos harían constar en cuenta especial sin que en ningún caso estuvieran inmersos en otras responsabilidades o al ejercicio de otras acciones que no derivan directamente del fideicomiso mismo o de las que conforme a la Ley correspondieran a un tercero.

LEY GENERAL DE TITULOS Y OPERACIONES DE CREDITO DE 1932.

Se promulga el 26 de agosto del mismo año y tomando en cuenta la exposición de motivos de la misma, la nueva ley conservaba el principio de la Ley General de Instituciones de Crédito y Establecimientos bancarios de 1926, en relación a la admisión del Fideicomiso Expreso y no tácito o verbal, establecía además de que no podía existir alguna otra institución que realizara funciones similares al Fideicomiso pues esto acarrearía problemas en el sentido de querer eludir la legislación Mexicana, implantando instituciones o actos comerciales semejantes a los establecidos en nuestra legislación.

LEY GENERAL DE INSTITUCIONES DE CREDITO Y ORGANIZACIONES AUXILIARES DE 1941.

Es promulgada el 2 de mayo del mismo año y dentro del rubro encomendado a las instituciones fiduciarias sufre muy pocas modificaciones sólo en el aspecto de añadir algunos cometidos que son propios de estas instituciones y ciertas normas nuevas por las cuales deben regirse las operaciones de inversión que realice la institución Fiduciaria en apego a lo establecido dentro del convenio de Fideicomiso, principalmente cuando se trate del acto de mandato o de comisión cuando la naturaleza de estos no se especifique de una manera precisa.

Se establece en la Ley una particularidad importante que desencadena en el punto referente a la notificación que deberá hacerse a los interesados que forman parte integrante del fideicomiso, de todas las operaciones inherentes al mismo, aún aquéllas que no interesan directamente a algún miembro en particular.

LEY REGLAMENTARIA DEL SERVICIO PUBLICO DE BANCA Y CREDITO DE 1985.

Esta Ley retoma varios de los elementos plasmados en la Ley General de Instituciones de Crédito y Organizaciones auxiliares de 1941, y tiende a especializar los temas, para encuadrarlos en el ámbito de la competencia de cada uno de los organismos que conforman el Sistema Financiero Mexicano, preparando el camino para la incursión dentro de la globalización.

LEY DE INSTITUCIONES DE CREDITO.

Esta Ley fue publicada en el Diario Oficial de la Federación el día 18 de julio de 1990, la cual a su vez fue modificada por los decretos publicados los días 23 de diciembre de 1993, 22 de julio de 1994 y 15 de febrero de 1995, además de ser modificada por la Ley de la Comisión Nacional Bancaria y de Valores misma que fue publicada el 28 de abril de 1995.

Los elementos más importantes a destacarse dentro de esta Ley, son los relativos a los servicios que prestarán las Instituciones de Crédito, en este sentido se expresa que en las operaciones de fideicomiso, entre otras, las Instituciones abrirán contabilidades especiales por cada contrato, de igual manera establece que las Instituciones de Crédito podrán realizar diversas operaciones entre las que se encuentran la práctica de operaciones del fideicomiso a que se refiere la Ley General de Títulos de Operaciones de Crédito y llevar a cabo mandatos y

comisiones, menciona también que las Instituciones desempeñarán su cometido y ejercerán sus facultades por medio de delegados fiduciarios.

Otro dato a destacarse dentro de la ley es que las operaciones con valores que realicen las Instituciones de Crédito en cumplimiento de Fideicomisos, la deberán realizar en los términos de lo dispuesto por ésta Ley y la Ley del Mercado de valores.

Un elemento trascendente incluido en esta Ley lo constituye el hecho de que el personal que las Instituciones de Crédito utilice directa o exclusivamente para la realización de Fideicomisos, no formará parte del personal de la Institución sino que, según los casos se considerará al servicio del patrimonio dado en Fideicomiso.

Otro elemento más que se vierte en esta Ley es que a falta de un procedimiento convenido en forma expresa por las partes en el acto constitutivo de los Fideicomisos que tengan por objeto garantizar el cumplimiento de obligaciones, se aplicará el procedimiento establecido en el artículo 341 de la Ley General de Títulos y Operaciones de Crédito, siempre y cuando esta petición sea realizada por el Fiduciario. De igual forma cuando la Institución de Crédito sea declarada por sentencia ejecutoriada, culpable de las pérdidas o menoscabo de los bienes en Fideicomiso, por negligencia grave, procederá su remoción como Fiduciario; asimismo, para acreditar la personalidad de los Delegados Fiduciarios, bastará exhibir una certificación de su nombramiento expedido por el Secretario o Prosecretario del Consejo de Administración o Consejo Directivo.

Otro punto más que se encuentra en esta Ley es el relativo a que las Instituciones de Crédito tendrán prohibición para dar en garantías sus bienes cuando se trate de realización de operaciones en Fideicomiso, así como responder a los fideicomitentes.

II. DIVERSOS ELEMENTOS DE ESENCIA DE LOS FIDEICOMISOS

Los Negocios Jurídicos requieren de ciertos elementos para su completa estructuración, la observación de todos y cada uno de ellos comprenden la integración del negocio dentro de la legalidad.

Con la observación de las figuras, encontramos una o varias voluntades, las cuales traen aparejado un objeto determinado. Además existen ciertos negocios jurídicos, en los que al celebrarse, es necesaria la configuración de algunas formalidades específicas, las que debido a su importancia y la manera en que se aplican admiten la denominación de solemnidades.

Todos estos elementos a su vez deben reunir determinados requisitos.

Es cierto que cualquier manifestación de la voluntad, debe provenir de un individuo al que el ordenamiento jurídico le reconozca la capacidad necesaria para poder externar su voluntad, no solamente eso sino además, esa manifestación deberá ser libre, consciente y en apego a la formalidad establecida por la norma jurídica aplicable.

Referente al objeto, este deberá encontrarse dentro del supuesto de la posibilidad, tanto física como jurídica, además de no contrariar a las leyes impuestas de orden público y las buenas costumbres.

Es insustituible el hecho de que la misma observancia deberá contener tanto el fin como el motivo así como la condición del negocio jurídico que se trate.

A reserva de la explicación que de cada uno se da en líneas posteriores, cabe señalar que son elementos esenciales del negocio jurídico los siguientes: manifestación de la voluntad, objeto y solemnidad, los dos primeros son comunes en todos los negocios, y el último solamente en los asuntos en que el ordenamiento legal lo indique (10).

(10) Si bien es cierto los elementos de validez condicionan en efecto la validez del negocio, también lo es que pueden considerarse como requisito de los esenciales, o sea, el negocio debe ser lícito y la manifestación de la voluntad o el consentimiento requieren venir de una persona capaz para celebrar actos jurídicos

Para los elementos esenciales existen algunas denominaciones destacadas por determinados autores, quienes los califican como elementos de " Existencia" (11) algunos otros como elementos de Definición, Constitutivos o Fundamentales (12) sin que sea dicha denominación una enunciación restrictiva.

Independientemente de cual sea la correcta caracterización para los elementos descritos, lo cierto es que la manifestación de la voluntad y el objeto, son elementos esenciales, materiales o de fondo, y la solemnidad es un elemento esencial o de forma, por lo que al trasladarse a los fideicomisos estos deberán observarse si es que se ha pactado tal situación.

1. MANIFESTACION DE LA VOLUNTAD DE LAS PARTES ENTENDIDO COMO EL CONSENTIMIENTO.

Para que tenga lugar una plena manifestación de la voluntad, ésta debe ser externa y de una manera consciente. Así, una voluntad sin exteriorizarse, es decir el fenómeno psicológico que ocurre dentro del individuo como la configuración, la deliberación e inclusive la decisión, es insuficiente para poder celebrar el negocio requerido, ya que en ningún momento se manifiesta. De la misma forma la declaración externa aislada, esto es, con independencia de la voluntad, tampoco configura dicho elemento.

En consecuencia, la manifestación de la voluntad como elemento esencial del Fideicomiso, es un complejo integrado por una declaración concordante con la voluntad interna que la originó, o más bien podríamos decir que es un acto interno del querer, una vez que se han formado, debe manifestarse al exterior.

Por lo que al hacerse externa la voluntad, el ordenamiento jurídico puede tomarla en cuenta, pero sin olvidar que el momento interno es base para apoyar al externo.

(11) Gutiérrez y González, Derecho de las Obligaciones, pág. 93

(12) Rojina Villegas, "Compendio de Derecho Civil" T. III. Pág. 121.
Boncase, "Elementos de Derecho Civil", pág. 224

La manifestación de la voluntad puede ser expresa o tácita. Es expresa cuando su realización es mediante cualquiera de los medios por los que el ser humano se comunica con sus semejantes, la voz, la escritura, los gestos o ademanes. La voluntad es tácita cuando aunque no se manifiesta por una declaración formal (voluntad expresa), resulte de los hechos, los cuales revelen un propósito determinado. Es importante en este sentido recalcar que la voluntad tácita no sólo tiene manifestación cuando se realizan determinados hechos, sino que también al demostrarse determinadas abstenciones.

Ahora bien, la voluntad individual, cualquiera de que se trate, es insuficiente para la integración del elemento esencial del que se comenta, cuando los negocios jurídicos son plurinominales como el caso de los fideicomisos, precisamente porque el número de voluntades que se necesitan para su realización, deben ser más de una, y en ese sentido podríamos hacer la siguiente reflexión, " yo puedo querer solo, pero no puedo consentir solo, porque el consentimiento es un acuerdo de voluntades."

El consentimiento como elemento esencial de los fideicomisos así como los negocios jurídicos contractuales es simplemente un acuerdo de voluntades; sin embargo cabe hacer mención de que dicho acuerdo no puede ser con el individuo solo, sino que debe existir en los negocios plurilaterales como el fideicomiso el acuerdo de dos o mas personas, quienes manifiestan su voluntad de una manera externa.

Respecto al punto de vista más discutido por parte de la doctrina, según mi parecer lo constituye el estudio mismo de la figura del fideicomiso, o sea, el tratar de determinar si se trata de un negocio jurídico unilateral, por quedar constituido por la simple manifestación de voluntad del Fideicomitente, o bien si al contrario, es plurilateral al requerirse para su constitución la presencia de dos voluntades por lo menos.

Al respecto algunos de los representantes y estudiosos de la figura como Cervantes Ahumada, (13) manifiesta que para constituir la declaración unilateral de la voluntad es necesario exteriorizar dicha voluntad, pues asevera que aunque el fideicomiso se encuentre establecido dentro de un contrato, no será constituido hasta que no se cuente con la voluntad del fideicomitente. La anterior teoría la adopta también Molina Pasquel en su libro de los Derechos del Fideicomiso.

(13) Títulos y Operaciones de Crédito, México 1966, pág. 305.

Un autor que dentro del estudio que se realiza, difiere del criterio antes citado, es Rodríguez y Rodríguez, (14) pues manifiesta que el fideicomiso es normalmente un negocio unilateral al testar, ya que dicha voluntad es obligatoria para quien está destinado en el caso concreto el fideicomisario, pues no podrá modificarlo si así se estipula en el mismo fideicomiso, pero si admite por otra parte la posibilidad de ser un acto bilateral, cuando en el acto de referencia, tanto fideicomitente como fiduciario manifiestan intereses opuestos que pudieran provocar conflicto y que dirimen, mediante el acuerdo de sus voluntades expresadas en el contrato de Fideicomiso.

A manera de Glosario y en referencia a la opinión de los anteriores autores considero que dentro de su punto de vista cada uno de ellos tiene razón, pues dentro de la figura del Fideicomiso existe una gran flexibilidad, además de las múltiples formas en que pueda utilizarse dentro de nuestro Derecho; en el caso testamentario por ejemplo, es bastante visible la presencia de la manifestación unilateral de la voluntad, pero surge también una bilateralidad en el momento en que existen ciertas estructuras contractuales que limitan y especifican las funciones de cada una de las partes, y para que aparezcan esas limitaciones, deberá existir también un acuerdo de 2 o más voluntades que lo provoquen, tal es el caso de los fideicomisos de inversión donde el fideicomitente es el mismo beneficiario del Fideicomiso pero que deberá establecer cierta normatividad contractual que sin el apoyo y acuerdo de voluntades con la Institución Fiduciaria no sería posible regular además de que no reuniría las características numeradas en la ley, lo que provocaría a su vez que se estuviera en la presencia de una figura ilícita.

Puede expresarse el pensamiento en el presente trabajo, respecto a la forma en que tomamos en cuenta el punto que nos ocupa, afirmando lo siguiente; participamos de la idea que el fideicomiso, en su base constitutiva, es una declaración unilateral de la voluntad, pero no sólo eso, sino que además el contrato que se celebra entre fideicomitente y fideicomisario, o juez de primera instancia según lo expresa el segundo párrafo del artículo 35 de la Ley General de Títulos y Operaciones de Crédito por una parte e Instituciones Fiduciarias por la otra, tiene como objeto definitivo, no la constitución del fideicomiso sino la ejecución del mismo.

Concretamente, uno es el acto unilateral por el que el fideicomiso va a determinar ciertos bienes a un fin lícito determinado, y otro, el contrato mediante el cual el fideicomitente o juez de primera instancia del lugar, encomienda la realización del fin a una institución fiduciaria, la que acepta todos los actos tendientes a la realización de tal fin.

(14) Cursos de Derecho Mercantil, México, 1957, T II, pág. 120.

2. OBJETIVO O FIN

Una vez estudiado el punto de la manifestación de la voluntad es importante distinguir el hecho de ¿ Para qué se ponen de acuerdo? ¿ Para que existe un acuerdo de voluntades?, al respecto me permito señalar que existe un objeto o una finalidad que es el nacimiento de los efectos jurídicos los cuales consisten en la creación, transmisión, modificación o extinción de relaciones y estados jurídicos.

El acuerdo de voluntades o la manifestación unilateral de la misma, tendrá en todo momento la definición de cual será su final, tomando en cuenta que esa finalidad se traducirá en el hecho de realizar una conducta activa o pasiva, esto es, que provocará la función de hacer o no hacer, y ello conllevará a afirmar que existirán objetos o fines directos e indirectos que por su naturaleza, difieren uno del otro, pero a su vez se encuentran íntimamente ligados, en el sentido de que la parte sustantiva del mismo objetivo lo constituirá el objeto directo, esto es, que se expresará la obligación de llevarlo a cabo o no hacerlo y por otro lado el punto principal de dicho objeto lo constituye la situación indirecta, que será el hecho de realizar físicamente o moralmente lo estipulado en el objeto directo o también el no llevarlo a cabo y provocar con ello una conducta pasiva que al final se traducirá en una obligación de no hacer.

Ahora bien, tratándose de objetos directos o indirectos del negocio jurídico que nos ocupa (El Fideicomiso) ambos deben reunir ciertas características que la doctrina y la ley, esta última de una manera especial y primordial, les establecen; como lo es el hecho de que el primero habrá de ser jurídicamente posible y en el segundo dicha posibilidad no se limita a ser únicamente jurídica sino física.

a) OBJETO DIRECTO E INDIRECTO

Toda manifestación de la voluntad individual o colectiva, tiene un común denominador que será el objetivo a seguir y la conclusión del mismo, de tal suerte que en los negocios jurídicos el objeto directo es, el nacimiento de todas las consecuencias jurídicas, o sea la creación, la modificación o extinción de Derechos y obligaciones dentro del Fideicomiso, de situaciones jurídicas concretas; por su parte el indirecto es precisamente la conducta del individuo en relación a proporcionar la acción ya sea positiva o negativa, la diferencia existe principalmente en el término sustantivo y el objetivo, lo cual provoca que el primero sea el fondo de la situación planteada y el segundo la prestación a cargo del obligado, que puede como ya mencionaba con anterioridad ser positiva de dar o hacer, o negativa en el sentido de abstenerse.

Por lo anterior ya sea que se trate de objeto directo o indirecto del negocio jurídico, lo cierto es que ambos deben reunir determinadas características, que implica que el primero deberá ser jurídicamente posible y el segundo su posibilidad no va a ser solamente jurídica sino también deberá llevarse a cabo físicamente.

En ese orden de ideas se puede manifestar, que la cosa en su carácter de objeto directo, deberá existir en el comercio tal y como lo menciona el artículo 1825 del Código Civil, ya que por el conducto indirecto deberá existir dentro de la naturaleza, en este sentido es preciso señalar los lineamientos que deberán seguir los puntos que se tomarán en cuenta dentro del contrato de Fideicomiso a celebrar.

Para adentrar los lineamientos observados con anterioridad al problema específico del Fideicomiso, es importante señalar que los efectos jurídicos creados por la Constitución del Fideicomiso son en primer lugar el régimen a que se someten los bienes fideicomitidos los cuales se consideran afectos al fin a que se destinan, y en consecuencia, sólo podrán ejercitarse respecto a ellos los Derechos y acciones que al mencionado fin se refieran, salvo lo que expresamente se reserve el fideicomitente, los que por el deriven del fideicomiso mismo, o los adquiridos con anterioridad a la constitución del fideicomiso, por el fideicomisario o por terceros, esto según lo establecido por la Ley General de Títulos y Operaciones de Crédito en su artículo 351.

En segundo término y en relación al Fideicomisario, si es que existe, independientemente de los Derechos que nazcan para él con motivo de la celebración del contrato de Fideicomiso, tendrá derecho a nombrar a la Fiduciaria para que ésta realice el fin u objetivo correspondiente, además de todos los derechos y obligaciones o inclusive limitaciones que el acto constitutivo de Fideicomiso le confieren.

Es importante destacar en este sentido, lo que versa el artículo 356 de la Ley General de Títulos y Operaciones de Crédito en relación a que si el fideicomitente designó en el acto constitutivo del fideicomiso a determinada fiduciaria para encargarle la ejecución el fin del fideicomiso, ello tendrá como consecuencia que la fiduciaria deberá de aceptar el desempeño del cargo por el mandato contenido en el artículo de referencia.

Los elementos que integran el objeto indirecto del acto constitutivo del fideicomiso pueden serlo toda clase de bienes y derechos, en consecuencia es factible que ese carácter lo tenga cualquier derecho sea real o de crédito, bienes corpóreos muebles o inmuebles, títulos de crédito, etc., los cuales deberán existir forzosamente en la naturaleza para reunir la característica establecida en el

concepto de posibilidad jurídica, además de estar en el comercio así como ser determinados o determinables en cuanto a su especie.

Cabe mencionar en este punto que uno de los objetivos fundamentales de la fiduciaria independientemente de que no sean pactados en el contrato constitutivo de fideicomiso, es cumplir el fideicomiso conforme a lo pactado en el mismo, conducirse conforme lo menciona específicamente la Ley General de Títulos y Operaciones de Crédito, como un bien padre de familia y responder de las pérdidas y menoscabo que por su culpa sufran los bienes fideicomitados; el comentario que antecede es con el objeto de enmarcar el punto relativo al fin que deberá perseguir el fideicomiso ya sea que se haya pactado en el contrato del mismo o por mandato de la ley específica.

3. ESCRITURA PUBLICA, TESTAMENTO

ESCRITURA PUBLICA.

Tomando en cuenta la opinión respecto a la esencia plena del Fideicomiso por parte del derecho Angloamericano, es importante destacar que aun cuando la escritura pública es una formalidad en los preceptos consuetudinarios o de hecho dentro de la formación de los fideicomisos, cabe aseverar que la observancia de las reglas establecidas para los mismos, deberán ser observados por quienes intervengan dentro de la relación fiduciaria, lo anterior parece lógico, pero la ley establece la intención de que las estipulaciones se manifiesten de manera apropiada; en ausencia de reglas concretas al respecto, no sólo pueden regirse las relaciones por manifestaciones verbales o por escrito, sino también por actos de conducta.

En el Derecho Español, existió el Proyecto Alfaro, dentro del cual se manifestaba que el Fideicomiso podía constituirse entre vivos, por escritura pública, por documento privado o aún verbalmente salvo en este último caso al tratarse de bienes inmuebles es necesario observar las limitaciones que establece el Código Civil en el sentido de que tratándose de los bienes que se mencionan, o sea el fideicomiso que constituye sobre bienes raíces, deberá obrar en escritura pública registrada, lo anterior es manifiesto según lo dispuesto por el artículo 20 del Código Civil.

En nuestro Derecho, por lo que se refiere a la Ley de fideicomisos de 1926 se establecía que el fideicomiso podía realizarse mediante escritura pública o por documento privado.

En la legislación actual del Derecho Positivo Mexicano, prescribe que la constitución de los Fideicomisos deberá siempre constar por escrito y ajustarse a los términos de la legislación común sobre transmisión de los derechos o transmisión de la propiedad de las cosas que se den en fideicomiso, esto es importante desde el punto de vista práctico, pues se pueden eliminar un sin número de obstáculos administrativos que conllevan al desarrollo óptimo de la actividad que se pretende desempeñar dentro de los fideicomisos; al referirnos a la legislación actual estaremos aplicando lo que establece el artículo 352 de la Ley General de Títulos y Operaciones de Crédito para interpretarlo en el punto exclusivo de la constitución de los fideicomisos. Cabe señalar que aplicando un apoyo supletorio de leyes, encontramos a manera de respaldo, lo que dispone el Código Civil en su artículo 2316 en el sentido de que el contrato de compraventa no requiere para su validez formalidad alguna especial que vendría siendo, la escritura pública, sino cuando recae sobre bienes inmuebles. Al respecto el artículo 2317 continúa con el precepto y establece que la venta de un inmueble que tenga un valor hasta cinco mil pesos podrá hacerse en instrumento privado, que firmarán el vendedor y el comprador ante dos testigos; por su parte el artículo 2320 del mismo Código establece que si el valor del inmueble excede de cinco mil pesos su venta se hará en escritura pública. Para efecto de las donaciones se estipula en el artículo 2345 del Código de referencia, que tratándose de donación de bienes inmuebles se estará a lo dispuesto por las reglas para la compraventa de los mismos.

Por lo anterior, es factible asegurar que por el monto del valor de los inmuebles en la actualidad, es necesario que los fideicomisos si se realizan sobre bienes raíces, sean en su totalidad, otorgados mediante escritura pública, no así tratándose de muebles que para su constitución no es necesaria tal formalidad.

TESTAMENTO.

Por lo que se refería en la antigüedad al fideicomiso testamentario o por testamento, éste debería ser otorgado con las formalidades que le eran características, esto es, que debería estimarse como un acto testamentario, pero cuyos efectos hayan de surtirse después de la muerte del constituyente.

Esta aseveración no es válida en nuestro Derecho en el sentido de que una vez que se establece el contrato de fideicomiso, el mismo puede aplicarse sin necesidad de esperar a que fallezca el constituyente o los constituyentes salvo en que el mismo contrato así lo establezca.

El testamento como tal, puede no ser siempre por escrito como lo establece el Código Civil, pero para efectos prácticos dentro de la actividad fiduciaria es importante que se establezcan lineamientos exclusivos en este sentido, pues al no haber una legislación específica al respecto, se cae en el error de malinterpretar las disposiciones establecidas cuando el fideicomiso se adquiere de una forma no idónea dentro de un testamento de los que se enumeran para tal efecto en el Código Civil.

Es preciso pues, establecer los lineamientos, suprimiendo lo establecido en el Código Civil y trasladarlo a la ley aplicable en materia mercantil en el punto específico del Fideicomiso Testamentario, pues el Código Civil establece en su artículo 1500, que el Testamento Ordinario puede ser, Público abierto, mismo que se otorga ante Notario y tres testigos idóneos; Público cerrado, que puede ser escrito por el testador o por otra persona a su ruego en papel común. El Ológrafo, que es el escrito de puño y letra por el testador, y el especial que puede ser Privado, Militar, Marítimo o hecho en país extranjero.

En este sentido si es necesaria la aplicación concreta a la legislación que regula el fideicomiso, puesto que si para que tenga validez plena éste, o sea el Fideicomiso debe de otorgarse en escritura pública, pues el testamento debe de estar elaborado con asesoramiento y participación escrita y formal de los que en él intervienen en el momento, y no estipularse por testamento las obligaciones que se contraerán mediante dicho fideicomiso, sin tener conocimiento en el momento de su constitución los involucrados en él.

4. AUTORIZACION ADMINISTRATIVA.

En el punto de estudio, cabe hacer el paréntesis de que en virtud de lo establecido por la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos así como de las diversas leyes que de ella emanan, en relación a las prohibiciones que tenían y tienen hasta la fecha los extranjeros para adquirir bienes principalmente inmuebles en el Territorio Nacional, es importante que sea tomado en cuenta este punto debido a que muchos fideicomisos son manejados de forma oculta o limitada respecto a la injerencia de extranjeros en las relaciones fiduciarias.

Debido a lo anterior y según lo dispuesto en el decreto de fecha 29 de junio de 1944 se estableció la necesidad transitoria de obtener permiso para adquirir bienes por parte de extranjeros y sociedades mexicanas que tuvieran socios extranjeros, siempre y cuando antes de cualquier situación se haya obtenido permiso específico e individual en el caso concreto, por parte de la Secretaría de Relaciones Exteriores para la adquisición de negociaciones o empresas o el control sobre ellas, de las ya existentes en el país dedicadas a cualquier actividad

industrial, agrícola, ganadera, forestal, de compraventa o explotación con cualquier fin, de bienes rústicos o urbanos, o de fraccionamiento y urbanización de los mismos, para la adquisición de bienes inmuebles destinados a la prestación de servicios de las actividades antes señaladas; la adquisición de bienes raíces urbanos o rústicos, cualquiera que fuera la finalidad a que se dedicaren, la adquisición de tierras y aguas y sus accesorios esto según lo dispuesto por el artículo 27 constitucional en su fracción primera en el sentido de que en primer término el dominio de tierras y aguas será de uso exclusivo de la Federación; por último la adquisición de concesiones de minas, aguas o combustibles minerales permitidas por la legislación ordinaria.

Cabe mencionar que para los efectos del decreto, se asimilaba a las adquisiciones que se observan entre los primeros cuatro casos, el arrendamiento por mas de diez años y los contratos de fideicomiso en que el fideicomisario fuera alguna persona extranjera.

En ese decreto se establecía también que los actos llevados a cabo en contravención a las disposiciones del mencionado decreto, no producirían efectos de ninguna especie en favor de las personas que en ellos hubieren intervenido, para lo cual los bienes fideicomitados en esa figura, pasarían a ser Propiedad de la Nación, y se mencionaba que a los Notarios, Jueces y demás funcionarios no deberían de dar la autorización de elaboración, autorización o inscripción de documentos que contravienen las disposiciones del Decreto.

A partir de la fecha citada de 1944 y según lo establecía el mismo decreto, era de carácter transitorio, pero la Secretaría de Relaciones Exteriores ha seguido imponiendo su autorización previa a la celebración de fideicomisos sobre inmuebles sin que para ello exista una justificación legal apreciable debido a que no en todas las operaciones de fideicomisos cuyo objeto está vinculado a inmuebles intervienen extranjeros.

III. DIVERSOS ELEMENTOS DE VALIDEZ DE LOS FIDEICOMISOS

Haciendo referencia respecto al punto que nos ocupa y partiendo del análisis del aspecto de los Fideicomisos, es aplicable la división que para los contratos en general se ha estipulado, esto es, para el desarrollo pleno de todas y cada una de las partes que conforman el Fideicomiso es necesario que los mismos se guíen por lineamientos que además de ser regulados por la ley de la materia, marquen la pauta de validez en todas las funciones del fideicomiso.

Es así como la licitud en el objeto, el fin, motivo o condiciones propias del fideicomiso, la capacidad de ejercicio, la forma y la ausencia de vicios en la voluntad; son los elementos que todo fideicomiso deberá de reunir para el buen desempeño de sus funciones.

Las características particulares de cada uno de los puntos anteriormente señalados deberá adecuarse a la función específica de cada fideicomiso pero con el apoyo a la generalidad de los preceptos establecidos en la ley, de tal suerte que la ausencia de vicios en la voluntad de alguna de las partes puede no ser de tanta importancia en un fideicomiso de educación como en un Fideicomiso Testamentario.

Al igual que los aspectos medulares de cualquier otra figura jurídica, el fideicomiso cuenta con los elementos que lo hacen ser eso (una figura jurídica), por lo tanto para poder estudiarlo es necesario estudiar y analizar todos y cada uno de sus componentes.

El Derecho Mercantil protege y tutela todas las figuras que de él emanan, éste mismo derecho es tan cambiante como cualquier otro debido a que evoluciona de acuerdo a las necesidades y posibilidades que la sociedad reclame. En este sentido, nuestra sociedad se va actualizando y va creando mecanismos que coadyuvan a la globalización mundial.

Los fideicomisos al igual que la sociedad necesitan la actualización en cada momento; desde el punto de vista mercantil el desarrollo social demanda nuevos cambios que vienen encaminados con la creación de bloques económicos a nivel mundial dichos bloques al igual que las nuevas figuras que aunque no son nuevas si cobran un auge preponderante en el sistema jurídico y económico de cualquier país, tal es el caso del arrendamiento financiero que no obstante de ser una figura jurídica específica, también tiene relación estrecha con el desarrollo evolutivo de las situaciones mercantiles.

Así como la figura que nombramos con anterioridad, también el fideicomiso tenderá a modificar sus estructuras que no necesariamente de fondo pero si con un especial énfasis en la modernización de sus componentes para lograr el

crecimiento continuo y acorde con las necesidades de nuestros días. Es preciso entonces analizar los elementos de validez de los fideicomisos tal y como se enumeraron, para conocer de ellos las particularidades y los alcances de las funciones que cada uno de ellos tiene encomendadas.

1. LICITUD EN EL OBJETO, EL FIN, MOTIVO O DENTRO DE CONDICIONES PROPIAS DEL FIDEICOMISO.

En términos generales, la licitud del objeto, del fin o motivo de la condición de todo negocio jurídico, consiste en que estos vayan en concordancia a las leyes de orden público y a las buenas costumbres, en este punto es importante recalcar que las leyes del orden público como lo manifiesta Planiol, correspondientes al Derecho público, las relativas a la organización del Estado o a las obligaciones y Derechos de los particulares en materia política, son las que perteneciendo al Derecho Privado, fueron motivadas por un interés general que se menoscabaría si los particulares impidieran su aplicación en tanto que las buenas costumbres debemos entenderlas como la concepción que la sociedad de cierto tiempo y lugar tenga respecto a lo que es moral (15). Por ende todo lo que es moral es legal, es decir que no se repudia por la sociedad y en consecuencia no veta ninguna ley.

En este orden de ideas, la concepción que adopta Gutiérrez y González respecto a las costumbres es la siguiente: " Son un conjunto de hábitos, prácticas o inclinaciones observadas por una agrupación humana en un lugar y momento determinado y a los cuales deberá atender el juzgador para sancionar el acto".

Para la mejor introducción de lo que deberá significar el objeto dentro de los fideicomisos es necesario apegarse a lo estipulado en el artículo 346 de la Ley General de Títulos y Operaciones de Crédito, que dice lo siguiente:

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

(15) La moral desde el punto de vista jurídico, debe tomarse a nuestro parecer como la expresión correcta de las acciones de un individuo que vive en determinado grupo; encaminando dichas acciones al bienestar común

Así como el artículo 347 de la misma Ley, menciona que:

“El fideicomiso será válido aunque se constituya sin señalar fideicomisario, siempre que su fin sea lícito y determinado”

No obstante lo anterior en el sentido de que el fin del fideicomiso debe ser lícito, ello o su ilicitud, así como la del objeto, la del motivo o la de la condición, habrán de ser calificadas particularmente en cada acto constitutivo de un fideicomiso como en el de cada contrato que se celebre para su ejecución.

En este sentido existe una afirmación de Rodolfo Batiza que nos dice “ que la autoridad judicial, como intérprete de las concepciones de orden público y de las buenas costumbres prevalecientes en la colectividad, será la que resuelva en cada caso si el fin de un fideicomiso está o no en la pugna con tales concepciones.”

La conclusión entonces sería que el motivo o fin será determinado por las condiciones dadas para cada efecto siempre y cuando estén establecidas en la ley y se encuentren reguladas en el consenso social existente en el momento en que se crea el fideicomiso.

2. CAPACIDAD EN GENERAL

Como sabemos, la capacidad en general se divide y de su ramificación, por un extremo surge la capacidad jurídica o de goce, y la capacidad de ejercicio o de obrar por el otro.

En ese sentido podemos definir a la capacidad de goce como “una aptitud del sujeto de ser titular de obligaciones y derechos”. Si bien dicha capacidad es atribuida al individuo por los preceptos legales, también es cierto que en la actualidad y en virtud del desarrollo del hombre que vive en sociedad, cada vez es más amplia la gama de Derechos que le son atribuidas a ese individuo.

No obstante que el Estado se encuentra en una situación superior a los particulares, estos lo crearon, o como lo menciona la Carta magna, es el depositario de la Soberanía pues ésta radica en el pueblo y en consecuencia lo crearon para que por medio de él les sean reconocidos sus derechos inherentes.

El estado es creación del hombre y su finalidad al crearlo fue para ponerlo al servicio del mismo y regular su conducta mediante lineamientos jurídicos establecidos.

Han quedado atrás determinadas figuras e instituciones jurídicas como la esclavitud y la muerte civil (quitar cuanto derecho inherente tuviera el individuo) en este punto cabe hacer mención de lo que Rojina Villegas manifiesta en su compendio de Derecho Civil, y nos dice que el embrión humano tiene capacidad antes de nacer para ciertas consecuencias de Derecho y principalmente tiene capacidad para heredar, para recibir en legados y para recibir en donación por lo que me uno a su opinión manifestando que es una buena forma explicativa sobre la teoría de la personalidad.

La capacidad de ejercicio o de obrar como la llaman algunos autores podemos identificarla como " La aptitud reconocida del sujeto para ejercitar válidamente manifestaciones de voluntad dirigidas a modificar la propia situación jurídica."

El reconocimiento a que nos referimos puede restringirse o inclusive suprimirse, prevaleciendo la capacidad de goce; así por ejemplo un bien puede pertenecer a un menor de edad (capacidad jurídica) y precisamente por esa minoría no puede disponer libremente de él, por lo que en ese supuesto se le coarta su libertad de ejercicio o capacidad de ejercicio.

Por otro lado tomando en cuenta una definición que para nuestro punto de vista reúne las características generales de lo que entendemos por capacidad de ejercicio, es lo que nos manifiesta el Maestro Rojina Villegas, quien nos dice que " La capacidad de ejercicio, supone la posibilidad jurídica en el sujeto de hacer valer directamente sus derechos, de celebrar en nombre propio actos jurídicos, de contraer o cumplir sus obligaciones y de ejercitar las acciones conducentes ante los Tribunales".

Aunque no todos están de acuerdo manifestamos en lo personal que es la adecuada, otra opinión nos la anota Trabucchi, diciendo que la capacidad de obrar sustancial es una y la capacidad de obrar procesal o formal es otra, la primera se refiere a la aptitud de obligarse, para celebrar negocios y actos jurídicos, para cumplir personalmente las obligaciones, para administrar y disponer libremente de los bienes, etc., pero la segunda que en el sentido estricto la que nos incumbe, le denota la posibilidad de comparecer en juicio sin necesidad de hacerlo mediante representantes legales.

De acuerdo con los artículos del Código Civil que regulan lo concerniente a la capacidad de ejercicio, los mayores de edad cuentan con un punto jurídico que les permite disponer libremente de sus bienes, mediante la celebración de negocios jurídicos.

Conforme lo dispuesto por el Código Civil en su artículo 23 nos establece que " El mayor de edad tiene la facultad de disponer libremente de su persona y de sus bienes, salvo las limitaciones que establece la Ley". Precepto que se relaciona con el artículo 647 del mismo Código.

Para ahondar más en el asunto, el artículo 450 del ordenamiento de referencia nos establece que son incapaces tanto natural como legalmente los menores de edad, los mayores privados de sus facultades mentales, aún en los momentos lúcidos, los sordomudos que no sepan leer ni escribir y los ebrios consuetudinarios o adictos en forma habitual al uso exagerado de drogas y enervantes.

De tal suerte que podemos desprender que podrá ser fideicomitente, por encontrarse en aptitud legal para afectar sus bienes, todo mayor de edad que no esté incapacitado por alguna de las causas señaladas en el artículo 450 del Código Civil, asimismo., para que sea válido un Fideicomiso que tuviere como objeto determinado bienes o derechos propiedad de un incapacitado, deberá llevarse a cabo por medio de sus representantes, quienes a su vez deberán solicitar la autorización judicial que nos menciona el Código Civil dentro del artículo 561 además de otros relativos al mismo; ahora si razonamos, la incapacidad de ejercicio que impide celebrar negocios jurídicos a un menor de edad o a un enajenado mental, aún en los momentos lúcidos tienen algunas excepciones como ejemplo mencionaremos que la fracción primera del artículo 1306 del Código civil establece que el menor que no ha cumplido 16 años trátase de hombre o mujer, está incapacitado para testar, podemos entender entonces que podrá hacerlo en caso de contar con la edad mínima establecida. Además el artículo 1307 del mismo Código civil declara válido el testamento que se otorga por un enajenado mental en determinados momentos de lucidez, por lo tanto con los requisitos señalados en el Código de referencia, nada impide que cualquiera de los dos casos que hice mención constituyan un Fideicomiso que va a surtir efectos después de la muerte y además fije las bases sobre las cuales se ejecutará.

Así pues si se toma en cuenta el contenido de los preceptos relativos podemos afirmar que para el otorgamiento del acto constitutivo del fideicomiso y para la celebración del contrato por el que se acuerde su ejecución, deben tenerse en cuenta a nuestro parecer las siguientes circunstancias:

En primer lugar se trata de negocios formales en oposición tanto a consensuales como a solemnes, pues si bien el artículo 352 de la Ley General de Títulos y Operaciones de Crédito, nos remite a la legislación civil para la solución de estos aspectos y el código civil nos establece que los contratos se perfeccionan por el mero consentimiento excepto aquellos que deban de reunir una forma establecida por la ley y además la excepción legal se presenta sólo en negocios mediante los

que se enajena un inmueble, podemos afirmar que la constitución del fideicomiso deberá constar siempre por escrito.

La constitución del fideicomiso así como la celebración del contrato en el que se deban establecer las bases para su ejecución deben llevarse a cabo en escritura pública cuando el valor convencional de los bienes que son su objeto indirecto, exceda de treinta mil pesos, debiendo ser inscritos, en su caso, en la sección correspondiente del Registro Público de la Propiedad (16).

3. FORMALIDADES EN SU CONSTITUCION Y DESEMPEÑO

En algunas observaciones anteriores dijimos que uno de los requisitos que debe reunir la manifestación de la voluntad o consentimiento en su caso, es expresarse en observancia a la forma que la ley establece para tal declaración, la cual, bien puede no exigirse, pudiendo la voluntad en este caso ser manifestada tácitamente, o bien por el contrario ser por escrito; ya sea privado o en escritura pública, o bien revestirse de ciertas formalidades esenciales que se han considerado en más de las veces como solemnidades (17).

Como una opinión y a manera de resumen podemos afirmar que los actos jurídicos atendiendo a su forma podemos clasificarlos en consensuales, formales y solemnes.

Los consensuales son actos para cuya validez no se requiere de ninguna formalidad; por lo tanto cualquier manifestación de voluntad será válida, ya sea verbal, por escrito, por señas o se desprenda por actos que hagan presumir la voluntad.

(16) Esa deducción obedece a lo establecido en el artículo 78 de la Ley de Notariado, así como en los artículos 352 y 353 de la Ley General de Títulos y Operaciones de Crédito, además en la fracción XII del artículo 48 del Reglamento del Registro Público de la Propiedad.

(17) Parece muchas veces impropio afirmar que los negocios consensuales no requieren de forma si por ella entendemos los medios utilizados para la objetización del negocio, todo acto jurídico la tiene; así cabe hablar de forma consensual; lo que no requieren los actos consensuales son formalidades.

Por lo que respecta a los formales, en estos es necesario, que la voluntad se exprese por escrito para que tenga validez, por lo tanto, sólo se acepta el consentimiento expreso y por escrito, dentro de la expresión escrita para nuestro parecer existen dos formas. El documento público y el privado, entendiéndose a grandes rasgos como público el que se realiza con una instancia que cuente con fe pública y el privado aquél que se realiza entre particulares.

Como última circunstancia los actos pueden ser solemnes; y son aquellos actos en los que debe observarse una formalidad especial y por escrito, otorgándose ante funcionario determinado, bajo la sanción de declarar inexistente el acto si no se cumple.

4. AUSENCIA DE VICIOS EN LA VOLUNTAD DE LAS PARTES.

La problemática que se genera y las reflexiones que se hagan respecto a una voluntad viciada, deben tener precisamente a ésta como punto de partida, pues de ninguna manera podemos afirmar que la voluntad cuyo titular o de quien emana, cuente con dolo, o bien mala fe, sea víctima de un vicio, más bien mediante el dolo se vicia una voluntad ajena la que incurre o permanece en error, y por medio de la mala fe se disimula un error que existe en posterior momento.

Con lo anterior desde mi personal punto de vista, sólo el error es un vicio de la voluntad y el dolo y la mala fe son elementos que propician el error.

Podemos entenderlo si tomamos en cuenta la definición de cada uno de los elementos mencionados, así tenemos que: " Se entiende por dolo dentro de los contratos, cualquier sugestión o artificio que se emplea para inducir al error, o mantener en él a alguno de los contratantes". "Por mala fe, se entiende la disimulación del error de una de las partes una vez conocido éste". (Definición enmarcada dentro del artículo 1815 del Código Civil).

Cabe agregar que si en un momento dado el dolo y la mala fe no logran su propósito, es decir que se frustra su intención de provocar o disimular el error, surge un negocio jurídico liberado de nulidad por esa causa, en consecuencia no se afecta de nulidad por el hecho de que se mantenga el dolo y la mala fe.

Partiendo de la misma base la voluntad que ejerce violencia no es una voluntad viciada; en realidad, la violencia es un medio para viciar una voluntad ajena infundiéndole temor o desesperación.

Desde el punto de vista victimológico, esto es en el ámbito penal, la palabra violencia designa el medio de coacción empleado y no el efecto producido sobre el espíritu de la víctima.

En este sentido existen algunas aseveraciones como las que nos manifiesta Manuel Borja Soriano en su libro de la Teoría General de las Obligaciones, diciendo que el temor experimentado por la víctima de la violencia es el que constituye el vicio del consentimiento, más que los actos exteriores que le dieron origen. En el mismo orden de ideas Manuel Bejarano Sánchez nos establece en sus tesis " El error vicio de la voluntad, motivo de la invalidez de los actos jurídicos, " lo siguiente: Que un elemento psicológico como es la voluntad, no puede ser viciado por un hecho físico (la violencia) sin caer en una ficción jurídica no sólo innecesaria sino perjudicial.

Ahora bien, lo expresado en el sentido de que el temor es vicio de la voluntad cuya provocación está a cargo de la violencia sea física o moral según consistía en vías de hechos o amenazas, debemos considerar que la primera no sólo puede infundir temor en una voluntad, sino también es factible que mediante ella se provoque dolor físico, el cual, a su vez se traduce en temor ya que este último es de algún mal futuro y el mal producido por el dolor es actual; se sufre al momento. Este sufrimiento físico, el dolor se proyecta mentalmente transformándose en desesperación, también como vicio de la voluntad.

En consecuencia, me permito afirmar que la violencia física que coarta la libertad de una voluntad, lo puede hacer bien mediante la inspiración de un mal futuro que ocasiona temor o también desesperación causada por el dolor físico logrado por esa clase de violencia.

Es de reconocerse también que no obstante la categoría de los vicios en la voluntad que tienen el temor y la desesperación y que mediante la violencia se provocan, su regulación implica una serie de dificultades en muchas de las veces por lo subjetivo de su contenido. Es por eso que nuestro Código Civil regula a la violencia, pues ésta se encuentra más al alcance de su fácil apreciación, debido a lo evidente de sus manifestaciones.

La lesión ha sido considerada por algunos autores como vicio de la voluntad, por mi humilde opinión es inexacta la apreciación de esas personas, ya que la lesión se encuentra en la desproporción exagerada que puede haber entre las prestaciones recíprocas de un negocio en el que se conmuta una cosa por otra, esto es, que existe el otorgamiento de Derechos y obligaciones de las partes, independientemente a la libertad, conciencia o condición de la voluntad en la que se encuentran los otorgantes.

La meditación anterior es independiente a lo que nos establece el Código Civil en su artículo 17, que nos dice que la desproporción de las prestaciones aunque se origine por el abuso del ganancioso quien se vale de la miseria, ignorancia o inexperiencia de otro contratante, pues cualquiera de estas situaciones en que puede encontrarse una persona no implica, por sí solas, que su voluntad esté por falta de libertad o de conciencia.

Podemos advertir que aún en el supuesto de atribuir el carácter de vicios a esas situaciones, de todas maneras la lesión no se confunde con ellas, pues en ese caso viene a ser consecuencia de las mismas en la celebración de un negocio jurídico bilateral (en el que intervengan necesariamente dos o más voluntades). Además, si la parte perjudicada estuviera consciente del perjuicio que iba a sufrir, puede considerarse que su voluntad carecería de libertad, puede ser que dicha carencia haya surgido por una necesidad imperiosa; y si desconocía tal lesión, la hipótesis puede traducirse en error y este sí es un vicio de la voluntad.

A) EL ERROR

Previamente a la realización de un negocio jurídico, la voluntad de las partes, delibera o medita en su interior en relación a una serie de factores que influyen en la probable celebración del acto jurídico a celebrar. Es decir, toman en cuenta y valoran entre otras cosas, las razones que les induce a crear determinadas consecuencias de Derecho, las características de las personas o la persona con quien contratan, la prestación o las prestaciones objeto de las obligaciones creadas, la identidad de la persona beneficiaria de las consecuencias, el contenido y cualidades de la cosa que es materia del negocio, y así de valorar todos esos factores, se forma una concepción de lo que cada individuo supone respecto al negocio a celebrar.

Ahora bien, cuando esa noción, concebida y meditada por el sujeto, coincide con la realidad, el negocio de que se trata se realizará felizmente si es que no adolece de otro defecto; por el contrario, si se tiene una noción inexacta de la realidad, la voluntad será víctima de error y éste, muy probablemente, provoque la nulidad de la figura que se esté negociando.

Por lo anterior podemos definir al error desde un punto de vista muy simple "El error es una falsa apreciación de la realidad", coincide en parte de algunas otras definiciones entre ellas la del francés Lacantinerie, quien establece que "error es la falsa noción que nosotros tenemos de una persona o de una cosa", el jurista italiano Trabucchi, que el "el error es una falsa representación de la realidad que concurre a determinar la voluntad del sujeto", otra de las aseveraciones respecto al error es la que nos define Von Tuhr, quien establece que " el error existe

cuando la idea que el hombre tiene respecto de algo no corresponde a la realidad", y por último nos manifiesta " De Gasperi, que el error es la noción falsa que tenemos de una cosa".

Tomando en consideración los diferentes aspectos con que es tratado el error en concordancia con las diferentes definiciones, concluimos definiendo al error como al principio manifestamos diciendo que "El error es una noción falsa sobre la realidad", y en ese sentido estimo que debe contener dos elementos dentro de los negocios jurídicos; el primero es la concepción psicológica que de la realidad se forma un sujeto, autor o parte del negocio jurídico, ya sea por la identidad de la persona con quien se contrata, la naturaleza del negocio al estar celebrándolo, las cualidades de la cosa objeto del mismo, etc., y el segundo elemento lo consideramos encaminado a la discordancia entre la realidad y la concepción de los diferentes puntos anotados por parte de quien celebra el acto, por ejemplo: alguien pensó en un inicio determinadas causas que según su apreciación se generaron por parte del acto celebrado y las consecuencias no suceden como las supuso y entonces se pregunta, ¿ No lo realicé con quien suponía?.

Por otra parte consideramos que la doctrina en general está de acuerdo con la distinción que prevalece entre el error y la ignorancia. El primero como mencionábamos es una noción falsa de la realidad mientras que la segunda va más allá debido a que implica la carencia total de noción sobre la realidad. Independientemente de lo anterior existe identidad entre los efectos externos producidos por el error y la ignorancia, pues uno y otra, se traducen en una deformación reflejada en la estructura del negocio; en el primero o sea el error, porque el sujeto supuso consecuencias distintas, y en la ignorancia por carecer de todo elementos que lo adentra a la realidad.

Para efectos de la aplicación de este elemento dentro de los fideicomisos, recapitulamos lo vertido en los planteamientos iniciales y nos permitimos aseverar que todo contrato fiduciario amerita celebrarse entre dos o más personas que conscientes o inconscientes tengan una noción de la realidad comprometida; pues de no llevarse a cabo de esa manera el negocio fiduciario, se estaría invalidando desde un inicio, pues no existe la visión real de las consecuencias de lo pactado, de tal suerte que para alguien que carezca de conocimiento de consecuencias jurídicas, deberá ser representado en el acto por alguien con capacidad.

B) DIFERENTES TIPOS DE ERROR

Debido a la variedad de errores que pueden causar problemas a la voluntad de quien intervenga en el negocio jurídico, es necesario clasificarse, según su contenido y por considerar de importancia doctrinal y práctica la conclusión de los resultados, podemos clasificar al error en cuatro grupos. **El primero.-** El error de

hecho, si recae por ejemplo en la naturaleza del negocio celebrado, sobre la identidad, sustancia, característica o cualidades de la cosa, o sobre la identidad o característica de la persona con quien se contrata o es beneficiaria en el negocio correspondiente. **Segundo.-** Error de Derecho, definiéndose como "falso entendimiento de la ley que determinó una formación errónea de la voluntad", en este sentido el autor Rafael Rojina Villegas en su libro "Compendio de Derecho Civil", dice que el error de Derecho es aquel que tiene lugar cuando la causa determinante del autor o de las partes del acto, se funda en una creencia falsa respecto a la existencia o a la interpretación de una norma jurídica. **Tercero.-** Error de cálculo, producido por un resultado distinto en las ventajas derivadas de la celebración de un negocio. **Cuarto.-** Error de cuenta, se desarrolla cuando existe un acto equívoco matemático.

En virtud de este preámbulo, podremos enumerar las características y las subdivisiones de cada uno de ellos de la siguiente forma:

Error de Hecho; con sus grados, i) Error obstativo, ii) Error Nulidad, iii) Error Indiferente.

i) ERROR OBSTACULO

También es conocido como obstativo, y consiste entre una divergencia, esto es una descoordinación entre la voluntad y su declaración, ocasionando una manifestación de voluntad irreal, que puede sufrir de causas internas o externas del sujeto; las primeras surgen por lo general por distracción o negligencia, así como una ignorancia del verdadero significado de la declaración y las segundas surgen cuando el declarante se vale de algún medio de comunicación o de envío para documentar la declaración o comunicarla al destinatario, un ejemplo es cuando un individuo para comunicar o manifestar su voluntad contrata servicio de mensajería o lo hace por medio de telegrama o cualquier otro medio directo.

Con referencia específica al Fideicomiso, cuando el negocio ya fue realizado, no obstante la presencia de un error obstativo es el momento oportuno de estudiarlo, pues no tiene sentido ni relevancia jurídica el hecho de analizar el error en un negocio que aún no se celebra.

En este sentido Rojina Villegas nos comenta en su compendio de Derecho Civil, que parte de este error obstáculo y aplicado al Fideicomiso puede tomarse como un error sobre la naturaleza del negocio, diciendo que se presenta cuando un sujeto cree haber celebrado una determinada operación y en realidad una persona entiende que la operación que se va a realizar es una compra-venta y la contraparte está en el entendido de que se celebrará un arrendamiento.

Es importante analizar por características trascendentes el aspecto de la cosa que se va a negociar, en el sentido de que a manera de ejemplo, el inmueble es el ubicado en Querétaro, pero fideicomitió el que se encontraba en el Estado de México.

Se estará también en el error obstáculo cuando el mismo recaiga sobre la identidad de la persona con quien se contrató o sobre la que se fideicomitió con alguna persona y en realidad el negocio se realizó con otra distinta, podemos ejemplificar este último hecho, cuando dentro de un fideicomiso cualquiera, se establece como fideicomisario a José Reséndiz y en realidad a quien se pretendía establecer como beneficiario del Fideicomiso era a Pascual Bailón.

ii) ERROR VICIO

Este tipo de error también es considerado por algunos autores como error Nulidad entre ellos Rojina Villegas, para mayor abundamiento sobre esta clase de error, se debe tomar en cuenta una definición del mismo, así podemos decir que " el error vicio consiste en una falsa representación que determina al sujeto a que querer en un determinado modo", esto es, que la voluntad existe y corresponde a la declaración, sin embargo, la voluntad está viciada en su formación; el error en este caso es un aliciente de la voluntad.

Para explicar lo anterior y como nos lo menciona Borda (18) pueden considerarse como especies de error vicio, al que recae sobre la sustancia de la cosa y al que hace lo propio sobre las cualidades de la persona, y el que recae sobre el motivo determinante de la voluntad como lo establece el Código Civil en su artículo 1813 y nos dice que:

El error de Derecho o de hecho inaválida el contrato cuando recae sobre el motivo determinante de la voluntad de cualquiera de los que contratan, si en el acto de la celebración se declara ese momento o si se prueba por las circunstancias del mismo contrato que se celebró este en el falso supuesto que lo motivó y no por otra causa.

(18) Autor Argentino " El Error de Hecho y de Derecho", 2ª. Edición, Buenos Aires, 1950, pág. 74.

Para ejemplificación del concepto es muy similar al anterior, podemos decir que el error vicio se da cuando la materia substancial del negocio varía, de esa forma, incurre un error vicio (de sustancia), cuando un individuo creyendo comprar una cadena de oro en realidad adquiere una de plata.

Dentro del aspecto específico del fideicomiso, supongamos que el objeto a fideicomitir es una pintura de Tamayo pero en realidad se trata de la copia de esa pintura.

Otra versión referente al mismo tópico es el siguiente: podría pensarse en un fideicomiso por el que el fideicomitente afectó un bien para fines que beneficiarían a un tercero, por haber creído aquél que obtuvo un premio en cierto concurso que le permitiría comprar un bien de la misma especie y de mejor calidad del fideicomitido y que en realidad no obtuvo un beneficio como lo esperaba, eso es, que cuenta con el mismo bien sólo que con diferentes características.

iii) ERROR INDIFERENTE

Existen algunos negocios jurídicos en cuya creación o desenvolvimiento no se abarcan cuestiones principales o personales de las partes que al omitirlas generan repercusiones secundarias.

En tal virtud podemos considerar al error indiferente, como el que recae sobre aspectos secundarios del negocio jurídico.

Para la aplicación del error indiferente dentro de los fideicomisos a manera de ejemplo podemos decir que para la celebración de un fideicomiso en el que el fideicomisario va a ser determinada persona y ya se estipuló en la creación del mismo, no es trascendente el hecho de que la persona designada como beneficiario tenga determinado carácter o tenga determinado domicilio ya que esto en esencia no va a afectar la validez del fideicomiso.

Un ejemplo que posiblemente surge en determinadas circunstancias y dentro de cualquier fideicomiso, en el cual estaremos en el error indiferente es el hecho de afectar un bien en fideicomiso designando y encargando su ejecución a una institución de crédito, creyéndola otra, no se puede afectar en este sentido su validez, esto desde nuestro punto de vista, ya que todas las instituciones son reguladas por lo que anteriormente se conocía como la Comisión Nacional Bancaria y de Seguros y que en la actualidad la conocemos como la Comisión Nacional Bancaria y de Valores.

B) ERROR DE DERECHO.

Para entender el objetivo del error de Derecho, dentro de los Fideicomisos, tomaremos en cuenta algún antecedente que nos maneja en su libro "Historia del Fideicomiso en Derecho Romano" Manuel Torres Partida, cuando nos establece que los romanos eran muy apegados a Derecho y por lo tanto si alguien desconocía determinados ordenamiento, existían las instancias y las personas adecuadas para asesorarse, en tal virtud se presumía el conocimiento de Ley.

Sentimos que el problema que representa el estudio del error de Derecho gira en torno de dos figuras que pudieron verse y entenderse de una manera semejante. En este sentido a veces la ignorancia de la ley se utiliza como pretexto para manipularla y el error de Derecho es causa de invalidez cuando acontece en un negocio jurídico.

Por lo tanto, la ignorancia de la ley no implica que ésta deje de tener vigencia en el lugar o en el acto en que se esté aplicando.

El error de Derecho difiere del error de hecho, porque el último, recae sobre algún elemento interno del negocio mientras que el primero recae sobre un aspecto ajeno al mismo aunque principalmente recae en la intervención equivocada de cierta disposición legal.

Este tipo de error, me permito creer que recae no en la identidad de la persona con quien se contrata, ni sobre las características de la cosa, sino que se asienta en una disposición legal, respecto de la cual se tiene una falsa interpretación y un desconocimiento del sentido legal de la Ley.

Aplicando este sentido al fideicomiso pondremos como ejemplo el hecho de que se fideicomitía el beneficio de un inmueble al fideicomisario, pero las características de dicho inmueble según el contrato de fideicomiso será que contará con cinco pisos de altura; se celebra la operación correspondiente y al ejecutarse, la fiduciaria encuentra oposición por parte de la ley en el sentido de que en lugar sólo pueden construirse edificios que tengan como máximo tres pisos de altura.

Analizando lo anterior el fideicomitente actuó de buena fe y mediante el asesoramiento de la fiduciaria quien al mismo tiempo realizó los trámites para la celebración del fideicomiso, con apego a Derecho pero no contó con la oposición en las últimas circunstancias esto es, al momento de ejecutarse la materia del fideicomiso que la ley lo impediría; por su parte el fideicomisario, dejaría de percibir las ganancias que le provocaría la construcción del edificio y entonces

estaría en posibilidades de demandar la invalidez del fideicomiso si es que el fideicomitente no lo hace primero.

A manera de conclusión diremos que el error de Derecho afecta de fondo al fideicomiso por lo tanto este puede ser invalidado en el momento en que surja la falsa interpretación o un desconocimiento de la Ley.

C) ERROR DE CALCULO Y CUENTA.

Algunos autores confunde el error de calculo con el de cuenta, entre ellos Borja Soriano, me permito entonces decir que apoyándonos en lo que nos establece Juan Manuel Jornada Barca en su libro " Naturaleza, Estructura y Efectos del Negocio Fiduciario", que cada elemento tiene diferente sentido, **pues el error de cálculo se refiere a las suposiciones que un contratante puede crearse respecto a los mayores beneficios que le produzcan la celebración de cierto negocio, y el de cuenta por su parte consiste en el equivoco resultado obtenido de operaciones matemáticas.**

En tal virtud, el error de cálculo no provoca la nulidad del negocio jurídico, que se cometa, ya que la buena o mala organización comercial no está contemplada por la Ley, esto es, que la ley no se detiene a pensar si el sujeto es bueno o malo para la planeación administrativa encaminada a lograr mayores ganancias, sino que se fija solamente sobre la validez o invalidez de un negocio jurídico. Por lo que se refiere al error de cuenta cabe anotar que a nuestro parecer no anula el negocio jurídico en un principio, pues sólo da lugar a su rectificación, en este aspecto si variaría cuando se presente variación de gran magnitud en las cuentas, por ejemplo que se llegue a fideicomitir mil costales de harina y no cien mil kilogramos de harina, por lo tanto el contrato puede anularse por error.

1. ASPECTOS GENERALES DE INVALIDEZ

Cuando en la celebración de un negocio jurídico se encuentran no solamente sus elementos esenciales sino también los que condicionan su invalidez, podemos afirmar que estamos ante un negocio plenamente válido, pero si por el contrario, ese negocio no cuenta con cualquiera de sus elementos que lo estructuran, o bien las manifestaciones de voluntad requeridas para ser celebrado provienen de un incapaz, no observan las formalidades requeridas por la ley, no se expresan libre y conscientemente o en todo caso, si su objeto, fin, motivo o condición son ilícitos; el negocio que se lleve a cabo carecerá de validez, esto es que será inválido.

Algunos autores, entre ellos Rodolfo Batiza y Jorge Alfredo Dominguez Martínez, Notario del Distrito Federal, manifiestan que la invalidez puede ser de tres diversos grados:

- a) La inexistencia por falta de alguno de sus elementos esenciales, ya sea la manifestación de la voluntad o el consentimiento en su caso, el objeto, al ser jurídicamente imposible el directo y física y jurídicamente imposible indirecto, o bien la solemnidad (19).
- b) Nulidad absoluta, en el sentido de que con motivo de la creación de un fideicomiso o dentro de los elementos esenciales para su constitución, se contraríen disposiciones de orden público o de buenas costumbres.
- c) Nulidad relativa, cuando se lesionan intereses particulares y estos no invaden de alguna forma los Derechos tutelados dentro del interés público.

Me acojo a estas manifestaciones, expresando que si bien es cierto, los negocios jurídicos en general y más aún los celebrados ante una institución fiduciaria con todas las seguridades de respaldo que esto implica llegan a ser inválidos o nulos; también lo es el hecho de que para la constitución de cualquier fideicomiso siempre se presume la buena fe y eso conlleva al hecho de fundamentar la constitución de fideicomisos de todo tipo, pues en el caso de la celebración de un fideicomiso hereditario, el fideicomitente actúa con toda buena fe y con la mirada puesta en el beneficio de dicho fideicomiso provocará al fideicomisario que por lo general es alguien a quien quiere y estima.

(19) Este concepto sólo será tomado en cuenta para efectos de la invalidez, si el negocio jurídico de que se trate es solemne o exige determinado tipo de solemnidad.

Ahora bien, el hecho de que se actúe con buena fe no quiere decir que estarán subsanados todos los actos ilícitos o errores, y se puede pensar en el fideicomiso ideal, pero si entender hasta que punto puede resaltar pleno de validez el fideicomiso y en que momento se afecta definitiva o relativamente la nulidad del mismo.

2 DIVERSAS NOCIONES ACERCA DE SU INEXISTENCIA

a) SITUACIONES ATENUANTES

La problemática principal para describir la invalidez es precisamente la discrepancia de ideas doctrinales que su explicación genera, así pues se nos manifiesta por parte de Gutiérrez y González que no existe otra materia de las que componen la teoría general de los actos y negocios jurídicos, que iguale en opiniones encontradas y los puntos de discrepancia entre la determinación de la validez de los negocios o la falta de realidad en la noción misma.

Con lo anterior se pretende explicar de manera un tanto doctrinal el hecho de que existen diferentes corrientes que toman o dejan a un lado el concepto o la aplicación de la inexistencia de los actos pues algunos le dan realmente importancia como BONNECASE, que en su libro "Elementos de Derecho Civil" nos manifiesta que la inexistencia es la "Verdad de los Siglos" con la que pretende poner de relieve no sólo su realidad sino su importancia, pues para él la inexistencia de los actos realmente afectan la constitución de los fideicomisos o su aplicabilidad. Por su parte Mazcud, en su libro "Lecciones de Derecho Civil", toma a la noción de inexistencia como una situación inútil y falsa en la que se le niega por todas partes un mínimo de verdad.

Desde el punto de vista personal creo entonces, que dichas situaciones atenuantes son las que surgen en el sentido netamente doctrinario en relación a los conceptos que por criterio se pueden manejar, pues para algunos la noción de inexistencia de los actos dentro de los fideicomisos tendrá relevancia según su criterio y para otros no lo tendrá.

b) CONCEPTO GENERICO

Los razonamientos invocados para hacer prevalecer la inexistencia de los negocios jurídicos, son claros y lógicos, si por una parte, hablar de elementos implica referirse a la parte integrante de una cosa y agregarle la categoría de esencial se traduce en su carácter de invariable e imprescindible para la cosa de que se trata, y por la otra parte, se señalan elementos esenciales de los sucesos o mejor dicho actos de voluntad o consentimiento, al objeto y de algunos negocios a la solemnidad.

Con lo anterior podemos afirmar que la falta de un elemento esencial para la existencia de un negocio, se traduzca en que no sea real dicho negocio, es decir que no exista, tomando en cuenta la opinión de algunos autores entre ellos a Rojina Villegas que afirman, que los elementos esenciales también se les caracteriza como elementos de existencia (20).

En virtud de lo anterior podemos conceptualizar a la inexistencia como "la falta de un elemento esencial en la celebración de un acto jurídico" aunque existen diversas aseveraciones que concuerdan con determinados puntos de definición propuesta por nuestra parte, entre ellas la que manifiesta LACANTINERIE, quién dice que " El acto inexistente es aquel que no se ha formado, en razón a la ausencia de un elemento esencial para su existencia", BONECASE, por su lado afirma que "El acto es inexistente cuando le hace falta uno de sus elementos orgánicos."

c) DESARROLLO HISTORICO DE LA INEXISTENCIA.

Para realizar un análisis coordinado referentes a las diferentes etapas que cruzó el fideicomiso para entenderlo como hasta ahora, es preciso remontarnos a lo establecido en el Código de Napoleón, dentro del cual en situaciones concretas relacionadas con el Derecho Civil y en concreto del Derecho Familiar omitió algunas formas, en especial cuestiones que se vinculaban al matrimonio, pues mucho de lo que sucedía en este tópico estaba íntimamente estructurado al Derecho Canónico, en tal virtud era difícil explicar en qué momento se estaba frente a un matrimonio inexistente o nulo desde el punto de vista civil. La relación pues con el fideicomiso surge en el momento en que la figura equiparable a éste en aquella época. Tenía consecuencias vinculadas muchas de las veces al Derecho Canónico.

Para esos tiempos regía un principio consagrado en el Derecho Francés que establecía " No hay nulidad sin texto".

(20) Gutiérrez y González en este sentido afirman que si un acto se califica como tal, no puede ser inexistente, y si lo es no puede ser acto, en ese sentido nos sugiere que debe hacer referencia a la " inexistencia del acto" y no al "acto jurídico inexistente.

Las variaciones motivo de lagunas en la ley pusieron de manifiesto, la preocupación de legisladores para poder evitar las nulidades o por lo menos definir las, y con ello ayudar a no caer en las mismas.

Se atribuye por parte de Rojina Villegas, el descubrimiento de la inexistencia al Francés Zachariae, cuando pone un ejemplo práctico haciendo algunas consideraciones referentes al supuesto matrimonio celebrado por personas del mismo sexo; manifiesta que un matrimonio entre dos personas del sexo idéntico, no tiene por que declararse nulo por la ley, pues de la misma naturaleza del matrimonio deriva la diversidad de sexos como requisito para su existencia, en esas condiciones, no es nulo el matrimonio celebrado entre dos personas del mismo sexo, toda vez que los requisitos básicos para que se pueda contraer, es precisamente que sean de sexo contrario, ahora bien, en el momento en que no se encuentra contemplado dentro de la ley no puede entenderse como nulo sino como inexistente.

En el supuesto anterior es aplicable el principio de la ley que establece que " No hay nulidad sin Texto," pues no puede ser nulo algo que no existe.

Para Planiol los casos de inexistencia los relaciona con pensamientos de él y nos dice a manera de ejemplo que no hay que mezclar los casos en que el matrimonio no existe y aquéllos en que puede ser destruido, pues será confundir los casos en que puede ser anulado, esto es con base en la legislación actual y que finca su antecedente en el Código de Napoleón en que establecía que no hay matrimonio cuando falta el consentimiento.

Planiol aquí manifiesta que si se ha escrito que la mujer ha dicho sí, cuando ha dicho no, si la mujer habiendo dicho sí, sostiene que lo ha dicho por violencia, hay matrimonio, pero puede ser anulado.

Por lo que respecta a la Doctrina Francesa expone que ante la falta de consentimiento objeto y causa, el acto no llega a ser tal, es decir, no alcanza a formarse, es un acto carente de juridicidad, por no traer aparejadas consecuencias legales es inexistente, es la nada jurídica.

Para la declaración de la inexistencia en alguno apuntes de LACANTINERIE, nos manifiesta que no es necesaria la intervención del órgano jurisdiccional, pues como lo sabemos y adoptamos el mismo pensamiento del referido autor, no produce efectos jurídicos por lo tanto no necesitamos órgano jurisdiccional para hacer saber que es inexistente el acto.

Aplicado lo anterior a los aspectos relacionados con los fideicomisos, podemos manifestar que si para que se constituya el mismo, necesitamos en primer término el consentimiento de ambas partes, el objeto o fin y la causa, en consecuencia si faltare cualquiera de ellos, el acto constitutivo del fideicomiso es inexistente, esto es, que nunca se llevó a cabo ni tuvo consecuencias jurídicas, por lo que no necesitamos la intervención del órgano jurisdiccional para declarar la inexistencia de por sí. En consecuencia nada de lo estipulado en el contrato tendrá validez, pues no puede ser válido o inválido algo que no existe.

Debemos en nuestras observaciones, distinguir entre la inexistencia y la invalidez pues la primera da su razón de ser en el sentido de que no provoca consecuencias jurídicas, esto quiere decir que no hay contrato o acto por no reunir los elementos de esencia que marca la ley. Por el contrario, la invalidez parte del supuesto de que el acto sí existe, esto es, que si reunió los requisitos de esencia que la ley enumera, pero que le faltaron o se equivocaron algunos elementos complementarios que hacen que el acto sea nulo pero que si exista, como tal y además que tenga consecuencias jurídicas.

d) PARTICULARIDADES DE LA INEXISTENCIA.

Para enumerar las particularidades de la inexistencia de los actos y negocios, debemos tener en cuenta lo que con anterioridad afirmamos, en el sentido de que un supuesto negocio inexistente se traduce en la nada. Así, de ello debe desprenderse que la inexistencia de un acto cuenta con características como i) no produce efectos jurídicos, ii) es inconfirmable, iii) es imprescriptible, iv) puede oponerse por cualquier interesado, v) para que tenga lugar no se requiere de la intervención judicial, más cuando la haya, el juez se limitará a declararla.

i) Por lo que se refiere a la carencia de efectos jurídicos, estos son resultado de un algo, pero al traducirse en la nada el negocio jurídico es inexistente, debe concluirse que la nada, por razón natural, no produce más que nada. Ahora bien, ante la producción de ciertos efectos jurídicos por actos considerados como inexistentes, la característica en análisis ha sido discrepante, pues hay algunos autores como "Bonnecase" que manifiestan que si bien hay producción de efectos jurídicos, estos no provienen de un acto inexistente sino de un hecho jurídico.

ii) No podemos confirmar algo por su naturaleza o por no encontrarse establecido dentro de la ley, es inexistente, pues como manifestamos lo inexistente es la nada y la nada no puede ser confirmada.

iii) Queda fuera de duda el mero transcurrir del tiempo, pues no puede crear algo la nada, dado que está seguirá siendo siempre la nada.

iv) La inexistencia de un acto jurídico puede hacerse valer por cualquier interesado.

Ahora bien, si es comprensible que dicha afirmación se funda en que a nadie puede oponérsele la nada desde un punto de vista jurídico, que no es necesariamente en la vía de acción o la vía de excepción, sino que únicamente se denuncia, para ser comprobada y declarada por el juez.

v) Sobre esta última característica, varios autores coinciden en afirmar que es innecesaria e inútil cualquier intervención judicial provocada por los conflictos que a su vez nacen de un acto inexistente, por lo que nos unimos a su criterio manifestando que, resulta superfluo distraer el órgano jurisdiccional para declarar lo que de antemano sabemos que no existe. Pues en el supuesto de que alguna de las partes intervinientes en el acto de que se trate (inexistente) podrán en su caso celebrar otro y con eso resuelven el problema sin que para ello haya tenido que intervenir el órgano jurisdiccional.

V LA INVALIDEZ DE LOS FIDEICOMISOS EN CONSECUENCIA A LOS CASOS DE INEXISTENCIA

En las reflexiones realizadas hasta el momento, solo nos hemos referido a un aspecto general y descriptivo de la inexistencia en el sentido de que a cualquier "Negocio Jurídico" le falta alguno de los elementos esenciales.

Por lo tanto, nos preocuparemos por exponer los casos concretos en que, por determinadas situaciones no llega a estructurarse algunos de los elementos indispensables para el negocio, es decir, nos permitimos analizar qué fenómenos han sido considerados por algunos autores, como obstáculo para la formación de la manifestación de la voluntad o del consentimiento en su caso, así como también cuando hay posibilidad jurídica del objeto directo e imposibilidad tanto física como jurídica del indirecto.

Trataremos entonces de ilustrar tal situación con una referencia a circunstancias que pueden presentarse tanto en el acto unilateral del fideicomiso como en relación con el contrato por el que se pacta su ejecución.

1. AUSENCIA DE LA VOLUNTAD Y CONSENTIMIENTO

Debe tomarse en cuenta que para que pueda darse una buena manifestación de voluntad deberá existir una interdependencia, coherente entre lo interno del sujeto y su declaración. Además la voluntad al manifestarse puede hacerlo de dos formas: esto es, de una manera expresa y/o tácita. Es importante mencionar que tratándose de un negocio plurilateral, su primer elemento esencial es el consentimiento, siendo este en última instancia, el acuerdo de dos o más voluntades, mediante el asentamiento de una voluntad a lo que quiere otra.

En virtud de lo anterior, estaremos en posición de afirmar que, en tanto no se cumpla alguno de los supuestos manejados en nuestras aseveraciones anteriores, no habrá manifestación de voluntad en el negocio a realizar concretamente en el momento de llevar a cabo el acto constitutivo del fideicomiso; con lo que faltaría un elemento esencial del mismo contrato, en consecuencia dicho "Fideicomiso" no existiría, a su vez no podrá generar obligaciones ni derechos de ningún tipo, pues cabe señalar como lo manifestamos anteriormente, que la nada no puede generar ninguna consecuencia jurídica pues no existe, y lo que no existe, no se puede tomar en cuenta para la celebración de circunstancias jurídicas.

Ahora bien, el hecho de que exista la falta de consentimiento además de generar la problemática de la inexistencia, también provoca el surgimiento de diversos elementos que a continuación se enumeran y que con posterioridad trataremos de explicar en el aspecto netamente vinculado al fideicomiso, entre ellos tenemos los siguientes:

- a) Falta de edad de una de las partes.
- b) Un obstáculo dentro del error, o error obstativo.
- c) El sufrimiento de una violencia física
- d) Una auténtica simulación
- e) Enajenación mental.
- f) Alteración de documentos

a) Falta de edad de una de las partes.

De ninguna manera puede pensarse que la declaración realizada por un "INFANS" (21), se traduce en una manifestación de voluntad como elemento esencial de un negocio pues éste no comprende los elementos ni las consecuencias de un negocio.

En tanto un joven de 17 años si tiene la voluntad para poder realizar el negocio correspondiente aunque esta voluntad se encuentre viciada pues la ley nos estipula que es menor de edad aunque de alguna forma comprende las obligaciones y los derechos que genera determinado negocio jurídico; en el niño de 5 a 7 años, no habrá una voluntad capaz de poder formar un acto jurídico. Como ejemplo a establecer ¿ Sería posible sostener, si un menor de 5 años, obsequia una alhaja que estamos frente a una verdadera donación? ¿ Qué es una donación afectada de nulidad relativa porque se trata de un menor?. No compartimos esos supuestos como reales y nos unimos a lo que nos manifiesta Rojina Villegas en el sentido de que dentro de nuestro derecho, el infante no tiene voluntad para formar un acto jurídico.

(21) Torres Partida, Manuel " Historia del Fideicomiso en Derecho Romano", manifiesta que el INFANS, era el infante, el niño que a falta de edad no comprende lo que hace. Editorial Porrúa, pág. 55.

Por lo que hace al tema del fideicomiso, podremos establecer que si un fideicomitente no tiene edad en la cual pueda comprender el negocio y la cosa fideicomitada ni tampoco las consecuencias jurídicas que la misma determina, no puede tomarse el acto como si se tratara de uno celebrado en términos estrictamente apegados a derecho.

En tal circunstancia podemos afirmar que si no existe el consentimiento estará faltando un elemento esencial del acto constitutivo del fideicomiso y la circunstancia consecuente es que el "negocio" no exista; pero al estar frente al hecho de que haya un consentimiento de alguien que no cuente con la edad suficiente marcada por la ley entonces dicha voluntad o dicho consentimiento estará afectada de nulidad y consecuentemente el acto constitutivo de fideicomiso tendrán operatividad en tanto alguien a quien afecte dicha nulidad la demande.

Cabe hacer mención de que dentro de cada individuo existe una voluntad, pero cada voluntad interna tendrá aplicación concreta hasta el momento en que se manifieste mediante un acto jurídico para generar consecuencias de la misma índole.

Así pues en base a las consideraciones anteriores, para algunos autores entre ellos y de una manera principal Rojina Villegas, que sustentan la doctrina de la inexistencia al cual nos unimos, ésta tiene lugar cuando en un supuesto fideicomiso un niño es el fideicomitente, estaremos en este caso en una carencia de la voluntad mientras no se hayan cumplido los 10 años; quiere decir que los menores de 10 años no cuentan con la visión necesaria para poder manifestar que algo sea bueno o malo o por no tener una noción real de lo que para la gente en general algo signifique malo o no malo, pero acogiéndonos al principio que nos determina Rojina Villegas, podremos decir que los mayores de 10 años podrán establecer su voluntad para crear un acto jurídico, esto es para que no pueda declararse inexistente, pero, dicha voluntad podrá declararse nula.

Ahora bien, si se trata del negocio unilateral constitutivo del fideicomiso, la falta de voluntad impide la existencia del mismo, pero si es bilateral y se da el consentimiento aunque éste se encuentre viciado, se generan obligaciones y consecuencias jurídicas que serán refutadas hasta en tanto se haga valer la nulidad.

b) Un obstáculo dentro del error

En aseveraciones anteriores, cuando nos referimos a los vicios de la voluntad, mencionamos que entre los diversos grados el error, se encuentra el obstáculo, el cual, según afirmamos, consiste en una divergencia total entre la voluntad y su

declaración, ocasionando una manifestación de voluntad carente de contenido y en consecuencia no se llega a configurar el consentimiento.

En este sentido, el error obstáculo deforma a tal grado la manifestación de la voluntad que la desaparece provocando en su caso la falta de integración del consentimiento y eso a su vez genera la inexistencia del acto puesto que carece de un elemento esencial.

Pero puede ser que dicho obstáculo no afecte necesariamente el consentimiento o el objeto, en consecuencia no se podría hablar de una inexistencia sino de una invalidez, pues el obstáculo podría ser encaminado a situaciones que recaen sobre la identidad de la persona contemplada, pues se puede contar con el consentimiento y el objeto pero el fideicomisario por ejemplo puede ser José Reséndiz cuando se tiene el entendido de que es Pascual Bailón de la misma forma el obstáculo podría recaer en algunos otros puntos como la identidad de la cosa que forma el objeto del fideicomiso, la identidad de la declaración de las partes, así como del valor socialmente contemplado de la cosa o el objeto, pues se puede establecer o tener el consentimiento de que algo tiene determinado valor cuando por error se establece otro muy distinto.

c) El sufrimiento de una violencia física.

Uno de los problemas al que nos enfrentamos frecuentemente es el relativo a la determinación de los efectos que producen diversas especies de violencia ejercida sobre la voluntad de la víctima, pero algunos autores como Rojina Villegas, Gutiérrez y González y Borja Soriano; afirman que mediante la violencia puede en ciertos casos provocarse temor, viciando la voluntad en otros, la violencia es tan contundente que no se puede hablar de manifestación de voluntad minada, sino de una manifestación de voluntad arrancada; en cambio las opiniones varían cuando el problema abordado es determinar cual de las violencias inspira temor en la voluntad violentada y cual, en su caso, llega a erradicarla.

Para algunos el hablar de violencia, provoca el sinónimo de hablar de violencia física y por medio de ella se anula por completo la voluntad de la parte, reservando la intimidación o violencia moral para inspirar temor.

Recapacitando un poco me permito afirmar lo siguiente: si violencia física supone todavía su ejercicio sobre bienes jurídicos de alguien, lógico es que ésta pueda tener diversos grados en su intensidad y en consecuencia se violenta la voluntad a tal grado que se detente por completo por un individuo o varios, mismos que toman, controlan y conducen la mano de otro de tal forma que quede estampada su firma o huella en un documento exigible.

Lo anterior al aplicarlo en los fideicomisos, encontramos que puede existir una violencia tanto física como moral, partiendo del supuesto que la violencia sea física y que la firma por ejemplo, del acta constitutiva del fideicomiso, en el que el fideicomitente, fideicomita, los bienes de su propiedad al fideicomisario, pero que este último haya firmado por medio de una amenaza física (con una pistola), la conclusión estaría especificada hasta en tanto se haga valer dicha violencia y se nulifique el acto ya sea mediante la puesta en marcha del órgano jurisdiccional o simplemente el desacato o la omisión de algunas consecuencias jurídica estipuladas.

Al establecerse lo anterior al punto en que la violencia ejercida sobre la víctima sea moral, estaríamos en el mismo supuesto sólo que, para saber si existió o no tal violencia, deberá comprobarse fehacientemente ya que es más difícil creer que existió la violencia moral por sus propias características.

d) Una auténtica simulación.

Así como hay deudores que no cumplen con sus obligaciones patrimoniales, y afrontaron los resultados que surgen de ese incumplimiento, o que para evitar el pago de lo debido ponen a disposición sus bienes de aquél o aquéllos a quienes deben, también los hay quienes al presentárseles una circunstancia que pudiera afectarlos con un documento que con carácter de "secreto", contiene, relata ó regula la realidad de los hechos.

Creemos que algunos de los medios por los cuales un deudor procura defraudar a sus acreedores, son por ejemplo las deudas ficticias, el otorgamiento de documentos cambiarios sin los fondos necesarios, la venta simulada de sus bienes, la constitución de derechos como la hipoteca para garantizar deudas aparentes; sobre todo y para los efectos de nuestro tema la constitución de fideicomisos para la realización de los fines descritos, cayendo todo lo anterior en el campo de una auténtica y absoluta simulación.

De lo que antecede se desprende que lo falso o artificioso de las operaciones celebradas en tales condiciones carecen de toda realidad, y lo único pretendido por quien las ejecuta es aparentar ante sus acreedores una insolvencia lo suficientemente considerable para coartarles sus intenciones de ver garantizados sus créditos.

Así pues, ante una falsedad de la operación celebrada, la doctrina niega la formación del consentimiento como elemento esencial del acto que se trate.

En ese aspecto, es conveniente afirmar que en un negocio absolutamente simulado, no hay consentimiento y objeto que pueda llegar a ventilarse. No existe el acuerdo de voluntades porque en realidad aún cuando las partes aparentemente declaren que es su común intención celebrar determinado contrato, esa manifestación queda totalmente destruida por la que expresamente formularon en secreto en el acto de referencia.

Entonces aplicamos el criterio al fideicomiso y decimos que no se puede calificar de inexistente un negocio jurídico que se ha apropiado de determinadas circunstancias simuladas para obtener el consentimiento, pues se da el consentimiento y al estar formando parte del mismo acto constitutivo, querrá decir que en efecto, existe el acto, pero puede llegar a extinguirse por la declaración que es o no válido pero no podemos decir que no existe puesto que hubo consentimiento y objeto.

e) La enajenación mental.

Se ha observado en cuestiones anteriores el hecho de que existen varias formas de arrancar el consentimiento de una de las partes que, tratándose del fideicomiso las responsabilidades por lo general recaen en el fideicomitente.

Ahora bien, supongamos que la voluntad del individuo sujeto de la relación contractual que se realizará, fuese obtenida aprovechando la situación mental en que se encuentra. En ese supuesto nos encontraríamos en la incógnita de como resolver el asunto, si como un acto jurídico inexistente, o si por otro lado lo tomaríamos como un asunto de invalidez (22).

La posibilidad a presentarse en la mayoría de los casos según creemos, ya sea en actos constitutivos de fideicomiso o dentro de la celebración de cualquier negocio, es precisamente el desprendimiento del consentimiento cuando no se cuenta con la voluntad de la víctima; especialmente sucede este supuesto, cuando dicha manifestación de voluntad proviene de un enajenado mental, idiota, imbecil, alguien que se encuentre en total estado de ebriedad o bajo los efectos de enervantes o psicotrópicos o de cualquier otro especificado en la ley como vicio de la voluntad.

(22) Es impenoso manifestar en este supuesto, que los enajenados mentales no producen actos como tales, por virtud de carecer de capacidad, y en todo caso producen hechos. Pero utilizo esta aseveración para denotar la invalidez de los fideicomisos por esta razón.

En consecuencia de lo dicho con anterioridad, manifestaremos por nuestra parte, que al encontrarse cualquier enajenación de la mente como las que se describieron con antecesión, diremos que en todo momento se presenta una ausencia de voluntad y por ende una inexistencia del acto constitutivo del fideicomiso que de ninguna forma podrá generar consecuencia jurídicas.

A su vez podría en determinado momento anularse por existir mala fe, pero en el segundo caso sentimos que de ninguna forma se podrá tachar de inexistente el acto y mucho menos de nulo, pues aunque el individuo sea sordomudo, tiene la capacidad de entendimiento necesaria para obligarse, pues tiene los conocimientos básicos que son leer y escribir.

Por otro lado, puede existir un supuesto más, como lo es el hecho de que en un documento en blanco se haya estampado la huella o la firma de la persona. En esa situación, nos encontraríamos con las mismas circunstancias, las cuales, como hemos venido sosteniendo a lo largo de nuestro estudio, provocan el otorgamiento del consentimiento de la víctima y en consecuencia si existiría el negocio, por lo que en ningún momento podrá decirse que el acto constitutivo dentro de los fideicomisos es inexistente pero si estará viciado y eso nos dará la pauta para poder exigir la nulidad del mismo.

f) Alteración de Documentos.

Para la participación de las partes en algún acto constitutivo debemos tomar en cuenta que éste, deberá constar por escrito. En tal virtud, podemos saber si existe o no alteración siempre y cuando aparezca de una forma palpable en dicho documento.

Ahora bien, nuestro punto a tratar partirá del supuesto en que ahora para la celebración de un acto constitutivo de fideicomiso se haya alterado el documento respectivo, independientemente de la sanción penal a que se hace acreedor el actor.

Desde el punto de vista de lo estipulado en la Ley General de Títulos y Operaciones de Crédito, se nos maneja en su artículo 347 " Que el fideicomiso será válido siempre y cuando su fin sea lícito, pero qué pasa si la voluntad del individuo está minada por haberla manifestado alguna persona analfabeta y que estampó su huella digital en un documento en el que desconoce las consecuencias, o aquélla otra a la que ni siquiera se le leyó el contenido de tal documento y lo firma o estampa su huella en el mismo.

El artículo 348 de la legislación de referencia, nos establece que " Pueden ser fideicomisarios las personas físicas o jurídicas que tengan la capacidad necesaria para recibir el provecho que el fideicomiso implica." De tal suerte que, podríamos descartar el hecho de que un sordomudo por ejemplo firmara un documento o estampara la huella si "este es analfabeta", porque podría presentarse el supuesto en el cual ese mismo sordomudo, supiera leer y escribir y en consecuencia en el primer caso a nuestro parecer existiría un consentimiento viciado, al existir el consentimiento aunque con esa circunstancia, habría negocio jurídico, el cual podría en determinado momento anularse por existir mala fe. Pero en segundo caso sentimos que de ninguna forma se podría tachar de inexistente el acto y mucho menos de nulo, pues aunque el individuo sea sordomudo, tiene la capacidad de entendimiento necesario para obligarse, pues tiene los conocimientos básicos como lo son el poder leer y escribir.

Por otro lado, puede existir un supuesto más como lo es el hecho de que en un documento en blanco se haya estampado la huella o la firma de una persona. En esta situación nos encontramos con las mismas circunstancias, las cuales, como hemos venido sosteniendo a lo largo de nuestro estudio, provocan el otorgamiento del consentimiento de la víctima y en consecuencia sí existirá el negocio, por lo que en ningún momento podrá decirse que el acto constitutivo dentro de los fideicomisos es inexistente, pero sí estará viciado y eso nos dará la pauta para poder exigir la nulidad del mismo.

2. IMPOSIBILIDAD FISICA O JURIDICA DE LLEVAR A CABO EL OBJETO.

Así como en el apartado anterior, en el que nos permitimos mencionar el concepto de la manifestación de la voluntad o del punto de vista en relación con el segundo principal elemento dentro de los contratos que es aplicable también a los actos constitutivos de fideicomiso, el cual, como la misma doctrina lo estipula, en el objeto.

Para esa finalidad basta tener presente que los negocios jurídicos cuentan con un doble objeto, directo el primero e indirecto el segundo; aquél es la creación según decíamos, transmisión, modificación o extinción de derechos y obligaciones y el último, la conducta realizada por el deudor, esto es, una presentación de dar, hacer o no hacer, o también concretamente, la cosa, el hecho o la abstención.

Así cuando el objeto directo de un negocio sea jurídicamente imposible, dicha situación se traduce en la falta de objeto, y como éste es el elemento esencial de los negocios jurídicos, estaremos según nuestro criterio y apegándonos a algunos autores principalmente a Rojina Villegas, frente a la inexistencia de éstos.

Respecto a la imposibilidad jurídica del objeto indirecto, analizaremos los siguientes casos: a) Falta de capacidad de goce, b) La absoluta simulación

Por lo que se refiere al objeto indirecto imposible, nos permitimos analizar: c) Cuando la cosa es imposible física o jurídicamente, por no existir en la naturaleza, por estar excluida del comercio y por no ser determinada o determinable en cuanto a su especie; y d) Cuando el hecho es imposible sea negativo o positivo.

Para determinar la vialidad del objeto de los fideicomisos, nos debemos apegar a lo que se nos especifica en el artículo 351 de la Ley General de Títulos y Operaciones de Crédito, mismo que nos establece "Puede ser objeto del fideicomiso toda clase de bienes y derechos, salvo aquellos que, conforme a la Ley sean estrictamente personales de su titular.

Los bienes que se den en fideicomiso se considerarán afectados al fin a que se destinan y, en consecuencia, solo podrán ejercitarse respecto a ellos los derechos y acciones que al mencionado fin se refieran, salvo los que expresamente se reserve el fideicomitente, los que para él deriven del fideicomiso mismo o los adquiridos legalmente respecto a tales bienes, con anterioridad a la constitución del fideicomiso, por el fideicomisario o por terceros.

"El fideicomiso constituido en fraude de terceros podrá en todo tiempo ser atacado de nulidad por los interesados".

a) Falta de Capacidad de Goce.

Hemos comentado que por capacidad en general se entiende la aptitud de ser titular de derechos y obligaciones, de ejercitar los primeros y cumplir los segundos personalmente, así como de comparecer en juicio por propio derecho; y decíamos además que este concepto abarca dos aspectos de capacidad, que son las de goce o jurídica y la de ejercicio o de obrar.

La capacidad de goce es la aptitud jurídica de ser titular de derechos y obligaciones, mientras que, por capacidad de ejercicio entendemos, la posibilidad del sujeto de participar directamente en la vida jurídica.

Ahora bien, como la capacidad de ejercicio es ajena a las reflexiones que hacemos respecto a los negocios jurídicos realizados en las circunstancias no propias, manifestaremos que la celebración de un "acto" jurídico por un incapaz de obrar nos hará estar en una nulidad que pudiéramos calificar como relativa (23).

Por lo que respecta a la capacidad de goce desde su aspecto negativo, hace posible jurídicamente el objeto directo de un negocio jurídico en general y particularmente alguno o los dos de los que se compone el fideicomiso.

Como lo aprendimos en las aulas, la afirmación es genérica en el sentido de que todos contamos con la capacidad de goce más no todos tenemos la capacidad de ejercicio. Todo ser humano por el hecho de serlo, tiene capacidad de goce o jurídica, pero para ejercerla deben de tomarse en cuenta, determinadas circunstancias, como la edad, la nacionalidad, el interés público, etc.,

Al respecto algunos teóricos del Derecho Civil (24) suelen citar como incapaces de goce para el efecto de determinar la imposibilidad de celebrar un negocio jurídico en los siguientes: Actos de Derecho Familiar celebrados por quienes no alcanzan la edad mínima, . Los propios actos jurídicos que celebra un sujeto afectado de sus facultades mentales. La adquisición por un extranjero del dominio directo de tierras y aguas (25).

(23) Cabe aclarar que los incapaces no generan actos sino hechos precisamente por su calidad de incapaces.

(24) Rojina Villegas, Boncase, Borja Sonano.

(25) Cabe hacer mención, que dicha adquisición no la veíamos como hasta estos últimos días en que fue modificado el artículo 27 Constitucional, en relación directa a las facilidades proporcionadas a los inversionistas privados para generar negocios en el agro Mexicano.

i) Los actos de Derecho Familiar celebrados por quienes no alcanzan la edad mínima jurídica.

La mayoría de edad en un Derecho como el nuestro, lo estipula el Código Civil, atribuye a quien la alcanza, la posibilidad de celebrar libremente cualquier acto o negocio jurídico. Ahora bien, como nos establece el artículo 148 del propio ordenamiento, la edad mínima para contraer matrimonio que podría ser una salvedad dentro de la mayoría de edad, es de 16 años en el hombre y 14 para la mujer, siempre y cuando en ambos casos, exista la autorización para poder realizarlo por " parte de quienes legalmente ejerzan la patria potestad y la tutela sobre ellos.

Caso contrario sucede con quienes no cuentan con las edades mínimas señaladas, pues en tales supuestos, no solo son incapaces de ejercicio, sino que también lo son de goce respecto al matrimonio, al encontrarse jurídicamente imposibilitados para ser titulares de los derechos y obligaciones que implica el estado matrimonial.

Como los menores de dieciséis años en el hombre y menores de 14 en la mujer son incapaces jurídicamente de contraer matrimonio, los derechos y las obligaciones derivan de la supuesta celebración de dicho acto, no pueden tener lugar al ser jurídicamente imposible el objeto directo del mismo, y por ende si a pesar de tal imposibilidad, se llega a verificar éste, sería inexistente por falta de objeto directo.

Si la meditación anterior la trasladamos al problema de los fideicomisos, nos encontramos en una situación mucho muy parecida, en el sentido de que se fideicomiten bienes a favor de un menor de edad, y el objeto directo sea el hecho de que para éste individuo tener los beneficios del fideicomiso, deberá estar casado. En este supuesto, no podría desarrollar el fideicomiso, ya que estaría fuera de la posibilidad de ejercer sus derechos por sí solo e independientemente de que no cuenta con la capacidad de goce necesaria para realizar el objeto directo del Fideicomiso.

De tal suerte que al estar falto de objeto directo, este fideicomiso creado a favor de quien no tiene la capacidad de goce, se entendería nulo o inválido, pero creemos que al faltarle dicho objeto directo, estaremos frente a un fideicomiso inexistente.

ii) Los propios "actos" celebrados por un sujeto afectado de sus facultades mentales.

Otra de las hipótesis que si bien no es aplicable al aspecto patrimonial del fideicomiso, si nos permite ver una capacidad jurídica incompleta, y por ende uno de los aspectos que impiden ser titular de ciertos derechos y obligaciones, concretamente para los que derivan de actos correspondientes al Derecho Familiar, es la situación guardada por aquellos sujetos privados de sus facultades mentales.

El enajenado mental no puede contraer matrimonio, reconocer expresamente a un hijo natural o adoptar, pues como es lógico suponer, quien se encuentre en dichas condiciones está imposibilitado psicológicamente para educar, representar, etc. el proceso que genera la inexistencia del acto en términos de lo que anteriormente hemos dicho, tiene lugar por la incapacidad jurídica del que celebra el acto, que debido a la misma, los derechos y obligaciones que van íntimamente ligados a la realización del objeto directo del acto correspondiente, cuenta por lo general con el impedimento principal que es la imposibilidad jurídica de llevarlo a cabo.

iii) La adquisición por un extranjero del dominio directo de tierras y aguas

Conforme nos marca el artículo 27 Constitucional, los extranjeros se encuentran impedidos para adquirir el dominio directo de tierras y aguas ubicadas en la porción de territorio Nacional comprendida hasta cien kilómetros de las fronteras y cincuenta kilómetros de las costas.

Dicha limitación implica una incapacidad de goce de los extranjeros para ese efecto, por lo que todo negocio en el que un extranjero pretenda fideicomitir bienes inmuebles ubicados dentro de la franja descrita para adquirirlos en propiedad, sería calificado de inexistente, por carecer del objeto directo del negocio, aunque si de alguna manera adquiere los bienes dentro de esa franja, pero por medio de un prestanombres, el negocio existiría pero aparecería la posibilidad de calificarlo de inválido.

El Maestro Molina Pasquel con su tema el Fideicomiso de Inmuebles en las Zonas Prohibidas en favor de Extranjeros, expresado en la Revista "El Foro", cuarta época, número 3, México, enero-marzo 1954 pág. 29, manifiesta que uno de los problemas prácticos planteados con más frecuencia en relación con el fideicomiso, ha sido el relativo a determinar si es factible jurídicamente y lícito además que los extranjeros puedan ser beneficiarios cuyos fines, con independencia de otros, sean que la fiduciaria les permita el uso y hasta el disfrute

de bienes inmuebles en la parte del Territorio Nacional donde se encuentra comprendida la franja prohibida, por el contrario, no hay posibilidad de conferirles esos derechos, por considerar que mediante ellos se ostenta el dominio directo sobre las tierras, aguas, y sus accesorios que es precisamente el supuesto prohibido por el artículo 27 Constitucional en su aspecto sustancial.

En el primer punto diríamos que en efecto, existe la prohibición legal a nivel constitucional del asunto, pero eso no descarta la posibilidad de realizar las operaciones correspondientes y conforme a Derecho en el sentido de no utilizar los generales del extranjero que va a realizar la transacción, pues éste únicamente, sería el que proporcionara los medios idóneos para llevar a cabo el fin del fideicomiso.

En el aspecto anterior y a manera de sustanciar lo dicho, me atrevo a creer que el extranjero aunque realice el fideicomiso en zonas prohibidas, puede fungir como fideicomitente sin que se tache de inexistente el acto constitutivo del fideicomiso siempre y cuando los beneficios no estén destinados al goce y disfrute de tierras y aguas así como de sus accesorios en favor del extranjero que fungió como fideicomitente sino al nacional que tenga la capacidad necesaria para poder aparecer como fideicomisario.

El artículo 27 Constitucional, en la parte final de su primera fracción nos establece las prerrogativas que en determinado momento se podrían brindar a los extranjeros cuando estos pretendan residir o estén residiendo en el país y nos dice: "El artículo en cuestión autoriza a las dependencias competentes del poder ejecutivo, a otorgar su autorización para que celebren contratos de fideicomiso, en los que sean designados beneficiarios conforme a la Ley, extranjeros que como provecho, reciban el uso y goce o disfrute para fines residenciales, de inmuebles utilizados en zonas turísticas costeras dentro de límites urbanos que se encuentran comprendidos por tanto, dentro de los 50 kilómetros contados de las playas y tierra adentro".

Con la reforma al artículo 27 Constitucional, se otorgan posibilidades a los extranjeros, para efectos de apertura comercial, a que se les autoricen fideicomisos; por lo que se les ofrece el uso mediante el arrendamiento o adquisición de certificados de participación inmobiliaria, de bienes inmuebles ubicados en la franja prohibida, destinados únicamente a la promoción industrial o turística, que pudiera significar beneficios para el país.

b). La absoluta simulación

Con anterioridad planteamos el problema relativo a la falta de consentimiento como causa de inexistencia, pero que si éste consentimiento y el objeto mismo se daban, no podía haber inexistencia del acto sino en determinado momento la posibilidad de tacharlo de nulo o inválido.

Ahora bien, según deriva del título doctrinal dado por Rojina Villegas a la situación absoluta que provoca la inexistencia o la invalidez de los actos o negocios jurídicos, nos manifiesta que el negocio ficticio por las circunstancias que planteamos con anterioridad, como el aparente estado de insolvencia para eludir el aseguramiento de bienes, así como la obtención del documento que relata la versión que bajo ficción se realizó, la expedición de documentos alterados la venta simulada de los bienes, las daciones en pago irreales, la Constitución de Derechos Reales para garantizar deudas aparentes, etc, no sólo se produce por la ausencia del consentimiento, sino también por la imposibilidad jurídica del objeto directo.

La razón suena obvia, pues al no haber ninguna muestra de manifestación voluntaria de los que intervienen en un negocio simulado, los derechos y obligaciones que aparecerían por su celebración no pueden tener lugar desde el punto de vista jurídico.

Creemos además de que al presentarse el acto simulado, tampoco existe objeto del negocio, que es precisamente el punto principal del mismo y no aparecen mucho menos, las consecuencias de tal acto como lo son la creación, transmisión, modificación o extinción de derechos y obligaciones; pues al declarar de una manera secreta, simulada y ficticia, las partes destruyen el objeto directo del acto, que en los fideicomisos concretamente sería el acta constitutiva que le da vida.

Una vez analizados algunos casos específicos en los que se presenta la posibilidad jurídica del objeto directo del acto y por lo tanto, su traducción en la inexistencia, estaremos en posibilidades de emitir el juicio referente a que, por un lado se establece el número de personas que intervienen en el negocio jurídico, así como el acuerdo de voluntades para realizar el acto constitutivo de fideicomiso, determinan también el objeto o materia del negocio; en ese supuesto estaría teniendo existencia y validez el negocio a tratar, pero que pasa en el momento en que para la celebración del negocio jurídico, se encuentra simulado el asunto para efecto de sacar un provecho para alguna de las partes; en ese supuesto el consentimiento estaría alterado o el mismo objeto, en ese momento perdería el acto alguno o todos los elementos de existencia que le dieron vida, por lo tanto no hay tal negocio, porque como se mencionó anteriormente, la nada no puede generar derechos y obligaciones.

Pero si analizamos el hecho de que aunque el consentimiento y el objeto del acto constitutivo del fideicomiso hayan sido simulados, hasta en tanto no se compruebe dicha simulación el acto tendrá existencia, por lo que si surge alguna consecuencia del mismo que desencadena algún derecho u obligación, estos pudieran invalidarse pero en el entendido de que el acto verdaderamente existió con algunos vicios, en consecuencia los resultados serían inválidos hasta el momento en que se haga sentir tal invalidez.

c) Cuando la cosa es imposible física o jurídicamente

Lo común es que las cosas objeto de los negocios jurídicos en general y particularmente de los que constituyen el fideicomiso existan en la naturaleza, podemos citar al respecto, los inmuebles o los vehículos, etc.

Sin embargo, pudiéramos pensar en que alguien pretendiera el otorgamiento de un fideicomiso cuyo objeto existe solo en su imaginación.

De tal suerte que pudiéramos pensar en una serie de objetos que formarían precisamente la materia del negocio, tales como un dinosaurio, un dragón, una sirena, o de una manera más real un inmueble destruido días antes de la celebración del acto de que era objeto.

Pensemos respecto de un supuesto negocio en el que la cosa no existe en la naturaleza, este acto estaría afectado de inexistencia, ya que hay una imposibilidad física respecto a la inexistencia de la cosa; faltando entonces un elemento esencial del contrato como lo es el objeto y por ese motivo es inexistente; pero qué pasa cuando el objeto no existe al momento de contratar pero pueda existir más adelante, en este aspecto no podemos tachar el acto, podría tratarse de extinguir por el lado de la invalidez y no por la inexistencia pues el acto existió por estar consientes las partes de que la cosa existiría física o jurídicamente algún día.

Por su parte, al requerirse que la cosa se encuentre en el comercio, como un aspecto de su posibilidad jurídica, cabe determinar en el mismo sentido, que si bien gran número de cosa si lo están, existen otras, por el contrario, fuera del mismo.

En fin, lo cierto es que una cosa puede estar fuera del comercio, ya sea por su naturaleza, como el sol, nuestro planeta, por disposición legal como los monumentos históricos o los bienes de uso común, de tal suerte que cuando llegue a tener una operación que se repercutirá en un contrato de ejecución de

fideicomiso cuyo objeto fuese una de estas cosas, aquel sería inexistente, por la posibilidad jurídica del objeto directo, que se encuentran excluidos del comercio.

En tal virtud, creemos que el acto del fideicomiso puede tacharse de inexistente en el supuesto señalado, pero hasta en tanto se haga valer la inexistencia, el negocio lo podemos considerar como inválido, pues existió un acto en el momento de la celebración de la constitución y generó derechos y obligaciones, pero si se hizo valer la inexistencia estos derechos y obligaciones serán inválidos o nulos.

Al ser requisito de la cosa objeto de un negocio que sea determinado o determinable en cuanto a especie, para el objeto indirecto (lo que se va a hacer o no con la cosa) sea jurídicamente posible, lógico es que la indeterminación de algo se traduce en una posibilidad jurídica. En esas condiciones, el objeto indirecto es un acto constitutivo de fideicomiso no podrá serlo genéricamente, una cosa, un animal, una bebida, pues lo anterior implica una indeterminación de la dirección, la razón o el tipo y marca respectivamente, que nada significaría condenado a la inexistencia por la imposibilidad jurídica de su objeto indirecto, que sería una cosa indeterminada.

d) Cuando el hecho es imposible

Partamos desde la caracterización de ¿ Cuándo es un hecho? y ¿ Cuando es un acto ? determinadas circunstancias que generan situaciones jurídicas.

Tomando en cuenta las diferentes opiniones recibidas sobre la nulidad y la inexistencia de los actos que regulados en el Código Civil nos establecen los lineamientos a seguir por quienes encuadren en los supuestos marcados, podemos imaginar que solo deberá estarse conforme a lo ahí planteado, pero existe un sinnúmero de circunstancias prácticas que nos pondrían a pensar sobre si realmente sería válido o existente una circunstancia o si no lo es.

Para saber si algo es válido o no, si es inexistente o no, debemos determinar si es un acto o un hecho. como lo aprendimos en las aulas, un hecho, es un acontecimiento que puede generar circunstancias de derecho y para que surja no es necesario que intervenga la voluntad del hombre, como ejemplo podríamos poner un terremoto. Lo correspondiente al acto fincaría su definición a partir de que existe la voluntad del ser humano para llevarlo a cabo, en ese supuesto el acto generará consecuencias de derecho pero en el entendido de que para que ocurriera tuvo que intervenir la acción del ser humano.

Así como la cosa cuando se trata de una obligación de dar, debe ser tanto física como jurídicamente posible, lo mismo acontece en relación con el hecho o la abstención, si son obligaciones de hacer o no hacer, en su caso.

Ciertamente por lo que refiere al hecho positivo (hacer) o negativo (abstenerse), objeto indirecto de un negocio, cabe hacer mención de que su posibilidad debe ser tanto física como jurídica.

En ese orden de ideas, un hecho físicamente imposible, lo mismo sería la abstención de probar alimentos durante siete meses, el viaje a un planeta determinado, o la sustracción de una cosa a la ley de gravedad, precisamente porque todo ello es contrario a la naturaleza.

Si relacionamos la imposibilidad, ya sea física o jurídica de cierto hecho como objeto indirecto de un negocio, esto es el hacer o dejar de hacer determinada actitud, nos encontramos ante la inexistencia, primero del acto, pero en segundo término estaríamos si lo hacemos pero no está específicamente ligado al objeto indirecto del mismo, sino circunstancias anexas al acto en sí, estaremos ante una invalidez del acto jurídico y no ante una inexistencia. Para efectos del fideicomiso, en el momento del acto constitutivo del mismo, deberá determinar el objeto y consentimiento, que darán creación a los derechos y obligaciones derivado del acto en cuestión. Si estos dos puntos están correctos, no hay ninguna oposición para que el negocio prospere; porque no podría tacharse de inexistente el acto por contar con los dos elementos que son consentimiento y objeto, pero qué pasa cuando lo que se deba hacer o no hacer, sea imposible, como decíamos; supongamos que el objeto del fideicomiso es que el fideicomisario deje de comer 25 días seguidos cada dos meses durante dos años; este objeto de por sí sería inexistente por el hecho a que deberá enfrentarse el fideicomisario pero supongamos que el objeto sea dejar de comer un día al mes durante 5 años, en este sentido el objeto sí sería posible pero estaría viciado de nulidad por el hecho de que no es beneficio para el fideicomisario.

3 PLANTEAMIENTO GENERICO DE LA INVALIDEZ

Una vez que en los puntos anteriores analizamos los aspectos positivos de la teoría de la inexistencia, como son, su concepto, la evolución histórica que ha tenido, sus características y su aplicación a las cosas concretas que se citan con más frecuencia por la doctrina para hacer valer su mecanismo sin desconocer lo sugestivo que es el principio de dicha teoría; por lo claro y lógico de sus líneas que lo dirigen, corresponde mediante un examen detallado, poner de relieve la serie de irregularidades contradicciones e incongruencias padecidas por la misma a grado tal, que hacen dudar seriamente sobre su realidad.

Las críticas formuladas contra la inexistencia, son de diversa índole, sin embargo, es probable que satisfagamos nuestra pretensión con el examen de sus características, pues ello, a su vez, implica una necesaria y constante referencia a los casos particulares señalados como la inexistencia; sin escapar algunos de ellos de su respectiva inexactitud, pues aún en el supuesto de que la inexistencia fuera una realidad jurídica, estos últimos no darían lugar a la misma.

Si lugar a dudas, la evolución de los conceptos en general dentro del Derecho Mercantil así como en otras ramas del Derecho, finca su desarrollo en el movimiento constante de la Sociedad y en los negocios concretos que con motivo de actualizaciones económicas y sociales se desenvuelven en todo el mundo.

Cabe aquí el señalamiento de que los negocios jurídicos acordes con el entorno social deberán también de sufrir cambios que no precisamente son sustantivos. Así pues, la invalidez o validez de un negocio, estará fincado en lo que se estipule dentro de la legislación, misma que a su vez resolverá problemas concretos ubicados en la situación real del ser humano que habite determinado sector del globo terráqueo.

Para efectos no tan teóricos y más específicos dentro de nuestra sociedad la invalidez o inexistencia de un negocio, muchas de las veces no se reclama, pues la cuestión educacional que nos aprisiona, provoca el hermetismo de un sinnúmero de arbitrariedades manejadas por quienes detentan los conocimientos para desenvolverlos a su antojo, de tal suerte que los negocios jurídicos que benefician o perjudican a determinada persona que no posee los conocimientos ni la educación necesaria para hacer valer tal o cual derecho o cumplir o no determinada obligación; queda en la manifestación unilateral como decíamos, de quienes tienen la opinión de mejorar a su arbitrio los aspectos benéficos en muchos de los casos a su misma persona.

Es sin duda cuestionable la apreciación que manejamos con anterioridad, en toda sociedad que cuente con una libertad de expresión abierta como la nuestra se pensaría que quienes celebran operaciones que generan consecuencias jurídicas, tienen el conocimiento si no pleno si mínimo para llevarlos a cabo.

No pretendo ocuparme de aspecto individuales, de apreciaciones particulares o manifestaciones en contra de la educación en nuestra sociedad sino abarcar el concepto de invalidez o inexistencia para fines que en determinado momento evitarán que sigan manejándose negocios jurídicos con ciertas irregularidades que por el desconocimiento de planteamientos específicos se desenvuelven dentro de nuestra sociedad mexicana actual.

a) Efectos jurídicos a consecuencia de algún negocio fiduciario inexistente.

Insistimos por algún momento en que la inexistencia de un negocio para quienes han propugnado por ella, significa situarnos ante "La Nada Jurídica", de la cual debido a su misma carencia de contenido, no surgirá más que precisamente nada.

En otras palabras, el negocio inexistente no producirá efectos jurídicos (26) en el sentido de que el negocio inexistente produce cuando menos el efecto de "vincular a las partes por las situaciones de hecho que nazcan de su ejecución voluntaria" bastaría para desvirtuar la característica señalada, sin embargo la falsedad de la mencionada negativa puede ponerse de manifiesto también en el examen de algunos casos específicos, los cuales inclusive, sirvieron de ilustración para mostrar la forma de operar de la inexistencia por quienes la adoptan y fomentan.

De tal suerte que podemos examinar i) La simulación absoluta y ii) El fideicomiso constituido y contratado por un enajenado mental.

(26) Lutezco, George, Teoría y Práctica de la Nulidad, Trad.Esp. Editorial.Porrúa, México,1945

i) Hemos visto en su oportunidad que el negocio absolutamente simulado es considerado inexistente, a lo cual, por así convenir en este momento a nuestros propósitos y no sólo eso sino además, por así afirmarlo la teoría de la inexistencia debemos agregar que, como consecuencia de ello, no produce efecto jurídico alguno.

Ahora bien, para este efecto Rojina Villegas, después de condenarlo a la inexistencia al acto absolutamente simulado, afirma que está en contra del principio consistente en la no producción de efectos, pues declara que a pesar de la inexistencia de un negocio con tales características, su eficacia se limita, dado que no pueden desconocerse los efectos producidos por un acto inexistente en relación con terceros de buena fe.

Sin duda las afirmaciones hechas por el autor referido, representan a su pesar un serio ataque a la teoría de la inexistencia, pues con base a sus propios fundamentos, no obstante la modalidad adoptada por quienes defienden la inexistencia en el sentido de que el negocio inexistente no produce efectos "como acto" no es que los efectos jurídicos provengan de un "hecho" sino la realidad es que la inexistencia solo opera entre las partes que celebraron un acto de tal naturaleza siendo perfectamente válido, como acto", para terceros de buena fe.

Más aún, además de que la simulación absoluta la falta de integración del consentimiento es dudoso, al no poder negarse la existencia de un acuerdo de voluntades para defraudar a acreedores de una de las partes, tampoco se le podrá negar su naturaleza de jurídicos a los efectos que en materia penal se producen por la misma o sea, hacerse acreedores de los que en ella intervienen, a la pena prevista por el Código de la Materia en la fracción X de su artículo 387, además de todas las consecuencias inherentes a la comisión de un delito como es deducible, a pesar de la inexistencia que ataca al negocio jurídico absolutamente simulado, éste, según hemos visto produce efectos jurídicos, lo cual implica un golpe definitivo a la teoría analizada.

ii) Similar situación se presenta cuando el problema a examinar se refiere por ejemplo, a un fideicomiso que constituye un sujeto privado de raciocinio, ya sea por enajenación mental, por infancia o completo estado de ebriedad; por ello, parece suficiente aplicarlo al fideicomiso en general; es así: Un loco cuya falta de capacidad ha sido declarada judicialmente y cuya enfermedad muchas personas ignoran, vende una finca que otro compro de buena fe. El otorgamiento de la escritura de venta es un hecho real, innegablemente, el comprador adquiere un título aparentemente válido y eficaz para transmitirle el dominio de la finca, armado con ese título que inscribe sin dificultad en el Registro Público de la Propiedad, celebra contratos de arrendamiento, de hipoteca, de venta, etc. Si la primera escritura no existió, como de la nada no puede hacer algo, todos los contratos subsiguientes tampoco existirían, y sin embargo ¿ Hay posibilidad de

considerarlos como inexistentes?. ¿ Pueden despreciarse como si no hubieran existido?.

La respuesta a tales interrogantes creemos que debe ser negativa, pues en caso contrario, todo negocio jurídico estará en peligro de no existir y las operaciones propias de tráfico jurídico mercantil carecerían hasta del mínimo de seguridad, situación que sería además caótica.

Como podemos observar, los actos realizados por un enajenado mental, también producen efectos jurídicos, lo cual está en pugna con la teoría de la inexistencia.

Si partimos que los ataques a la Teoría de la inexistencia no fueran tan convincentes, contemplamos también el caso de un pseudo fideicomiso, en el cual su objeto indirecto, es decir, el bien material del mismo, hubiere perecido con anterioridad a su constitución y al pacto de su ejecución, o inclusive, coloquemos nuestro criterio en el extremo de que nunca existió y a pesar de ello, el fideicomiso ya hubiere cumplido por su parte con alguna contraprestación a su cargo.

De acuerdo con la teoría de la nada es inexistente la operación concertada de tales condiciones, pues tiene en su contra la imposibilidad física de su objeto indirecto. Al ser inexistente dicho negocio no produce efectos jurídicos, ya que según hemos afirmado con anterioridad la nada no puede engendrar otra cosa más que la nada misma. Entonces ¿ La prestación cumplida por el fideicomiso, no es en sí un efecto jurídico?, más aún ¿Al no producir efectos jurídicos dicho contrato inexistente, el fideicomisario debe resignarse y pensar como si hubiere sido una causa incomprensible, se vio privado de una parte de su patrimonio al haberlo entregado al supuesto fideicomitente? Resulta indudable que no; pues resulta lógico que se encuentra en aptitud de reclamar la devolución de la prestación indebidamente pagada, y acaso dicho reclamo, ¿No es un efecto jurídico cuyo origen proviene de un negocio catalogado como inexistente?.

Parece inadmisibles cualquier otro sentido de la respuesta de no ser afirmativo.

Ahora bien, ante el ataque tan fuerte, contra la inexistencia desde el punto de vista de la no producción de efectos, sus partidarios han deformado dicha concepción, arguyendo, como lo planteamos con anterioridad que el acto jurídico como acto, sin que para ello no pueda dejar de producirlos como hecho jurídico.

Para especificar más concretamente la estipulación, Rojina Villegas afirma; “ Un acto jurídico no puede producir efectos como acto jurídico pero sí como hechos jurídico”. La inexistencia de los actos jurídicos impide que estos produzcan efectos de derecho, o sea, que un acto jurídico como tal pueda producir efectos.

Tiene gran interés hacer esta distinción, porque aquellos que no aceptan la teoría de la inexistencia dicen que el llamado acto inexistente, si produce ciertos efectos. Quienes así piensan no toman en cuenta que e estos efectos no se producen por el acto, sino por el hecho.

La aclaración anterior viene a fortalecer más todavía la irrealidad de la inexistencia, pues según deriva de ella, hay reconocimiento para los efectos producidos y basta con que ello tenga una concepción original según lo manifestamos, en el sentido de que debido a tal invalidez. "El acto no se forma, no entra en contacto con la teoría de las obligaciones y en vínculo contractual no tiene consistencia legal".

Es un hecho sin consecuencias jurídicas.

b) Como interviene el Organismo Jurisdiccional en los casos de inexistencia.

Partamos del estudio descriptivo que nos da como resultado la definición de un inicio de lo que entendemos por el órgano jurisdiccional y tenemos que órgano es la parte de un todo que tendrá como objeto, la tarea de llevar a cabo lo indicado por el principal; por jurisdicción entendemos "La potestad para administrar justicia atribuida a los jueces, quienes la ejercen aplicando las normas jurídicas generales y abstractas a los casos concretos que deben decidir". "Es también, la actividad del Estado encaminado a la actuación del Derecho Positivo mediante la aplicación de la norma general al caso concreto".

De tal suerte que el órgano jurisdiccional será el instrumento del Estado que servirá para la aplicación de normas generales a casos concretos en un lugar y tiempo determinados.

Como lo señalo anteriormente, otra de las características atribuibles a los negocios afectados de inexistencia es aquélla según la cual con base también en que tal acto es la nada, resulta innecesaria la intervención del órgano jurisdiccional, para determinar que algo es irreal, pues éste, no haría más que declarar lo que ya de antemano es evidente, o sea, la inexistencia del acto correspondiente.

Ahora bien, aún cuando fuera accidentalmente llevado ante la presencia del acto jurisdiccional, el acto, será calificado absoluta e inmediatamente según creemos por parte del Juez, como inexistente, haciéndolo costar en el juicio respectivo.

Lo anteriormente afirmado, pudiera ser en determinado momento materia de discusión por quienes no están de acuerdo con la Teoría de la inexistencia que

maneja principalmente el Maestro Rojina Villegas, como se anotó en algunos otros puntos del presente trabajo.

Para defender lo dicho, es importante suponer ciertos actos que si bien son inexistentes tienen la categoría de actos; como meras suposiciones diríamos entonces que no tendría caso el discutir por ejemplo, si existe como matrimonio la cohabitación de un hombre y una mujer haciendo vida a consecuencia de un acuerdo de voluntades, dicho de otra manera, en concubinato; pues ese supuesto se encuentra fuera de toda discusión, más aún, representa inclusive una situación totalmente ajena al estado civil del matrimonio y se define dentro del lenguaje coloquial como unión libre.

Así creemos que para discutir sobre si un acto es o no inexistente se requiere que tenga cuando menos una mínima apariencia de acto jurídico.

Pues bien, contra la posición adoptada por quienes defienden la inexistencia, en el sentido de que para su celebración no es necesaria la resolución judicial, existe un sinnúmero de argumentos que podrían condensarse en una frase respecto al matrimonio y dice: " Jamás un matrimonio es nulo de plano derecho, hay siempre una apariencia y un título que es necesario destruir " (Lo que vendría a entenderse como el divorcio que elimina el documento) (27).

(27) TRONCHET, Jurista francés, citado por George, Lutzesco, en su libro "Teoría y Práctica de las lidades", Trad. Esp. Editorial Porrúa. México 1945 pág 189.

Ciertamente, cabe hacer notar que toda controversia suscitada cuya materia sea una serie de derechos o situaciones jurídica para su declaración debe ser sometida ineludiblemente a la decisión de los órganos jurisdiccionales, ya que actualmente y aún en la época en que creemos que la inexistencia surgió, nadie puede hacerse justicia por su propia mano, lo cual en el tema abordado significa que nadie, a no ser el propio órgano jurisdiccional, le son reconocidas facultades para determinar si un acto es inexistente o no.

En esas condiciones, además de la necesaria intervención judicial para decidir sobre el destino de un acto cuya existencia se ha puesto en duda, el Tribunal del conocimiento deberá cumplir con todas las formalidades legales establecidas para cualquier procedimiento, o sea resolviendo, mediante una demanda, nunca de oficio y estrictamente apegado a las garantías de audiencia y legalidad consagradas en los artículos 14 y 16 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, pues lo contrario, o sea, una simple contratación de inexistencia del acto sin cumplir con las formalidades esenciales del procedimiento sería violatorio de garantías y daría lugar a la interposición de un amparo que en determinado momento podría rebatir el hecho de que tal o cual acto sea inexistente.

Observamos según nuestro punto de vista, aún cuando se trate de un negocio de los considerados inexistentes, es ineludible la intervención judicial para condenarlo a tal invalidez y no sólo eso sino además consideramos, que dicha intervención debe ser no únicamente para dejar constancia de la inexistencia de un acontecimiento sino por el contrario lo es en cumplimiento a todos los preceptos legales que regulan la función jurisdiccional cuando a ella le son sometidos por los particulares sus derechos controvertidos, esto es, que sólo el órgano jurisdiccional podrá en determinado momento dejar constancia de cuando es un acto inexistente o inválido y cuándo no lo es.

c) Confirmación de los actos afectados de Inexistencia.

Es sin duda interesante de antemano la mención de este punto, pero para el desarrollo del mismo, debe tomarse en cuenta de una manera inicial la definición del concepto medular del apartado que nos ocupa y tenemos entonces que “ La confirmación es un acto jurídico unilateral mediante el cual la persona interesada en la anulación de un acto de esta naturaleza manifiesta tenerlo por válido, expresa o tácitamente, produciéndose, en consecuencia, su convalidación.”

“ Es una manifestación de la voluntad hecha por la persona a quien corresponda el derecho de impugnación de un acto anulable que produce el efecto de

purificarlo del vicio que adolece, de tal manera que el acto queda tan perfecto que es considerado como si no hubiera tenido nunca imperfección" (28).

Apreciamos necesariamente, la manifestación por nuestra parte de que una de las características preponderantes de la inexistencia es que no admite confirmación. Los razonamientos para deducirla son claros y lógicos y, por ende, convincentes, ya que para la procedencia de la confirmación como lo estudiamos en algún tiempo, es requisito que sea respecto de algo existente o, dicho al contrario, la nada no puede confirmarse. Pero en el terreno de la realidad jurídica, la característica que apuntamos no es definitiva.

Cuando correspondió tratar los casos particulares en los cuales un negocio jurídico carece de su primer elemento esencial bien como lo es la manifestación de voluntades que deben intervenir de acuerdo con la naturaleza del negocio, mencionamos como tales entre otros, a la declaración de voluntad de una persona "Infans" (29), al error de obstáculo u obstativo a que nos referimos anteriormente dentro del presente trabajo, la violencia física radical, a la declaración de un enajenado mental, o de un ebrio, a la firma o huella digital estampada en un papel sin contenido, o bien, del que se hubiera alterado el mismo al darle lectura.

Lo cierto es que en estos casos no puede hablarse de la coincidencia requerida entre el fuero interno del sujeto, o sea, lo que dentro de él siente y piensa, y su declaración, por lo tanto, la manifestación de la voluntad no se estructura.

(28) DE PINA, RAFAEL, "Diccionario de Derecho", Editorial Porrúa, México 1985.

(29) Rafael de Pina lo considera como un periodo de la vida de un ser humano que comprende desde el nacimiento hasta los siete años de edad.

**ESTA TESIS NO DEBE
SALIR DE LA BIBLIOTECA**

Ahora bien, a pesar de la anomalía tan trascendente que cada una de estas situaciones representa, debe tenerse en cuenta que tanto el niño, al dejar de serlo y convertirse en un sujeto plenamente capaz, el que padeció un error obstáculo y después conoció la realidad, quien fue víctima de una simulación absoluta, ya librado de ella, el enajenado mental o el ebrio, una vez recuperada su cordura o la sobriedad en su caso, el que firmó o estampó su huella digital en un papel sin sentido todos ellos, en sus respectivas situaciones, pueden aceptar como buenos los efectos de los negocios jurídicos celebrados o sus consecuencias y en base a ello, confirmar no sólo tácitamente sino inclusive expresamente el acto que se creía inconfirmable por suponer que el mismo se encontraba afectado de inexistencia.

Con este tipo de criterio podemos analizarlo de una manera particular y de la misma forma concluir en el sentido de que todo lo anterior nos permite poner de manifiesto que un negocio inexistente, admite ser confirmado, pues resulta que si la nada es inconfirmable, ¿ Que pasa cuando se repusieron de todo lo que haya provocado la inexistencia?, en ese aspecto pudiéramos decir que no se conformaría pues no hay nada que confirmar,. Pero si repuestos de sus vicisitudes reafirman lo que se estipuló, confirmarían con ese hecho los actos que se realizaron cuando no estaban en condiciones de llevarlos a cabo.

d) -Aparición de la prescripción.

Claramente podría antes de iniciar cualquier comentario especificarse la definición concreta de lo que en primer término se entendería como prescripción, y basados en ese hecho nos permitimos anotar lo que define el Código Civil en su artículo 1135 estipulado lo siguiente: " Prescripción es un medio de adquirir bienes o de librarse de obligaciones, mediante el transcurso de cierto tiempo y bajo las condiciones establecidas por la Ley"

En materia de fideicomisos pueden aplicarse según nuestro criterio los apartados referentes a la Fracción II del artículo 1135, III del artículo 359 y V. del artículo segundo transitorio de la Ley General de Títulos y Operaciones de Crédito.

Para efectos prácticos y a manera de generalizar sobre el asunto de la prescriptibilidad de ciertos negocios jurídicos que en determinado momento pudieran aplicarse al caso concreto de los fideicomisos, en un punto tratado dentro de las características de la inexistencia, señalamos también que una de estas es la prescriptibilidad, o sea, que el acto inexistente nunca dejará de serlo independientemente del tiempo que transcurra.

Visto desde ese enfoque, nuevamente aparece la lógica en pro de los razonamientos que fundamentan a la inexistencia, operando según pensamos de la siguiente manera:

Puesto que la muerte es eterna, el acto inexistente deberá seguir su destino, pues ni el olvido ni el transcurso del tiempo podrán desaparecer sus defectos o completar sus imperfecciones.

La noción de prescripción le es absolutamente desconocida en diez, veinte o cincuenta años, pues la muerte es la muerte, y la nada es la nada.

No obstante la consideración que hacemos, la inexistencia sí es susceptible de prescribir, como lo veremos en los comentarios que nos permitimos desarrollar a continuación.

La jurista Rosina Claps Gallo, en su tesina denominada "Invalidez", México, 1967, hace alusión, señalando que la prescripción adquisitiva frustra todos los efectos del acto inexistente si éste fue ejecutado, podemos recurrir también al caso específico referido al matrimonio celebrado por un sujeto cuya edad no llegare a la mínima para poder ni aún con la autorización legal correspondiente celebrarlo.

En efecto, mencionábamos en su oportunidad que un supuesto objeto directo jurídicamente imposible, se presenta cuando un menor, de trece años de edad, por ejemplo, contrae matrimonio, debido a la incapacidad de goce habida en relación con los derechos y obligaciones derivados de tal acto jurídico.

Pues bién, contra la aseveración hecha por nuestra parte, decíamos, que un matrimonio celebrado en tales condiciones es inexistente, como dentro de un negocio fiduciario pudiera establecerse la similitud, y en consecuencia, el mal que sufre nunca desaparecerá.

Puede surgir un negocio fiduciario que haya sido producto de un mal objeto directo, pero si al pasar el tiempo las partes que celebraron tal negocio no hacen valer en favor suyo la inexistencia de las circunstancias que la propiciaron, se entenderá que la aceptan y con ella todas las consecuencias generadas y el transcurrir del tiempo le dará a los actos que la crearon, el reconocimiento muchas de las veces legal, de los actos constitutivos de fideicomiso como las consecuencias generadas por los mismos.

e) La jurisprudencia en algunos casos donde interviene el concepto de inexistencia.

Indudable e ineludible, debe ser la definición de lo que se entiende por jurisprudencia antes de aplicarla a los casos concretos donde interviene.

En este aspecto una de las definiciones amplias y convincentes de lo que se entiende por jurisprudencia, creemos que es la siguiente: " Jurisprudencia es la ciencia del Derecho", Justiniano la definió, en el Derecho Romano como Divinaru, atque humanarum rerum notitia, justí injustique scientía; el consentimiento de las cosas divinas y humanas, la ciencia de lo justo y de lo injusto. Las primeras palabras de esta definición pertenecen a la definición de la filosofía que consiste en la ciencia de lo justo y de lo injusto. Así pues la jurisprudencia no consiste solamente en el conocimiento de las leyes, usos y costumbres, sino que exige también una noticia general de todas las cosas sagradas y profanas a que pueden aplicarse las reglas de la justicia. Otras defienden la jurisprudencia diciendo ser: el hábito práctico de interpretar rectamente las leyes y de aplicarlas oportunamente a los casos que ocurren, También se llaman jurisprudencia los principios que en materia de derecho se siguen en cada país o en cada tribunal, el hábito que se tiene de juzgar de tal manera una cuestión; y la serie de juicios o sentencias uniformes que forman uso o costumbres sobre un mismo punto de Derechos (30).

La Ley de Amparo nos señala: " La jurisprudencia que establezca la Suprema Corte de Justicia de la Nación, funcionando en pleno o en Salas, es obligatoria para éstas, en tratándose de la que decreta el pleno, y además para los Tribunales Militares y Judiciales del orden común de los Estados, del Distrito Federal y Tribunales Administrativos y del Trabajo, locales y federales.

Las ejecutorias constituirán jurisprudencia, siempre que lo resuelto en ellas se sustente en cinco sentencias no interrumpidas por otra en contrario y que hayan sido aprobadas por lo menos por catorce Ministros, si se trata de jurisprudencia de las Salas (31).

30)Escribe, Joaquín "Diccionario Razonado de Legislación y Jurisprudencia", Cárdenas Editor y Distribuidos, Madrid, 1873, Tomo II

(31)De Pina, Rafael, "De Pina Vara. Rafael.- "Diccionario de Derecho", Editoral Porrúa, México, 1985.

La jurisprudencia de la Corte, ha determinado que las diferencias entre la existencia y la nulidad son meramente teóricas por lo que el concepto de inexistencia nos permitimos manejarla como invalidez o nulidad en su caso, pues a lo largo del presente trabajo hemos tratado de indicar no solo en un elemento de los "contratos" al aplicarlo al acto constitutivo del Fideicomiso, como pudiera ser el objeto del mismo, sino en un número más amplio de elementos que están ligados y que si no ponemos el empeño idóneo conforme a la ley para la (reclamación) de la invalidez de los negocios, las vicisitudes generarán un sinnúmero de consecuencias que darán como resultado la problemática cotidiana y una mayor acumulación de trabajo de Tribunales.

La Suprema Corte de Justicia de la Nación, en la jurisprudencia 1917-1988, segunda parte, Salas y Tesis Comunes volumen IV, establece la situación de que en la nulidad e inexistencia sus diferencias son meramente teóricas, pues dice la Número 1216.- Aún cuando el artículo 2224 del Código Civil para el Distrito Federal emplea la expresión "ato jurídico inexistente", en la que pretende basarse la división tripartita de la invalidez de los actos jurídicos, según la cual se les agrupa en inexistentes, nulos y anulables, tal distinción tiene meros efectos teóricos, porque el tratamiento que el propio Código da a las inexistencias, es el de las nulidades, según puede verse en las situaciones previstas en los artículos 1427, 1433, 1434 y 1826, pero también el Código las trata de nulidades (32)

Una tesis relacionada con la anterior es la que se dicta en el sentido de que los artículos 154 y 163 del Código de Procedimientos Civiles del Distrito Federal, se desprende que la nulidad de lo actuado por juez incompetente, únicamente surte efectos cuando se ha tramitado la contienda jurisdiccional, por los medios que indica la ley, ya sea la inhibitoria o la declinatoria, pero que cuando se inhibe del conocimiento de un negocio, usando la facultad que le confiere la ley, esa inhibición es consentida por las partes, no existe nulidad.(Quinta época: Tomo LXI, pág. 5074. Rojas viuda de Cardoso Lucrecia).

(32) Sexta Epoca, Cuarta Parte.

Vol. XI, pág. 130, A.D. 2596/57 Federico Bolaños, Unanimidad de cuatro votos.

Vol. XIX, pág. 172, A.D. 2663/58 Donato Antonio Pérez. Cinco votos.

Vol. LXVI, pág. 44, A.D. 1924/60 Pilar Mancilla Pérez Cuatro Votos.

Vol. LXXXVIII, Pág. 16, A.D. 8668/62 Pedro Flores López Cuatro Votos.

Vol. XC, pág. 46, A.D. 1205/52 Manuel Ahued. Cuatro Votos.

Esta Tesis apareció publicada con el número 197, en el apéndice 1917-/1985 cuarta Parte, pág.590.

Para la aplicación concreta de la jurisprudencia a los casos específicos de los fideicomisos, es indispensable comprender y estudiar, que nos dice la jurisprudencia respecto a diferentes actos relacionados con el tema de los fideicomisos; de tal suerte que partiendo de la base de que solo se expondrán en el presente trabajo algunos negocios que pudieran tratarse de inválidos o inexistentes, pondremos como ejemplo los siguientes:

La venta en garantía de un préstamo es un negocio fiduciario prohibido por la ley. Solo es lícito el fideicomiso expreso, con intervención de las instituciones de crédito autorizadas para operar como fiduciarias. El acreedor no puede apropiarse por sí solo y ante sí los bienes dados en garantía, sin los procedimientos señalados en nuestras leyes y los contratos de compra-venta en garantía de operaciones de mutuo, son el objeto de una simulación parcial y nulos por lo tanto. En consecuencia, debe declararse la nulidad del contrato aparente y la subsistencia de la operación disimulada, debiendo restituir las partes las prestaciones que mutuamente se hubieren hecho (33).

Otra tesis jurisprudencial relacionada a los fideicomisos es la que nos explica la simulación y su distinción con los negocios fiduciarios.

Manifiesta que lo característico del negocio simulado es la divergencia intencional entre la voluntad y la declaración, entre lo interno y querido y lo externo y declarado. Quienes simulan hacer aparecer a los ojos de los terceros una relación que no debe existir y de ahí que su declaración sea ficticia y no represente una voluntad real.

(33) Sexta Epoca, Cuarta Parte.

Vol. XXVII, pág. 113 A.D. 5405/57 J. De Jesús Camarena. Cinco Votos.

Vol. XXXIV, pág. 153 A.D. 4399/59 Sara Saldivar, Unanimidad de Cuatro Votos.

Vol. IV, pág. 76 A.D. 5964/59 Ignacio Hernández de Cortes y Coagraviados. Cuatro Votos.

Vol. LXII, pág. 93 A.D. 7131/61 María Guadalupe López Torres. Cinco Votos.

Vol. LXVIII, pág. 34 A.D. 905/62 Ignacio Landa Gallegos. Cuatro Votos.

Esta Tesis apareció publicada con el número 274, en el apéndice 1917-1985, Cuarta Parte, pág.778-

4. NULIDAD ABSOLUTA DE LOS FIDEICOMISOS

Para el entendimiento General del Término Nulidad, es preciso el consentimiento pleno de lo que ello significa, en tal virtud nos atrevemos a anticipar al desarrollo del punto en cuestión, al plantear la definición de Nulidad, y tenemos que: "Nulidad, es la ineficacia de un acto jurídico como consecuencia de la ilicitud de su objeto o de su fin, de la carencia de los requisitos esenciales exigidos para su realización o de la concurrencia de algún vicio de la voluntad en el momento de celebración. (34) " Esta voz designa a un mismo tiempo el estado de un acto que se considera como no sucedido, y el vicio que impide a este acto el producir su efecto. Hay nulidad absoluta y nulidad relativa: Aquella es la que proviene de una ley, sea civil o criminal, cuyo principal motivo es el interés público; y esta es la que no interesa sino a ciertas personas. No debe confundirse la nulidad con la rescisión. Hay nulidad cuando el acto está tocado de un vicio radical que le impide producir efecto alguno; ya sea que no se haya ejecutado con las formalidades prescritas por la ley, como en el caso de que asista en un testamento el competente número de testigos; ya sea que se halle en contradicción con las leyes o las buenas costumbres, como la venta de una sucesión futura; ya sea con el fin que se haya celebrado por personas a quienes no puede suponerse voluntad, como un niño o un demente. Hay rescisión, cuando el acto, válido en apariencia, encierra sin embargo un vicio que pueden hacerle anular, si así lo pide alguna de las partes, como el error, la violencia, el dolo, una causa falsa, la minoría de edad, etc. La nulidad se refiere por lo general al interés público, y no puede por tanto cubrirse entonces con la ratificación ni con la prescripción.

De modo que los Tribunales deben proporcionarla por la sola razón, de que el acto nulo no puede producir ningún efecto, sin detenerse a examinar si las partes han recibido o no una lesión (35).

(34) Definición que nos proporciona el "Diccionario de Derecho", de Rafael De Pina y Rafael de Pina Vara, Editorial Porrúa, México, 1985.

(35) Definición prevista en el "Diccionario Razonado de Legislación y Jurisprudencia", Tomo II, Cárdenas Editor. México, 1873.

Claro que dentro de nuestro punto de vista y en apego específico al tópic que nos ocupa, diremos que la Nulidad Absoluta en estricto derecho, es la invalidez más drástica, debido a la magnitud de los intereses que mediante su previsión se pretenden tutelar los cuales no solo son los correspondientes a los particulares sino también el orden público y a las buenas costumbres y por lo mismo, de su propio cuerpo se supone una invalidez total, una enfermedad que padecen los negocios, que además de grave es incurable. En otras palabras creemos que basados en algunos puntos de la doctrina, la nulidad sugiere la idea suprema e incondicional de una sanción no restrictiva, pues actúa contra las partes y contra terceros, contra los particulares y en su caso contra el Ministerio Público como representante del interés público.

Para ampliar un poco lo razonado en anteriores párrafos, pongamos como ejemplo, lo establecido en el artículo 2225 del Código Civil que nos dice que: " La ilicitud en el objeto, en el fin o en la condición del acto produce la nulidad, ya absoluta, ya relativa, según lo disponga la Ley", además de tomar en cuenta lo establecido en el artículo 2226 del mismo ordenamiento que nos dice: "La nulidad absoluta por regla general no impide que el acto produzca provisionalmente sus efectos, los cuales serán destruidos retroactivamente cuando se pronuncie por un juez dicha nulidad".

En ese orden de ideas y de acuerdo a la disposición segunda creemos que deben tenerse en cuenta dos especies de nulidad absoluta, una que permite la producción de efectos provisionales y otra que impide su producción.

Decimos que deben de considerarse dos especies de nulidad absoluta, porque existe en estricto sentido, en la que el negocio correspondiente produce provisionalmente sus efectos y genéricamente su objeto va en contra de las leyes de orden público o de las buenas costumbres, y aquella de pleno derecho correspondiente y desconoce los producidos, y consecuentemente no requiere resolución judicial que la declare. Un ejemplo de lo que planteamos, sería el hecho de la declaración de la nulidad de lo declarado ante un juez incompetente pues la nulidad es de pleno derecho, en este caso no requiere resolución judicial; así como el anterior existen algunos otros ejemplos, como el negociar cualquier acto que tenga por objeto entre particulares, la explotación directa de yacimientos petroleros y por lo tanto, serán nulos de pleno derecho sin necesidad de previa declaración judicial.

Creemos pues, que está afectado de nulidad absoluta todo aquel fideicomiso que carezca de su declaración de algún elemento esencial de los que requiere para su estructura, pues ello significa que su objeto es contrario a las leyes de orden público, con excepción de los que pueden ser confirmados.

Es nulo absolutamente, el enumerado en el artículo 348 de la Ley General de Títulos y Operaciones de Crédito, en su último párrafo que nos dice, "es nulo el fideicomiso que se constituye en favor del fiduciario", (por ir en contra del orden público), es nulo aquel también que tenga por objeto derechos o bienes que conforme a la Ley sean personales del titular, (artículo 351 de la misma ley); aquel también que conforme al mismo artículo 351, sea constituido en fraude de terceros, pues en todo tiempo podrá ser atacado de nulidad por los interesados, o cuando el fideicomiso celebrado fuere alguno de los prohibidos por el artículo 359 de la misma ley, como "Los secretos; los que conceden el beneficio a varias personas sucesivamente que deban sustituirse por muerte de la anterior, salvo el caso de que la sustitución se realice a favor de personas que estén vivas o concebidas y a la muerte del fideicomitente, y, aquellas cuya duración sea mayor de 30 años cuando se designe como beneficiario a una persona jurídica que no sea de orden público o institución de beneficencia. Sin embargo, pueden constituirse con duración mayor de 30 años cuando el fin del fideicomiso sea el mantenimiento de museos de carácter científico o artístico que no tenga fines de lucro.

Otra tesis jurisprudencial relacionada a los fideicomisos es la que nos explica la simulación y su distinción con los negocios fiduciarios. Manifiesta que lo característico del negocio simulado es la divergencia intencional entre la voluntad y la declaración entre lo interno y querido y lo externo y declarado. Quienes simulan hacer aparecer a los ojos de terceros una relación que no debe existir, es de ahí que su declaración sea ficticia y no represente una voluntad real. La simulación conduce necesariamente a la nulidad, porque no se dirige a defraudar a los terceros o a ocultar una violación legal. Pero para que la simulación exista, es forzoso que en un mismo acto se presente la divergencia entre la voluntad y la declaración de los negocios simulados en que deben distinguirse los fiduciarios; estos últimos son necesarios, concluidos realmente entre las partes para obtener un efecto práctico determinado. Los contratantes quieren el negocio con todas sus consecuencias jurídicas, aunque se sirvan del mismo para una finalidad económica distinta, como en la transmisión de una propiedad para un fin de garantía (36).

(36) Sexta Epoca, Cuarta Parte.

Vol. XXXDIII, pág. 242 A D. 1627/60. Hermenegildo Moreno González, Mayoría de tres votos.

5. NULIDAD RELATIVA DE LOS FIDEICOMISOS.

Decíamos que para entender el carácter de relativo o absoluto, es necesario definir lo que se entiende por Nulidad Relativa; y tenemos que por el lado de lo absoluto se contravienen disposiciones de orden público, esto es, que se afecta lo estipulado en la ley y principalmente a la sociedad en su conjunto, misma que da su voluntad para que se establezcan las leyes que habrán de regirlos, y personas bajo ciertas condiciones.

El campo que tutela la nulidad relativa, queda restringido a intereses particulares, es decir, un negocio está afectado por ella cuando fue celebrado, con la violación de una regla que estaba destinada a asegurar la protección de una de las partes, como los incapaces, los titulares de una voluntad viciada, etc. En tal virtud, y del análisis comparativo entre la nulidad absoluta y relativa, y además como se desprende de la denominación que se da a la última, también implica un aspecto de enfermedad del negocio, sin embargo, dicha enfermedad, es menos grave y tiene posibilidades de sanar mediante confirmación o prescripción, para así resurgir a la vida jurídica en toda su plenitud y cumplir su cometido, que es precisamente la regulación de los intereses particulares estipulados en los negocios cuyas consecuencias afecten única y exclusivamente a los interesados en éstos.

Creemos pues, que la nulidad relativa de que puede ser víctima un negocio, o la enfermedad ligera que pudiera atacarla, al contrario de la absoluta, desaparece con el tiempo, como las heridas que se sufren en alguna parte del cuerpo, son ligeras, duelen pero con el correr del tiempo quedan subsanadas; manifestamos esto, porque pensamos que prescribe el derecho de invocar la nulidad relativa; pues solo puede ser demandada por aquella parte a quien perjudica, ya sea aquella persona incapaz o el que sufrió el vicio de su voluntad o por ambas partes si no se observó la forma debida en la celebración del negocio.

Puede además confirmarse el negocio correspondiente, por un lado librándolo del defecto que dio lugar a su nulidad, o bien cumpliendo sus disposiciones, dando origen a una convalidación pudiéramos decir tácita (que se entiende realizada), un negocio jurídico viciado de nulidad relativa siempre surte sus efectos de una manera provisional. Los cuales por lo general son destruidos de una manera retroactiva, si el juez que conoce de dicha nulidad lo decide.

Para la regulación de la nulidad relativa, se estipulan los artículos 2227 al 2238 del Código Civil para el Distrito Federal en materia del fuero común y para la República en materia Federal; pero creemos que el más trascendente para nuestro estudio, sin restar la importancia que pudiesen tener los posteriores, es el 2227, estipulando, que basta la presencia de una sola característica de las que

correspondan a la nulidad relativa, para que esta sea la que sufra el negocio jurídico en cuestión.

Así creemos que al aplicar los artículos relativos del Código Civil mencionado, será relativamente nulo el fideicomiso otorgado por un menor de edad, pues solo este podrá demandar dicha nulidad como nos lo marca el artículo 2230, 2233 y 2234 de dicho Código, nos dan la pauta para que el negocio jurídico en cuestión pueda ser confirmado cuando cese la incapacidad.

De igual forma pudiéramos pensar, sobre los fideicomisos que en su constitución no se haya observado la forma establecida por los artículos 352 y 353 de la Ley General de Títulos y Operaciones de Crédito que nos establecen: "El fideicomiso puede ser constituido por acto entre vivos o por testamento. La constitución del fideicomiso deberá siempre constar por escrito y ajustarse a los términos de la legislación común sobre transmisión de los derechos o la transmisión de la propiedad de las cosas que se dan en fideicomiso". "El fideicomiso cuyo objeto recaiga en bienes inmuebles deberá inscribirse en la sección de la Propiedad del Registro Público de la propiedad del lugar en que los bienes estén ubicados. El fideicomiso surtirá efectos contra tercero, en el caso de este artículo, desde la fecha de inscripción en el Registro".

Lo anterior lo afirmamos pues con base en los artículos 2231 y 2232 del Código civil, la nulidad por falta de forma se extingue al ser observada con posterioridad, y las partes interesadas pueden exigir el otorgamiento de la misma.

Por último, pensamos que si la voluntad se expresó por error, temor o desesperación, independientemente de que tratándose de error sea obstativo o vicio, podrá ser confirmado el negocio correspondiente por quien padecía cualesquiera de ellas, así como el prescribir en sesenta días la acción de nulidad como lo marca el artículo 2336 del Código Civil, y en seis meses por temor o desesperación como lo señala el artículo 2237 del mismo ordenamiento.

IV CONCLUSIONES GENERALES.

1.- La Invalidez por falta de algún elemento.

Una vez teniendo la voluntad para la constitución de un fideicomiso, este deberá contar con el objeto que en primer término lo constituya un bien o derecho que se encuentre en el comercio y por otra parte que este dentro de la naturaleza. En este aspecto muchos de los fideicomisos de acuerdo a la globalización que estamos viviendo, podrán en este momento estar operando en ambientes no específicamente teniendo el segundo aspecto, esto es, pueden existir contratos cuyos derechos o bienes sean virtuales entendiendo estos como las transacciones electrónicas y vía internet que en la actualidad se llevan a cabo, y que no existen en ese ambiente dentro de la naturaleza, pero que sus consecuencias al materializarlas pueden dar como resultado un bien o derecho real o material; desde el punto de vista particular ese objeto indirecto en si no se encuentra dentro de la naturaleza por ser un impulso electrónico su origen y en consecuencia un fideicomiso puede carecer del mismo provocando su invalidez, hasta en tanto exista legislación adecuada que permita su regulación.

Respecto a la formalidad en que deberán constituirse los fideicomisos, la ley actual prescribe que éstos deberán siempre constar por escrito y ajustarse a los términos de la legislación común sobre transmisión de los derechos o transmisión de propiedad de las cosas que se den en fideicomiso, por consiguiente todos los fideicomisos pueden ser susceptibles de constituirse sin necesidad de que se haga constar por escritura pública, salvo cuando se trate de bienes raíces o aspectos de carácter testamentario.

Cabe entonces señalar que en los elementos de validez de los fideicomisos nos encontramos el objeto, fin o motivo, la capacidad, la forma y la ausencia de vicios en la voluntad; el primero de ellos reviste especial interés, debido a que es la base fundamental de la creación de un fideicomiso, puesto que como lo dispone la Ley General de Títulos y Operaciones de Crédito el fideicomitente destina ciertos bienes a un fin lícito determinado, por otra parte también dispone que el fideicomiso será válido aunque se constituya sin señalar fideicomisario, siempre que su fin sea lícito y determinado, en virtud de ello el fin debe estar apegado a las disposiciones de orden público y a las buenas costumbres pero debe tomarse en cuenta que el orden público en cada Sociedad así como las buenas costumbres surgen de una idiosincrasia y convivencia particular que puede dar como resultado precisamente la concepción diferente en cada grupo humano y se estaría en el dilema continuo de en que momento es algo legal o dentro de las buenas costumbres y en que momento nos encontramos un criterio uniforme.

Con respecto a este punto se estima que únicamente debe tomarse en cuenta la aplicación estricta de la ley y no así la interpretación subjetiva para la creación de fideicomisos que en muchos de los casos funcionan sin contar con un fin estrictamente lícito (entendiendo la licitud como producto de las buenas costumbres que se hicieron ley), debido a que existen diferentes sociedades y economías en la actualidad que se interrelacionan pero dentro de un ámbito legal que es en su caso el tratado Comercial respectivo.

La lesión ha sido considerada por algunas personas como vicio de la voluntad, consideramos que existe en ese supuesto una apreciación errónea, ya que la lesión es una desproporción exagerada que puede haber entre las prestaciones recíprocas de un negocio en el que se conmute una cosa por otra, esto es, que existe el otorgamiento de derechos y obligaciones de las partes, independientemente a la libertad, conciencia o voluntad en la que se encuentran los otorgantes, por consecuencia en el caso de los fideicomisos de cualquier tipo la lesión no debiera ser un vicio de la voluntad como tal sino una consecuencia que provocaría a su vez el menoscabo en el patrimonio de alguien, mas si esa lesión se ignoraba entonces puede existir un error y con ello si se puede provocar un vicio de la voluntad y consecuentemente una nulidad del acto.

De igual forma es de concluirse que la falta de un elemento esencial del fideicomiso, provoca la inexistencia del mismo, señalamos este concepto por virtud de que estimamos obvio que cada uno de los elementos esenciales como lo son el consentimiento el objeto e inclusive en algunos casos que así se especifiquen en la ley, la solemnidad, si no se reúnen todos los elementos que se mencionan, nos encontramos en un supuesto de no creación, trasladándolo esto a un ejemplo práctico nos encontramos que en una línea de producción de computadoras, el producto terminado lo constituye precisamente la computadora con los elementos que conforman la misma, en tal sentido y al faltar uno de éstos elementos como pudiera ser el C.P.U, la conclusión sería de que no existe tal computadora, ello trasladándolo al concepto del fideicomiso nos muestra que en caso de que falte alguno de los elementos señalados con anterioridad nos daría como resultado igual que en el punto anterior, un producto no terminado con lo que en conclusión nos encontramos ante un fideicomiso inexistente.

Deberá existir vinculación y coherencia entre la voluntad y su declaración, pues de lo contrario se deforma la manifestación de la voluntad, provocando en su caso la falta de integración del consentimiento y ello a su vez genera la inexistencia del acto, por virtud de que se carece de un elemento esencial, pero también puede darse el supuesto de que no se afecte necesariamente el consentimiento o el objeto y con ello estimamos que no se puede hablar de una inexistencia sino de una invalidez, para ejemplificar este supuesto podemos tomar como base un

fideicomiso en el cual ya se provocó el consentimiento y el objeto del mismo pero al momento de señalar al fideicomisario por error se colocó el nombre de una persona distinta a quien se pretendía beneficiar, en este caso nos encontramos en un negocio jurídico que existe pero que esta afectado de nulidad y habría que dirimirlo para su perfeccionamiento.

Es de concluir de igual forma, que un elemento en la creación del fideicomiso como lo es la voluntad y su alteración por medio del sufrimiento de una violencia física, nos lleva a señalar que la violencia física anula por completo la voluntad de una parte y en el caso de la violencia moral solamente provoca la anulación parcial por el temor propiciado, ya que no es lo mismo que a una persona por medio de la violencia física se le obligue a estampar su firma o huella en un documento exigible, y que a otra se le amenace moralmente y esta última tenga la opción entre firmar o estampar la huella y no hacerlo, pues es precisamente su voluntad la que en todo caso prevalecerá.

Para efectos del fideicomiso, al momento de constituirse debe expresarse tanto el consentimiento como el objeto, que darán nacimiento a los derechos derivados del acto, si estos dos elementos no están viciados, el acto existe y por consecuencia es legal, pues en un supuesto donde el objeto sea por ejemplo el que una persona deje de comer 30 días o cada 6 meses durante 5 años, nos encontramos que existe un vicio inicial en el objeto, circunstancia que da como resultado la inexistencia del negocio, por lo imposible del acto, pero en el caso de que el objeto sea el no comer un día cada seis meses durante 5 años, el objeto es posible, más nos encontramos que tiene un vicio por lo que en consecuencia es nula, ya que ese hecho no es benéfico para el fideicomisario, lo cual provoca precisamente la invalidez del fideicomiso.

Es de concluirse de igual manera que el órgano jurisdiccional debe intervenir en los casos en que se presente la inexistencia, de tal suerte que dicho órgano será el instrumento del Estado que sirva para la aplicación de las normas generales al caso concreto en un tiempo determinado, y en relación a ello podemos manifestar que aún cuando se trate de un negocio de los considerados inexistentes, es ineludible la intervención judicial para condenarlo a la invalidez, además de que dicha intervención no debe servir únicamente para dejar constancia de la inexistencia de un acontecimiento, sino por el contrario servirá para el cumplimiento de los preceptos legales que regulan su función, consecuentemente el órgano jurisdiccional podrá dejar constancia de cuando un acto es inexistente o inválido y cuando no lo es, y por otro lado debe tomarse en cuenta que la confirmación es trascendente para cuando se trate de asuntos inexistentes o inválidos, en tal sentido la confirmación de un acto jurídico unilateral, mediante la cual una persona interesada en la anulación de un acto, manifiesta tenerlo como

valido, expresa o tácitamente, con el simple hecho de tenerlo como valido, provoca su convalidación, esto es, acepta que el mismo deja de ser inexistente.

2.-Necesidad de adecuar una legislación que regule de manera estricta su organización y operación.

Las diversas legislaciones mexicanas, contemplan al fideicomiso como una figura aislada dándole un apartado en muchas ocasiones insignificante y otras mas indefinido, resultando difícil la adecuación concreta de un precepto legal en este rubro.

A continuación se aprecia una compilación que tiene que ver con la figura del fideicomiso en derecho mexicano.

ORDENAMIENTOS:	DISPOSICIONES:
1. Legislación básica sobre fideicomiso:	
1.1 Legislación institucional del fideicomiso.	
1.1.1 Ley General de Títulos y Operaciones de Crédito	artículos: 228-A, 228-Bis, 228-B a 228-V y 346 a 359
1.1.2 Legislación supletoria:	
1.1.3 Ley de Quiebras y Suspensión de Pagos	artículo 159 (VI-a)2
1.1.4 Reglamento del Registro Público de la Propiedad del Distrito Federal	artículos: 61 (IV),62(II)
1.2 Legislación reguladora de las instituciones fiducias.	
1.2.1 Ley de Instituciones de Crédito	artículos 3, 25 (par 3 primero), 42 (1), 46 (XV), 79, 80, 81, 82, 83, 84, 85, 90, 105, 106 (XVIII-b, XIX), 118,119, séptimo transitorio (XII, último par)
1.2.2 Ley Federal de Instituciones de Fianzas	artículos: 16 (XIV), XV), 24 (1),29,124 (III)
1.2.3 Ley General de Instituciones y Sociedades Mutualistas de Seguros	artículos 34(IV), 35(IV, XVI-bis), 64
1.2.4 Ley del Mercado de Valores	Artículos 16bis 7, 17, 22 (IV-d), 89 (1),103, quinto transitorio
1.2.5 Ley Orgánica de Nacional Financiera	artículos 5 (X, XI), 6 (I,VIII IX),11
1.2.6 Ley Orgánica del Banco Nacional de Obras y Servicios Públicos	artículos 6 (VI), 7 (1),9
1.2.7 Ley Orgánica del Banco Nacional de Comercio Exterior	artículos: 7 (1), 8
1.2.8 Ley Orgánica del Banco Nacional de Comercio Interior	artículos: 6 (IX,X), 7 (I, IX, X), 9

ORDENAMIENTOS:	DISPOSICIONES:
1 2 9 Ley Orgánica del Banco Nacional del Ejército, Fuerza Aérea y Armada	artículo 6 (vi), 7 (1), 10
1 2 10 Ley Orgánica del Patronato del Ahorro Nacional	artículos 5* (VII VIII) 21
1 3 Legislación reguladora de la actividad fiduciaria	
1 3 1 Ley del Banco de México	artículos 7 (VII XI), 26, 28 (párrafo segundo y tercero), 47 (IV X) 58 séptimo transitorio décimo transitorio
1 3 1 1 Reglamento Interior del Banco de México	artículos 4*, 26 (último párrafo), 7, 9, 17 (1, IV V), 18 Bis, 19 (VI), 20 Bis (II, X), 25 (XII), 27 (X) 28 (V VII, VIII XI) 38
1 3 1 2 Circular 2019/95	numeral M 31
1 3 1 3 Circular 65/94 (Reglas a las que deberán sujetarse las casas de bolsa en el desempeño de fideicomisos)	reglas: primera a décima primera y única transitoria
1 3 1 4 Otras circulares	
1 3 1 5 Reglas a las que habrán de sujetarse las sociedades y Fideicomisos que intervengan en el establecimiento y operación de un mercado de futuros y opciones cotizados en bolsa	reglas: primera a cuadragésimo tercera y única transitoria
1 3 1 6 Reglas del Banco de México sobre las operaciones de los comisionistas que auxilian a casas de bolsa, casas de cambio, instituciones de crédito y sociedades de inversión	regla quinta (III)
1 3 1 7 Regulación que deberá integrarse en los contratos de fideicomisos y demás documentación relativa, que instrumenten los sistemas de comercialización a que se refiere el artículo 63 de la Ley Federal de Protección al Consumidor	***4
1 3 2 Ley de la Comisión Nacional Bancaria y de Valores	artículos 4 (XIII), 12 (II)
1 3 2 1 Circular 298 (Materia: 5 Se requiere autorización de la Comisión Nacional Bancaria para la emisión de certificados de participación)	***
1 3 2 2 Circular 450 (Materia: Obligación de remitir relación desacreditados con recursos recibidos en fideicomiso, administración, mandato comisión, señalando la clase de préstamos otorgados)	***

ORDENAMIENTOS:	DISPOSICIONES:
1 3 2 3 Circular 547 (Materia: Actos que los delegados fiduciarios deben desempeñar por sí mismos, y aquellos que pueden delegar)	***
1 3 2 4 Circular 577 (Materia: Requisitos para la aplicación de las reservas en fideicomiso de los planes de jubilación)	***
1 3 4 5 Oficio circular 14421-75 (Materia: Información que se debe enviar a la Comisión Nacional Bancaria respecto de fideicomisos, mandatos y comisiones para inversión en créditos, y adiciones al catálogo de cuentas para su control)	***
1 3 2 6 Circular 617 (Materia: Criterios para la emisión de certificados de participación inmobiliaria en relación con el Acuerdo Presidencial de 29 de abril de 1971)	***
1 3 2 7 Circular 691 (Materia: Condiciones para que los depósitos a plazo y certificados financieros puedan formar parte de fideicomisos testamentarios)	***
1 3 2 8 Circular 763 (Materia: Se declaran de interés público los fideicomisos cuya finalidad sea otorgar pensiones o jubilaciones y primas de antigüedad)	***
1 3 2 9 Circular 1058 (Materia: Obligación de las instituciones de crédito de informar a la Comisión Nacional Bancaria los nombramientos de sus delegados fiduciarios)	***
1 3 2 10 Circular 1093 (Materia: Actualización por modificaciones al régimen de inversión de cuentas maestras y demás fideicomisos abiertos de inversión en valores)	***
1 3 2 11 Circular 1106 (Materia: Las instituciones de banca de desarrollo deben informar a la Comisión Nacional Bancaria sobre el nombramientos de delegados fiduciarios y servidores públicos que puedan obligarlos con su firma)	***
1 3 2 12 Circular 1279 (Materia: Inversión en títulos de deuda bancarios denominados en Unidades de Inversión (UDIs), por parte de fondos de pensiones o jubilaciones de personal y de primas de antigüedad)	***
1 3 2 13 Circular 1284 (Materia: Criterios contables aplicables a partir del 1 de enero de 1997)	***

ORDENAMIENTOS:	DISPOSICIONES:
1.3.2.1.4 Otras circulares aplicables a las instituciones de crédito	***
1.3.2.15 Circular 10-179	***
1.3.2.16 Circular 10-157 mediante la cual se detallan las disposiciones generales aplicables a los documentos denominados títulos opcionales (warrants)	disposiciones segunda (pár. Segundo), séptima (2), décima primera (2-último pár.), décima séptima (pár. tercero), décima novena)
1.3.3 Disposiciones de carácter general a que se refiere el artículo 115 de la Ley de Instituciones de Crédito	disposiciones, primera (a), segunda (I,II), cuarta transitoria
2. Legislación Fiscal en materia de fideicomiso.	
2.1. Legislación Federal.	
2.1.1. Código Fiscal de la Federación	artículos. 14 (V VI), 81 (XIV)
2.1.2 Ley del Impuesto sobre la Renta	artículos: 5°, 9,22,(VII,VIII), 24 (XII), 27,28,58 (V),67-F (VI),74 (pár. segundo) 77(VIII),93,94 (último pár.),108 (VII VIII)),112 (XIII),119-1 (X),133(XIII),148(último pár.)
2.1.2.1 Reglamento de la Ley del Impuesto sobre la Renta	artículos: 22,33,35,36,37,39,40,100,143-A
2.1.3. Ley del Impuesto al Activo	artículos: 7 Bis, 10 (párr. cuarto y quinto)
2.1.3.1 Reglamento de la Ley del Impuesto al Activo	artículo 20
2.2 Legislación del distrito Federal.	
2.2.1. Código Financiero del Distrito Federal	artículo. 157 (X)
2.3. Legislación estatal	
3 Legislación reguladora del uso del fideicomiso	
3.1 Ley de Inversión Extranjera	Artículos 6 (último pár.), último pár.), 11 a 15 décimo transitorio
3.1.1. Reglamento de la Ley para Promover la Inversión Mexicana y Regular la Inversión Extranjera	artículos: 43 @, 63 a 65
3.2. Ley Minera	artículos 11 (último pár.), 46 (VIII)

ORDENAMIENTOS:	DISPOSICIONES:
5.1.4 Ley de Presupuesto, Contabilidad y Gasto Público	artículos 2 (VIII), 3 9
5.1.5 Ley General de Deuda Pública	artículo. 1 (VI)
5.1.6. Presupuesto de Egresos de la Federación para el Ejercicio del Gasto en la Administración Pública Federal	artículo: 26
5.1.6.1 manual de Normas para el Ejercicio del Gasto en la Administración Pública Federal	numerales: 591 a 613
5.1.7 Ley Federal de Responsabilidades de los Servidores Públicos	artículo 80 (III)
5.1.8 Código Penal para el D.F., en materia de fuero común, y para toda la República, en materia de fuero federal	
5.1.9 Ley General de Bienes Nacionales	artículos: 212 (pár. primero), 214 (III)
5.2 Legislación del Distrito Federal:	
5.2.1 Estatuto del Gobierno del Distrito Federal	artículo 8 (VII)
5.2.1 Estatuto del Gobierno del Distrito Federal	artículos 97,98,101
5.2.2.Ley Orgánica de la Administración Pública del Distrito Federal	artículos 2 (último pár.), 36, 37 (pár. segundo), 39,54 a 59
5.3. Legislación estatal.	
6.Legislación no relevante en materia fiduciaria:	
6.1.Ley Federal de los Trabajadores al Servicio del Estado	artículo: 38(V)
6.2. Circular 10-143 que regula la emisión, registro y autorización de oferta pública de los pagarés de mediano plazo	disposicion general cuarta

ORDENAMIENTOS:	DISPOSICIONES:
3 2 1 Reglamento de la Ley Minera	artículos 72,73 78 (VII)
3.3 Ley de Sociedades de Inversión	artículos 10 (b)
3.4 Ley de Asociaciones Religiosas y Culto Público	artículo 17 (III, IV)
3.5 Ley Federal de Competencia Económica	artículos: 3, 16
3.6. Reglamento de sistemas de comercialización mediante la integración de grupos de consumidores	artículos: 5 (III-c) 7 (último pár.)
3.7. Decreto por el que se recomienda que las inversiones en valores que realicen los servidores públicos de los Secretarías que se mencionan las lleven a cabo por conducto de fideicomisos constituidos para ese único fin en sociedades nacionales de crédito o en acciones representativas de capitales de inversión	artículo segundo
3.7.1. Reglas a las que habrán de sujetarse las sociedades nacionales de crédito en las operaciones con valores que realicen en cumplimiento de fideicomisos en los que participen los servidores públicos que se mencionan	Reglas: primera, cuarta a octava, segunda transitoria
4. Legislación inductora del uso del fideicomiso.	
4.1 Código Federal de Procedimientos Penales	artículos. 399 (último pár) 412 (pár Primero), 413 (pár primero), 416
4.2 Código de Procedimientos Penales para el Distrito Federal	artículos: 562 (V) 573
4.3 Ley de Adquisiciones y Obras Públicas	artículo: 75
4.4. Reglamento de la Ley General de Población	artículos. 101 (III), 102 (II)
4.5. Reglas generales para la constitución, operación y funcionamiento de los fondos de aseguramiento agropecuario, de vida campesino y conexos a la actividad agropecuaria	artículo. 44ª. (pár Primero)
5 Legislación sobre fideicomiso público	
5.1 Legislación federal	
5.1.1 Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos	artículo 110 (pár Primero)
5.1.2 Ley Orgánica de la Administración Pública Federal.	artículos: 1, 3 (III), 47
5.1.3 Ley Federal de Entidades Paraestatales	artículos: 4, 9, 40 a 45, 63
5.1.3.1 Reglamento de la Ley Federal de Entidades Paraestatales	

En virtud de lo anterior, surge la necesidad imperante de conjuntar en un solo texto la normatividad relativa a este tema.

Como se especificó al inicio del presente trabajo, la regulación legal que marca a la figura del fideicomiso, se encuentra en un período de desarrollo, es decir, no puede pensarse que la legislación aplicable sea suficiente para regular las relaciones derivadas de esta figura, consecuentemente es de proponerse la modificación de la legislación, en la cual se abarque disposiciones que permitan regular estrictamente al fideicomiso privado y al fideicomiso público. Recientemente, es decir en marzo de 1997 y marzo de 1998, se publicaron en el Diario Oficial de la Federación diversas disposiciones que permiten buscar formas de regulación en los fideicomisos privados y elementos de control en los fideicomisos públicos, por medio de los cuales el Gobierno Federal identifique las inversiones que tiene en todo el Sistema Financiero por medio de la figura del fideicomiso, es innegable que con tales disposiciones lejos de procurar un entendimiento claro de la figura, se complica mucho más el panorama, esto sucede en relación a que el desarrollo económico y comercial de nuestro país, aunado a la falta de aspectos culturales relacionados con las operaciones de

fideicomiso, provocan una serie de confusiones que deberán de superarse de manera rápida si se pretende incluirnos como país desarrollado comercialmente en el contexto económico actual.

De todo lo anterior se sugiere que en lugar de que las disposiciones que regulan a la figura del fideicomiso se encuentren dispersas en varias legislaciones, se realice un compendio el cual lleve como título legislación en materia de fideicomisos, y en él adecuar todos los aspectos que regulen tanto de la naturaleza del mismo, como la operatividad y la forma en la cual se deberán de dirimir las controversias provocadas por dicha figura.

Hasta en tanto no se cuente con reglas claras, sencillas y precisas que regulen a esta figura, nos encontraremos ante una visión controvertida por la diversidad de criterios aplicables al fideicomiso, por otro lado no se puede dejar a la zaga el desarrollo económico y globalizador de las relaciones comerciales que requerirán mucho más de la aplicación de esta figura, por lo que la sugerencia, tenderá a resaltar la urgencia para plasmar todas las disposiciones, en todas las materias tendientes a visualizar de manera amplia al fideicomiso y no como una figura aislada que tiene una disposición escondida en cada legislación.

BIBLIOGRAFIA

- 1.- Acosta Romero, Miguel. Derecho Bancario, México, Porrúa.1983.
- 2.- Acosta Romero, Miguel Las Instituciones Fiduciarias y el Fideicomiso en México, Banco Mexicano Somex, S.A., 1982.
- 3.- Acosta Romero, Miguel y Roberto Almazán Alanís. Tratado Teórico Práctico del Fideicomiso. México, Porrúa 1997.
- 4.- Batiza, Rodolfo, El Fideicomiso Teoría y Práctica, Edit. Porrúa, México 1987.
- 5.- Barrera Graf, Jorge. Negocios Fiduciarios, Edit. Porrúa, México, 1983.
- 6.- Barrera Graf, Jorge. Naturaleza Jurídica del Fideicomiso, Quiebra del Fideicomiso, Edit. Porrúa, México, 1979.
- 7.- Barrera Graf. Jorge. Las Sociedades en el Derecho Mexicano. México, UNAM.1983.
- 8.- Calret y Martí, pompeyo. De la Fiducia y del Trust , Boch, Barcelona 1946
- 9.- Carvallo Yáñez Erick. Nuevo Derecho Bancario y Bursátil Mexicano. México. Porrúa. 1997.
- 10.- Castello G. Trevijano, José, El Fideicomiso en Derecho Mexicano, Su Naturaleza Jurídica, Edit. Porrúa, México, 1986.
- 11.- Cervantes ahumada Raúl. Títulos y Operaciones de Crédito. México. Porrúa 1984.
- 12.- Comisión Nacional Bancaria y de Valores. Documentos del Comité de Basilea Sobre Supervisión Bancaria. México, 1992, t.I.
- 13.- Dávalos Mejía, Carlos Felipe. Derecho Bancario y Contratos de Crédito. México. Harla.1992.
- 14.- De Pina, Rafael. Diccionario de Derecho, Edit. Porrúa, México, 1985
- 15.- Escriche, Joaquín, Diccionario Razonado de Legislación y Jurisprudencia, Cárdenas Editor y distribuido, Madrid, 1973.
- 16.- Fix Zamudio, Héctor Algunos Problemas Relacionados con el Fideicomiso Mexicano, Edit. Porrúa, México 1984.

35.- Carreras Maldonado, María Aspectos Civiles del Fideicomiso, Revista Mexicana de Justicia, Vol. II, No. 2, Abril - Junio 1984, México, D.F.

36.-Espinoza Gómez, Alvaro Marco Legal del Fideicomiso, Boletín del Departamento de Investigaciones Jurídicas No. 7, Julio-Septiembre, 1982, Guanajuato, Guanajuato, México.

37.- Gómez Lara, Cipriano. Aspectos Teóricos y Prácticos de los Fideicomisos, Revista de la Facultad de Derecho de México, Tomo XXII, Noviembre 85-86 Enero-Junio de 1972, México, D.F.

38.- Floris Margadant, Guillermo. Instituciones Afines al Fideicomiso Mexicano, No.6, Enero 1961, Chihuahua, Chihuahua, México.