

879309



**UNIVERSIDAD LASALLISTA
BENAVENTE**

FACULTAD DE DERECHO



CON ESTUDIOS INCORPORADOS A LA UNIVERSIDAD
NACIONAL AUTÓNOMA DE MÉXICO
CLAVE: 879309

**“LA EXTINCIÓN DE LOS DERECHOS REALES
QUE TIENE EL FIDEICOMITENTE AL
TRANSMITIR EL DERECHO DE PROPIEDAD
EN UN FIDEICOMISO”**

T E S I S

QUE PARA OBTENER EL TÍTULO DE:

LICENCIADO EN DERECHO

PRESENTA:

HORACIO SANTANA OJEDA

ASESOR:

LIC. RAMÓN WILFRIDO GARCÍA AGUILERA

CELAYA, GTO.

FEBRERO DE 2005.

m341763



Universidad Nacional
Autónoma de México

Dirección General de Bibliotecas de la UNAM

Biblioteca Central



UNAM – Dirección General de Bibliotecas
Tesis Digitales
Restricciones de uso

DERECHOS RESERVADOS ©
PROHIBIDA SU REPRODUCCIÓN TOTAL O PARCIAL

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

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

GRACIAS A DIOS POR PERMITIR MI EXISTENCIA Y LA BUENA
SALUD DURANTE ESTA VIDA.

GRACIAS A MIS PADRES; *RAMON Y MARIBEL.*

POR DARME LA VIDA Y LO NECESARIO PARA LOGRAR UNO DE MIS
MAYORES SUEÑOS, POR ESTAR CONMIGO EN CADA TROPEZÓN Y EN
CADA CAÍDA, POR DARME EL ALIENTO DE VIVIR Y SEGUIR ADELANTE EN
TODA CIRCUNSTANCIA POR DIFÍCIL QUE SEA ÉSTA; POR DARME LA
OPORTUNIDAD DE ESTUDIAR, GRACIAS A SU ESFUERZO LOGRO
ENTREGARLES UNA PROFESIÓN QUE ESTARÀ A SUS PIES TODOS LOS DÍAS
DE MI VIDA.

GRACIAS A MI ESPOSA, *JUANITA.*

QUE CON SU APOYO LOGRE LA CULMINACIÓN DE MI CARRERA
UNIVERSITARIA SIN QUE NADIE INTERFERIERA EN ELLO Y GRACIAS POR
ESTAR A MI LADO DURANTE TODO MI TRAYECTO UNIVERSITARIO COMO
NOVIA Y AHORA COMO MI ESPOSA.

GRACIAS A MIS HERMANOS, RICARDO, MARIBEL Y LUIS.

QUE HAN CONFIADO EN MI ACTUAR SIEMPRE Y QUE PRETENDO SEAN MEJOR QUE YO Y LOGREN A CORTO PLAZO SUS OBJETIVOS DE VIDA.

GRACIAS A MIS CATEDRÁTICOS;

POR MOSTRARME LA PUERTA A LA SUPERACIÓN PROFESIONAL A TRAVÉS DE LA AMPLIA GAMA DE CONOCIMIENTOS QUE ME FUERAN TRASMITIDOS EN CADA UNA DE LAS AULAS, ASÍ COMO ATRAVÉS DE SUS CONSEJOS QUE ME PROPORCIONABAN EN FORMA PARTICULAR.

ÍNDICE

INTRODUCCIÓN.

Capitulo Primero.- 1.1. De las obligaciones.

1.1.1. Clasificación de las fuentes de las obligaciones. -----	6
1.1.2. Del Contrato. -----	15
1.1.2.1. Elementos de Existencia. -----	17
1.1.2.2. Elementos de Validez. -----	23
1.1.3. Clasificación de los contratos. -----	29
1.1.3.1. Nominados e innominados. -----	30
1.1.3.2. Bilaterales, Unilaterales y Multilaterales. -----	31
1.1.3.3. Onerosos y gratuitos. -----	32
1.1.3.4. Conmutativos y aleatorios. -----	33
1.1.3.5. Reales y Consensuales. -----	34
1.1.3.6. Consensuales, formales y solemnes. -----	35

1.1.3.7. Principales y Accesorios. -----	36
1.1.3.8. Instantáneos y de Tracto Sucesivo. -----	37
1.1.4. Formas de terminación de los Contratos. -----	38
1.1.4.1. De la rescisión. -----	39
1.1.4.2. De la Revocación. -----	41
1.1.4.3. De la Resolución. -----	44

Capitulo Segundo.- 2.1. De los derechos reales.

2.1.1. Definición. -----	47
2.1.2. Elementos. -----	48
2.1.3. Derechos Reales en Particular.	
2.1.3.1. Propiedad. -----	49
2.1.3.2. Usufructo. -----	53
2.1.3.3. Uso. -----	55
2.1.3.4. Habitación. -----	56
2.1.3.5. Servidumbre. -----	57

2.1.3.6. Prenda. -----	61
2.1.3.7. Hipoteca.-----	64

Capitulo Tercero.- 3.1. **De los derechos Personales.**

3.1.1. Definición. -----	67
3.1.2. Teorías monistas. -----	69
3.1.3. Teorías Dualistas. -----	72

Capitulo Cuarto.- 4.1. **Del fideicomiso.**

4.1.1. Definición.-----	74
4.1.2. Clases de fideicomiso.	
4.1.2.1. Fideicomiso de Garantía. -----	77
4.1.2.2. Fideicomisos con fines Testamentarios.-----	80
4.1.2.3. Fideicomisos de colocación Bursátil. -----	82
4.1.2.4 Fideicomisos para aseguramiento	
de pensión alimentaria. -----	82

Capitulo Quinto.- 5.1. **De los Elementos del fideicomiso.**

5.1.1. Del Fideicomitente. -----	84
5.1.1.1. Facultades. -----	88
5.1.1.2. Obligaciones. -----	96
5.1.2. De la institución fiduciaria. -----	101
5.1.2.1. Obligaciones. -----	104
5.1.2.2. Prohibiciones. -----	106
5.1.3. Del Fideicomisario. -----	109
5.1.3.1. Derechos y Obligaciones. -----	112

CONCLUSIONES

BIBLIOGRAFIA

INTRODUCCION

En la presente investigación estudiaremos las obligaciones que se crean en un fideicomiso, así como la clasificación en la que se encuentra el mismo, esto es, las características propias del fideicomiso en cuanto a la teoría general de las obligaciones que a sido estudiada a lo largo de la Licenciatura, encuadrando al fideicomiso por sus características propias en los diversos tipos de contratos, como bilaterales, aleatorios por mencionar algunos, ya que por su amplia estructura y aplicación puede encontrarse inmerso en la mayoría de ellos, por otro lado se estudiarán las formas de terminación del contrato, esto para el efecto de tener una concepción de la forma en la que se puede culminar un fideicomiso, dependiendo la parte que lo pretenda realizar.

Se realizará un análisis de los derechos reales en forma genérica y posteriormente particularmente, además de los derechos personales y las diversas teorías que sustentan los estudiosos del derecho, esto con la finalidad de observar las diversas relaciones contractuales que se pueden presentar en un fideicomiso, a saber, entre el fideicomitente, el fideicomisario y la institución fiduciaria, y así estar en posibilidades de desentrañar la naturaleza jurídica que encierra el fideicomiso en sí y cada una de las partes que interviene en el mismo.

Así mismo se estudiarán las aplicaciones prácticas del fideicomiso en nuestra vida cotidiana, claro que solo en algunos supuestos, ya que se podrá observar que puede ser utilizado en casi todos los hechos humanos debido a su extensa aplicación.

Para reforzar lo anterior es necesario que se tengan presente algunos conceptos que a mi punto de vista son básico para comprender la serie de relaciones jurídicas que se presentan en el fideicomiso, por lo que se describen las facultades del fideicomitente, fiduciaria y fideicomisario, así como las obligaciones y prohibiciones de los mismos, con esto se pretende que el lector observe lo ambiguo que se encuentra el tema en la propia Ley e incluso en la información que tenemos sobre el fideicomiso.

CAPITULO PRIMERO

1.1.- DE LAS OBLIGACIONES

La palabra obligación proviene de la latina “obligatio” y esta de “obligare” compuesta del prefijo “ob”, que quiere decir alrededor, y de “ligare” que es tanto como ligar o atar. Siendo que obligación se puede considerar como sujeción física y sujeción moral.

En el derecho romano al hablar de obligación no solo se entendía como una relación patrimonial sino que también se hablaba de una relación personal, ya que cuando se contraía alguna obligación el deudor no solamente debía responder con sus bienes sino que también estaba en riesgo su persona ya que era necesario cumplir la obligación con su propia libertad o su vida inclusive, de ahí que en Derecho romano la obligación entrañara una relación real y personal; de acuerdo a la evolución del Derecho los diferentes estudiosos han realizado una separación de este tipo de relaciones incluso algunos han mencionado una separación tajante del vínculo contraído en una obligación, de ahí resulta que el cumplimiento de una obligación en términos generales se traduzca en un dar,

hacer o no hacer, de lo anterior el maestro G. Marty define a la obligación como “la institución jurídica en virtud de la cual una persona (llamada deudor) debe hacer que otra (llamada acreedor) se beneficie de una prestación positiva o de una abstención,”¹ por otro lado Julian Bonecasse menciona que la obligación “es una relación de derecho por virtud de la cual la actividad económica o meramente social de una persona, es puesta a disposición de otra, en la forma positiva de una prestación por proporcionarse, o en la forma negativa de una abstención por observarse”², de las anteriores definiciones se puede apreciar que al hablar de obligación corresponde a manifestar en términos claros que es la facultad que tiene una persona llamada acreedor a exigir de otra llamada deudor el cumplimiento de una determinada prestación que se traduce en un dar, hacer o no hacer, haciendo alusión que la facultad del acreedor es resultante de un hecho o acto jurídico, definiéndose éstos “en hechos o estados de hechos independientes de la actividad humana, o en acciones humanas voluntarias o involuntarias”³, por otro lado Bonecasse define al acto jurídico como “como una manifestación exterior de voluntad, bilateral o unilateral, cuyo fin directo consiste en engendrar, con fundamento en una regla de derecho o en una Institución jurídica, a cargo o en provecho de una o varias personas, un estado,

¹ G. MARTY, DERECHO CIVIL, TEORIA DE LAS OBLIGACIONES VOLUMEN I, EDI. JOSE M. CAJICA JR. PUEBLA PUE. MEX. PAG. 13.

² JULIEN BONNECASE, TRATADO ELEMENTAL DE DERECHO CIVIL, VOLUMEN I, EDI. HARLA, PAG. 627.

³ GARCIA MAYNES EDUARDO, INTRODUCCION AL ESTUDIO DEL DERECHO,, EDI. PORRÚA, PAG. 183.

es decir, una situación jurídica permanente y general o por el contrario, un efecto de derecho limitado, relativo a la formación, modificación o extinción de una relación jurídica”⁴, cabe mencionar que de la relación jurídica que nace el hecho o acto jurídico nace precisamente la obligación del acreedor y del deudor en forma muy general, ello en virtud de que la obligación puede adquirir diversas modalidades o simplemente se crea por consecuencia de diversos estados de derecho por ello “Planiol llama obligaciones puras y simples a las que se producen en el estado normal, esto es que no están modificadas por ninguna modalidad: ya sea plazo o condición, Hérmard agrega a la condición y al plazo el modo o la carga. Para Baudry-Lacantinerie la obligación pura y simple es la que no está afectada de ninguna modalidad y las principales modalidades de las obligaciones, son: la condición, el plazo, la alternatividad, la solidaridad, la indivisibilidad y la cláusula penal. Colin y Capitant consideran a la condición y al plazo como modalidades de las obligaciones y como complejidad de las obligaciones la pluralidad de objetos y la pluralidad de sujetos.”⁵, de esto se desprende que la obligación puede surgir de diversas formas o con diversas modalidades, esto es, que la obligación pura y simple es aquella que no se sujeta a alguna condición, modalidad o plazo, o dirigida hacia alguna persona o personas en específico, ahora bien es menester mencionar la

⁴ BONNECASSE, PRÉCIS DE DROIT CIVIL, II, PAG. 216.

⁵ BORJA SORIANO MANUEL, TEORÍA DE LAS OBLIGACIONES TOMO II, EDI. PORRUA. MEXICO 1944, PAG.11.

existencia del derecho de las obligaciones que consiste en “la noción de la obligación considerada en sí misma, en su naturaleza específica y en sus variantes; sus fuentes; su transmisión a Título particular considerada tanto en sí misma como en su aplicación por el código civil, el de comercio y todas las demás leyes; la determinación de los efectos de la obligación: efectos normales y efectos debidos a las modalidades de que es susceptible la obligación: sus modos de extinción; y su prueba. El derecho de las obligaciones se complementa con el de los contratos, y ambos forman el derecho de las obligaciones y de los contratos.”⁶, Ahora bien, dentro de las definiciones citadas con antelación se pueden desprender determinados elementos de la obligación tales como; SUJETOS, RELACIÓN JURÍDICA, OBJETO Y CARÁCTER PATRIMONIAL, mismos que hacen mención en forma directa o en forma indirecta los estudiosos en sus definiciones, ya que se pueden considerar necesarios para la existencia de cualquier obligación que se estudie, así las cosas los sujetos deben ser; uno activo llamado acreedor, quien es el que tiene la facultad de exigir el cumplimiento; otro pasivo llamado deudor u obligado a cumplir, pudiendo ser éstos sujetos únicos o incluso multilaterales, determinados o indeterminados, dependiendo en todo caso el tipo de obligación de que se hable, por lo que hace a la relación jurídica o vínculo jurídico otorga

⁶ OB. CIT, 2 PAG. 628.

la acción al acreedor de exigir el cumplimiento y el deber jurídico que tiene el deudor de cumplir con la prestación a la que quedo ligado con el acreedor cuando éste lo exija, en cuanto al objeto, lo es la prestación misma que se traduce en un dar, hacer o no hacer, y por último el elemento de carácter patrimonial de la obligación, debe ser apreciable en dinero y la ventaja también, opina Aubrey; debe tener un interés, sea o no de carácter patrimonial, opina Jhering; basta que la prestación tenga carácter económico, opina Giorgi, por lo que este elemento que se agrega a la obligación dependerá dependiendo al tipo de prestación pactada por los sujetos que intervienen en la relación jurídica.

En el caso del fideicomiso se puede apreciar que nacen diversos tipos de obligaciones entre los sujetos que intervienen, ya que por un lado observamos al fideicomitente, fideicomisario, institución fiduciaria y el objeto, por un lado el fideicomitente puede ser considerado como deudor de la institución fiduciaria, ya que es el sujeto encargado de transmitir la propiedad de ciertos bienes para el efecto de que la institución fiduciaria, realice el fin para el cual fue creado el fideicomiso, por otro lado la fiduciaria fungirá como deudora del fideicomisario en caso de que este existiera, ya que será el sujeto que reciba en forma directa el beneficio del fideicomiso, y para el caso como institución que se confía la realización del objeto mismo, será la única que pueda cumplir con

el mismo, teniendo las obligaciones que para el caso se pacten, por otro lado se encuentran ligados estos sujetos por una relación jurídica que es precisamente el fideicomiso ya que en este acto jurídico se crean obligaciones recíprocas dependiendo a los términos en que quieran obligarse las partes creadoras del contrato; Para el caso del objeto del fideicomiso debemos distinguir entre el objeto del fideicomiso en si mismo y los objetos que se pueden transmitir para el efecto de que se logre objeto, motivo o fin del fideicomiso; en primer término se puede mencionar que como objeto, motivo o fin, del fideicomiso existe una innumerable lista, ya que dependerán directamente de las situaciones jurídicas en que se encuentren los sujetos que intervienen; por otro lado los objetos que pueden ser transmitidos para lograr el cumplimiento del fideicomiso serán bienes muebles e inmuebles, dinero, alhajas, acciones, títulos de Crédito y en fin todo lo que se encuentre dentro del comercio.

1.1.1. CLASIFICACIÓN DE LAS FUENTES DE LAS OBLIGACIONES

Como se ha mencionado a supralíneas para que exista una obligación es menester la existencia de un hecho o acontecimiento capaz de producirla, por ello en términos generales se habla que son fuentes de las obligaciones.

Debido a la complejidad que encierra el estudio del Derecho en sus diferentes ramas y por la propia naturaleza del hombre, este tiende a clasificar el mundo que le rodea y el Derecho no es la excepción, por ello los diferentes estudiosos en materia de obligaciones realizan múltiples clasificaciones de las mismas “como es el caso de Planiol que reduce a las fuentes de las obligaciones a dos: el contrato y la Ley. Ruggiero, que adopta la misma posición que Planiol, y considera como fuente de las obligaciones aquellos hechos producidos por la libre voluntad con objeto de establecer un vínculo obligacional y aquellos otros, independientes de toda determinación volitiva, a los que la ley atribuye el origen, el nacimiento de un vínculo obligatorio. Josserand distingue las siguientes: actos jurídicos, los que divide a su vez en contratos y en compromisos unilaterales; actos ilícitos (delitos y cuasidelitos); enriquecimiento con causa; y Ley. Análogo es el criterio del ilustre jurista Demogue el cual, después de tachar de simplista la clasificación bipartita de las fuentes (contrato y ley), considera como tales el contrato, la voluntad unilateral del deudor, los actos ilícitos, la voluntad del acreedor (cuasicontratos) y el simple hecho

(obligaciones ex re o legales).”⁷. Cabe destacar que éstos estudiosos del derecho realizan una clasificación propia de las obligaciones, aunque alguno de ellos difiera del razonamiento de los demás es de apreciarse que la mayor parte de los códigos civiles de nuestro país, incluso el Código Civil federal, consideran la mayor parte de las fuentes de los estudiosos antes mencionados, por lo tanto para el estudio que nos ocupa en la presente investigación analizaremos las siguientes fuentes de las obligaciones: contrato, declaración unilateral de voluntad, enriquecimiento ilegítimo o pago de lo indebido, gestión de negocios, actos ilícitos, responsabilidad objetiva y la ley.

DECLARACIÓN UNILATERAL DE VOLUNTAD.- Se puede entender muy claramente con lo establecido en el Código Civil Federal en sus artículos 1860 al 1881, ya que son exteriorizaciones unilaterales de voluntad el hecho de ofrecer al público objetos en determinado precio; el compromiso mediante anuncios u ofrecimientos hechos al público de realizar alguna prestación en favor de quien llene determinada condición o desempeñe cierto servicio; la apertura de concursos en que haya promesa de recompensa para quienes llenaren ciertas condiciones, con fijación de un plazo; la estipulación contractual en favor de tercero.

⁷ DR. LUIS MUÑOZ, DERECHO CIVIL MEXICANO, TOMO III, EDI. EDICIONES MODELO, MEXICO, D.F. 1971, PAG. 33 Y 34.

En el Fideicomiso se puede presentar esta situación al momento en que el fideicomitente externa su manifestación de voluntad para crear un fideicomiso para lograr un fin específico.

ENRIQUECIMIENTO ILEGÍTIMO.- En el Digesto decía “Es de Derecho Natural y de equidad que nadie se haga más rico en detrimento de otro e injuria de otro”, en nuestro código civil (art. 1371), se establece que el que sin causa se enriquece en detrimento de otro, está obligado a indemnizarlo de su empobrecimiento en la medida en que él se ha enriquecido, de lo anterior resulta señalar como elementos del enriquecimiento ilegítimo los siguientes:

- A) Enriquecimiento de uno.
- B) Empobrecimiento de otro.
- C) Relación entre enriquecimiento y empobrecimiento.
- D) Ausencia de causa que legitime la adquisición.

GESTIÓN DE NEGOCIOS.- Menciona el maestro Rojina Villegas que “otro hecho voluntario lícito generador de derechos y obligaciones es la gestión de negocios ajenos, cumplida sin mandato ni obligación legal. En ella, el agente

se obliga por su propia voluntad a manejar útil, espontánea y gratuitamente los negocios extrajudiciales de otro que lo ignora”⁸ . De lo anterior se desprende que el gestor debe actuar sin la voluntad del dueño del negocio, caso contrario surtiría los efectos del mandato, pero para esta institución o fuente de las obligaciones, es menester que el gestor tenga la intención de realizar actos encaminados en beneficio del dueño cuando sus negocios estén abandonados o en peligro de perderse, emplear la diligencia que en sus negocios propios utiliza, así como no cobrar retribución alguna por los actos realizados, amen de que el dueño queda obligado a cubrir los gastos que genero el gestor al momento de realizar la gestión misma del negocio.

ACTOS ILÍCITOS.- Los actos civiles prohibidos por la Ley escribe Lafaille “tienen una sanción que generalmente es la nulidad, pero cuando violando las normas obligatorias se origina un daño que es imputable al agente, no basta con declarar la ineficacia del acto, sino que es necesario considerar la reparación del daño, del mismo modo que las obligaciones derivadas de los contratos, cuando dejan de cumplirse o se realizan con retardo dan lugar a la indemnización”⁹ , Ahora bien nuestra legislación civil establece en su artículo 1399 “el que actuando ilícitamente o contra las buenas costumbres cause daño a

⁸ ROJINA VILLEGAS RAFAEL, DERECHO CIVIL MEXICANO, OBLIGACIONES TOMO II, EDI. PORRUA, CUARTA EDICIÓN, MEXICO, 1981, PAG. 18.

⁹ LAFAILLE, CURSO DE OBLIGACIONES, TOMO II, PAG. 287

otro, está obligado a repararlo a menos que demuestre que el daño se produjo por culpa o negligencia inexcusable de la víctima”. Por lo que no es dable confundir el acto ilícito establecido en la legislación civil con la responsabilidad penal, ya que el acto ilícito tiene como elementos:

- a) Es un acto de comisión u omisión.
- b) Es imputable al demandador.
- c) Dañoso para el demandante (sea pérdida o impida ganancia).
- d) Ilícito (causado sin derecho, sea intencional imprudencial o por negligencia).

Es claro que al realizar un acto ilícito el demandante debe probar que el hecho ha constituido falta grave. El autor no será responsable si prueba que el hecho no le es imputable a él, que fue por caso fortuito, que usaba de un derecho o que fue culpa de la víctima del daño. Así las cosas la ley obliga a reparar el mal causado sea consiente o inconsciente. La indemnización supone el reestablecimiento de la situación anterior al acto ilícito y si no fuera posible al pago de daños y perjuicios.

Para evitar esta situación la Ley prohíbe los fideicomisos en los cuales los beneficios del mismo sean para diversas personas en forma sucesiva, esto es a la muerte de los anteriores beneficiarios, precisamente para no caer en actos ilícitos.

RESPONSABILIDAD OBJETIVA.- sobre el particular menciona el maestro Rojina Villegas, “en este caso, se parte de la hipótesis de que la fuente de obligaciones es el uso lícito de cosas peligrosas, que por el hecho de causar un daño, obligan al que se sirve de ellas, que puede ser el propietario, el usufructuario, el arrendatario, o el usuario en general, a reparar el daño causado.”¹⁰ A dicha fuente de las obligaciones se le ha asignado el nombre de teoría de la responsabilidad por el riesgo creado, que fuera propuesto por Ripert.

En otras palabras, se puede entender como toda actividad que se realice y crea una situación de riesgo para los demás, hace responsable al sujeto o sujetos que la realizaron de los daños que cause, sin necesidad de que exista indicio pleno para determinar si hubo culpa o no hubo culpa, ya que el perjudicado solo demostrará el perjuicio y la relación causa efecto con el hecho.

¹⁰ OB. CIT. 8. Pág.20

LA LEY COMO FUENTE DE LAS OBLIGACIONES.- Esta fuente generadora de obligaciones en ocasiones no es tomada en consideración por determinados juristas y estudiosos del derecho, pero es menester darle plena atención ya que si en determinada relación jurídica no se cumple con las exigencias que establece la ley para que surta sus efectos legales la obligación contraída resulta nula de pleno derecho, aunque en ocasiones sea subsanable la omisión; pero también es cierto que la ley establece determinadas exigencias para la creación de determinadas obligaciones, incluso solemnidades mismas del acto jurídico a celebrar, de ahí que en ocasiones se pueda considerar como la única fuente creadora de obligaciones e incluso de acciones judiciales para obtener algún beneficio o modificación de una relación jurídica contraída.

Al fideicomiso resultan aplicables las disposiciones que se contemplan en la Ley de Títulos y operaciones de Crédito, ya que de la misma se desprende una serie de obligaciones a cada una de las partes que intervienen, además de los lineamientos a que estará sujeto el mismo.

EL CONTRATO COMO FUENTE DE OBLIGACIONES.- Si bien es cierto, el contrato es la fuente primordial de las obligaciones, ya que en el mismo se puede plasmar de forma concreta el acuerdo de voluntades entre dos o

más personas, para la creación de un vínculo jurídico entre ellas, por ello lo menciono en último lugar, claro no por ello se puede decir que sea el menos importante, pero debido a su extensión, dicha figura merece un estudio mas profundo en la presente investigación, es por ello que solo será necesario para los efectos de este sub-tema tener en claro la definición en forma genérica, tal y como se establece en la legislación federal en su artículo 1793 que a la letra dice: “Los convenios que producen o transfieren las obligaciones y derechos toman el nombre de contratos.”.

Como fuente creadora de obligaciones en el contrato de fideicomiso se podrán pactar todas las modalidades y los términos en que se pretendan obligar las partes en este caso corresponderá tal tarea al fideicomitente y al fiduciario, ya que como sujetos creadores del contrato plasmaran los lineamientos aplicables a la situación de hecho en que se encuentran pero siempre con miras a un mejor cumplimiento del objeto del fideicomiso.

1.1.2. DEL CONTRATO (DEFINICIÓN)

Para entrar al estudio de esta figura jurídica será necesario mencionar en primer término lo referente al convenio ya que este es el género y el contrato es una especie del convenio, definido por el maestro Gutiérrez y González como: “convenio es el acuerdo de dos o más personas para crear, transferir, conservar, modificar o extinguir derechos y obligaciones”¹¹. Por su parte Planiol y Ripert consideran que “la convención es el acuerdo de dos o más personas sobre un objeto de interés jurídico y el contrato es una especie particular de convención, cuyo carácter propio consiste en ser productor de obligaciones.”¹², Ahora bien el estudioso G. Marty, considera que “la convención no se confunde con la expresión “acuerdo de voluntades”, cuyo sentido es aún mas general. Si toda convención es un acuerdo de voluntades, la recíproca no es verdadera.”¹³, Por lo tanto se puede apreciar que en Efecto el convenio es un término mucho más amplio que el contrato, toda vez que por esta figura jurídica es dable la creación, transferencia, modificación o extinción de derechos y obligaciones, de aquí que se mencione que el contrato es solo una especie del convenio, ya que solo produce o transfiere derechos y obligaciones, esto de acuerdo al tipo de

¹¹ GUTIÉRREZ Y GONZÁLEZ ERNESTO, DERECHO DE LAS OBLIGACIONES, DÉCIMA QUINTA EDICIÓN, EDI. PORRUA. MEXICO 2003, PAG.233.

¹² MARCEL PLANIOL Y GEORGES RIPERT, DERECHO CIVIL, EDI. HARLA PAG. 815..

¹³ OB. CIT. 1, PAG. 23.

contrato a celebrar y en su defecto el tipo de obligaciones que se pretenden producir o transferir, pero es de advertirse que de las definiciones citadas surge otro elemento que es el acuerdo de voluntades que es un término más general que el propio convenio como lo establece G. Marty, siendo así que no todo acuerdo de voluntades es un convenio, ya que en el acuerdo de voluntades no necesariamente se puede crear una obligación, sino que simplemente se puede crear un deber recíproco, que carezca de interés jurídico, pero en el caso de que este deber jurídico sea exigible por parte de uno de los sujetos que intervienen en el acuerdo de voluntades es menester considerar que ha nacido una obligación, por una parte de exigir el cumplimiento de ésta y por la otra el cumplir con la misma, de ahí que se hable de dos sujetos que intervienen en una obligación sujeto activo y sujeto pasivo, por otro lado si se realiza un acuerdo de voluntades con obligaciones recíprocas, puede surgir el convenio, siempre y cuando exista ese interés jurídico, ya que si solo es un deber moral no es dable considerarlo convenio, por otro lado si en el acuerdo de voluntades se pretende crear o transferir algún derecho, nace precisamente la obligación por parte del otro sujeto de cumplir con la prestación que en forma específica se pacta y ahí surgiría precisamente el contrato, en el que está concretamente determinando mediante el acuerdo de voluntades de los sujetos el tipo de contraprestación a que se obligan al celebrar el mismo, cabe mencionar que dentro de la

celebración de los contrato será necesario en determinados casos utilizar el formalismo que se establezca para tal efecto, ya que existen contrato que no basta el acuerdo de voluntades para que surta sus efectos legales, sino que es necesario que se siga un orden y un formalismo, como es el caso de la compraventa de inmuebles, es por ello que el contrato es una forma específica y primordial para la creación de Obligaciones, que va muy de la mano con el acuerdo de voluntades de las partes que intervienen en el mismo, ya que las mismas quedan obligadas de acuerdo a los términos y condiciones que consideren mas adecuadas para el tipo de contrato a celebrar o incluso para la obtención de un mayor beneficio por la obligación contraída.

El acuerdo de voluntades entre el fideicomitente y la institución fiduciaria conlleva aparejado el nacimiento de una obligación, que deberá ser plasmada en forma escrita y por consecuencia se deberá nombrar contrato de fideicomiso.

1.1.2.1. ELEMENTOS DE EXISTENCIA DEL CONTRATO.

Siguiendo a Bonnecase, los elementos esenciales son los siguientes:

- Consentimiento.
- Objeto y
- Solemnidad, cuando la ley lo requiere.

CONSENTIMIENTO.- Como se a mencionado a supralíneas la voluntad de las partes en un contrato es fundamental para la determinación de las obligaciones e incluso para el nacimiento del mismo contrato, ya que se puede hablar de una manifestación de voluntad tácita o expresa, tácita cuando se realizan actos encaminados al perfeccionamiento o a la celebración del contrato mismo, expresa cuando se exterioriza directamente su consentimiento, mediante palabras, por escrito o incluso por señas, obligándose en los términos y condiciones que ellos convengan, con las limitantes que la ley establece para tal efecto; de ahí que el Dr. Luis Muñoz, menciona que “el consentimiento es integración de voluntades de las partes complementarias y de diverso contenido, y cuyas declaraciones o manifestaciones se implican mutuamente, por lo que la una sin la otra carece jurídicamente de valor.”¹⁴, Pero cabe mencionar que la voluntad de las partes en la celebración de un contrato se encuentra hasta cierto punto limitada, a razón de que el estado tiene un grado de regulación en el acuerdo de voluntades de las partes, esto por medio de la creación de las normas

¹⁴ OB. CIT. 7, PAG. 163

jurídicas previamente establecidas, ya que de lo contrario podría llegarse a un despotismo o incluso abuso por parte de alguna de las partes en la celebración de un contrato, aún y cuando el estudiosos Fouilleé menciona que “Toda justicia es contractual, quien dice contractual dice justo”.¹⁵, De igual forma Kant expresa que “cuando una persona decide algo respecto a otra, siempre es posible que cometa alguna injusticia, pero toda injusticia es imposible cuando decide para sí misma”¹⁶ evidenciando a todas luces que si bien es cierto que la voluntad de las partes en la celebración de un contrato es lo único que podría interesar para el efecto de obligarse en los términos que ellos decidan, también lo es que si se le otorga plena autonomía a la voluntad de las partes sería innecesaria la intervención del estado para regular las relaciones jurídicas de los particulares, además de que en el acuerdo de voluntades podrían escaparse circunstancias que no se estimen en el contrato, de ahí que las partes deben adecuarse a los parámetros establecidos en las normas jurídicas, adentrarse en la figura jurídica y en la naturaleza misma del contrato a celebrar para poder en todo caso aceptar las consecuencias jurídicas que resulten por el incumplimiento de la obligación, de ahí que resulte conveniente manifestar que la libertad contractual tiene limitantes que son precisamente los extremos de las normas jurídicas que se deben prever al momento de la celebración de un

¹⁵ OB. CIT. 1, PAG. 30.

¹⁶ OB. CIT. 1, PÁG. 30.

contrato, ya que existen disposiciones legales interpretativas que pueden ser renunciadas por las partes y en otros casos disposiciones imperativas que no aceptan tal renuncia al momento de obligarse.

El consentimiento en el fideicomiso se da al momento de que la institución fiduciaria acepta realizar la administración de los bienes dados en fideicomiso, y por otro lado, entre la institución fiduciaria y el fideicomisario, al momento de que éste se beneficia directamente con el fideicomiso.

OBJETO.- Es la materia del contrato mismo, son los intereses o prestaciones que se pretenden realizar con la celebración del contrato de ahí que resulte distinguir en lo que es el objeto del contrato y el objeto de la obligación, “el objeto del contrato está constituido por las obligaciones que nacen de él: obligaciones de dar, de hacer o de no hacer contraídas por las partes. El objeto de cada obligación es la prestación prometida por la parte que se obliga.”¹⁷. ya que en ocasiones las disposiciones legales se refieren al objeto de la obligación mas no al objeto del contrato, realizando esta distinción cabe mencionar que el objeto de la obligación debe ser:

¹⁷ Ob. CIT. 1, PAG. 77.

*Determinado o determinable.

*Materialmente posible.

*Jurídicamente posible.

En cuanto al objeto determinado o determinable será necesario manifestar el género, la especie y cantidad, ya que de lo contrario habría ambigüedades en cuanto al objeto mismo, esto es, que se debe referir en forma muy particular, individualizada y precisada para que no haya lugar a dudas. Mas aún al momento de celebrar el contrato de fideicomiso ya que si no se especifican las posibilidades de sustituir el mismo el objeto del fideicomiso no sería posible

En cuanto a que sea materialmente posible, quiere decir que la cosa objeto del contrato deberá existir en la realidad al momento de celebrar el mismo, sin descartar la posibilidad de que también lo pueden ser las cosas que lleguen a existir en lo futuro, pero en forma real. Esto en el fideicomiso debe ser claro ya que se transmitirá la propiedad de las cosas.

Con relación a que el objeto deba ser jurídicamente posible cabe mencionar que debe encontrarse dentro del comercio, así las cosas se pueden encontrar fuera del comercio por su propia naturaleza, cuando no pueden

poseerse con exclusividad, o bien por disposición de ley, cuando no son susceptibles de apropiación privada. Es el caso que señala la LTOC al mencionar que no pueden darse en fideicomiso los bienes que sean estrictamente personales de su titular.

En este orden de ideas se puede mencionar que el objeto del contrato va muy ligado al objeto de la obligación ya que si este no reúne los extremos antes mencionados hará imposible la realización del contrato en forma lícita ya que puede darse el caso de que la prestación sea lícita pero el objeto no.

Por ende al momento de celebrar el contrato del fideicomiso se debe ser muy específico al precisar cual será el fin del mismo para que no quede lugar a dudas y no haya confusiones al momento de que la institución fiduciaria deba cumplir con las obligaciones contraídas.

SOLEMNIDAD.- Este elemento esencial del contrato solo se aprecia en determinados contratos, ya que es necesario para su existencia en determinados casos que se lleven a cabo en presencia de algún funcionario o notario dotado de fe pública. Es por ello que sin el presente elemento la celebración de algunos contratos resultaría inexistente.

1.1.2.2. ELEMENTOS DE VALIDEZ DEL CONTRATO.

Estos elementos son complemento para que la manifestación de la voluntad sea motivo de creación de una obligación y por consecuencia que carezca de nulidad el propio contrato, ya sea relativa o absoluta.

Entre ellos encontramos los siguientes:

- Capacidad de las partes que intervienen en el acto.
- Ausencia de vicios del consentimiento.
- Que el objeto, motivo o fin sea lícito.
- Observancia de la forma exigida por la ley.

CAPACIDAD DE LAS PARTES.- Dentro de nuestra normatividad federal se desprende de sus artículos 1798 al 1802, que son hábiles para contratar todas las personas no exceptuadas por la ley, la incapacidad de una de las partes no puede ser invocada por la otra en provecho propio, salvo que sea indivisible el objeto del derecho o de la obligación común, el que es hábil para contratar, puede hacerlo por sí o por medio de otro legalmente autorizado, ninguno puede contratar a nombre de otro sin estar autorizado por él o por la ley, los contratos

celebrados a nombre de otro por quien no sea su legítimo representante, serán nulos, a no ser que la persona a cuyo nombre fueron celebrados, los ratifique antes de que se retracten por la otra parte. La ratificación debe ser hecha con las mismas formalidades que para el contrato exige la ley. Si no se obtiene ratificación, el otro contratante tendrá derecho de exigir daños y perjuicios a quien indebidamente contrato.

Lo mencionado por el código federal, no nos da un panorama amplio de lo que en realidad se puede considerar capacidad de las personas, es por ello que en primer plano se debe hacer referencia que la capacidad es un atributo primordial de todas las personas, misma que se divide para su estudio en capacidad de goce y de ejercicio y sobre estas figuras jurídicas Bonnacasse menciona “La capacidad de goce es la aptitud de una persona para participar en la vida jurídica por sí misma o por representante, figurando en una situación jurídica o en una relación de derecho, para beneficiarse con las ventajas o soportar las cargas inherentes a dicha situación o relación”.¹⁸ Es claro que la capacidad de ejercicio se adquiere desde el momento mismo de ser persona, esto quiere decir que desde el momento mismo de la concepción se puede adquirir la capacidad de goce, pudiendo quedar destruida la misma si el ser no

¹⁸ OB. CIT. 2, PAG. 164.

nace vivo y viable, razón por la cual se considera que esta capacidad la tiene todo ser humano, reforzando lo anterior con lo dicho por el maestro Rojina Villegas “La capacidad de goce es la aptitud para ser titular de derechos o para ser sujeto de obligaciones”¹⁹ en lo que hace a la capacidad de ejercicio menciona Bonnecase “la capacidad de ejercicio se opone a la capacidad de goce y puede definirse como la aptitud de una persona para participar por sí misma en la vida jurídica, configurando efectivamente en una situación jurídica o en una relación de derecho, para beneficiarse con las ventajas o soportar las cargas inherentes a dicha situación, siempre por sí misma.”²⁰, dentro de esta definición existe una cierta limitante para que el sujeto ejercite la mencionada capacidad ya que es de observarse que la misma definición solo hace referencia a que se pueden ejercer los derechos y obligaciones por sí mismo pero excluye en su totalidad la opción de poder ejercer dicha capacidad por un tercero, cuando éste se encuentre incapacitado para realizarlo, es por ello que el maestro Rojina Villegas expresa “la incapacidad de ejercicio impide al sujeto hacer valer sus propios derechos, celebrar en nombre propio actos jurídicos, contraer y cumplir sus obligaciones o ejercitar acciones. De aquí la necesidad de que un representante sea quien haga valer esos derechos o acciones o se obligue y cumpla por el incapaz o celebre por él los actos jurídicos. Es así como la

¹⁹ ROJINA VILLEGAS RAFAEL, COMPENDIO DE DERECHO CIVIL, INTRODUCCION, PERSONA Y FAMILIAS, TOMO I, VIGÉSIMA SEGUNDA EDICIÓN, EDI. PORRÚA, MEXICO 1988, PAG. 158.

²⁰ OB. CIT. 2, PAG. 165.

representación legal surge en el derecho como una institución auxiliar de la incapacidad de ejercicio.”²¹ , razón por la cual considero que la representación se debe considerar como auxiliar para el desempeño de la capacidad de ejercicio.

De lo anterior se puede decir que si uno de los contratantes carece de capacidad para contratar, el acto jurídico celebrado sería en un inicio nulo relativamente ya que si es subsanable la incapacidad, ya sea por un representante legal, declaración judicial o por el hecho mismo de la adquisición de la edad para contratar, sería subsanable el elemento del contrato, y surtiría sus efectos la obligación contraída. Razón por la cual la capacidad es la aptitud que tienen los sujetos para dar vida al contrato.

En el caso del fideicomiso se menciona en la LTOC que puede ser fideicomitente cualquier persona física o moral que tengan la capacidad necesaria para transmitir bienes de su propiedad para lograr un fin específico, por otro lado solo puede ser institución fiduciaria aquella que expresamente este autorizada por la Ley, y en cambio fideicomisario cualquier persona aún y cuando no tenga la capacidad de ejercicio.

²¹ OB. CIT. 19, PAG. 164.

AUSENCIA DE VICIOS DEL CONSENTIMIENTO.- Aunado a la falta de capacidad de uno de los contratantes y la existencia de vicios de la voluntad, surge la invalidación del contrato, dentro de los vicios del consentimiento encontramos: el error, la violencia y el dolo.

El error, se puede definir como la falsa apreciación de la realidad, que puede recaer sobre el objeto del contrato o sobre la persona, influyendo en gran medida para que las partes hayan exteriorizado su consentimiento. Se pueden distinguir tres tipos de errores, el error de hecho, de derecho y de cálculo.

Puede apreciarse un error de los anteriores en el fideicomiso cuando al momento de celebrar el mismo no se preciso el objeto del mismo o que la institución fiduciaria tenga otra apreciación del mismo.

La violencia.- Para el código civil existe “la violencia cuando se emplea fuerza física o amenazas que importen peligro de perder la vida, la honra, la libertad, la salud, o una parte considerable de los bienes del contratante, de su cónyuge, de sus ascendientes, de sus descendientes o de sus parientes colaterales del segundo grado”.

El dolo.- En el código civil federal se define al dolo como “cualquier sugestión o artificio que se emplee para inducir a error o mantener en él a alguno de los contratantes.”, “El dolo es una especie particular de fraude cuyo fin es provocar en el espíritu de una persona un error que la determina a contratar”²²

Puede darse el caso que la institución fiduciaria realice una serie de artificios para convencer al fideicomitente para que constituya un fideicomiso a sabiendas de que será mas costoso el gasto de administración que el cumplimiento del fin, consiguiendo la institución un beneficio monetario superior.

QUE EL OBJETO, MOTIVO O FIN SEA LÍCITO.- En lo que hace al presente elemento se puede manifestar que el hecho prometido no deberá ser contrario a la ley, y las cosas que sean objeto del contrato deben estar dentro del comercio, ya que de lo contrario el contrato sufrirá una nulidad absoluta.

²²OB. CIT. 1 , PAG. 122.

OBSERVANCIA DE LA FORMA EXIGIDA POR LA LEY.- Dentro de la presente connotación se puede decir que para la celebración de ciertos contratos será necesario que se siga cierta formalidad, establecida por la propia ley, en este supuesto si se carece de la misma, el contrato existirá, pero sufrirá de una nulidad relativa, si el mismo no se realiza de acuerdo a la forma establecida por la ley, siendo subsanable dicho elemento si el contrato se realiza conforme a la normatividad establecida, y en ese tenor el mismo surtirá sus efectos, en relación con las partes contratantes.

Al momento de celebrar el contrato del fideicomiso y debido a su complejidad que encierra el mismo se debe apegar en forma estricta a lo establecido por la propia Ley, pero teniendo en consideración que la misma no prevé todos los supuestos jurídicos o situaciones jurídicas que se puedan presentar al momento de estar cumpliendo con las obligaciones contraídas.

1.1.3. CLASIFICACIÓN DE LOS CONTRATOS.

Existen múltiples clasificaciones de los contratos, dependiendo en todo caso de la regulación existente en la propia ley, de conformidad con el acuerdo

de voluntades o incluso en consideración a los efectos y modalidades que se le pretenda dar al mismo; así, para los efectos de la presente investigación se considerarán los siguientes:

1.1.3.1. CONTRATOS NOMINADOS Y CONTRATOS INNOMINADOS.

NOMINADO.- Es aquel que se encuentra previamente contemplado por la ley y que tiene una reglamentación específica dentro de la misma, por lo que se tiene asignada una connotación gramatical específica.

INNOMINADO.- Dígase de aquellos contratos que no aparecen regulados en forma específica en los ordenamientos legales, pero para su formación y efectos deberán seguir las reglas generales de los contratos y en todo caso será necesario manifestar en forma muy minuciosa las condiciones y los términos en que las partes han de obligarse.

El fideicomiso es un contrato nominado debido a que se encuentra regulado en la Ley de Títulos y Operaciones de Crédito y por tal motivo se encuentra reglamentado por dicha Ley.

1.1.3.2. CONTRATOS UNILATERALES, CONTRATOS BILATERALES O SINALAGMÁTICOS Y MULTILATERALES.

UNILATERALES.- Son aquel que hacen nacer obligaciones para una sola de las partes, sin que la otra parte quede obligada con la persona que dio origen al contrato, ya que solo adquiere derechos, es menester precisar que no se habla de un acto jurídico unilateral, ya que no puede existir un contrato sin acuerdo de voluntades y en el caso, si existe el acuerdo de voluntades, pero solamente la carga de las obligaciones se inclina en la persona que da nacimiento al mismo contrato.

BILATERALES O SINALAGMÁTICOS.- Contrato que hace nacer una obligación recíproca entre las partes, esto es, crea derechos y obligaciones para ambos contratantes, por lo que existe una reciprocidad de intereses desde el momento mismo de su formación.

MULTILATERALES.- Son aquellos en los cuales existe una diversificación de sujetos que intervienen en los contratos, esto es, en los

cuales será necesaria su manifestación para perfeccionar el mismo o incluso para que se puedan cumplir las obligaciones contraídas.

Se puede manifestar que en el fideicomiso se encierra primeramente una bilateralidad de voluntades entre el fideicomitente y la institución fiduciaria, ya sin no existiera la manifestación de voluntad de alguno de los dos no sería posible la creación del fideicomiso, en segundo plano se puede mencionar que existe una multilateralidad de voluntades al momento de que se designa un fideicomisario ya que obrarían tres sujetos en la constitución del fideicomiso que serán necesarios para el cumplimiento del fin encomendado a la fiduciaria.

1.1.3.3. CONTRATOS ONEROSOS Y CONTRATOS GRATUITOS.

ONEROSO.- Es aquel en el que se pactan provechos y gravámenes recíprocos, esto es que ambas partes contratantes, recibirán alguna ganancia resultante del contrato mismo.

GRATUITO.- En este contrato el provecho es solamente para uno de los sujetos que intervienen, por lo regular el sujeto pasivo, ya que el sujeto activo de la obligación será el que otorgue el provecho o el beneficio del contrato.

Estos tipos de contratos se encuentran en el fideicomiso ya que por un lado es oneroso en lo que respecta al fideicomitente y la institución fiduciaria, la cual cobrará una suma de honorarios por la administración o por lograr la consumación del fin del fideicomiso y por otro lado entre la institución fiduciaria y el fideicomisario se presenta un situación gratuita ya que no remunerará nada el fideicomisario a la fiduciaria, antes bien podrá solicitar el exacto cumplimiento del objeto o fin del fideicomiso.

1.1.3.4 CONTRATOS CONMUTATIVOS Y ALEATORIOS.

CONMUTATIVOS.- “Cuando la extensión de las prestaciones que se deben las partes es inmediatamente cierta, de manera que cada una de ellas pueda apreciar de inmediato el beneficio o la pérdida que le causa el contrato.”²³ , esto es, que al momento de celebrar el contrato las partes que intervienen, saben al primer momento las prestaciones a que están obligados, así como la existencia de ganancia o detrimento en su patrimonio en caso de ser cuantificable en dinero el objeto del contrato.

²³ OB. CIT. 12, PAG. 819.

ALEATORIOS.- Aquí la prestación del contrato se encuentra condicionada a un acontecimiento futuro e incierto, y hasta en tanto no se produzca el mismo, las partes contratantes podrán realizar una valuación sobre la ganancia o pérdida sufrida por la celebración del contrato.

El fideicomiso es considerado conmutativo ya que desde el momento de celebrar el mismo se sabrá a ciencia cierta el monto de los honorarios y gastos que se puedan realizar por la realización del contrato en comento.

1.1.3.5 CONTRATOS REALES Y CONTRATOS CONSENSUALES.

REALES.- “Es el que crea para una de las partes la obligación de constituir a favor de la otra, un derecho real, y para constituir ese derecho real se precisa que entregue a la otra parte, una cosa mueble, específica y determinada.”²⁴, en la mayor parte de las relaciones jurídicas este tipo de contratos se utiliza como accesorio de otro principal, debido a que en este tipo de contratos solamente se establece un derecho real sobre el bien mueble, esto

²⁴ OB. CIT. 11, PAG. 246.

para el efecto de garantizar en cierta manera el cumplimiento del contrato principal.

CONSENSUALES.- Basta en este tipo de contratos que el acuerdo de voluntades verse sobre un objeto determinado, para que surta sus efectos legales y sea oponible a terceros, sin necesidad que uno de ellos haga entrega material de algún bien para garantizar el cumplimiento del mismo.

Para el caso del fideicomiso se puede manifestar que en primer plano se realiza un contrato consensual ya que será necesario la manifestación de voluntades tanto del fideicomitente y la fiduciaria, que se perfeccionará al momento en que el fideicomitente transmita la propiedad de los bienes que serán sujetos del fideicomiso a la institución fiduciaria, de esto se aprecia la existencia de un contrato real, ya que es necesario el bien para que se puedan cumplir las obligaciones contraídas al momento de la constitución.

1.1.3.6 CONTRATO CONSENSUAL, FORMAL Y SOLEMNE.

CONSENSUAL.- Es necesario solamente el acuerdo de voluntades para que se de origen al contrato y surta sus efectos legales correspondientes, sin

necesidad de que se siga exigencia alguna, siempre y cuando no este previstas por la ley alguna forma específica.

FORMAL.- Se considera al contrato en el cual la manifestación de la voluntad de las partes debe seguir las exigencias de la ley, como puede ser en forma escrita o bajo ciertos lineamientos.

SOLEMNE.- “Es aquel en donde la Ley exige como elemento de existencia del contrato, que la voluntad de las partes se exteriorice con la forma prevista por ella y sin la cual el acto será inexistente”²⁵.

Para el fideicomiso se puede considerar que es consensual y formal ya que para el caso se debe exteriorizar la voluntad de las partes en la forma en que establezca la ley aplicable.

1.1.3.7. CONTRATOS PRINCIPALES Y CONTRATOS ACCESORIOS.

²⁵ OB. CIT. 11, PAG. 249.

PRINCIPALES.- Son aquellos contratos, en los cuales basta su sola existencia y formación para que tengan validez las obligaciones contraídas por las partes, sin necesidad de tener alguna otra figura jurídica que lo refuerce o complemente.

ACCESORIOS.- “Es el que tiene vida y existe en la razón y medida que sirve para garantizar el cumplimiento de una deuda en un derecho de crédito convencional o indemnizatorio, por ello su razón de ser y existir va en función y medida de la vida de esa obligación.”²⁶.

Se debe considerar al fideicomiso como un contrato principal ya que no depende su existencia de la celebración de otras obligaciones para que tenga eficacia jurídica plena en relación con las partes que intervienen en el mismo.

1.1.3.8. CONTRATOS INSTANTÁNEOS Y CONTRATOS DE TRACTO SUCESIVO.

²⁶ OB. CIT. 11 PAG. 253.

INSTANTÁNEOS.- Se considera a aquellos contratos que en un solo acto; nacen, se perfeccionan y surten sus efectos legales, sin necesidad de realizar conductas posteriores encaminadas al perfeccionamiento del mismo contrato.

DE TRACTO SUCESIVO.- Contrato que nace en un solo acto pero las partes que en él intervienen se siguen otorgando las prestaciones periódicamente o continuamente, aquí los efectos del contrato se van generando a través de la vida del mismo acto celebrado, cesando los mismos una vez concluido el término para hacerlo.

El fideicomiso se perfecciona en un solo acto, pero sus efectos se van realizando periódicamente en algunos casos, esto dependerá de la situación jurídica específica y en el caso concreto en que se encuentren los sujetos o en todo caso el fin del fideicomiso mismo.

1.1.4. FORMAS DE TERMINACIÓN DE LOS CONTRATOS.

El contrato como en cualquier otro acto jurídico, existen formas de terminación, ya sea por acuerdo de voluntades, ya sea por el cumplimiento

eficaz del mismo o también por el incumplimiento de las obligaciones contraídas por los sujetos, ya sea activo o pasivo.

Para los efectos de la presente investigación estudiaremos la Rescisión, la Revocación y la Resolución como formas de terminación de los contratos.

1.1.4.1. DE LA RESCISIÓN.

El maestro Luis Muñoz con menciona que la “Rescisión es la facultad conferida a una parte habida cuenta la grave desproporción entre las prestaciones realizadas o prometidas en un contrato a título oneroso, y especialmente de prestaciones recíprocas o cuando aquélla derive o de un estado de peligro notorio, o de un estado necesario.”²⁷, Por su parte el maestro Ernesto Gutiérrez y González, la conceptúa como “un acto jurídico unilateral, por el cual se le pone fin, salvo que la ley lo prohíba, de pleno derecho “ipso jure” –sin necesidad de declaración judicial- a otro acto, bilateral, plenamente valido, por incumplimiento culpable, en este, imputable a una de las partes”. Es claro manifestar que en las definiciones anteriores se resalta el hecho de que una de las partes que intervienen en el acto jurídico se encuentra perjudicada

²⁷ OB. CIT. 7, PAG- 247.

por la celebración del mismo, ya sea porque el otro sujeto no ha cumplido con su parte de la obligación, ya por que es en forma notoria desproporcionado, debiendo manifestar su voluntad para que el contrato quede sin efectos, claro que solo en aquellos que no necesiten declaración judicial para que se consideren extintos, o que se deban reunir ciertos requisitos para que la parte perjudicada pueda ejercitar su acción correspondiente. Por otro lado y como consecuencia de la rescisión del contrato se podrán o no destruir los efectos del mismo, ya que habrá contratos que por su propia naturaleza o condiciones no lo permitan y en otros casos será posible la rescisión en forma recíproca. Es por ello que se precisa que la rescisión del contrato procede en casos de incumplimiento de las obligaciones por una o ambas partes que intervienen en la celebración.

Para el caso del fideicomiso se puede rescindir el mismo cuando la institución fiduciaria no cumpla con las obligaciones a que quedó sujeta al momento de realizar al contrato y para el caso el fideicomitente será quien debiera ejercer las acciones de rescisión en este caso pero la Ley señala que todas las acciones encaminadas al cumplimiento del fin serán a cargo del fideicomisario, y en todo caso cuando no se paguen a tiempo los honorarios a la institución fiduciaria podrá rescindir el mismo.

1.1.4.2. DE LA REVOCACIÓN.

Para Gutiérrez y González “es un acto jurídico unilateral o bilateral, por medio del cual se pone fin a otro acto jurídico anterior, unilateral o bilateral, plenamente válido, por razones de convivencia y oportunidad catalogadas subjetivamente por una sola parte, o bien apreciadas en forma objetiva por ambas, según sea el caso.”²⁸, de lo anterior el maestro considera que existe una revocación civil o común, en la cuál se hace una notable distinción con la rescisión, es por ello que la distingue de la siguiente forma:

➤ Revocación común unilateral.- “es el acto jurídico por medio del cual se priva de efectos para el futuro, a otro acto anterior plenamente válido, por razones de conveniencia que subjetivamente considera una sola de las partes que intervinieron en el acto; puede esta revocación asumir dos tipos:

a) Invocando causa legal; Es el acto jurídico por el cual una persona da por terminado un acto bilateral anterior sin consulta de la

²⁸ OB. CIT. 11 PAG. 705.

otra parte, fundándose para ello en las causas que al efecto determine la ley.

b) Sin expresión de causa; Es el acto jurídico por el cual una de las partes da por terminado unilateralmente otro anterior en que intervino, por razones de convivencia estimadas subjetivamente, y sin que se vea precisado a determinar el motivo de su conducta, pues la Ley no se lo exige, y lo deja actuar a su libre arbitrio, a su discreción. También es revocación de este tipo, la terminación de un acto unilateral por su propio actor.

➤ Revocación común bilateral; Es el acto jurídico de tipo convenio en sentido estricto, por medio del cual se priva de sus efectos futuros, a otro acto jurídico bilateral plenamente válido, celebrado por las mismas partes, atendiendo a razones de oportunidad.

➤ Revocación común individual; Es el acto jurídico por el cual una persona da fin, en sus efectos para ella, a un acto

plenamente válido, el cual sigue subsistente y surte sus efectos para las otras personas que intervinieron en el propio acto.

➤ Revocación común unánime o colectiva: Es el acto jurídico por el cual se priva de sus efectos jurídicos para el futuro a un acto plenamente válido, con el común acuerdo de todas las personas que intervinieron con igual interés jurídico en la formación de ese mismo acto.²⁹

Por lo anterior cabe mencionar que en la revocación del contrato se puede hablar de una causa justificada, -como dirían algunos penalistas- o causa injustificada para revocar el acto jurídico, estando también sujetos en determinados casos a lo establecido por la Ley, ya que en algunos contratos resultarían afectados intereses de terceros, pero en todo caso la revocación sería viable cuanto por circunstancias supervenientes ajenas al mismo contrato pero imputable a las partes no sea posible la continuación de los efectos o incluso no haga factible o compatible con los intereses de las partes la continuidad del mismo, es por ello que la revocación priva de los efectos futuros del contrato independientemente que esta sea unilateral o bilateral, o incluso por declaración

²⁹ OB. CIT. 11 PAGS. 705-707.

judicial cuando así lo dispongan las leyes aplicables al caso, razón por la cual algunos autores consideran a la revocación como penalidad civil, ya que proviene en algunos casos de la culpa o negligencia de alguno de los contratantes, en circunstancias ajenas a la misma obligación y que traen como consecuencia directa que se revoque el contrato. Al fideicomiso no se puede aplicar la revocación del acto jurídico por parte de su creador, esto es el fideicomitente, solo en los casos en que se haya reservado dicho derecho, dejándolo a mi punto de vista en un estado de indefensión ya que por un lado como sujeto creador del acto jurídico debe tener facultades para revocar el mismo en situaciones específicas que por razones de incompatibilidad monetaria se puedan presentar; claro es que se pueden presentar múltiples situaciones jurídicas en cada caso concreto como ya lo hemos mencionado en líneas anteriores.

1.1.4.3 DE LA RESOLUCIÓN.

“Se dice que un contrato se resuelve siempre que se destruye retroactivamente por una causa distinta de una nulidad inicial. Esta destrucción retroactiva de un contrato, que la ley reconoció como válida, sólo puede existir en virtud de una voluntad expresa o tácita de las partes; es imposible atribuirle

otra causa. La resolución supone siempre que las partes han dado al contrato un consentimiento condicional, retirado con anterioridad en vista de una eventualidad determinada: realizada esta eventualidad, el contrato será resuelto.”³⁰, Por su parte el maestro Gutiérrez y González lo conceptúa como “un acto jurídico por el cual: 1.- Se priva de sus efectos, total o parcialmente para el futuro, a un acto jurídico anterior, plenamente válido, y, 2.- Los efectos pasados de este, siendo lícitos, pueden o no quedar subsistentes, según la naturaleza del acto, o la voluntad de las partes.”³¹, A su vez el Dr. Luis Muñoz menciona “que por la resolución queda sin efecto el contrato en virtud de estipulación expresa, o implícita dada la naturaleza del negocio.”³².

Para hablar de la resolución como forma de terminación del contrato, debemos englobar en este tema a la revocación y a la rescisión, que analizamos en puntos anteriores, además agregar el cumplimiento de la prestación pactada, ya que esta puede estar condicionada a un acontecimiento cierto y determinado o a un acontecimiento incierto e indeterminado, de ahí que se pueda decir que si se incumple con la condición pactada la parte afectada podrá ejercitar la acción de resolución, ya sea para el efecto de restituir las cosas al estado en que se encontraban antes de la realización del contrato cuando así lo permita la

³⁰ OB. CIT. 12, PAG. 899.

³¹ OB. CIT. 11, PAG. 703.

³² OB. CIT. 7, PAG. 251.

naturaleza del mismo, y cuando no lo permitan exigir el pago de daños y perjuicios como indemnización por el no cumplimiento de las obligaciones pactadas, y resarcimiento en el patrimonio por no haber culminado los efectos del contrato, por otro lado el cumplimiento de la obligación contraída, por parte del sujeto que ha incumplido en los términos y condiciones del contrato celebrado.

De lo anterior se aprecia que la resolución puede surgir de diversas circunstancias especiales del mismo contrato, ya que esta puede ser principalmente como ya se mencionó por incumplimiento de la obligación; en este supuesto cabe la posibilidad de que la resolución se pacte expresamente en el contrato, pero es de manifestar que también es dable invocarla aún sin que se pacte expresamente, ya que en ocasiones en la celebración de los contratos no se establecen las consecuencias jurídicas que se pueden derivar en el caso de no cumplir con la obligación que se pacta en el contrato.

CAPITULO SEGUNDO

2.1.- DE LOS DERECHOS REALES

2.1.1. DEFINICIÓN.-

A los derechos reales a través del desarrollo del derecho se le han asignado diversos nombres por ejemplo en el Derecho francés se les conoce como obligación “propter rem”; en Derecho canónico como “ius ad rem”; los postglosadores la llamaron “obligatio rei”; así Bonnecasse menciona que “el derecho real es una relación de derecho en virtud de la cual una cosa se encuentra, de una manera inmediata y exclusiva, en todo o en parte, sometida al poder de apropiación de una persona.”³³, Por su parte Aury y Rau, mencionan que existe derecho real cuando una cosa se encuentra sometida, completa, o parcialmente, al poder de una persona, en virtud de una relación inmediata, que se puede oponer a cualquier otra persona, así las cosas se puede mencionar en forma concreta que los derechos reales surgen de una relación jurídica, pero ligada intrínsecamente con una cosa, ya que el sujeto titular de la misma será el único que pueda disponer en forma libre el destino de la misma, surgiendo una

³³ OB. CIT. 2, PAG. 468.

obligación del resto de las personas para respetar ese derecho que se tiene con respecto de la cosa, de aquí que se considere oponible a terceros.

Los derechos reales que se establecen en el fideicomiso se establecen al momento de que el fideicomitente transmite la propiedad de los bienes a la institución fiduciaria para el efecto de que ésta pueda disponer de ellos en los términos convenientes y así se pueda realizar el fin del fideicomiso.

2.1.2. ELEMENTOS.

Como primer elemento esencial del Derecho real resultante de las definiciones mencionadas con antelación se puede considerar que existe una **apropiación de una riqueza** por parte del titular del derecho, de ahí que resulte **oponible a todo el mundo**, ya que el derecho de crédito resulta absoluto con respecto de la cosa.

De lo anterior se puede desprender que el derecho real debido a su universalidad, solo impone una simple abstención con respecto a las demás personas para el efecto de no entorpecer o dañar en forma alguna al titular del derecho, esto es afectando directamente el bien o la cosa sujeta a su titularidad.

Otro elemento importante es que el **objeto sea una cosa determinada**, ya que de lo contrario no podrá existir una relación directa y específica con la cosa.

Por otro lado se consideran también como elementos del derecho real, el **derecho de persecución y de preferencia** que tiene el titular, “según Aubry y Rau, el derecho de persecución es, en definitiva, la prerrogativa del titular de un derecho real, para perseguir su ejercicio sobre la cosa misma sometida a él, y contra todo poseedor o detentador de ella. También el derecho de preferencia se reduce a una prerrogativa, consistente en que al entrar en conflicto varias personas, que han adquirido, en épocas diferentes, derechos reales de la misma o de diversa naturaleza sobre una cosa, triunfa el derecho adquirido primeramente, sobre los adquiridos con posterioridad.”³⁴.

2.1.3. DERECHOS REALES EN PARTICULAR.

2.1.3.1. DE LA PROPIEDAD.

³⁴ OB. CIT. 2 , PAG. 469.

El maestro Rojina Villegas menciona que “Esta se manifiesta en el poder jurídico que una persona ejerce en forma directa e inmediata sobre una cosa para aprovecharla totalmente en sentido jurídico, siendo oponible este poder a un sujeto pasivo universal, por virtud de una relación que se origina entre el titular y dicho sujeto”³⁵, Por su parte Bonecasse define a la propiedad diciendo “Que es el derecho real tipo, en virtud del cual, en un medio social dado y en el seno de una organización jurídica determinada, una persona tiene la prerrogativa legal de apropiarse, por medio de actos materiales o jurídicos, toda la utilidad inherente a una cosa mueble o inmueble”.³⁶ De las anteriores definiciones podemos manifestar que el derecho real de propiedad otorga al titular la facultad discrecional de disponer, usar y disfrutar de la cosa, claro es que se puede confundir en determinado caso con otros derechos reales, pero la diferencia medular sería que el propietario tiene la libre disposición del bien, ya que las mejoras o los deterioros que le pretenda hacer el sujeto, serían en determinado momento para beneficio o detrimento patrimonial de él mismo, siempre y cuando no afecte derechos de terceros, de ahí que la propiedad deba considerarse oponible a todos los sujetos o como menciona el maestro Rojina

³⁵ ROJINA VILLEGAS RAFAEL, COMPENDIO DE DERECHO CIVIL, BIENES, DERECHOS REALES, Y SUCESIONES TOMO II, TRIGÉSIMA EDICIÓN, EDI. PORRÚA, MEXICO 1999, PAGS. 78 Y 79.

³⁶ OB. CIT. 2, PAG. 479.

Villegas, oponible a un sujeto universal, ya que incluso el propietario puede consumir el objeto mismo, o incluso ceder en determinado momento el goce de dicho bien a un tercero, pero aún así resulta destacable el hecho mismo de la disposición del bien que es de su propiedad.

Así las cosas se podría destacar que la propiedad a través de su evolución histórica ha sufrido diversos cambios, ya que en un inicio se podía concebir como propietario al sujeto que tenga la simple posesión del bien, esto arrastrado por el derecho natural, pero debido a los cambios sociales en las diversas civilizaciones, se hablaba de una propiedad colectiva ya que desde el momento en que el hombre tuvo la necesidad de agruparse en pequeñas comunas se consideraban a los bienes como parte de toda la comunidad y en beneficio de la misma, pero no era una propiedad colectiva absoluta ya que los bienes personales de cada uno de los miembros de la comunidad, eran salvaguardados por los poseedores, pero con los cambios socio-económicos de las comunidades también surge la necesidad de distribuir los bienes comunes para evitar en todo caso la existencia de un despotismo a cargo de una sola persona, de ahí que la propiedad se pueda considerar como un derecho y potestad que en forma directa se ejerce sobre un bien, con las limitantes que se establezcan en cada sociedad, incluso se puede hablar que el elemento esencial de libre disposición sea

contrario o perjudicial en determinado momento a los intereses del propietario ya que puede consumirla, destruirla materialmente o incluso transformarla en su sustancia, y si lo hace en forma inadecuada afectaría gravemente su patrimonio, pero no sería esto perjudicial a intereses de terceros porque se realizaría en cosa propia, diferencia esencial que distingue a la propiedad de los demás derechos reales que se estudiarán en la presente investigación.

Por otro lado se puede hablar que la propiedad es imprescriptible, ya que por el solo transcurso del tiempo la misma no puede perder su eficacia y validez aún y cuando el titular del bien no use o disfrute de dicho bien, tan es así que aún y cuando el titular haya fallecido es necesario la declaración judicial para que la propiedad sea transmitida a sus descendientes por ejemplo o las personas que el De cujus haya designado en vida en alguna disposición testamentaria, se habla también de que la propiedad es inalienable, cuando no es realizada por el titular del derecho, ya que como se ha mencionado el titular será el único facultado para realizarlo o en su defecto autorizar la enajenación del bien.

Dentro de la propiedad cabe manifestar la figura jurídica de la copropiedad, que en forma resumida se puede considerar cuando dos o más sujetos son propietarios de una cosa en común, esto es que el derecho de cada

propietario recae en forma absoluta en una cosa en común, no debe confundirse que tienen la libre disposición de una parte determinada o material, sino que tienen el derecho de todas y cada una de las partes de la cosa en común pero en cierta porción, esto es una parte alícuota. Dicha copropiedad se da por terminada por la división material del bien común, claro cuando la naturaleza de esta lo permita, y cuando por la naturaleza del bien sea indivisa, será necesario una valoración pecuniaria, para el efecto de determinar el valor de la parte alícuota de cada uno de los propietarios y así lograr la partición en razón del valor pecuniario que se haya otorgado a la misma.

En el fideicomiso se presenta este derecho real al momento en que el fideicomisario transmite la propiedad de los bienes dados en fideicomiso a la institución fiduciaria y así se pueda realizar el fin, es claro manifestar que los bienes deben ser propiedad del fideicomitente y estar dentro del comercio para poder transmitirlo.

2.1.3.2. DEL USUFRUCTO.

Una definición clásica del usufructo menciona que “es un derecho real de goce sobre una cosa ajena y que se extingue necesariamente a la muerte del

usufructuario”³⁷, por su parte el maestro Rojina Villegas considera que “El usufructo es el derecho de usar de las cosas de otro, y de percibir sus frutos sin alterar la sustancia de ellas; porque es un derecho sobre cuerpo, y si el cuerpo se destruye, queda necesariamente destruido el derecho”³⁸, cabe resaltar que aquí surgen dos sujetos para el efecto de perfeccionar el usufructo, por un lado al usufructuario, el titular del derecho real, y por el otro al nudo propietario, quien es el propietario del bien objeto del usufructo, quien puede disponer aún del bien o bienes sujetos al usufructo, por su parte el usufructuario solo esta facultado para usar el bien, conservarlo en el estado en que se encuentra al momento de recibir el mismo, así como realizar las mejoras encaminadas a la conservación del bien, por otro lado puede disfrutar de los frutos resultantes o generados por el bien o bienes dados en usufructo.

Tomando en consideración las anteriores definiciones se pueden destacar tres elementos esenciales del usufructo en primer lugar que es un derecho real porque recae en forma directa en el uso y disfrute de los frutos de los bienes o del bien objeto del usufructo, por otro lado, es temporal, hasta en tanto no se destruya la sustancia misma del bien o incluso no sea destruido en su totalidad el bien objeto del usufructo y por último, vitalicio, ya que termina por la muerte

³⁷ OB. CIT. 12, PAG. 492.

³⁸ OB. CIT. 35, PAG. 119.

del usufructuario, claro que se puede terminar por otras causas, tales como el vencimiento del plazo estipulado entre el usufructuario y el nudo propietario, por la renuncia del usufructuario, la reunión en una misma persona de usufructuario y nudo propietario, entre otras; dándose algunas de estas condiciones para terminar el usufructo surgen nuevas obligaciones y derechos como pueden ser la de restituir la cosa al propietario, liquidar por parte del propietario los adeudos mayores realizados por el usufructuario, realizar los arreglos necesarios para que la cosa sea entregada en las condiciones en que se encontraba al momento de constituir el usufructo y las derivadas del acuerdo de voluntades plasmadas entre ambos sujetos, así como aquellas que resulten de la propia Ley.

2.1.3.3. DEL USO

Se puede definir al uso como “un derecho real, temporal, por naturaleza vitalicia, para usar de los bienes ajenos sin alterar su forma ni substancia, y de carácter intransmisible.”³⁹; esto en palabras del Maestro Rojina Villegas, ya que el uso es una especie del usufructo, pero con la limitante exclusiva de usar del bien que se da en uso, esto a saber que el mismo se otorga a una persona en

³⁹ OB. CIT. 35, PAG. 132.

específico, ya sea por su calidad o incluso por el propio parentesco, de ahí que la única carga exigible al usuario, será la conservación de la cosa en el estado en que se encuentre y por consecuencia la no modificación en la sustancia misma de la cosa otorgada en uso, claro sin dejar de observar que el usuario no puede ceder o transmitir dicho uso, además de que es considerado vitalicio salvo pacto en contrario.

Para reforzar lo antes mencionado Planiol y Ripert, definen al uso “como un derecho real de la misma naturaleza que el usufructo, pero es inferior a él en extensión. De los dos elementos de que compone el usufructo, el derecho de usar y de percibir los frutos, el uso no comprende sino el primero; los romanos lo llamaban también nudus usus, id est sine fructu. Pero también se le añade, un derecho limitado sobre los frutos.”⁴⁰

2.1.3.4. DE LA HABITACIÓN.

Al hablar del derecho real de Habitación es menester considerar las características mismas del uso, pero con la distinción de que la habitación recae directamente sobre el uso de un bien inmueble, ya sea alguna parte del mismo, o

⁴⁰ OB. CIT. 12, PAG. 521.

en su totalidad, pero a título gratuito, por ello al igual que en el uso existe una relación muy estrecha en cuanto a la calidad de la persona que se le otorga el derecho de habitación, de ahí que se considere intransferible; cabe mencionar que existe la obligación por parte del titular de conservar la cosa en el estado en que se encuentra, sin modificar su esencia, ya que solamente tiene el derecho de habitación con respecto de la finca.

2.1.3.5. DE LA SERVIDUMBRE

Al Derecho real de servidumbre el maestro Rojina Villegas la define de una manera muy general, debido a la diversidad de modalidades sobre la misma, de aquí que mencione “Las servidumbres son gravámenes reales que se imponen en favor del dueño de un predio y a cargo de otro fundo propiedad de distinto dueño, para beneficio o mayor utilidad del primero.”⁴¹, Si bien es cierto para definir en forma concreta a la servidumbre será necesario describir la clasificación de la misma, ya cada una de ellas tiene su cualidad específica, lo que sí es común entre las modalidades de las servidumbres es que son derechos reales; se instituye en provecho de un inmueble; existe afectación contra otro inmueble; son de propietarios diferentes; el inmueble que recibe el provecho se

⁴¹ OB. CIT. 35, PAG. 135.

le llama predio dominante, y el que soporta la carga o gravamen, predio sirviente; en otras palabras se puede mencionar en forma específica los siguientes caracteres de las servidumbres:

CARÁCTER INMUEBLE: Se constituyen siempre en bienes inmuebles.

CARÁCTER ACCESORIO: Esto en virtud de que están ligados al bien inmueble, no se puede separar; y por lo tanto no son embargables, no pueden ser cedidos, ni hipotecados separadamente, ya que por su propia naturaleza no pueden ser transportados a otro inmueble en forma individual, de aquí que sea accesoria al inmueble y por consecuencia, se debe transmitir la servidumbre al momento de la existencia de una traslación de dominio, o incluso será embargado cuando lo sea el inmueble, en sentido inverso el predio sirviente al ser adquirido, deberá también de soportar la carga de la servidumbre en el predio.

PERPETUIDAD: Carácter que se deriva precisamente de lo accesorio de la servidumbre del inmueble, ya que como se ha mencionado no es posible una separación de la misma, por ello es necesario para el uso de la servidumbre que

la misma sea en forma perpetua, de ahí que en forma natural y accesoria al inmueble sea necesaria para el predio dominante.

IRREDIMIBLES: Esta característica resulta precisamente de lo accesorio de la servidumbre, consistente en que el dueño del predio sirviente no puede vender o ceder exclusivamente la servidumbre a un tercero, si no obra el consentimiento del dueño del predio dominante.

INDIVISIBLE: En este carácter se puede mencionar si existe un predio con varios copropietarios, y se pretende establecer una servidumbre será necesario el consentimiento de todos y cada uno de los copropietarios, para que se puedan afectar o beneficiar con la misma, caso contrario si la servidumbre existe antes de que el predio tenga varios copropietarios la misma no podrá desaparecer en cuanto a uno o algunos copropietarios, sino que deberá extinguirse para todos a la vez.

Ahora bien, después de haber mencionado los caracteres básicos de las servidumbres será necesario estudiar las diversas clasificaciones que para tal efecto señalan los estudiosos del derecho:

1.- POSITIVAS Y NEGATIVAS; “Positivas aquellas en las que para su ejercicio se requiere un acto del dueño del predio dominante; Negativas aquellas que se ejercen sin ningún acto del dueño del predio dominante y también sin ningún acto del dueño del predio sirviente;”⁴²

2.- URBANAS Y RÚSTICAS; “Son servidumbres urbanas aquellas que se imponen para provecho o comodidad de un edificio, de una construcción, independientemente de que estén en la ciudad o en el campo. Son servidumbres rústicas aquellas que se constituyen para provecho o comodidad de un objeto agrícola, independientemente de que esté en la ciudad o en el campo”⁴³.

3.- APARENTES Y NO APARENTES; “Una servidumbre es aparente cuando se exterioriza por obras exteriores tales como una puerta, una ventana, un acueducto. Es no aparente cuando no hay indicios visibles de su existencia, por ejemplo una servidumbre de no construir o de no sobrepasar una altura determinada.”⁴⁴

4.- CONTINUAS Y DISCONTINUAS; “Son servidumbres continuas las que su uso es o puede ser incesante, sin necesidad de acto del hombre; son

⁴² OB. CIT. 35, PAG. 138.

⁴³ OB. CIT. 35, PAG. 138

⁴⁴ OB. CIT. 12, PAG. 527.

servidumbres discontinuas aquellas para cuyo uso se requiere la intervención humana.”⁴⁵.

5- LEGALES Y VOLUNTARIAS; “Servidumbres legales son aquellas impuestas por la ley como consecuencia natural de la situación de los predios y tomando en cuenta un interés particular o colectivo; las servidumbres voluntarias son aquellas que se crean por contrato, por acto unilateral, por testamento o por prescripción.”⁴⁶

6.- SOBRE PREDIOS DEL ESTADO Y SOBRE PREDIOS DE LOS PARTICULARES; “En las servidumbres que afectan los predios propiedad del estado, es el predio sirviente el que pertenece a éste y es el predio dominante objeto de propiedad particular. En cambio, en las servidumbres comunes ambos predios pertenecen a los particulares.”⁴⁷

2.1.3.6. DE LA PRENDA.

“La prenda es un contrato por el cual el deudor mismo, o un tercero, entrega al acreedor un objeto mueble destinado a servirle de garantía. A la vez

⁴⁵ OB. CIT. 35, PAG- 138.

⁴⁶ OB. CIT. 35, PAG. 139.

⁴⁷ OB. CIT. 35, PAG. 140.

es un contrato productivo de obligaciones y creador de un derecho real.”⁴⁸. Por lo tanto podemos mencionar que la prenda es un contrato accesorio, puesto que presupone la existencia de una obligación y sirve precisamente como una garantía especial para el cumplimiento de la mencionada obligación. De lo anterior se desprende que para que nazca el derecho real, será necesario que quien otorga la garantía se desprenda material o jurídicamente del bien dado en prenda.

Los bienes que pueden ser objeto de prenda podrán ser, fungibles o no, y en general toda clase de bienes muebles que sean susceptibles de enajenación, y que se encuentren dentro del comercio, cabe mencionar que no son susceptibles de otorgarse en prenda los bienes inmuebles, como lo hacían en un inicio los romanos, ya que en nuestro derecho resultaría hablar de otra figura jurídica que estudiaremos mas adelante.

Por lo que el Dr. Luis Muñoz, manifiesta que “La prenda es un contrato real, accesorio, de prestaciones recíprocas y de forma tasada, pudiendo ser oneroso o gratuito, según se constituya por el deudor o por tercero”⁴⁹.

⁴⁸ OB. CIT. 12, PAG. 1121.

⁴⁹ OB. CIT. 7, PAG. 476.

De lo anterior se pueden destacar los siguientes elementos de la prenda:

Es un contrato Accesorio, esto en virtud de que es necesario la existencia de una obligación previa por parte del deudor para con el acreedor, y precisamente se realiza el presente contrato, para garantizar el cumplimiento de la obligación previamente pactada.

Es un contrato real, porque el contrato se perfecciona una vez que el acreedor prendario se encuentra en posesión de los bienes, ya que si el deudor prendario no se desprende material o jurídicamente del bien dado en prenda no podrá ser posible el perfeccionamiento del contrato.

Los bienes pueden ser no fungibles o fungibles, si hablamos del primer caso es acreedor prendario deberá custodiarlos y conservarlos en el estado en que se encuentran los bienes y los gastos de conservación correrán a favor del deudor prendario, si los bienes son fungibles el acreedor deberá entregar otros bienes de la misma especie siempre y cuando se cumpla con cada una de las obligaciones pactadas con antelación.

El acreedor prendario tiene la posesión de los bienes, ya que sin este requisito como ya se mencionó en supralíneas sería imposible el perfeccionamiento legal de la prenda, claro es, que en una vez satisfechas las prestaciones deberá entregar los bienes, ya que en ningún momento adquiere la propiedad de los mismos, claro que la celebración del contrato podrá estipularse que en caso de incumplimiento los bienes dados en prenda pasen a la propiedad del acreedor o incluso se puede autorizar la venta en esta situación de incumplimiento.

2.1.3.7. DE LA HIPOTECA

Sobre el particular menciona PLANIOL “ La hipoteca es una garantía real que, sin desposeer al propietario del bien hipotecado, permite al acreedor ampararse de él a su vencimiento, para rematarlo, cualquiera que sea la persona en cuyo poder se encuentre, y obtener el pago de su crédito con el precio, con preferencia a los demás acreedores”.⁵⁰

De lo anterior queda claro que solo puede recaer el gravamen en bienes inmuebles, de ahí que la hipoteca tenga particularidades como es la constitución

⁵⁰ OB. CIT. 12 PAG. 1173.

de un derecho real de garantía, que recae precisamente en bienes inmuebles, creando un vínculo o gravamen a favor del acreedor hipotecario que persiste aún cuando pase a poder o disposición de una persona distinta del deudor, naciendo así el derecho de persecución del derecho real, por parte del acreedor hipotecario; es accesorio, en virtud de que es un derecho real de garantía y está supeditado a la existencia de otra obligación principal, sin la cual la hipoteca no puede subsistir, sin dar pauta en determinada circunstancia a eliminar su autonomía que como derecho real tiene intrínsecamente; de igual forma es indivisible, toda vez que la hipoteca subsiste hasta que se cumpla con la totalidad de la obligación contraída, y aún cuando surjan diversos copropietarios después de haber constituido la misma, ésta no es divisible, antes bien cada copropietario, tiene hipotecada la parte alícuota que le corresponda y responde por la totalidad de la obligación que dio nacimiento a la hipoteca, y en caso contrario cuando el acreedor hipotecario fallezca, ésta no puede ser dividida por la cantidad de herederos que tenga, esto es que cada parte de la deuda que le corresponda a cada heredero será garantizada por la totalidad del inmueble, y no solo por la parte que le corresponda; la hipoteca es inseparable del inmueble sobre el cual recayó la misma, toda vez que se adhiere al bien gravado; cuando se constituya alguna hipoteca debe manifestarse específicamente la condición en la que se encuentra, además de señalarse muy

minuciosamente las accesiones que puedan existir en el inmueble; además de los caracteres antes mencionados será necesaria la publicidad de la misma, para el efecto de que sea oponible a terceros, esto a través de la inscripción de la hipoteca en el Registro Público de la Propiedad y del Comercio, para que así, si existe alguna transmisión de la propiedad del inmueble el sujeto que lo pretenda adquirir por ejemplo tenga conocimiento del gravamen existente sobre el mismo, y así responda de las obligaciones principales que dieron origen a la constitución del derecho real de hipoteca.

CAPITULO TERCERO

3.1. DE LOS DERECHOS PERSONALES

3.1.1. DEFINICIÓN.

Después de haber realizado un estudio de la obligación en general y de los derechos reales en particular podemos mencionar que los derechos personales o derechos de crédito, como lo mencionan algunos estudiosos del derecho, son “una relación jurídica entre dos personas, en virtud de la cual una de ellas, llamada acreedor, tiene el derecho de exigir cierto hecho de otra, llamada deudor. La obligación tiene como efecto, ligar una persona a otra; forma lo que llama un vínculo de derecho. Esta relación se llama crédito cuando se considera desde el punto de vista del acreedor; y deuda, cuando esta consideración se hace desde el punto de vista del pasivo del deudor.”⁵¹ De lo anterior se desprende que la obligación personal es aquella que vincula a una persona con otra, ya sea pasivamente o activamente, de aquí que los derechos personales sean considerados como tal ya que no necesitan para su creación otro medio o circunstancia sine cuan non existan éstos.

⁵¹ OB. CIT. 12, PAG. 357.

Es necesario realizar una distinción entre los derechos reales y los derechos personales o de crédito para estar en posibilidades de especificar las características de cada uno de ellos; una de las similitudes sería en primer plano el origen de unos y otros, ya que en los dos existe una relación jurídica, pero por un lado en los reales el sujeto pasivo es indeterminado, ya que es oponible a todo el mundo y en los personales solo existe contra una sola persona, o inclusive contra varias, pero éstas serán limitativamente determinadas, ya que sería en forma específica la exigencia de determinado hecho a cada una de ellas, de aquí la relatividad de éste derecho; otra distinción se desprende precisamente de lo absoluto que es el derecho real, ya que solamente se impone una abstención al sujeto pasivo universal de no dañar al sujeto titular de los derechos por conducto de sus bienes, esto es una abstención absoluta de respetar los bienes de una persona que es la titular de los mismos, en cambio en el de crédito subsiste una flexibilidad en cuanto a las prestaciones ya que si se trata de un dar se habla de que el sujeto obligado solo dará en forma específica lo convenido, si hablamos de un hacer se estaría en presencia de considerar que al sujeto pasivo en forma personal debe realizar el hecho por el cual se obligó, ya que atendiendo a sus características personales el sujeto activo realizó el acuerdo de voluntades, en cambio si hablamos de Un no hacer o “abstención”,

estamos en presencia de una abstención relativa o determinada por la cual el sujeto pasivo no deberá realizar en forma específica, pero si realizará lo que el derecho no le prohíba con respecto de la persona con la que se encuentra vinculada por el derecho de crédito pactado; Por lo que respecta al objeto de los derechos reales, éstos deberán ser siempre determinado en forma individual y específica, ya que de lo contrario no sería posible tutelar la posesión que de los mismos tiene el titular de ese derecho, de aquí que se tenga el derecho de persecución al que hice alusión en el capítulo inmediato anterior de la presente investigación, por su parte el derecho personal puede estar determinado en especie o en género, esto es por ejemplo, una cantidad, ya sea líquida o no, o la realización de una prestación futura e incluso incierta, teniendo el sujeto activo solamente una acción en contra de su deudor para hacerlo cumplir con la obligación pactada.

3.1.2. TEORÍA MONISTA DE LA OBLIGACIÓN Y DEL DERECHO REAL.

Dentro del estudio de la teoría monista se presentan dos variantes por parte de los exponentes de dicha teoría en primer lugar se habla de un carácter

pecuniario o patrimonial que asemeja en forma determinante a estas dos figuras jurídicas ya que para el cumplimiento de una obligación ya sea de dar hacer o no hacer lo que importa al acreedor es el cumplimiento de la misma y en caso de incumplimiento cabe exigir una indemnización valorada en dinero, y para el caso de los derechos reales se tiene una cuantificación de su potestad que ejerce sobre la cosa que es valorada en dinero, así las cosas los postulantes de esta teoría manifiesta la similitud del derecho real y obligación en el carácter pecuniario, ya que por un lado se trata de reducir a obligación el concepto de derecho real y por el otro se trata de reducir la obligación en un derecho sobre los bienes; en otras palabras si existe una obligación por cumplir por parte del acreedor y no se logra realizar cabe el supuesto de ceder un determinado derecho sobre una cosa al acreedor como indemnización por el incumplimiento de la obligación, aún y cuando no sea este el fin primordial de la obligación celebrada con antelación; en la otra variante que exponen los autores manifiestan que no puede existir una potestad directa sobre una cosa o un derecho real sobre una cosa, ya que es necesaria la existencia de un sujeto pasivo y uno activo, es así que de la definición de obligación se desprende la potestad que tiene un sujeto activo de exigir el cumplimiento de una prestación a un sujeto pasivo, prestación que se traduce en un dar, hacer o no hacer, y para el caso de los derechos reales existe evidentemente un sujeto pasivo universal

obligado con el titular de la cosa en no intervenir directa o indirectamente en su ejercicio legal, ya sea como propietario o usufructuario por ejemplo, de ahí que se manifiesta la unificación de la obligación y de los derechos reales con respecto a los sujetos que intervienen en las relaciones jurídicas, al respecto Planiol manifiesta “No es exacto decir que el derecho real consiste en establecer una relación directa entre una persona y un acosa. Esta relación directa no es más que un hecho, y tiene un nombre; se llama posesión, es decir, la posibilidad de detentar la cosa y de servirse de ella como dueño. Una relación de orden jurídico no puede existir entre persona y una cosa; esto sería un contrasentido. Por definición, todo derecho es una relación entre las personas. Esta es la verdad elemental sobre la que está fundada toda la ciencia del derecho, y este axioma es inmutable. En otros términos, el derecho real, como todos los derechos, tiene necesariamente un sujeto activo, un sujeto pasivo y un objeto. Por lo que se considera que es una obligación pasivamente universal.”⁵²

⁵² OP. CIT. 2, PAG. 656.

3.1.3. TEORÍA DUALISTA DE LA OBLIGACIÓN Y DEL DERECHO REAL.

Al respecto J. Boncasse menciona “La teoría que reduce el derecho real a una obligación pasivamente universal adolece de un defecto irremediable, que consiste en tomar en consideración únicamente a los individuos, desatendiendo absolutamente el medio social en el cual viven, mejor dicho, este medio social considerado desde el punto de vista físico, es decir, de sus elementos materiales constitutivos. No sólo hay individuos en una sociedad dada, cualquiera que sea; existen también las cosas, es decir, un dominio ejercido sobre ellas por tales o cuales individuos de preferencia a los demás, y esto bajo la protección y dirección del poder social.”⁵³. Además de lo expresado el maestro considera que otra distinción radica en el aspecto económico ya que por una lado se puede hablar de una apropiación de la riqueza como es el caso de la titularidad de los derechos reales en general y por otro lado en la prestación de algún servicio por diversos sujetos, en donde surge precisamente la obligación en sus diversas modalidades dar, hacer o no hacer, de ahí la separación tajante de las concepciones jurídicas estudiadas, por su parte Aubry y Rau y Baudry Lacantinerie, como principales autores de la escuela clásica, consideran que

⁵³ OP. CIT. 2, PAG. 658.

existe una separación irreductible desde el punto de vista de los atributos, de lo que manifiestan: “1.- En tanto el derecho real es un poder jurídico que se ejerce de la persona a la cosa, el derecho personal es una simple facultad de obtener o de exigir del deudor una prestación o abstención; 2.- El derecho real tiene por objeto un bien; hay una relación, directa e inmediata entre el titular y la cosa. En cambio, en el derecho personal, su objeto es una prestación o una abstención del deudor; 3.-Por último, el derecho real es oponible a terceros; se caracteriza como derecho absoluto, valedero contra todo mundo.”⁵⁴

⁵⁴ OP. CIT. 35, PAG. 21 Y 22.

CAPITULO CUARTO

4.1. DEL FIDEICOMISO

4.1.1. DEFINICIÓN

“El fideicomiso es un contrato por virtud del cual se confieren facultades a un sujeto para que realice actos respecto a determinados bienes, a efecto de lograr un fin específico, en provecho de quien designa aquél que otorga las facultades.”⁵⁵. Esto en palabras del maestro Oscar Vázquez, que de manera muy genérica define al fideicomiso, observando que solamente habla de sujetos en general no les da una connotación específica, por su parte el maestro De Pina Vara, menciona que “es un negocio jurídico en virtud del cual una persona – física o moral-, denominada fideicomitente, destina bienes o derechos a la realización de una finalidad lícita y determinada, y encarga la realización de esa finalidad a una institución fiduciaria que se convierte en titular del patrimonio integrado por aquellos bienes o derechos”⁵⁶. Es de notarse que el maestro De Pina concibe en forma más específica la concepción del fideicomiso,

⁵⁵ VAZQUEZ DEL MERCADO OSCAR, CONTRATOS MERCANTILES, CUARTA EDI, PORRUA, MÉXICO 1992, PAG. 487.

⁵⁶ DE PINA VARA RAFAEL, ELEMENTOS DE DERECHO MERCANTIL MEXICANO, VIGESIMOPRIMERA EDICIÓN, EDI. PORRUA, MÉXICO 1990, PAG. 305 Y 306.

atreviéndome a decir que es la mas allegada a la definición legal que se da en la Ley de Títulos y Operaciones de Crédito en su artículo 381 que menciona “en virtud del fideicomiso, el fideicomitente transmite a una institución fiduciaria la propiedad o la titularidad de uno o más bienes o derechos, según sea el caso, para ser destinados a fines lícitos y determinados, encomendando la realización de dichos fines a la propia institución fiduciaria”. Cabe mencionar que de las definiciones antes citadas en algunas solamente se habla de dos sujetos; la institución fiduciaria y el fideicomitente, en cambio en otras cabe el tercer sujeto que es el fideicomisario, elementos que serán motivo de estudio en el siguiente capítulo, por el momento me limitare a mencionar algunas definiciones sobre el fideicomiso en general. Por lo que el maestro Felipe Dávalos menciona “El fideicomiso no es de los conceptos que manifiestan un simple “estado jurídico” no en esencia vinculatorio, sino es un concepto que manifiesta no solo las relaciones entre dos personas, sino también las que en ocasiones se suscitan entre cientos de personas, con derechos y obligaciones más o menos equivalentes y todos concertados por una sola idea y no de dos, que es precisamente la de fideicomiso. La ubicación de esta institución es, ciertamente compleja”⁵⁷, por lo que es de notarse que el maestro Dávalos tiene una serie de concepciones desde diversos puntos de vista de lo que es el

⁵⁷ DÁVALOS MEJIA CARLOS FELIPE, DERECHO BANCARIO Y CONTRATOS DE CRÉDITO, SEGUNDA EDICIÓN, EDI. OXFORD, MÉXICO 2001, PAG.849.

fideicomiso; manifiesta que “teóricamente, un negocio fiduciario, porque se opera una transmisión real de bienes que formarán un patrimonio autónomo y que la fiduciaria recibe en nombre propio, pero como lo hace para la realización de un fin, no recepta su propiedad, sino solo su titularidad y posesión; Técnicamente, el negocio fiduciario toma el nombre de contrato, porque para su perfeccionamiento necesariamente debe presentar características técnicas coincidentes con la teoría general del contrato civil, supletorio de la Ley General de Títulos Y operaciones de Crédito; Es un contrato mercantil, en virtud de que así lo determina la Ley; Un contrato mercantil fiduciario, pues su mecánica descansa en la transmisión de buena fe que se hace al fiduciario, de parte de los bienes del fideicomitente, con fin cuya vocación es procurar beneficios a favor del fideicomisario; Un contrato mercantil fiduciario, institucionalmente bancario, ya que para su perfeccionamiento legal es indispensable la participación de una institución de crédito autorizada para fungir como fiduciaria.”⁵⁸

⁵⁸ OP. CIT. 57, PAG. 863 Y 864.

4.1.2. CLASES DE FIDEICOMISO.

4.1.2.1. FIDEICOMISO EN GARANTÍA

Menciona el maestro Raúl Cervantes Ahumada que “Es un contrato de mutuo, se garantiza la devolución del préstamo con una finca, y para evitar el juicio hipotecario, la finca se entrega en fideicomiso a un banco. En este caso suele hablarse de que se traslada el dominio de la finca al banco fiduciario para que si el fideicomitente deudor no paga, el banco proceda a la venta de la finca y haga el pago al fideicomisario acreedor.”⁵⁹ Se puede mencionar que efectivamente como su nombre lo indica se constituye el fideicomiso para garantizar el cumplimiento de determinada obligación, misma que deberá ser cumplida por el fideicomitente, ya sea a favor de la propia institución fiduciaria o a favor de un tercero llamado fideicomisario o acreedor del fideicomiso. Por lo que el maestro Joaquín Rodríguez menciona que “consiste en la transmisión de bienes al fiduciario para que éste garantice con ellos el cumplimiento de las obligaciones de muy diversa naturaleza que asuma el fideicomitente”, por lo que es muy claro que no importa el tipo de obligación que se pretenda cumplir para poder constituir el mismo; resulta evidente además que como un contrato

⁵⁹ CERVANTES AHUMADA RAUL, TITULOS Y OPERACIONES DE CREDITO, DECIMA CUARTA EDICIÓN, EDI. HERRERO S.A., MÉXICO DF. 1988, PAG. 301.

accesorio depende en forma tajante al principal, esto es que para el efecto de que se cumpla con la obligación principal el menester la cancelación del fideicomiso, ya que solamente se constituye a favor de determinado tiempo y en caso contrario se puede pactar la venta de los bienes para cubrir la prestación a que estaba obligado el fideicomitente; facultad que depende a todas luces a la institución fiduciaria, que es otorgada en la constitución del fideicomiso, en el contrato mismo, facultad que algunos tratadistas consideran fuera de los lineamientos constitucionales, toda vez que en forma general se le otorgan facultades jurisdiccionales a la institución fiduciaria, ya que si el fideicomitente tuviera alguna excepción o causa bastante para justificar su incumplimiento lo podrá justificar ante la propia institución fiduciaria, motivo por el cual el maestro Raúl Cervantes considera que “la facultad que se pretende conceder al banco, para ejecutar la venta del bien dado en garantía en caso de que el deudor no pague, no se ajusta a nuestro sistema constitucional. Si el deudor no demuestra el pago; pero tiene excepciones que oponer a su acreedor, el banco no puede estar capacitado para juzgar y decidir la controversia. En estos casos, debería establecerse un procedimiento judicial, sumarísimo, previo a la subasta que el banco haga de los bienes fideicometidos. Solo en esa forma se respetarían los principios de nuestra estructura constitucional.”⁶⁰.

⁶⁰ OP. CIT. 59, PAG. 301.

Por su parte la suprema corte de justicia de la Nación manifiesta:

FIDEICOMISO EN GARANTÍA. El fin perseguido por las partes en esta clase de fideicomiso reúne los requisitos establecidos por el artículo 346 de la LTOC, pues dicho fin es lícito y determinado...

“Este peculiar fideicomiso ha tenido gran arraigo en la práctica, pues se ha venido utilizando como sustituto del contrato de hipoteca, y por ello, el fin que se persigue con dicho fideicomiso es el de garantizar la devolución de un préstamo con un inmueble, entregándose éste precisamente, en calidad de bien fideicometido, a una institución fiduciaria... Por consiguiente, el fin que se persigue con la celebración de un contrato de fideicomiso de garantía, por una parte, es un fin determinado, puesto que el fideicomitente que ha intervenido en su realización concreta su voluntad en garantizar la devolución del préstamo respectivo con un bien inmueble. En estas condiciones, la declaración unilateral del prestatario nada tiene de abstracta o indeterminada...; Sino que por el contrario, el consentimiento otorgado se ha encaminado a un fin específico, determinado. Además, el hecho consistente en que se haga o no efectiva la garantía otorgada, es irrelevante para concluir que el fin cuestionado sea indeterminado, toda vez que tal hecho es una cuestión absolutamente ajena al

fin que se persigue con el fideicomiso en garantía... una cosa es garantizar la devolución de un préstamo con un inmueble, y otra cosa muy distinta es realizar o hacer efectiva la garantía otorgada en caso de incumplimiento del deudor.”⁶¹

Por lo que es claro que el fideicomiso de garantía tiene como fin primordial garantizar el cumplimiento de una obligación y no la des-posesión del bien dado en garantía para el cumplimiento de dicha obligación.

4.1.2.2. FIDEICOMISO CON FINES TESTAMENTARIOS.

Se considera a este tipo de fideicomiso como un sustituto del testamento, pero en forma muy peculiar, ya que por un lado la persona física titular de los bienes que se pretenden dar en fideicomiso para después de su muerte realiza un contrato de fideicomiso con la institución fiduciaria en la cual manifiestan los términos y las condiciones en las que los terceros o herederos disfrutarán precisamente de la masa que en lo sucesivo entrara en el fideicomiso, lo peculiar es que el fideicomiso surtirá sus efectos a la muerte del fideicomitente a favor de sus herederos o inclusive otros sujetos que haya designada el De

⁶¹ (AD 2771/66, TERCERA SALA, SEXTA ÈPOCA, ACTUALIZACIÓN CIVIL 1971-1973, Pág. 262)

Cujus, de ahí que algunos autores mencionen que se sustituye precisamente al testamento, ya que de cualquier forma el sujeto que en vida era el titular de los bienes fideicometidos, dispone de ellos para después de su muerte, lo que cabría suponer en cierto modo que para el caso de que no existiera disposición testamentaria pero sí algún fideicomiso en el que se encuadren todos los bienes del fideicomitente, éste subsistirá, pero cabría la interrogante al momento de que los posibles herederos realicen la denuncia de la sucesión intestamentaria, ya que si nos vamos a la literalidad de la definición que da LGTOC en la última reforma estos bienes pasan a propiedad de la institución fiduciaria a la muerte del fideicomitente para la realización del fin al que son destinados que en todo caso beneficiaría a los herederos; pero de lo anterior se puede resumir que el fideicomiso para fines testamentarios precisamente porque sustituye el testamento del De Cujus ya que su fin primordial es beneficiar a sus herederos pero por conducto de la institución fiduciaria que a la muerte del fideicomitente sería la titular o propietaria de la masa hereditaria, que transmitirá paulatinamente a sus fideicomisarios en los términos convenidos y pactados con el fideicomitente, claro con la posibilidad de que se denuncie el juicio Sucesorio Intestamentario, por parte de algún posible heredero, que por razones prácticas considero ocioso ya que de alguna forma el De Cujus con la celebración del Fideicomiso ya ha dispuesto de sus bienes para después de su muerte.

4.1.2.3. FIDEICOMISOS DE COLOCACIÓN BURSÁTIL.

Es una práctica realizada por los bancos en el carácter de fiduciarios, ya que para la colocación y captación de valores en los mercados internacionales es útil la constitución de un fideicomiso por parte del fideicomitente para el efecto de tener mayor utilidad en sus valores; esto por el hecho mismo de que se transmite la titularidad de los valores que se pretenden colocar en la bolsa y esto solo es posible por cuestiones prácticas a través de un fideicomiso.

4.1.2.4. FIDEICOMISOS PARA ASEGURAMIENTO DE PENSIÓN ALIMENTARIA.

“Es el que constituye el deudor alimentario –Fideicomitente- ya sea convencional o judicialmente, mediante la aportación en una sola exhibición o en varias, de bienes o más en general, de dinero en efectivo, en el que la fiduciaria se compromete, además de invertirlos y reinvertirlos, a

administrárselos al alimentando —él o los fideicomisarios—de conformidad con las reglas pactadas en el convenio.”⁶²

De anterior nos hemos dado cuenta de la mecánica misma del fideicomiso y de los sujetos que pueden intervenir en el mismo, así como los diferentes usos que se le puede dar al fideicomiso y sus múltiples opciones que presenta la constitución, tanto para garantizar el cumplimiento de una obligación como para beneficiar en forma directa a un tercero con los beneficios que otorga el contrato, ahora bien, entraremos al estudio de los sujetos que intervienen en la constitución del fideicomiso.

⁶² OP. CIT. 57, PAG. 876.

CAPITULO QUINTO

5.1. DE LOS ELEMENTOS DEL FIDEICOMISO.

5.1.1. DEL FIDEICOMITENTE.

“Es la persona que por declaración unilateral de voluntad constituye un fideicomiso”⁶³. Definición muy general que nos da el maestro Raúl Cervantes Ahumada, por su parte el maestro Rafael de Pina. Menciona “ Es la persona que constituye el fideicomiso, esto es, la persona que destina determinados bienes o derechos a la realización del fin lícito y determinado, cuya realización encarga al fiduciario.”⁶⁴. Por otro lado la LGTOC., Menciona en su artículo 384 “Solo pueden ser fideicomitentes las personas con capacidad para transmitir la propiedad o la titularidad de los bienes o derechos objeto del fideicomiso según sea el caso, así como las autoridades judiciales o administrativas competentes para ello.”

En primer término de las definiciones antes mencionadas se puede hablar de la existencia de una capacidad por parte del fideicomitente para el efecto de

⁶³ OP.CIT. 59, PAG. 299.

⁶⁴ OP. CIT. 56. PAG. 306.

poder disponer de los bienes o derechos que serán afectos para la realización del fin, esta capacidad, estudiada en capítulos anteriores deberá ser legal, ya que tratándose de personas físicas es menester tener capacidad de ejercicio misma que será adquirida conforme lo establecen las leyes civiles y para el caso de las personas jurídico colectivas la capacidad deberá recaer en una entidad gubernativa o en una persona física que se designe en forma específica, esto por conducto de un nombramiento o inclusive por un decreto presidencial en el cual se ordene la constitución de un fideicomiso en favor de determinado sector de la población, designándose en el acto al sujeto que fungirá como fideicomitente. Al respecto el maestro Carlos Felipe Dávalos, menciona que “sólo puede ser fideicomitente la persona física o moral que tenga la capacidad, no de ejercicio general en materia mercantil a que nos hemos referido en otros contratos mercantiles, sino la necesaria para afectar los bienes que el fideicomiso implique, es decir, la **habilidad** de disposición del derecho a transmitir. Asimismo, se entienden competentes las autoridades judiciales o administrativas cuando se trate de la guarda, conservación, administración, liquidación, reparto o enajenación que corresponda en un caso concreto, o bien las personas que estas autoridades designen para ello”⁶⁵. De la anterior concepción se destaca la palabra habilidad misma que se concibe en la propia

⁶⁵ OP. CIT. 57, PAG. 899.

capacidad a que hace alusión la definición legal que da la Ley General de Títulos y Operaciones de Crédito. Esto en virtud de que no basta que el sujeto tenga la capacidad de ejercicio, sino que además tenga la Habilidad o un poco de pericia para el efecto de transmitir la titularidad o propiedad de algunos bienes o derechos, incluso estar conforme con lo que implicaría el hecho de constituir un fideicomiso; con lo antes mencionado se plasma la concepción de lo que se entendería por habilidad para el efecto de realizar un fideicomiso, no solamente el término de capacidad, que a mi punto de vista es más indispensable y práctico hablar de capacidad que de habilidad, ya que si se pretende constituir un fideicomiso a favor de determinada persona o solamente para poder cubrir un adeudo contraído con alguna institución fiduciaria, es menester que el fideicomitente observe los beneficios que le puede traer la constitución del mismo, así como los perjuicios o desventajas presentados, pero es claro que el fideicomitente en términos muy generales entendería en algunas ocasiones con exactitud la mecánica a que está sujeto este contrato, ya que lo que interesaría en determinado caso es cubrir la necesidad de pagar a la institución fiduciaria o beneficiar directamente al Fideicomisario, sin importar las subsecuentes consecuencias que se puedan generar. De aquí que considere que si para el caso de que sea necesaria la HABILIDAD por parte del fideicomitente para la realización del fideicomiso no existiesen tantos litigios en

los Tribunales del país, encaminados a resolver alguna controversia suscitada por la constitución de algún fideicomiso.

Aunado a lo anterior será necesario que el fideicomitente tenga las capacidades de transmitir la propiedad o titularidad de los bienes o derechos objeto del fideicomiso, esto a razón de que será necesario acreditar ser el titular o que se tiene poder bastante para realizar los actos encaminados a la formación del fideicomiso; en forma paralela para las autoridades será necesario que los nombramientos que son entregados a los sujetos titulares o empleados de las dependencias, mencionen en forma específica que tienen facultades para gestionar un fideicomiso, y digo competentes por el hecho de poder ser autoridad competente no por el hecho de que sean todos los funcionarios competentes para realizar su función administrativa o judicial.

Ahora bien, de la definición mencionada en primer término, que describe en forma muy general la definición del fideicomitente se puede desprender un elemento que a mi punto de vista resuelve en parte la situación problemática que me motivo a realizar la presente investigación; este elemento es “la declaración unilateral de la voluntad” por parte del fideicomitente, ya que sin la misma no sería posible la formación del fideicomiso, voluntad que se debe

encontrar desde luego libre de vicios del consentimiento que en capítulos anteriores se estudiaron, ahora bien como sujeto que da vida al contrato en primer término y complementado con los bienes y con la Función de la institución fiduciaria que estudiaremos mas adelante, debería tener facultades extraordinarias para revocar el fideicomiso en situaciones no previstas al momento de constituirlo, ya que si bien es cierto algunos autores consideran al fideicomiso como un acto jurídico multilateral en ocasiones también es cierto que la intención del fideicomitente en la generalidad es que se obtenga un beneficio por parte del fideicomisario, y si en el caso concreto no se tiene cierta reciprocidad Ocasiona ciertos perjuicios al fideicomitente como creador del fideicomiso.

5.1.1.1. FACULTADES DEL FIDEICOMITENTE.

Dentro de las facultades que puede tener el fideicomitente se pueden plasmar las que se convengan en el propio contrato ya que la voluntad de las partes en un contrato es en ocasiones muy superior a las establecidas en la propia ley, siempre que no sean contrarias a ésta, y por otro lado surgen las facultades derivadas de la propia Ley, claro es que no son bastas para

contemplar todas las situaciones jurídicas que se suscitan en la vida cotidiana de las diversas sociedades, tan es así que en el artículo 386 de la LGTOC establece que ... sólo podrán ejercitarse respecto a ellos (los bienes) los derechos y acciones que al mencionado fin se refiera, salvo los que expresamente se reserve el fideicomitente, los que para él deriven del fideicomiso mismo o los adquiridos legalmente respecto de tales bienes..., es aquí donde los legisladores dan la facultad a los sujetos que interviene en la constitución del fideicomiso para pactar lo que ellos consideren más benéfico y en especial se da cierto privilegio al fideicomitente como sujeto creador del propio contrato.

Entre las facultades primordiales podemos encontrar:

- La designación de la institución fiduciaria; misma que se encargará de administrar los bienes o derechos transmitidos por el fideicomitente procurando obtener un mayor beneficio o lucro para cumplir satisfactoriamente lo encomendado; aunque esta facultad también la tiene el fideicomisario, es fideicomitente al momento de constituir el fideicomiso lo puede

realizar, esto para el efecto de encomendar el encargo que pretende realizar a aquella que reúna las expectativas de infraestructura y que además sea legalmente la más conveniente para el encargo.

- Designar al fideicomisario o fideicomisarios, que puede ser la institución fiduciaria solo en el caso de servir como instrumento de pago de alguna obligación contraída con la misma; por otro lado puede nombrar a terceras personas que sean las beneficiarias directas, o incluso podrá omitir dicho señalamiento siempre que se establezca un fin lícito y determinado, tal y como establece el artículo 382 de la LGTOC, en su tercer párrafo.

- Designar el fin u objeto del fideicomiso, ya que como sujeto creador del acto jurídico es el único interesado en determinar el fin para el cual se va a constituir el mismo, procurando a todas luces

que sea lícito y determinado, no dejando lugar a dudas la prioridad del mismo al momento de la elaboración del contrato, tomando en consideración las circunstancias mismas del fin u objeto, ya que como a quedado escrito la mayoría de las veces se realiza para beneficio de terceras personas o para el solo hecho de cumplir obligaciones pactadas con antelación o simplemente para ampliar las arcas de su patrimonio.

- Designar los bienes o derechos que serán transmitidos a la institución fiduciaria, hablando en este sentido de que los bienes pueden ser de cualquier naturaleza, siempre y cuando no sean los que estrictamente sean personales del fideicomitente tal y como lo señala la LGTOC, además de que el maestro Ahumada señala “que los bienes fideicometidos constituyen un patrimonio autónomo, cuya titularidad se atribuye

al fiduciario, para la realización de un fin determinado”⁶⁶.

- Designar los miembros del comité. “El comité técnico consiste en la posibilidad, por lo general en favor del fideicomitente, aunque también puede serlo en favor del fideicomisario, de participar directamente en la conducción del fideicomiso, no como órgano de administración investido de facultades de dictamen y acuerdo sobre la forma en que se desahogue el fin”⁶⁷. Es conveniente dicha designación ya que será muy útil para lograr el fin del fideicomiso, y por otro lado para encomendar los bienes o derechos que serán transmitidos a la institución fiduciaria por parte del fideicomitente como sujeto creador del contrato.

- Designar la o las personas a quien se deban restituir los bienes: Si bien es cierto la

⁶⁶ OP. CIT. 59, PAG. 300.

⁶⁷ OP. CIT. 57, PAG. 902.

LGTOC., establece que una vez concluido el fin para el cual se constituye el fideicomiso, los bienes transmitidos deberán reincorporarse al fideicomitente o a las personas que se hayan designado al momento de realizar el contrato, en este caso el fideicomitente puede designar porciones diversas para que la institución fiduciaria las reparta entre esas personas, esto es muy similar a lo que se hace en el testamento, solo con la salvedad de que al terminar el fideicomiso, puede estar aún vivo el fideicomitente y perfeccionarse lo pactado.

- Revocar el fideicomiso cuando se reservo

dicha facultad:

Sobre este punto se puede mencionar que efectivamente al momento de constituir el fideicomiso el fideicomitente se debe reservar el derecho de revocar el acto que el mismo crea, pero lo que me llama la atención es que si el fideicomitente a realizado actos encaminados a la elaboración de un fin lícito y determinado por conducto de un fideicomiso, entonces porque la ley solo le

otorga reservarse ese derecho al momento de constituir el mismo, considero que precisamente deviene del hecho mismo de transmitir los derechos reales que es titular el fideicomitente hasta antes de la constitución del fideicomiso. Afirmándose en ese tenor el hecho mismo que si surge alguna cause grave que de cabida a revocar el contrato del fideicomiso, no puede revocarse, aún y cuando se perjudique la integridad patrimonial del fideicomitente, ya que no se reservó dicho derecho, por lo que considero que será necesario realizar una valoración al tenor de una balanza ya que sería conveniente observar por un lado el interés o perjuicio que se le pueda causar al fideicomitente y/o al fideicomisario, al momento de revocar el acto mismo, ya que como hemos estudiado, el fideicomitente queda en todo momento desprotegido al momento de transmitir los bienes o derechos para la realización del fin lícito y determinado, si bien es cierto es el sujeto que establece en primer instancia los lineamientos o condiciones a que será sujeto el fideicomiso, y posteriormente solo serán válidas las acciones de su parte para que se cumpla el fin del fideicomiso, pero nunca podrá revocarse por causa grave superveniente a la realización del fideicomiso y no resulte perjudicado él mismo, claro que con esto no quiero decir que el fideicomitente sea liberado de las cargas que pudiera tener con el fideicomisario, ya sea por concepto de pensión alimenticia o incluso algún pago que puede tener pendiente con la institución fiduciaria, mas

bien entender por causa grave la ingratitud en que incurra el fideicomisario o incluso la miseria en que se encuentre el fideicomitente después de haber constituido el fideicomiso a favor de un fideicomisario distinto a la institución fiduciaria. Ahora bien entendiendo por ingratitud “Desagradecimiento, desprecio u olvido de los beneficios recibidos”⁶⁸, o incluso en los casos en que menciona la Ley Civil en lo que respecta a la revocación de la donación, cuando el donatario comete algún delito contra la persona, la honra o los bienes del donante o de los ascendientes, descendientes o cónyuge de éste; y Si el donatario rehúsa socorrer, según el valor de la donación, al donante que ha venido en pobreza; por su parte el abogado Manuel Ossorio expresa “..Jurídicamente presenta importancia con respecto a las donaciones, ya que las mismas pueden ser revocadas por causa de ingratitud del donatario; lo que sucede cuando éste ha atentado contra la vida del donante, cuando le ha inferido injurias graves en su persona o en su honor o cuando le ha rehusado alimentos.”⁶⁹, en ese tenor debemos entender como miseria “Desgracia, infortunio, trabajo. Pobreza extremada; estrechez, falta de lo necesario para el sustento u otra cosa. Vivir miserablemente y padecer gran pobreza.”⁷⁰, Por lo anterior considero que se deben otorgar en estos supuestos facultades al

⁶⁸ PALOMAR DE MIGUEL, JUAN, DICCIONARIO PARA JURISTAS, MAYO EDICIONES S. DE R. L., PRIMERA EDICIÓN, MEXICO 1981, PAG. 718.

⁶⁹ OSSORIO MANUEL, DICCIONARIO DE CIENCIAS JURÍDICAS, POLÍTICAS Y SOCIALES, EDI. HELIESTA S.R.L., PRIMERA EDICIÓN, BUENOS AIRES, ARGENTINA, 1978, PAG.381.

⁷⁰ OP. CIT. 68, PÁG. 873.

fideicomitente para revocar el fideicomiso, claro es que se pretende evitar algún daño o detrimento en contra del fideicomisario, ya que es de humanos, no prever todas y cada una de las circunstancias de la vida cotidiana.

5.1.1.2. OBLIGACIONES DEL FIDEICOMITENTE

Dentro de las obligaciones que tiene el fideicomitente al constituir el fideicomiso, se puede mencionar en primer plano la Transmisión de la propiedad que habla el artículo 381 de la LGTOC publicada el 13 de Junio del 2003, que a mi punto de vista es la mas importante, esto en razón de que para el efecto de poder constituir un fideicomiso es necesario la transmisión de la propiedad y en todo caso el desprendimiento de los derechos reales que es titular el fideicomitente hasta antes del acto jurídico del fideicomiso, ya que como hemos estudiado en el capítulo segundo de la presente investigación los derechos reales surgen cuando una cosa se encuentra sometida, completa, o parcialmente, al poder de una persona, en virtud de una relación inmediata, que se puede oponer a cualquier otra persona, así las cosas se puede mencionar en forma concreta que los derechos reales surgen de una relación jurídica, pero ligada intrínsecamente con una cosa, ya que el sujeto titular de la misma será el

único que pueda disponer en forma libre el destino de la misma, surgiendo una obligación del resto de las personas para respetar ese derecho que se tiene con respecto de la cosa, de aquí que se considere oponible a terceros, y en esta tesitura se menciona que el fideicomitente como sujeto titular de los derechos reales y por ende de la propiedad de los bienes que se transmitirán a la institución fiduciaria, queda desligado totalmente de los mismos, ya que se formará un patrimonio autónomo e independiente destinado al fin para el cual se constituyó el fideicomiso, en este tenor no podrá ejercitar el fideicomitente acción alguna para reincorporar o reivindicar los bienes que han sido transmitidos, ya que de la mencionada Ley en su artículo 386, se desprende que solo podrá ejercitar los derechos y acciones que al mencionado fin se refieran o los que expresamente se pueda reservar en el acto de la constitución, considerando que no se puede reservar el derecho real de propiedad, ya que de lo contrario no surtirá efectos el fideicomiso; menciona además que puede ejercitar los que son adquiridos legalmente respecto de tales bienes, con anterioridad a la constitución del fideicomiso y para el caso los únicos derechos adquiridos puede mencionarse a grandes rasgos que son los derechos reales de propiedad, y para el caso de que el fideicomitente pueda ejercitar alguna acción reivindicatoria en caso de existir causas graves supervenientes como las mencionadas en el apartado inmediato anterior no podrá realizarlo ya que para

el caso es necesario demostrar los tres elementos a que hace alusión la Suprema Corte de Justicia de la Nación como es: la propiedad del bien, la posesión por un tercero y la identificación de la cosa:

Octava Época

Instancia: SEGUNDO TRIBUNAL COLEGIADO DEL SEXTO
CIRCUITO.

Fuente: Gaceta del Semanario Judicial de la Federación

Tomo: 53, Mayo de 1992

Tesis: VI.2o. J/193

Página: 65

ACCIÓN REIVINDICATORIA. SUS ELEMENTOS. La reivindicación compete a quien no está en posesión de la cosa de la cual tiene la propiedad y su efecto es declarar que el actor tiene dominio sobre ella y se la entregue al demandado con sus frutos y acciones. Así, quien la ejercita debe acreditar: a).- La propiedad de la cosa que reclama; b).- La posesión por el demandado de la cosa perseguida y c).- La identidad de la misma, o sea que no pueda dudarse cual es la cosa que pretende reivindicar y a la que se refieren los documentos fundatorios de la acción, precisando situación, superficie y

linderos, hechos que demostrará por cualquiera de los medios de prueba reconocidos por la ley.

SEGUNDO TRIBUNAL COLEGIADO DEL SEXTO CIRCUITO.

Amparo directo 518/89. Jovita Peralta viuda de Zamitiz y otros. 10 de julio de 1990. Unanimidad de votos. Ponente: Arnoldo Nájera Virgen. Secretario: Nelson Loranca Ventura.

Amparo directo 185/91. Raquel Hernández Ramírez. 17 de mayo de 1991. Unanimidad de votos. Ponente: Arnoldo Nájera Virgen. Secretario: Nelson Loranca Ventura.

Amparo directo 306/91. María Luisa Martínez viuda de Galicia y otras. 27 de septiembre de 1991. Unanimidad de votos. Ponente: Arnoldo Nájera Virgen. Secretario: Nelson Loranca Ventura.

Amparo directo 49/91. Fabián Soriano Torrentera y otra. 24 de marzo de 1992. Unanimidad de votos. Ponente: Arnoldo Nájera Virgen. Secretario: Nelson Loranca Ventura.

Amparo directo 107/92. Edgar Meneses Beltrán y otra. 24 de marzo de 1992. Unanimidad de votos. Ponente: José Galván Rojas. Secretario: Armando Cortés Galván.

Por lo anterior resulta improcedente la acción ejercitada por el fideicomitente en razón de que ese derecho adquirido con antelación a la constitución del fideicomiso se encuentra extinguido, por el hecho mismo de la transmisión de la propiedad a la institución fiduciaria, y no le queda acción alguna por ejercitar si no se reservó el derecho de revocar el acto que el mismo dio origen.

Es evidente que la propia ley pretende tutelar los derechos que ha adquirido el fideicomisario, por la constitución del fideicomiso, pero también es cierto que si el fideicomitente tiene la obligación de transmitir la propiedad de los bienes para lograr el fin pacta será necesario proteger sus intereses en la medida de que no se le afecte en su patrimonio cuando resulte alguna causa grave que de motivos para revocar el fideicomiso cuando éste no se haya reservado tal facultad.

Otra de las obligaciones del fideicomitente será el pago de los honorarios pactados a la institución fiduciaria, que en la actualidad normalmente se pacta un porcentaje del valor total de la operación, pudiendo pactar el pago de la forma y términos que se considere pertinente; también cabe la opción de que los

mismos sean pagados por el fideicomisario, pero esto dependerá de los términos del contrato y de las condiciones a que esté sujeto el mismo.

5.1.2. DE LA INSTITUCIÓN FIDUCIARIA

Menciona el maestro Cervantes Ahumada que el fiduciario “es la persona a quien se encomienda la realización del fin establecido en el acto constitutivo del fideicomiso y se atribuye la titularidad de los bienes fideicometidos, debe ser un banco debidamente autorizado para actuar como fiduciario.”⁷¹, Por su parte el maestro Rafael de Pina considera que “el fiduciario es la persona encargada por el fideicomitente de realizar el fin del fideicomiso. El fiduciario se convierte en titular del patrimonio constituido por los bienes o derechos destinados a la realización de tal finalidad.”⁷². Por otro lado en la LGTOC en el artículo 385 se plasma que “sólo pueden ser instituciones fiduciarias las expresamente autorizadas para ello conforme a la Ley” y para el caso no se manifiesta en forma expresa que Ley será la encargada de autorizar a dichas instituciones por lo que realizando una búsqueda en la Ley de Instituciones de Crédito se encuentra el fundamento legal de dichas instituciones en el artículo

⁷¹ OP. CIT. 59, PÁG. 298.

⁷² OP. CIT. 56, PÁG. 306.

46 fracción XV, en la que se expresa que las instituciones de crédito son las que están autorizadas para fungir como fiduciarias en los fideicomisos, de aquí se desprende que las instituciones de Crédito son la Instituciones de Banca Múltiple y las Instituciones de Banca de Desarrollo, estableciendo en sus artículos 9º. Y 30º. Respectivamente y en el mismo orden, por una lado la instituciones de Banca Múltiple serán aquellas sociedades anónimas de capital fijo, organizadas de conformidad con las disposiciones de la Ley General de Sociedades Mercantiles y las Instituciones de Banca de Desarrollo son las entidades de la Administración Pública Federal con personalidad Jurídica y patrimonio propios, constituidas con el carácter de sociedades nacionales de crédito.

De lo anterior se puede desprender la complementación de lo citado en la LGTOC en su artículo 385, y podemos saber a ciencia cierta las instituciones que pueden fungir como instituciones fiduciarias y para el caso se precisa que es otro elemento esencial del fideicomiso, ya que si la institución fiduciaria no acepta el cargo no puede ser posible el perfeccionamiento del contrato en comento, de aquí la importancia de la fiduciaria, porque si lo realiza alguna otra institución que no este autorizada por la Ley o no reúna los requisitos que para tal efecto se establecen el fideicomiso sería nulo.

Por otro lado en el caso de los fideicomisos en garantía las sociedades que pueden fungir como fiduciarias son precisas en el artículo 395 de la LGTOC, solo en el caso de que se tenga como fin garantizar al fideicomisario el cumplimiento de una obligación y su preferencia en el pago, entre las que encontramos:

- I. Instituciones de Crédito;
- II. Instituciones de Seguros;
- III. Instituciones de Fianzas;
- IV. Casas de bolsa;
- V. Sociedades financieras de objeto limitado; y
- VI. Almacenes generales de depósito.

En este tipo de fideicomisos las reglamentaciones a que estarán sujetas las instituciones fiduciarias serán las establecidas en el artículo 85 Bis de la Ley de Instituciones de Crédito.

5.1.2.1. DE LAS OBLIGACIONES DE LA INSTITUCIÓN FIDUCIARIA.

Dentro de las obligaciones que se desprenden de la propia Ley encontramos las siguientes:

*Cumplir fiel y exactamente con el fin pactado en el acto creador del fideicomiso con el fideicomitente, o como dicen algunos tratadistas como buen padre de familia , observándolo desde el punto de vista armónico y responsable.

*Cumplir con las funciones que se le designan, en caso de que fueran varias las instituciones fiduciarias designadas, estando al pie de la letra del contrato de conformidad con las limitantes y facultades que se le designen.

*Cuando las facultades no estén tan precisas o cuando en el desarrollo de la función se presenten situaciones que puedan poner en riesgo el fin encomendado será necesario que se consulte con el fideicomisario, o con el comité técnico en su caso para que en forma conjunta se resuelva la interrogante en que se encuentra el fideicomiso.

*Deberá realizar su función con apego a lo pactado en el contrato, observando en todo momento lo establecido por las leyes o reglamentos que rijan al momento de la realización del fin, además de dirigirse con pericia en el negocio para el efecto de proporcionar la seguridad jurídica requerida esto con base en una adecuada atención al fideicomiso mismo, dejando una satisfacción al fideicomitente y al fideicomisario.

*La institución fiduciaria deberá registrar contablemente los bienes transmitidos por el fideicomitente y mantenerlos en forma separada de sus activos de libre disponibilidad, por tal motivo debe abrir una contabilidad por cada uno de los fideicomisos encomendados, registrando los bienes y dinero que se aportaron para la realización del fin del fideicomiso.

*Deberá rendir cuentas dentro del término pactado en el acto constitutivo, manifestando las gestiones realizadas para el fiel cumplimiento de su encargo.

*Si al término del fideicomiso resultaren remanentes éstos deberán ser devueltos al fideicomitente o fideicomisario o en su defecto a los herederos del fideicomitente, según se haya pactado en el contrato mismo.

*Ejercitar las acciones derivadas del fideicomiso, encaminadas en todo momento al cumplimiento del fin encomendado por el fideicomitente, esto engloba la defensa en contra de terceras personas que pretendan afectar los bienes dados en fideicomiso, facultad otorgada en el contrato celebrado.

De las obligaciones antes mencionadas se puede desprender que la institución fiduciaria es la encargada de la administración del fideicomiso, razón por la cual considero que la ley es precisa en manifestar que solo las instituciones de crédito son las apropiadas para realizar los fines, esto debido a su amplia infraestructura, tanto monetaria como técnica, así como su amplia gama de servicios que puede prestar a los usuarios, y además de que no cualquier sociedad mercantil puede reunir los requisitos que la ley exige para formar parte de las instituciones de crédito a que hace mención la Ley de instituciones de Crédito.

5.1.2.2. DE LAS PROHIBICIONES DE LA INSTITUCIÓN FIDUCIARIA.

Dentro de las prohibiciones de la institución fiduciaria hablaremos de las establecida en la Ley General de Títulos y Operaciones de Crédito y en la Ley de Instituciones de Crédito, entre las que encontramos:

*La institución fiduciaria no podrá excusarse o renunciar su cargo sino por causas graves a juicio de un juez de primera instancia del lugar de su domicilio. (art. 391 LGTOC).

*Será responsable de las pérdidas o menoscabos que los bienes sufran por su culpa. (art. 391 LGTOC), ya sea por su negligencia o impericia en la conducción del fideicomiso, ya que su designación se da precisamente por ser una sociedad mercantil capaz de administrar el negocio con la mas alta atención y cuidado.

*Por ningún motivo podrá utilizar las cosas fideicometidas para fines diversos de los que expresamente se destinaron en el acto constitutivo.

*No puede celebrar fideicomisos en los que se pacten condiciones y términos que se aparten significativamente de las condiciones prevalecientes en el mercado en la fecha de la celebración del contrato, de las políticas generales

del banco y de las sanas prácticas y usos bancarios (art. 106, fracc. V LIC). En el supuesto de realizar lo contrario a lo antes mencionado el fideicomiso resultaría ilícito y no sería actualizable el requisito de validez que establece la LGTOC en su artículo 381.

*No puede utilizar los dineros o valores que se le transmitan con el fin de otorgar créditos, para realizar operaciones de las que puedan resultar deudores sus delegados fiduciarios; sus miembros del consejo de administración o directivos; sus empleados y funcionarios; sus auditores externos; los miembros del comité técnico; o los ascendientes o descendientes en primer grado, los cónyuges o las sociedades en cuyas asambleas tengan mayoría las personas citadas (art. 106, XIX c) LIC).

*No se puede obligar a responder ante los funcionarios por las consecuencias de los siguientes asuntos: 1) por el incumplimiento de los deudores de los créditos que conceda; 2) por el incumplimiento de los emisores de los títulos que adquiera; 3) tampoco puede garantizar el rendimiento de los fondos que se le hayan confiado en fideicomisos de inversión (art. 106, XIX b) LIC); la única excepción, y entonces responderá, es la negligencia y la culpa grave.

*No puede celebrarse fideicomisos en los que el objeto sean fincas rústicas, con excepción de los fideicomisos con fines testamentarios; los de garantía en los que la finca sea la garantía, y los traslativos de dominio por pago en los que el objeto de la dación sea, una vez más, la finca. En cualquiera de estos tres casos, la administración no puede exceder de dos años (art. XIX d) LIC).

La institución fiduciaria no podrá ser fideicomisaria en los fideicomisos en los que funja como fiduciaria, valga la expresión, excepto en los fideicomisos que tengan por fin servir como instrumentos de pago de obligaciones incumplidas, en el caso de créditos otorgados por la propia institución para la realización de actividades empresariales. En este supuesto, las partes deberán convenir los términos y condiciones para dirimir posibles conflictos de intereses. (art. 382 LGTOC).

5.1.3. DEL FIDEICOMISARIO.

“Es fideicomisario la persona que tiene derecho a recibir los beneficios del fideicomiso. Puede serlo el mismo fideicomitente; pero ya indicamos que no

puede ser el fiduciario.”⁷³, Esto en palabras del maestro Cervantes Ahumada, por su parte el maestro Felipe Dávalos menciona “una persona que tenga plena capacidad para contratar mercantilmente, si no tiene la habilidad jurídica para ejercer los derechos inherentes al beneficio que conlleva el cumplimiento del fideicomiso, no puede ser fideicomisario.”⁷⁴, Definición que efectivamente es muy similar a la que establece la LGTOC en su artículo 382 que a la letra dice “Pueden ser fideicomisarios las personas que tengan la capacidad necesaria para recibir el provecho que el fideicomiso implica”, terminología que resulta muy general por lo que el maestro Oscar Vázquez en su obra titulada contratos mercantiles cita “Disposición ésta sumamente ambigua, puesto que la determinación de la capacidad necesaria es puramente de carácter subjetivo. Sin embargo, consideramos que esta expresión debe entenderse en el sentido de que el fideicomisario debe ser persona que, de conformidad con la ley, sea sujeto de derecho con capacidad de goce y ejercicio o simplemente con capacidad de goce, o sea, aquella persona a quien la ley no le prohíbe ser fideicomisario.”⁷⁵, Si se tomara en esa tesitura se dejarían fuera a los incapaces o menores de edad, porque es claro que la ley en su artículo antes citado no especifica en forma clara los sujetos que pueden ser fideicomisarios, mas bien en forma muy genérica menciona ...las personas que tengan la capacidad necesaria..., no

⁷³ OP. CIT. 59, PÁG. 300.

⁷⁴ OP. CIT. 57, PÁG. 903.

⁷⁵ OP. CIT. 55, PÁG. 493 Y 494.

dejando lugar en forma muy tajante a la intervención de algún tutor o representante legal, del incapaz, pero por otro lado en el artículo 390 en su segundo párrafo de la LGTOC, abre la puerta para que se ejerzan los derechos o acciones para que se cumpla el fin del fideicomiso, ...al que ejerza la patria potestad, al tutor o al Ministerio Público... entonces quiere decir que si podrán ser fideicomisarios los incapaces, en todo momento, así como cualquier persona que tenga capacidad de goce.

Por otro lado, como hemos venido desarrollando el presente tema no hemos percatado que el fideicomisario no es un elemento primordial para la constitución del fideicomiso, ya que primeramente puede o no haber persona determinada como fideicomisario, ya que puede ser nombrado con posterioridad de haber realizado el contrato, esto es, que el fideicomiso se perfecciona por un lado con la manifestación unilateral del fideicomitente de ser su deseo de constituir el fideicomiso, en un segundo tiempo con la aceptación de la institución fiduciaria de administrar y poseer la titularidad de los bienes para el logro de un fin lícito y determinado, y finalmente con el acuerdo bilateral de voluntades para establecer las bases y lineamientos en los que será regido el fideicomiso mismo, perfeccionándose en ese momento el contrato, sin importar

en ese momento el señalamiento del fideicomisario ya que como la misma LGTOC establece que puede constituirse en un acto posterior a la constitución.

Pero finalmente considero que este elemento personal del fideicomiso es necesario en algunas ocasiones debido a que es el único sujeto que puede exigir de la fiduciaria el cumplimiento cabal de sus obligaciones para cumplir eficazmente el fin para el cual se creo el fideicomiso, como mencionaré en lo sucesivo, ya que si por un lado el fideicomisario a transmitido la propiedad de los bienes dados en fideicomiso, el actual titular de esos derechos será la institución fiduciaria, pero como directo perjudicado en caso de no lograrse los fines o beneficios del contrato serás el fideicomisario en algunos casos, por ende es el elemento final que se necesita para la culminación del fideicomiso en forma eficaz.

5.1.3.1. DE LOS DERECHOS Y OBLIGACIONES DEL FIDEICOMISARIO.

Los derechos del fideicomisario pueden ser muy pocos pero en esencia considero que son muy importante para que el fideicomiso culmine en buenos

términos, por los que enumero los siguientes Derechos o facultades del fideicomisario en los siguientes términos:

Exigir el cumplimiento del fideicomiso a la institución fiduciaria: esto en razón de que como persona que se beneficia directamente con la constitución del fideicomiso es la primera perjudicada si éste no se cumple, en ese tenor el fideicomisario puede exigir ya sea judicial o extrajudicialmente el cumplimiento, ya sea que no se esté beneficiando satisfactoriamente del fideicomiso y sea que se hayan encontrado anomalías en el manejo de los recursos o bienes que se transmitieron por el fideicomitente.

Atacar la validez de los actos que dicha institución cometa en su perjuicio, de mala fe o en exceso de las facultades que por virtud del acto constitutivo o de la ley le correspondan: ya que como se ha mencionado la institución fiduciaria debe comunicar al fideicomisario los movimientos que ésta realiza o en su caso prevenirlo de alguna situación que se haya presentado al momento de realizar los actos encaminados al desempeño de sus funciones.

Ejercitar las acciones necesarias para reivindicar los bienes que por los actos de la institución fiduciaria hayan salido del patrimonio del fideicomiso, ya

que el titular de los derechos reales lo es la institución fiduciaria, y como hemos observado en la tesis jurisprudencial antes transcrita solo el legítimo propietario de los bienes puede reivindicar los mismos, pero en este caso el fiduciaria debe actuar en ejercicio de sus facultades de persecución de la cosa, ya que solo tiene un derecho personal con el fiduciario, y por ende debe realizar las acciones encaminadas a reivindicar el bien a la institución fiduciaria, claro es que en su carácter de beneficiario directo del fideicomiso y como tercero perjudicado por la extracción del bien que forma parte del patrimonio autónomo e independiente que forma parte del fideicomiso; pudiendo en lo posterior solicitar la sustitución de la institución fiduciaria por lo inexperta o imprudente que haya sido o incluso pedir la entrega del bien.

En general tiene derecho a que se le consulte cualquier cambio o modificación que se le pueda realizar al contrato del fideicomiso, aunque considero que estas modificaciones son primordialmente propuestas por el fideicomitente, que es el sujeto creador del fideicomiso y el que decide transmitir parte de sus bienes para la realización de un fin en el cual se beneficiaría el fideicomisario, si éste no acepta dichas modificaciones no serán posibles realizarlas; ahora bien, aún y cuando el fideicomitente y el fideicomisario solo tengan una obligación de tipo personal con respecto del

fideicomiso, y por su parte la institución fiduciaria sea la que ejerza directamente el derecho personal sobre el bien fideicometido, las modificaciones deberán realizar si hay convenio entre estos tres sujetos.

Prácticamente el fiduciario no tiene obligaciones que se encuentren en forma expresa en la Ley, mas bien serán aquellas que se adquieran al momento de realizar el acto constitutivo del fideicomiso, y serán las que plasme el fideicomitente, pudiendo ser estas suspensivas o resolutivas según sea la naturaleza del contrato.

CONCLUSIONES

Con la presente investigación se pudo estudiar que el fideicomiso es muy amplio en cuanto a su aplicación práctica, esto debido a que puede ser utilizado para cada una de las diversas situaciones de hecho en que se encuentren los sujetos de derecho, esto porque puede ser constituido para lograr un fin específico; aunque en la teoría algunos de los tratadistas de esta materia rebuscan en demasía el tema y lo plasman muy complejo y costoso, en la realidad puedo manifestar que sería muy útil su aplicación en nuestra vida cotidiana.

Si bien es cierto el fideicomiso se encuentra regulado en nuestro sistema Jurídico Mexicano, en específico en la LGTOC; pero también es cierto, a mi punto de vista, que existe un gran laguna en el tema, ya que por un lado, como se estudió en la presente investigación es cierto que el Fideicomitente al transmitir la propiedad a la Fiduciaria para que cumpla con el fin específico del fideicomiso, quedan extintos los derechos reales que ejercía con respecto de la cosa que era de su propiedad, y considero que la LGTOC, por ese simple hecho deja en estado de indefensión al fideicomitente, ya que como se plasma en la misma Ley éste no puede revocar el acto jurídico del fideicomiso si no se ha reservado dicho derecho, por otro lado faculta en forma exclusiva al fideicomisario para ejercitar las acciones en contra de la fiduciaria, encaminadas al cumplimiento del fin del fideicomiso, justificando dicha facultad, considero, en el hecho de que es el beneficiario directo del fideicomiso, pero para el caso de no existir fideicomisario, dichas acciones quedan en el aire, ya que el fideicomitente no las podrá ejercitar en ningún momento,

esto por la razón de que la Ley no le otorga dichas facultades; ahora bien, si el fideicomitente es el sujeto creador del acto jurídico, esto debido a que exterioriza su voluntad y pretende realizar un fin determinado, mismo que encomienda a la institución fiduciaria, y que además desprende parte de su patrimonio para lograr el fin del fideicomiso transmitiéndole la propiedad de determinado bien a la fiduciaria, para que ésta la ingrese en su patrimonio como activos de libre disposición y así cumplir su tarea encomendada con mayor facilidad, claro es que en ese momento se desprende de los derechos reales que tiene el fideicomitente con respecto de la cosa, cierto es que existe un derecho personal con respecto de las partes que intervienen en el fideicomiso, esto es; con la Fiduciaria, el Fideicomisario e incluso con el fideicomiso mismo; dicho derecho no es contemplado por la Ley, ya que como mencione en supralineas no se le otorgan facultades en la ley tan extensas como al fideicomisario, esto por no tomar en cuenta que el fideicomitente tiene una acción persecutoria con respecto de los bienes dados en fideicomiso, derivada precisamente de los derechos personales que lo unen al fideicomiso, razón por la cual considero que se deben ampliar las facultades del fideicomitente en la propia Ley, como por ejemplo otorgarle las acciones encaminadas al cumplimiento del fin para el cual se constituyó el fideicomiso, además de las acciones encaminadas a culminar el contrato del fideicomiso por Resolución como forma de terminación de los contratos, cuando éste sea imposible por ejemplo por el hecho de que el objeto transmitido sea insuficiente o muy gravoso en su peculio para continuar con el mismo; en estos dos supuestos, tendría legitimación el fideicomitente para ejercitar las acciones antes mencionadas por el hecho mismo de tener un interés directo en el fideicomiso por los derechos personales que se conservan.

BIBLIOGRAFIA

ACOSTA ROMERO MIGUEL Y OTRO, NUEVO DERECHO MERCANTIL, 1ª. Edición, Editorial Porrúa, México, 2000, p.p. 576.

BONNECASE, JULIEN, TRATADO ELEMENTAL DE DERECHO CIVIL, TOMO 1, 3ª. Edición, Editorial Harla, México 1997, p.p. 1048.

BORJA SORIANO MANUEL, TEORIA GENERAL DE LAS OBLIGACIONES, TOMO II, 1ª. Edición, Editorial Porrúa, México 1944, p.p. 506.

CERVANTES AHUMADA RAUL, TITULOS Y OPERACIONES DE CREDITO, 14ª. Edición, Editorial Herrero, S.A., México 1988, p.p. 485.

DAVALOS MEJIA CARLOS FELIPE, DERECHO BANCARIO Y CONTRATOS DE CREDITO, TOMO II, 2ª. Edición, Editorial Oxford, México, 1992, p.p. 1015

DE PINA VARA RAFAEL. DERECHO MERCANTIL MEXICANO. 21ª Edición. Editorial Porrúa. México. 1990. p.p. 477.

DIAZ BRAVO ARTURO, CONTRATOS MERCANTILES, 1ª. Edición Editorial Harla, México 1982, p.p. 253.

GARCIA MAYNEZ EDUARDO, INTRODUCCION AL ESTUDIO DEL DERECHO, 39ª. Edición, Editorial Porrúa, México 1988, p.p. 444.

G. MARTY, TEORIA GENERAL DE LAS OBLIGACIONES VOL. I Y II, 1ª. Edición, Editorial José M. Cajica Jr, México 1952 p.p. 415.

GUTIERREZ Y GONZALEZ ERNESTO, DERECHO DE LAS OBLIGACIONES, 15ª. Edición, Editorial Porrúa, México 2003, p.p. 1237.

LOZANO NORIEGA FRANCISCO, CONTRATOS, 2ª. Edición. Editorial. Luz, México 1970, p.p. 829.

MANTILLA MOLINA J. ROBERTO. DERECHO MERCANTIL. 2ª edición. Editorial Porrúa. México. 1999. p.p. 429

MUÑOZ LUIS. DERECHO CIVIL MEXICANO TOMO III. 1ª. Edición Editorial Modelo, México 1971, p.p. 559.

MUÑOZ LUIS. OBLIGACIONES Y CONTRATOS, LOS CONTRATOS EN PARTICULAR. 1ª. Edición. Editorial Modelo, México 1971, p.p. 516.

PALLARES EDUARDO. FORMULARIO Y JURISPRUDENCIA DE LOS JUICIOS MERCANTILES. 10ª Edición, Editorial Porrúa. México. 1994. p.p. 525.

PEÑALOZA DAVID, EL FIDEICOMISO PUBLICO MEXICANO, 1ª. Edición. Editorial. Cajica, México, 1983, p.p. 270.

PLANIOL MARCEL, TRATADO ELEMENTAL DE DERECHO CIVIL, TOMO I, 3, BIENES, 1ª. Edición, Editorial. Cajica, México, 1983, p.p. 572.

PLANIOL MARCEL Y OTRO, DERECHO CIVIL, TOMO 8, 3ª. Edición, Editorial Harla, México, 1997, p.p. 1563.

RODRIGUEZ RODRIGUEZ JOAQUIN. DERECHO MERCANTIL TOMO II, 1ª. Edición, Editorial. Porrúa. México. 1999. p.p.690.

ROJINA VILLEGAS RAFAEL. COMPENDIO DE DERECHO CIVIL I. INTRODUCCION, PERSONAS Y FAMILIA, 22ª edición. Editorial. Porrúa. México, 1988. p.p. 537.

ROJINA VILLEGAS RAFAEL. COMPENDIO DE DERECHO CIVIL II. BIENES, DERECHOS REALES Y SUCESIONES, 30ª edición. Editorial. Porrúa. México, 1999. p.p. 505.

ROJINA VILLEGAS RAFAEL. COMPENDIO DE DERECHO CIVIL III. TEORIA GENERAL DE LAS OBLIGACIONES, 22ª edición. Editorial. Porrúa México, 1999. p.p. 543.

ROJINA VILLEGAS RAFAEL. COMPENDIO DE DERECHO CIVIL IV. CONTRATOS, 27ª Edición. Editorial. Porrúa. México, 2001. p.p. 547.

ROMERO I. JOSÉ, MANUAL DE DERECHO COMERCIAL, PARTE GENERAL, 1ª. Edición. Editorial. Palma, Argentina 1996, p.p. 434.

SANCHEZ MARTINEZ FRANCISCO. FORMULARIO DE DERECHO MERCANTIL Y JURISPRUDENCIA. 1ª. Edición, Editorial. Porrúa. México. 1998. p.p.458

TENA DE J. FELIPE. DERECHO MERCANTIL MEXICANO. 1ª. Edición, Editorial. Porrúa. México. 1990.p.p. 620

VAZQUEZ DEL MERCADO OSCAR. CONTRATOS MERCANTILES. 1ª. Edición Editorial. Porrúa. México.1997.p.p. 380.

LEGISLACIÓN

GUANAJUATO, Código Civil Sustantivo.

ESTADOS UNIDOS MEXICANOS, Código de Comercio.

ESTADOS UNIDOS MEXICANOS, Código Civil Sustantivo.

ESTADOS UNIDOS MEXICANOS, Ley General de Títulos y Operaciones de Crédito.

ESTADOS UNIDOS MEXICANOS, Ley de Instituciones de Crédito.

OTRAS FUENTES

GRAN DICCIONARIO ENCICLOPEDICO VISUAL. Programa Educativo Visual, Colombia 1991.

OSSORIO MANUEL, DICCIONARIO DE CIENCIAS JURIDICAS, POLITICAS Y SOCIALES, 1ª. Edición, Editorial Heliasta S.R.L., México 1978, p.p. 797.

PALOMAR DE MIGUEL JUAN DICCIONARIO PARA JURISTAS, 1ª. Edición, Editorial Mayo, México, 1981. p.p. 1439.