

273  
203



UNIVERSIDAD NACIONAL AUTONOMA  
DE MEXICO

ESCUELA NACIONAL DE ESTUDIOS PROFESIONALES  
ACATLAN

TESIS CON  
FALLA DE ORIGEN

ALGUNAS CONSIDERACIONES JURIDICAS ACERCA  
DE LAS FORMAS DE CONSTITUCION DEL  
FIDEICOMISO MEXICANO

T E S I S

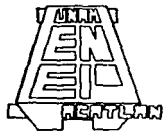
PARA OPTAR POR EL TITULO DE:

LICENCIADO EN DERECHO

P R E S E N T A :

JORGE MANUEL SANCHEZ GUERRERO

ASESOR: MA. GUADALUPE MELESIO DE LEON



México, D.F.

1994



Universidad Nacional  
Autónoma de México



## **UNAM – Dirección General de Bibliotecas Tesis Digitales Restricciones de uso**

### **DERECHOS RESERVADOS © PROHIBIDA SU REPRODUCCIÓN TOTAL O PARCIAL**

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

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

**A MIS PADRES:**

**CRISPIN Y GUADALUPE,  
POR TODO, Y ESPECIALMENTE,  
POR EL EJEMPLO QUE SIEMPRE  
ME HAN DADO.**

**A MIS HIJAS:**

**STEPHANIE Y REBECA  
POR EL ORGULLO Y LA ALEGRIA  
QUE ME HAN DADO.**

**A MI ESPOSA AMELIA:**

**POR SU AMOR Y COMPRESION.**

**A MI HERMANA BEATRIZ:**

**POR SU CARIÑO.**

**A MI TIO JULIO:**

**POR SU EJEMPLO Y CARIÑO.**

**CON PROFUNDO RESPETO Y ADMIRACION  
A MI ASESOR LICENCIADA  
MA.GUADALUPE MELESIO DE LEON:**

**POR TODO EL APOYO Y CONFIANZA  
QUE DEPOSITO EN MI**

**A TODOS MIS AMIGOS, ESPECIALMENTE  
A JESUS RICARDO, NICOLAS, RAUL Y  
OCTAVIO:**

**POR LOS MOMENTOS FELICES QUE  
HEMOS COMPARTIDO**

**ALGUNAS CONSIDERACIONES  
JURIDICAS**

**ACERCA DE LAS FORMAS DE**

**CONSTITUCION DEL FIDEICOMISO  
MEXICANO**

## **INDICE**

## I N D I C E

### INTRODUCCION.

### CAPITULO I.

ANTECEDENTES HISTORICOS: DERECHOS ROMANO, GERMANICO Y ANGLOSAJON.	2
1. EN EL DERECHO ROMANO.	2
A) La Fiducia.	3
a1) Fiducia Cum Creditore.	3
b) Fiducia Cum Amico.	4
B. El Fideicommissum.	5
a) Constitucion del Fideicommissum Romano.	6
a1) La Bona Fides.	7
a2) El Testamento.	7
a3) El Codicilo.	8
b) Fórmulas Sacramentales.	9
c) Cumplimiento del Fideicommissum.	9
2. EN EL DERECHO GERMANICO.	10
A. La Prenda Inmobiliaria.	10
B. El Manusfidelis.	11
C. El Salman o Truehand.	12
3. EN EL DERECHO ANGLOSAJON: INGLATERRA Y ESTADOS UNIDOS DE AMERICA.	12
A. Common Law y Equity.	13
B. El Use.	14
a) Semblanza acerca del use.	15
b) Teorias acerca del origen del Use.	17
b1) Romana.	17
b2) Germánica.	17
b3) Aborigen.	18
b4) Indeterminada.	18
c) Obligatoriedad y evolución de los uses.	18
C. El Trust.	20
a) Definiciones del Trust.	21



b)	Naturaleza Juridica del Trust.	24
----	--------------------------------	----

## CAPITULO II.

	EVOLUCION HISTORICA DEL FIDEICOMISO EN LA LEGISLACION MEXICANA.	27
1.	EN EL SIGLO XIX.	28
2.	PROYECTO LIMMANTOUR.	29
3.	DOCTOR RICARDO J. ALFARO.	32
4.	PROYECTO CREEL.	33
5.	LEY GENERAL DE INSTITUCIONES DE CREDITO Y ESTABLECIMIENTOS BANCARIOS DE 24 DE DICIEMBRE DE 1924.	34
6.	PROYECTO VERA ESTAMOL.	35
7.	LEY DE BANCOS DE FIDEICOMISO DE 30 DE JUNIO DE 1926.	36
8.	LEY GENERAL DE INSTITUCIONES DE CREDITO Y ESTABLECIMIENTOS BANCARIOS DE 31 DE AGOSTO DE 1926.	38
9.	LEY GENERAL DE INSTITUCIONES DE CREDITO DE 28 DE JUNIO DE 1932.	38
10.	LEY GENERAL DE TITULOS Y OPERACIONES DE CREDITO DE 1932.	39
11.	LEY GENERAL DE INSTITUCIONES DE CREDITO Y ORGANIZACIONES AUXILIARES DE 3 DE MAYO DE 1941.	44
12.	LEY REGLAMENTARIA DEL SERVICIO PUBLICO DE BANCA Y CREDITO DE 31 DE DICIEMBRE DE 1982.	45
13.	LEY REGLAMENTARIA DEL SERVICIO PUBLICO DE BANCA Y CREDITO DE 27 DE DICIEMBRE DE 1984.	46
14.	LEY DE INSTITUCIONES DE CREDITO DE 14 DE JULIO DE 1990.	47

## CAPITULO III.

	CONCEPTO Y NATURALEZA JURIDICA DEL FIDEICOMISO.	49
--	---	----

1.	TEORIAS QUE EXPLICAN LA NATURALEZA JURIDICA DEL FIDEICOMISO.	51
A.	Teoría del Fideicomiso como Mandato: Teoría del Doctor Ricardo J. Alfaro.	51
B.	Teoría del Fideicomiso como Patrimonio Afectación, o Teoría del Fideicomiso como Patrimonio sin Titular.	53
C.	Teoría del Fideicomiso como una Transmisión de Derechos de los que es Titular el Fiduciario.	58
D.	Teoría del Desdoblamiento del Derecho de Propiedad.	62
E.	Teoría del Fideicomiso como Acto Unilateral de Voluntad.	64
F.	Teoría del Fideicomiso como Negocio Fiduciario.	67
G.	Teoría del Fideicomiso como Negocio Indirecto.	71
H.	Teoría del Fideicomiso como Operación Bancaria y Acto de Comercio.	72
I.	Teoría del Fideicomiso como un Contrato Sinalagmático Perfecto.	73
2.	DEFINICION DEL FIDEICOMISO.	75

#### CAPITULO IV.

	RELACION FIDUCIARIA.	80
1.	ESTRUCTURA DEL FIDEICOMISO.	81
2.	ELEMENTOS PERSONALES.	82
A.	Fideicomitente.	83
B.	Fiduciario.	86
a)	Nuestro Sistema Jurídico.	86
b)	Generalidad.	88
c)	Excepciones.	90
d)	Conveniencia de que el Fiduciario sea una Institución de Crédito.	93
C.	Fideicomisario.	94
a)	Generalidad.	96

b)	Excepción.	97
3.	DERECHOS Y OBLIGACIONES DE LAS PARTES.	98
A.	Derechos y Obligaciones del Fideicomitente.	98
B.	Derechos y Obligaciones del Fiduciario.	100
C.	Derechos y Obligaciones del Fideicomisario.	101
a)	Derecho del Fideicomisario a Reivindicar los bienes que han salido del Patrimonio del Fideicomiso.	103
4.	PATRIMONIO.	105
5.	FINES DEL FIDEICOMISO.	106
6.	EFFECTOS DEL FIDEICOMISO.	106
7.	LA PROPIEDAD FIDUCIARIA.	108
A.	Antecedentes de la Propiedad Fiduciaria en el Derecho Anglosajón.	109
B.	Regulación Legal.	110
C.	Interpretación Judicial.	111

#### CAPITULO V.

	FORMAS DE CONSTITUCION DEL FIDEICOMISO.	122
1.	LA CONSTITUCION DEL FIDEICOMISO.	122
2.	FORMAS DE CONSTITUCION DEL TRUST ANGLAMERICANO.	124
3.	CONSTITUCION DEL FIDEICOMISO CONFORME A LO ESTABLECIDO EN LA LEY GENERAL DE TITULOS Y OPERACIONES DE CREDITO.	128
A.	Consideraciones Generales.	128
a)	Acto Entre Vivos.	130
a1)	Declaración Unilateral de Voluntad.	133
a1.1)	Estipulación en Favor de Tercero.	136
a2)	Contrato.	138
b)	Testamento.	138
b1)	Clases de Testamento.	139
b2)	Características Jurídicas del Testamento.	141
c)	Fideicomisos Testamentarios.	143
c1)	Evolución y Utilización del Fideicomiso Testamentario.	144
c2)	Características del Fideicomiso Testamentario.	146

c3)	Alternativas.	150
-----	---------------	-----

## CAPITULO VI.

	EL FIDEICOMISO COMO CONTRATO.	153
--	-------------------------------	-----

1.	CONSIDERACIONES GENERALES RESPECTO AL CONTRATO.	154
----	---	-----

A.	Clases de contratos.	155
----	----------------------	-----

a)	Ubicación del Fideicomiso Como Contrato en Función de las Clases de Contratos.	157
----	--	-----

B.	Elementos de existencia del contrato.	159
----	---------------------------------------	-----

a)	El Consentimiento.	159
----	--------------------	-----

a1)	Propuesta, Oferta o Policitación.	160
-----	-----------------------------------	-----

a2)	Aceptación.	161
-----	-------------	-----

a3)	Perfeccionamiento del consentimiento.	161
-----	---------------------------------------	-----

b)	El Objeto.	165
----	------------	-----

b1)	Objeto: Prestación de Cosas.	166
-----	------------------------------	-----

b2)	Objeto: Prestación de Hechos.	167
-----	-------------------------------	-----

b3)	Objeto: Abstención de Hechos.	167
-----	-------------------------------	-----

b4)	Generalidades sobre el objeto en relación al Fideicomiso.	167
-----	---	-----

c)	Solemnidad.	169
----	-------------	-----

C.	Requisitos de Validez del Contrato.	169
----	-------------------------------------	-----

a)	Capacidad de las Partes.	170
----	--------------------------	-----

b)	Voluntad o Voluntades Libres de Vicios.	171
----	---	-----

b1)	El Error: Concepto y Clases.	172
-----	------------------------------	-----

c)	Objeto, Motivo o Fin Lícito.	173
----	------------------------------	-----

c1)	Prohibiciones contenidas en la Ley General de Títulos y Operaciones de Crédito.	174
-----	---	-----

c2)	Prohibiciones contenidas en la Ley de Instituciones de Crédito.	175
-----	---	-----

c3)	Otros Ordenamientos Legales que Contienen Limitantes o Reglas que se deben seguir en relación a la Constitución de Fideicomisos.	178
-----	--	-----

d)	Cumplir con la Forma que establece la ley.	179
----	--	-----

d1)	Consensualismo y Formulismo.	180
-----	------------------------------	-----

d2)	La Forma en relación al fideicomiso.	182
-----	--------------------------------------	-----

	CONSIDERACIONES FINALES.	186
--	--------------------------	-----

	BIBLIOGRAFIA	189
--	--------------	-----

## **INTRODUCCION**

## INTRODUCCION.

La presente tesis pretende satisfacer los requisitos de orden académico que impone nuestra alma mater para obtener el grado de Licenciado en Derecho, cumpliendo el anhelo mas grande que puede tener todo estudiante.

El motivo del presente trabajo de tesis, es el analizar uno de los aspectos fundamentales de una figura propia de nuestro ordenamiento jurídico, el Fideicomiso, centrándonos en el estudio y crítica de las formas que conforme a la legislación mexicana se utilizan para constituirlo, y demostrar la necesidad de que se realicen modificaciones a las estipulaciones referentes a sus formas de constitución, establecidas en la Ley General de Títulos y Operaciones de Crédito, que se encuentran en vigor desde hace sesenta años, buscando tener más claridad y efectividad en su funcionamiento.

Esta figura estuvo inspirada en su origen, en el Trust Norteamericano, figura jurídica utilizada en Inglaterra, Estados Unidos de América y otros países anglosajones, en la realización de diversas actividades; sin embargo, es necesario reconocer que al estar fundamentada nuestra legislación, en principios emanados del Derecho Romano, las figuras reguladas por éste, también contribuyeron a la configuración y desarrollo de nuestro fideicomiso.

Desde que apareció en nuestra legislación, esta figura ha sido utilizada cada día más, lo que ha propiciado su desarrollo y evolución, por ser un instrumento jurídico sumamente moldeable y versátil.

En su evolución, ha llegado a ser un satisfactor de diversos requerimientos de nuestra vida económica y social, que se ha convertido en un instrumento que ha contribuido a la realización de diversas actividades, como han sido el lograr una completa planeación patrimonial familiar, otorgar beneficios de índole social a los trabajadores, garantizar el cumplimiento de obligaciones, coadyuvar en la realización de desarrollos inmobiliarios, ya sea turísticos, comerciales o habitacionales, realizar operaciones de infraestructura, en las que exista coinversión entre los sectores público y privado de nuestro país, etc.

Este rápido desarrollo que ha tenido, puesto que apareció en nuestra vida jurídica apenas hace casi setenta años, le ha permitido tener características propias, diferenciándolo cada vez

más de sus antecesores.

Sin embargo, resulta paradójico que en una figura jurídica, dinámica y versátil, que ha evolucionado tanto en pocos años, las disposiciones legales que lo regulan sean arcaicas, obsoletas y en algunos casos imprácticas, puesto que desde la publicación de la Ley General de Títulos de Crédito en 1932, los artículos que se refieren a él, presentaron poca claridad y pese a ello, no han tenido cambio alguno.

No es intención de este estudio el analizar en forma integral todas las características del fideicomiso mexicano, ni describir todas las diferencias que existen entre él y otras figuras extranjeras, que son varias y evidentes, sino, como vimos antes, solamente abarcar las formas de constitución de esta figura y los conflictos que se dan por no haber claridad en la ley.

Finalmente, es importante resaltar que conforme al ordenamiento jurídico mexicano, el fideicomiso no tiene más límite que la imaginación y las necesidades de las partes que en él intervienen, por lo que se hace imperiosa la necesidad de que se tenga una verdadera conciencia de la necesidad de realizar cambios legislativos, que se adecuen a la realidad que presenta el fideicomiso en la actualidad, toda vez que, como lo mencionamos anteriormente, es utilizado en la realización de diversas actividades, y ya presenta características propias que lo identifican como una figura jurídica mexicana, diferente a sus antecesores, y que es modelo para las legislaciones de otros países de Latinoamérica.

## **CAPITULO I**



## CAPITULO I.

### ANTECEDENTES HISTORICOS: DERECHOS ROMANO, GERMANICO Y ANGLOSAJON.

#### 1. EN EL DERECHO ROMANO.

Ha sido motivo de discusión para diversos autores y estudiosos del fideicomiso, el considerar si el derecho romano aportó algo a su actual concepción, ya que, por lo general, se ha dicho que nuestra figura jurídica es un descendiente directo del trust anglosajón, inclusive, como lo veremos más adelante, así lo reconoce el legislador en la exposición de motivos de varias leyes, entre la que se encuentra la vigente Ley General de Títulos y Operaciones de Crédito.

En nuestra opinión, pensamos que el fideicomiso mexicano si está inspirado por la figura anglosajona del trust, ya que es su antecedente inmediato, pues fué precisamente el observar el funcionamiento y aplicaciones que ésta tenía en los Estados Unidos de América, así como las ventajas que ofrecía su utilización, lo que motivo a nuestras autoridades administrativas a estudiarlo, y posteriormente, en unión de las legislativas, a incorporarlo a nuestro ordenamiento jurídico, estructurando una figura similar, pero adecuada a nuestras leyes de ascendencia romanista.

Sin embargo, no podemos negar que pese a esta relación entre trust y fideicomiso, hubo figuras en la Roma Antigua, que en mayor o menor medida, deben ser consideradas también como antecedentes de éste último, puesto que incluso algunos tratadistas que buscan explicar el origen de la figura anglosajona, encuentran sus antecedentes en el Derecho Romano.

Refiriéndonos al Derecho Romano, encontramos que dos fueron las instituciones jurídicas que por sus características son consideradas como antecedentes del fideicomiso mexicano, una es la fiducia, y la otra el fideicommissum, de las que hablaremos a continuación.

## A. La Fiducia.

El Derecho Romano se caracterizó por la rigidez de sus leyes, y la escasez de preceptos, situación que originó que en ocasiones, los romanos, para conseguir determinados resultados, que no podían lograr directamente, utilizaran un negocio jurídico para fines diversos de los que originalmente lo habían inspirado.

Es decir, los ciudadanos romanos recurrían a procedimientos indirectos para lograr las finalidades que deseaban, y este utilizar diferentes medios, ocasionó el nacimiento de varias figuras, entre las cuales se encuentra una que es considerada como antecedente de nuestro fideicomiso: la fiducia.

Refiriéndose a esta figura, señala José Manuel Villagorhoa Lozano que "generalmente se aceptó como concepto de fiducia, a aquella mancipatio, forma solemne de transmitir la propiedad, hecha con la obligación del accipiens, quien la recibía, de remancipar". (1)

Algunos estudiosos consideran que la fiducia pertenecía al tipo de los contratos reales, que se perfeccionaban con la simple entrega de la cosa materia del contrato; inclusive se le ha considerado como una forma primitiva de la prenda, cuando se realizaba para garantizar alguna obligación o del comodato, cuando se usaba únicamente para conceder el uso temporal y gratuito del bien transmitido, en beneficio de quien lo recibía.

La utilización de esta figura, propició el surgimiento de dos tipos de ella, la "fiducia cum creditore" y la "fiducia cum amico", que por sus características tuvieron aplicaciones distintas.

### a) Fiducia Cum Creditore.

Esta figura era una especie de prenda y tuvo gran importancia en el Derecho Romano, puesto que se utilizaba para garantizar el cumplimiento de determinadas obligaciones.

Conforme a este tipo de fiducia, un deudor para garantizar el cumplimiento de su deuda, transmitía ciertos bienes a su acreedor, quien los recibía en garantía, y a su vez se obligaba

(1) VILLAGORHOA LOZANO, José Manuel: "Doctrina General del Fideicomiso", Asociación de Banqueros de México, México, 1976, 1ª. Ed., pag. 11

con él, en virtud del pactum fiduciae, a retransmitírselos, cuando hubiere pagado el crédito.

En el supuesto de que el deudor no cumpliera con su obligación, el acreedor tenía el derecho de retener los bienes para sí, o para enajenarlos, y quedarse con el importe que recibiera por ellos.

La utilización de esta figura, propiciaba una injusticia o deficiencia que se presentaba ante el incumplimiento de deudor, en virtud de que el acreedor estaba facultado para quedarse con los bienes dados en garantía, sin importar que su valor fuese superior, y no estaba obligado a regresarle la diferencia al deudor, puesto que la propiedad de los bienes se consolidaba en él si no se pagaba la deuda garantizada.

#### b) Fiducia Cum Amico.

Era una figura similar a nuestro actual comodato, consistía en un préstamo gratuito de uso que se utilizaba, cuando una persona transmitía a otra la propiedad de un bien, para que ésta lo usase y disfrutase en forma gratuita en su provecho, y una vez realizados los fines convenientes, o al vencerse el término pactado, la persona que tenía los bienes, los retransmitía al propietario.

En ambas fiducias, la transmisión de propiedad de la cosa, del tradens al fiduciario, se hacía por las formas solemnes de transmitir la propiedad que existían, que eran la mancipatio y la in jure cessio.

En los dos casos, para constituir una fiducia, la transmisión de los bienes que realizaba el interesado, "se acompañaba de un pactum o fiducias, mediante el cual, el accipiens, que era quien recibía la propiedad del bien transmitido, se obligaba a su vez frente al tradens, que era quien lo entregaba, de transmitirlo después de que se realizaran determinados fines, al propio tradens o a una tercera persona".  
(2)

El pactum fiducias, era un pacto fiduciario, es decir de confianza, que tenía un contenido netamente moral, ya que la obligación del adquirente de devolver el bien, estaba sujeta a su buena voluntad.

---

(2) VILLAGORDOA LOZANO, José Manuel: Op. Cit, pag. 12

Tanto la fiducia cum creditore, como la fiducia cum amico, cayeron en desuso durante el último período del Derecho Romano, cuando las formas tradicionales de transmitir la propiedad existentes hasta entonces, fueron sustituidas por contratos reales que adoptaron formas más perfeccionadas, como la prenda, la hipoteca y el comodato.

Fue precisamente en esta época cuando surgió y floreció la otra figura romana que también es antecedente de nuestro fideicomiso, y que es precisamente a la que debe su nombre, el fideicommissum.

## B. El Fideicommissum.

La rigidez de las normas del Derecho Romano privaba a numerosos ciudadanos de la posibilidad de dejar sus bienes en herencia o legado a las personas a quienes deseaban favorecer.

Ante esta situación, surgió la figura del fideicommissum, que era utilizada por los ciudadanos romanos al hacer su testamento para eludir las numerosas incapacidades y prohibiciones que tenían sus leyes.

Etimológicamente, fideicommissum deriva de las voces latinas "fides", que significa fe o confianza, y "committere" o "commissum", que significa comisión o encargo.

Como su nombre lo indica, el fideicommissum o fideicomiso, era un encargo de confianza que se hacía basado en la buena fe y honradez ajena.

Los romanos utilizaban el fideicommissum, cuando querían favorecer a una persona con la cual no tenían la testamenti factio, por lo que rogaban a su heredero que fuese el ejecutor de su voluntad, para dar a una persona incapaz conforme al Derecho Romano, todos o parte de sus bienes.

Julian Bojalil, señala que "el fideicomiso romano se origina, por una parte, por la tendencia de los testadores de imponer su voluntad aún más allá de su vida, respecto a los bienes que transmitían a sus herederos, y por otra parte, en el deseo de eludir las numerosas incapacidades para heredar. Indudablemente que el fideicomiso era la única forma posible de lograr que heredaran las personas incapacitadas por la ley romana, como los libertos, los pobres, los hijos póstumos, los casados sin hijos, los esclavos, los solteros, las mujeres, de conformidad con ciertas prohibiciones de aquella época, y en tal circunstancia, el testador, para lograr beneficiar a quien, por ley, no podía heredar, buscaba un heredero o legatario aparente,

y en mortis causa, le suplicaba que los bienes que con motivo de su fallecimiento le iban a ser transmitidos, los entregase posteriormente en forma adecuada, a quien efectivamente debía ser su beneficiario. Jurídicamente el heredero aparente u hombre de confianza, se convertía en propietario de los bienes heredados, y solo en conciencia quedaba obligado a cumplir el encargo del testador". (3)

Conforme a esta figura, el heredero fiduciario debía entregar los bienes objeto del fideicomiso a los terceros beneficiarios, una vez que hubiese ocurrido el deceso del testador, pero también era válido que los entregase tiempo después, es decir una vez cumplido el plazo previsto por éste último, o una vez realizada determinada condición, estando plenamente facultado para usarlos y disfrutarlos mientras tanto.

Además el fideicomiso no solo se utilizaba cuando los testadores querían favorecer a ciertas personas, sino que, también lo usaban los testadores para imponer su voluntad más allá de su vida, respecto de los bienes que transmitían a sus herederos, ya que podían imponerles la obligación de instituir, a su vez por heredera suya y transmitirle los bienes, a determinada persona, puesto que era válido designar por anticipado al "fideicomisario del fideicomisario", siendo éste el origen de las sustituciones fideicomisarias, que actualmente están prohibidas por nuestro derecho, ya que producen el estancamiento de la propiedad o "manos muertas".

El fideicomiso podía ser particular, cuando se refería a determinados bienes, o universal, cuando comprendía a toda la herencia.

#### a) Constitución del Fideicommissum Romano.

En relación con las formas que exigió el Derecho Romano para la constitución de los fideicomisos testamentarios, encontramos tres variedades:

- La súplica verbal,
- El testamento y,
- Los codicilos.

Estas tres formas, en un momento determinado, se entrelazaron en el tiempo y coexistieron paralelamente.

(3) BOJALIL Julian: "El Fideicomiso, Ed. Porrúa, S.A., México, D.F., 1963, pags. 35 y 36

A continuación, hablaremos brevemente de estas formas de constitución que revistió el fideicomiso romano:

a1) La Bona Fides.

En su origen, los fideicomisos romanos no revestían forma alguna, ni formalidades jurídicas, "y hasta se usaba hacerlos verbalmente". (4)

Es así que bastaba para constituirlos, el que los ciudadanos romanos encomendaran a otros la realización de actos que legalmente no podían realizar, esto es, un testador suplicaba al heredero fiduciario que entregase un bien, o varios, al fideicomisario; estos encargos quedaban encomendados a la "bona fides" de éste último o sea, a la buena voluntad de la persona encargada, y no tenían fuerza obligatoria.

En esta etapa no había formalidades jurídicas, el fideicommissum se constituía mediante una súplica que hacía el testador a su heredero fiduciario, para que hiciese algo o entregase una cosa determinada a un tercero beneficiario.

a2) El Testamento.

Posteriormente, en una segunda etapa, la forma tradicional de constituir un fideicommissum, fue a través del clásico testamento romano, revestido de todas las formalidades que imponía la ley, y ahí, los ciudadanos romanos establecían estipulaciones en las que rogaban a su heredero que entregase cierta cosa a los herederos fideicomisarios incapaces de adquirirlo conforme a la ley.

Este fideicommissum hereditatis nace de la necesidad de los testadores romanos de disponer de sus bienes en beneficio de personas impedidas por la ley para heredarlos: "el testador que quería favorecer a una persona, con la cual no tenía la testamenti factio, por lo que no tenía otro recurso que rogar a su heredero que fuese el ejecutor de su voluntad, para dar al incapaz, bien fuera un objeto particular, o bien la sucesión de

-----  
(4) VEJAR VALDES, Carlos: Estudios sobre Fideicomiso: "Aportación del Fideicomiso Hereditario Romano a la Configuración del Actual Fideicomiso Mexicano". México Turístico, S.A. 1980, pag. 244

todo o en parte". (5)

Los términos que se utilizaban para constituirlo eran "rogo fideicomitio", fueron los que dieron nombre a esta figura, en la cual el testador era el fideicomitente, el heredero o legatario era el fiduciario y el tercero incapaz, era el fideicomisario.

### a3) El Codicilo.

Una vez que la creación de fideicomisos se hizo frecuente y usual, surgió en los romanos el deseo de modificarlos, por lo que para ello, tenían que revocar el testamento existente y realizar otro nuevo, cumpliendo todos los requisitos y formalismos establecidos.

En vista de que el realizar todas esas formalidades resultaba impráctico, apareció la figura del codicilo, que vino a simplificar los procedimientos existentes.

El codicilo era un acto de última voluntad que a diferencia del testamento, carecía de formalidades, por lo que fué utilizado rápidamente por los ciudadanos romanos para disponer de sus bienes, o bien, para añadir disposiciones a los testamentos, sin necesidad de que éstos se revocasen.

El procedimiento para la elaboración de los codicilos, era sencillo, puesto que únicamente consistía en la elaboración de tablillas de barro o madera, en las cuales el testador consignaba su voluntad, pudiendo constituir o modificar ahí un fideicomiso.

El brigen de los codicilos se une estrechamente con el de los fideicomisos, al tener características similares, pues en ambas figuras, los ciudadanos romanos se sujetaban a la buena fé de su heredero, consignando su voluntad sobre las tablillas, pudiendo recurrir o no al testamento.

Finalmente podemos agregar, que fué tal el auge de los fideicomisos consignados en un codicilo, que llegaron a ser hechos sin la necesidad de que se elaborase un testamento; al respecto Carlos Vejar Valdés expresa que el fideicommissum se constituía en un testamento o en un codicilo, y que incluso llegaba a "dejarlo alguien que hubiese muerto intestado". (6)

Pese a lo anterior, es decir, a la sencillez que presentaba el codicilo, debemos hacer mención que la forma normal que adoptó

(5) PETIT, Eugenio: "Tratado Elemental de Derecho Romano". Editora Nacional, S.A. 1953, pag. 579

(6) VEJAR VALDES, Carlos: Op. cit. pag. 244

el fideicomiso romano, fué la del fideicommissum hereditatis o fideicomiso testamentario.

b) Fórmulas Sacramentales.

Con independencia de la forma que podía revestir la constitución del fideicomiso, es decir, una súplica verbal, una disposición testamentaria o un codicilo, era necesario que se utilizasen fórmulas sacramentales para crearlo.

Las fórmulas sacramentales o locuciones más usuales eran: rogo, peto, cupio, mando y desidero imperio, a las que se agregaba la fórmula precarie, que era una súplica, pues el fideicommissum era un ruego a la fidelidad de otro.

Los fideicomisos en Roma, se establecían con súplicas o ruegos, porque, siendo un encargo hecho a una persona con base en la confianza existente, era obvio que se usasen dichas frases, y no órdenes.

c) Cumplimiento del Fideicommissum.

Ya hemos visto que en la primer etapa, "el cumplimiento de los fideicomisos, quedaba sujeto a la buena fe y a la conciencia del heredero fiduciario" (7).

Como es de suponer, esta situación originó muchos abusos por parte de los herederos fiduciarios, ya que al no ser civilmente exigible la ejecución de los fideicomisos, los herederos no realizaban los encargos encomendados, apropiándose en muchos casos de los bienes que les habían sido entregados.

Señala Guillermo Margadant que "... para muchos el dinero valía más que la buena reputación, y los fideicomisos quedaban, a menudo sin cumplir". (8)

Ante tal situación, el emperador Augusto encomendó a los cónsules la tarea de vigilar la ejecución de los fideicomisos, estableciéndose posteriormente, en tiempos del emperador Claudio,

(7) VILLAGORDOA LOZANO, José Manuel: Op. Cit., pag. 13

(8) MARGADANT S., Guillermo F.: "Derecho Romano", Editorial Esfinge, S.A., 5a. Ed., pag. 502



un pretor especial al que se denominó "praetor fideicommissarius", que tenía a su cargo el vigilar su cumplimiento.

Con el transcurso de los años, el fideicomiso sufrió toda clase de restricciones análogas a las que hubo en relación a las herencias y legados.

Años después se promulgaron dos senadoconsultos que reformaron y regularon sustancialmente al fideicomiso:

En el año 56, bajo el imperio de Nerón, se promulgó el "Senadoconsulto Trebeliano, que equiparó el fideicomisario al heredero, concediéndole la situación de "loco heredis" y "loco legatari", y transmitiéndole las acciones hereditarias.

Al tener el fideicomisario las acciones hereditarias, ya podía obrar en contra de los deudores, y a su vez ser perseguido por los acreedores de la sucesión.

El "Senadoconsulto Pagasiano", promulgado en el imperio de Vaspaciano, equiparó al fideicomisum, con el legado y concedió al heredero fiduciario el derecho a retener la cuarta parte del fideicomiso, o sea lo que se conoció como la "cuarta pagasiana", tal y como lo permitía la Ley Falcidia a los herederos que tenían la obligación de entregar bienes como legados.

## 2. EN EL DERECHO GERMANICO.

En el primitivo Derecho Germánico también hubo instituciones que tienen características similares a nuestro actual fideicomiso.

Al respecto, nos indica José Manuel Villagordoa Lozano, que tres figuras pueden ser consideradas como antecedentes del fideicomiso: la prenda inmobiliaria, el manus fidelis y el salman o truehand. (9)

### A. La Prenda Inmobiliaria.

Esta institución guarda mucha semejanza con la fiducia cum

-----  
(9) VILLAGORDOA LOZANO, José Manuel: ibidem

creditore, a la cual nos hemos referido anteriormente, puesto que también se utilizaba para garantizar el cumplimiento de obligaciones.

La prenda inmobiliaria constituía un medio a través del cual el deudor transmitía a su acreedor un bien inmueble para garantizar el cumplimiento de una obligación, mediante un documento, al que se denominó "carta venditionis", y al mismo tiempo, éste se obligaba con una contracarta a la restitución del primer documento y del inmueble transmitido, en caso de que el deudor cumpliera con su obligación en los términos acordados.

Se distingue de su contraparte romana, en que solo se extendía esta garantía sobre bienes inmuebles, y aquella comprendía a todo tipo de bienes, además la diferencia el requisito formal de la entrega de la carta venditionis y de la contracarta, que no existían en el derecho romano.

#### B. El Manusfidelis.

El manusfidelis era una figura jurídica que operaba en las sucesiones, y se utilizaba al igual que el fideicommissum, para contravenir las prohibiciones y limitaciones establecidas en las disposiciones legales existentes en el Derecho Germánico, que tenían por objeto determinar y limitar la calidad de herederos legítimos.

Expresa Villagorhoa Lozano que "quien quería realizar una donación inter vivos o post obitum, transmitía la cosa materia de la donación a un fiduciario, llamado manusfidelis, mediante la carta venditionis; el manusfidelis, inmediatamente después de dicha transmisión - de ordinario el mismo día -, retransmitía al verdadero beneficiario la cosa adquirida, reservando el donante un derecho más o menos amplio de goce sobre la cosa donada, para que durante su vida lo disfrutara". (10)

La persona que fungía como manusfidelis era escogida de entre los integrantes del clero, por considerarse que era más seguro, ya que la carta se redactaba en términos tan amplios que el manusfidelis podía disponer de los bienes transmitidos en su provecho, y se consideraba que la reputación y honorabilidad de los miembros de la Iglesia, era garantía para el cumplimiento del encargo recibido y el buen uso de los bienes.

---

(10) VILLAGORHOA LOZANO, José Manuel: Op. Cit. pag. 15

### C. El Salman o Truehand.

Finalmente, la tercer institución que existió en el Derecho Germánico, que se ha considerado como un antecedente del fideicomiso, fué el salman o truehand.

Esta figura se refería a la persona que fungía como el intermediario en la realización de operaciones que implicaban enajenaciones de inmuebles; su función consistía en realizar la transmisión de un bien de este tipo, del propietario original al adquirente definitivo.

El salman recibía sus facultades del propietario enajenante y se obligaba frente a él, en forma solemne, para transmitir los bienes al tercero destinatario de los mismos.

### 3. EN EL DERECHO ANGLOSAJÓN: INGLATERRA Y ESTADOS UNIDOS DE AMÉRICA.

Por la cercanía geográfica que tiene nuestro país con los Estados Unidos de América, y la influencia que éste ha ejercido en todos los ámbitos, principalmente en el comercial, encontramos que el antecedente más cercano del fideicomiso mexicano, está en el Derecho Anglosajón, ya que precisamente al observar el auge del trust en el vecino país, y sus aplicaciones jurídicas y comerciales, hizo necesario el crear una figura similar, lo cual fué reconocido por los autores de los proyectos, y de las diversas leyes bancarias que han existido en México, inclusive esta situación la señaló el legislador en la exposición de motivos de la vigente Ley General de Títulos y Operaciones de Crédito, como veremos más adelante.

Encontramos así que el trust, es el antecedente inmediato de nuestro fideicomiso, pero antes de hablar de él, es necesario referirnos no solo al precursor de esta figura, el use, sino también a las características del sistema jurídico anglosajón, en el que ambos surgieron y en el que se desarrollaron.

A este respecto, Jorge Piña Medina afirma que "... los uses y posteriormente el trust, fueron instituciones nacidas del derecho de equidad e íntimamente relacionadas con los tribunales de equidad en Inglaterra, y que de todos los productos de la equidad, el más grande y el más importante es el trust, desarrollado siglo tras siglo en los tribunales de equidad." (11)

(11) PINA MEDINA, Jorge: "Las Instituciones Fiduciarias y el

#### A. Common Law y Equity.

Para poder comprender las características y desarrollo del trust y de su antecedente, el use, debemos tener presente que en Inglaterra ha existido por siglos el doble sistema de derecho, coexistiendo al mismo tiempo el Common Law con la Equity.

El Common Law es un conjunto de normas estrictas, que a lo largo de la historia, ha tenido por finalidad dar justicia a todos, basándose en normas rígidas y formales, que en un principio solamente eran disposiciones elementales y apropiadas a la gente rural de la Edad Media, pero que, como se vivió en su oportunidad, al irse presentando diversas situaciones, no eran adecuadas para otras actividades que ya se realizaban en esa época, tales como la industria y el comercio.

La ley inglesa en los siglos XII y XIII era muy rígida y sus formalidades y tecnicismos se observaban estrictamente; los tribunales de Common Law no dictaban resoluciones, a menos de que las situaciones planteadas encajaran puntualmente en el supuesto legal.

Al haber situaciones que escapaban a la ley, con frecuencia se presentaron injusticias en los procesos, dejando a personas que habían acudido en busca de ayuda legal y protección, en desamparo, por lo que surgió la necesidad de establecer un sistema suplementario, el cual se fundó en la idea de que el Rey era "fuente de justicia".

Conforme a este nuevo sistema, los súbditos recurrían al Rey en busca de ayuda por los perjuicios causados, pidiendo el resarcimiento ocasionado por daños sufridos en los procesos legales que se llevaban a cabo en las cortes.

Ante dicha situación, el Rey, "en ejercicio de su poder, y a través de su soberana autoridad", restablecía los derechos de sus súbditos; posteriormente, el Rey delegó esta facultad en su Canciller, como "guardián de su conciencia".

Los primeros cancilleres, que pertenecían a la Iglesia, al dirimir las controversias, se basaron en sus principios morales y religiosos, por lo que introdujeron doctrinas propias en la equidad, propiciando que ésta creciera gradualmente, creando reglas, máximas y doctrinas propias.

Esta institución inglesa nació en la época de los reyes Eduardo III y Ricardo II, cuando en los procesos, comenzó a intervenir el Canciller del Rey, quien a la vez era el Primer Ministro y Guardián del Sello, y es a partir de ese momento que

-----  
Fideicomiso en México". Fomento Cultural Somex, A.C., 1a. Ed. 1982, pag. 11

se "marca el comienzo de la competencia jurisdiccional de este magistrado, de los actuales Tribunales de Equidad y de la rama separada del Derecho Anglosajón llamada Equity, que trata de resolver aquellos casos no vistos por el common law, y que por la rigidez de los tribunales de derecho estricto escapan a su jurisdicción". (12)

Los cancilleres no necesitaban basarse en precedentes, sino que decidían los casos de acuerdo con su conciencia y no de acuerdo con principios o normas legales, y por tanto no tenían necesidad de acatar decisiones previas.

La Equity, es decir, la justicia de equidad, en el sentido genérico con que se le concibió en Inglaterra, era administrada de acuerdo con ciertos principios que contrastaron con las reglas formuladas por el derecho estricto del Common Law; esos principios fundamentalmente basados en lo que era equitativo en una particular situación, se originaron en ese país, como una alternativa ante la rigidez de sus normas.

El término Equity ha significado para el Derecho Anglosajón, el espíritu de justicia, de rectitud, que debe presidir las relaciones entre los hombres, por lo que la equidad como sistema legal y de justicia, difiere en sus orígenes, teoría y medidas del Common Law.

#### B. El Use.

Esta institución es el antecedente del actual trust norteamericano e inglés.

Ambas figuras no surgieron perfectamente definidas, sino que requirieron de varios siglos de utilización y gestiones, para que evolucionaran en las instituciones legales centrales del sistema jurídico inglés.

Señala Villagordoa Lozano, que "el use estaba formado de una relación jurídica mediante la cual una persona (feoffee to use) era revestida, según el common law, de un poder jurídico de cuyo ejercicio resultaba un beneficio económico a favor de otra persona. (13)

En el use había tres partes: el settlor o feoffor to use, que era quien lo constituía, el feoffee to use, que era la persona encargada de llevar a cabo el encargo hecho por el feoffee to use, y el cestui que use, quien era la persona que recibía los

(12) VILLAGORDOA LOZANO, José Manuel : Op. cit. pag. 25

(13) VILLAGORDOA LOZANO, José Manuel: Op. Cit. pag. 16

beneficios del use.

Sin embargo, no se requería forzosamente que en todo use, siempre interviniesen las tres personas, porque en ocasiones, se podía constituir cuando una persona declaraba que empezaba a poseer un bien de su propiedad en beneficio de otra, confundiendo en ella los caracteres de settlor y feoffee to use.

Durante los primeros años de esta figura, en los siglos XII y XIII, el use normalmente era una transmisión de tierras realizada en favor de un prestancobre, para que éste poseyera dichos bienes en provecho de un tercero.

Al comentar sobre esta figura, Jorge Domínguez Martínez, manifiesta que "el use consistía fundamentalmente en que una persona (settlor), propietaria de una tierra, traspasaba a otra (feoffee to use) el dominio de ella, con el entendimiento entre las partes de que, aún cuando éste sería el dueño legítimo de la cosa, una tercera persona (cestui que use), tendría el derecho de gozar y disfrutar de todos los beneficios y prerrogativas de verdadero propietario de dicho bien. El feoffee recibía la plena propiedad de la cosa, pero no para que la aprovechara en su propio beneficio, sino con el encargo, confiado a la buena fe de que la poseyera, para uso exclusivo del cestui que use que podía ser el mismo settlor". (14)

Al hablar del use, expresa Villagorhoa, que "junto con esta institución surge un doble concepto de dominio, propiedad o patrimonio inherente al Derecho Angloamericano: el legal, reconocido por la ley común estricta (common law), que pasa del settlor a feoffor to use al feoffee to use o fiduciario, y el concepto beneficioso o equitativo, llamado en inglés "beneficial o equitable", impuesto en un principio como un deber de conciencia y posteriormente como una institución sancionada por el derecho equidad (equity), que se constituye en favor de un tercero (cestui que use)..." (15)

a) Semblanza acerca del use.

No se ha determinado en forma exacta el momento en que aparecieron los uses, en el derecho anglosajón, ya que algunos autores señalan que datan de la época en que se realizaron las incursiones romanas en las islas británicas, y otros más

(14) DOMÍNGUEZ MARTÍNEZ, Jorge: "El Fideicomiso ante la Teoría General del Negocio Jurídico". Editorial Porrúa, S.A., 1975, 2a. Ed. pags. 140 y 141.

(15) VILLAGORHOA LOZANO, José Manuel: Op. Cit. pag. 19

sostienen que son posteriores, y se remontan al tiempo de la invasión y conquista normanda de Inglaterra, y realizada por Guillermo I "El Conquistador". sin embargo, la idea más generalizada, es que datan de los siglos XII o XIII.

Lo que si han precisado los comentaristas, es que al igual que las figuras existentes en los Derechos Romano y Germanico, el use "se originó para evitar las prohibiciones e incapacidades que en el primitivo Derecho Inglés se establecían para poder adquirir la propiedad de los bienes inmuebles". (16)

Según Batiza, la palabra use "pudiera pensarse que proviene del latín 'usus', pero en realidad, deriva de 'opus' y desde tiempos remotos en los siglos VII y VIII, como puede comprobarse en documentos jurídicos lombardos y francos, encontramos en el latín barbaro o vulgar 'ad opus' como equivalente de 'en su representación'. La expresión conviértese en el francés arcaico - en 'al oes, ues', que en la pronunciación inglesa se confunden con 'use', permaneciendo 'ad opus' en el latín escrito". (17)

El temor de las confiscaciones ocasionadas por las guerras civiles y las persecuciones políticas, las ausencias ocasionadas por la intervención de los nobles y demás señores feudales en las Cruzadas, así como el deseo de que las corporaciones religiosas gozaran, disfrutaran y poseyeran bienes raíces, eludiendo las prohibiciones establecidas en 1217 por los Statutes of Mortmain (la Ley de Manos Muertas), propiciaron la aparición del use durante la Edad Media.

Durante el siglo XII, la Iglesia Católica en Inglaterra llegó a adquirir grandes extensiones de tierra, por lo que el Parlamento, consideró que esos bienes estaban fuera del comercio, propiciando en la Iglesia un acaparamiento de las riquezas, y promulga la ley antes citada.

Sin embargo, esa prohibición no tuvo grandes efectos, puesto que para subsanarla, los ingleses acudieron al empleo del use, por medio del cual el feoffee to use, recibía los bienes destinados a la Iglesia, a quien se designaba cestui que use, a fin de que gozara de los beneficios de dichos bienes conforme a los fines señalados por el feoffor to use o settlor.

La constitución del use era un acto solemne, y revestido de formalidades especiales: el feoffor to use, en una ceremonia, creaba el use mediante la entrega de una vara que, como acto formal confería al feoffee to use la posesión simbólica de las tierras.

---

(16) VILLAGORDOA LOZANO, José Manuel: ibidem  
(17) BATIZA, Rodolfo: "El Fideicomiso Teoría y Práctica, Editorial Porrúa, S.A., 1976, 3a. Ed., pags. 33 y 34

b) Teorías acerca del brigen del use.

Refiriéndose al Origen del use, señala Villagordoa que "es tan antigua esta práctica entre los ingleses, que los comentaristas anglosajones ignoran cuando tuvo su origen". (18)

Uno de los principales estudiosos del trust y del fideicomiso en México, Rodolfo Batiza, señala que "el origen preciso de los uses constituye uno de los problemas más controvertidos, todavía insolutos de la historia del derecho". (19)

Existen cuatro teorías que tratan de explicar el brigen del use:

b1) Romana.

Esta teoría nos indica que el use es una figura similar a algunas instituciones romanas, e inclusive nos trata de explicar que deriva de éstas.

Durante el siglo XVII, los primeros tratadistas que estudiaron el use, lo asemejaban a instituciones romanas, entre estos doctrinarios se encuentra Sir Francis Bacon, quien sostuvo que el use se asemejaba al fideicommissum, sin embargo, pese a ello, no pretendía que derivaba de éste.

Señala Rodolfo Batiza que posteriormente, en época más reciente, durante el siglo XIX, Keaton sostenía que "el use era la contrapartida del usufructo o del fideicomiso romanos", partiendo de la idea de que la palabra use, derivaba de la expresión usus, y no de ad opus, como hemos visto anteriormente. (20)

b2) Germánica.

Otros tratadistas, entre los que se encuentra Holmes, ubican

(18) VILLAGORDDA LOZANO, José Manuel: ibidem

(19) BATIZA, Rodolfo: Op. cit. pag. 19

(20) BATIZA, Rodolfo: Op. cit. pag. 35



en el Derecho Germánico un antecedente del use; este autor expresa que el feoffee to use deriva del truehand o salman, "primitivo albacea a quien se transmitían bienes inmuebles en vida del dueño, para que a su muerte se cumplieran los fines previstos". (21)

b3) Aborigén.

Los autores que sostienen esta teoría afirman que el use es una figura nacida en Inglaterra que no deriva de ninguna otra, y que tiene características propias y sus raíces se encuentran en ese país, entre estos tratadistas, se encuentra Maitland, quien sostiene que "el use deriva de las reglas del Common Law relativas al mandato". (22)

b4) Indeterminada.

Finalmente, la cuarta teoría que trata de explicar el origen de esta figura, señala que las anteriores, carecen de fundamento, aunque reconoce que los antecedentes y costumbres romanos, germánicos y de los propios habitantes de la Inglaterra, pictos, celtas y sajones, antes de la llegada de los normandos con Guillermo I "El Conquistador", contribuyeron a la configuración del use, más sin embargo, no ofrece ninguna posición concreta.

c) Obligatoriedad y evolución de los uses.

Al igual que en la antigua Roma, con el fideicommissum, en Inglaterra, durante los primeros años de utilización del use, el cumplimiento de las obligaciones que adquiría el feoffee to use, quedaba enteramente a su buena voluntad y arbitrio, puesto que no existía ninguna relación legal que lo obligara, en virtud de que para el Common Law, la persona a quien se había transmitido el

(21) BATIZA, Rodolfo: ibidem

(22) BATIZA, Rodolfo: ibidem

bien, era el propietario, sin que se reconociese validez, ni consecuencias jurídicas a las obligaciones que éste había adquirido.

En virtud de que el use era una práctica nueva y desconocida por el Common Law, se propiciaron abusos, ya que el feoffee to use permitía el uso y disfrute de los bienes al cestui que use con base en un principio de orden moral y religioso que no estaba sancionado por la ley.

Ante semejante situación, como vimos anteriormente, los afectados tuvieron que recurrir al Rey y, posteriormente a su Canciller, pidiendo la justicia que les había sido negada por los tribunales comunes que aplicaban el derecho común: Es así que aparece la "equity como un ordenamiento jurídico que en un principio suplió al common law, y que actualmente lo complementa". (23)

De ser utilizado el use en un principio, solamente para evadir en principio las normas del Common Law que prohibían las disposiciones testamentarias de tierra, y poder dejar los señores feudales sus posesiones a las personas que ellos deseaban, degeneró en una serie de inconvenientes e incluso fraudes, que propiciaron el disgusto de la Corona.

En efecto, los uses se utilizaron para para defraudar a los acreedores, a los herederos, a los compradores y desde luego a los propios señores feudales y a la Corona, que velan de este modo perder sus derechos.

Como consecuencia, en 1535, Enrique VIII, en su lucha con la Iglesia Católica, utilizó esta situación como escudo, y en un intento de poner un freno a la utilización del use, con la ayuda del Parlamento, promulgó el Statute of Uses.

La finalidad del Statute fue abolir los uses y eliminar la existencia de los feoffees of uses, así como dar al cestui que use, la propiedad legal de los bienes dados en use.

Sin embargo, un gran número de uses no fueron afectados por el Statute of Uses, y conservaron sus efectos, puesto que había situaciones que escapaban a las supuestas previstas en él, por lo que se continuó con la práctica y utilización del use.

De tal suerte que para evadir completamente a las limitantes establecidas, se empezó a utilizar el nombre de trust, para designar a las situaciones prohibidas, extendiéndose esta denominación a todo use, por lo que un siglo después del Statute, la Cancillería, los reconoce, e inicia el moderno sistema del trust en Inglaterra.

El use es el antecedente de la figura anglosajona del trust, y de hecho podemos afirmar que son lo mismo, puesto que ambos

---

(23) DOMÍNGUEZ MARTÍNEZ, Jorge: Op. Cit. pag. 142

tienen la misma esencia jurídica y los mismos elementos personales, y solamente difieren en su nombre.

Expresa Lepaulle, que, con el "statute of uses solo se cambiaron los nombres, el use se convirtió en trust, el feoffee to uses, en trustee, y el cestui que use, se tornó en cestui que trust, solamente el settlor conservó su nombre". (24)

### C. El Trust.

Como lo hemos visto, desde la aparición del use en Inglaterra, tuvieron que transcurrir varios siglos para que esta figura se convirtiera en trust, y otros más, para que éste último se tornara en la institución central del sistema de equidad anglosajón, y que presenta innumerables facetas que han contribuido al desarrollo económico de los países en que se ha desenvuelto.

"La transformación del use en trust acarrió como consecuencia, que una obligación meramente moral, conforme al common law, devino en una obligación dotada de juridicidad según la equity". (25)

Al igual que en Inglaterra, este sistema de equidad fue aceptado y utilizado en sus Colonias Americanas, siendo allí administrado por los gobernadores reales, en donde tomó características propias, que propiciaron aun más su desarrollo.

En efecto, el uso del trust en las Colonias Inglesas de Norteamérica, ocasionó la aparición del Trustee Corporativo, puesto que a diferencia de Inglaterra, que lo prohibía, aquí sí se permitió que el trustee fuese una persona moral; al respecto Jorge Piffa, señala que "la primera noticia que existe en Estados Unidos de América sobre una autorización otorgada a una corporación para actuar como trustee, es la que se otorgó a The Farmer's Fire Insurance & Loan Company, en la ciudad de Nueva York en 1822; a partir de este año, se crearon corporaciones con poder para administrar trusts y su utilización comenzó a hacerse cada vez más frecuente.

"El resultado ha sido que en los Estados Unidos el trustee tiende a ser profesional. En Inglaterra el trustee individual no recibe compensación por su trabajo, a menos que así se pacte en el instrumento creador del trust; en tanto que en Estado Unidos sí recibe compensación.

(24) LEPAULLE, Pierre: "Tratado Teórico y Práctico de los Trusts", Editorial Porrúa, S.A., 1975, 1a. Ed. pag. 17

(25) DOMÍNGUEZ MARTÍNEZ, Jorge: Op. Cit. pag. 142

"Las trust companies y los bancos que tienen facultad para actuar como trustees, son profesionales y actúan en el campo de los negocios de administración de trusts; una consecuencia de ello, es que buscan o solicitan activamente esa clase de negocios. Esto da por resultado una situación muy diferente a aquella que existe en Inglaterra". (26)

Posteriormente, se acepta ya en Inglaterra, que las personas morales desempeñasen el cargo de trustee, y aparecen instituciones especializadas.

Finalmente, podemos agregar que el trust, ya sea en los sistemas jurídicos de Inglaterra o en Estados Unidos de América, constituye una institución que es el resultado de casi ocho siglos de evolución, que está perfectamente arraigada a sus leyes y costumbres, y que presenta características propias que le permiten abarcar innumerables situaciones jurídicas, sociales, económicas en ambos países, por lo que cobra sentido la afirmación de Austin Wakeman Scott, y señala que "el use o trust, es una institución peculiar del sistema jurídico angloamericano". (27)

#### a) Definiciones del Trust.

Antes de comentar las diversas definiciones que existen respecto al trust, es conveniente tener presentes, las distintas acepciones que tiene esta palabra, puesto que el empleo común de dicho vocablo para designar a diversas empresas y monopolios, ha desvirtuado su connotación original, otorgándole un sentido más económico, puesto que diversas compañías norteamericanas adoptaron al constituirse, la forma legal conocida como "Massachusetts" o "business trust".

En su significado jurídico, dentro del ordenamiento legal angloamericano, encontramos que la palabra trust, tiene dos sentidos, uno amplio, y otro restringido.

El amplio, se utiliza para nombrar a diversas relaciones jurídicas, entre las que encontramos, el depósito, la tutela, el albaceazgo, el mandato, etc., las cuales tienen en común la confianza que una persona deposita en otra.

Por otra parte, el sentido restringido o estricto, es empleado para designar a aquella relación fiduciaria que se originó y desarrolló dentro del doble ordenamiento jurídico existente en Inglaterra, que permitía la existencia de los

(26) PINA MEDINA, Jorge: Op. cit. pags. 23 y 24

(27) PINA MEDINA, Jorge: Op. cit. pag. 24

tribunales del Common Law y los tribunales de la Equity.

Respecto a este último sentido, existen varias definiciones del trust, las que a lo largo de la historia han tenido aceptación entre los estudiosos de la materia.

Señala Batiza, que una de las primeras definiciones que se dieron del trust, y que aún en la actualidad sigue teniendo aceptación, es la de Coke, quien expresa que el use o trust de tierras, consistía en "la confianza depositada en otro, que no emana de la tierra, sino como cosa accesoria, ligada por un vínculo privativo al derecho sobre de ella existente y a la persona en posesión, para la cual el beneficiario no dispone de otro recurso que la orden de comparecencia ante la cancillería". (28)

Como podemos observar, esta definición es poco clara, puesto que solamente es comprensible para la persona que esta familiarizada con la estructura y tecnicismos del trust; además, en sí, no lo define, y pese a que durante mucho tiempo, ha sido aceptada, y durante un gran periodo de tiempo, ha gozado de autoridad y relevancia, diversos autores la han criticado severamente.

Señala Batiza, que entre los estudiosos que se oponen a esta definición, se encuentra Maitland, quien establece dos argumentos principales: "llamar confianza al trust, para nada ayuda en el esclarecimiento de su naturaleza; además plantéase la duda de si, en efecto, siempre que existe un trust hay de por medio la confianza que alguna persona deposita en otra". (29)

La crítica anterior tiene razón, ya que no existe confianza en todos los trusts, puesto que cuando el trust no ha nacido, o desconoce la existencia del trust, no ha depositado su confianza en otra persona, asimismo, no hay confianza en los trusts que nacen por ministerio de ley.

Otro autor, Hart, quien también es citado por Batiza, considera que para definir al trust, hay que partir de sus rasgos distintivos, que son cuatro:

"1) Una obligación que puede ser impuesta expresamente o por implicación de la ley,

"2) La restricción de la obligación al manejo de bienes, sobre los cuales el obligado tiene control,

"3) La separación entre el control de los bienes y la integridad del derecho beneficiario sobre éstos, en concepto de que el obligado puede ser una de las personas que gozan de tal derecho, y,

(28) BATIZA, Rodolfo: Op. cit. pag. 46

(29) BATIZA, Rodolfo: Op. cit. pag. 47

"4) La capacidad de cualquiera de las personas interesadas beneficiariamente para exigir la obligación". (30)

Una vez determinados los elementos distintivos que tiene esta figura, Batiza concluye diciendo que, para Hart "el trust es una obligación impuesta, ya sea expresamente o por imposición de la ley, en virtud de la cual, el obligado debe manejar bienes sobre los que tiene el control para beneficio de ciertas personas que indistintamente pueden exigir la obligación". (31)

Como podemos ver, la definición de Hart, es más elaborada elaborada que la de Coke, y sus notas nos ayudan a comprender más fácilmente lo que es la figura del trust; sin embargo, el término "control" que emplea, no esclarece su naturaleza, ni explica el derecho del trustee sobre los bienes objeto de esta figura.

Actualmente la definición más aceptada y generalizada por los autores y estudiosos anglosajones del trust, es la que se encuentra en el "Restatement of Trust", cuyo texto es el siguiente: "el trust es un estado de relación fiduciaria respecto de bienes, que sujeta a la persona por quien dichos bienes son poseídos, a deberlos en equidad, al manejar dichos bienes en beneficio de otra persona, lo cual se origina como resultado de la manifestación de crearlo". (32)

Conforme a esta definición, el trust consiste en una relación fiduciaria sobre determinados bienes, por la que el trustee, o sea el fiduciario, se obliga en equidad a manejarlos, a administrarlos en beneficio del cestui, que surge de la voluntad del settlor.

Señala Batiza, que a lo más que se puede aspirar al tratar de definir al trust, es a describir sus características distintivas, ya que no existe una definición que resista las críticas, cosa similar a lo que sucede con nuestro fideicomiso, como veremos más adelante. (33)

Sin embargo pese a toda esta gama de ideas y de opiniones acerca del trust, lo verdaderamente importante es que esta figura ha tenido un gran desarrollo en los sistemas jurídicos, tanto inglés, como norteamericano, puesto que sus muchas y variadas aplicaciones, lo han llevado a ser una figura sumamente útil.

Y, concretamente para nosotros, es importante y trascendental, que nuestras autoridades administrativas y los legisladores, hayan tenido la visión de adaptarlo a nuestro sistema jurídico, pese a que como veremos más adelante, en esa incorporación también incorporaron supuestos y situaciones que no se han dado en la práctica, o que por su ambigüedad y poca claridad son confusos.

-----  
(30) BATIZA, Rodolfo: Op. cit. pag. 50

(31) BATIZA, Rodolfo: Op. cit. pag. 28

(32) DOMINGUEZ MARTINEZ, Jorge: Op. cit. pag. 140

(33) BATIZA, Rodolfo: Op. cit. pag. 52

b) Naturaleza Jurídica del Trust.

Al estudiar la naturaleza jurídica del trust, encontramos que Batiza expresa que "la convicción de los autores anglosajones está prácticamente unificada, en cuanto a que la peculiar naturaleza jurídica del trust, es resultado del hecho histórico de que en Inglaterra en el siglo XV y durante los cuatro siglos siguientes, los tribunales de derecho estricto, y los tribunales de equidad, existían como entidades separadas e independientes". (34)

Dicha situación también es compartida por Scott, a quien reproduce al afirmar que "el trust jamás se hubiera desarrollado de no haber sido por tal circunstancia". (35)

Pierre Lepaulle afirma que existen dos teorías que tratan de explicar la naturaleza jurídica del trust, y que pese a que estas teorías son contradictorias entre sí, tienen en común el hecho de que reducen el problema a determinar la esencia de los derechos del beneficiario. (36)

Conforme a la primera, la esencia del trust, es un derecho personal del cestui que trust respecto al trustee, en otras palabras, es un lazo, un vínculo que los une.

Ante esta teoría, el cestui es un acreedor del trustee, y éste como único propietario del bien dado en trust, obra en relación con terceros, adquiere derechos, y está sujeto a obligaciones, esto es, el beneficiario tiene un crédito contra el trustee.

Considera Lepaulle que esta teoría es falsa, puesto que no todos los trusts tienen beneficiario, e inclusive se da el hecho de que existen trusts perfectamente constituidos sin que haya sido designado el trustee. (37)

A la luz de la segunda teoría, el trust es concebido como una división del derecho de propiedad entre el beneficiario y el trustee, ya que el cestui adquiere un derecho real principal, pero restringido, puesto que no abarca el derecho de administrar, mismo que es conferido al trustee.

Lepaulle considera que esta teoría también es falsa, puesto que para que exista una división en el derecho de propiedad, se requieren dos sujetos de derecho, sin embargo, existen trusts en los que no hay beneficiario perfectamente designado, además, correctamente expresa, que si admitir esta teoría sería aceptar

(34) BATIZA, Rodolfo: Op. Cit. pag. 53

(35) BATIZA, Rodolfo: Op. Cit. pag. 54

(36) LEPAULLE, Pierre: Op. Cit. pags. 18 y 19

(37) LEPAULLE, Pierre: Op. Cit. pag. 18

que "pueden existir derechos reales sobre derechos personales" (38). Concluye afirmando que las teorías clásicas no solucionan el problema, por que la esencia del trust no estriba en una serie de relaciones existentes entre personas (settlor, cestui que trust y trustee), en virtud de que ninguna de ellas es esencial para la existencia del trust, ya que existen trusts, que nacen válidamente sin la intervención del settlor, puesto que hay algunos que nacen por ministerio de ley, otros se constituyen sin tener beneficiario, y es posible que otros se establezcan sin haber sido designado el trustee.

Después de analizar ambas teorías y de deshecharlas, Lepaulle afirma que, solamente se puede definir al trust partiendo de sus elementos esenciales, esto es, un patrimonio determinado y una afectación perfectamente libre, y partiendo de ellos, lo define diciendo que es "una institución jurídica que consiste en un patrimonio independiente de todo sujeto de derecho y cuya unidad está constituida por una afectación libre, en los límites de las leyes en vigor y del orden público". (39)

Consideramos que el hablar de un patrimonio afecto a un fin, es correcto, pero no lo es el sostener que el patrimonio del

trust, es independiente de todo sujeto de derecho, pues éste depende, en una u otra forma, de un sujeto de derecho, por lo que creemos que, sería más propio decir que el patrimonio del trust es autónomo del de las partes.

Más adelante, al analizar el fideicomiso mexicano, apreciaremos que la autonomía es una de sus características, entendiéndola en el sentido de que, al ser constituido, los bienes o derechos objeto del mismo salen del patrimonio del fideicomitente, pero no entran ni en el del fiduciario, ni en el del fideicomisario, sino que integran un patrimonio propio, autónomo y diferente de los patrimonios de los sujetos de la relación fiduciaria.

---

(38) LEPALLES, Pierre: Op. Cit. pag. 19

(39) LEPALLES, Pierre: Op. Cit. pags. 23 y 24



---

## **CAPITULO II**

## CAPITULO II.

### EVOLUCION HISTORICA DEL FIDEICOMISO EN LA LEGISLACION MEXICANA.

La cercanía de nuestro país con los Estados Unidos de América influyó para que las instituciones jurídicas de ese país fuesen conocidas en el nuestro, y se adoptaran y adaptaran por nuestro ordenamiento jurídico.

Es por eso que a fines del siglo pasado, años antes de que en nuestra legislación apareciera el fideicomiso, dos ordenamientos jurídicos mexicanos contemplaron una variedad del trust.

Posteriormente, como veremos más adelante, los responsables de la Secretaría de Hacienda, concientes de la potencialidad y aplicaciones del trust en Estados Unidos de América y en Inglaterra, elaboraron varios proyectos que trataron de establecer una figura similar a esa institución en sus aplicaciones en la vida jurídica, bancaria y comercial del país.

Estos intentos fructificaron con la promulgación de leyes bancarias que contemplaron al fideicomiso y a la actividad fiduciaria y tiempo después, en 1932, con la expedición de la vigente Ley General de Títulos y Operaciones de Crédito, que contiene ya una regulación específica de esta figura, bajo la cual se ha desarrollado.

Tiene trascendencia, no solo para la legislación mexicana, sino, también para la de diversos países de Latinoamérica, que regulan a esta figura, la labor que realizaron dos juristas extranjeros, uno panameño, el Doctor Ricardo J. Alfaro, y el otro francés, Pierre Lepaulle, quienes estudiaron al trust e intentaron adaptarlo a los sistemas jurídicos de inspiración romana, puesto que sus trabajos fructificaron con la expedición de leyes, tanto en México, como en otros países que tienen legislaciones similares a la nuestra.

Todos estos proyectos y leyes que han pretendido definir y regular al fideicomiso en México, han contribuido a lograr lo que esta figura es en la actualidad: un negocio jurídico, que en virtud de su gran versatilidad y adaptabilidad, puede ser utilizado prácticamente en cualquier actividad, siempre que ésta sea lícita.

En este estudio de los antecedentes históricos del fideicomiso, se comprenden a tres proyectos que pretendieron regularlo, y a las leyes que si lo hicieron, así como a las que lo hacen en la actualidad.

## 1. EN EL SIGLO XIX.

La situación geográfica existente entre Estados Unidos de América y nuestro país ha propiciado que la vida, costumbres y en algunos casos, las instituciones jurídicas de alguno de ellos, sean conocidas en el otro, y es así, que esta situación, nos permitió apreciar, la figura del trust, el que una clase de él tuviese efectos en México a fines del siglo pasado, y fue trascendental para la evolución del fideicomiso en México.

Encontramos que los antecedentes más remotos del trust y de su aplicación en México, datan de fines del siglo XIX, cuando se utilizó en nuestro país esta figura para garantizar una emisión de bonos destinados a financiar la construcción de ferrocarriles.

Esto fue posible en virtud de que el Código Civil de 1884, y la Ley Sobre Ferrocarriles de 29 de abril de 1889, permitieron que el trust deed otorgado en el extranjero, surtiese efectos en México, y se fincasen las deudas contraídas por Ferrocarriles Nacionales de México.

Señala Emilio Velasco que esto se realizó mediante "una emisión de hipoteca otorgada en forma de fideicomiso". (40)

En efecto, vemos que las autoridades hacendarias, los legisladores y los banqueros mexicanos, desde el siglo pasado propiciaron la incorporación de esta figura en nuestro sistema legal, puesto que desde esos días se vislumbraban las ventajas que ofrecería el tener una figura similar.

Ante esta situación, tal y como lo señala Roberto Molina Pasquel, "El gobierno mexicano debió haber considerado entonces la importancia y trascendencia de las 'compañías de trust', que bajo diversas denominaciones, y generalmente incrustadas en un banco de emisión o en una institución de ahorro (Trust and Savings Companies, Bank and Trust Companies), controlaban el poder económico en la notable expansión de la Unión Norteamericana." (41)

Los legisladores, las autoridades y los banqueros mexicanos, propiciaron la incorporación de esta figura en nuestro sistema legal, puesto que desde esos días se vislumbraban las ventajas que ofrecería el tener una figura similar.

-----  
(40) VELASCO, Emilio: Los Instrumentos del Trust y los Ferrocarriles Nacionales". Revista General de Derecho y Jurisprudencia, Tomo III, México, 1932, pag. 448.

(41) MOLINA PASQUEL, Roberto: Estudios Sobre Fideicomiso: "Recepción, Evolución y Estado Actual del Fideicomiso en el Derecho Mexicano", México Turístico, S.A., 1980, pag. 124

## 2. PROYECTO LIMMANTOUR.

Las primeras inquietudes y manifestaciones oficiales por incorporar a nuestro sistema jurídico el trust anglosajón, se encuentran en los estudios del Ministerio de Hacienda y Crédito Público, realizadas durante el gobierno de Porfirio Díaz.

El 21 de noviembre de 1905, el entonces Secretario de Hacienda, Don José Ives Limmantour, envió a la Cámara de Diputados una iniciativa de ley que constaba de ocho artículos, en la que se facultaba al Ejecutivo para expedir la ley "por cuya virtud pueden constituirse en la República instituciones comerciales encargadas de desempeñar las funciones de agentes fideicomisarios". (42)

En la exposición de motivos, explicaba el ambiente jurídico imperante en México, y expresaba que "para los que siguen de cerca el giro y el desenvolvimiento que en nuestro país han tomado los negocios comerciales, no ha pasado inadvertida la falta de ciertas organizaciones especiales, que los países anglosajones denominan 'Trust Companies' o Compañías Fideicomisarias' ... y cuya función fundamental consiste en ejecutar actos y operaciones, en las cuales el agente no tiene interés directo, sino que obra como mero intermediario, que las partes verdaderamente interesadas, llaman en auxilio para conseguir la ejecución imparcial y fiel de tales actos, y operaciones en beneficio de ellos mismos y de terceras personas." (43)

Consideraba también como antecedente de esta figura, al fideicomiso romano, por lo que, agregaba que "no es desconocida entre nosotros la institución del fideicomiso, pero reducida, por razones de orden histórico, a prestar sus servicios respecto a disposiciones de última voluntad, o que deben producir sus efectos después de la muerte del autor del fideicomiso; esta institución, lejos de evolucionar y perfeccionarse, ... es tenida como un factor para el estancamiento de la riqueza; por lo que el fideicomiso ha sido estrictamente limitado en cuanto al tiempo y en cuanto al número de personas que pueden recibir sus beneficios". (44)

Al identificar el trust con el antiguo fideicomiso romano, incurria en una confusión muy normal, ya que si bien es cierto que este puede considerarse como su antecedente lejano, y que ambos tienen semejanzas, hemos visto que también presentan

(42) BATIZA, Rodolfo: Estudios Sobre Fideicomiso: "El Proyecto Limmantour, Primer Intento Legislativo Mundial de Adopción del Trust a los Sistemas Romanistas", México Turístico, S.A., 1980, pag. 84

(43) BATIZA, Rodolfo: Op. cit. pags. 84 y 85

(44) BATIZA, Rodolfo: "Op. cit. pag. 85

diferencias.

Continuaba señalando, que pese a que diversas instituciones se habían establecido en nuestro país, no habían logrado realizar los servicios fundamentales a que se destinaban, y a este respecto añadía que "la función genuina de estas instituciones es siempre la misma: interponer la mediación del fideicomisario para asegurar el cumplimiento futuro, de buena fe, en condiciones eficaces y en términos convenientes, de las obligaciones creadas al amparo de un contrato, o de un acto que tiene por objeto el beneficio de las partes o de un tercero". (45)

Finalmente Don José Ives Limantour, con una gran visión económica, agregaba que "... las relaciones cada vez más estrechas entre nuestra vida comercial y la de los Estados Unidos de América, la afluencia de capitales de este país hacia el nuestro, para desarrollar toda clase de empresas, así como el adelanto y perfeccionamiento del sistema de transacciones en nuestra actividad general, han hecho sentir al Poder Público la necesidad de incorporar en nuestra legislación, la institución que tan favorables resultados y tan incontables servicios presta en los Estados Unidos y en otros países, necesidad a la cual responde la iniciativa, que por acuerdo del Presidente de la República, se somete a la consideración de la Cámara". (46)

La explicación introductoria terminaba manifestando que la Secretaría de Hacienda había estudiado las bases consignadas en el proyecto de ley, que de merecer sanción del Poder Legislativo, "permitirían al gobierno expedir un decreto autorizando la creación de compañías fideicomisarias que, bajo una rigurosa inspección, podrán prestar importantísimos servicios al público". A la vez concluía: "... la ley que se trata de expedir consignará los principios fundamentales del fideicomiso en su más amplia acepción, respetando, sin embargo, aquellos otros principios de nuestro derecho público encaminados a impedir el estancamiento de la riqueza general, único peligro que puede tener el fideicomiso en alguna de sus aplicaciones". (47)

Es evidente que en ese entonces, no se tenía precisión de las partes elementales del fideicomiso, pues, en el proyecto se incurría en un error al hablar de "compañías fideicomisarias" en lugar de compañías o instituciones fiduciarias.

También debemos destacar que es clara la afirmación que se hacía en la Exposición de Motivos de la iniciativa, al señalar la influencia decisiva de los Estados Unidos de América para que se acogiera la institución del trust en nuestro derecho, dadas las estrechas relaciones comerciales con aquel país, si bien es cierto, que en ese momento, era a ese país a quien más se beneficiaba con tal adopción.

(45) BATIZA, Rodolfo: Ibidem

(46) BATIZA, Rodolfo: Ibidem

(47) BATIZA, Rodolfo: Op. cit. pag. 100

Es importante destacar que desde entonces, pese a que aún no se comprendía perfectamente la naturaleza del trust, si se tenían presentes algunos posibles problemas que su uso indebido ocasionaría, por lo que, conciente de ello, el autor expresó que pudiera propiciar el estancamiento de la riqueza, y que esto debería de evitarse atendiendo a nuestros principios jurídicos generales.

Hechos los comentarios anteriores pasemos ahora a comentar algunos de los artículos de la iniciativa.

En su artículo 10. señalaba que la ley facultaba al Ejecutivo para que se constituyesen en la República, Instituciones Comerciales, encargadas de desempeñar las funciones de agentes fideicomisarios.

El artículo 20. contenía una descripción amplia de lo que se podría alcanzar con el fideicomiso, que implicaba un vago concepto del mismo, y señalaba que éste podía consistir:

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

"II.- En el encargo hecho al fideicomisario, por parte interesada o por mandamiento judicial, de ejecutar cualesquiera actos, operaciones o contratos lícitos respecto de bienes determinados, en beneficio de un tercero que tenga, o a quien confiera derecho a una parte o a la totalidad de dichos bienes, o de sus productos, o a cualquiera otra ventaja o aprovechamiento sobre dichos bienes, o en relación con ellos". (48)

Como podemos observar, dicho concepto de fideicomiso, era un encargo hecho al "fideicomisario", para realizar determinados actos, lo que se traducía en una interpretación limitada del trust norteamericano.

Su artículo 30. señalaba que "el fideicomiso importará un derecho real respecto de los bienes sobre los que se constituya. La Ley definirá la naturaleza y efectos de ese derecho y los requisitos para hacerlo valer". (49)

En el artículo 40., se establecía ya la condición de que la "institución fideicomisaria" debería llenar los requisitos establecidos por la Secretaría de Hacienda, para comenzar sus operaciones.

-----  
(48) BATIZA, Rodolfo: Op. cit. pag. 84

(49) BATIZA, Rodolfo: "Op. cit. pag. 86

A pesar de que el mismo día en que el proyecto fué enviado a la Cámara, se trató, y se turnó a las comisiones unidas de Justicia y Hacienda, éstas no lo discutieron, sin embargo el Proyecto Limmantour, tiene un mérito notable, el ser el primer intento legislativo del mundo, para adoptar en un régimen de tradición romanista, la institución del trust, y es una lástima que no haya sido sancionado y promulgado, puesto que, somos de la opinión que si lo hubiera sido, nuestro fideicomiso presentaría otras características, y estaría más identificado a nuestra realidad.

### 3. DOCTOR RICARDO J. ALFARO.

Es importante destacar como uno de los antecedentes del fideicomiso, a los trabajos del Doctor Ricardo J. Alfaro, jurista panameño, quien estudió el trust anglosajón, y lo asimiló a los sistemas latinoamericanos de ascendencia romana; este jurista, fué uno de los estudiosos que más influyó en el desarrollo de las leyes mexicanas respecto al fideicomiso, puesto que sus ideas, son la base de las leyes bancarias de 1926, en lo que se refiere a esta figura.

Con su obra "El Fideicomiso, Estudio Sobre la Necesidad de Introducir en los Pueblos Latinos una Institución Nueva, Semejante al Trust del Derecho Inglés", publicado en 1920, inició un verdadero movimiento en varios países, entre ellos Panamá, Colombia, Chile, Bolivia y México, tendiente a implantar la reglamentación del fideicomiso en sus legislaciones.

Este trabajo se complementó con otras obras, entre las que se encuentran, "El Nuevo Fideicomiso", y "El Trust Anglosajón y el Fideicomiso Panameño", y en esta última se contenía un proyecto de ley, que habría de cristalizar en la Ley Bancaria de Panamá de 1925.

Señala Roberto Molina Pasquel, refiriéndose a las obras de Alfaro, que en ellas se "concretaban las ideas de la época, un tanto confusas sobre la naturaleza que habría de tener el fideicomiso, que se explicaba desde años atrás en México como un 'encargo', configurándolo como un mandato..." (50)

Tienen especial significado los artículos 10. y 21 del proyecto, el primero por haber sido la base para el desarrollo de la Teoría del Mandato, que más adelante veremos, expuesta por Alfaro, en la que intenta explicar la naturaleza jurídica del fideicomiso:

---

(50) MOLINA PASQUEL, Roberto: Op. Cit. pag. 126

"Artículo 1.- El fideicomiso es un mandato irrevocable en virtud del cual se transmiten determinados bienes a una persona llamada fiduciario, para que disponga de ellos conforme lo ordena el que los transmite, llamando fideicomitente, en beneficio de un tercero llamado fideicomisario." (S1)

"Artículo 21.- Los bienes fideicometidos (sic) deberán ser inscritos en el Registro a nombre del fiduciario, como cualquier otra transmisión de dominio; y se inscribirán como gravámenes las disposiciones del fideicomiso en virtud de las cuales se limita la facultad del fiduciario para enajenar o gravar los inmuebles fideicometidos (sic)." (S2)

Este proyecto representa la base sobre la cual se elaboraron leyes posteriores en México, como es el caso de la Ley de Bancos de Fideicomiso de 1926, que constituyó la única ley especializada sobre fideicomiso que hubo en México, y una de las primeras que se promulgó en tal sentido en Latinoamérica, y que pese a sus errores de apreciación, al equiparar el fideicomiso al mandato, sienta un precedente importante en la evolución del fideicomiso mexicano.

#### 4. PROYECTO CREEL.

En febrero de 1924, durante la Convención Bancaria, Enrique Creel señaló que debían operar en el país "Compañías Fideicomisarias", cuya principal actividad fuese la "aceptación de hipotecas, y más que de hipotecas, de contratos de fideicomiso de toda clase de propiedades, bonos de compañías, ferrocarriles, etc." así como el "recibir en fideicomiso los bienes de viudas, de huérfanos y niños, y es así, como los bienes, muebles e inmuebles, quedan asegurados y administrados por una institución de crédito y prestigio". (S3)

En dicho proyecto, el Sr. Creel, proponía diecisiete bases conforme a las cuales el Ejecutivo, pudiera expedir la ley, destacando la base primera, en la que se señalaba que "dichas compañías podían recibir hipotecas en garantía de los bonos que emitieran en nombre de sociedades, corporaciones o particulares; encargarse del pago de cupones, de la amortización de bonos y de celebrar toda clase de contratos de fideicomiso." (S4)

En opinión de Batiza, " el proyecto pecaba de heterogeneidad en cuanto a las funciones y actividades que encomendaba a las

(S1) MOLINA PASQUEL, Roberto: ibidem

(S2) MOLINA PASQUEL, Roberto: ibidem

(S3) BATIZA, Rodolfo: Op. cit. pag. 102

(S4) BATIZA, Rodolfo: Op. cit. ibidem



compañías bancarias de fideicomiso y ahorro". (55)

Al igual que el proyecto que mencionamos anteriormente, éste tampoco fue sancionado, sin embargo si contribuyó a la elaboración de la ley que el siguiente año se promulgó.

##### 5. LEY GENERAL DE INSTITUCIONES DE CREDITO Y ESTABLECIMIENTOS BANCARIOS DE 24 DE DICIEMBRE DE 1924.

Esta ley fue publicada en el Diario Oficial de 16 de enero de 1925, tiene como base la Ley General de Instituciones de Crédito de 1897, buscando llenar algunos de los vacíos que tenía, puesto que, ésta solamente se refería a los bancos de emisión, a los hipotecarios y a los refaccionarios, en cambio, la nueva ley, comprendía a todos los negocios bancarios que afectaban el interés público, por lo que, no solo regulaba a los anteriores y a los bancos de depósito, a las cajas de ahorros, sino, también a los Bancos de Fideicomiso.

Se refería a los Bancos de Fideicomiso en su capítulo VIII, en el que establecía que "los bancos de fideicomiso sirven al interés público en varias formas y principalmente administrando los capitales que se les confían e interviniendo, con la representación de los suscriptores o tenedores de bonos hipotecarios, al ser emitidos éstos, o durante el tiempo de su vigencia". (56)

Agregaba que, los Bancos de Fideicomiso, habrían de regularse por la ley especial que posteriormente se expediría al efecto.

Destacamos el hecho de que esta ley, comprendía a los bancos de fideicomiso, pese a que estos negocios aún no estaban regulados, ni perfectamente identificados.

Esta es la primer ley bancaria mexicana que en su articulado comprendió al fideicomiso, y es importante hacer notar, que desde entonces se reservó a los bancos, el intervenir en este tipo de negocios, además de que con ello, encuadró a esta figura jurídica, como una operación de crédito y en consiguiente, mercantil, y no como una institución de derecho civil, otorgándole una característica distintiva frente al trust anglosajón.

-----  
(55) BATIZA, Rodolfo: Op. cit. pag. 103

(56) VILLAGORDDA LOZANO, José Manuel: Op. Cit. pag. 48.

## 6. PROYECTO VERA ESTANOL.

Otro antecedente de nuestro fideicomiso, fué el proyecto de ley, que en el año de 1926, Jorge Vera Estanol presentó a la Secretaría de Hacienda, que se denominó "Proyecto de la Ley de Compañías Fideicomisarias y de Ahorro", con el que pretendió dar cumplimiento a lo señalado en la ley bancaria de 1924.

Este proyecto en su capítulo II describía las "operaciones fideicomisarias", y establecía que consistían:

"I.- En el encargo que por virtud de un contrato hicieran dos o más personas a la compañía de ejecutar cualesquiera actos operaciones o contratos lícitos respecto a bienes determinados en beneficio de alguno o de todos los contratantes, o en el hacer efectivos los derechos o cumplir las obligaciones estipuladas en dicho contrato, o que sean su consecuencia legal.

"II.- En el encargo que, por partes interesadas o por mandamiento judicial, se hiciera a la compañía de ejecutar cualesquiera actos, operaciones o contratos lícitos, respecto a bienes determinados, en beneficio de un tercero con derecho a una parte o, a la totalidad de dichos bienes o de sus productos, o cualquier otra ventaja o aprovechamiento sobre los mismos." (57)

De acuerdo a lo establecido en esta ley, la sociedad en su carácter de "fideicomisaria", podía celebrar diversos actos, como eran, adquirir, enajenar, gravar, poseer, explotar, administrar, o invertir los bienes objeto del fideicomiso, y, en general, en ejercer cualquier otro derecho sobre bienes.

Conforme a su artículo 13, podían ser objeto del fideicomiso, los bienes inmuebles y derechos reales, cualesquiera clase de valores, créditos, títulos, papeles, dinero en efectivo y bienes muebles en general, y cualesquiera derechos, excepto aquellos, que conforme a la ley, no pudieran ser ejercidos sino directa e individualmente por la persona a quien pertenecieran o correspondieran.

En su artículo 17, el proyecto señalaba que "la designación del beneficiario de un fideicomiso, podía hacerse nominativamente, o de cualquier otra manera que no hiciera dudosa su identificación. Si el fideicomiso se constituía en virtud de la última voluntad, o de acto que debiera producir efectos después de la muerte del otorgante, no podía exceder de treinta años, salvo lo que estableciera la legislación civil y la especial relativa a institutos de beneficencia. Cuando un fideicomiso fuera creado por mandamiento judicial o por contrato o acto entre vivos, duraría por todo el tiempo en que legalmente debieran subsistir los derechos o las obligaciones para cuya

(57) BATIZA, Rodolfo: Op. cit. pag. 105

ejecución, cumplimiento o garantía se hubiera creado. (58)

Este proyecto, pese a que incurre en el mismo error de los de Limmontour y Creel, al utilizar el término "compañías fideicomisarias", para referirse a las instituciones fiduciarias, presenta, ya un sistema más completo para la regulación del fideicomiso, aportando conceptos precisos sobre los bienes que podían ser materia del mismo, así como los derechos y obligaciones que adquirirían las partes en el contrato respectivo.

Es importante reconocer que este proyecto, aunque con las limitaciones ya mencionadas, abarca un análisis más o menos completo de las diferentes situaciones jurídicas que se presentarían con el fideicomiso, y que tendrían que ser contempladas en la legislación que habría de regular a la institución del fideicomiso.

## 7. LEY DE BANCOS DE FIDEICOMISO DE 30 DE JUNIO DE 1926.

Esta ley, que fue publicada en el Diario Oficial del 17 de julio de 1926, estuvo inspirada por los estudios de Ricardo J. Alfaro, que estaban de moda en ese entonces; su objeto consistió en regular a los Bancos de Fideicomiso, cumpliendo con lo señalado en la ley bancaria de 1924; constaba de ochenta y seis artículos y cinco capítulos, que eran:

- I.- Objeto y constitución de los bancos de fideicomiso.
- II.- Operaciones de fideicomiso.
- III.- Departamento de ahorros
- IV.- Operaciones bancarias de depósito y descuento
- V.- Disposiciones generales.

Esta ley, desde su exposición de motivos, esta influenciada por las ideas de Creel, pero sobre todo por la corriente desarrollada por Alfaro.

Señala Batiza que en su exposición de motivos esta ley, expresaba que en la de 1924, "quedaron mencionados los bancos de fideicomiso como instituciones de crédito para los efectos legales, aunque no se hizo luego su reglamentación, sino que se previno que habrían de regirse por una ley especial". (59)

Refiriéndose a las ventajas que ofrecería la creación de los Bancos de Fideicomiso, la exposición señalaba, que estas instituciones "se consideran como un necesario complemento del

(58) BATIZA, Rodolfo: Op. cit. pags. 106 y 107

(59) BATIZA, Rodolfo: Op. cit. pag. 109

sistema bancario nacional, pero tratándose de una institución nueva en el país, se prefirió aplazar su reglamentación, tomado el tiempo necesario para hacer un estudio detenido de sus bases.

"La institución del fideicomiso es nueva en México y, en consecuencia, la ley relativa importa la legalización de una institución jurídica moderna que, especialmente en los países anglosajones, se practica hace largo tiempo y ha producido fecundos resultados". Aclaraba que "el nombre de fideicomiso, aceptado por la nueva ley, como el que se ha dado en nuestra lengua a la institución anglosajona, no significa en manera alguna, lo que por él se ha entendido, pues el nuevo fideicomiso es una institución distinta de las anteriores, y muy en particular del fideicomiso del derecho romano.

"La reglamentación sancionada en la ley constituye, en el fondo, una adaptación de las prácticas anglosajonas, pero con las modificaciones adecuadas para su adaptación a las demás disposiciones de nuestro derecho, especialmente de la legislación bancaria, ha fin de que haya unidad en el sistema y se eviten discordancias o conflictos entre unas y otras instituciones jurídicas", y finalmente concluía expresando que "es indudable que la ley expedida constituye solamente un ensayo para aclimatar entre nosotros una nueva institución y que, por lo tanto, habrá de transcurrir algún tiempo antes de que produzca sus plenos resultados, siendo de preverse, además, que haya necesidad de introducir en ella las reformas que la práctica vaya aconsejando. De todas maneras es indudable que constituye un progreso importante y que es complemento indispensable para la perfección del sistema bancario aceptado por la ley de 1924" . (60)

El objeto principal de la ley, fué el regular los actos y actividades que podían desempeñar los bancos de fideicomiso, es decir, celebración de operaciones autorizadas por la propia ley, por cuenta ajena en favor de tercero, cuya ejecución se confiaba a su honradez y buena fe.

Además la ley establecía que estos bancos podían celebrar otros actos, como son ahorros, depósito y descuento.

Siguiendo la corriente iniciada por Alfaro, conforme a esta ley, "el fideicomiso propiamente dicho es un mandato irrevocable, en virtud del cual se entregan al banco, con carácter de fiduciario, determinados bienes para que disponga de ellos o de sus productos, según la voluntad del que los entrega, llamado fideicomitente, a beneficio de un tercero, llamado fideicomisario" (61)

En esta ley se distinguía claramente a las partes que intervenían en el fideicomiso, por un lado, una institución de crédito, a quien el Gobierno Federal hubiese otorgado expresamente la concesión para aceptar operaciones fiduciarias,

-----  
(60) BATIZA, Rodolfo: Op. cit. pags. 107 y 110

(61) BATIZA, Rodolfo: Op. cit. pag. 110

denominándola ya fiduciario, y no "agente o campaña fideicomisaria", como la ley y los proyectos anteriores; por otro lado, el fideicomitente, que es la persona que entrega los bienes o derechos en beneficio de un tercero llamado fideicomisario o beneficiario, siendo éste la persona en favor de quien se constituye el fideicomiso.

En su artículo 7, la ley, estableció que el fideicomiso sólo puede constituirse con un fin lícito, esto es, que no fuese contrario a la ley, ni a las buenas costumbres.

La ley tuvo una vida efímera ya fué abrogada el mismo año en que se promulgó.

#### 8. LEY GENERAL DE INSTITUCIONES DE CREDITO Y ESTABLECIMIENTOS BANCARIOS DE 31 DE AGOSTO DE 1926.

Esta ley fué publicada en el Diario Oficial de 29 de noviembre de 1926; como la ley anterior, también estuvo inspirada por las ideas de Alfaro, que estaban de moda en esa época, y al igual que ella, identificó el fideicomiso con un mandato irrevocable, en el que además existía, una transmisión de bienes al fiduciario.

Reprodujo en forma íntegra el artículo de la ley anterior, a la que abrogó.

Es conveniente hacer la mención de que en virtud de que el fideicomiso prácticamente no existía en México, los requisitos para la constitución y funcionamiento de las instituciones fiduciarias en ambas leyes, eran un poco rígidas, por lo que no se propició su aparición, sin embargo, cabe señalar que, los primeros fideicomisos que se celebraron en México, estuvieron fundamentados en esta ley.

#### 9. LEY GENERAL DE INSTITUCIONES DE CREDITO DE 28 DE JUNIO DE 1932.

En la exposición de motivos de esta ley, que se publicó en el Diario Oficial de 29 de junio de 1932, el legislador se remitió a la ley anterior, señalando las grandes posibilidades que tendría la utilización del fideicomiso, por ser un instrumento útil para el desarrollo de la actividad económica del

país.

Señala Batiza, al comentar la exposición de motivos de esta ley, que "... la ley de 1926 había introducido en México, rompiendo la tradición, la institución jurídica del fideicomiso y que evidentemente esta institución podía ser de muy grande utilidad para la actividad económica del país y estaba destinada probablemente a un gran desarrollo; pero que desgraciadamente, dicha ley no precisaba el carácter sustantivo de la institución y dejaba por tanto, gran vaguedad de conceptos en torno de ella", y añadía, que "para que la institución pudiera vivir y prosperar en nuestro medio se requería, en primer término, una definición clara de su contenido y efectos, siendo esta definición materia de la Ley de Títulos y Operaciones de Crédito, y una reglamentación adecuada de las instituciones fiduciarias". (62)

Conforme a esta ley, las instituciones de crédito, eran las sociedades mexicanas que tuvieran por objeto exclusivo, la práctica de operaciones activas de crédito y la celebración de ciertas operaciones, entre las cuales se contaba, la ser fiduciarias.

Es a partir de esta ley, cuando realmente "... se reglamentó en una forma completa a las instituciones fiduciarias, y en donde se empieza a perfilar el concepto de la institución del fideicomiso, con el requisito de que, solo las instituciones autorizadas pueden desempeñar el cargo de fiduciario. Esta ley dejó a la Ley General de Títulos y Operaciones de Crédito, la definición del concepto sustantivo del fiduciario.." (63)

Esta ley, junto con la que comentaremos en el siguiente apartado, estuvo inspirada por las ideas de Pierre Lepaulle, rompiendo con los conceptos existentes hasta ese año.

#### 10. LEY GENERAL DE TITULOS Y OPERACIONES DE CREDITO DE 1932.

Es la ley vigente en la actualidad, bajo la cual el fideicomiso mexicano se ha desarrollado y evolucionado, hasta llegar a ser la figura jurídica que es en la actualidad; fue publicada en el Diario Oficial de 27 de agosto de 1932.

En esta ley se pretendió dar cumplimiento a las situaciones que quedaron enunciadas en la ley bancaria de 1932, así como corregir los errores y lagunas de las leyes de 1926, por lo que,

(62) BATIZA, Rodolfo: Op. cit. pag. 114

(63) QUINTERO, Carlos: "Estudios sobre Fideicomiso: El Fideicomiso en México. Aspectos Económicos y Legales de su Desarrollo". México Turístico. S.A. 1980. pag. 201

ya con una idea más precisa de la figura jurídica que nos ocupa, el legislador señaló en su exposición de motivos, que la implantación del fideicomiso, "significará de fijo un enriquecimiento del caudal de medios y formas de trabajo de nuestra economía" (64)

Pese a las deficiencias que desde su promulgación, presentan los artículos relativos al fideicomiso, esta figura jurídica se ha desarrollado en México, bajo su influencia, y esos preceptos, junto con el propio fideicomiso, han sido modelo para otros países de Latinoamérica.

Además, es innegable que en su oportunidad, los conceptos y estipulaciones al respecto, fueron muy importantes y que constituyeron un verdadero avance y una realidad en la adaptación del trust a los sistemas romanistas.

La ley reglamenta al fideicomiso en su aspecto sustantivo, en su Título II, Capítulo V, Del Fideicomiso, en los artículos 346 al 359, mismos que no se han modificado desde la publicación de la ley.

Este capítulo, debe su luz, principalmente a la labor de Pablo Macedo, quien estuvo inspirado por los trabajos de Pierre Lepaulle.

Resulta evidente que en el momento de la promulgación de esta ley, era necesario regular ya, en una forma completa, al fideicomiso, que era contemplado por las leyes bancarias, desde hacia varios años, y creemos que como consecuencia de esa necesidad, el legislador, únicamente se basó en los trabajos de Lepaulle, que como veremos en su oportunidad, son de interpretación y no directos, es decir de divulgación o explicación, y no realizó un estudio más detenido y cercano del trust norteamericano, sino que inspirado por la corriente de moda en esa época, realizó una adaptación del trust norteamericano, un tanto brusca, propiciando en principio, aunque sin desearlo, el oscurecimiento de esta figura, enmarahando su naturaleza jurídica.

A continuación comentaremos algunos de los puntos que consideramos más relevantes respecto a las estipulaciones que se contienen en esta ley, y que han propiciado ya sea confusión respecto a su naturaleza jurídica, problemas en la práctica o bien, que han contribuido a otorgarle características propias en nuestro sistema jurídico.

1.- Pese a que la definición del fideicomiso estaba prevista en la ley bancaria de 1932, en esta ley no se contiene, ya que solamente se le describe, lo cual, como veremos en el capítulo siguiente, propició la existencia de varias teorías que se elaboraron para tratar precisar su naturaleza jurídica.

-----  
(64) VILLAGORDOA LOZANO, José Manuel: Op. Cit. pag. 53

En efecto, la ley en su artículo 346, unicamente establece que "en virtud del fideicomiso, el fideicomitente destina ciertos fines a un fin lícito, encomendando la realizacibn de ese fin a una institución fiduciaria".

Es así que la ley se adhiere a la idea de que el patrimonio del fideicomiso es un patrimonio afectación, lo cual se confirma con lo señalado en el artículo 351 que establece que los bienes que se den en fideicomiso se considerarán afectos al fin a que se destinan.

2.- Por lo que se refiere a la constitución del fideicomiso, la ley se concreta a completar los conceptos vertidos en su exposición de motivos, en la que se señala la incorporación del trust expreso, y al efecto, señala en su artículo 352, que el fideicomiso puede ser constituido por acto entre vivos o por testamento, y que su constitución, deberá siempre constar por escrito, observando los términos de la legislación común sobre transmisión de los bienes o derechos que se den en fideicomiso, sin que se haga mención de que actos son los que lo crean.

3.- Otro problema que propició la ley, fué el que al seguir la corriente elaborada por Lepaulle, se olvidó de mencionar expresamente, que en el fideicomiso existe una transmisión de propiedad de los bienes, o de titularidad de los derechos, objeto del mismo, en favor del fiduciario, lo cual ocasionó que se tuviese que llegar en algunas ocasiones a la Suprema Corte de Justicia de la Nación para dirimir controversias suscitadas por esta situacibn.

En efecto la ley, solamente establece que para que el fideicomiso surta efectos contra terceros, se deben reunir determinados requisitos, y en una forma poco clara, señala que existe transmisión de propiedad en favor del fiduciario al referirse a que:

A.- El fideicomiso cuyo objeto recaiga en bienes inmuebles deberá inscribirse en la sección de la Propiedad del Registro Público del lugar en que los bienes estén ubicados.

B.- En el fideicomiso cuyo objeto recaiga en bienes muebles:

a) Los títulos al portador (como sería el dinero en efectivo), deben entregarse al fiduciario.

b) Los títulos nominativos deben endosarse en favor de la institución fiduciaria.

c) Las cosas corporeas, deben entregarse también al fiduciario.

4.- En su artículo 350, la ley señala que solamente las instituciones expresamente autorizadas por la ley bancaria (es decir la ley de 1932), podrían actuar como fiduciarias; este artículo lo comentaremos en el capítulo IV.



5.- Refiriéndose al papel que desempeña el fiduciario en los fideicomisos, tiene especial trascendencia, el que la ley en su articulado no le otorgue la real importancia que le corresponda y que ha adquirido a través del desempeño de los encargos recibidos a lo largo de los años, en los que esta figura jurídica se ha desarrollado y arraigado conforme a nuestras leyes y costumbres. Esta situación la podemos observar al encontrar que la ley establece lo siguiente:

A.- Que el fideicomiso podrá constituirse y ser válido sin que se designe al fiduciario.

B.- Que el fideicomiso puede constituirse por acto entre vivos, sin que especifique cual es ese acto, y lo deje abierto a cualquier acto jurídico.

C.- A lo poco práctico, como veremos en el capítulo IV, del contenido de los párrafos segundo y tercero del artículo 350, que señalan:

"En caso de que al constituirse un fideicomiso no se designe nominalmente a la institución fiduciaria, se tendrá por designada a la que elija el fideicomisario o, en su defecto, el juez de primer instancia del lugar en que estuvieren ubicados los bienes, de entre las instituciones expresamente autorizadas conforme a la ley.

"El fideicomitente podrá designar varias instituciones fiduciarias para que conjunta o sucesivamente desempeñen el fideicomiso, estableciendo el orden y las condiciones en que hayan de substituirse. Salvo lo dispuesto en el acto constitutivo del fideicomiso, cuando la institución fiduciaria no acepte, o por renuncia o remoción cese en el desempeño de su cargo, deberá nombrarse otra para que la substituya. Si no fuere posible esta substitución, cesará el fideicomiso."

6.- Por otro lado, también en relación al fiduciario, el artículo 354, si reconoce su importancia para la consecución del fin del fideicomiso, puesto que establece que tendrá todos los derechos y acciones que se requieran para el cumplimiento del fideicomiso, salvo las normas o limitaciones que se establezcan al efecto, al constituirse el mismo, y que estará obligada a cumplir dicho fideicomiso conforme al acto constitutivo.

Pero dicho artículo le impone una limitación propia de los trustees, al señalar que no podrá excusarse o renunciar su encargo sino por causas graves a juicio de un juez de primera instancia del lugar del domicilio, pero no especifica cuales son esas causas.

7.- En el artículo 350, establece que solamente las instituciones expresamente autorizadas por la ley bancaria podrán actuar como fiduciarias; este artículo lo comentaremos en el capítulo IV, así como aquellos que se refieren a las demás partes

personales que intervienen en el fideicomiso, y a sus derechos y obligaciones.

8.- Otra confusión que existe en la ley, es la que se da al señalar que a la extinción del fideicomiso, los bienes del fideicomiso deberán revertirse al fideicomitente, o entregarse a su sucesión, puesto que pasa por alto diversas situaciones que se presentan en la práctica con bastante frecuencia, sobre todo en los fideicomisos irrevocables, en los cuales el fideicomitente se desliga en todo o en parte del fideicomiso.

9.- Por otro lado, señala la ley que el fin del fideicomiso debe ser lícito y determinado, con lo cual se pretende evitar situaciones contrarias a las normas jurídicas vigentes.

10.- Finalmente cobra especial significado el hecho de que no precise en forma clara la naturaleza jurídica del fideicomiso, y que exista una serie de ideas vagas, confusas y, en ocasiones contradictorias en el articulado respectivo.

Estas ideas, ocasionaron no solo controversia entre los estudiosos, que han visto en ellas, la fuente idónea para desarrollar sus teorías respecto a la naturaleza jurídica del fideicomiso, sino como lo hemos comentado, verdadera confusión y en algunos casos verdaderos problemas.

Pese a la dureza de los comentarios anteriores, reconocemos la importancia de los artículos que regulan al fideicomiso, y que se refieren a él en todas las etapas que tiene, desde que se constituye, hasta que se extingue, y que han establecido los parámetros y lineamientos que lo han regulado desde 1932, y que bajo la esfera de aplicación de esta ley, han permitido que se desarrolle esta figura en nuestro país, y que haya servido de modelo para legislaciones de Centro y Sudamérica.

Más sin embargo, en estos sesenta años de vigencia de la ley, el fideicomiso ha evolucionado y se ha adaptado a nuestras costumbres e idiosincrasia, por lo que, cada vez resulta más evidente y necesario el que se efectúen adecuaciones a la ley, que lo acerquen más a la realidad que tiene en la actualidad.

Finalmente, es importante tener presentes las siguientes consideraciones respecto a esta ley:

A.- Al incorporar el trust a nuestra legislación, no se apreció en toda su amplitud, la importancia que ha tenido en su desarrollo, el proceso de evolución que tuvo esta figura, de ocho siglos, que lo ha llevado a ser lo que es en la actualidad, y lo que era al promulgarse la ley de 1932.

B.- Como consecuencia de ello, existe poca claridad y confusión en los conceptos consignados en la ley, ya que la rápida incorporación de esta figura a nuestro sistema legal, trajo consigo ideas extrañas a nuestro derecho, y poco operables conforme al mismo.

C.- En 1932, al promulgarse la ley que nos ocupa, eran muy pocos los negocios de este tipo que se habían celebrado.

D.- Las ideas de Lepaulle, que se reflejan en la ley, ubican al fideicomiso solamente desde uno de sus múltiples aspectos.

E.- El legislador no visualizó los efectos y consecuencias que esta figura tendría en el curso de los años al evolucionar rápidamente y arraigarse en nuestro sistema jurídico.

F.- La práctica y los usos bancarios han alejado cada día más el fideicomiso de su antecesor anglosajón, buscando cumplir con las finalidades que se pacten en cada fideicomiso, conforme a nuestras leyes y costumbres, haciendo que ya sean obsoletas varias de las estipulaciones contenidas en la ley.

G.- Precisamente, como veremos más adelante, los usos y prácticas bancarias, que se han practicado en el transcurso de los años y que no han tenido más afán que el poder cumplir con el fin que se establezca en cada fideicomiso, han hecho que se subsanen las deficiencias de la ley, y que sea precisamente un contrato el que de origen a los fideicomisos, y en el cual queden plasmadas las voluntades del fideicomitente y del fiduciario, y en ocasiones, también la del fideicomisario, con sus consiguientes derechos y obligaciones.

H.- Como consecuencia, es necesario que la ley reconozca la importancia que tiene el fiduciario en el proceso creador del fideicomiso.

#### 11. LEY GENERAL DE INSTITUCIONES DE CREDITO Y ORGANIZACIONES AUXILIARES DE 3 DE MAYO DE 1941.

Esta ley se publicó en el Diario Oficial de 31 de mayo de 1941.

En sus artículos 44, 45 y 46 reguló la actividad de las instituciones fiduciarias.

Por lo que se refiere al fideicomiso, el inciso a) del artículo 44, señaló expresamente que los fiduciarios estaban autorizados "... a practicar las operaciones de fideicomiso a que se refiere la Ley General de Títulos y Operaciones de Crédito".

Los derechos que conforme a esta ley correspondían al fiduciario, sirven de base para el desarrollo de la Teoría del Fideicomiso como una Transmisión de Derechos de los que es Titular el fiduciario, que, como veremos más adelante, es una de

las teorías que tratan de explicar la naturaleza jurídica del fideicomiso, ya que en la fracción c) del inciso II del artículo 45, señalaba que el fiduciario era el titular de los derechos fideicomitidos, al afirmar que en "... las operaciones de fideicomiso por las que la institución ejercite como titular derechos que le han sido transferidos con encargo de realizar determinado fin..."

También en la fracción IX del artículo 45 se consagra este orden de ideas, al establecer que "la fiduciaria tendrá todas las facultades que expresamente se hayan consignado conforme a la ley en el acto constitutivo del fideicomiso... o en sus modificaciones..."

Otro de los puntos importantes de esta ley, es la obligación que imponía al fiduciario de actuar conforme a lo que se hubiese estipulado en el acto constitutivo del fideicomiso o en sus reformas, al señalar que si éste incurría en responsabilidad estaba obligado a responder civilmente por los "daños y perjuicios que se causan por la falta de cumplimiento en las condiciones o términos señalados en el fideicomiso..."

Lo más trascendental de esta ley, es que durante los más de cuarenta y un años en que estuvo vigente, y reglamentó la actuación de los fiduciarios, se desarrolló en nuestro país la figura del fideicomiso, y que las leyes posteriores no han sido tan completas como ésta.

## 12. LEY REGLAMENTARIA DEL SERVICIO PUBLICO DE BANCA Y CREDITO DE 31 DE DICIEMBRE DE 1982.

Como consecuencia de la expropiación bancaria (mal llamada nacionalización), realizada el 10. de septiembre de 1982, se publicó esta ley en el Diario Oficial de la Federación de 31 de diciembre de ese mismo año.

Esta ley no aportó absolutamente nada al desarrollo del fideicomiso, ni en lo que se refiere a su regulación.

En su artículo 10. estableció que el objeto de la misma era "reglamentar el Servicio Público de Banca y Crédito, que en los términos del artículo 28 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, debe prestar el Estado...."

Durante la vigencia de esta ley, fueron aplicables los principios de la ley anterior, ya que en su artículo 30. estipuló que "a las sociedades nacionales de crédito les serán aplicables, en lo conducente y en tanto no se opongan a la presente ley, las disposiciones de la Ley General de Instituciones de Crédito y

Organizaciones Auxiliares..."

13. LEY REGLAMENTARIA DEL SERVICIO PUBLICO DE BANCA Y CREDITO DE 27 DE DICIEMBRE DE 1984.

Esta ley que fué publicada en el Diario Oficial de la Federación el 14 de enero de 1985, derogó a la Ley General de Instituciones de Crédito y Organizaciones Auxiliares de 1941 y a la Ley Reglamentaria del Servicio Público de Banca y Crédito de 1982.

En su totalidad, su parte operativa se basó en la ley de 1941, suprimiendo algunas de las obligaciones administrativas que correspondían al fiduciario.

Prácticamente, el legislador al elaborar esta ley, solamente se limitó a traspasar los principios de la ley de 1941, tratando de agilizar los procedimientos que en ella se establecían.

Al responder a necesidades políticas, y no a requerimientos jurídico-sociales, esta ley no corrigió defectos que presentaba la de 1941, que como es lógico, al evolucionar y desarrollarse el fideicomiso en el transcurso de los años, ya se presentaban, como es el caso de la actividad del órgano llamado comité técnico o de distribución de fondos, que en esta ley ya solamente se llamó comité técnico, cuya actuación siguió sin ser regulada.

Dentro de las disposiciones que esta ley suprimió, estaba la contenida en el inciso c), de la fracción II del artículo 45, que se refería a las "operaciones de fideicomiso por las que la institución ejercite como titular, derechos que le han sido transferidos con encargo de realizar un determinado fin", que era complementaria del concepto de fideicomiso contenido en el artículo 346 de la Ley General de Títulos y Operaciones de Crédito de 1932.

Otra situación que se suprimió fué la que establecía el artículo 137 de la ley de 1941, en el que se señalaban las causas graves para admitir la renuncia del fiduciario, lo cual ya no se señalaba.

Por otro lado, su artículo 64 señaló que en los fideicomisos cuyo objeto fuese el garantizar el cumplimiento de obligaciones, a falta de procedimiento convenido expresamente por las partes, se utilizaría el establecido para la prenda, que se señala en el artículo 341 de la Ley General de Títulos y Operaciones de Crédito, con lo que reconoce la importancia de la voluntad de las partes en la constitución del fideicomiso, y no sólo la del fideicomitente.

En resumen, podemos decir que esta ley, contiene la misma idea genérica de la ley de 1941, y jurídicamente, no aportó nada novedoso.

#### 14. LEY DE INSTITUCIONES DE CREDITO DE 14 DE JULIO DE 1990.

Esta ley abrogó a la Ley Reglamentaria del Servicio Público de Banca y Crédito de 1984; fue ubicada en el Diario Oficial de la Federación el 18 de julio de 1990.

Las estipulaciones de esta ley referentes al fideicomiso, son prácticamente las mismas de la ley anterior, ya que no presentan ningún cambio de fondo, y casi ninguno de forma.

En su artículo 46 faculta a las instituciones de crédito para realizar las operaciones de fideicomiso a las que se refiere la Ley General de Títulos y Operaciones de Crédito, ubicándolas como lo hacía la ley de 1941, un servicio.

En varios de sus artículos recoge estipulaciones establecidas desde la ley de 1941, en las que se confirma que el fideicomiso es un contrato.

De tal suerte que resulta importante su artículo 79, puesto que en él reconoce expresamente que el fideicomiso es un contrato, al establecer que en diversas operaciones, entre las que se encuentran los fideicomisos, "las instituciones abrirán contabilidades especiales por cada contrato".

Este reconocimiento de que el fideicomiso es un contrato se da en forma implícita en el artículo 83, que reproduce las estipulaciones contenidas en el artículo 64 de la ley bancaria antes vigente refiriéndose al procedimiento de ejecución en los fideicomisos de garantía.

Finalmente, en el último párrafo de la fracción XIX del artículo 106, se menciona de nuevo que el fideicomiso es un contrato, respecto a la obligación que tiene el fiduciario de insertar en los contratos de fideicomiso el inciso b) de dicha fracción.

## **CAPITULO III**

### CAPÍTULO III.

#### CONCEPTO Y NATURALEZA JURIDICA DEL FIDEICOMISO.

Como ha quedado señalado en los capítulos precedentes, el fideicomiso es una figura compleja y controvertida, que en la actualidad ya está arraigada en nuestra legislación y que día con día crece y se desarrolla al ritmo de las transacciones bancarias, las operaciones financieras y los grandes negocios modernos, desenvolviéndose dentro de las normas jurídicas de nuestro derecho positivo.

La flexibilidad que presenta el fideicomiso, le permite ser una figura jurídica sumamente moldable para alcanzar y cumplir los fines que motivaron al fideicomitente a crearlo. Estas y otras características del fideicomiso, han hecho que sea materia de estudio de muchos juristas, que han tratado de analizarlo desde diversos aspectos.

Sin embargo, en su evolución y adaptación, el fideicomiso pasó por etapas que dificultaron su utilización, en las que hubo gran desconocimiento de su naturaleza jurídica y características.

La importación del trust, figura procedente de un sistema jurídico diferente al nuestro, como lo es el anglosajón, en el que dicha institución evolucionó y se desarrolló en el transcurso de casi ocho siglos, tuvo como fuente los estudios que habían realizado juristas extranjeros acerca del mismo.

Y, es con base en dichos estudios, que el legislador mexicano inspirado primero por las ideas de Ricardo J. Alfaro, elaboró las leyes de 1926, y posteriormente, con base en la teoría sostenida por Pierre Lepaulle, las de 1932, siendo evidente que ese ir de una corriente a otra, presentase confusión, tanto en el propio legislador y en los juristas, como en las personas que requerían su utilización.

Al promulgarse la Ley General de Títulos y Operaciones de Crédito, se estableció ya un verdadero avance respecto al fideicomiso, puesto que este ordenamiento legal, ya lo reguló.

Sin embargo, es conveniente mencionar, el hecho de que esta ley solamente establece un vago concepto del mismo, lo que propició, que en ocasiones hubiera confusión y desorientación, en la impartición de justicia por parte del Poder Judicial.

En efecto, la Suprema Corte de Justicia, en su oportunidad, dictó varias ejecutorias, en las que lo equiparó con otras figuras, llegando a afirmar que "... el fideicomiso es una



institución que participa de la naturaleza de la cesión de bienes y del concurso..." (65), y posteriormente señalar, que "... tiene aspecto de préstamo, de hipoteca y de mandato, conforme a nuestra legislación...." (66)

Dicha oscuridad de la ley, ocasionó que no se tuviese una idea exacta de la naturaleza de los derechos de las partes que intervienen en un fideicomiso, y de sus características, siendo una de ellas, el papel que desempeña la institución fiduciaria en la consecución de los fines previstos en cada operación, de tal suerte que en otra ejecutoria señaló que ésta, "... solo tiene funciones de mero administrador..." (67)

Estas situaciones fueron consecuencia de que al elaborarse la Ley General de Títulos y Operaciones de Crédito de 1932, el legislador, inspirado por las ideas de Pierre Lepaulle, eliminó el concepto de transmisión de propiedad existente en las leyes de 1926, y utilizó en su lugar, la expresión "afectación", además de que la ley no define al fideicomiso, sino que, solamente se limita a describirlo.

Obviamente, esto, ocasionó que, además se dictasen otras ejecutorias que fueron contradictorias entre sí, puesto que primero negó el que en el fideicomiso hubiese una transmisión de propiedad del fideicomitente al fiduciario, al establecer que, "en el fideicomiso no se transmiten bienes al fiduciario ...." (68), sin embargo, el desarrollo de los fideicomisos, al ser utilizados cada día más, y un mayor conocimiento de de esta figura, tanto por su parte, como por la de las instituciones fiduciarias, los abogados y la población del país en general, posteriormente la obligaron a identificarlo como un negocio jurídico con características propias, y reconocer su naturaleza y

(65) BATIZA, Rodolfo: Estudios sobre Fideicomiso: "Evolución del Concepto de Fideicomiso a través de la Jurisprudencia Mexicana". Mexico Turístico, S.A., 1980, pags. 36 y 37, en las que reproduce la sentencia ejecutoria dictado en el Amparo Civil en Revisión No. 4010 de 1935, Sec. 2a. Riveroll Roberto (Semenario Judicial de la Federación, Tomo XLIX, Volumen 1, pp. 30-37).

(66) BATIZA, Rodolfo: Estudios sobre Fideicomiso: Op. cit. pags. 38, 39 y 40, en las que reproduce la sentencia ejecutoria que dictó en el Amparo Civil directo No. 2990 de 1938, Sec. 2a. Prieto Requena Nicanor (Sem. Jud. de la Fed. T. LXV, Vol. 2, pp. 1129-1162).

(67) BATIZA, Rodolfo: Estudios sobre Fideicomiso: Op. cit. pags. 37 y 38, en las que reproduce la sentencia ejecutoria dictada en el Amparo Administrativo en revisión No. 210 de 1937, Sec. 2a. Limitada del Ferrocarril Mexicano (Sem. Jud. de la Fed., T. LII, Vol. 3o., pp. 2317-2325).

(68) BATIZA, Rodolfo: Estudios sobre Fideicomiso: Op. cit. pags. 40 y 41, en las que reproduce la sentencia ejecutoria dictada en el Amparo Civil No. 2582 de 1948, Sec. 2a., Financiera de la Industria y Comercio, S.A. de C.V. (Sem. Jud. de la Fed., T. XCIX. Vol. 2, pp. 1649-1660).

el efecto traslativo de dominio que existe en él. (69)

## 1. TEORIAS QUE EXPLICAN LA NATURALEZA JURIDICA DEL FIDEICOMISO.

Pese a la breve vida del fideicomiso mexicano, que conforme a nuestra legislación es de un poco menos de setenta años, existen en la doctrina una gran diversidad de opiniones y teorías que han tratado de explicar su naturaleza jurídica.

Algunas de ellas se elaboraron en torno al trust, y constituyeron en principio, una interpretación de esta figura, y que posteriormente fueron adaptadas a nuestro fideicomiso.

Con posterioridad surgieron otras, que se desarrollaron al observar al fideicomiso y, trataron de identificarlo de diversas maneras, y desde alguna o varias de sus características.

A. Teoría del Fideicomiso como Mandato: Teoría del Doctor Ricardo J. Alfaro.

Las ideas de este jurista panameño constituyen la primer adaptación mundial del trust anglosajón a los ordenamientos jurídicos latinoamericanos emanados del Derecho Romano. Alfaro inspiró a los legisladores de América Latina a la creación y adopción de una figura similar al trust, pero acorde con nuestros sistemas legales, a la que denominó "fideicomiso".

Sus trabajos, cristalizaron en la expedición de la Ley Bancaria Panameña de 1925, en la que se reguló al fideicomiso.

Su influencia llegó a México, puesto que su obra, fue la base e inspiración, tanto para los trabajos de Jorge Vera Estañol, como del legislador para la elaboración de las leyes de 1926.

En esta teoría, se distinguen dos etapas, en la primera,

(69) BATIZA, Rodolfo: Estudios sobre Fideicomiso: Op. cit. pags. 43 y 44, en las que reproduce la sentencia ejecutoria dictada en el Amparo Civil No. 4572 de 1948, Sec. 2a. Financiera de Construcciones, S.A. (Sem. Jud. de la Fed. T. CV, Vol. 3, pp. 2047-2056).

desarrollada en 1920, Alfaro sostiene que el fideicomiso es "un mandato irrevocable en virtud del cual se transmiten al fiduciario, determinados bienes, para que disponga de ellos y de sus productos según la voluntad del que los entrega, llamado fideicomitente, en beneficio de un tercero, llamado fideicomisario". (70)

Fundamenta su teoría, haciendo una similitud entre el fideicomiso y el trust, diciendo que tanto el fiduciario, como el trustee, son personas que ejecutan un encargo o comisión, que les han sido encomendados en beneficio de un tercero; asimila el fideicomiso al mandato, en el que el fideicomitente es el mandante y el fiduciario, el mandatario.

Sin embargo, reconoce que el mandato es insuficiente para explicar el fideicomiso, pues aquel es revocable, y éste no; además de que en el fideicomiso, existe una transmisión de bienes que no hay en el mandato.

Con base en ese supuesto, realiza su Teoría del Mandato Irrevocable, en la que señala que el fideicomiso es una comisión sui generis, que no puede ser deshecha por el mandante, mediante la cual, éste se desprende definitivamente del dominio de los bienes objeto del encargo, ya que "solo así se puede crear un patrimonio independiente, cuyo dominio adquiere el fiduciario en forma definitiva, con la obligación de cumplir con las disposiciones del trust". (71)

Explica que "... lo que hace el fiduciario es en resumidas cuentas, desempeñar un encargo del fideicomitente, y si de acuerdo con la jurisprudencia, el contrato de mandato es aquel por medio del cual, una persona se obliga a prestar algún servicio, o a hacer alguna cosa por cuenta o encargo de otra, hay que concluir rectamente que el fideicomiso es en sustancia, un mandato, en el cual, el fiduciario es el mandatario, y el fideicomitente es el mandante" (72)

Años después, ante la crítica que sobre sus ideas realizó la doctrina, sostuvo que fueron razones prácticas las que lo llevaron a hacer uso del símil del mandato irrevocable como figura comparativa, ya que "... afrontaba la necesidad de hacer lo más inteligible que se pudiera, una ley que venía a introducir una institución exótica, innovadora y de concepción difícil para los no familiarizados con el derecho anglosajón, y me animaba el propósito de ofrecer su texto, a la comprensión de los jueces, abogados y legos, en la forma más sencilla y con la mayor claridad...." (73)

Y, es en ese momento que, en lo que se ha llamado, la segunda etapa de su pensamiento, cuando sostiene que "el

(70) VILLAGORDOA LOZANO, José Manuel: Op. cit. pag. 67

(71) VILLAGORDOA LOZANO, José Manuel: Op. Cit. pag. 98

(72) DOMINGUEZ MARTINEZ, Jorge: Op. Cit. pag. 146

(73) VILLAGORDOA LOZANO, José Manuel: ibidem.

fideicomiso es un acto en virtud del cual se transmiten determinados bienes a una persona llamado fiduciario, para que disponga de ellos conforme lo ordena la persona que los transmite, llamada fideicomitente, a beneficio de un tercero llamado fideicomisario". (74)

Las ideas de Alfaro, pese a que son fundamentales para el nacimiento y desarrollo del fideicomiso, son atacables en tanto que contienen una visión jurídica inexacta de lo que es la esencia del fideicomiso, al concebirlo como un mandato, ya sea revocable o irrevocable, puesto que es fácil comprender que existen varias y evidentes diferencias entre ambas figuras.

Entre las diferencias existentes entre mandato y fideicomiso encontramos que el mandante no transmite la propiedad de bienes o derechos al mandatario, puesto que él continúa siendo su propietario o titular, asimismo, es pertinente señalar, que son causas de terminación del mandato, la muerte del mandante, cosa que no sucede en el fideicomiso, ya que éste subsiste al fallecer el fideicomitente, además de que el mandato, es una figura representativa, es decir, que los actos que realiza el mandatario, jurídicamente son efectuados por el mandante, situación que no se da en el fideicomiso, ya que en éste, el fiduciario actúa a nombre propio.

A la luz de esta teoría, tendríamos que afirmar que un fideicomiso terminaría con la muerte del fideicomitente, y que, en consecuencia, los fideicomisos previstos en testamentos, nunca podrían constituirse.

#### B. Teoría del Fideicomiso como Patrimonio Afectación, o Teoría del Fideicomiso como Patrimonio sin Titular.

Al ser redactado el articulado de la vigente Ley General de Títulos y Operaciones de Crédito, los autores del capítulo referente al fideicomiso, entre los cuales se encuentra Pablo Macedo, estuvieron inspirados por las ideas sustentadas por Pierre Lepaulle, tratadista francés, que estudió al trust, y desarrolló la llamada Teoría del Patrimonio Afectación.

Lepaulle, sostiene que, para determinar la naturaleza jurídica del trust, se debe partir de sus elementos esenciales, que son un patrimonio determinado y una afectación, puesto que dada la gran diversidad de trusts, existen algunos que se constituyen sin la intervención de alguna de sus partes personales, por lo que, en consecuencia, éstas no son esenciales para ello; en efecto, como veremos en el capítulo IV, es posible

(74) VILLAGORDOA LOZANO, José Manuel: Op. cit. pag. 99

que existan trusts, sin la presencia de alguno de sus elementos personales (settlor, trustee o cestui que trust).

Al referirse al patrimonio sostiene que:

"a) Un trust necesariamente supone derechos patrimoniales sobre los que recae. No basta con encomendar una misión a un trustee, se necesita que esa misión, esté en relación directa con los bienes que se le confían, y que constituyen la indispensable base del trust, y semejante base, debe componerse de derechos y tales derechos, no pueden ser, sino patrimoniales.

"b) Estos derechos no deben ya estar en el patrimonio de nadie. No deben, en efecto quedar en el del settlor; si así fuere, no habría sino un mandato unido a un depósito. Tampoco deben pasar al patrimonio del trustee, pues de lo contrario podría haber donación o legado con carga, o estipulación para tercero, pero no habría trust. En efecto, en un trust, los bienes no están jamás en el patrimonio del trustee, pasan a sus herederos, y no constituyen una prenda para sus acreedores. Por fin, la res tampoco está en el patrimonio del beneficiario (de lo contrario, el llamado trustee sería mandatario, ejecutor testamentario, tutor, administrador, etc., pero no trustee).

"c) Esos derechos quedan integrados en un todo distinto. La res, por el mero hecho de no formar parte de ningún patrimonio, se encuentra, por así decirlo, aislada y adquiere, por sí misma una individualidad propia. Pero esta individualidad queda singularmente acentuada, por el hecho de que estos bienes tienen una ley, el trust deed, que determina su gestión y su destino.

"d) Por fin, la res constituye una universalidad. Por ejemplo, una cosa que forma parte de un trust, se permuta por unos campos, que a su vez se truecan por ganado que se vende en 10,000.00 dolares; el trustee compra con ellos, valores que suben a 60,000.00 dolares. La identidad del patrimonio perdurará sin solución de continuidad, a través de todas estas transformaciones sucesivas. El derecho encuentra la identidad del patrimonio a través de todas esas metamorfosis.

"De este modo, en todo trust hay necesariamente un patrimonio distinto.

"Hay, además, una afectación". (75)

Sin ser motivo de este trabajo, el estudiar la naturaleza del trust, consideramos, que parte de esta teoría es válida, en cuanto habla de una afectación de bienes, pero creemos que es incorrecta, cuando considera que sus elementos personales no son indispensables, puesto que, en un negocio de este tipo, es determinante siempre la voluntad de las partes, para que se den los efectos jurídicos que se pretenden al crearlo.

-----  
(75) LEPAULLE, Pierre: Op. cit. pags. 19, 20 y 21

También es nuestra apreciación, que es errónea esta teoría, en cuanto señala que los bienes del trust, carecen de titular, ya que éste es el trustee.

Refiriéndose a la afectación, señala Lepaulle que "si tal afectación no se especifica, si se hace imposible, o si es ilícita o no se realiza, el trust cae" (76), por lo que en su opinión, es fundamental que dicha afectación, este regulada, ya sea por instrucciones expresas del settlor (express trusts), o por la orden de un juez, quien basado en normas (common law o equity), lo establece (implied trusts).

Finalmente, Lepaulle concibe al trustee como un "medio para lograr la afectación de los bienes que se realiza en el trust", que está garantizada por la intervención de un sujeto de derecho que tiene la obligación de hacer todo lo que sea razonablemente necesario, para realizar esa afectación, y que es titular de todos los derechos que le sean útiles para cumplir dicha obligación. (77)

Como podemos observar, la idea de patrimonio de afectación es fundamental en Lepaulle, puesto que para él, el trust, es un patrimonio sin propietario, ya que los bienes o derechos, una vez afectados, no pertenecen al fideicomitente, tampoco al fiduciario, ni al fideicomisario

Es entonces el trust, una afectación de bienes, en la que interviene un sujeto (trustee) obligado a realizar todos los actos necesarios para cumplir la afectación.

Finalmente Lepaulle, partiendo de los presupuestos anteriores, propone la siguiente definición: "el trust es una institución jurídica que consiste en un patrimonio independiente de todo sujeto de derecho, y cuya unidad está constituida por una afectación libre, en los términos de las leyes en vigor y del orden público" (78)

Las ideas de Lepaulle tuvieron notoria influencia en Pablo Macedo, y en consiguiente, en la redacción de la Ley General de Títulos y Operaciones de Crédito en vigor, y así encontramos que el artículo 346 señala que "en virtud del fideicomiso, el fideicomitente destina ciertos bienes a un fin lícito determinado, encomendando la realización de ese fin a una institución fiduciaria".

Las nociones de patrimonio afectación también las acoge la ley, y así en el segundo párrafo de su artículo 351 dispone:

"Los bienes que se den en fideicomiso, se considerarán afectos al fin a que se destinan, y en consecuencia, sólo podrán ejercitarse respecto a ellos los derechos y acciones que al

(76) LEPAULLE, Pierre: Op. cit. pag. 21

(77) LEPAULLE, Pierre: Op. cit. pag. 106

(78) LEPAULLE, Pierre: Op. cit. pags. 23 y 24

mencionado fin se refieran, salvo los que expresamente se reserve el fideicomitente, los que para él, deriven del fideicomiso, o los adquiridos legalmente respecto de tales bienes, con anterioridad a la constitución del fideicomiso, por el fideicomisario o por terceros".

Entre los autores mexicanos que sostienen esta teoría, se encuentra Juan Landerreche Obregón, quien inspirado por ella, en 1942, basa sus ideas en el análisis de la Ley General de Títulos y Operaciones de Crédito.

Este autor señala que "el fideicomiso es fundamentalmente un patrimonio que se afecta a un fin determinado, .... para entender este concepto y su alcance, es indispensable partir de la noción de propiedad, considerada en su sentido amplio, como facultad exclusiva de usar y disponer de los bienes.

"Hay que recordar, que todos los bienes materiales tienen como destino la satisfacción de las necesidades de todos los hombres, y que la propiedad, sólo es la forma, el medio natural y conveniente para lograr esta finalidad, sin que tenga sentido, ni justificación, sino en cuanto realiza su función de instrumento para lograr el objetivo indicado, o lo que es lo mismo, la propiedad se impone y justifica como medio para realizar la destinación de las cosas a fines humanos, por su fin de servicio humano." (79)

Al presuponer que la propiedad es un medio de realizar el aprovechamiento de los bienes para fines humanos, considera que "resulta económica y jurídicamente fundada la formación de un patrimonio autónomo destinado a un fin lícito, sin que necesariamente tenga como requisito, la existencia de un propietario determinado, sino, como simple condición, la de un órgano que realice el fin que se persigue". (80)

Al darle este valor a la propiedad, es para él fundada la idea de la destinación de bienes, que salen del patrimonio del fideicomitente, para diversos fines, los que en todo caso, deben ser lícitos.

Considera que el funcionamiento y operación del fideicomiso, así como los derechos y relaciones de las partes que en él intervienen, derivan de los derechos que sobre los bienes objeto del fideicomiso, "se afectan a la realización de un fin, situación jurídica que es la del fideicomiso, y que se complementa, con el encargo de buena fe que se hace al fiduciario". (81)

Para Landerreche, los elementos esenciales del fideicomiso

(79) LANDERRECHE OBREGÓN, Juan: "Naturaleza del Fideicomiso en el Derecho Mexicano". Revista de Derecho y Ciencias Sociales, México, 1942, pag. 8

(80) LANDERRECHE OBREGÓN, Juan: Op. cit. pags. 8 y 9

(81) LANDERRECHE OBREGÓN, Juan: Op. cit. pag. 9

son un fin lícito por alcanzar, y la destinación de ciertos bienes a su realización, requiriéndose como condición, que el fiduciario maneje y administre el patrimonio, y que también disponga de él para dicho objeto.

Por lo que se refiere al fin lícito, señala que "éste no debe contrariar las leyes de orden público, la moral, ni ofender las buenas costumbres". (82)

Refiriéndose a la naturaleza de la afectación fiduciaria, añade que "la transferencia del dominio que hace el fideicomitente, no es en favor de una persona determinada, sino como afectación para el fin que constituye el objeto del fideicomiso. Esta afectación se realiza por una especie de desmembración de la propiedad semejante al usufructo, en que se separa el derecho de usufructo y la nuda propiedad: en el fideicomiso hay una separación del derecho de aprovechamiento, que se destina al fin del fideicomiso, sin que haya una persona titular de dicho derecho, y por la otra, la facultad de ejercitarlo. facultad que se atribuye al fiduciario para que pueda realizar el fin del fideicomiso". (83)

Considera, que como consecuencia de la afectación fiduciaria, el patrimonio del fideicomiso, tiene características propias, es decir, es especial, puesto que es un patrimonio autónomo, respecto al cual, solamente se pueden ejercitar los derechos y acciones que a al fin del fideicomiso se refieran.

La afectación es el acto a través del cual, el fideicomitente separa y transfiere el dominio de los bienes o derechos que entrega, constituyendo un patrimonio especial, que es autónomo, es decir, que no pertenece a ninguna de las partes que participa en el fideicomiso, y al cual quedan transferidos los derechos afectados por el fideicomitente.

Manifiesta que "la propiedad de bienes entregados al fideicomiso, queda afecta al fin de éste, transfiriendo el fideicomitente dicha propiedad, sin que la adquiera persona alguna", es decir, que este patrimonio, "no pertenece a ninguna de las personas que participan en el fideicomiso, y al cual quedan transferidos los derechos afectados por el fideicomitente.", es así que, en virtud de la autonomía del patrimonio del fideicomiso, que señala que, "las obligaciones contraídas por el fiduciario en el desempeño de su cargo, sólo pueden hacerse efectivas en el patrimonio del fideicomiso sin que por ellas sea responsable el propio fiduciario ni, menos aún, el fideicomitente, no el fideicomisario...", y concluye diciendo que, "... si existe un patrimonio afecto a determinado fin, es natural y jurídico que dicho patrimonio responda de las cargas que a dicho fin se refieren, sin que el fiduciario tenga por que responder de dichas obligaciones, puesto que solo es el órgano

-----  
(82) LANDERRECHE OBREGON, Juan: ibidem

(83) LANDERRECHE OBREGON, JUAN: op. cit. pag. 13



que maneja el patrimonio del fideicomiso." (84)

En resumen, para este autor, al quedar destinado el patrimonio del fideicomiso, a un fin determinado, los bienes que lo integran, salen del patrimonio de la persona que realiza la afectación, naciendo así el fideicomiso.

Respecto a esta teoría, Dominguez Martínez, señala que en el fideicomiso, hay destinación de bienes o derechos al cumplimiento de los fines previstos, pero esta afectación (o destinación), no implica una autonomía tal del patrimonio que se traduzca "en una masa de relaciones carente de titular", y reproduce a García Maynes, señalando que "todo derecho es, a fortiori, facultad jurídica de alguien, así como toda obligación supone un obligado". (85)

Villagordoa también rechaza esta teoría, puesto que, tampoco admite la existencia de derechos sin titular, además de que señala que "el hecho de que ciertos patrimonios se encuentran destinados a fines específicos, no significa que sean sujetos de derecho." (86)

Por nuestra parte, también consideramos incorrecto el postulado de esta teoría, cuando señala que el patrimonio fideicomitado existe sin propietario determinado, ya que con independencia de que el patrimonio fideicomitado es autónomo, necesariamente tiene un titular, que no es otro, que el fiduciario.

En efecto, los bienes objeto del fideicomiso, han salido del patrimonio del fideicomitente, es más éste en muchos casos, queda desligado completamente del fideicomiso, y tales bienes pasan a formar un patrimonio diferente, pero que tiene como titular al fiduciario, y este último, deberá destinarlo al fin consignado en el contrato constitutivo del fideicomiso, disponiendo para ello de los derechos y obligaciones necesarios.

Consideramos que solamente es válida esta teoría, cuando afirma que en el fideicomiso existe una afectación de bienes o derechos a la realización de determinados fines, y que es incorrecta en cuanto a que pretende que el patrimonio del fideicomiso, carezca de titular, ya que es obvio, que todo derecho u obligación, debe comprender a una persona como titular de los mismos.

---

(84) LANDERRECHE OBREGON, Juan: Op. cit. pags. 15, 16 y 17

(85) DOMINGUEZ MARTINEZ, Jorge: Op. cit. pag. 155

(86) VILLAGORDDA LOZANO, José Manuel: Op. cit. pag. 106

C. Teoría del Fideicomiso como una Transmisión de Derechos de los que es Titular el Fiduciario.

Una de las teorías más completas que abordan el problema de explicar la naturaleza jurídica del fideicomiso, es la llamada Teoría de la Titularidad del Fiduciario, cuyos principales exponentes son Jorge Serrano Trasviña y Joaquín Rodríguez y Rodríguez.

Esta teoría, al igual que otras, parte del análisis de los artículos de la Ley General de Títulos y Operaciones de Crédito que comprenden el estudio del fideicomiso, y señala que su naturaleza jurídica, se explica como una transmisión de derechos del fideicomitente al fiduciario.

Al exponer esta teoría, Villagordoa señala que en opinión de Serrano Trasviña, el patrimonio del fideicomiso, "tiene un destino concreto que determina los derechos y acciones imputables a un titular, que razonablemente debe ser la fiduciaria encargada de sustanciar el negocio y llevar a cabo la consecución del mismo...", y agrega que, "los derechos subjetivos necesarios al cumplimiento del fideicomiso se otorgan a la institución fiduciaria, según disposición expresa del artículo 356, de la Ley General de Títulos y Operaciones de Crédito" (87).

En este precepto, se establece que la institución fiduciaria tendrá todos los derechos y acciones que se requieran para el cumplimiento del fideicomiso, salvo las normas o limitaciones que se establezcan al constituirse el mismo.

En resumen, ésta teoría se explica diciendo, que en todo fideicomiso, el fiduciario está investido de todas las facultades que correspondan al propietario: "el fiduciario, es en síntesis el titular de los derechos fideicomitidos." (88)

Para Serrano Trasviña, "el fideicomiso supone un patrimonio de afectación con destino cierto y determinado, que no carece de titular". (89)

Al respecto, Jorge Domínguez Martínez señala que "depura y elimina los errores de los criterios que conciben al fideicomiso como un patrimonio de afectación, pero que ese afirmar que el titular de ese patrimonio es el fiduciario, no es suficiente para explicar la naturaleza jurídica del fideicomiso, puesto que este problema debe abordarse desde varios ángulos". (90)

Joaquín Rodríguez Rodríguez también, comparte en parte esta

(87) VILLAGORDOA LOZANO, Jose Manuel: Op. cit. pag. 127

(88) VILLAGORDOA LOZANO, Jose Manuel: ibidem

(89) DOMÍNGUEZ MARTÍNEZ, Jorge: Op. cit. pag. 159

(90) DOMÍNGUEZ MARTÍNEZ, Jorge: Op. cit. pags. 158 y 160

teoría, y coincide con Jorge Domínguez Martínez, al señalar que para poder determinar la naturaleza jurídica del fideicomiso, es necesario analizarlo desde varios puntos de vista, como veremos más adelante en varios apartados de este capítulo, en los que se explican sus puntos de vista.

Este autor, refiriéndose concretamente a esta teoría, señala que el fideicomiso crea una nueva estructura de propiedad, puesto que con base en el artículo 352 de la Ley General de Títulos y Operaciones de Crédito, señala que "claramente el fideicomiso implica una traslación de dominio en favor del fiduciario. Esta traslación de dominio debe inscribirse en el Registro Público de la Propiedad cuando se trata de inmuebles (art 353, ley citada), o hacerse con las formas de publicidad equivalentes a la inscripción, cuando se trate de muebles (notificación, endoso, endoso con registro, tradición) (art. 354)

"La traslación de dominio produce efectos frente a terceros, lo que quiere decir que el fiduciario aparece como dueño.

"Este dominio tiene caracteres especiales. En efecto, el fiduciario no tiene el libre uso, disfrute y dominio de los bienes, pues esas facultades dominicales tienen las siguientes limitaciones:

"1o.) Todas ellas se ejercen en función del fin a realizar, no en interés del fiduciario. (arts. 346 y 351, párrafo 2o.).

"2o.) El beneficio económico del fideicomiso, recae sobre el fideicomisario (art. 348, párrafo 1o.).

"3o.) El fideicomisario puede impugnar los actos del fiduciario que salgan de los límites funcionales de establecimiento.

"4o.) Extinguido el fideicomiso los bienes deben volver al fideicomitente (art. 358), con excepción de los fideicomisos constituidos en favor de personas de orden público (cooperaciones de derecho público), instituciones de beneficencia o culturales.

"Quiere decir todo esto, que los bienes dados en fideicomiso constituyen un patrimonio separado, un patrimonio fin o afectación (arts. 346, 351 y 355). Bien entendido que un patrimonio separado, o un patrimonio fin o de afectación, no son patrimonios sin titular.

"El fideicomiso tiene como titular jurídico al fiduciario, pero como titulares económicos al fideicomisario y al fideicomitente.

"Es titular jurídico el fiduciario, porque él, aunque temporal y revocable, es el dueño. Titulares económicos son el fideicomisario y el fideicomitente, porque a ellos van los beneficios de la propiedad, y la propiedad misma al concluirse el

fideicomiso". (91)

En nuestro personal punto de vista, esta teoría es bastante completa, puesto que complementa las ideas de la afectación, con el hecho de que el fiduciario, en virtud de la transmisión que se le hace de los bienes o derechos, tiene la propiedad de los primeros, o la titularidad estos últimos, y queda investido de todas las facultades que sean necesarias para el cumplimiento del fideicomiso, y está facultado para ejercitar todos los actos jurídicos, que como propietario de esos bienes, permite la ley.

Por consiguiente, en todo fideicomiso, el fiduciario al ser propietario de los bienes o titular de los derechos fideicomitidos, tiene un derecho "erga omnes", respecto a los

mismos, y para que dicho acto sea perfectamente válido, es necesario que se cumplan los requisitos que establece la legislación común y mercantil para las transmisiones de propiedad.

También es evidente que como consecuencia de las propias características del fideicomiso, ese efecto traslativo de dominio, tiene limitaciones, que no son otras que las modalidades establecidas en el propio fideicomiso, así como las señaladas por las leyes respectivas.

Esto significa que, si el fiduciario realiza actos jurídicos que den un destino diferente al patrimonio fideicomitado, de lo previsto en las finalidades del fideicomiso, tales actos no serán válidos y los beneficiarios tendrán la facultad de exigirle responsabilidades, inclusive podrán reclamarle daños y perjuicios, por haber obrado en forma diversa a lo convenido en el contrato de fideicomiso.

Rodríguez Rodríguez incurre en un error al considerar que con base en lo establecido en el artículo 358, al extinguirse el fideicomiso, los bienes deben regresar al patrimonio del fideicomitente o de sus herederos, ya que en muchos casos, principalmente, en los fideicomisos onerosos, éste ya se ha desligado, por lo que debe tenerse esto presente, y tomar lo dispuesto en este precepto, con las reservas del caso.

Consideramos que al igual que la anterior, esta teoría pasa por alto el hecho que las voluntades del fideicomitente, al crear el fideicomiso, y del fiduciario, al recibir los bienes o derechos que le son transmitidos y obligarse a realizar el encargo que se le ha hecho, son trascendentales para la consecución de los fines del fideicomiso, y que para que éste nazca, se deben dar ambas, ya que por sí solas, en forma individual, no producen los efectos pretendidos.

-----  
(91) RODRIGUEZ RODRIGUEZ, Joaquín: "Derecho Mercantil". Editorial Porrúa, S.A., 20a. Ed. 1991, pag. 111

#### D. Teoría del Desdoblamiento del Derecho de Propiedad.

Tiene como principales exponentes, a un jurista italiano, de nombre Remo Franceschelli, quien desarrolla su teoría en torno al trust inglés, y trata de asimilarlo a los sistemas jurídicos de ascendencia romana.

Esta teoría trata de explicar la naturaleza jurídica del trust, y por ende, del fideicomiso, ubicándolos como un desdoblamiento del derecho de propiedad originario, señalando que en ellos, existen dos titulares, uno de los cuales, el trustee o fiduciario, tiene la titularidad jurídica, y el otro, el cestui que trust o fideicomisario, la titularidad económica.

Manuel Villagoroda, al referirse a esta teoría, señala que Franceschelli, sostiene que "siempre que se constituya un trust, el contenido normal del derecho de propiedad sobre la cosa que es objeto de él, se divide en dos partes: "trust ownership" por un lado, y "beneficial ownership", por el otro, cada una atribuida a un sujeto diferente", y agrega que "cuando se reúnen ambos derechos en un mismo sujeto, el trust queda extinguido, ... cada vez que el legal estate se atribuye a un sujeto y la equitable ownership a otro, estaremos en presencia de un trust, ... cada vez que el trust ownership y la beneficial ownership en principio separadas, se reúnen en las mismas manos el fideicomiso concluye, desdobladas, son independientes la una de la otra, respecto de los actos de disposición o de destino que puedan ejecutar los sujetos de cada uno de estos derechos, ... la transmisión posterior de cualquiera de los derechos a un tercero, no cambia la naturaleza de los mismos en relación con sus titulares originarios". (92)

Después de exponer lo anterior, concluye diciendo "cada vez que la legal estate y la equitable estate, estén investidas en sujetos diversos, el legal owner, esto es el titular de la legal ownership, es siempre trustee en beneficio del equitable estate, es decir, del titular de la equitable ownership". (93)

Entre los autores mexicanos que la sostienen, destaca Manuel Lizardi Albarrán, quien elabora su teoría en 1945, al afirmar que en el fideicomiso hay una división del derecho de propiedad en dos derechos reales, correspondiéndole uno al fiduciario y otro al fideicomisario, y señala que "estudiando de cerca el proceso de construcción (del fideicomiso) encontramos que opera sobre el derecho de propiedad - en ocasiones habría que decir, de titularidad para evitar confusiones -, regulado por nuestro derecho y lo descompone en dos derechos, cuya existencia es formalmente posible por el contenido de las normas que rigen a la nueva institución.

(92) VILLAGORODA LOZANO, José Manuel: Op. Cit. pag. 109

(93) VILLAGORODA LOZANO, José Manuel: Op. Cit. pag. 110

"Uno de los derechos, el del fiduciario, se caracteriza, si no de manera absoluta, cuando menos en su tendencia general, por la facultad de disposición, y es por esto, que el mismo fiduciario, queda frente a terceros, ostentándose como propietario, ya que de dicha facultad es atributo esencial del derecho de propiedad. Así se observa contemplando la situación en su aspecto muy general, pero entrando a estudiar los detalles, se encuentran tales características que permiten configurar del derecho del fiduciario como un nuevo derecho, distinto del de propiedad....

"El segundo derecho, es el del fideicomisario que, a diferencia de, el del fiduciario, se caracteriza por tener fundamentalmente un contenido económico válido erga omnes. Este derecho está íntimamente ligado al fin de la operación, y tiende a confundirse con él, por representar dicho fin, en una forma u otra, un beneficio económico para el fideicomisario.

"La existencia del derecho del fideicomisario depende de la del fiduciario y es, por consiguiente, como el de este último, también temporal.

"La última característica distintiva del derecho del fideicomisario, está en los efectos reales a que da lugar. Normalmente es el fiduciario el que ejerce el dominio directamente sobre los bienes objeto de la relación y, sin embargo, puede el fideicomisario, en los casos señalados por la ley, perseguirlos y aún reivindicarlos dentro de los límites de su régimen especial - según sean inmuebles, muebles o títulos valores -, para restituirlos al fondo del fideicomiso.

"Es por esto, que el derecho del fideicomisario, adquiere la configuración de un auténtico derecho real, aunque de tipo especial, diferente de los demás que conoce nuestro ordenamiento positivo.

"En resumen, concurren sobre una misma cosa, dos derechos con efectos reales: el del fiduciario sin contenido económico y con todos sus efectos normales que le permiten reivindicar de un tercero que detente o posea sin justo título; el del fideicomisario, por el contrario, con un valor económico, pero con efectos excepcionales que más bien tienden hacia la protección del fideicomisario, contra actos indebidos del fiduciario, aunque encuentra las limitaciones que impone la naturaleza de los bienes objeto de la operación" (94)

Es indiscutible que las ideas sostenidas por estos autores al tratar de explicar la naturaleza jurídica del fideicomiso, constituyen una aportación muy importante a la doctrina.

Sus opiniones, al explicar los derechos y obligaciones que tienen el fiduciario y el fideicomisario, son importantes, y nos

(94) LIZARDI ALBAFFRAN, Manuel: "ensayo sobre la Naturaleza Jurídica del Fideicomiso". Tesis. México, 1945, pags. 200-202.

ayudan a comprender una de las muchas facetas del fideicomiso, más sin embargo, no compartimos su posición.

Consideramos que conforme a nuestro sistema jurídico, no es aceptable la existencia de dos titulares respecto de un mismo patrimonio, en primer lugar por que la existencia de uno, excluye necesariamente al otro, y en segundo, por que en nuestra opinión, el fiduciario es el único propietario de los bienes fideicomitidos, quien en función del fideicomiso, está obligado a destinar los bienes objeto del fideicomiso, a las finalidades en él establecidas.

Por otro lado, es importante señalar que los derechos que tiene el fideicomisario en cualquier fideicomiso, son personales, y en ningún momento durante la vida de esta figura, él tiene la propiedad de los bienes o la titularidad de los derechos fideicomitidos, ya que ésta es del fiduciario.

#### E. Teoría del Fideicomiso como Acto Unilateral de Voluntad.

Conforme a esta teoría, el fideicomiso nace como consecuencia de una acto unilateral del fideicomitente; los autores que la sostienen, se fundamentan en el artículo 352 de la Ley General de Títulos y Operaciones de Crédito, en el que se establece que el fideicomiso puede constituirse por acto entre vivos y por testamento, sin que se exprese en ese precepto, o en otros, la necesidad de que exista para ello, la voluntad del fiduciario.

Sus seguidores consideran que el fideicomitente es el creador del fideicomiso, y solamente su voluntad es la que lo origina.

Raúl Cervantes Ahumada señala "el acto constitutivo del fideicomiso es siempre una declaración de voluntad", y añade "puede ser que el fideicomiso se contenga dentro de un contrato, pero no será el acuerdo de voluntades lo que constituya el fideicomiso, sino que éste se constituirá por la voluntad del fideicomitente" (95), lo cual, es tan absurdo como el afirmar que la compraventa se considera hecha por la oferta que realice el vendedor.

Otro partidario de esta teoría es Jorge Domínguez Martínez, quien afirma que en todo fideicomiso hay dos pasos, primero la declaración de voluntad del fideicomitente que lo crea, y después el contrato celebrado entre el fideicomitente y el fiduciario,

(95) CERVANTES AHUMADA, Raúl: "Títulos y Operaciones de Crédito", Editorial Herrero, S.A., 9a. Ed. 1976, pag. 289

que exclusivamente tiene por objeto la ejecución del fideicomiso, y no su constitución: "ciertamente, uno es el acto unilateral por el que el fideicomitente destina ciertos bienes a un fin lícito determinado, y otro, distinto, el contrato mediante el cual, aquel encomienda la realización de ese fin a una institución fiduciaria, la que acepta ejecutar todos los actos tendientes a su logro". (96)

Para él, el primer paso consiste en que el fideicomitente afecte unilateralmente ciertos bienes a un fin determinado, y el otro, es el contrato celebrado con el fiduciario, en el que éste se obliga a realizar el fin establecido, a cambio de sus honorarios.

Juan Landerreche Obregón, cuyas ideas comentamos con anterioridad, al referirnos a otra teoría, comparte esta idea, y señala que "el fideicomitente crea el fideicomiso y lo crea por un acto unilateral de voluntad, es decir, sin que para ello necesite el concurso del fiduciario, ni del fideicomisario". (97)

Rodolfo Batiza considera que son erróneos los fundamentos de quienes consideran que lo establecido en el artículo 352 de la ley, es suficiente para afirmar que el fideicomiso se constituye por una declaración unilateral del fideicomitente, y al respecto señala que "la pretendida naturaleza de acto unilateral que se quiere dar al fideicomiso carece de base jurídica y la declaración correspondiente, no pasa de ser una simple oferta o policitación, que puede tener carácter de irrevocable, modalidad que no altera en forma radical los principios del derecho común en la materia". (98)

Por nuestra parte, consideramos que esta teoría es errónea, puesto que trata de explicar la naturaleza jurídica del fideicomiso, partiendo de una premisa errónea, y además, obviamente no desentraña el problema, puesto que no toca el asunto a fondo, y aceptarla implicaría desconocer a una de las fases principales por las cuales atraviesa la constitución o creación de todo fideicomiso, que es la negociación entre las partes, y que ésta, no existiese.

En la práctica diaria esta fase de negociación se da siempre, en la mayoría de los casos entre el fiduciario y el fideicomitente, en otras, entre el fiduciario y el fideicomisario, y en algunas otras, se da inclusive entre las tres partes, y es trascendental para la existencia del fideicomiso y para que se produzcan los efectos jurídicos que se pretenden.

Los ejemplos diarios a lo largo de más de una década, nos han enseñado que para que nazca un fideicomiso, las partes deben discutir y negociar sus intenciones, al amparo de las leyes y

(96) DOMÍNGUEZ MARTÍNEZ, Jorge: Op. cit. pag. 188

(97) LANDERRECHE OBREGÓN, Juan: Op. cit. pag. 18.

(98) BATIZA, Rodolfo: Op. cit. pag. 135



normas aplicables, y en consecuencia establecer los términos que registrarán cada fideicomiso.

Es por eso que se debe tener presente, que dada la trascendencia que puede llegar a tener un fideicomiso, es fundamental el consentimiento expreso de las partes que intervendrán en él, puesto que para que se alcancen los fines que se pretenden, no basta la simple propuesta o póliz de una de ellas (el fideicomitente), sino que es imprescindible la aceptación de la otra (el fiduciario), y en muchos casos, varias contrapropuestas de ambos, hasta obtener el mutuo consentimiento.

De tal suerte, que una vez hecha la póliz del fideicomitente, en la que le plantea al fiduciario sus requerimientos, y se manifieste la aceptación definitiva de éste último de intervenir en el fideicomiso propuesto, podemos decir que éste existirá, bastando solamente que se formalice dicho acuerdo de voluntades, y hecho esto, que el fideicomiso ha sido constituido.

Como apoyo a lo anterior, debemos recordar que el Código Civil para el Distrito Federal, en su artículo 1807 dispone que "el contrato se forma en el momento en que el proponente recibe la aceptación, estando ligado por la oferta....", por lo que en un negocio tan complejo como lo es el fideicomiso, debe ser también fundamental la conformidad del fiduciario, es decir su voluntad de intervenir en él, ya sea en los términos y condiciones propuestos por el fideicomitente, o en los que a él le convengan, y que sean preferibles para poder cumplir con el fin del fideicomiso.

Somos de la opinión de que a la luz de esta teoría, que a todas luces es incompleta por girar solamente en torno a una de las formas que señala la ley para constituir el fideicomiso, tampoco se podrían explicar los fideicomisos públicos, que si bien es cierto, son creados por el Ejecutivo Federal, en muchos casos mediante un Decreto previo, es necesario que el fideicomiso se formalice con la firma del contrato respectivo, en el que el fideicomitente (que en la actualidad debe ser la Secretaría de Hacienda y Crédito Público), convenga con el fiduciario, que normalmente es un banco de desarrollo, las características de la operación.

Aunque es conveniente señalar, respecto a los fideicomisos públicos, que en virtud de la situación política existente en nuestro país, en la práctica el fiduciario, se adhiere a las estipulaciones que establece el fideicomitente.

Asimismo consideramos que esta teoría tampoco es aplicable a los fideicomisos testamentarios, que se fundamentan en el artículo 352 de la ley.

Como veremos con mayor amplitud en el capítulo IV, el testador "constituye" en su testamento un fideicomiso, o establece en dicho instrumento, que a su fallecimiento se

establezca; en ambos casos, designa a sus fideicomisarios, señala los fines que tendrá, y las reglas que regirán para la entrega o distribución de los bienes fideicomitidos, pero en realidad, dicho fideicomiso no puede considerarse ya constituido, por no existir la manifestación de voluntad de fiduciario, ni la transmisión de bienes a su favor.

Hemos visto en la práctica diaria, que este error de la ley, ocasiona problemas, y que alguien que hizo su testamento, y trató de proteger a su familia, estableciendo parametros, terminos y condiciones para la entrega de los bienes objeto de su sucesión, por esta deficiencia de la ley, ocasiona problemas a sus herederos, llegando incluso a tener que seguirse un juicio intestamentario para poder realizar su adjudicación, que, ante tal situación, puede efectuarse en favor de personas que no estaban designadas en el testamento-fideicomiso.

#### F. Teoría del Fideicomiso como Negocio Fiduciario.

Otra de las teorías que explica la naturaleza jurídica del fideicomiso, es la que lo concibe como un negocio fiduciario.

El negocio fiduciario es el negocio jurídico, mediante el cual una persona, llamada fiduciante, transmite a otra, llamada fiduciario, la propiedad de un bien, o la titularidad de un derecho, y ésta se obliga a destinarlos a una finalidad lícita y determinada, y, como consecuencia de dicha finalidad, los revertirá al fiduciante o los transmitirá a un tercero.

En el negocio fiduciario existen dos relaciones, una real y obligatoria, que consiste en la transmisión que efectúa el fiduciante al fiduciario, y la segunda que se caracteriza por la carga que recae sobre el fiduciario para retransmitir el bien al fiduciante, o a un tercero.

Conforme al negocio fiduciario, la transmisión efectuada es plena, puesto que tratándose de bienes, se transmite su propiedad, y en el caso de derechos de crédito, se transmite su titularidad, estando solamente limitada por la obligación que tiene el fiduciario de realizar el fin que le fué encomendado.

Una de las características del negocio fiduciario consiste en las discrepancias que hay entre el fin que se persigue, y el medio que se utiliza para alcanzarlo, esto, en virtud del hecho de que la obligación del fiduciario no requiere ser exteriorizada, ni por él, ni por el fiduciante, lo que ocasiona que algunos autores no consideren al negocio fiduciario como un acto jurídico.

A este respecto, Bauche Garciadiego, quien es citado por Domínguez Martínez señala que "la ley no concibe, ni reglamenta el negocio fiduciario, porque su finalidad es extralegal o ilícita". (99)

El hecho de que en estos negocios exista una obligación interpartes, que solamente es conocida por ellos, no implica que dicho acto sea ilícito o antijurídico, lo que en su caso, derivará de los fines perseguidos, lo mismo que la licitud y la juridicidad.

Una vez expuesto lo anterior, y al contar ya con elementos para explicar a ésta teoría, que es una de las más difundidas en la doctrina mexicana, pasaremos a explicarla en relación al fideicomiso.

Domínguez Martínez no acepta esta teoría, pero señala que uno de los juristas que si la siguen, es Jorge Barrera Graf, quien afirma que tanto el negocio fiduciario, como el fideicomiso tienen las mismas características:

"a) Por que se trata de un negocio que atribuye a alguien un derecho patrimonial en interés de otro, y a nombre propio. Existe pues la doble relación: transmisión de bienes o derechos al fiduciario, y la obligación asumida por dicho fiduciario de afectar a una determinada finalidad dichos bienes o derechos.

"b) De parte del fiduciario, en medida mayor o menor, existe la potestad del abuso, sin que corresponda al fiduciante o al beneficiario, acción real de reivindicación.

"c) Derivado, como deriva el fideicomiso, del trust anglosajón, puede aceptarse que éste, ya sea en su origen meramente, a través del use, e incluso en la actualidad, corresponde al concepto del negocio fiduciario de los sistemas romanistas.

"d) Las objeciones de algunos autores de considerar al fideicomiso como negocio fiduciario, son insostenibles, ... y el fideicomiso es precisamente un tipo de negocio fiduciario.

"e) De no aceptarse la explicación del negocio fiduciario, tendríamos que admitir que el fideicomiso, es un negocio sui generis, lo cual no es decir nada, o que él plantea ese tipo especial de relación, no admitida en nuestro sistema, y si en el anglosajón, en cuya virtud, opera un desdoblamiento de la propiedad, o sea, un tipo de propiedad especial que correspondería tanto al fiduciario, como al fideicomitente o al fideicomisario....

"f) El fideicomiso es un negocio fiduciario, y lo es, tanto el testamentario, como el contractual, tanto el fideicomiso estrictamente bilateral, como aquel en que hay una estipulación a

(99) DOMÍNGUEZ MARTÍNEZ, Jorge: Op. cit. pag. 174

favor de tercero, o sea, el fideicomiso en que no coincidan fiduciante y beneficiario, ya sea que dicho tercero esté constituido por una persona cierta y determinada, o bien, por el público. En todas estas formas de fideicomiso se da la traslación de propiedad y la afectación, es decir, la doble relación; en todas estas formas interviene necesariamente el fiduciante y el fiduciario.

"g) Por último, en toda forma de fideicomiso se constituye un patrimonio de afectación, destinado exclusivamente al cumplimiento de la finalidad pactada, la cual se impone como obligación y como limitación al fiduciario, dueño de dicho patrimonio". (100)

Otro autor que explica la naturaleza jurídica del fideicomiso con base en esta teoría, es Joaquín Rodríguez Rodríguez, pero que, ya dijimos, también analiza al fideicomiso desde otros puntos de vista.

Este autor, señala que "el fideicomiso debe considerarse como una variedad de los negocios fiduciarios. Estos se caracterizan por la discrepancia entre el fin perseguido y el medio elegido para realizarlo. Para la consecución de un fin determinado, se elige una forma jurídica que permite más de lo que es necesario para la realización de aquél. Con otras palabras, el negocio fiduciario se caracteriza, en que se elige por las partes una forma jurídica, los efectos de la cual exceden con conocimiento de las partes, de los exigidos para el fin práctico que persigue...." (101)

Agrega que "en los negocios fiduciarios existe un aspecto real, traslativo de dominio, que opera frente a terceros, y un aspecto interno, de naturaleza obligatoria, que restringe los alcances de la transmisión anterior, pero solo con efectos interpartes.

"Por eso, es evidente que el fideicomiso debe considerarse como un negocio fiduciario en cuanto se trata de un negocio jurídico, en virtud del cual se atribuye al fiduciario la titularidad dominical sobre ciertos bienes, con la limitación, de carácter obligatoria, de realizar solo aquellos actos exigidos por el cumplimiento del fin para la realización del cual se destinan.

"El dueño fiduciario tiene un dominio limitado, que no por eso deja de ser dominio, es decir, el fiduciario es dueño del patrimonio, pero dueño fiduciario, lo que quiere decir que es dueño en función del fin que debe cumplir, y que es dueño normalmente temporal, .... puede decirse que el fiduciario es dueño jurídico, pero no económico de los bienes que recibió en fideicomiso. Dicho de otro modo, el fiduciario es quien ejerce

-----  
(100) DOMÍNGUEZ MARTÍNEZ, Jorge: Op. cit. pag. 178 y 179  
(101) RODRÍGUEZ RODRÍGUEZ, Joaquín: Op. cit. pag. 109

las facultades dominicales, pero en provecho ajeno." (102)

Villagordoa, reproduce las ideas de Serrano Trasviña, al asemejar los elementos del fideicomiso a los del negocio fiduciario, expresa que sólo tienen algunas diferencias accidentales, y sostiene que si se analiza la estructura del fideicomiso, "venimos que es un negocio formado de dos relaciones, la real, en virtud de la cual el fideicomitente transmite determinados bienes o derechos al fiduciario, y la obligatoria por la que el fiduciario se encuentra constreñido frente al fideicomisario, a destinar el patrimonio transmitido, a la realización de los fines del fideicomiso, en provecho del titular". (103)

Villagordoa, también sostiene esta teoría, y señala que sería más correcto decir que, fideicomiso y negocio fiduciario "se tratan de negocios del mismo género, pero con diferencias específicas que los distinguen", en consecuencia, para él, "el fideicomiso es un negocio de carácter fiduciario, por medio del cual, el fideicomitente transmite la titularidad de ciertos bienes o derechos al fiduciario, quien está obligado a disponer de los bienes y a ejercer los derechos de acuerdo, únicamente con las estipulaciones pactadas y en beneficio de un tercero que, es el fideicomisario". (104)

Entre los autores que niegan ésta teoría está Raúl Cervantes Ahumada, quien afirma que el negocio fiduciario a diferencia del fideicomiso, "es un negocio no reglamentado por la ley, no tipificado por ella; es un negocio compuesto de dos negocios que si están tipificados en la ley, cuyos efectos son contradictorios: los efectos del negocio oculto, con eficacia interna entre las partes, destruyen los efectos del negocio aparente; el negocio fiduciario va más allá del negocio querido por las partes, produce más consecuencias jurídicas que las necesarias para obtener aque fin; y una de sus finalidades es llenar un vacío legal, contemplar el derecho deficiente, corregir el derecho inadecuado". (105), lo cual no sucede en el fideicomiso.

Rodolfo Batiza tampoco es partidario de esta teoría, ya que la niega al afirmar que el fideicomiso "... no consiste en un negocio formado por dos elementos, cuyos efectos son contradictorios entre si, y en el que el primero, es real, exteriorizado, jurídicamente obligatorio, en tanto que el segundo, solo tiene eficacia interna entre las partes. Tiene con el negocio fiduciario una diferencia radical de estructura: el fideicomiso es un acto jurídico reglamentado por el derecho positivo, un vínculo único con validez y eficacia idéntica entre las partes, y frente a terceros ". (106)

(102) RODRIGUEZ RODRIGUEZ, Joaquín: Op. cit. pags. 109 y 110

(103) VILLAGORDOA LOZANO, José Manuel: Op. cit. pag. 66

(104) VILLAGORDOA LOZANO, José Manuel: Op. cit. pag. 171

(105) CERVANTES AHUMADA, Raúl: Op. cit. pags. 290 y 291

(106) BATIZA Rodolfo: Op. cit. pag. 133

También Domínguez Martínez niega esta teoría al expresar que "el negocio fiduciario implica una transmisión plena de propiedad, mientras que en el fideicomiso no existe esa plenitud..." (107)

En nuestra opinión, el fideicomiso es un negocio jurídico tipificado y regulado por la ley, que nace mediante el acuerdo de voluntades del fideicomitente y fiduciario, en el que se establecen los derechos y obligaciones de ambos, y las relaciones que amarrarán de él, pudiendo ser éstas solamente entre ellos, o con otras personas, tal y como lo señalan los artículos 353 y 354 de la ley sustantiva.

Consideramos que, pero en el fideicomiso, nunca estamos en presencia de un negocio fiduciario, ya que en aquel, no existen dos relaciones, sino una sola, y los efectos que se producen son exactamente los que desean las partes.

#### G. Teoría del Fideicomiso como Negocio Indirecto.

El negocio indirecto es aquél que se utiliza para producir efectos distintos de los que conforme a su naturaleza produce.

Señala Rodríguez Rodríguez que el fideicomiso además de ser un negocio fiduciario, es un negocio indirecto, y refiriéndose a éstos, señala que "se caracterizan por el empleo de un negocio para la realización de fines obtenidos normalmente por otro. Los fines del fideicomiso (transmisión de bienes para fines de beneficencia, para pago de rentas, para garantía de obligaciones, para administración, etc.), podrían conseguirse mediante negocios reglamentados por la legislación positiva (compraventa, mandato, comisión, prestación de servicios, hipotecas, etc., máxime que a todos estos negocios, pueden dárseles las más variadas estructuras, dada la libertad de contratación que es base de nuestro sistema jurídico privado).

"Por eso podemos decir, que el fideicomiso es un negocio jurídico indirecto, en cuanto que la transmisión de dominio que es su base, no persigue los resultados propios de la misma, sino otros cuya determinación depende de la voluntad de las partes.

"La transmisión se quiere realmente, pero no por los efectos de ella, sino por los que las partes señalan, los que podrían obtenerse mediante la utilización de otros negocios jurídicos."  
(108)

(107) DOMÍNGUEZ MARTÍNEZ, Jorge: Op. cit. pag. 182.

(108) RODRÍGUEZ RODRÍGUEZ, Joaquín: Op. cit. pag. 110

Somos de la opinión que el considerar al fideicomiso como un negocio indirecto, constituye una apreciación parcial y errónea, ya que el que sea una figura jurídica versátil, que presenta una serie de modalidades, que le permiten ofrecer a fideicomitente y fideicomisario, los efectos similares o superiores a los que producen las figuras mencionadas por Rodríguez Rodríguez, no implica que ante su utilización, éstos sean contrarios a los que desean las partes.

Es cierto que uno de los efectos del fideicomiso es la transmisión de propiedad de los bienes objeto del fideicomiso en favor del fiduciario, pero no porque ésta se quiera o no, ya que esto no es importante, sino que es una condición sine qua non en él, y que es precisamente, lo que le permite actuar y realizar los actos tendientes y necesarios para cumplir los fines del fideicomiso, ya que al ser el propietario de los mismos, tanto frente a las partes, como frente a terceros, él puede cumplir con la voluntad del fideicomitente.

#### H. Teoría del Fideicomiso como Operación Bancaria y Acto de Comercio.

Rodríguez Rodríguez completa su apreciación del fideicomiso, al considerarlo desde el tipo de actividad que es, por lo que señala que es una operación bancaria, en virtud de que en México, sólo pueden ser fiduciarias, las instituciones de crédito, y agrega que, al ser una operación bancaria, es un acto de comercio. (109)

Basa esta idea en las leyes que regulan al fideicomiso; respecto a esto, debemos hacer las siguientes consideraciones:

1.- En efecto, conforme a lo establecido en el artículo 350 de la Ley General de Títulos y Operaciones de Crédito, se establece que "sólo pueden ser fiduciarias las instituciones expresamente autorizadas por la Ley General de Instituciones de Crédito".

2.- Como vimos en el capítulo anterior, la ley que se menciona en el artículo antes citado, fue derogada por la Ley Reglamentaria del Servicio Público de Banca y Crédito de 1985, y esta abrogada por la Ley de Instituciones de Crédito de 1990 (sin embargo, aún no se ha hecho la corrección pertinente).

3.- La Ley de Instituciones de Crédito, autoriza a las Instituciones de Crédito, a practicar las operaciones de fideicomiso.

-----  
(109) RODRIGUEZ RODRIGUEZ, Joaquín: Op. cit. pag. 112

4.- Es correcto considerar al fideicomiso como un acto de comercio, ya que el artículo 10. de la Ley General de Títulos y Operaciones de Crédito, establece "Son cosas mercantiles los títulos de crédito. Su emisión, expedición, endoso, aval o aceptación, y las demás operaciones que en ellos se consignen son actos de comercio. Los derechos y obligaciones derivados de los actos o contratos que hayan dado lugar a la emisión o transmisión de títulos de crédito, o se hayan practicado con éstos, se rigen por las normas enumeradas en el artículo 20., cuando no se puedan aceptar o cumplir separadamente del título, y por la ley que corresponda a la naturaleza civil o mercantil de tales actos o contratos, en los demás casos.

Las operaciones de crédito que esta ley reglamenta son actos de comercio."

Por lo que, al estar reglamentado el fideicomiso en esta ley, es un acto mercantil.

5.- Conforme a lo establecido en el artículo 75 del código de Comercio, las operaciones que practiquen los bancos, son consideradas actos de comercio; en dicho precepto se señala:

"La ley reputa actos de comercio: ...

XIV.- Las operaciones de bancos...."

Consideramos que sus razonamientos son correctos, aunque no desentrañan la naturaleza jurídica del fideicomiso, ya que solamente explican una de sus características.

Las ideas de Rodríguez Rodríguez son importantes, ya que al señalar que el fideicomiso es un negocio que tiene características propias y especiales, las cuales propician, que solamente se pueda explicar su naturaleza, estudiándolo desde varios puntos de vista, aunque lo adecuado sería que, en base a las más completas, se elaborase una teoría que si lo analice en forma integral, y así lo explique.

I. Teoría del Fideicomiso como Contrato Sinalagmático Perfecto.

Rodolfo Batiza afirma que todo fideicomiso nace de un contrato, y señala que "la naturaleza jurídica del fideicomiso se reduce a explicar a esta figura como un contrato bilateral, sinalagmático perfecto". (110)

-----  
(110) BATIZA, Rodolfo: Op. cit. pags. 135 y 136



Explica la naturaleza contractual del fideicomiso, basando su teoría, en la existencia de una codición resolutoria tácita, puesto que conforme al artículo 1949 del Código Civil del Distrito Federal, la facultad de resolver las obligaciones se entiende implícita en las recíprocas: para el caso de que uno de los obligados no cumpliera lo que le incumbe, el perjudicado podrá escoger entre exigir el cumplimiento o la resolución de la obligación, con el resarcimiento de daños y perjuicios en ambos casos; también podrá pedir la resolución, aun después de haber optado por el cumplimiento, cuando este resultare imposible. Y partiendo de lo anterior expresa:

"Nuestra reglamentación positiva consagra esos derechos recíprocos, con lo cual, se confirma la posición que sostenemos, declarada culpable de las pérdidas o del menoscabo que sufran los bienes fideicomitidos, el fideicomisario, sus representantes legales, o el fideicomitente, si se reservó el derecho, podrán pedir su remoción, sin perjuicio de la opción que les concede el artículo 355 de la ley sustantiva para exigir al fiduciario el cumplimiento del fideicomiso", y agrega: "el legislador mismo, en realidad reconoció indirectamente la naturaleza contractual del fideicomiso, ya que al referirse en la Exposición de Motivos de la Ley, a las operaciones de crédito, dentro de las cuales está reglamentado el fideicomiso, señala que no es solo una necesidad analítica, la que ha hecho incluir en la nueva ley diversas formas contractuales, y que no se limitan, por su puesto a las formas particulares de contratación, aparte de que, aludiendo al fideicomiso expreso, afirma que puede servir a propósitos que no se lograrían sin él, por el mero juego de otras instituciones jurídicas o que exigirían una complicación extraordinaria en la contratación" (111)

Miguel Acosta Romero también considera el fideicomiso como un contrato, y al respecto señala: "para calificar el fideicomiso mexicano como un contrato, nos basamos en que es una relación jurídica entre dos o más personas, puesto que siempre debe haber un fideicomitente y una institución fiduciaria; esa relación establece derechos y obligaciones entre dos partes y, por tanto, no puede concebirse como una manifestación unilateral de voluntad...". (112)

Agrega este autor "si se reconoce que el fideicomiso implica una relación jurídica entre dos o más personas, que crea, establece, transmite y declara derechos y obligaciones entre las partes, es de concluirse que tiene todas las características atribuidas por el Código Civil bien sea al convenio, bien sea al contrato.

"Nos inclinamos a pensar que se trata de contrato, en virtud de que crea, declara y transmite derechos y obligaciones.

(111) BATIZA, Rodolfo: Op. cit. pag. 137

(112) ACOSTA ROMERO, Miguel: "Las Instituciones Fiduciarias y el Fideicomiso en México". Fomento Cultural Somoza, A.C., 1a. Ed. México, 1982, pag. 157

"Es más, en el uso bancario normal, en la experiencia mexicana, ya lo hemos afirmado, se utiliza el término contrato de fideicomiso.

"Estimamos que el uso bancario es generador de principios de derecho complementarios a la ley, cuando existe laguna y en este caso, dicho uso ha generado el principio de que el fideicomiso es un contrato." (113)

Finalmente Acosta Romero, confirma su teoría al señalar que "otra práctica administrativo-legal que viene a abundar en favor del criterio de que el fideicomiso es un contrato, es el hecho de que todos los fideicomisos del gobierno federal son establecidos mediante contrato... (114)

Nos adherimos a los expresado en esta teoría, puesto que como lo hemos expuesto anteriormente, en cualquier fideicomiso es fundamental que exista un acuerdo de voluntades entre fideicomitente y fiduciario, y en ocasiones también con el fideicomisario, para que surjan todos los efectos que motivaron su constitución.

Pero consideramos que es insuficiente para explicar la naturaleza del fideicomiso, puesto que solamente se refiere a su forma de creación.

## 2. DEFINICION DEL FIDEICOMISO.

Una vez que hemos expuesto las teorías que explican la naturaleza jurídica del fideicomiso, y hemos criticado los puntos que nos parecen incorrectos, así como aceptado los que si reconocemos como válidos, solamente nos resta comentar, que es conveniente tener presente, que todos los estudios que ha habido en relación al fideicomiso, han enriquecido la doctrina, y que ésta, ha sido trascendental para el desarrollo de esta figura en México.

Fueron importantes los estudios e intentos de conocer el trust y adaptarlo a nuestro sistema legal, que culminaron con la publicación de las leyes de 1926 y 1932, que como vimos anteriormente, estuvieron inspiradas respectivamente en las ideas de Alfaro y Lepaulle, quienes elaboraron sus teorías en base a la interpretación que hicieron del trust, y que aunque no las compartimos, reconocemos su valor en el desarrollo de nuestro fideicomiso.

-----  
(113) ACOSTA ROMERO, Miguel: Op. cit. pag. 160

(114) ACOSTA ROMERO, Miguel: Op. cit. pag. 162

Los trabajos de ambos respecto al funcionamiento del trust, junto con el de Remo Franceschelli, intentaron adaptar esta figura jurídica a nuestros sistemas romanistas, tuvieron seguidores dentro de los juristas mexicanos, quienes, inspirados por sus estudios e ideas, desarrollaron interesantes teorías.

Y, es así como surgen estudiosos mexicanos preocupados por explicar la naturaleza jurídica del fideicomiso, lo contemplaron con mayor o menor profundidad y desde varios puntos de vista.

Pero, pese a la importancia y aceptación que en su momento tuvieron las ideas de Landerreche, Lizardi y Serrano Trasviña, expresadas en promedio, hace casi cincuenta años, cuando el fideicomiso estaba en su etapa de nacimiento e incorporación a nuestras leyes y costumbres, la propia evolución de esta figura, las dejó a un lado.

A medida que el fideicomiso se arraigaba en nuestro sistema legal, y tomaba carta de naturalización y de identidad, se externaron más opiniones de reconocidos exponentes del Derecho Mercantil, como son Barrera Graff y Cervantes Ahumada, e inclusive de estudiosos como Villagordoá, Batiza, Molina Pasquel o Domínguez Martínez, quienes con sus opiniones contribuyeron al desarrollo jurídico del fideicomiso.

De tal suerte que, finalmente, otros autores que han expresado ideas acerca del fideicomiso, ya lo analizan desde varios puntos de vista, como lo hacen éste último y Rodríguez Rodríguez, logrando así una mayor precisión jurídica.

Todas esas ideas y teorías, igualmente valiosas, junto con el conocimiento de la realidad actual del fideicomiso, nos permiten exponer la propia, haciendo las siguientes consideraciones:

Al incorporar la figura del fideicomiso a nuestro sistema jurídico, el legislador, y los diversos tratadistas que elaboraron estudios acerca del trust, estaban tan convencidos de las aplicaciones que tiene éste último, que quisieron tener una figura, adecuada a los sistemas de ascendencia romanistas.

Con base en sus estudios, y en los conocimientos que tenían del trust, y a las características de los sistemas jurídicos de ascendencia romanista, solamente incorporaron el express trust. es decir, aquel cuya creación obedece a los deseos del settlor, así como a las ordenes de un juez.

Pero en su afán de adaptar las ventajas del trust, olvidaron que en un sistema legal diferente al nuestro, como lo es el anglosajón, el nacimiento de obligaciones, obedece también a figuras diferentes de las que existen en el nuestro, y que algunas de ellas, no pueden tener aplicación entre nosotros.

De tal suerte que, al establecer que el fideicomiso se crea por acto entre vivos, pretendieron abarcar todas las figuras que

existen en nuestra legislación como fuente de obligaciones, lo cual como se verá en el curso del capítulo siguiente, en la práctica, no es posible.

Asimismo, no previeron que, para el eficaz cumplimiento de los fines del fideicomiso, es ocerir de los deseos y voluntad del fideicomitente, era igualmente importante la expresión de la del fiduciario.

En un fideicomiso, es precisamente la labor del fiduciario, la que distingue a esta figura frente a otros, ya que es él quien realiza las actividades que tienen como consecuencia el que el fideicomiso surta todos sus efectos, es decir que viva.

Establecemos que el fiduciario es imprescindible para el nacimiento del fideicomiso, y el cumplimiento de los fines que éste tenga, porque, es él, quien con su experiencia, sabe cuales pueden realizarse, así como el medio para lograrlo, y cuando hacerlo.

En virtud de que la ley establece que el fin del fideicomiso debe ser lícito y determinado, es fácil comprender que puede haber una variedad de situaciones y necesidades que difícilmente pueden ser satisfechos con un fideicomiso.

Es por eso que no podemos reconocer la existencia de los fideicomisos que son creados por figuras distintas de un contrato, o sea fideicomisos cuya existencia debería surgir por la simple exteriorización de voluntad del fideicomitente, quien los "constituye", mediante declaración unilateral de voluntad, o bien, por decreto, en el caso de los fideicomisos públicos, o por testamento, en el caso de los testamentarios, y que en muchos casos no producen los efectos deseados.

Asimismo, no podemos decir que su fin es imposible de cumplir y que por ello se extinguen, sino que nunca nacieron, es decir, que nunca se crearon.

Los efectos que se producen en los fideicomisos públicos, en muchos casos obedecen más a la orden de quien lo creó, que en la mayoría de los casos es el Ejecutivo Federal, quien en función de su propia naturaleza los hace cumplir, como parte de una decisión política, pero aun en éstos, es imprescindible que se celebre el contrato respectivo.

Los testamentarios producen sus efectos solamente en aquellos casos, que contienen estipulaciones compatibles con aquellas que sean similares a las que se establecen cuando, éstas son consecuencia del acuerdo de voluntades del fideicomitente y del fiduciario.

Por otro lado, consideramos que al estar inspirada la ley de títulos de 1932, en lo referente al fideicomiso, por las ideas de Pierre Lepaulle, y señalar únicamente la afectación de los bienes, pero no su transmisión en propiedad al fiduciario, dicho

ordenamiento no contempla una situación necesaria e imprescindible en el fideicomiso.

El fiduciario debe ser el propietario de los bienes objeto del fideicomiso, y actuar como tal, pues de lo contrario, no podrá cumplir con los fines que tenga el fideicomiso.

Como consecuencia de esa omisión, la práctica bancaria ha propiciado que al constituirse un contrato de fideicomiso, se establezca que el fideicomitente, transmite al fiduciario la propiedad de los bienes objeto del mismo.

Al realizar esa afectación, y transmitirle los bienes al fiduciario, se crea una propiedad sui generis, una propiedad fiduciaria, cuyas características veremos más adelante, en virtud de la cual, éste solamente puede ejercitar aquellos derechos que sean necesarios para el cumplimiento del fideicomiso.

Además creemos que para poder comprender la verdadera naturaleza del fideicomiso, es necesario, el conocerlo de cerca, el intervenir en las etapas de su formación, conocer los deseos que mueven a las partes a crearlo.

En virtud de todo lo anterior, estamos en posibilidad de dar una definición del fideicomiso mexicano:

"El fideicomiso es un negocio jurídico que se crea en virtud de un contrato que celebran el fideicomitente y el fiduciario, en virtud del cual, el primero afecta ciertos bienes a un fin lícito determinado, transmitiéndolos al segundo, a quien encomienda la realización de ese fin".

ESTA TESIS NO ESTE  
SALIZ DE LA BIBLIOTECA

## CAPITULO IV

## CAPITULO IV.

### RELACION FIDUCIARIA.

En la última parte del capítulo anterior, propusimos una definición de lo que para nosotros es el fideicomiso, basada en principios consignados tanto en las teorías que expusimos en ese apartado, como en nuestra observación diaria de las necesidades que han motivado a diversas personas a hacer uso del fideicomiso, así como de la manera en que hemos estructurado una gran variedad de fideicomisos, y del hecho de haber visto algunos, que habiendo sido consignados en instrumentos diversos a un contrato, no han tenido efectos.

Es así, que para nosotros, el fideicomiso en principio es un negocio jurídico que presenta características especiales, en virtud de su propia naturaleza, la cual determina las relaciones jurídicas existentes entre las personas que en él intervienen.

Catalogamos al fideicomiso como negocio jurídico, no sólo por las consecuencias que produce desde el momento de su constitución, tanto para las personas que en ella intervienen, como para las que posteriormente recibirán los beneficios que derivan de él, y para los terceros ajenos al propio fideicomiso, así como para los bienes o derechos fideicomitidos, sino que, lo consideramos así, porque es el resultado de la libre manifestación de la voluntad del fideicomitente, quien ante una situación o necesidad especial, acude ante un fiduciario, y conviene con él, la realización de uno o varios actos que tendrán como objetivo, el cumplimiento de los fines del fideicomiso.

Villagorda reproduce las ideas de Salvador Pugliatti, y señala que "el negocio jurídico es un acto de voluntad libre, que tiende a un fin práctico tutelado por el ordenamiento jurídico, y que produce como consecuencia de tal tutela, determinados efectos jurídicos." (115) Este negocio jurídico, que nace con el acuerdo de voluntades que se consigna en el contrato celebrado entre el fideicomitente y fiduciario, tiene características especiales en virtud de la afectación que efectúa el primero.

Dicha afectación consiste en la separación de determinados bienes o derechos, que realiza el fideicomitente, dentro de aquellos que integran su patrimonio, a fin de que sean destinados a la realización de fines específicos.

Ahora bien, esos bienes o derechos, no han salido del  
-----  
(115) VILLAGORDA LOZANO, José Manuel. Op. Cit. pag. 137

patrimonio del fideicomitente por el simple hecho de que, al los afecte a la realización de determinada actividad, sino que, es necesario que los transmita en propiedad al fiduciario, para que éste los destine precisamente al cumplimiento de dicha actividad, que no es otra cosa, que el fin del fideicomiso.

La relación jurídica existente entre fideicomitente y fiduciario, y entre ambos, o cualquiera de ellos, con el fideicomisario, recibe el nombre de relación fiduciaria, la cual en función de las características de cada fideicomiso, y de los derechos y obligaciones que tenga cada uno de ellos en el fideicomiso, producirá efectos entre ellos, y con terceros ajenos al mismo.

Dicha relación surge una vez creado el fideicomiso, o sea una vez que, el fideicomitente y el fiduciario han estipulado en forma expresa su voluntad, celebrando el contrato respectivo, en el que han señalado, los términos y condiciones que regirán el fideicomiso, ha sido designado el fideicomisario, si es el caso, y han establecido los fines que se pretenden realizar.

En virtud de la gran versatilidad que presenta el fideicomiso, que le permite abarcar diversas situaciones, no solo civiles o mercantiles, sino también laborales o fiscales, esa relación puede ser de diversa índole, pero siempre tendrá como fundamento, el cumplimiento de los fines del fideicomiso, y producirá diversos efectos.

## 1. ESTRUCTURA DEL FIDEICOMISO.

Señala Luis Muñoz que "la estructura del negocio jurídico comprende la forma y su contenido" (116)

La forma es la figura exterior del negocio, que le permite ser reconocible, por lo que refiriéndonos al fideicomiso, encontramos que consiste en sus manifestaciones externas.

Respecto a su forma, la Ley General de Títulos y Operaciones de Crédito, solamente reconoce efectos al fideicomiso expreso, ya que, en el proceso de incorporación del trust anglosajón, y ser estudiado en sus diferentes modalidades, solamente se adoptó el express trust, dejando de lado al implied trust, por lo que, una vez en nuestro régimen, se estableció el requisito de que todo fideicomiso debe constar por escrito.

Además se estipuló que dicha constitución, debería ajustarse  
-----  
(116) MUÑOZ, Luis: "El Fideicomiso". Cardenas Editor y Distribuidor, S. A., 2a. Ed. 1980, pag. 207.



a los terminos de la legislación común sobre transmisión de los derechos o de los bienes que se den en fideicomiso.

Por lo que se refiere a su contenido, sin entrar al análisis y detalle de las cláusulas que contienen los diferentes tipos de fideicomiso, podemos decir que está formado por su tipicidad interior, es decir los derechos y obligaciones de las partes que en él intervienen, los bienes o derechos que en cada caso sean su objeto, y los fines que se pretenden alcanzar.

De lo anterior, obtenemos que al referirnos a la estructura del fideicomiso, estamos abarcando:

- Personas o partes: Normalmente en un fideicomiso intervienen tres elementos personales personas: fideicomitente, fiduciario y fideicomisario, aunque es perfectamente válido, el que se celebre un fideicomiso, sin haber sido designado este último.

- Patrimonio: Es el conjunto de los bienes o derechos que el fideicomitente transmite al fiduciario para la realizacibn de los fines estipulados. Como veremos más adelante, pueden ser materia de fideicomiso toda clase de bienes y derechos, con la única limitacibn de que los bienes estén también dentro del comercio y los derechos puedan ser transmitibles.

- Fines: Los fines del fideicomiso los determina el fideicomitente en beneficio de él mismo, o de un tercero, que es el fideicomisario; deben ser lícitos y determinados, y consisten en la actividad jurídica que realiza el fiduciario por instrucciones del fideicomitente, a través del ejercicio obligatorio de los derechos que éste le transmite.

- Derechos y obligaciones de las partes: estan delimitados en principio por la ley, así como por los fines del fideicomiso, y serán aquellos que sean necesarios para el cumplimiento del fin establecido en cada fideicomiso.

## 2. ELEMENTOS PERSONALES.

Como ya dijimos antes, en esta figura jurídica, participan tres elementos personales:

- Fideicomitente: es la persona que constituye el fideicomiso, afectando determinados bienes o derechos a la realización de un fin lícito y determinado.

- Fiduciario: es la persona que recibe la propiedad de los bienes, o la titularidad de los derechos que le transmite el

fideicomitente.

- Fideicomisario: es la persona que recibirá los beneficios del fideicomiso.

El hecho de que se establezcan tres elementos personales en el fideicomiso, no implica la concurrencia de todas ellas al mismo tiempo y en todos los casos, es decir, en todos los contratos que se celebren, puesto que conforme a la ley, es válido el fideicomiso que se celebre sin la participación del fideicomisario.

A continuación, haremos un análisis de las características de estos tres elementos:

#### A. Fideicomitente.

La Ley General de Títulos y Operaciones de Crédito establece quienes pueden ser fideicomitentes al señalar:

"Artículo 349.- Sólo pueden ser fideicomitentes las personas físicas jurídicas que tengan la capacidad necesaria para hacer la afectación de bienes que el fideicomiso implica, y las autoridades judiciales o administrativas competentes, cuando se trate de bienes cuya guarda, conservación, administración, liquidación, reparto o enajenación corresponda a dichas autoridades o a las personas que éstas designen."

Antes de entrar al análisis de este artículo, es necesario determinar la noción de persona.

Para Eduardo García Maynez, persona o sujeto, es "todo ente capaz de tener facultades y deberes", y los divide en dos grupos o clases, "las personas jurídicas divídense en dos grupos: físicas y morales. El primer término corresponde al sujeto jurídico individual, es decir al hombre, en cuanto tiene obligaciones y derechos; se otorga el segundo a las asociaciones dotadas de personalidad (un sindicato o una sociedad mercantil, por ejemplo)." (117)

Refiriéndose a las primeras, señala "se da el nombre de personas físicas a los hombres, en cuanto son sujetos de derecho". (118)

Nuestro Código Civil para el Distrito Federal, establece en

(117) GARCÍA MAYNES, Eduardo: "Introducción al Estudio del Derecho". Editorial Porrúa, S.A., 5a. Ed. 1953, pag. 271

(118) GARCÍA MAYNES, Eduardo: Op. cit. pag. 275

su artículo 22 que todos los hombres tienen capacidad jurídica, mismo que reproducimos:

"Artículo 22.- La capacidad jurídica de las personas físicas se adquiere por el nacimiento y se pierde por la muerte; pero desde el momento en que un individuo es concebido, entra bajo la protección de la ley, y se le tiene por nacido para los efectos declarados en el presente código."

Es evidente que, alguien que no ha nacido, o un menor de edad, así como un incapaz, no pueden ejercer directamente los derechos que la ley les otorga, por lo que en el mismo código se establece la posibilidad de que lo hagan a través de sus representantes legales.

La persona física que no sufra ningún tipo de incapacidad jurídica, podrá ejercitar sus derechos libremente, según lo dispone el artículo 24 de ese ordenamiento:

"Artículo 24.- El mayor de edad tiene la facultad de disponer libremente de su persona y de sus bienes, salvo las limitaciones que establece la ley."

Por lo que se refiere a las personas morales, dicho código determina quienes son, y las reglas bajo las cuales regirán su actuación:

"Artículo 25.- Son personas morales:

- I. La Nación, los Estados y los Municipios;
- II. Las demás corporaciones de carácter público reconocidas por la ley;
- III. Las sociedades civiles o mercantiles;
- IV. Los sindicatos, las asociaciones profesionales y las demás a que se refiere la fracción XVI del artículo 123 de la Constitución Federal;
- V. Las sociedades cooperativas y mutualistas;
- VI. Las asociaciones distintas de las enumeradas que se propongan fines políticos, científicos, artísticos, de recreo o cualquiera otro fin lícito, siempre que no fueren desconocidas por la ley.
- VII. Las personas morales extranjeras de naturaleza privada, en los términos del artículo 2736.

Al igual que las personas físicas, las morales tienen derechos y obligaciones según se desprende de los artículos 26 y 27, que a continuación transcribimos:

"Artículo 26.- Las personas morales pueden ejercitar todos los derechos que sean necesarios para realizar el objeto de su institución.

"Artículo 27.- Las personas morales obran y se obligan por medio de los órganos que las representan, sea por disposición de la ley o conforme a las disposiciones relativas de sus escrituras

constitutivas y de sus estatutos".

Hechas estas consideraciones, pasemos a comentar el artículo 349 de la Ley General de Títulos y Operaciones que transcribimos líneas antes.

Conforme a este artículo, encontramos en principio, que las personas físicas o jurídicas, que tengan la capacidad necesaria para hacer la afectación de bienes que el fideicomiso implica, pueden ser fideicomitentes.

Es decir, que, para que alguien sea fideicomitente, y realice la afectación de bienes que el fideicomiso requiere, deberá tener capacidad de ejercicio suficiente para celebrar el contrato, y en caso de que dicha capacidad se encuentre limitada, se deberán llenar los requisitos señalados en el derecho común o en la legislación especial, para poder ejercitar tal derecho.

Además, para poder ser fideicomitente, es necesario ser propietario de los bienes o titular de los derechos sobre los cuales se va a realizar la afectación del fideicomiso; este requisito es indispensable para poder realizar la transmisión de los bienes o derechos al fiduciario, quien como consecuencia de ella, al ser celebrado el fideicomiso, será el único propietario o titular de su patrimonio.

El fideicomitente, junto con el fiduciario, es un elemento personal indispensable para la celebración del fideicomiso, ya que su actividad se concreta en la forma siguiente:

- a) Constituye el fideicomiso, celebrando con el fiduciario el contrato respectivo.
- b) Transmite el fiduciario los bienes y derechos que formarán la materia del fideicomiso.
- c) Señala los fines, y conviene con el fiduciario su realización.
- d) Designa al fideicomisario, o, cuando menos da las bases para su determinación.

En su parte final, el artículo antes mencionado señala que también podrán ser fideicomitentes, las autoridades judiciales o administrativas competentes, cuando se trate de bienes cuya guarda, conservación, administración, liquidación, reparto corresponda a dichas autoridades o a las personas que éstas designen, con lo que pone a su alcance, una herramienta versátil, pero a la vez eficaz, que les permita el cumplir con los encargos que como consecuencia de su función les corresponde.

Además, es importante tener presente, que en dicho precepto se sienta la base para el establecimiento de los fideicomisos públicos, que pese al exceso que tuvieron en alguna época, en los últimos años se han convertido en un mecanismo útil para la

administración pública.

Pero, es necesario insistir en que, los fideicomisos públicos también deben ser constituidos en un contrato.

#### B. Fiduciario.

En el artículo 350 de la ley se establece quienes pueden ser fiduciarios:

"Artículo 350.- Sólo pueden ser fiduciarias las instituciones expresamente autorizadas para ello conforme a la Ley General de Instituciones de Crédito....."

El fiduciario es la persona, con la cual el fideicomitente celebra el contrato de fideicomiso, y a quien le transmite los bienes o derechos objeto del mismo, para que lleve a efecto la realización o cumplimiento de los fines establecidos, conforme a los derechos y facultades que la ley y éste le han conferido.

Es decir, el fiduciario, es la persona que como consecuencia de la constitución del fideicomiso, tiene la propiedad de los bienes o la titularidad de los derechos fideicomitidos, y que en función de los términos y condiciones del contrato que celebra con el fideicomitente, y de la afectación que éste ha efectuado, se encarga de la realización de los fines del fideicomiso.

Es conveniente hacer el comentario de que, pese a que, desde que se publicó esta ley, en 1932, han sido promulgadas y publicadas cinco leyes bancarias distintas, el legislador aún no se ha percatado de la necesidad de realizar el ajuste pertinente en la ley, a efecto de conseguir una correcta coherencia jurídica entre la ley bancaria en vigor, y el contenido del artículo que acabamos de mencionar.

Al referirnos a este elemento personal del fideicomiso, tenemos que hacer varias consideraciones, mismas que comentaremos en los incisos siguientes:

#### a) Nuestro Sistema Jurídico.

Como hemos visto en el capítulo II de este trabajo, en nuestro sistema legal, pueden actuar como fiduciarias, las

instituciones de crédito, situación en la que coincidieron los diversos legisladores que han elaborado o sancionado tanto la vigente ley sustantiva como las leyes bancarias que anteriormente comentamos.

Es conveniente hacer la aclaración, que como tal, las instituciones fiduciarias, o compañías fideicomisarias, como se pretendió designarlas en alguna ocasión, o establecimientos fiduciarios, no han existido en nuestro país, es decir, no ha habido en México, sociedades que se hayan dedicado exclusivamente al desempeño de la actividad fiduciaria, y en especial a los fideicomisos.

En efecto, desde la incorporación del fideicomiso, las instituciones de crédito han recibido la encomienda de actuar como fiduciarias, cumpliendo al efecto los requisitos que han establecido las diversas leyes bancarias.

La Ley General de Instituciones de Crédito y Organizaciones Auxiliares de 1941, bajo la cual se desarrolló no solo el fideicomiso, sino todo nuestro sistema bancario contemporáneo, en su origen, establecido en su artículo 2o., que para dedicarse al ejercicio de la banca y del crédito, se requería concesión del Gobierno Federal, que sería otorgada por la Secretaría de Hacienda y Crédito Público.

Esas concesiones consistían en la realización de una o más de las siguientes operaciones:

- I.- De depósito.
- II.- De ahorro.
- III.- Financieras.
- IV.- Hipotecarias.
- V.- De capitalización.
- VI.- Fiduciarias.

Además, se dispuso que una misma sociedad no podía obtener concesión para realizar operaciones de depósito, financieras, hipotecarias o de capitalización; pero si estableció que podían efectuar actividades fiduciarias (así como las de ahorro), por considerar que eran accesorias a su función principal, siempre que tuviesen la concesión respectiva.

Esta limitante que tenía la ley, impidió que una misma institución de crédito ofreciera un paquete completo de servicios bancarios a su clientela, por lo que para poder ofrecerlos, se crearon bancos filiales que tenían otras concesiones, o bien adquirieron otros bancos diferentes.

Dicha situación propició que para 1970, hubiese en el país

más de doscientas instituciones concesionadas para desempeñar alguna de las actividades antes descritas, lo que ocasionó problemas de inspección y vigilancia a las autoridades.

Para regular esta situación, en 1970, se reformó la ley bancaria, se reconoció y reguló a los grupos financieros, estableciendo con ello, reglas de protección para el público; la reforma dió como consecuencia que las instituciones se agruparan, y al existir duplicidad de funciones en muchos casos, así como mayores costos debido a ello, se fusionaran, surgiendo así en 1976, la banca múltiple, que subsiste hasta la fecha.

Sin embargo, en la actualidad, volvemos a estar ante una situación similar, ya que, las recientes reformas a las leyes del Mercado de Valores y de Seguros y Fianzas, establecen la posibilidad de que tanto las Casas de Bolsa, como las Compañías de Seguros, puedan actuar como fiduciarias en las actividades que realizan.

#### b) Generalidad.

Ya hemos visto que desde la aparición de la figura del fideicomiso en nuestro sistema legal, a diferencia del norteamericano y del inglés, se estableció que solo podían ser fiduciarios, las instituciones expresamente autorizadas, por lo que la evolución de esta figura ha sido paralela al desarrollo de nuestras instituciones bancarias, que hasta la fecha, se han encargado de dicha función prácticamente en su totalidad.

Pese a las recientes disposiciones que permiten que instituciones financieras, diferentes a los bancos, puedan actuar como fiduciario, la regulación mexicana contrasta con la establecida en el derecho angloamericano, en el que se establece que, para que una persona sea trustee, es suficiente con que cuente con capacidad para adquirir y poseer en propiedad los bienes sobre los cuales se constituye el trust, así como la competencia y capacidad para manejar el patrimonio, conforme a los términos establecidos en el instrumento respectivo, o según instrucciones de los beneficiarios, y debe estar domiciliado dentro de la jurisdicción del tribunal que supervisa la administración del trust.

En México, desde la primera tentativa de adopción del trust, representada por el Proyecto Limmatour, se ha exigido que el fiduciario sea persona moral; tanto los Proyectos Creel y Vera Estañol, como las diversas leyes que han estado en vigor, han impuesto el requisito de que el fiduciario sea una institución autorizada especialmente al efecto.

La Exposición de Motivos de la ley bancaria de 1932, indicó que sólo se autorizaría la constitución de fideicomisos, cuando el fiduciario fuese una institución especialmente sujeta a la vigilancia del Estado.

Por lo que se refiere a la Ley General de Títulos y Operaciones de Crédito, solamente otorga a ciertas personas la capacidad de actuar como fiduciario; al respecto, señala Batiza que "esta limitación de nuestra ley es una característica que tiene en común con la legislación de los diversos países sudamericanos que han consagrado como versión del trust a las llamadas 'comisiones y operaciones de confianza' y que la distingue del derecho angloamericano y del Proyecto Alfaro". (119)

Esta ley vigente desde 1932, establece que sólo pueden ser fiduciarias las instituciones expresamente autorizadas para ello conforme a la Ley General de Instituciones de Crédito.

La ley bancaria de 1941, dispuso el requisito de que para dedicarse al ejercicio de la banca y del crédito, se requería autorización del Gobierno Federal, que competía otorgar discrecionalmente a la Secretaría de Hacienda y Crédito Público; posteriormente, se estableció que para dicho ejercicio se requería concesión.

La Ley Reglamentaria del Servicio Público de Banca y Crédito de 1985, siguió otra mecánica para determinar las actividades en las que podían intervenir, y realizar las instituciones de crédito, y al efecto las enumeró en forma expresa, siendo una de ellas, los fideicomisos.

Esta situación se contempla de la misma forma en la Ley de Instituciones de Crédito de 1990, puesto que en su artículo 46 detalla las operaciones que pueden realizar las instituciones de crédito.

"Artículo 46.- Las instituciones de crédito sólo podrán realizar las operaciones siguientes:

XV. Practicar las operaciones de fideicomiso a que se refiere la Ley General de Títulos y Operaciones de Crédito,...."

Como vemos, en nuestro sistema jurídico, está expresamente señalado que las instituciones de crédito, ya sea las de banca múltiple o las de banca de desarrollo, están encargadas de desempeñar el cargo de fiduciario en los fideicomisos que celebren.

Por otro lado, al ser nuestro fideicomiso, una adaptación del trust, también lo fueron varios preceptos que lo regulan, y es así que, en la Ley General de Títulos y Operaciones de

(119) BATIZA, Rodolfo: Op. cit. pags. 165 y 166



Crédito, se establece la posibilidad de que el fideicomitente designe varias instituciones fiduciarias, para que conjunta o sucesivamente, desempeñen el fideicomiso (artículo 350, párrafo tercero).

Estimamos que esta última consideración, es inútil, conforme a lo establecido en la misma ley, en la que se establece que solamente puedan ser fiduciarias, las instituciones de crédito, lo que hace que esta posibilidad, resulte fuera de lugar, y que por lo que sabemos, nunca se ha dado en la práctica.

Esta disposición, si es correcta en el sistema norteamericano, en el que existe la posibilidad de que haya trustees personas físicas, y es así que, en el derecho angloamericano, se establece que puede haber un número ilimitado de trustees, "siendo uno suficiente, y cualquier número mayor permisible". (120)

#### c) Excepciones.

Pese a lo anterior, ya que parece lógico que el legislador mexicano, quisiera circunscribir únicamente a las instituciones de crédito, ya sea de banca múltiple o de banca de desarrollo, el que actúen como fiduciario, en algunas leyes, se ha establecido la posibilidad de que otro tipo de instituciones pueda desempeñar el cargo de fiduciario.

Estas excepciones no son muchas, y a continuación las comentamos:

1.- Banco de México, que es un organismo público descentralizado del Gobierno Federal, con personalidad jurídica y patrimonio propios, cuya función principal es ser el Banco Central de la Nación, está facultado para actuar como fiduciario, conforme a lo que establece la fracción XI del artículo 60. de su ley orgánica, la cual entró en vigor el 10. de enero de 1985, en la que se señala:

"Artículo 60.- El Banco de México, para la realización de sus funciones, podrá efectuar las operaciones siguientes:

.....

XI.- Actuar como fiduciario cuando por la ley se le asigne esa encomienda o cuando se trate de fideicomisos cuyos fines coadyuven al desempeño de funciones del banco. Este podrá canalizar recursos a los fideicomisos en los que tenga carácter

(120) BATIZA, Rodolfo: Op. cit. pags. 168 y 169

de fiduciario, a través de las operaciones que esta ley le autoriza a realizar"

2.- Patronato del Ahorro Nacional, que también es un organismo público descentralizado del Gobierno Federal, con personalidad jurídica y patrimonio propios, que forma parte del sistema financiero, y está encargado de fomentar el ahorro nacional.

Este organismo también está autorizado para actuar como fiduciario, puesto que así lo establece su ley orgánica de fecha 16 de diciembre de 1986, en la que se señala:

"Artículo 5o.- Para el cumplimiento de su objeto el Patronato del Ahorro Nacional podrá:

.....

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

"Artículo 21.- En las operaciones fiduciarias, el Patronato del Ahorro Nacional estará facultado para ejercer todos los derechos y acciones que se requieran para el cumplimiento del fideicomiso. Serán aplicables en lo conducente los artículos 60 a 66 de la Ley Reglamentaria del Servicio Público de Banca y Crédito."

Estas excepciones ocasionan confusión, pero son hasta cierto punto comprensibles, si consideramos que la actividad del fiduciario en muchos casos está relacionada con la administración e inversión de recursos financieros, y éste la realiza en base a su infraestructura y atribuciones, aunque cabe hacer la aclaración, que precisamente por las actividades que desempeñan ambas instituciones están en desventaja en relación a la actuación de un fiduciario que sea una institución de crédito, ya sea de banca múltiple o de banca de desarrollo, además que la inversión de recursos, no es sólo la función que desempeña un fiduciario en un fideicomiso, sino que ésta es más amplia y compleja.

3.- La tercer excepción que han contemplado nuestras leyes respecto a quien puede ser fiduciario, puesto que la Ley Reglamentaria del artículo 27 Constitucional en Materia Minera de 11 de diciembre de 1975, otorgó a la Comisión de Fomento Minero la posibilidad de ser fiduciario, conforme a lo que establecía la fracción XV de su artículo 91, en la que se señaló lo siguiente:

"Artículo 91.- La Comisión de Fomento Minero es un organismo público descentralizado que tiene por objeto la realización de las siguientes actividades encaminadas directamente al fomento de la minería:

.....

XV.- Actuar como fiduciaria en negocios minero-metalúrgicos dentro de las actividades que señalen sus objetivos."

Es extraña esta disposición, que parece un tanto fuera de lugar, al estar contenida en una ley cuya competencia es regular las cuestiones mineras, y concede esta posibilidad, a un organismo que desempeña actividades completamente diferentes a las bancarias, y que por tanto, tiene una regulación que difiere de las leyes bancarias, por lo que estas no pueden aplicarse en forma supletoria.

Además, de que esto constituye un precedente que contradice lo establecido en la Ley General de Títulos y Operaciones de Crédito, que ha reservado la función de fiduciario a las instituciones de crédito, que pudiera extenderse si no existe una regulación más estricta.

Por otro lado, esta ley es omisa en aspectos inherentes a la actuación de la Comisión de Fomento Minero como fiduciario, puesto que solamente en esta fracción, la ley se refiere a la posibilidad de que este organismo, actúe como fiduciario, sin que la ley, señale o especifique los casos en los que podrá actuar como tal, sus funciones, los bienes o derechos que serán objeto de los fideicomisos en los que intervenga, ni delimite las reglas bajo las cuales debe operar, por lo que parece más bien un mero capricho de las autoridades, el otorgarle esta función, que alguna necesidad o fundamento real o práctico.

Fue también omiso sobre estos aspectos, el reglamento de esta ley, de fecha 24 de noviembre de 1976, que fue abrogado el 10 de diciembre de 1990, fecha en la cual entró en vigor otro Reglamento de la Ley Reglamentaria del artículo 27 Constitucional en Materia Minera, en el que tampoco se reguló la actuación del fiduciario.

Sin embargo es conveniente aclarar, que en el nuevo reglamento, si se mencionan en varios artículos los requisitos que deberán tener los fideicomisos que se constituyan con acciones de sociedades mineras, pero no señala expresamente que deban o puedan celebrarse con la Comisión de Fomento Minero, y por lo que hemos visto, estos son constituidos en las instituciones de crédito.

Cabe agregar que actualmente la Comisión de Fomento Minero, se encuentra en proceso de extinción.

4.- Las más recientes excepciones, son las contenidas en las reformas que han tenido las leyes del Mercado de Valores y de Seguros y Fianzas que permiten que tanto las Casas de Bolsa, como las Compañías de Seguros actúen como fiduciarias en las actividades que realizan.

Por lo reciente de estas modificaciones, aún no existen

datos que permitan validar la actuación de dichas instituciones, sin embargo, podemos afirmar que:

- Las actividades que realicen, serán limitadas, puesto que no podrán intervenir en todo tipo de fideicomisos.

- Será necesario que transcurran muchos años para que adquieran la experiencia y la sensibilidad que tienen actualmente los departamentos fiduciarios de los bancos.

Somos de la opinión que, deben revisarse estas situaciones, principalmente las dos últimas, y en su caso eliminarlas, y debe ser evitada la posibilidad de que en lo futuro haya más excepciones, puesto que consideramos que es necesario que solamente la ley bancaria y la Ley General de Títulos y Operaciones de Crédito, sean las únicas disposiciones legales que regulen la actuación de los fiduciarios, y que se establezca claramente cuales, de las entidades financieras que existen en México, podrán actuar como fiduciario y no se deje al arbitrio del legislador el otorgar esta atribución a las instituciones u organismos que se le ocurra, y que por carecer de experiencia, atribuciones e infraestructura, puedan lesionar a las personas que recurran a ellos, porque además, no tienen una regulación específica.

d) Conveniencia de que el Fiduciario sea una Institución de Crédito.

Las excepciones antes mencionadas, y el hecho de que en el derecho norteamericano exista la posibilidad de que existan trustees personas físicas, ha dado origen a que algunas personas, consideren que en México, el fiduciario pueda ser una persona moral distinta de las antes enunciadas, o bien, una persona física.

Se ha dicho que al ser el fideicomiso un encargo de confianza, como lo son la tutela, el albaceazgo, la sindicatura, etc., que son desempeñados por personas físicas, que realizan su cometido en base a esa consideración, y que incluso, existen listas de personas que pueden desempeñar esos cargos, por tener capacidad técnica y alta calidad moral, debe tener igual tratamiento, así como que podría haber personas morales que puedan desempeñar dicha actividad.

Consideramos que en la materia de fideicomiso, es difícil que una persona sea física o moral, distinta de las instituciones de crédito, tenga los recursos, organización, experiencia e infraestructura, así como la solvencia y estabilidad que estas últimas poseen, para cumplir eficazmente con el cometido de

actuar como fiduciario en los fideicomisos en los que intervengan.

La actividad del fiduciario es muy delicada y especial, puesto que en el desempeño de su cargo, al recibir bienes de cuantía y naturaleza diversa, requiere de un manejo profesional y eficaz de los mismos, que no pueden ofrecer personas diversas a las instituciones de crédito.

Además, la actuación de las instituciones de crédito, es decir, los bancos múltiples y los bancos de desarrollo, esta supervisada y vigilada por instituciones tales como el Banco de México, la Comisión Nacional Bancaria, por lo que los fiduciarios actúan con apego a normas y en estricto acatamiento a las finalidades de cada fideicomiso.

### C. Fideicomisario.

En el primer párrafo del artículo 348 de la Ley General de Títulos y Operaciones de Crédito, se establece quienes pueden ser fideicomisarios.

"Artículo 348.- Pueden ser fideicomisarios las personas físicas o jurídicas que tengan la capacidad necesaria para recibir el provecho que el fideicomiso implica....."

Es decir, el fideicomisario es la persona que recibe los beneficios del fideicomiso.

En referencia a los ordenamientos jurídicos norteamericano e inglés, señala Batiza que, "partiendo de la regla de que la equidad sigue al derecho estricto, se admite en el sistema angloamericano, que quien tiene capacidad para adquirir un derecho legal, puede a través del trust, recibir un derecho de equidad.

"La capacidad pasiva para ser beneficiario de un trust, no es la misma, que la exigida para ser settlor o trustee; de hecho, una de las razones que con más frecuencia origina el establecimiento de trusts, consiste en la adecuada protección de incapacitados. El trust no puede crearse a favor de una persona insuficientemente identificada como beneficiario, pero no es preciso que lo sea en forma individual; basta que sea susceptible de identificación conforme a hechos o circunstancias previstos al constituirse el trust. Así, la designación de beneficiarios, mediante expresiones tales como 'los socios del testador a la fecha de su fallecimiento', 'las personas que estuvieron al cuidado del testador en la última enfermedad o su vejez', o 'las personas a su servicio al tiempo de su muerte', se han

considerado suficientes para individualizar a los beneficiarios.

"Tampoco es esencial que los beneficiarios existan en el momento de la creación del trust, situación normal en trusts que se otorgan en contemplación de un matrimonio que, por lo general, contienen estipulaciones no sólo a favor de uno o ambos cónyuges, sino a favor también de los hijos; asimismo, es común en el trust testamentario, conceder beneficios a los hijos no nacidos ni concebidos al tiempo de la muerte del testador. Dichos trusts son perfectamente válidos, y una vez que los beneficiarios existen, tendrán derecho a exigir su cumplimiento; aún antes de ello, el trust es irrevocable por parte del settlor, incluso a pesar de que cuente con la conformidad de los demás beneficiarios". (121)

En el proceso de adopción del trust a nuestro sistema jurídico, el legislador consideró poco conveniente incluir toda la libertad y amplitud de situaciones que existen en el sistema anglosajón, por lo que solamente se estableció que pueden ser fideicomisarias, las personas físicas o jurídicas que tengan la capacidad necesaria para recibir el provecho del fideicomiso.

Es decir, que quien sea fideicomisario, debe tener la capacidad jurídica necesaria para poder recibir los beneficios que el fideicomiso implique.

Esto es importante, puesto que la posibilidad de que una persona sea fideicomisaria, variará en cada caso particular, por lo que al celebrar un fideicomiso, establecer sus fines y designar al fideicomisario, se deben contemplar las limitaciones que marcan diversos ordenamientos legales mexicanos, como en el caso del artículo 27 de la Constitución, o el 18 de la Ley para Promover la Inversión Mexicana y Regular la Inversión Extranjera, que prohíben que los extranjeros tengan la propiedad y el dominio directo de bienes inmuebles ubicados en playas, litorales y fronteras, por lo que, conforme a los mismos, no sería válido el establecer como fin de un fideicomiso, el que se le transmita la propiedad de un inmueble ubicado en dichos lugares a un extranjero.

Otro ejemplo, sería el que cuando no se reconocía la personalidad jurídica de las iglesias, se pretendiese establecer un fideicomiso con recursos financieros para otorgarle rendimientos a alguna, lo no fue posible mientras nuestra Constitución Federal, no contempló tal situación.

Es por eso que cobra verdadera importancia el que la fuente de creación del fideicomiso, sea el contrato que celebran el fideicomitente y el fiduciario, pues es este último quien por su experiencia, conocimientos y actuación le dará vida al fideicomiso, y vigilará que se ajuste a las leyes y normas vigentes.

Aún cuando no exista en la Ley General de Títulos y  
-----  
(121) BATIZA, Rodolfo: Op. cit. págs. 169 y 170

Operaciones de Crédito, precepto que en forma expresa lo señale, es indudable que es lícito para el fideicomitente, designarse en el contrato respectivo como fideicomisario único, o como uno entre varios fideicomisarios, teniendo en este caso, una dualidad de caracteres.

Sin embargo, esta situación es distinta, si se trata de que el fiduciario sea a la vez fideicomisario, por lo que, al igual que lo mencionamos al referirnos al fiduciario, debemos hacer dos consideraciones:

a) Generalidad.

La primer consideración, es la prohibición legal expresa, para que el fiduciario, sea al mismo tiempo fideicomisario, ya que ante este supuesto, el fideicomiso será nulo, conforme a lo señalado en el último párrafo del artículo 348.

Esta prohibición deriva de la práctica realizada por algunos fiduciarios en los fideicomisos de garantía, para garantizarse así mismas el pago de los créditos por ella concedidos.

Además, si consideramos el fideicomiso como un acuerdo de voluntades, podemos apreciar que jurídicamente es imposible que una persona celebre un contrato con ella misma.

Señala Batiza que "ésta es una diferencia que presenta la regulación del fideicomiso en relación al derecho angloamericano, ya que en éste se permite la situación en ciertos casos. (122)

Respecto a este punto, cabe hacer la mención, que la proliferación de este tipo de fideicomiso, la Comisión Nacional Bancaria, en el oficio circular 1327-46 de 2 de febrero de 1948, notificó a las instituciones fiduciarias, que estaba prohibido el celebrar operaciones contractuales entre departamentos de una misma institución, por estimar que conforme a derecho es preciso, para la validez de un contrato, que existan por lo menos dos partes contratantes, y que entre departamentos de una misma institución, no se llena tal requisito, pues la personalidad de ésta es única e indivisible, por cuyo motivo el contrato debe reputarse inexistente.

Al respecto, este organismo señaló expresamente a los fideicomisos de garantía, en los que la institución intervenía como fiduciaria, y que se otorgasen en relación con operaciones diversas que realice la propia institución.

-----  
(122) BATIZA, Rodolfo: Op. cit. pag. 173

Esta prohibición esta actualmente vigente, y también se contempla en la Ley de Intituciones de Crédito, según lo establece el artículo 106, que dice:

"Artículo 106.- A las instituciones de crédito les estará prohibido:

....

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

a) Celebrar operaciones con la propia institución en el cumplimiento de fideicomisos, mandatos o comisiones. El Banco de México podrá autorizar, mediante disposiciones de carácter general, la realización de determinadas operaciones cuando no impliquen un conflicto de intereses."

Consideramos que esta prohibición es jurídicamente válida, puesto que la personalidad jurídica es única e indivisible, y además la realización de tales actos, es contraria a la esencia del fideicomiso, por lo que es justificable que se busque evitar posibles presiones y abusos indebidos contra el fideicomitente a través de la utilización de una figura tan noble y versátil, como lo es el fideicomiso.

Asimismo, creemos que por más fundadas sean las razones que hubiere para celebrarlos, no es posible que una persona contrate consigo misma, por lo que sería muy discutible la validez jurídica de las autorizaciones que al efecto de el Banco de México.

b) Excepción.

Pese a lo anterior, sin embargo conforme a nuestra legislación, existe un caso de excepción, ya que el Banco Nacional de Obras y Servicios Públicos, Sociedad Nacional de Crédito, está expresamente facultado para ser a la vez fiduciario y fideicomisario, según lo establece el artículo 9o. de su ley orgánica de fecha 22 de diciembre de 1985, que señala:

"Artículo 9o.- Como excepción a lo dispuesto en el último párrafo del artículo 348 de la Ley General de Títulos y Operaciones de Crédito en los contratos de fideicomiso que se constituyan para garantizar los derechos del Banco Nacional de Obras y Servicios Públicos, Sociedad Nacional de Crédito, éste podrá actuar en el mismo negocio como fiduciario y fideicomisario."



Este artículo rompe con todo principio de justicia y equidad puesto que por un lado, como ya lo hemos mencionado, esta posibilidad puede propiciar injusticias para el fideicomitente, quien esta prácticamente ante un pacto comisorio, que esta expresamente prohibido en nuestra legislación.

Asimismo, no es comprensible dicha situación, y si tiene como fundamento principios económicos o sociales, que redunden en un beneficio o bienestar colectivo, puesto que si éste es el caso, esta situación debería hacerse extensiva a las demás instituciones de crédito que sean banca de desarrollo.

Consideramos que si lo que se busca en estos casos es proteger los intereses del banco, se puede recurrir a otras garantías, sin colocar en desventaja al fideicomitente.

### 3. DERECHOS Y OBLIGACIONES DE LAS PARTES.

El que intervengan en el fideicomiso tres personas, que tienen diferentes derechos y obligaciones, ocasiona que al ejercitarlos, se presente el cumplimiento de los fines del fideicomiso, y que sea precisamente su ejercicio, lo que distingue a un negocio de este tipo frente a otro similar, o francamente distinto.

#### A. Derechos y obligaciones del Fideicomitente.

Ya hemos visto que el fideicomitente es la persona física o jurídica que constituye el fideicomiso y afecta los bienes o derechos necesarios para el cumplimiento de sus fines, transmitiendo su titularidad al fiduciario.

Podemos considerar sus derechos y obligaciones desde dos aspectos, el primero general a todos los fideicomisos, y el segundo, respecto a aquellos fideicomisos en los cuales, él se desliga.

Desde el primer aspecto, sus derechos y obligaciones son los siguientes:

1.- Seleccionar al fiduciario con el que celebrará el contrato de fideicomiso.

2.- Convenir con el fiduciario los términos y condiciones que tendrá el fideicomiso.

3.- Celebrar el fideicomiso, mediante la suscripción del contrato que celebre con el fiduciario.

4.- Señalar los fines del fideicomiso

5.- Designar a los fideicomisarios

6.- Reservarse determinados derechos sobre la materia del fideicomiso.

7.- Preever la formación de un comité técnico, señalando las reglas de su funcionamiento y fijar sus facultades (respecto a este punto, es conveniente aclarar que el comité técnico, es un órgano previsto por las diversas leyes bancarias que han existido, que tiene como función, el coadyuvar con el fiduciario en el cumplimiento del fideicomiso).

8.- Exigir al fiduciario el cumplimiento de la obligación de rendir cuentas de su gestión dentro del plazo de los quince días siguientes a aquél en que hubiesen sido realizados.

9.- Exigir la devolución de los bienes o derechos que existan en poder del fiduciario al extinguirse el fideicomiso, cuando se haya reservado expresamente este derecho.

10.- Pagar los honorarios que tenga derecho el fiduciario.

10.- Informar al fiduciario de cualquier situación que pudiere afectar el fideicomiso.

En el caso de que una vez que haya transmitido los bienes objeto y derechos, y se desligue del fideicomiso, podrá tener además de los derechos y obligaciones siguientes, los siguientes:

1.- Exigir del fideicomisario el cumplimiento de la obligación a que tenga derecho, en el caso de los fideicomisos que sean consecuencia de un contrato plurilateral.

2.- Responder del saneamiento para el caso de evicción, respecto a los bienes objeto del fideicomiso.

El principal derecho que tiene el fideicomitente, consiste precisamente en celebrar el fideicomiso, puesto que él es el elemento generador del fideicomiso, puesto que tanto éste, como el contrato que lo crea, son consecuencia de su voluntad.

Otra de sus obligaciones consiste en el cumplimiento de las obligaciones recíprocas de los derechos que se reserve.

## B. Derechos y obligaciones del Fiduciario.

Como ha quedado señalado, el fiduciario es la persona que tiene la propiedad de los bienes o la titularidad de los derechos fideicomitidos, y que en función del encargo que recibe del fideicomitente, realiza los actos necesarios para el cumplimiento de los fines del fideicomiso, mediante el ejercicio obligatorio de los derechos que le ha transmitido el fideicomitente.

Por lo que se refiere a los derechos y obligaciones del fiduciario, el artículo 356 de la ley establece que tendrá todos los derechos y acciones que se refieran para el cumplimiento del fideicomiso, salvo las normas o limitaciones que se establezcan al constituir el fideicomiso.

Señala dicho precepto que el fiduciario estará obligado a cumplir el fin del fideicomiso, conforme a lo establecido en su acto constitutivo.

La ley en su artículo 350 señala que el fiduciario no podrá excusarse o renunciar su encargo, sino por causas graves a juicio de un juez de primera instancia del lugar de su domicilio, lo cual en nuestra opinión es un contrario a la naturaleza de nuestras leyes, y le impone una carga que no esta acorde con la función que desempeña en la actualidad.

Esta situación se agravó al ser derogada la Ley General de Instituciones de Crédito y Organizaciones Auxiliares de 1941, pues ésta en su artículo 137 establecía como dichas causas:

- a) Que el fideicomisario no pueda recibir o se niegue a recibir las prestaciones o bienes de acuerdo con el acto constitutivo del fideicomiso.
- b) Que el fideicomitente, sus causahabientes o el fideicomisario, en su caso, se nieguen a pagar las compensaciones estipuladas a favor de la institución fiduciaria.
- c) Que los bienes o derechos dados en fideicomiso, en su caso, no sean suficientes para cubrir esas compensaciones.

Dentro de sus obligaciones encontramos la de ejecutar los fines del fideicomiso, el pagar al o los fideicomisarios los beneficios previstos, el abstenerse de hacer mal uso de los derechos transmitidos, el no excederse en el ejercicio de las facultades que se le confieren, y otras que varían de un fideicomiso a otro, de tal suerte que podemos afirmar que éstas, junto con sus derechos, se pueden precisar en cada caso concreto, teniendo en cuenta, por una parte, la naturaleza jurídica de los bienes y derechos que constituyen la materia del fideicomiso y por la otra, los fines que se persiguen con dicha operación.

No son las mismas facultades y obligaciones del fiduciario, cuando la materia del fideicomiso son bienes inmuebles, que cuando únicamente se afecten derechos personales del fideicomitente; el fiduciario no asume las mismas obligaciones en un fideicomiso de garantía que en un fideicomiso que tenga como fin el establecimiento de una planeación patrimonial.

Finalmente, señalamos que el cumplimiento de sus obligaciones es correlativo al ejercicio de sus derechos, pues está obligado a ejercitarlos para lograr los fines del fideicomiso, y que su intervención en el fideicomiso es trascendental por tener la custodia de la confianza que el fideicomitente, y en ocasiones, el fideicomisario han depositado en él, de tal suerte que es fundada la obligación que tiene de "obrar siempre como un buen padre de familia, siendo responsable de las pérdidas o menoscabos que los bienes sufran por su culpa", que se encuentra establecida en el mencionado artículo 356.

#### C. Derechos y obligaciones del Fideicomisario.

El fideicomisario es la persona que recibe los beneficios del fideicomiso.

Para establecer los derechos y obligaciones que le corresponden, debemos hacer las siguientes distinciones:

a) Cuando se trata de fideicomisos cuya constitución se establece sin su intervención, mediante el contrato que celebran fideicomitente y fiduciario, en el cual designan al fideicomitente, y se establecen los derechos y obligaciones a su cargo.

b) Cuando se trate de fideicomisos cuya constitución es el resultado, no solo del acuerdo del fideicomitente y fiduciario, sino que, en ella también interviene la voluntad del fideicomisario, pudiendo establecerse una contraprestación a cargo de él.

Respecto a los fideicomisos, cuya constitución no requiere la intervención del fideicomisario, y que obedecen a una liberalidad del fideicomitente, el fideicomisario únicamente tiene el derecho a recibir los beneficios del fideicomiso, y en ningún caso se establecen obligaciones a su cargo; aclaramos que, en algunas ocasiones pueden establecerse diversas cargas a su cargo, pero únicamente consistirán en una mera modalidad, como la tienen el legado o la donación onerosa.

Por lo que se refiere a los fideicomisos que han sido constituidos por el expreso acuerdo de las tres partes, estamos

en presencia de contratos plurilaterales, en cuyo caso, el fideicomisario, tiene a su cargo una serie de derechos y obligaciones, los cuales comienzan con el realizar la contraprestación convenida en el mismo acto constitutivo; como ejemplo anterior tenemos los fideicomisos inmobiliarios, en cuyo fin se establece la construcción y comercialización de un desarrollo habitacional, en virtud del cual, el fideicomitente transmite la propiedad de determinados inmuebles al fiduciario, para que una vez efectuada la construcción, éste le transmita al fideicomitente determinado número de unidades resultantes.

En estos fideicomisos se establece, desde un principio, que se concederá el uso y goce de dichos bienes al fideicomisario y para compensar al fideicomitente por la enajenación realizada al fiduciario, y en provecho del fideicomisario, este último se obliga a dar una contraprestación al fideicomitente, que generalmente consiste en dinero, o en especie cuando desde la celebración del fideicomiso comparecen las tres personas mencionadas, la situación jurídica del fideicomisario cambia, y en consiguiente, las relaciones jurídicas que lo ligan a la institución fiduciaria y con el fideicomitente, son distintas que en los primeros.

En estos fideicomisos, el fideicomiso esta vinculado con el fideicomitente y el fiduciario, por lo que le corresponden, los derechos y obligaciones derivados del propio fideicomiso y los señalados en los artículos 355 de la Ley General de Títulos y Operaciones de Crédito, y los señalados en el artículo 84 de la Ley de Instituciones de Crédito.

Conforme a lo establecido en el artículo 355 de la ley, el fideicomisario tiene los siguientes derechos:

- 1.- Los que deriven a su favor del acto constitutivo.
- 2.- El de exigir al fiduciario el cumplimiento de los fines del fideicomiso.
- 3.- El de atacar la validez de los actos que el fiduciario cometa en su perjuicio, de mala fe, o en exceso de las facultades que por virtud de fideicomiso o de la ley le correspondan.
- 4.- Cuando proceda, reivindicar los bienes que a consecuencia de actos excesivos o de mala fe del fiduciario, hayan salido del patrimonio del fideicomiso.

Respecto a este derecho no referiremos más adelante, en este mismo capítulo.

Conforme a lo establecido en el artículo 84 de la Ley de Instituciones, tendrá los siguientes derechos:

- 1.- Pedir cuentas al fiduciario.
- 2.- Exigir la responsabilidad en general al fiduciario.

3.- Pedir la remoción del fiduciario.

Además de los anteriores, podemos citar los siguientes derechos:

1.- Tomar decisiones respecto a actos o situaciones no previstas en el fideicomiso.

2.- Elegir al fiduciario:

a) Cuando éste renuncie.

b) Cuando sea removido.

3.- Si es el caso, dar su consentimiento para reformar el fideicomiso.

4.- El fideicomisario puede tener otros derechos y sus correlativas acciones que no se pueden determinar previamente, sin que resultan de la situación legal en que se coloque la ejecución del fideicomiso.

Si analizamos los derechos anteriores para estudiar su naturaleza jurídica, podemos concluir que todos ellos son derechos personales.

a) Derecho del Fideicomisario a Reivindicar los bienes que han salido del Patrimonio del Fideicomiso.

Mencionamos como uno de los derechos del fideicomisario, el que se refiere a reivindicar los bienes fideicomitados, que por actos excesivos o de mala fe del fiduciario, hayan salido del patrimonio del fideicomiso, sin embargo antes de seguir adelante, debemos hacer un breve análisis para determinar la naturaleza de este derecho, que se ha identificado con la acción reivindicatoria.

Conforme a lo señalado en el artículo 4 del Código de Procedimientos Civiles del Distrito Federal, la acción reivindicatoria, corresponde a quien no está en posesión de la cosa, y su efecto será el declarar que el autor tiene el dominio sobre ella, y que el demandado le entregue la propiedad de los bienes o derechos fideicomitados.

Este derecho del fideicomisario a reivindicar los bienes, que se ha querido equiparar a la acción reivindicatoria, no es de carácter absoluta erga omnes, sino relativa, pues únicamente se le otorga, cuando por mala fe del fiduciario, o por exceso de sus

facultades, enajena los bienes o derechos fideicomitidos, en detrimento del patrimonio del fideicomiso. y además cuando dicha enajenación es contraria al cumplimiento de los fines del fideicomiso.

Al ejercitar este derecho, el efecto que se produce es el que los bienes o derechos reivindicados se reintegren al patrimonio fideicomitido y no al patrimonio del reivindicante, es decir, del fideicomisario.

En síntesis, encontramos que no se trata propiamente de una acción reivindicatoria, sino de una acción personal que tiene mucha semejanza con la acción pauliana.

Refiriéndose a esta acción, Villagorda afirma que tiene mucha semejanza con la pauliana, por las siguientes consideraciones:

"En primer lugar, se trata de una acción de protección al acreedor de obligación personal contra actos fraudulentos de su deudor; es una forma de atacar la validez de los actos que el fiduciario comete en su perjuicio.

"En segundo lugar, no se puede intentar contra el deudor mismo, si no se endereza propiamente en contra de quien haya adquirido los bienes por virtud del acto fraudulento del deudor, y en este sentido algunos autores que consideran erga omnes la acción del fideicomisario deberán aceptar que es erga omnes la acción pauliana.

"En tercer lugar, los efectos de la acción o estudio son idénticos a los de la pauliana en cuanto a que por virtud de la nulidad que se declara de la transmisión o enajenación, los bienes escapados del patrimonio del deudor (fiduciario) le son restituidos sin entrar al patrimonio de los acreedores. En nuestro caso, no revierten al fideicomisario, ni entran a su patrimonio, sino al del fiduciario de donde escaparon. Se trata como la pauliana lo es, de una acción tendiente a la reconstrucción del patrimonio del deudor...", y agrega "la acción pauliana no es una acción de nulidad porque sus efectos solamente tienden a ocasionar una ineficacia sui generis, ya que una vez ejercitada sólo invalida a aquellos que se opongan a los intereses del acreedor demandante, y una vez satisfechos estos últimos, el acto recobra su plena validez. Tampoco se trata de una acción de revocación o de rescisión, ya que la primera consiste en extinguir un acto jurídico por mutuo consentimiento de las partes que intervinieron en su celebración y la segunda se refiere a la acción que ejercita una de las partes contratantes para pedir la extinción de un negocio jurídico de efectos recíprocos, fundando su petición en el incumplimiento de su contraparte. Ninguna de estas situaciones se presenta en el ejercicio de la acción pauliana.

"La acción pauliana es una acción de naturaleza sui generis que produce una ineficacia especial, sin que esto signifique la

destrucción del acto en su totalidad, sino únicamente privación del efecto o efectos que perjudiquen a los acreedores y en la medida que sea necesario." (123)

Encontramos esta acción pauliana en el artículo 2163 del Código Civil vigente, cuando ordena que "los actos celebrados por un deudor en perjuicio de su acreedor pueden anularse, a petición de éste, si de esos actos resulta la insolvencia del deudor, y el crédito en virtud del cual se intenta la acción, es anterior a ellos".

Como lo indica el precepto anterior, la acción pauliana es de carácter personal, pues solo compete al acreedor, cuyo deudor realiza actos fraudulentos con el fin de motivar su insolvencia.

De lo antes expuesto, podemos concluir en que el derecho del fideicomisario mencionado en el artículo 355 de la Ley General de Títulos y Operaciones de Crédito, como de "reivindicar", es la acción pauliana, que al ejercitarla tiene por objeto obtener una ineficacia relativa con efectos restitutivos en virtud de los actos fraudulentos o excesivos del fiduciario, en detrimento del patrimonio del fideicomiso.

Por lo que se refiere a ambas acciones, diremos que son iguales, pues en estos dos casos, los bienes enajenados se reintegran al patrimonio de donde originariamente salieron.

Es así que el llamado derecho de reivindicar del fideicomisario, no es otra cosa que la acción pauliana.

#### 4. PATRIMONIO.

El patrimonio u objeto materia del fideicomiso, esta conformado por los derechos y bienes que el fideicomitente afecta a la realización del fin del fideicomiso.

Conforme a la ley, en su artículo 351, pueden ser objeto del fideicomiso toda clase de bienes y derechos, salvo aquellos que sean estrictamente personales de su titular.

En el capítulo siguiente hablaremos con mayor detenimiento del objeto del fideicomiso, por lo que en este apartado, solamente realizamos el enunciado anterior.

-----  
(123) VILLAGORDOA LOZANO, José Manuel, pags. 182 y 183.



## 5. FINES DEL FIDEICOMISO.

De acuerdo con lo establecido en el artículo 347 de la ley, el fin del fideicomiso deberá ser lícito y determinado.

También en el capítulo siguiente hablaremos con mayor detenimiento de los fines del fideicomiso, y del motivo por el cual consideramos que en la creación del fideicomiso, debe intervenir el fiduciario.

## 6. EFECTOS DEL FIDEICOMISO.

El principal efecto que se produce al celebrarse un fideicomiso, es la transmisión de propiedad de los bienes o de la titularidad de los derechos objeto del fideicomiso, puesto que desde el momento en que nace a la vida jurídica el fideicomiso, el fiduciario es su propietario.

Sin embargo, debemos tener presente que en virtud de la afectación de bienes y derechos que produce el fideicomiso, y de la misma celebración de éste, el fiduciario, sólo podrá ejercitar los derechos y acciones que sean necesarios para el cumplimiento del fideicomiso.

En consecuencia, para que el fideicomiso, no solo surta efectos limitados, es necesario que se cumplan los requisitos que señalan los artículos 353 y 354 de la Ley General de Títulos y Operaciones de Crédito.

"Artículo 353.- El fideicomiso cuyo objeto recaiga en bienes inmuebles deberá inscribirse en la sección de la Propiedad del Registro Público del lugar en que los bienes estén ubicados. El fideicomiso surtirá efectos contra tercero, en el caso de este artículo, desde la fecha de inscripción en el Registro.

"Artículo 354.- El fideicomiso cuyo objeto recaiga en bienes muebles, surtirá efectos contra tercero desde la fecha en que se cumplan los requisitos siguientes:

I.- Si se trata de un crédito no negociable o de un derecho personal, desde que el fideicomiso fuere notificado al deudor.

II.- Si se tratare de un título nominativo, desde que éste se endose a la institución fiduciaria y se haga constar en los registros del emisor, en su caso;

III.- Si se tratare de cosa corporea o de títulos al

portador, desde que estén en poder de la institución fiduciaria."

El principal efecto que produce la transmisión de los bienes o derechos fideicomitidos, es que éstos se encuentran desde su constitución, afectos al fin que se persigue con el fideicomiso... conforme a lo establecido en la Ley General de Títulos y Operaciones de Crédito:

"Artículo 351.- .....

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

Los efectos jurídicos creados por la constitución del fideicomiso son, en primer lugar, el régimen a que someten los bienes fideicomitidos.

Esa constitución origina, además una serie de derechos y obligaciones entre las partes, los cuales ya hemos comentado con anterioridad, y frente a terceros una vez que se haya cubierto el requisito correspondiente.

Como dijimos antes, los bienes o derechos fideicomitidos se encuentran afectos al fin que se pretende alcanzar, por lo que, desde el momento en que los recibe el fiduciario, será su propietario o titular, y en consecuencia, pueda cumplir con las obligaciones que le derivan del fideicomiso.

Señala Villagorhoa "el dueño fiduciario tiene un dominio limitado que no por eso deja de ser dominio. es decir, es dueño de un patrimonio, pero dueño fiduciario, lo que quiere decir que es dueño jurídico". (124)

Rodríguez Rodríguez, al referirse al fideicomiso como régimen de propiedad, menciona que "el artículo 352 de la Ley General de Títulos y Operaciones de Crédito señala claramente que el fideicomiso implica una traslación de dominio (cesión de derechos o transmisión de dominio) en favor del fiduciario. Esta traslación de dominio debe inscribirse en el Registro Público de la Propiedad cuando se trate de bienes inmuebles (art. 353, ley citada), o hacerse con las formas de publicidad equivalentes a la inscripción, cuando se trate de muebles (notificación, endoso con registro, tradición) (art. 354, ley cit.).

"La traslación de dominio produce efectos frente a terceros, lo que quiere decir que el fiduciario aparece como dueño. (125)

(124) VILLAGORDOA LOZANO, José Manuel: Op. cit. pag. 121

(125) RODRIGUEZ RODRIGUEZ, Joaquín: Op. cit. pag. 111

Ya hemos visto que este carácter de propietario de los bienes, tiene el fiduciario, tiene características especiales, puesto que carece de las atribuciones de usar y disponer de ellos como mejor le parezca, ya que como consecuencia del encargo que se le ha hecho, solamente tendrá los derechos y acciones que al fin del fideicomiso correspondan.

## 7. PROPIEDAD FIDUCIARIA.

Al ser incorporado a nuestro sistema jurídico el trust, bajo la forma del fideicomiso, se intentó adaptarlo en base a los trabajos de interpretación de esta figura anglosajona que hicieron diversos juristas, destacando los de Alfaro y de Lepaulle, quienes lo apreciaban de diversa manera, surgiendo en base a sus ideas, leyes bancarias que vieron el fideicomiso desde puntos de vista diferentes.

Esto trajo como consecuencia que la Ley General de Títulos y Operaciones de Crédito, al regularlo, fuese una mezcla de diversas corrientes, y que en los aspectos medulares, presenta oscuridad.

Además de que no se previó que la incorporación de una figura proveniente de un sistema jurídico, necesariamente tendría que traer consigo ideas diferentes en cuanto a las relaciones que emanan del ejercicio de los derechos y obligaciones de las partes que intervienen en el fideicomiso, así como frente a terceros, que al hacer su aparición, vinieron a modificar ideas consagradas en nuestro régimen legal, inspirado netamente en principios emanados de los derechos romano y francés.

Esto, como ya lo hemos mencionado, ocasionó descontrol de los legisladores, los estudiosos, las instituciones que a partir de su adopción fueron autorizadas para desempeñar el cargo de fiduciario, los particulares, y sobre todo, en el mismo Poder Judicial, que tuvo dificultades para aceptar el fideicomiso, con todas sus características y sobre todo, reconocer los efectos que produce, entre los cuales está el crear un nuevo tipo de propiedad, la Propiedad Fiduciaria.

## A. Antecedentes de la Propiedad Fiduciaria en el Derecho Anglosajón.

Antes de hablar de la propiedad fiduciaria en México, es necesario hablar de como surgió este concepto en el Derecho Anglosajón.

Vamos a ver como el trust como institución jurídica, es el resultado de siglos de evolución, en los que pasó por etapas sucesivas de gestación, nacimiento y evolución.

Se recordará que el origen del trust se encuentra en el uso, que se utilizó en Inglaterra durante la Edad Media, para entregar inmuebles a un prestatario (feoffee to use) para que los administrara en beneficio de un tercero (cestui que use), buscando obtener diversos fines, en principio lícitos, pero en la mayoría de las veces, fueron contrarios las leyes, y en algunos casos, perfectamente fraudulentos.

Vimos que en esa etapa, el cestui que use carecía de derechos y acciones para hacerse valer en contra del feoffee to use que actuaba en su perjuicio, por lo que primero el Rey dirimió las controversias, y posteriormente, surgió la figura del Canciller del Rey, quien tuvo la misión de hacerlos cumplir impartiendo con ello, la justicia que se reclamaba.

Sin embargo en vista de que los abusos continuaron, se promulgó la Ley de Usos (Statute of Uses), que tenía por objeto, el eliminarlos, ejecutándolos, es decir que adjudicó el título legal del bien dado en uso, al cestui, quien a partir de ese momento era su propietario.

Tiempo después de haber sido promulgada esta ley, se encontró que no abarcó todos los supuestos que se presentaban, pero ante la opinión de los jueces que aplicaban el Common Law y de los cancilleres que impartían la Equity, de que la ley no debería ser interpretada, sino solamente aplicarse a los supuestos que mencionaba expresamente, se continuó con la utilización del uso.

Esa utilización cada día más frecuente, y la aparición de nuevas modalidades de uso, dieron como consecuencia el surgimiento del trust.

Y es precisamente el hecho de que durante seis siglos coexistieron en Inglaterra los Tribunales de Derecho Estricto y los Tribunales de Equidad, impartiendo justicia en forma separada e independiente, lo que conformó la naturaleza jurídica del trust, y sus características, entre las que se encuentra el régimen de propiedad que tienen, y que es el antecedente de nuestra propiedad fiduciaria.

Pese a que desde fines del siglo XIX, tanto en Inglaterra, como en Estados Unidos ha habido intentos de unificar ambas jurisdicciones, aun existe separación en las demandas, excepciones y recursos de derecho estricto o Common Law, por una parte, y las correspondientes categorías en la equidad o Equity, por la otra.

La propiedad que existe en el trust es muy diferente a la propiedad conocida en el Derecho Romano, ya que conforme a éste, es única e indivisible, y concede a su propietario diversos atributos (utendi, fruendi y abutendi), en tanto que en la establecida a través del trust, coexisten al mismo tiempo la propiedad legal del trustee y la propiedad económica del cestui que trust.

Esta doble concepción de la propiedad, debió tenerse como esencial al momento de realizar la incorporación del trust a nuestro régimen jurídico, puesto que es la propiedad de los bienes del fideicomiso, la piedra angular sobre la cual descansa parte de su naturaleza.

Si embargo, como veremos a continuación, el legislador pasó por alto dicha circunstancia, ocasionando con ello, los problemas que hemos mencionado.

## B. Regulación Legal.

Al hablar de propiedad fiduciaria, necesariamente tenemos que referirnos en principio a la propiedad, siendo ésta el derecho real más amplio que existe, estando los demás, es decir, usufructo, uso, habitación, servidumbres, hipoteca, y prenda, limitados frente a ella, y sus características están reguladas por el Código Civil.

Este ordenamiento no describe a la propiedad, sino que solamente señala en su artículo 830, que el propietario de una cosa puede gozarla y disponer de ella con las limitaciones y modalidades que fijan las leyes.

Rafael de Pina define a la propiedad como "el derecho de goce y disposición que una persona tiene sobre bienes determinados, conforme a lo establecido en las leyes". (126)

Por lo que se refiere a la propiedad fiduciaria, de la que hemos hablado en el curso de este trabajo, podemos señalar que dicho ordenamiento, no la regula.

-----  
(126) DE PINA VARA, Rafael: "Diccionario de Derecho". Editorial Porrúa, S.A., 8a. Ed. 1979, pag. 382

Lo mismo ocurre en la Ley General de Títulos y Operaciones de Crédito de 1932, y en las diversas leyes bancarias que han regulado la actuación del fiduciario, puesto que en ninguno de sus artículos, encontramos que se menciona expresamente a la propiedad fiduciaria.

Si buscamos en los antecedentes de nuestras leyes vigentes, encontraremos que la Ley de Bancos de Fideicomiso de 1926, inspirada por la teoría de Alfaro, en su artículo 6, definía al fideicomiso señalando que :

"El fideicomiso propiamente dicho es un mandato irrevocable en virtud del cual se entregan al banco, con el carácter de de fiduciario, determinados bienes para que disponga de ellos o de sus productos, según la voluntad del que los entrega, llamado fideicomitente, a beneficio de un tercero, llamado fideicomisario o beneficiario"

Pero al surgir la teoría de Lepaulle, el legislador redactó las leyes de 1932, y deshechó todo lo que se refería a la transmisión de derechos o bienes del fideicomitente al fiduciario, propiciando la confusión que hemos señalado.

Al ser suprimido en la ley el efecto traslativo de dominio, se dió la espalda a toda la teoría de Alfaro, que si bien hemos dicho, es incorrecta, si es importante desde el punto de vista doctrinal, al ser un estudio profundo y serio de adaptar una figura jurídica proveniente de un sistema legal diferente al nuestro, como lo es el anglosajón, incorporando las ventajas del trust a nuestro régimen jurídico, bajo la modalidad del fideicomiso.

En consiguiente, para poder complementar esta laguna que aparece en la ley, ha sido necesario recurrir a la interpretación judicial, en base al análisis de diversas ejecutorias que ha dictado la Suprema Corte de Justicia de la Nación, sobre el particular.

### C. Interpretación Judicial.

En vista de que nuestra leyes no contemplan en forma expresa a la propiedad fiduciaria, correspondió a las autoridades judiciales el reconocerla y darle forma.

Ese proceso de reconocimiento de la propiedad fiduciaria, por parte de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, al tener que impartir justicia, pasó por varias etapas, ya que en un principio negó que el fideicomiso implicase una transmisión de bienes al fiduciario.

- En el amparo administrativo en revisión No. 210 de 1937, Sec. 2a., Cia. Limitada del Ferrocarril Mexicano (Semanao Judicial de la Federación, Tomo LII, Volumen 3, pp. 2317-2325), señaló "... y aún cuando es verdad, como lo sostiene la quejosa, que el fideicomiso no es lo mismo que el mandato, también lo es que de acuerdo con nuestra legislación (artículos 346, 356 y 358 de la Ley General de Títulos y Operaciones de Crédito), el fideicomiso tiene por objeto destinar ciertos bienes a un fin lícito determinado, que se encargará de realizar una institución fiduciaria; y no puede entenderse por ningún motivo alguno, que los bienes objeto del fideicomiso pasen de la propiedad del fideicomitente a la institución fiduciaria, pues ésta solo tiene funciones de mero administrador, debiendo cumplir con el acto constitutivo y obrar como un buen padre de familia ...." (127)

- En el amparo civil No. 2852 de 1948, Sec. 2a. Financiera de Industria y Comercio, S.A. de C.V. (Semanao Judicial de la Federación, Tomo XCIX, Volumen 2, pp. 1649-1660), señaló "... aunque en el fideicomiso no se transfieren en propiedad al fiduciario los bienes del fideicomitente...." (128)

Posteriormente, dió el primer paso para lograr el reconocimiento de la propiedad fiduciaria, el reconocer que en el fideicomiso existe una transmisión de propiedad de bienes del fideicomitente al fiduciario:

- En el amparo civil en revisión No. 4298 de 1949, Sec. 2a. Mexicana de Fideicomisos, S.A. (Semanao Judicial de la Federación, Tomo CIII, Volumen 2, pp. 1768-1773), señaló "... habiendo adquirido la quejosa (la fiduciaria) los derechos de ser dueña fiduciaria y poseedora del inmueble ...." (129)

- En el amparo civil en revisión No. 4572 de 1948, Sec. 2a. Financiera de Construcciones, S.A. (Semanao Judicial de la Federación, Tomo CV, Volumen 3, pp. 2047-2057), señaló "... con arreglo a los artículos 346, 349, 351, 352, 353, 355, 356 y 358 acciones que se requieran para el cumplimiento del fideicomiso: extinguido éste, los bienes a él destinados que quedan en poder de la institución fiduciaria, serán devueltos por ella al fideicomitente: para que la devolución surta efectos, tratándose de inmuebles, bastará que se asiente así en el documento constitutivo y que la declaración se inscriba en el Registro de la Propiedad en que aquél se hubiere inscrito; y del texto de las citadas disposiciones resulta claramente, y así lo sostiene la doctrina sobre el particular, que el fideicomiso es traslativo de dominio, ya que por virtud del contrato el fideicomitente queda privado de toda acción o derecho de disposición sobre el bien que

(127) BATIZA, Rodolfo: Estudios sobre Fideicomiso: Op. cit. pag. 37 y 38.

(128) BATIZA, Rodolfo: Estudios sobre Fideicomiso: Op. cit. pag. 40 y 41.

(129) BATIZA, Rodolfo: Estudios sobre Fideicomiso: Op. cit. pag. 42

es su objeto, acciones y derechos que se transfieren a la institución fiduciaria para el exacto y fiel cumplimiento del fin lícito que le es encomendada; es decir se substituye en el derecho pleno de administrar y disponer que antes del contrato, correspondía al dueño del bien afectado, atenta la restricción de esos derechos, limitada tan solo por aquellos adquiridos con anterioridad a la constitución del fideicomiso. En estos términos constituido el fideicomiso sin reserva alguna e inscrito en el Registro de la Propiedad, el contrato surte efecto y consiguientemente el fideicomitente, a menos de desnaturalizar la usencia del fideicomiso y violando el pacto, ya no puede ejercer sobre el bien afectado actos de administración, ni derechos de libre disposición, ni consiguientemente, imponer nuevos gravámenes a favor de terceros; y el desconocimiento de los derechos que adquiere la institución fiduciaria, y los que le corresponden por su inscripción en el Registro de la Propiedad, son fuente de violación de garantías...." (130)

Una vez que ya había reconocido la existencia de la transmisión de propiedad de los bienes del fideicomiso del fideicomitente al fiduciario, y de considerar a éste último como su dueño fiduciario, el siguiente paso fué considerar al patrimonio del fideicomiso como "un patrimonio autónomo y sui generis":

- En el amparo en revisión en materia de trabajo No. 3308 de 1950, Sec. 2a. Sosa García Efrain (Semanario Judicial de la Federación, Tomo CVIII, Volumen 2 pp. 1328-1339), señaló que en virtud del fideicomiso. "Los derechos del fiduciario, no emanan del hecho de que el fideicomitente falte o nó al compromiso que adquirió con el fideicomisario, y a cuyo fin se destinan los bienes que constituyen el fideicomiso, sino que emanan del contrato mismo que establece dicho fideicomiso, artículo 351 de la Ley General de Títulos y Operaciones de Crédito, porque desde el momento en que éste se celebra, se constituye un patrimonio autónomo y sui generis afecto a determinados fines cuyo dominio restringido adquiere el fiduciario y los bienes salen del patrimonio del fideicomitente para formar ese patrimonio sui generis.....", y agregó ".... al decir que los bienes que constituyen el fideicomiso han salido del patrimonio del fideicomitente para constituir un patrimonio autónomo y sui generis, propio y peculiar de la institución 'Fideicomiso', se establece que dichos bienes ya no son propios del fideicomitente". (131)

Posteriormente en otras ejecutorias, continuó su criterio, ya definido, en el sentido de considerar que en el fideicomiso existe una transmisión de propiedad:

- En el amparo civil directo No. 2064 de 1954, Sec. 2a.

(130) BATIZA, Rodolfo: Estudios sobre Fideicomiso: Op. cit. pags. 43 y 44

(131) BATIZA, Rodolfo: Estudios sobre Fideicomiso: Op. cit. pags. 43 y 44



Acosta Sierra Francisco (Semanao Judicial de la Federación, Tomo CXVIII, Volumen 2 pp. 1082-11101), señalo que "... la fiduciaria actua por cuenta del fideicomitente, y la fiduciaria también obra en ejercicio de las facultades que se le han conferido, casi siempre en acatamiento de los artículos 352, 355 y 356 de la Ley General de Títulos y Operaciones de Crédito, y es por esa transmisión de determinados derechos sobre los bienes dados en fideicomiso, por lo que el fideicomitente no puede modificar ni desconocer lo que la fiduciaria ha hecho, dentro del campo de las facultades transferidas para la realización del fin perseguido....", y agregó "... entre el fideicomitente y la fiduciaria hay una relación de causahabiente, dado que aquél transmite a ésta el dominio de los bienes fideicomitados y al extinguirse el fideicomiso se opera la retransmisión del dominio de esos mismos bienes de la fiduciaria al fideicomitente....". (132)

Estas y otras ejecutorias de la Suprema Corte, condujeron al reconocimiento expreso por parte de nuestro máximo órgano judicial de la propiedad, complementando el contenido de los preceptos de la Ley General de Títulos y Operaciones de Crédito, que estudian el fideicomiso.

Refiriéndose a las últimas ejecutorias antes mencionadas, Rodolfo Batiza señala que "la significación y trascendencia de la posición de la Suprema Corte, podrán apreciarse mejor si se contrasta con su actitud inicial". (133)

Pese a que este reconocimiento del efecto traslativo de dominio existente en el fideicomiso, y el establecimiento de que en el fideicomiso existe un patrimonio autónomo con los bienes que sean su objeto, consideramos que es necesario que éste se complete, mediante el adecuado proceso legislativo que lo lleve a formar parte expresa de nuestras leyes, toda vez que el fideicomiso es una figura jurídica ya desarrollada y arraigada en nuestra legislación.

La propiedad fiduciaria de los bienes objeto del fideicomiso, no solo implica la relación que existe entre ellos y el fiduciario, sino que además, abarca la relación existente entre éstos y el fideicomitente y el fideicomisario, que en ocasiones puede ser la misma persona, y que atendiendo a los fines del fideicomiso, tienen derechos sobre ellos.

Es cierto que el efecto traslativo de dominio que produce el fideicomiso no puede asimilarse a la transmisión de propiedad que se obtiene mediante figuras jurídicas tales como la compraventa, la permuta o la donación, puesto que en el fideicomiso, por principio la transmisión de propiedad en favor del fiduciario,

(132) BATIZA, Rodolfo: Estudios sobre Fideicomiso: "La Propiedad Fiduciaria y sus Antecedentes en nuestro Sistema Legal". México Turístico, S.A., 1980, pag. 189

(133) BATIZA, Rodolfo: Estudios sobre Fideicomiso: "Op. cit. pag. 189.

opera para el solo efecto de que éste pueda realizar el fin que se le encomienda, ya que los bienes fideicomitidos, se encuentran afectos al fin del fideicomiso, pero si existe una transmisión en favor del fiduciario.

La doctrina, al igual que lo han hecho las ejecutorias de la la Suprema Corte, que hemos mencionado anteriormente, también ha reconocido la existencia de una transmisión de propiedad en favor del fiduciario, y la de la propiedad fiduciaria.

A continuación recojemos varias opiniones que al respecto han emitido diversos autores, refiriéndose a la transmisión de bienes que se hace en favor del fiduciario y a la propiedad fiduciaria:

Señala Rodrigo Vázquez Arminio que "... debemos considerar el derecho dominical adquirido por el fiduciario como indivisible y absoluto; indivisible en el sentido de que la atribución de su titularidad al fiduciario, necesariamente implica la exclusión de la de cualquier otro sujeto, o sea, que no admite la posibilidad de existencia de titulares diversos; absoluto por cuanto que es válida ante tercero.....", y agrega que "... existe transmisión plena de bienes o derechos al fiduciario y que, en virtud de poder ser éstos de muy distintas naturalezas, genéricamente la llamaremos transmisión de titularidad, entendiendo por ella 'la cualidad jurídica que determina la entidad del poder de una persona sobre un derecho o pluralidad de derechos dentro de una relación jurídica'.

"La titularidad del fiduciario con relación a los bienes o derechos es indivisible, puesto que excluye la de cualquier otra persona; es también absoluta, en vista de sus efectos erga omnes, desde que se inscriba en el Registro Público de la Propiedad, si el derecho se refiere a inmuebles.

"Los derechos cuya titularidad se ha transmitido al fiduciario en virtud de la constitución del fideicomiso, no pasan a formar parte de su patrimonio, sino que se crea un patrimonio 'autónomo' en cada fideicomiso". (134)

Por su parte, Domínguez Martínez, reconoce también que ha operado la transmisión de propiedad en favor del fiduciario, y expresa que "... la fiduciaria es la titular de los bienes fideicomitidos, dado que el fideicomitente le transmite el derecho a disponer de los mismos, pero al mismo tiempo, somos de la opinión según la cual, el propio fideicomitente conserva cuando menos parte del derecho de propiedad sobre tales bienes que podría ser, inclusive, todo el derecho de propiedad sobre los mismos solo que en estado latente....." (135)

-----  
(134) VAZQUEZ ARMINIO, Rodrigo: Estudios sobre Fideicomiso: " La Llamada Accion Reivindicatoria concedida por la Ley al Fideicomisario". México Turístico, S.A., 1980, pags. 100, 101 y 102

(135) DOMINGUEZ MARTINEZ, Jorge: Op. cit. pag. 203

Esta opinión se refiere a aquellos fideicomisos revocables, en los cuales el fideicomitente, después de su constitución conserva derechos respecto a los bienes fideicomitados.

Al analizar diversos artículos de la Ley General de Títulos y Operaciones de Crédito, Pablo Macedo, encuentra fundamentos para reconocer la existencia de la propiedad fiduciaria:

Refiriéndose al artículo 349, expresa que "el precepto confirma, en su primera parte, que el fideicomiso implica por virtud de la afectación que le es esencial, la constitución de un patrimonio distinto del personal del fideicomitente y por tanto la salida de los bienes correspondientes de ~~ese~~ patrimonio personal, por lo que es condición sine qua non, la capacidad de disponer en la persona del fideicomitente." (136)

Del contenido del artículo 351, explica que "la ley admite que se constituyan en fideicomiso, como ocurre con el trust, toda clase de bienes, salvo naturalmente los que no son susceptibles de transmitirse, pues en tal supuesto no podrían integrar un patrimonio distinto del de aquel que los destina, o sea, del fideicomitente.

"El patrimonio fideicomitado queda constituido por los bienes y derechos que lo integran y que desde ~~ese~~ momento no podrían tener más destino que aquel que él se les asigne por el fideicomitente. Este podrá, sin embargo, limitar ~~ese~~ destino en la forma que tenga por conveniente con tal que así lo consigne en el acto constitutivo. Igualmente se excluyen los derechos que para el fideicomitente deriven de los términos del fideicomiso y los adquiridos ya legalmente por el fideicomisario o por terceros, puesto que tales derechos no están ya disponibles en el patrimonio del fideicomitente." (137)

Agrega Pablo Macedo, que en el artículo 353, en el que se establece que los fideicomisos sobre inmuebles deberán de inscribirse en el Registro Público para que surtan efectos contra tercero, que "son dos las ideas rectoras del precepto: 1o. la reiteración de la constitución del patrimonio fiduciario mediante la salida de los bienes del patrimonio del fideicomitente, y su asignación a un nuevo titular; y 2o. la publicidad que en nuestro medio rige la materia de los inmuebles, como garantía del comercio jurídico y para protección de terceros.

"En esta forma se evitan las discusiones - existentes en otros regímenes jurídicos - acerca de la buena o mala fé de quienes contratan con el fiduciario, con todos los inconvenientes y peligros y las dificultades consiguientes de liquidación, que las mismas acarreaan." (138)

-----  
(136) MACEDO, Pablo: "El Fideicomiso Mexicano". Editorial Porrúa, S.A., 1a. Ed. 1975, pag. 29

(137) MACEDO, Pablo: Op. cit. pags. 30 y 31

(138) MACEDO, Pablo: Op. cit. pag. 32

El reconocimiento a la propiedad fiduciaria por parte de la doctrina, ha ocasionado que se pretenda ver el que junto con el fiduciario, propietario de los bienes afectos al fideicomiso, el fideicomitente o fideicomisario, según sea el caso, también tengan una propiedad o titularidad económica respecto a dichos bienes. Respecto a este punto, consideramos que lo correcto sería hablar de que ellos tienen derechos personales sobre dichos bienes.

Pero en vista de la importancia que han tenido las ideas y de estos autores, a continuación mencionaremos algunas de dichas opiniones:

La existencia de la propiedad fiduciaria, implica que exista un dueño, y ese es el fiduciario quien, en función de los términos del fideicomiso, "tiene un dominio limitado, que por eso no deja desear dominio, es decir, es dueño de un patrimonio, pero dueño fiduciario, lo que quiere decir que es dueño jurídico; pero no económico de los bienes que recibe en fideicomiso. Dicho de otro modo, el fiduciario es quien ejerce las facultades dominicales pero en provecho ajeno." (139)

Mariano Navarro Martorell, quien es citado por Villagorda, señala que "Puede, por tanto definirse la propiedad fiduciaria, como una propiedad peculiar, caracterizada por una limitación obligatoria que afecta personalmente a su titular sobre el uso de sus facultades y generalmente sobre el tiempo de duración de su titularidad.

"Es algo así como una verdadera propiedad detentada legalmente por un no verdadero propietario: exagerada expresión e inexacta, pero que puede mejor que cualquiera otra dar una idea gráfica de los que representa la vinculación personal del sujeto titular en contraste con la integridad real del derecho". (140)

Rodríguez Rodríguez, menciona que "la ley... señala que el fideicomiso implica una transmisión de propiedad en favor del fiduciario y que debe reunir los requisitos publicitarios correspondientes (inscribirlo en el Registro Público de la Propiedad cuando se trata de bienes inmuebles, o notificación, endoso, tradición, etc., cuando se trata de bienes muebles). Esta transacción de dominio produce efectos contra terceros, lo que quiere decir que el fiduciario, aparece como dueño".

El dominio del fiduciario, según este autor, tiene las siguientes limitaciones:

"1.- Todas ellas se ejercen en función del fin a realizar, y no en interés del fiduciario (artículos 346 y 351 párrafo segundo de la Ley General de Títulos y Operaciones de Crédito).

"2.- El beneficio económico del fideicomiso recae sobre el

(139) VILLAGORDA LOZANO, José Manuel: Op. cit. pag. 121

(140) VILLAGORDA LOZANO, José Manuel: Op. cit. pags. 119 y 120

fideicomisario (artículo 348 párrafo segundo).

"3.- El fideicomisario puede invalidar los actos del fiduciario que salgan de los límites funcionales del establecimiento.

"4.- Los bienes deben volver al fideicomitente (artículo 348), con excepción de los fideicomisos constituidos en favor de personas de orden público (corporaciones de derecho público), instituciones de beneficencia o culturales.

"Quiere decir todo esto que los bienes dados en fideicomiso constituyen un patrimonio separado, un patrimonio fin o de afectación (artículos 346, 351 y 355). Bien entendido que un patrimonio separado a un patrimonio fin o de afectación no son patrimonio sin titular.

"Pero no estamos de acuerdo, en designar a esas limitaciones de la titularidad del fiduciario como una propiedad fiduciaria, sino que el fiduciario es el titular de pleno derecho, de los bienes o derechos transmitidos, pues en el fideicomiso se pueden afectar a cualquier clase de bienes o derechos con tal de que aquellos se encuentren en el comercio o no sean éstos de carácter intransmisible." (141)

Refiriéndose a este punto, Domínguez Martínez, señala que la fiduciaria, "es la titular de los bienes fideicomitados, dado que el fideicomitente le transmite el derecho a disponer de los mismos, pero al mismo tiempo..., el propio fideicomitente conserva cuando menos parte del derecho de propiedad sobre tales bienes, que podría ser, inclusive, todo el derecho de propiedad sobre los mismos sólo que en estado latente.

"Si se enajena un bien deja de tenerse el derecho de propiedad sobre él; si por el contrario, se limita el dominio... el derecho de propiedad se ve mermado y gradualmente restringido; por último, si se enajena el uso o el disfrute de estos derechos dejan de formar parte del patrimonio del propietario, pero éste conserva la nuda propiedad, o sea el derecho de disposición que se tiene sobre la cosa, ya que ésta no se enajena.

Destinar determinados bienes en fideicomiso, trae como consecuencia el desmembramiento del derecho de propiedad hasta ese momento se ejercía sobre ellos, pero al contrario de lo que sucede cuando se constituye el derecho real de usufructo, el de uso o el de habitación, por los que se transmite el derecho de poseer o de disfrutar, en su caso, si se trata de la constitución de un fideicomiso lo que se transmite a la fiduciaria mediante ese acto de disposición que consiste en fideicomitir ciertos bienes o derechos, es precisamente el derecho de disposición que por la propiedad se tiene sobre ellos.

"Así pues, por medio del ejercicio de la facultad que se

(141) RODRIGUEZ RODRIGUEZ, Joaquín: Op. cit. pags. 111 y 112

tiene de disponer de una cosa o de un derecho, se transmite ese mismo derecho a la fiduciaria, la que ejercita ese derecho de disposición de acuerdo con las instrucciones recibidas, para la consecución de que se trate.

"Por habérsele transmitido del derecho de disponer del bien es que la fiduciaria está facultada y además debe, en ejecución del fideicomiso y si así se los encomendaron, realizar todos los actos de disposición que sean necesarios para el logro del fin del fideicomiso, como pueden ser, ceder, vender, permutar, donar, administrar, dar en arrendamiento, hipotecar, constituir servidumbre, etc. (142)

Finalmente, exponemos las ideas de Batiza, quien en forma expresa señala que en consecuencia de los efectos que produce el fideicomiso, éste "ha producido, más aún presupone, un desmembramiento del derecho de propiedad, un nuevo derecho real con caracteres distintivos propios, lo que podría denominarse "propiedad fiduciaria" cuya reglamentación rebaja el marco de las leyes mercantiles, y que corresponde estrictamente al Código Civil"

"Además que el fideicomitente conserva algo por mínimo que sea de su derecho de propiedad sobre los bienes fideicomitados y que si se quiere es la propiedad misma en estado latente, se pone de manifiesto en varios artículos de la propia Ley General de Títulos y Operaciones de Crédito.

"El fideicomitente puede reservarse ciertos derechos en relación con los bienes fideicomitados (artículo 351, segundo párrafo) lo que implica no estar ante un desprendimiento total, si es que lo contrario lo fuera.

"Aún cuando el fideicomitente nada tuviera que ver con los bienes fideicomitados, uno de los medios de extinción del fideicomiso, es el convenio expreso entre el fideicomitente y el fideicomisario, como lo señala la fracción V del artículo 357, que vincula al fideicomitente con los bienes fideicomitados, aun hasta que tenga lugar el acto extintivo del mismo.

"Al extinguirse el fideicomiso en el que por su extinción, los cosas queden como antes de que se constituyeron, los bienes fideicomitados que estuvieren en poder de la fiduciaria no se retransmiten, ni se le revierte su propiedad, ni se venden o regalan por ella al fideicomitente, sino que le son devueltos, a él o sus herederos, observando para ello una forma especial, que es una mera anotación en ese sentido en el documento donde conste la constitución del fideicomiso y no según las reglas establecidas en la ley para la transmisión de los bienes inmuebles. Esa anotación bastará para que se tome razón de la devolución en el Registro Público de la Propiedad (artículo 358) (143)

-----  
(142) DOMINGUEZ MARTINEZ, Jorge: Op. cit. pags. 203 a la 209  
(143) BATIZA, Rodolfo: Op. cit. pags. 159 y 160.

Podemos concluir diciendo que el efecto traslativo de dominio que produce el fideicomiso, ha dado nacimiento a un nuevo tipo de propiedad, que debe estar regulada por la legislación común.

## **CAPITULO V**



## CAPITULO V.

### FORMAS DE CONSTITUCION DEL FIDEICOMISO.

En los capitulos anteriores ha quedado establecido que el fideicomiso mexicano ha pasado por un proceso evolutivo, que ha tenido como consecuencia, su desarrollo y arraigo en nuestro sistema jurídico, y lo hemos ubicando ya claramente como un contrato, es decir un acuerdo de voluntades del fideicomitente y del fiduciario, y en ocasiones inclusive del fideicomisario.

En este capítulo nos referiremos a las formas que reconoce nuestra legislación para constituir un fideicomiso, y demostraremos la inoperancia de la ley al establecer que el fideicomiso puede ser creado por acto entre vivos o por testamento, ya que para nosotros, la única fuente de constitución, es el contrato, en el que se plasme el acuerdo de voluntades de fideicomitente y fiduciario.

#### 1. LA CONSTITUCION DEL FIDEICOMISO.

Para llegar a la conclusión que hemos mencionado, y que nos es otra que lo que en la realidad es el fideicomiso mexicano, consideramos que han sido fundamentales e importantes varios elementos, que son:

a) La labor creadora de los legisladores, en la redacción, promulgación y publicación de las diversas leyes que lo han regulado o contemplado de alguna forma.

Es así, que vimos en dichos capitulos, que tanto las leyes bancarias de 1926, la de 1932 y la de 1941, junto con la Ley General de Títulos y Operaciones de Crédito, vigente desde 1932, fueron el resultado de los trabajos de interpretación y adopción del trust, a nuestro sistema jurídico, y que las leyes bancarias que han existido con posterioridad, han contribuido para otorgarle características propias, diferenciándolo cada vez más de la figura anglosajona.

b) Los trabajos doctrinales que han desarrollado diversos juristas, que lo han estudiado, ya sea comparándolo con el trust, o bien estudiándolo como una figura ya propia de nuestro sistema jurídico.

En esos estudios que se han elaborado en torno al fideicomiso, desde los primeros intentos para adaptar el trust a nuestro sistema jurídico, hasta los que lo contemplan como una figura ya propia de nuestro ordenamiento legal, han intervenido muchos juristas, quienes elaboraron y desarrollaron diversas teorías respecto a su naturaleza jurídica, y que influyeron en la elaboración, promulgación y publicación de esas y otras leyes que en alguna medida se refieren a él.

c) Las ejecutorias que ha dictado la Suprema Corte de Justicia de la Nación, al impartir justicia en controversias que ha habido en torno a esta figura, que en muchos casos, se propiciaron, por el desconocimiento de esta figura, y en otras, debido a las lagunas existentes en las disposiciones que al respecto contiene la Ley General de Títulos y Operaciones de Crédito.

En efecto, como lo pudimos apreciar, en ocasiones fué necesario, el acudir a la Suprema Corte de Justicia de la Nación, en busca de solución a conflictos que se presentaron en torno a esta figura, y que propiciaron que nuestro órgano judicial máximo dictase ejecutorias en el curso de los años, que han contribuido a esclarecer en alguna medida la poca claridad de los artículos de la ley que lo regulan.

d) Los usos y prácticas bancarias que se presentan en esta figura, que en todo caso, tienen como motivo y fuente de inspiración, el poder cumplir con los fines que se pacten en cada fideicomiso, y que han reconocido la verdadera fuente de constitución de esta figura, y la importancia que tiene el fiduciario, no solo como ejecutor de la voluntad del fideicomitente, sino como verdadera contraparte de la misma.

Todo ello, ha dado como resultado, el que las leyes que en la actualidad regulan al fideicomiso, es decir la Ley General de Títulos y Operaciones de Crédito, y la Ley de Instituciones de Crédito vigentes, así como aquellas que se refieren a alguna variedad de él, sean un reflejo de lo que es el fideicomiso conforme a la realidad cotidiana.

En la ley sustantiva, se contienen las bases bajo las cuales se regirán las distintas etapas del fideicomiso, estableciéndose la forma en que nacerá, como y cuanto vivirá, así como cuando morirá jurídicamente, y los derechos y obligaciones de las partes que en él intervienen.

Es precisamente su constitución, la etapa tal vez más importante de esta figura, y a la vez la más trascendental para el cumplimiento de los fines que se establezcan en el fideicomiso, puesto que de ella, derivarán las demás, por lo que es imperativo que las normas respectivas sean claras y precisas, y que no dejen lugar a dudas, respecto a que debe ser siempre un contrato el que de origen a todo fideicomiso.

Es innegable que al ser nuestro fideicomiso una adopción del express trust, el legislador deslumbrado por las ventajas que ofrecía éste último, haya previsto en la Ley General de Títulos y Operaciones de Crédito, que éste solamente puede ser constituido por acto entre vivos o por testamento, señalando que su constitución, deberá siempre constar por escrito y ajustarse a los términos de la legislación común sobre la transmisión de los derechos, o la transmisión de las cosas que se den en fideicomiso, según se establece en su artículo 352.

Pero, resulta también evidente, que es necesario que se amplíe el contenido y alcances de este artículo y de los demás que se refieren a esta figura, para que se adecúe a la realidad cotidiana que presentan, tanto el mismo fideicomiso, como los fiduciarios, puesto que resultan sumamente vagas algunas disposiciones, entre las que destaca, la que se refiere a que pueda constituirse un fideicomiso por acto entre vivos, y además de que, los que se contemplan en una disposición testamentaria, en ocasiones contienen estipulaciones ambiguas y poco prácticas, que en muchos casos hacen necesario que el testamento que las contiene, no produzca sus efectos, además, de que consideramos, que el hecho de que en un testamento se consigne un fideicomiso, no implica que esté constituido, como veremos más adelante.

Por otro lado, reconocemos un acierto, el que nuestra ley haya optado tajantemente por señalar, únicamente como válida, la forma escrita que debe revestir todo fideicomiso, puesto que como lo señaló en su oportunidad Pablo Macedo al estudiar el trust, y al estructurar la manera de incorporarlo a nuestro ordenamiento legal, esto fué lo más práctico y conveniente "en vista del peligro de interpretación y de prueba, de la verbal". (144)

## 2. FORMAS DE CONSTITUCION DEL TRUST ANGLOAMERICANO.

Nuestro fideicomiso es una adaptación del trust anglosajón, y principalmente del norteamericano, por lo que desde un principio, fué concebido con características semejantes a una de sus variedades (express trust), pero resulta, que en su evolución, ha adquirido características, que cada vez lo diferencian más de su modelo de inspiración, por lo que, es necesario hacer comparaciones constantes entre ambos con el fin de establecer, tanto sus diferencias, como sus similitudes

Refiriéndonos al trust, diremos que tanto en el derecho inglés, como el norteamericano, existen diversas formas para constituirlo, aunque las más utilizadas para su creación, consisten en la transferencia de bienes por acto entre vivos o

(144) MACEDO, Pablo: Op. cit. pag. 31

por disposición testamentaria.

En efecto, a diferencia de nuestro derecho, en esos sistemas jurídicos, es posible constituir un trust, sin necesidad de hacer una transmisión de bienes, cuando el settlor, a través de una simple declaración (declaration of trust), manifiesta que, como trustee, retendrá en adelante, ciertos bienes en beneficio de un tercero, sin que exista transmisión de bienes al trustee.

Conforme al derecho angloamericano, resulta que en ocasiones, la transmisión es innecesaria, puesto que en este tipo de trust, la posesión del bien, continúa en el settlor, aún cuando ya no conserva el carácter de propietario, pues ha adquirido en de trustee.

Esta forma de constituir un trust, se utiliza cuando se trata de bienes muebles, solamente requiere la expresión o manifestación de voluntad del settlor: en el caso de bienes inmuebles, es necesario, que esa creación conste por escrito.

Refiriéndose a esta posibilidad consagrada en el derecho norteamericano, señala Batiza que, el procedimiento más sencillo para crear un trust, "es el de otorgar un instrumento en el que el trustee declare que la retención de sus bienes en un trust, lo que también puede lograrse mediante un instrumento de transmisión a sí mismo, como trustee", y señala que dicha "forma" no es muy artística, ya que antes y después de la transmisión corresponde, al trustee el título legal; podría, asimismo, hacerse, la transmisión a un tercero, el que volvería a transferir al enajenante, el bien ya en su calidad de trustee, mecanismo que se considera inútil". (145)

Agrega Batiza que otra forma mediante la cual, es posible el constituir un trust, consiste en otra situación propia de los sistemas jurídicos anglosajones, que es la "facultad de designación (power of appointment), que se ha definido como 'aquella facultad creada o reservada por quien hace una donación o un testamento, a efecto de que la otra persona designe al beneficiario que recibirá la cosa'. Esto último puede hacerse nombrando un trustee que, con sujeción a las instrucciones recibidas, hará entrega de los bienes". (146)

Como hemos visto, y ha quedado establecido, el trust es una figura compleja, que se ha desarrollado en base a las normas del Common Law y las reglas de la Equity, que le han otorgado sus características, en su desarrollo y práctica a lo largo de casi ocho siglos, por lo que, es obvio que presenta notables diferencias con su contraparte mexicana, que como lo hemos manifestado, no es, sino la adaptación de una de sus modalidades.

En esos derechos, existen diversos tipos de trust, y éstos existen en función a las formas en que nacen:

-----  
(145) BATIZA, Rodolfo: Op. cit. pag. 180

(146) BATIZA, Rodolfo: Op. cit. pags. 180 y 181

1.- Los que nacen por un acto expreso o tácito de las partes que intervienen, que se dividen en express trusts e implied trusts.

A.- El express trust (trust expreso), que es el que una persona crea en forma intencional y deliberada, ya sea en un documento, como puede ser un contrato, un convenio, una declaracibn escrita, un testamento, o bien una declaracibn oral, en caso de bienes muebles.

Este trust, nace como consecuencia de la interpretaci3n de dicho documento o de una declaraci3n verbal, y tiene dos variantes:

a) Executed trust, que es aquel cuyos t3rminos se contienen en forma total y definitiva en su documento o acto constitutivo, por lo que no se requiere de ning3n otro documento o acto posterior.

b) Executory trust, que es el que concede derechos a los beneficiarios, previa la realizaci3n de una condici3n o acontecimiento que debe realizar un tercero, y que se contendr3 en instrumento diverso.

B.- El implied trust, que es el que reconocen los tribunales, en virtud de los t3rminos usados en el instrumento constitutivo, o de la circunstancia que rode3 el acto, la que a juicio del 3rgano jurisdiccional competente, debi3 haber sido la voluntad de las partes.

Estos trusts nacen o se crean siempre que una persona, que tenga capacidad para hacer disposici3n de bienes, manifiesta de cualquier forma, ya sea clara, o inclusive, confusa, una intenci3n en favor de un tercero, respecto a ellos, por lo que, en consecuencia, se hace necesaria la intervenci3n de los tribunales para crearlos.

Como vemos, este trust deriva de ciertas circunstancias que infieren que exista; como ejemplo podemos citar el que una persona acepta, que a cambio de cierta contraprestaci3n, repartir3 y adjudicar3 determinados bienes entre varias personas, con lo que se convierte en trustee de esos bienes.

En el derecho angloamericano, el express trust, a diferencia del implied trust, dice Batiza, se crea 3nicamente si el settlor manifiesta en forma apropiada una intenci3n al efecto, es decir, "no basta que en su intimo pensamiento se proponga establecerlo, sino que su intenci3n debe tener una manifestaci3n externa; no se requiere para su nacimiento que el settlor comunique sus prop3sitos al beneficiario. El consentimiento del beneficiario no es una condici3n suspensiva a la cual quede subordinado el nacimiento de trust." (147)

-----  
(147) BATIZA, Rodolfo: Op. cit. pag. 182

Cuando el trust se constituye en un testamento debidamente otorgado, su existencia no se perjudicará por la circunstancia de que la persona designada como trustee no acepte, pues el juez designará al substituto.

2.- Por otro lado, también existen trusts que no obedecen a la intención expresa o tácita de las partes, sino que nacen por ministerio de ley, y que, son precisamente aquellos que se constituyen en base a principios y normas de la Equity, que ordena que determinados bienes, deben conservarse en beneficio de alguien.

A diferencia del anterior, este tipo de trusts, no deriva de declaraciones, o de la supuesta intención de una persona, y se dividen en :

A.- Constructive trusts, que son aquellos en los que una persona, que al ocupar una posición fiduciaria, es decir de confianza (arrendatario, mandatario, depositario, mutuario, albacea, tutor, etc.), con respecto de ciertos bienes, como consecuencia de un acto propio o ajeno, obtiene una ventaja personal, por lo que en todo caso, previa decisión del juez, deberán otorgarse dichas ventajas al verdadero beneficiario, pues la otra persona es trustee de este último.

Batiza nos da un ejemplo de este trust, al señalar que es el caso de que alguien que, habiendo celebrado un contrato a plazo determinado, en su carácter de arrendatario, hereda o lega su derecho, en trust, en beneficio de un menor, y antes de que venza el plazo fijado, el trustee, a nombre del menor solicita una prórroga al arrendador, quien la niega, pero posteriormente, la obtiene para sí, y no para el menor. por lo que, si éste acude ante un tribunal, el juez deberá determinar, que aunque no ha habido un fraude, y que el trustee ha demostrado preocupación por los intereses del beneficiario, no obstante, debió informar y rendir cuentas a este último por la prórroga. (148)

B.- Resulting trust, que a su vez se subdivide en dos clases de trust, en función a sus formas de creación:

a) El que nace por la transmisión de bienes a nombre de otro, es decir, cuando en una compraventa, una persona cubre el precio a nombre de otra, surgiendo de este modo un trust por ministerio de ley a favor de quien entregó el precio, excepto, si se presupone que hubo una donación.

b) El que surge cuando un express trust, se frustra, ya sea en forma parcial o total, por lo que los bienes objeto del mismo, se revierten al settlor o a sus herederos, o se entregan a otra persona.

Como vemos, el desarrollo y utilización de los trusts, propició que, conforme a los sistemas jurídicos norteamericano e

(148) BATIZA, Rodolfo: Op. cit. pag. 62

inglés, existiese una gran variedad de ellos, y que éstos puedan ser creados de diversas formas, siendo solamente una de ellas, la escrita, en la que se manifiesta en forma expresa la intención de efectuar un trust.

### 3. CONSTITUCION DEL FIDEICOMISO CONFORME A LO ESTABLECIDO EN LA LEY GENERAL DE TITULOS Y OPERACIONES DE CREDITO.

#### A. Consideraciones generales.

Tanto Alfaro, como Lepaulle, en sus trabajos de adaptacion del trust a nuestros sistemas romanistas, asi como los estudiosos y los legisladores mexicanos, reconocieron unicamente una variedad del express trust, por lo que al ser redactadas nuestras leyes, se estableció que el fideicomiso solamente puede constituirse por acto entre vivos o por testamento, debiendo constar en todo caso, su creacion, es decir, su constitución por escrito.

Dicha posibilidad respecto a las formas de constitución del fideicomiso, se hace patente por primera vez, en el Proyecto Alfaro, y posteriormente en la Ley Bancaria Panameña de 1925, en los que se consignaron unicamente estas dos formas de creacion, estableciendo esta última, en su artículo 18 que "el fideicomiso puede ser constituido por testamento, para que tenga efecto después de la muerte del fideicomitente, o por acto entre vivos".

Al respecto, es importante tener presente que en la legislación panameña, siempre se le dió al fiduciario la importancia que en la realidad tiene en el proceso de constitución de todo fideicomiso.

Como vimos en su oportunidad, las leyes bancarias de 1926 y 1932, que tuvieron como idea, regular la actuacion del fiduciario, en la incorporacion del trust a nuestro sistema juridico, así como la sustantiva de este último año, fueron promulgadas en una época en la cual, tanto los legisladores, como los juristas mexicanos estaban inspirados por las teorías alemanas que consideraban como fuente creadora de derechos y obligaciones a la declaracion unilateral de voluntad.

En efecto, es a partir de la promulgación en 1928 del Código Civil para el Distrito y Territorios Federales (actualmente Código Civil para el Distrito Federal), que se aceptó en la legislación común, esta figura como generadora de derechos y obligaciones, por lo que esta situación contribuyó a no hacer más

explicita la expresión "acto entre vivos", consignada en la Ley General de Títulos y Operaciones de Crédito, respecto a una de las formas de constitución del fideicomiso.

Por cuanto a nuestro derecho, ni las leyes de 1926, ni el Proyecto Vera Estanol, contenían disposición relativa a la forma de constitución del fideicomiso, ya que como vimos en su oportunidad, únicamente, se referían a la actividad del fiduciario.

Lamentablemente la ley substantiva en vigor, no siguió el mecanismo panameño de condicionar la existencia del fideicomiso a la aceptación del fiduciario, estableciendo al contrario, una imposición para que éste actúe, desconociendo la verdadera y real importancia que ha alcanzado al evolucionar nuestro fideicomiso, y que presenta en la actualidad en el proceso de creación de todo fideicomiso.

En efecto, en la ley se establece, que la institución fiduciaria no podrá excusarse sino por causas graves a juicio de un juez de primera instancia del lugar de su domicilio, lo que, como lo hemos comentado, influyó para sostener que la adhesión del fiduciario al acto constitutivo, era sólo condición jurídica de ejecución, y no de su existencia y consiguiente perfección jurídica.

Esta pretendida obligatoriedad que se ha impuesto a las instituciones fiduciarias, de aceptar los fideicomisos que se les encomienden, aparte de ser contraria a principios consagrados en nuestro derecho constitucional, y que no impide la posibilidad de excusa, ha sido pocas veces observada, puesto que aún cuando la ley les imponga esta obligación, en la realidad, opera la naturaleza contractual del fideicomiso, haciendo que la manifestación de su voluntad y su libre aceptación, sean elementos esenciales para la existencia del fideicomiso, que no son otra cosa que el consentimiento que una parte da en todo contrato, después de la policitud u oferta de la otra parte.

Como lo hemos afirmado anteriormente, al ser redactada la ley substantiva, sus autores, buscaron adaptar a nuestro sistema jurídico, el express trust; y es así, que al promulgarse la ley, en ella aparecen únicamente los principios que el legislador consideró necesarios para ello.

En efecto, la ley en su artículo 352, siguiendo con el sistema que se utiliza para la creación de este tipo de trust, estableció que, "el fideicomiso puede ser constituido por acto entre vivos o por testamento. La constitución del fideicomiso debe ajustarse a los términos de la legislación común sobre la transmisión de los derechos o la transmisión de las cosas que se den en fideicomiso".

Resulta obvio que el legislador, al redactar este artículo no tenía una real idea de lo que era el trust, en todas sus variantes, así como los efectos que produce, y mucho menos



previò, la forma en que su modalidad mexicana, es decir, el fideicomiso, se desarrollaría en el transcurso de los años. de ahí que somos de la opinión, que, con la intención de contar con algo similar a la figura angloamericana, buscó facilitar su adopción y estableción para su creación cualquier fuente de derechos y obligaciones reconocidas conforme a nuestro sistema jurídico.

No todas las estipulaciones contenidas en este artículo son impropias, ya que es válida para nosotros, la que previene que la constitución del fideicomiso, debe constar por escrito y revestir formalidades especiales, pues de haber adoptado una mayor amplitud de formas, se hubiesen presentado mayores confusiones y problemas que los que se suscitaron en los fideicomisos creados por un acto entre vivos o por testamento.

Al respecto, consideramos necesario, que cuando el fideicomiso es convencional, es decir, cuando se establece por acuerdo expreso de las partes, debe ajustarse a los términos de la legislación común sobre transmisión de los derechos de propiedad de los bienes o derechos que se den en fideicomiso.

Y, en el caso de que el fideicomiso conste en un testamento, es obvio, que deberá sujetarse a las formalidades propias al tipo especial de testamento de que se trate.

Por nuestra parte, consideramos que este tipo de fideicomiso, que es el llamado "fideicomiso testamentario", no se crea, es decir, que no se constituye en ningún testamento.

Al respecto, más adelante dentro de este mismo capítulo comentaremos nuestros puntos de vista, baste decir en este momento, que pese a que estos fideicomisos "ya están constituidos", es necesaria la aceptación posterior del fiduciario, la cual, dependiendo del tipo de bien de que se trate, constará en un instrumento privado, o en uno público, otorgado este último, ya sea ante notario o ante la autoridad judicial que conozca de la sucesión del fideicomitente, además de que sólo hasta ese momento, podrá haber la transmisión de bienes que es necesaria en el fideicomiso.

a) Acto entre vivos.

Hemos manifestado en el curso de este trabajo, que al establecer la ley, que el fideicomiso puede constituirse por acto entre vivos, se han propiciado confusiones que han ocasionado no solo controversia en torno a dilucidar la naturaleza jurídica; lo cual en sí, no es grave, puesto que todas las ideas y teorías que al respecto se han desarrollado, han contribuido a su desarrollo

y arraigo en nuestro sistema legal.

Lo que si es grave, es que además, se propicio que en ocasiones, diversas personas con base en la poca claridad del mencionado artículo 352, hayan pretendido constituir fideicomisos de muy diversa manera, sin que en muchos casos, éstos hayan tenido algún efecto.

Rafael de Pina señala que la denominación acto intervivos, "se emplea para designar a aquel, cuya eficacia no depende del fallecimiento de las personas que lo realiza". (149)

La expresión "acto entre vivos", como tal, no esta reconocida por la ley mexicana, aunque si podemos encontrar su significado, puesto que éste deriva de su interpretación lógica, que en el campo del derecho seria, todo acto o hecho jurídico que celebra en vida cualquier persona.

Para poder apreciar en toda su magnitud lo amplio e inoperante de esta disposición, deberemos hacer algunas consideraciones respecto a los actos y hechos jurídicos, así como a las fuentes de las obligaciones conforme a nuestro derecho.

Los hechos jurídicos lato sensu, son aquellas conductas humanas o ciertos fenómenos de la naturaleza, que el Derecho considera para atribuirles consecuencias jurídicas; se clasifican en actos jurídicos y hechos Jurídicos en estricto sentido.

Refiriéndose a los primeros, señala Gutierrez y González, que "se debe entender por acto jurídico la manifestación exterior de voluntad que se hace con el fin de crear, transmitir, modificar o extinguir una obligación o un derecho, y que produce el efecto deseado por su autor, porque el derecho sanciona esa voluntad.

"De este concepto propuesto por Bonnacase, se desprende que el acto jurídico está integrado por dos elementos:

- "- Uno psicológico, voluntario, personal, y
- "- Otro representado por el derecho objetivo.

"Por ello, un efecto de Derecho, no se producirá en ausencia de cualquiera de esos elementos. Si falta la voluntad, no se puede producir el efecto por el solo derecho objetivo; y por el contrario, si falta éste, aunque se dé la voluntad, tampoco se producirá el acto, porque en este caso el Derecho no le reconoce efectos jurídicos; son dos los elementos estrechamente vinculados en la formación del acto jurídico. De aquí resulta que los actos jurídicos son las conductas del hombre, en que hay una manifestación de voluntad, con la intención de producir consecuencias de derecho, siempre y cuando la norma sancione esa manifestación de voluntad, y sancione los elementos deseados por

(149) DE PINA VARA, Rafael: Op. cit. pag. 52

el autor." (150)

Los actos jurídicos se clasifican en unilaterales y plurilaterales.

Los actos jurídicos unilaterales, son aquellos en los que interviene para su formación, una sola voluntad, o varias concurrentes a un idéntico fin.

Por su parte los actos plurilaterales, son los que requieren para su formación de dos o más voluntades que buscan efectos jurídicos diversos entre sí; este tipo de acto, recibe también el nombre de "convenio lato sensu".

Conforme a lo establecido en el artículo 1792 del Código Civil para el Distrito Federal, el convenio es el acuerdo de dos o más personas para crear, modificar, transferir o extinguir derechos y obligaciones, y añade dicho ordenamiento, en su artículo 1793, que los convenios que producen o transfieren las obligaciones y derechos toman el nombre de contratos.

En consecuencia, podemos afirmar que los convenios en estricto sentido, consisten en el acuerdo de dos o más voluntades para modificar o extinguir derechos y obligaciones.

Por lo que se refiere a los hechos jurídicos en estricto sentido, Gutiérrez y González señala que consisten en una "manifestación de voluntad que genera efectos de derecho independientemente de la intención del autor de la voluntad para que esos efectos se produzcan o un hecho de la naturaleza al que la ley vincula efectos jurídicos". (151)

Encontramos que estos hechos pueden ser de dos clases:

A.- Del ser humano o voluntarios, que a su vez podemos clasificar, en hechos voluntarios lícitos y hechos voluntarios ilícitos.

a) Los hechos voluntarios lícitos, son las conductas humanas que van de acuerdo con las leyes de orden público y las buenas costumbres.

b) Los hechos voluntarios ilícitos, son aquellas conductas que van en contra de una ley de orden público o las buenas costumbres, y en donde las consecuencias se producen, sin que sea importante la voluntad del autor.

B.- Hechos de la naturaleza, que son los acontecimientos de la naturaleza, en donde para nada interviene la voluntad humana y que el Derecho considera como dato, para que se generen ciertas

(150) GUTIERREZ Y GONZALEZ, Ernesto: Derecho de las Obligaciones. Editorial Cajica, S.A. 5a. Ed. 1978. , pag. 124

(151) GUTIERREZ Y GONZALEZ, Ernesto: Op. cit. pag. 126

## consecuencias jurídicas.

El Código Civil del Distrito Federal, no reglamenta de manera específica a los hechos jurídicos lato sensu, ni a los actos jurídicos en forma general, pero se se refiere a algunos de éstos, como son los convenios, los contratos, la declaración unilateral de voluntad y el testamento, siendo todos ellos fuentes de obligaciones.

A continuación comentaremos brevemente estos actos jurídicos en relación a la constitución de los fideicomisos, empezando con la declaración unilateral de voluntad, posteriormente seguiremos con el contrato y finalizaremos con el testamento, en el que nos referiremos, ya con más detalle, a los fideicomisos que conforme a lo establecido en el artículo 352, se constituyen en dicho instrumento.

Para la exposición de nuestras ideas y opiniones, nos basaremos en situaciones reales que hemos presenciado en nuestra labor profesional a lo largo de más de una década, así como en la forma en que hemos suplido las deficiencias encontradas en algunos casos.

Sin embargo, cabe hacer mención que conforme a lo establecido en los artículos 117 y 118 de la Ley de Instituciones de Crédito, la violación de los secretos bancario y fiduciario, esta sancionada civil y penalmente, por lo que en algunos casos, al transcribir algún documento, tanto en este capítulo, como en el siguiente, cambiaremos u omitiremos los nombres de las personas involucradas, para no incurrir en falta alguna.

### a) Declaración Unilateral de Voluntad.

Como consecuencia de las reformas que se introdujeron en nuestra legislación civil con la promulgación en 1929 del Código Civil para del Distrito y Territorios Federales, se reconoce en nuestro sistema legal a la Declaración Unilateral de Voluntad, como fuente de obligaciones.

En nuestro país, hasta antes de 1929, al hablar de "obligación", necesariamente se refería a los conceptos usados desde su aparición en el Derecho Romano de "derecho de crédito" o "derecho personal", que implicaba siempre el acuerdo previo de dos o más voluntades.

La declaración unilateral de voluntad es la "exteriorización de voluntad que crea en su autor la necesidad jurídica de conservarse en aptitud de cumplir por sí, o por otro voluntariamente una prestación de carácter patrimonial,

pecuniario o moral, en favor de un sujeto que eventualmente puede llegar a existir, o si existe, aceptar." (152)

En el código, en su Libro Cuarto, Primera Parte, Título Primero, Capítulo II, artículos 1860 a 1881 se regulan varios tipos de declaración unilateral de voluntad, y que son:

1.- Ofertas al público: oferta de venta, promesa de recompensa y concurso con promesa de recompensa.

2.- Estipulación a favor de tercero.

La oferta al público, "es una declaración unilateral de voluntad, recepticia, hecha a toda persona que pueda tener conocimiento de ella, con la expresión de los elementos esenciales de una prestación que se ofrezca cumplir. Sería y hecha con el ánimo de satisfacer en su oportunidad". (153)

De acuerdo a lo señalado en el artículo 1860 del código, el ofrecer objetos en determinado precio, obliga a su dueño a sostener su ofrecimiento.

La promesa de recompensa, conforme a lo establecido en el artículo 1861 del código, consiste en los anuncios u ofrecimientos hechos al público para realizar alguna prestación en favor de quien llene determinada condición o desempeñe cierto servicio, y que obliga a quien los hizo a cumplir lo prometido.

El concurso con promesa de recompensa, es el ofrecimiento de dar un premio a la persona que reúna ciertas cualidades y que realice un trabajo o cumpla con una prestación que solicita el promitente.

Las poca claridad de las diversas estipulaciones de la Ley General de Títulos y Operaciones de Crédito, referentes no solo a la forma en que se constituye el fideicomiso, sino a la importancia que tiene el fiduciario en su creación, han propiciado, como ya lo hemos señalado anteriormente, el que con fundamento en diversas estipulaciones, se hayan pretendido celebrar fideicomisos, en los cuales ya sea una persona o u grupo de ellas, constituyan un negocio jurídico de este tipo.

Hemos visto, aunque afortunadamente muy pocos casos, documentos públicos o privados, en los que se exprese que se crea un fideicomiso, para la realización de determinado fin, es más algunos de esos documentos contienen prácticamente todos los elementos necesarios para que surja el fideicomiso pretendido. Es así que hemos encontrado que en ellos, existe:

1.- La voluntad de una persona o grupo de personas de afectar determinados bienes o derechos.

(152) GUTIERREZ Y GONZALEZ, Ernesto: Op. cit. pags. 397 y 398  
(153) GUTIERREZ Y GONZALEZ, Ernesto: Op. cit. pags. 400 y 401

2.- El deseo de que se realice un fin lícito y determinado.

3.- En algunos casos, aparece ya mencionado el fiduciario que intervendrá en la operación de fideicomiso pretendida.

4.- Los derechos y obligaciones que tendrán los elementos personales que intervendrán en el fideicomiso.

Pero, pese a todo ello, al faltar el consentimiento del fiduciario, la gran mayoría de esos fideicomisos, nunca han surgido, y no podemos simplemente decir, basados en lo que establece la ley en el artículo 357 que "se extinguieron como consecuencia del incumplimiento de la condición suspensiva de que dependan", o "que se extinguieron por hacerse imposible el fin que persiguen", o, con base en este artículo y en el 350, que "en virtud de que el fiduciario no aceptó el cargo, el fideicomiso cesará".

La conclusión lógica y obvia, es que nunca existieron, y en consiguiente, nunca tuvieron más efecto que la pérdida de tiempo, y en ocasiones de dinero, así como el desengaño de sus creadores y lesiones patrimoniales a los beneficiarios designados.

Otra situación que también ha contribuido a demeritar la importancia del fiduciario, en el proceso de constitución del fideicomiso, es el que en otro artículo de la ley, en el 356, se estipule que el fiduciario "no podrá excusarse o renunciar su encargo, sino por causas graves a juicio de un juez de primera instancia del lugar de su domicilio", con lo cual se pretende fundamentar, el que la creación del fideicomiso puede ser una acto unilateral del fideicomitente.

En nuestro sistema jurídico, se reconoce la importancia de la voluntad de las partes para la generación de derechos y obligaciones, por ser precisamente una garantía constitucional, consignada en el artículo 50. de nuestra Carta Magna. en el que se establece que "nadie podrá ser obligado a prestar trabajos personales sin la justa retribución y sin su pleno consentimiento".

En consecuencia, es inoperante y contrario a nuestros principios jurídicos básicos, el que se pretenda celebrar un fideicomiso, e imponer obligaciones u otorgar derechos a la persona que precisamente será la que tendrá todo el peso y carga, para poder cumplir con el fin perseguido, sin que sea relevante para ello su consentimiento previo.

Somos de la opinión, que al realizar el legislador en 1932 la adaptación del trust angloamericano a nuestro sistema jurídico, pasó por alto que conforme a las legislaciones norteamericana e inglesa, las formas de constitución del express trust, fueron el resultado de siglos de evolución de esta figura, además de tanto Inglaterra, como Estados Unidos de América, son países que tienen principios y costumbres extrañas a los nuestros. y que por consecuencia, las leyes que lo regulan,

también son diferentes.

Asimismo, también son diferentes las características que tiene el trust, y las que necesariamente debería tener el fideicomiso mexicano, como consecuencia de su desarrollo y arraigo.

Es cierto que la norma jurídica se elabora para regir conductas humanas o hechos de la naturaleza, en aquellos casos que éstos producen consecuencias, pero siempre debe ajustarse a las normas básicas y fundamentales de cada régimen jurídico, por lo que, las diversas disposiciones de la Ley General de Títulos y Operaciones de Crédito, que hemos comentado en el desarrollo de este inciso, así como el hecho de que el artículo 350 establezca, que "en caso de que al constituirse el fideicomiso no se designe nominalmente la institución fiduciaria, se tendrá por designada la que elija el fideicomisario o, en su defecto, el juez de primera instancia del lugar en que estuvieren ubicados los bienes, de entre las instituciones expresamente autorizadas conforme a la ley", violan la disposición constitucional, luego entonces, no deben ser válidas.

#### al.1) Estipulación en favor de tercero.

La otra declaración unilateral de voluntad que regula nuestro Código Civil como fuente de obligaciones, es la estipulación a favor de tercero; conforme a esta figura, existen dos partes, el promitente que es la persona, que realiza la estipulación, y el estipulante, que es la persona a quien va dirigida.

En su artículo 1868, establece que "en los contratos se pueden hacer estipulaciones en favor de tercero".

Tiene importancia el contenido del artículo 1869, que otorga al estipulante los derechos a exigir del promitente la prestación a que se ha obligado, y el cumplimiento de dicha obligación, puesto que presentan cierta similitud con los derechos del fideicomisario.

Otra semejanza que existe entre esta figura y el fideicomiso, es que, tanto el tercero, a cuyo favor se hace la estipulación, como el fideicomisario, pueden ser o no una persona determinada.

Consideramos que el legislador de 1928, al regular esta figura, la ubicó en forma errónea como una declaración unilateral de voluntad, desvirtuando su naturaleza jurídica, puesto que en el artículo 1868 se habla de contrato, y en el 1870, se establece

que para su perfección, es necesaria la celebración de un contrato, al disponer que "el derecho de tercero nace en el momento de perfeccionarse el contrato, salvo la facultad que los contratantes conservan, siempre que éstas consten expresamente en el referido contrato".

Respecto a esta figura, señala Villagordoá, que el legislador de 1928, siguió las ideas de Siegel, quien negó que el acuerdo de voluntades, fuera el creador de obligaciones de los contratantes, sino que pretendió que éstas derivan de su declaración de voluntad, la cual para él era suficiente para crearlas, pues cada contratante "asume la obligación para con el otro, sin necesidad del concurso de la voluntad recíproca que constituye el consentimiento".

"Es en suma la negación del contrato como fuente de obligaciones, para dejar solamente la declaración unilateral, y elimina la eficacia del acuerdo de voluntades para crear obligaciones .

"Partiendo de estos conceptos, Siegel considera que en el contrato a favor de tercero, la fuente de su derecho, es la promesa unilateral del promitente". (154)

Sin entrar a explicar con más detalle esta teoría, baste comentar, que ha sido, y es refutada tanto por otros autores, como por el mismo Código, que como acabamos de ver, establece que en la estipulación es necesario, la celebración de un contrato.

Si bien es cierto que existen semejanzas entre estipulación en favor de tercero y fideicomiso, como las que hemos anotado previamente, también lo es que tienen diferencias, como son:

1.- En la estipulación, existen dos personas: estipulante y promitente: en el fideicomiso puede haber, solo dos, pero en bastantes ocasiones aparecen tres: fideicomitente, fiduciario y fideicomisario.

2.- El tercero en la estipulación, es el estipulante, y en el fideicomiso, conforme a los artículos 353 y 354 de la Ley General de Títulos y Operaciones de Crédito, son los acreedores del fideicomitente, o en su caso del fideicomisario.

3.- Ambas figuras tienen naturaleza y esencia distintas, la estipulación consiste en una liberalidad que se realiza en favor de alguien, lo cual, en algunos casos, también sucede en el fideicomiso, pero no siempre, además de que en éste es importante, la confianza que se deposita en el fiduciario, necesaria la afectación de bienes o derechos a la realización de un fin lícito y determinado, y trascendental, la transmisión de esos bienes o derechos a este último, etc.

---

(154) VILLAGORDOA LOZANO, José Manuel: Op. cit. pag. 162.



a2) Contrato.

Al no ser la declaración unilateral de voluntad, y por ende la estipulación en favor de tercero, la fuente creadora del fideicomiso, debemos concluir que el único acto entre vivos que puede y debe considerarse como su fuente de constitución, necesariamente debe ser un contrato.

Es por eso que negamos la validez de la afirmación contenida en el artículo 352 de la Ley General de Títulos y Operaciones de Crédito, que siguiendo la idea generada desde Alfaro, Creel y Macedo, que el fideicomiso puede ser constituido por acto entre vivos, puesto que conforme a la práctica, el fideicomiso, solamente puede nacer a la vida jurídica y tener todos sus efectos y consecuencias, si es el resultado del acuerdo de voluntades del fideicomitente y del fiduciario, y en algunos casos, inclusive del fideicomisario.

Para la generación de los derechos y obligaciones que emanan para las partes en un fideicomiso, es necesario el acuerdo previo de sus voluntades, y no basta la simple exteriorización o manifestación de la del fideicomitente.

En el capítulo siguiente, ampliaremos los comentarios anteriores, y expondremos no solo nuestras ideas al respecto, sino que, con ayuda de diversos ejemplos, en la forma que señalamos anteriormente, demostraremos la inoperancia de la expresión "acto entre vivos", y la necesidad de que se reforme la ley, y se señale expresamente que el fideicomiso es un contrato, y que como tal, debe constituirse previo acuerdo de voluntades del fideicomitente y el fiduciario.

b) Testamento.

Dispone también el artículo 352 de la Ley General de Títulos y Operaciones de Crédito, siguiendo en parte los procedimientos que se utilizan en los regímenes jurídicos angloamericanos, para la creación de los trusts, que el fideicomiso puede constituirse por testamento.

Consideramos necesario, antes de establecer el motivo por el que consideramos que dicha disposición es incorrecta, el realizar algunas consideraciones respecto a esta última figura.

En el artículo 1295 del Código Civil de Distrito Federal se establece que el "testamento es un acto personalísimo, revocable

y libre, por el cual una persona capaz dispone de sus bienes y derechos, y declara o cumple deberes para después de su muerte."

Es decir, el testamento es un acto jurídico que realiza una persona, quien al exteriorizar su voluntad, manifiesta su deseo de que sus bienes pasen a poder de tal o cuales personas, después de su muerte, y que produce determinados efectos que son sancionados por el derecho.

Rafael de Pina complementa el concepto establecido en la ley, y define al testamento como "un acto jurídico, unilateral, individual, personalísimo, libre solemne y revocable, mediante el cual, quien lo realiza, dispone, para después de su muerte, de lo que haya de hacerse de sus bienes y derechos transmitibles, y expresa su voluntad sobre todo aquello que, sin tener carácter patrimonial, pueda ordenar, de acuerdo con la ley." (155)

Por su parte Ernesto Gutiérrez y González, lo define como "el acto jurídico unilateral, personalísimo, revocable, libre y formal, por medio del cual una persona física capaz, dispone de sus bienes y derechos, y declara o cumple deberes para después de su muerte." (156)

#### b1) Clases de testamento.

Por los efectos que el testamento tiene en relación a la constitución del fideicomiso, resulta importante tener presente que conforme a lo establecido en la legislación común, es decir en el Código Civil del Distrito Federal, podemos decir que es un acto que puede realizar cualquier persona, sin necesidad de mayor asesoría o conocimientos jurídicos, y que son varias las formas que puede revestir.

En función de su forma, existen dos tipos de testamentos.

1.- Puede ser ordinario, y de éste existen tres clases:

- a) Público abierto.
- b) Público cerrado.
- c) Ológrafo.

-----  
(155) DE FINA VARA, Rafael: Op. cit. pag. 434

(156) GUTIERREZ Y GONZALEZ, Ernesto: El Patrimonio Pecuniario y Moral o Derechos de la Personalidad, Editorial José M. Cajica JR, S.A., 1971. pag. 536

2.- O bien, puede ser especial, del que hay cuatro tipos:

- a) Privado.
- b) Militar.
- c) Marítimo
- d) Hecho en país extranjero.

A continuación nos referiremos a la manera en que pueden celebrarse los primeros, es decir, los ordinarios, por ser los más utilizados, y posteriormente, haremos varios comentarios al respecto de su operatividad, y de la relación que podrían guardar con los fideicomisos, que de acuerdo con lo establecido en el artículo 352 de la ley sustantiva, se pueden constituir en dichos instrumentos, haciendo extensivos nuestros comentarios y objeciones a los especiales.

El testamento público abierto, es aquel que se escribe en el protocolo del notario, es decir, es el que se otorga ante éste último, y requiere de la presencia de tres testigos; en él, el testador expresa de un modo claro y terminante su voluntad; el notario redacta por escrito un acta o escritura, en la que se consigna dicha voluntad, la lee en voz alta, para que el testador exprese su conformidad, y si esta de acuerdo, la firmará junto con los testigos.

En dicho instrumento, el notario debe consignar el lugar, año, mes, día, y hora en que el testamento ha sido otorgado.

El testamento público cerrado, a diferencia del anterior, no se escribe en el protocolo del notario, en virtud de que no consta en acta o escritura alguna.

Es escrito por el testador, o por otra persona a su ruego, hecho esto, el testador rubricará todas las hojas y firmará al calce el instrumento respectivo.

El papel o documento en el que conste el testamento, será cerrado y sellado, y el testador lo exhibirá ante notario en presencia de tres testigos, y le expresará a dicho fedatario, que en ese pliego esta contenida su última voluntad.

El notario dará fe del otorgamiento, y que se han cubierto las formalidades establecidas en la ley, recabando en la cubierta del testamento, la firma del testador y de los testigos, podrá la suya y su sello.

El testador conservará el testamento, lo podrá dar en guarda a un tercero, o inclusive, depositarlo en el Archivo Judicial.

El testamento ológrafo, es el que es escrito de puño y letra por el propio testador, y para que surta todos sus efectos, debe ser depositado en el Archivo General de Notarías, cumpliendo al

efecto diversos requisitos:

- El testador hará un duplicado del testamento e imprimirá en cada ejemplar su huella digital.

- El testador depositará el original dentro de un sobre sellado y lacrado en el mencionado archivo.

- El duplicado será devuelto al testador, en otro sobre sellado y lacrado, y se anotará en su cubierta la constancia a la que se refiere el artículo 1555, en el sentido de que el encargado del archivo, ha recibido el sobre que contiene el original del testamento del testador.

Si examinamos la manera en que pueden ser elaborados estos tipos de testamentos, podremos observar que conforme a nuestro derecho común, existe una completa libertad, no sólo en lo que se refiere a la forma que pueden revestir, sino que ésta también deriva de las características que tiene cada ellos, y que por tanto, resulta fácil que en alguno de ellos, principalmente en los dos últimos, se consigne todo tipo de estipulaciones, ya sea lícitas o ilícitas.

En efecto, una persona que desee disponer de sus bienes o derechos una vez que ocurra su fallecimiento, en base a su conveniencia, recurrirá a cualquiera de las variantes del testamento ordinario que acabamos de enunciar, o, si es el caso, a las especiales que se contienen en el propio Código.

En dicho testamento, el testador, designará a las personas que serán sus herederos, es decir a quienes en forma universal les serán transmitidos esos bienes o derechos, o bien nombrará legatarios, y especificará que bienes o derechos en lo particular, les serán entregados al ocurrir su deceso.

Esta completa libertad ha ocasionado que en algunos casos, el testador redacte su testamento solo, es decir, sin asesoría alguna, por lo que es frecuente en este caso, que incurra en algún error.

Esta situación se complica, en caso de que desee consignar o constituir en su testamento, un fideicomiso, pues, incluso si acude ante un notario, puede haber alguna deficiencia técnica, por ser este un negocio, especial y complejo.

## b2) Características Jurídicas del Testamento.

El testamento presenta varias características que lo distinguen frente a otras figuras:

Es un acto jurídico unilateral, ya que para crearlo, únicamente se requiere de la manifestación de voluntad de su autor, siendo ésta necesaria para que se produzcan los efectos que él desea.

Es personalísimo, porque sólo puede ser elaborado por el testador, y nunca por otra persona diferente, puesto que éste tiene la facultad de determinar libremente a sus herederos o legatarios, especificando los bienes que les correspondan, e inclusive, no se requiere que exprese las razones que lo mueven a ello.

En esencia el testamento es un acto revocable, es decir, que en virtud de diferentes razones de conveniencia, oportunidad, prácticas, e inclusive plenamente caprichosas, su autor puede poner fin a dicho instrumento y a sus efectos, ya sea parcial o totalmente, otorgando otro testamento diferente, o bien simplemente cancelando el existente, o en su caso, enajenando los bienes que posea, o aquellos que se mencionen en forma expresa en el testamento.

Es libre, porque debe ser otorgado por una persona que se encuentre en libertad de expresar su voluntad, y si ésta, se encuentra viciada, se podrá pedir su nulidad.

Es formal, porque para que surta los efectos que se pretenden alcanzar, debe reunir los requisitos que al efecto se señalan en el Código.

El testamento solo puede ser hecho por las personas que estén capacitadas para ello; en efecto, el artículo 1305 establece que "pueden testar todos aquellos a quienes la ley no prohíba expresamente el ejercicio de este derecho", y el 1306, dispone que están incapacitados para testar, los menores de dieciséis años de edad y los que en forma habitual o accidental no disfruten de su cabal juicio.

A través del testamento, el testador dispone de sus bienes o derechos, o bien puede declarar o cumplir deberes u obligaciones.

Finalmente, el testamento, es una acto que solamente surte sus efectos después de la muerte de su autor.

Normalmente la situación más usual que se presenta en los testamentos, es la que comenta Francisco Mayorga Miramontes, quien señala que "es común que los matrimonios, sobre todo aquellos que tienen hijos muy jóvenes, que en una manera responsable otorguen su testamento para prever en él, la forma en que sus menores hijos resolverán tanto su manutención, como su educación, para el caso del fallecimiento prematuro de los esposos.

"Normalmente los cónyuges se designan herederos universales, uno respecto al otro: es decir, el esposo designa heredera

universal, a su esposa de todos sus bienes y derechos, imponiéndole la obligación de dar alimentos a sus acreedores alimentarios en los términos que la ley dispone. Por su parte, la esposa, redacta y otorga su testamento en los mismos términos, pero en favor de su esposo.

"En ambos supuestos, cada uno de los esposos, proveerá en su testamento, que serán herederos sustitutos los hijos, para el caso de que al ocurrir el fallecimiento del primero de los conyuges, no viviese el otro; también deberán nombrar un tutor testamentario de sus hijos menores.

"Al otorgar su testamento, los padres están ejercitando un acto de responsabilidad, pues están planeando el futuro económico de sus descendientes y de su familia en general; previendo que la distribución de la herencia se haga en forma justa y equitativa, estableciendo los porcentajes de bienes que corresponderán a cada heredero, en base a las necesidades propias de su edad y demás circunstancias". (157)

#### c) Fideicomisos Testamentarios.

De lo expuesto anteriormente, vemos que el testador al elaborar su testamento, goza de completa libertad para designar a sus herederos y establecer parametros para la distribución de sus bienes, para después de su fallecimiento, para lo cual, tiene una serie de derechos y obligaciones que están perfectamente regulados por la legislación común, y que debe observar, así como que la intención que con mayor frecuencia tienen los testadores al elaborar sus testamentos, es proteger a su familia.

La Ley General de Títulos y Operaciones de Crédito, le otorga al testador, una herramienta que en teoría le será de gran ayuda para lograr lo que pretende, pues establece que se puede constituir un fideicomiso en un testamento.

De esta forma, resulta que esa disposición de bienes y derechos se verá complementada con las ventajas y características que tiene el fideicomiso; esta conjunción de disposiciones, propició que se hayan elaborado numerosos negocios de este tipo. A este tipo de fideicomiso, por estar consignado en un testamento, se le ha denominado "fideicomiso testamentario"

Sin embargo, en virtud de nuestra observación de muchos casos, hemos llegado a la conclusión de que en virtud de las

(157) MAYORGA MIRAMONTES, Francisco: El Fideicomiso como Instrumento de Planeación Patrimonial de la Familia. Tesis. UNAM., 1978, pags. 85 y 86.

características propias del testamento. es frecuente que dicho fideicomiso, no surta todos los efectos que pretende el fideicomitente-testador.

En principio, consideramos que no basta con que se consigne el fideicomiso en el testamento, para que produzca los efectos deseados. pues, como ya lo hemos dicho varias veces, resulta necesaria la voluntad del fiduciario, no solo al crearlo, sino también para la consecución del fin que se persigue en el fideicomiso.

#### c) Evolución y utilización del Fideicomiso Testamentario.

Al regularse por primera vez el fideicomiso en México en la Ley General de Títulos y Operaciones de Crédito, y estar contemplada en su artículo 352, la posibilidad de constituir un fideicomiso, en un testamento, se vió con buenos ojos. la posibilidad de que se estructurase este tipo de negocio.

Lo anterior, resulta obvio pues, tanto el testamento, como el fideicomiso, en apariencia son compatibles, y es más, conocidas las limitaciones que tiene el testamento, en cuanto a la protección de la familia del testador, es evidente, que, si es permisible que ambos nazcan y surtan efectos en forma coordinada y simultánea, los resultados que obtendrán los interesados, serán los óptimos.

En sus efectos, tiene interés, el propio autor, es decir, el fideicomitente-testador, que de esta manera, tiene una mayor tranquilidad, de que al ocurrir su deceso se cumplirá su voluntad, y los beneficiario-fideicomisarios, porque habrá una institución que vigilará que se cumplan las estipulaciones que aquel haya establecido.

En consecuencia, con independencia de las instituciones fiduciarias, todas las personas que conocieron dichas normas, es decir, abogados, notarios, y los particulares, vieron con buenos ojos, la posibilidad de que se estructurase este tipo de negocio.

Es así que encontramos opiniones de diversos autores y estudiosos, que se refieren al fideicomiso testamentario, y que recomiendan la utilización.

Francisco Mayorga Miramontes, comentando la protección del patrimonio familiar, que se consigue con el testamento, señala que la "planeación patrimonial de la familia, será todavía más segura, completa y eficaz, si el testador prevee en su testamento, la constitución de un fideicomiso, con parte o la totalidad de sus bienes.

"Podrá tener muchas opciones sobre las características de dicho fideicomiso, tendrá la absoluta seguridad de que su voluntad será respetada y cumplida después de su muerte y por mucho tiempo, inclusive sus beneficiarios, podrán estar vitaliciamente protegidos en cuanto a contar con los medios necesarios para solventar todos sus gastos. Claro, que esto dependerá de los bienes que integran el fideicomiso y el monto de los bienes". (158)

Otro estudio que recomienda la utilización del fideicomiso testamentario, es Alberto Pacheco, Notario Público del Distrito Federal, quien señala que "existen personas que tienen la idea de que dentro de su herencia se necesita un patrimonio de conservación; se necesita apartar bienes que constituyan una garantía mínima para sus hijos, y que una parte importante del patrimonio, se destine a ese mismo, que va a dar o conservar el status social, en el cual se ha desarrollado y que después, con el resto del patrimonio, hagan lo que gusten los herederos.

"Es mínimo, ese patrimonio de conservación, ese patrimonio que va a dar la tranquilidad futura de la familia una vez ausente el testador, es recomendable que en muchos casos forme parte de un fideicomiso testamentario.

"El fideicomiso testamentario puede tener todas las características que se marcan para un patrimonio de conservación, de administración tranquila, de administración segura, de vivir de los productos, de no arriesgar...., el fideicomiso testamentario, es también para lograr una administración segura, una administración eficaz y honrada...., el fideicomiso testamentario es también una manera de conservar, de perpetuar y proteger ese patrimonio..." (159)

Obviamente, que este criterio, compartido por muchas personas, y en alguna época por las mismas instituciones fiduciarias, propició que se elaborase este tipo de fideicomiso y que proliferara, aún sin saber las consecuencias prácticas que tendría, pues como ya hemos visto, en nuestro país esta figura es muy reciente, y no había antecedentes directos y propios al respecto, por lo que durante los 60' y los 70', se utilizó sin medida; en esas dos décadas, se celebraron innumerables fideicomisos, tuvieron como generador, el sano afán de buscar una mayor seguridad y protección.

Sin embargo, lamentablemente, en esos años, no se tenía la experiencia, que existe en la actualidad, en el manejo de este tipo de situaciones.

Como parte de la investigación que realizamos para la

-----  
(158) MAYORGA MIRAMONTES, Francisco: Op. cit. pags. 87 y 88

(159) PACHECO, Alberto: Memoria del Seminario Latinoamericano sobre Fideicomiso. Banco Nacional de México. S.A., 1978, pags. 38 y 39



elaboración de este trabajo, consultamos el archivo del fiduciario más grande e importante de México, y descubrimos más de doscientas escrituras públicas que contienen testamentos públicos abiertos, elaborados desde hace más de treinta años, en los que se consignan o establecen fideicomisos, sin que hubiese otra noticia posterior, o documento distinto, que nos indicase que los fideicomitentes-testadores, han fallecido, o siguen con vida, pese a que el promedio de edad que tenían al elaborarlos, era de más de cuarenta y cinco años.

Lo cual nos confirmó la impresión de que el fideicomiso testamentario, así concebido, es prácticamente inoperante, por lo que consideramos que para poder aprovechar las ventajas que permite la ley otorgar a los fideicomisos, los de este tipo deben estructurarse de otra manera, para ser más acordes con la realidad y deseos que tengan los fideicomitentes, y que en función de los cambios que éstos tengan, ellos puedan realizar fácilmente los cambios y modificaciones necesarias.

## c2) Características del fideicomiso testamenario.

Toda vez que el fideicomiso implica una afectación de bienes o derechos a un fin lícito determinado, y la consiguiente transmisión de los mismos al fiduciario, consideramos que este tipo de fideicomiso, no se ha constituido por el simple hecho de que se consigne o "constituya" en el testamento del fideicomitente-testador.

En efecto, al redactar su testamento, éste solamente ordena, establece o prevé, que al ocurrir su fallecimiento, se constituya el fideicomiso en lo futuro, lo cual en muchos casos, queda al arbitrio del albacea, y no se cumple, o bien, también suelta suceder con bastante frecuencia que, al acudir éste ante el fiduciario, éste último no acepte el encargo recibido.

Podemos decir que el fideicomiso testamentario, es un acto siempre unilateral, que no es vinculante y por tanto, no modifica en nada el patrimonio del autor, ni afecta a terceros, en consiguiente, una vez celebrado, no es anulable por fraude a terceros, y jurídicamente, no tiene relevancia alguna, más que para el autor.

Los bienes con los que se desea constituir o establecer el fideicomiso, una vez celebrado testamento, no por eso están ya "afectados al fin que se pretende alcanzar", puesto que el fideicomitente-testador, puede sacarlos de su patrimonio, por cualquier acto que él celebre, y por este solo hecho, quedar sin efectos el deseo, que antes había expresado, vemos pues que este tipo de fideicomiso presenta características que lo

individualizan e identifican frente a aquellos que son eminentemente contractuales.

Por otro lado, podemos apreciar que en este tipo de fideicomiso, los efectos que se producirán, están sujetos, entre otras a varias situaciones, que son:

1.- En principio, que ocurra el fallecimiento del fideicomitente-testador, y por ende, dichos efectos, son siempre diferidos.

2.- Posteriormente, que se inicie el trámite o juicio sucesorio, es decir, la testamentaria respectiva.

3.- Que dicha testamentaria comprenda todas las etapas que marca la legislación común.

4.- Que el albacea notifique al fiduciario designado, o que a falta de éste, designe otro, de la existencia del fideicomiso, y de sus características, entre las cuales, está el nombramiento hecho en su favor.

5.- Que el fiduciario acepte el encargo recibido.

6.- Que al ocurrir el deceso del fideicomitente-testador, y realizarse la testamentaria, existan todavía los bienes mencionados en el testamento-fideicomiso, si es que hubo un señalamiento especial, o si no, que el de cujus hubiese dejado bienes suficientes para cumplir no solo los fines previstos, si no, también, para poder ser afectados y entregados al fiduciario.

7.- Que la testamentaria culmine con la adjudicación de los bienes, que en este caso será la transmisión quede ellos, haga el albacea de la sucesión, en favor del fiduciario.

Como vemos, para que este fideicomiso tenga los efectos deseados por el fideicomitente-testador, se deben sortear una serie de obstáculos, así como cumplir con varios requisitos o condiciones, lo cual dificulta no solo su funcionamiento, sino que en ocasiones, impide que tenga vida y en consecuencia, efectos jurídicos.

Como podemos apreciar, depende en principio de la apertura y la tramitación de la sucesión, situación que en algunos casos, por no decir, que en la mayoría, no ocurre, o si se da, no es de inmediato.

El beneficio que reciben los fideicomisarios tiene su título jurídico en la muerte del autor como causa única, y éstos, son más bien herederos, que fideicomisarios, por las particularidades que tiene este negocio jurídico, pese a que con fundamento en la situación prevista en la ley, reciban este último nombre, por lo que, sería más propio decir, que estamos ante un testamento que contiene un fideicomiso, o sea en presencia de una modalidad que tiene aquel, y no una variante de éste último.

Lo anterior, en virtud de que sus efectos están condicionados entre otras cosas, a que se formalice el acuerdo de voluntades que para nosotros es imprescindible para que todo fideicomiso sea constituido.

Además, que en la mayoría de los casos, una vez que el fiduciario acepta intervenir en el fideicomiso, no reconoce la constitución del fideicomiso consignada en el testamento, ya que en la práctica, se celebra un nuevo fideicomiso, en base a las estipulaciones consignadas en aquél, en él que aparase como como fideicomitente, la sucesión del de cujus, y como fiduciario, la institución designada, o la que hubiere aceptado el encargo.

En efecto, el fideicomiso propiamente dicho, está sujeto a que el fideicomitente, que en este caso será el albacea de la sucesión del testador, acuda ante el fiduciario designado, u otro, y convenga con él en la celebración del fideicomiso, con la desventaja que en muchos casos, la "oferta o policitación" del fideicomitente, consignada previamente en el testamento, ya no está sujeta a nuevas contraofertas o contrapropuestas del fiduciario, sino que éste se encuentra ya limitado.

El albacea también está limitado, por lo que, si alguna de las estipulaciones consignadas por el testador-fideicomitente, es ya inoperante, deberá ser aceptada y no podrá ser modificada.

Vemos aquí que chocan dos principios, uno propio del testamento y otro del fideicomiso:

- El testamento es un acto unilateral y personalísimo, en el que no pueden concurrir a su celebración, personas diversas del testador y sus testigos, por lo que el fiduciario está impedido de conocer los términos y condiciones que aquel pactará.

- Por otro lado, el fideicomiso, como hemos podido apreciar, tiene una naturaleza eminentemente contractual, que es necesaria para poder cumplir con los fines que se pretenden satisfacer con dicha figura.

Esto ha propiciado que en la realidad cotidiana, se presenten situaciones que resultan imprácticas en muchos casos, puesto que los fideicomitentes-testadores, elaboran su fideicomiso-testamento, sin haber consultado previamente al fiduciario, lo cual, consideramos que es incorrecto, puesto que somos de la opinión, que mientras no se reforme la ley, es necesario que, éste conozca la intención de su contraparte, para poder apreciar, no solo su voluntad, sino también para poder brindarle asesoría y consejos.

Lo grave del asunto es que en muchos casos, este tipo de fideicomiso, es elaborado con la ayuda de un Notario Público, que en el ejercicio de las funciones y encargos que le han sido encomendados, y en base a sus conocimientos jurídicos, auxilia fideicomitente-testador, en la elaboración del fideicomiso.

estableciendo situaciones jurídicamente posibles, pero imprácticas desde el punto de vista operativo del fiduciario.

Y es así, que hemos visto fideicomisos que contienen entre otras las siguientes estipulaciones consignadas en sus fines:

1.- Que el fiduciario reciba como objeto del fideicomiso, obras de arte, joyas, automóviles, menaje de casa, etc., lo cual jurídicamente es posible, pero resulta impráctico y costoso a la vez, puesto que al no tener un lugar donde guardarlos, deberá celebrar un contrato de depósito o de almacenamiento, así como adquirir las pólizas de seguro respectivas.

2.- Que se establezcan cantidades fijas como entregas mensuales en favor de los fideicomisarios, sin prever que en el transcurso de los años, estas sean superadas por la inflación.

3.- Que se fijen plazos sumamente largos para la entrega de los bienes fideicomitidos a los fideicomisarios, sin pensar en que tal vez las situaciones que existían al momento de hacer el testamento, cambiarán con los años que transcurran hasta que ocurra el fallecimiento del fideicomitente-testador, así como para el momento de la entrega de los bienes fideicomitidos a los fideicomisarios.

4.- Que el fideicomitente-testador, al elaborar el fideicomiso-testamento, establezca una serie de fideicomisarios a quienes repartir el patrimonio fideicomitido, e inclusive, especifique, que bienes se entregarán a cada quien, sin que se haya realizado la afectación respectiva, es decir, que mientras no ocurra su deceso, puede enajenarlos a otra persona.

Pese a que estamos convencidos de los graves inconvenientes que presentan estos fideicomisos, y que en nuestra opinión no deben existir, pues como lo hemos repetido ya varias veces, el fideicomiso requiere del acuerdo de voluntades para poder constituirse, y tener los efectos que pretenden las partes, mientras no se reforme la ley, es necesario que se tome conciencia, de que por ser un acto que requerirá la intervención posterior de otra persona (el fiduciario), es necesario que toda persona interesada en establecer, consignar, crear o constituir un fideicomiso en su testamento, acuda previamente ante un fiduciario, para que éste lo asesore, a fin de evitar problemas o situaciones penosas para sus beneficiarios, u no se llegue al extremo que se tenga que declarar un juicio intestamentario, en caso de que los términos de testamento no sean válidos e imprácticos.

Y una vez que el fiduciario lo haya asesorado, acuda ante el Notario Público que desee, para la redacción del testamento respectivo, con lo cual cobra importancia esta figura y podrá tener efectiva operatividad y vigencia.

### c3) Alternativas.

Consideramos que las personas que requieran establecer un fideicomiso para que surta efectos al ocurrir su fallecimiento, tienen dos alternativas:

1.- La primera consiste en que el fideicomitente-testador, acuda ante una institución fiduciaria, en busca de asesoría, y que ésta, en base a sus necesidades, edad, condición familiar, la edad de sus beneficiarios, sus bienes, y otras variantes, elabore un proyecto que contendrá a la vez, las cláusulas del testamento y las del fideicomiso.

Hecho ésto, ambos convendrán, que al ocurrir el deceso del testador, este último intervendrá como fiduciario en el fideicomiso.

En dicho testamento, se establecerá además, que el albacea una vez que haya aceptado el cargo, y realizado el inventario y avalúo de los bienes objeto del fideicomiso, deberá celebrar con el fiduciario, un contrato de prestación de servicios profesionales (que para estos efectos, se denominará de servicios fiduciarios), en acatamiento de los términos pactados en el testamento, y que en virtud de los mismos, le transmitirá los bienes objeto del fideicomiso, conviniendo en dicho contrato, las condiciones que regirán la actuación del fiduciario, obviamente en base a lo establecido en el testamento.

El fideicomitente-testador, con base en la asesoría recibida, y el proyecto elaborado por el fiduciario, celebrará su testamento, optando por la forma que estime más conveniente, siendo preferible, el público abierto, por lo que en este caso, acudiré ante un Notario Público, para que éste redacte el instrumento respectivo.

Una vez elaborado el testamento, el fideicomitente-testador, entregará un ejemplar al fiduciario, para que éste tenga conocimiento de su existencia y contenido, si es el caso.

En caso de que el fideicomitente-testador, realice algún cambio posterior a las estipulaciones referentes al fideicomiso, deberá notificarlo al fiduciario.

Una vez que haya fallecido el fideicomitente-testador, y se hayan efectuado los trámites respectivos de la testamentaria, el albacea, notificará al fiduciario, del deceso ocurrido, proporcionándole la documentación e información respectiva, a efecto de que ambos celebren el contrato antes mencionado, y se transmitan los bienes al fiduciario.

De esta manera, existirá una mayor coherencia entre lo que se establece en el artículo 352 de la Ley General de Títulos y

## Operaciones de Crédito.

Al respecto es importante señalar la opinión de Eduardo Álvarez Morales, quien refiriéndose a la trascendencia del fiduciario en los fideicomisos testamentarios, afirma que éstos son "el producto de una evolución basada en años de experiencia; y quizá la mayor virtud de esta experiencia, es el hecho de que muchos negocios manejados a través de un fideicomiso han conseguido la finalidad principal, la protección de un patrimonio en beneficio de quienes temporal o permanentemente requieren del auxilio en su administración". (160)

Consideramos que el fideicomiso testamentario, es decir, el que se constituye en la forma antes mencionada, suple las deficiencias que hemos observado en la práctica.

Sin embargo, se debe tener presente que en virtud de que este tipo de fideicomiso, va a surtir efectos sólo después de la muerte de su autor, éste nunca podrá apreciar las ventajas o desventajas que en la práctica tendrá el fideicomiso que él establezca en su testamento.

2.- La segunda variante, consiste en que el fideicomitente, en vida constiuya el fideicomiso, celebrando con el fiduciario el contrato respectivo, en el que él será el fideicomisario principal, y sus familiares, los fideicomisarios sustitutos, se establecerán los términos y condiciones que regirán al fideicomiso, especificando las reglas operativas necesarias, derechos y obligaciones de las partes, y que dará establecido el fin del fideicomiso.

De esta manera, resulta práctico que si el fideicomitente observa que algo debe ser modificado por cualquier situación, convenga con el fiduciario la adecuación correspondiente.

Quando ocurra el fallecimiento del fideicomitente, se evitará el trámite que implica la testamentaria, ya que solamente bastará que se entregue al fiduciario una copia certificada del acta de defunción respectiva, para que éste otorgue a los fideicomisarios sustitutos, los beneficios que les correspondan en los términos del fideicomiso.

---

(160) ALVAREZ MORALES, Eduardo: El Fideicomiso en México y su Viabilidad en España. Banco de Bilbao y Banco Nacional de México, S.A., 1979, pag. 74

## **CAPITULO VI**

## EL FIDEICOMISO COMO CONTRATO.

En el capítulo anterior, después de haber visto las características y los efectos que producen varias figuras jurídicas, hemos mencionado, que solamente una de ellas, el contrato, puede, y debe ser considerado como el único instrumento o acto jurídico que es fuente del fideicomiso.

Para llegar a esa conclusión, vimos que el fideicomiso no puede ser constituido por una declaración unilateral de voluntad, o estipulación a favor de tercero, y que los fideicomisos testamentarios, en muchos casos, nunca producen los efectos que pretendía el fideicomitente-testador, y que en otros, para que las tengan, prácticamente deben pasar por todo el procedimiento sucesorio, y que además, en la práctica, requieren para su operatividad, de la celebración de un nuevo contrato (de fideicomiso), entre el albacea de la sucesión del de cujus y la institución fiduciaria que acepte desempeñar el cargo.

Asimismo, dejamos establecido, que lo dispuesto en el artículo 352 de la Ley General de Títulos y Operaciones de Crédito, referente a que el fideicomiso puede ser constituido por acto entre vivos y por testamento, obedece, más a una copia de la forma en que el express trust se crea, en los regímenes jurídicos inglés y norteamericano, que data desde los primeros trabajos de interpretación de dicha institución jurídica, elaborados por Ricardo J. Alfaro, que a una verdadera idea de lo que el legislador mexicano pretendía con la regulación del fideicomiso.

En este capítulo, refiriéndonos ya al fideicomiso como un contrato, lo analizaremos como tal, partiendo en principio del estudio de este último, y de sus características, para, posteriormente, comparar ambas figuras, y con base en opiniones derivadas de la doctrina, el texto de la ley, y situaciones que emanan de ella en la práctica, concluir nuestra afirmación, consistente en que el negocio que nos ocupa, es siempre el resultado de un acuerdo de voluntades que crea o transfiere derechos y obligaciones entre las partes, y que como tal, debe reconocerse expresamente en la Ley General de Títulos y Operaciones de Crédito, como ya en la actualidad, lo está en la Ley de Instituciones de Crédito.



## 1. CONSIDERACIONES GENERALES RESPECTO AL CONTRATO.

El Código Civil para el Distrito Federal, considera al convenio como la fuente principal creadora de obligaciones, "la más importante de todas, y la da, como eje y modelo de los principios jurídicos generales, aplicables por extensión, a todos los demás actos jurídicos regulados, o no, en él". (161)

Conforme a lo establecido en su artículo 1792, el convenio (latu sensu), es "el acuerdo de dos o más personas para crear, transferir, modificar o extinguir obligaciones".

En opinión de Ernesto Gutiérrez y González, además de las cuatro funciones antes enunciadas del convenio, es decir, crear, transferir, modificar o extinguir, esta figura, también realiza una más: el conservar derechos y obligaciones, "en efecto, a través del convenio se puede pactar la conservación de derechos y obligaciones, y esa conducta no se puede asimilar a ninguna de las otras cuatro establecidas". (162)

Para nuestra legislación común, el término convenio tiene dos acepciones:

- Una amplia o "latu sensu", que es la que se contiene en el artículo antes mencionado.

- Una restringida, que equivale a la interpretación de lo que establece el artículo 1793 del mismo ordenamiento, que señala "los convenios que producen o transfieren las obligaciones y derechos toman el nombre de contratos."

Por lo que resulta, que además, el convenio en sentido estricto o stricto sensu, es el acuerdo de dos o más personas para modificar o extinguir obligaciones.

De lo antes expuesto, podemos considerar que el medio más amplio para la creación voluntaria de derechos de crédito o derechos personales, es el contrato, y que siempre que se den sus elementos, se producirán los efectos deseados por las partes, con independencia de que el acto en particular que ellas celebren, este regulado por el Código Civil, o por otras leyes.

Esta consideración se basa en lo dispuesto en los artículos 1858 y 1859 de este ordenamiento, los que respectivamente establecen que "los contratos que no esten especialmente reglamentados en este código, se regirán por las reglas generales de los contratos; por las estipulaciones de las partes y, en lo que fueren omisas, por las disposiciones del contrato con el que tengan más analogía, de los reglamentados en este ordenamiento",

-----  
(161) GUTIERREZ Y GONZALEZ, Ernesto: Op. cit. pag. 181

(162) GUTIERREZ Y GONZALEZ, Ernesto: Op. cit. pag. 182

y "las disposiciones legales sobre contratos serán aplicables a todos los convenios y a otros actos jurídicos, en lo que no se opongan a la naturaleza de éstos o a disposiciones especiales de la ley sobre los mismos".

#### A. Clases de contratos.

De conformidad con lo establecido en el Código Civil, podemos encontrar que existen varias clasificaciones de los contratos, por lo que a continuación, ofrecemos, algunas de ellas:

##### a) Contrato nominado y contrato innominado.

- El nominado, es el que está regulado por el Código y otras leyes.

- El innominado es, el que teniendo o no, una denominación especial, carece de una reglamentación particular y específica.

##### b) Contrato típico y contrato atípico.

- Es típico el que aparece regulado por el Código o en otras leyes, y es coincidente en su esencia, con el nominado.

- El atípico es el que tiene o no, una denominación especial, y carece de reglamentación particular y específica; coincide con los innominados en su esencia.

##### c) Contrato unilateral y contrato bilateral.

- El unilateral es aquel, en el que solamente se obliga una de sus partes, sin que la otra asuma obligación alguna, pero se requiere la voluntad de ambas para su perfeccionamiento; difiere del acto unilateral, en que en éste, no se requiere la concurrencia de otra voluntad para producir consecuencias jurídicas.

- El contrato bilateral o sinalagmático, es el que hace derechos y obligaciones recíprocos para las partes que en él intervienen.

##### d) Contrato oneroso y contrato gratuito.

- En el oneroso, se estipulan provechos y gravámenes recíprocos entre las partes; se subdivide en conmutativo y aleatorio.

- El contrato oneroso conmutativo, es aquel en el que las

prestaciones entre las partes, son ciertas y conocidas desde que se celebra el contrato, es decir, ellas conocen desde ese momento, los beneficios o pérdidas que se causarán.

- Por su parte, el oneroso aleatorio, es aquel que tiene una prestación que depende de un acontecimiento incierto que hace que no sea posible la evaluación de la ganancia o pérdida, sino hasta que ese acontecimiento se realice.

- En el gratuito, el provecho es solamente para una de las partes.

f) Contrato real. y contrato consensual.

- En el contrato real, para su perfeccionamiento, se requiere de la entrega de la cosa, en tal forma que, mientras ésta, no sea recibida, el contrato no puede surtir efectos.

- El contrato consensual *latu sensu*, es el que se perfecciona por el solo acuerdo de las voluntades sobre un objeto cierto, sin la necesidad de que se efectúe la entrega de ese bien; este tipo de contrato se subdivide en tres clases, consensual *stricto sensu*, formal y solemne.

- El consensual, es el que se perfecciona por el solo acuerdo de las partes, sin que su voluntad revista forma alguna prevista por la ley.

- El formal, es aquel, en el que la ley exige que la voluntad de las partes se externé bajo cierta forma que ella dispone. Si la forma no se cumple, el acto existirá pero no producirá en plenitud sus efectos jurídicos, en especial frente a terceras personas.

- El solemne, es aquel en el que la ley exige como elemento de existencia, que la voluntad de las partes se externé con la forma prevista por ella, por lo que, si la forma no se cumple, el acto será inexistente.

h) Contrato principal y contrato accesorio.

- El principal, es el que para su validez y cumplimiento no requiere de un acto adjunto que lo complementa o lo refuerce, y que si éste existe, no lo altera.

- El contrato accesorio, es el que tiene vida y existe en razón de otro, y sirve para dar fuerza o garantizar el cumplimiento de un derecho de crédito o de una obligación derivada de un acto o contrato principal.

i) Contrato instantáneo, contrato de efecto sucesivo y contrato de prestaciones diferidas.

- El contrato instantáneo, o de tracto instantáneo, es el que se perfecciona y ejecuta en un momento.

- El contrato de efecto o tracto sucesivo, es aquel en el que una vez perfeccionado el acto, el contrato, no concluye, puesto que las partes se siguen haciendo prestaciones continuas o periódicas.

- Finalmente, el contrato de prestaciones diferidas, o de tracto doble, es el que se perfecciona en un momento, y se ejecuta o extingue en otro; no es instantáneo, porque no se perfecciona y agota en un solo momento; tampoco es de tracto sucesivo, porque no se agota en prestaciones periódicas, sino que se cumple en dos momentos diversos.

j) Por otro lado, podemos encontrar que existen contratos civiles, contratos mercantiles, contratos laborales, etc.

- Como su nombre lo indica, los primeros son los que se encuentran reglamentados por las distintas estipulaciones del Código Civil.

- Los segundos, son los reconocidos de las diversas leyes mercantiles, es decir, el Código de Comercio, la Ley General de Títulos y Operaciones de Crédito, Ley Sobre el Contrato de Seguro, etc.

- Los laborales, son los que derivan de las leyes laborales, y tienen por objeto regular las condiciones de trabajo de una persona o de un grupo de ellas.

a) Ubicación del Fideicomiso como Contrato, en Función de las Clases de Contratos.

Atendiendo a las clasificaciones anteriores, y toda vez que hemos identificado el fideicomiso como un acuerdo de voluntades, en virtud de que los efectos que se pretenden conseguir, no pueden alcanzarse a través de otra figura jurídica, podemos continuar nuestra apreciación de éste, diciendo que, es un contrato:

- Nominado, porque este negocio encuentra su regulación en diversas leyes, como son la Ley General de Títulos y Operaciones de Crédito, la Ley de Instituciones de Crédito, Ley Para Promover la Inversión Mexicana y Regular la Inversión Extranjera, etc., así como en circulares del Banco de México.

- Típico, porque en la actualidad existe una gran variedad de disposiciones legales que los contemplan, con independencia de la Ley General de Títulos y Operaciones de Crédito, que lo regula.

- Bilateral, porque en algunos casos, para que se den los efectos que pretenden las partes, se requiere por lo menos, del consentimiento del fideicomitente y del fiduciario.

Y, también puede ser plurilateral, cuando el fin del fideicomiso, implique que además se requiere de la conformidad del fideicomisario.

- Oneroso, porque por un lado, el fiduciario está facultado tanto por la Ley General de Títulos y Operaciones de Crédito, como por la Ley de Instituciones de Crédito, para cobrar comisiones u honorarios por su intervención en los fideicomisos; y por otro, porque el ciertos tipos de fideicomiso, el fideicomisario, está obligado a pagar al fideicomitente, una contraprestación por la constitución del fideicomiso, la afectación de los bienes o derechos, y la designación hecha en su favor.

- Real, porque requiere forzadamente de la entrega de la propiedad de los bienes, o de la transmisión de la titularidad de los derechos fideicomitados que se afectarán al fin que se pretende conseguir.

- Principal, cuando el fideicomiso no requiere de otro acto jurídico diferente para tener la vida y efectos jurídicos que pretenden las partes.

También podrá ser un contrato accesorio, en el caso de que atendiendo a las características del fideicomiso de que se trate, sea consecuencia de un convenio previo entre las partes.

- Instantáneo, cuando el fideicomitente constituye el fideicomiso, designa al fideicomisario, y se desliga del negocio, que surte todos sus efectos desde el momento en que se ha constituido.

O, también podrá ser de efecto sucesivo, en el caso de que se establezcan prestaciones periódicas o sucesivas a cargo de fideicomitente y fideicomisario.

O, en su caso, podrá ser de tracto doble, cuando las partes, en una variante del supuesto anterior, establezcan modalidades tales como extinciones parciales del fideicomiso.

- Mercantil, porque al estar regulado en la Ley General de Títulos y Operaciones de Crédito, es considerado como una operación mercantil.

## B. Elementos Existencia del Contrato.

El contrato, es decir, el acuerdo de dos o más voluntades, que produce o transfiere derechos y obligaciones, como acto jurídico que es, tiene una serie de elementos de existencia o estructurales, es decir de esencia, para que, esté en aptitud de surtir con toda plenitud, sus efectos jurídicos.

Estos elementos básicamente, son dos: el acuerdo de voluntades o consentimiento y el objeto; en ocasiones podemos agregar otro más, que es la solemnidad, que se requiere en determinados contratos, para que estos puedan existir.

Vemos así, que los contratos y en general, cualquier negocio jurídico, requieren de esos elementos para su completa estructuración, de tal forma, que el conjunto de éstos, integran a aquellos, por lo que, para poder existir, necesitan de la manifestación de una o varias voluntades, y que éstas se refieran a un objeto determinado; además, existen algunos negocios jurídicos, en los que, al celebrarse, es requisito indispensable para su configuración, la observancia de ciertas formalidades específicas.

Cabe agregar respecto a los elementos esenciales del contrato, que también se les conoce como elementos de "existencia", de "definición", "constitutivos" o "fundamentales".

Sin embargo, independientemente del cual sea su denominación correcta, lo cierto es que la manifestación de voluntad y el objeto, son elementos esenciales materiales o de fondo, mientras que la solemnidad, es esencial formal o de forma.

Estos elementos esenciales en la formación de un contrato, deben reunirse a su vez, determinados requisitos, conforme a lo que veremos a continuación.

### a) El Consentimiento.

"Para que tenga lugar una plena manifestación de voluntad, el proceso volitivo habido en el fuero interno del sujeto debe preceder a una declaración exterior coincidente con aquél.

"Este momento exterior, es el sello objetivo por el que la voluntad puede ser tomada en consideración por el ordenamiento jurídico, el momento interior se considera como base y apoyo del externo.

"En esas condiciones, una voluntad que se mantiene en el fuero interno del sujeto, carece de relevancia jurídica, en tanto que una declaración desvinculada o, cuando menos, incongruente con el querer psicológico, significa una manifestación de voluntad imperfecta, o, inclusive, la negación misma de la manifestación de voluntad". (163)

Refiriéndose al consentimiento como elemento de existencia del contrato, Gutiérrez y González señala que "es el acuerdo de dos o más voluntades sobre la producción o transmisión de obligaciones y derechos, y es necesario que esas voluntades tengan una manifestación exterior, o en una forma más amplia, que sirve para el contrato y el convenio, es el acuerdo de dos o más voluntades tendientes a la producción de efectos de derecho, siendo necesario que esas voluntades tengan una manifestación exterior". (164)

Por su parte Rafaél de Pina, señala que "consentimiento es el acuerdo entre dos o más voluntades acerca de la producción o transformación de derechos y voluntades". (165)

Vemos de la anterior definición, que el consentimiento es en sí, un elemento compuesto, ya que implica una dualidad de voluntades, que al unirse lo generan; es decir que consiste en dos declaraciones unilaterales de voluntad, que por sí solas, no son más que eso, pero que al unirse, se traducen en el nacimiento de uno de los elementos de existencia de todo contrato.

Estas dos voluntades reciben los nombres de, propuesta, oferta, o policitud, por un lado, y aceptación, por el otro, y tanto, una como la otra, al ser declaraciones unilaterales de voluntad producen efectos jurídicos autónomos, independientemente de los que producirán en común, como integrantes del consentimiento, si es que éste llega a integrarse.

#### a) Propuesta, Oferta o Policitud.

La propuesta, oferta o policitud, "es una declaración unilateral de voluntad, recepticia, expresa o tácita, hecha por persona presente o no presente, determinada o indeterminada, con la expresión de los elementos esenciales de un contrato cuya celebración pretende el autor de esa voluntad, seria y hecha con ánimo de cumplir en su oportunidad". (166)

(163) DOMINGUEZ MARTINEZ, Jorge: Op. cit. pags 39 y 40

(164) GUTIERREZ Y GONZALEZ, Ernesto: Op. cit. pags. 207 y 208

(165) DE PINA VARA, Rafaél: Op. cit. pag. 169

(166) GUTIERREZ Y GONZALEZ, Ernesto: Op. cit. pag. 209

Como podemos apreciar, la policitud u oferta, es en si, una propuesta que hace una de las partes involucradas en la celebración de un contrato, ya sea a otra persona que se encuentre determinada de antemano, o que este por determinar.

#### a2) Aceptación.

Para que en un contrato, se de el consentimiento, no basta la policitud, de una de las partes, sino que es necesario, que exista la manifestación de voluntad de la otra, que se traduzca en su aceptación de dicha oferta.

Refiriendose a la aceptación, Gutiérrez y González, nos da dos definiciones, que en nada se contradicen entre si, y que se complementan; conforme a la primera, consiste en "una declaración unilateral de voluntad, mediante la cual se expresa la adhesión a la propuesta, policitud u oferta." (167)

Y en una forma más completa, nos ofrece la segunda definición, al decir que es "una declaración unilateral de voluntad, expresa o tácita, hecha a persona determinada, presente o no presente, seria, lisa y llana, mediante la cual se expresa la adhesión a la propuesta, y se reduce a un si." (168)

#### a3) Perfeccionamiento del Consentimiento.

Pero es importante destacar, que tanto la policitud, como la aceptación, por si solas, deben verse como actos jurídicos autónomos, con efectos limitados y transitorios, hasta el momento en que se da el consentimiento, y se perfecciona el contrato, en el que cesa su vida autónoma.

O sea, que una vez que se hace una policitud, y la recibo una aceptación, se integra el consentimiento, y además, si ya hay el otro elemento de existencia, es decir, el objeto, se perfecciona el contrato.

El consentimiento no se perfecciona siempre en la misma forma y al mismo tiempo, en efecto, encontramos cuatro diferentes

(167) GUTIERREZ Y GONZALEZ, Ernesto: Op. cit. pag. 214

(168) GUTIERREZ Y GONZALEZ, Ernesto: Op. cit. ibidem



casos, en función a que la policitación se haga entre personas presentes o no presentes, y confiriendo o no, un plazo.

1.- Perfeccionamiento del consentimiento entre personas presentes, sin que exista plazo: en este caso, que es el más usual, una parte externa una policitación. que si es aceptada de inmediato por la otra, se integra el consentimiento: si no llegan a un acuerdo, el proponente queda liberado de su oferta.

2.- Perfeccionamiento del consentimiento entre personas presentes, fijándose un plazo: si se encuentran presentes el proponente, y el presunto aceptante, el consentimiento se puede perfeccionar desde el momento en que se realice la oferta, hasta que venza el plazo fijado.

3.- Perfeccionamiento del consentimiento entre personas no presentes, sin fijación de plazo, que es el que establece el Código al señalar que, en caso de que el proponente envíe su propuesta al destinatario no presente, sin fijarse plazo para que éste acepte, el primero queda ligado a sostener su propuesta por un tiempo igual al que tarde en ir y venir la contestación por correo, más un plazo de tres días.

Encontramos que conforme a nuestra legislación tenemos dos variantes:

En el artículo 1807 del Código civil se establece que el consentimiento se perfecciona en el momento en que el proponente recibe la aceptación, estando ligado por la oferta.

Es decir, en este ordenamiento, se optó por el sistema de "declaración", que establece que el consentimiento entre personas no presentes, se perfecciona hasta el momento en que el destinatario de la propuesta, manifiesta o declara su aceptación a la misma.

Por su parte el artículo 80 del Código de Comercio, establece que "los contratos mercantiles que se celebren por correspondencia, quedarán perfeccionados desde que se conteste, aceptando la propuesta o las condiciones en que ésta fuere modificada."

O sea, que aquí se optó por el sistema de la expedición, que considera que el consentimiento entre personas no presentes, se perfecciona cuando el destinatario de la propuesta, se entera de ella, declara su aceptación, la manifiesta o expide, y en este último caso, sale de su control; en una manera análoga, se ha pretendido contemplar este sistema en los fideicomisos creados sin la comparecencia del fiduciario, pero, como ya lo hemos manifestado, esto es incorrecto.

Aunque no están reconocidos expresamente por nuestra legislación, podemos mencionar que existen otros dos sistemas para el perfeccionamiento del consentimiento:

- El sistema de la recepción, que establece que el consentimiento entre personas no presentes, se perfecciona hasta el momento en que la aceptación llega al oferente y la recibe.

- El sistema de la información, que sostiene que el consentimiento entre personas no presentes, se perfecciona en el momento en que el oferente se entera o informa de la aceptación que de su propuesta hizo el destinatario de la misma; como podemos ver, este sistema es el más completo y seguro, pues no deja lugar a dudas respecto a la intención de ambas partes.

4.- Perfeccionamiento del consentimiento entre personas no presentes. con fijación de plazo, conforme a este supuesto, la persona que realiza una oferta, por un plazo, está ligada a ella hasta la expiración del mismo.

Una vez que el fideicomiso ha tomado carta de naturalización en nuestro sistema jurídico, y que conforme a la propia Ley de Instituciones de Crédito, los usos y prácticas bancarias, es siempre un contrato, consideramos plenamente superada la etapa primaria por la que pasó esta figura, en la que los tratadistas mexicanos emitían sus puntos de vista, y éstos eran contradictorias entre sí, debido en parte al desconocimiento y a la poca experiencia que había en torno a esta figura, y a la extraordinaria flexibilidad que desde su inicio presentó, así como a las múltiples formas que puede adoptar en nuestro derecho.

Por lo que se refiere al fideicomiso, pese a que no existe una disposición expresa respecto a la manera en que se perfecciona el consentimiento, podemos concluir, en base, tanto a lo establecido en la ley, como a nuestra observación de la práctica diaria, que en aquellos casos en los cuales existe una peticitación o declaración del fideicomitente, se dará una vez que el fiduciario manifieste su aceptación con la misma; y cabe destacar, que en la mayoría de los casos, se da después de que las partes han pasado por toda una etapa de negociaciones, en la que ha habido varias propuestas y contrapropuestas.

Hemos visto que precisamente, como consecuencia de la obscuridad de la ley, uno de los aspectos más discutidos por la doctrina que estudia el fideicomiso, es el relativo a determinar si se trata de un negocio jurídico unilateral por quedar constituido por la simple manifestación de voluntad del fideicomitente, o bien, si por el contrario, es un contrato, al requerir su constitución la presencia de dos manifestaciones volitivas por lo menos, pero ya ha quedado perfectamente precisada nuestra opinión, en base a lo establecido en la Ley de Instituciones de Crédito, y en principios que derivan de la Ley General de Títulos y Operaciones de Crédito, el fideicomiso, es consecuencia del acuerdo de voluntades del fideicomitente y del fiduciario, y en ocasiones, también del fideicomisario.

Consideramos que el hecho de que la Ley General de Títulos y Operaciones de Crédito, en el párrafo segundo del artículo 350, disponga que el fideicomitente puede constituir o afectar bienes

en fideicomiso, sin requerirse la presencia o cooperación de un fiduciario, obedeciendo más que nada a la intención de tener una figura similar en todas sus características al express trust, que a un razonamiento jurídico perfectamente estructurado, puesto que en la realidad, lo único que hace el fideicomitente, al "constituir un fideicomiso", mediante una figura distinta al contrato, es exteriorizar su voluntad.

En efecto, la naturaleza del fideicomiso, por los efectos que se pretenden alcanzar, impide que esta figura se eleje de la esencia de los contratos, y ser por ende ante un negocio bilateral.

Y es más, pudieramos considerar además, que al realizar dicha manifestación, con la aceptación posterior del fiduciario, que deberá ser expresa, implicará que a la postre, se está frente a un contrato, y que en ese momento, o sea al exteriorizar el fideicomitente su voluntad, exista una indeterminación respecto a una de sus partes.

Para que el fideicomitente realice la afectación de determinados bienes, y su transmisión al fiduciario, es indispensable, la firma del contrato respectivo, con la comparecencia de este último, quien, como lo hemos visto en la práctica, no está obligado a aceptar el cargo, sino que su aceptación siempre es facultativa, en efecto, aún en el caso de los fideicomisos públicos, la aceptación del fiduciario, obedece, no a una obligatoriedad derivada de la ley, sino a razones de orden público; y en el caso de que fuese obligatoria, como lo pretende la propia ley, tampoco desvirtuaría el carácter contractual de esta figura.

Además, según afirmación de Batiza, el legislador mismo, en realidad, reconoció indirectamente la naturaleza contractual del fideicomiso, pues en diversas partes de la exposición de motivos de la Ley General de Títulos y Operaciones de Crédito, se hace referencia a los términos "formas contractuales" y "contratación" (169)

Refiriéndose a la naturaleza contractual del fideicomiso, Lizardi Albarran, por su parte, afirma que "no podría aducirse en contra, que el artículo 347 y el segundo párrafo del 350 reconocen validez al fideicomiso que se constituya sin designar fideicomisario, ni institución fiduciaria, pues el mismo artículo 350 en su parte final dice que si no fuere posible la sustitución de la institución fiduciaria, por falta de aceptación, renuncia o remoción, 'el fideicomiso cesará', debiendo expresar que la falta de aceptación daría lugar a la inexistencia y la renuncia o remoción a la resolución. Aun en el caso del fideicomiso constituido por testamento, si bien no tiene exactamente la configuración de un contrato, es indispensable la concurrencia de voluntades entre el testador y la institución fiduciaria, pues de

-----  
(169) BATIZA, Rodolfo: Op. cit. pag. 137

lo contrario no es posible su existencia". (170)

Este carácter contractual que tiene el fideicomiso, en ocasiones es solo entre el fideicomitente y la institución fiduciaria, con efectos exclusivos entre ellos, cuando el primero es al mismo tiempo beneficiario, lo que ocurre frecuentemente tratándose del clásico fideicomiso de inversión; y en ocasiones, es extensivo, también al fideicomisario, pudiéndose citar como ejemplo el fideicomiso de garantía, en el cual intervienen contractualmente y en forma simultánea, el fideicomitente, el fideicomisario y la institución fiduciaria.

#### b) El Objeto.

Como afirmamos anteriormente, la manifestación de voluntad, o el consentimiento en su caso, primer elemento esencial del contrato, presupone necesariamente un objeto.

Desde un punto de vista contractual, el objeto, tiene tres significados:

1.- El objeto o cosa material que una persona debe entregar en los términos del contrato.

2.- El objeto directo del contrato, que es el crear y el transmitir derechos y obligaciones, según lo que se establece en el artículo 1793 del Código Civil.

Este tipo de objeto, consiste precisamente, en el nacimiento de las consecuencias jurídicas que pretenden las partes, o sea, la creación o transmisión de derechos y obligaciones o situaciones jurídicas.

3.- El objeto indirecto, es la conducta humana que debe cumplir el deudor u obligado; este tipo de objeto es el que se contiene en el artículo 1824 del citado ordenamiento, en el que se establece que "son objeto de los contratos:

"I.- La cosa que el obligado debe dar.

II.- El Hecho que el obligado debe hacer o no hacer."

Como podemos apreciar, este artículo regula tres supuestos del objeto indirecto de los contratos:

1.- La cosa que el obligado debe dar, o prestar, es decir una prestación de cosas.

(170) LIZARDI ALBARRAN, Manuel: Op. cit. pag. 130

2.- El hecho que el obligado debe hacer o prestar, o sea lo que la ley, contempla como prestación de hechos.

3.- El hecho que el obligado debe o no hacer, o sea la conducta negativa que debe observar, es decir, la abstención que debe observar.

El objeto indirecto del contrato, está representado, tanto por el directo de la obligación, es decir, la presentación a cargo del obligado, que puede ser positiva, de dar o hacer, o negativa, esto es, una abstención, como por el objeto también indirecto de la propia obligación, el cual toma el mismo carácter en relación con el negocio. Es la cosa, el hecho o la abstención en sí mismos, relacionados con la conducta del deudor.

A continuación nos referiremos brevemente a los tres supuestos del objeto indirecto de los contratos: la prestación de cosas, la prestación de hechos y la abstención de hechos.

#### b) Objeto: Prestación de Cosas.

Cuando el contrato crea una conducta que tiene por objeto que una de las partes de una cosa, esa prestación puede revestir varios supuestos, de conformidad con lo establecido en el artículo 2011 del Código Civil, que señala: "la prestación de cosa puede consistir:

I.- En la traslación de dominio de cosa cierta.

II.- En la enajenación temporal del uso de cosa cierta.

III.- En la restitución de cosa ajena o pago de cosa debida."

La cosa, en su carácter de objeto indirecto, será físicamente posible si existe en la naturaleza, y su posibilidad jurídica está condicionada a que sea determinada o determinable en cuanto a su especie, y a que se encuentre en el comercio, por su parte, el hecho o la abstención, deberán ser físicamente posibles como objeto indirecto del negocio, lo cual se traduce en que no se oponga a ellos alguna ley de la naturaleza, que represente un obstáculo imposible de salvar para su realización.

Es decir, la cosa para que pueda ser objeto de los contratos debe reunir tres requisitos:

- Existir en la naturaleza, o ser susceptible de llegar a existir.

- Ser determinada o determinable en cuanto a su especie.

- Estar en el comercio, ya sea por su naturaleza o por disposición de la ley; respecto a esta característica, podemos afirmar que todas las cosas pueden ser objeto de un contrato, con excepción de las que por su naturaleza no pueden ser poseídas por un individuo (el mar, el aire, etc.), y las que la ley declara irreductibles a la propiedad particular (los bienes de dominio público, o de uso común).

#### b2) Objeto: Prestación de Hechos.

El objeto de la obligación puede revestir la forma de una prestación de hechos que en todo caso deberán ser posibles y lícitos.

Un hecho es posible cuando va de acuerdo con las leyes de la naturaleza y las normas jurídicas.

La posibilidad jurídica del objeto directo implica que los efectos nacidos a consecuencia de una o varias declaraciones de voluntad, sean reconocidos por el derecho, al no existir una norma jurídica que sea un obstáculo insalvable.

#### b3) Objeto: Abstención de Hechos.

El objeto de la obligación puede revestir la forma de una abstención de realizar un hecho, y al igual que los anteriores, siempre deberá ser posible y lícita, es decir debe ir de acuerdo con las leyes de la naturaleza y las reglas jurídicas.

#### b4) Generalidades sobre el Objeto en Relación al Fideicomiso.

Ahora bien, tratése de objeto directo o indirecto del negocio jurídico, lo cierto es que ambos deben tener ciertas

características; el primero habrá de ser jurídicamente posible, y en el segundo dicha posibilidad no se limita a ser jurídica, sino también deberá ser física.

El objeto del contrato de fideicomiso puede consistir en toda clase de bienes y derechos, según lo indica el artículo 351 de la ley; consecuentemente, es factible que ese carácter lo tenga cualquier derecho, sea real o de crédito, bienes corpóreos muebles o inmuebles, títulos de crédito, etc., los cuales, en su caso, deberán, según lo apuntamos, existir en la naturaleza para satisfacer el requisito de su posibilidad jurídica y estar en el comercio, así como ser determinados o determinables en cuanto a su especie, para ser jurídicamente posibles.

Además los derechos y obligaciones que integran el objeto del contrato de fideicomiso, se encuentran distribuidos entre los tres "status" que corresponden a los diversos elementos personales de la figura.

El Proyecto Alfaro disponía en su artículo 2o., que el fideicomiso podía constituirse sobre toda clase de bienes, muebles o inmuebles, corpóreos o incorpóreos, presentes o futuros. Comentando este artículo, señala Batiza que "se aparta del antiguo concepto según el cual sólo los bienes herenciales eran materia del fideicomiso y pudiendo éste constituirse sobre toda clase de bienes, puede ser igualmente fideicomatida (sic) una casa, un terreno, los muebles y existencias que componen una tienda, un capital, y cualquiera derecho o acción, real o persona". (171)

Siguiendo la idea del Proyecto Vera Estañol, las leyes de 1926 establecían que "pueden ser objeto del fideicomiso bienes inmuebles y derechos reales, así como cualquiera clase de valores, créditos, títulos, dinero efectivo, bienes muebles en general, y cualquier derecho, excepto los que conforme a la ley no pueden ser ejercidos sino directa e individualmente por la persona a quien pertenecen." (172)

El artículo 351 de la Ley General de Títulos y Operaciones de Crédito, en su párrafo primero, es resultado de combinar la generalidad del artículo 2o. del Proyecto Alfaro y la salvedad del Proyecto Vera Estañol, reproducida en las leyes bancarias de 1926, con la diferencia de emplear la terminología de Lepaulle, al decir que "pueden ser objeto de fideicomiso toda clase de bienes y derechos, salvo aquellos que, conforme a la ley, sean estrictamente personales de su titular".

Es importante distinguir entre objeto del fideicomiso, y fin del fideicomiso, términos que con frecuencia se emplean como sinónimos, sin serlo, puesto que en el negocio que nos ocupa, el objeto consiste en la cosa, así como en los derechos y obligaciones que derivan de él, conforme a lo hemos visto, en

(171) BATIZA, Rodolfo: Op. cit. pag. 175

(172) BATIZA, Rodolfo: Op. cit. pag. 176

tanto que el fin es el resultado que se persigue con su constitución, y que conforme a la ley, debe ser lícito y determinado.

c) Solemnidad.

Los contratos en general solamente requieren de dos elementos de existencia, el consentimiento y el objeto, sin embargo, excepcionalmente, la ley establece un requisito adicional: la solemnidad.

Gutiérrez y González define a la solemnidad como "el conjunto de elementos de carácter exterior, sensibles, que rodean o cubren la voluntad de los que contratan, y que la ley exige para la existencia del acto.

"El efecto de esta forma, es darle existencia al acto jurídico, y así por el contrato, ante su falta, por ministerio de ley, la voluntad de los que desean contratar no produce los efectos deseados y el acto no existe." (173)

Como ejemplo de un contrato solemne, encontramos el matrimonio, que no será válido si no se celebra en la forma y con la solemnidad que la ley exige.

C. Requisitos de Validez del Contrato.

Para que un contrato surta todos los efectos que pretenden las partes, no basta con que reúna los elementos de existencia, es decir el consentimiento y el objeto, y en su caso la solemnidad, sino que se requiere además, que satisfaga los requisitos de validez.

De la interpretación del artículo 1795 del Código Civil, podemos encontrar que son requisitos de validez de los contratos:

- La capacidad de las partes.
- Voluntad o voluntades libres de vicios.
- Objeto, motivo o fin lícito.

(173) GUTIERREZ Y GONZALEZ, Ernesto: Op. cit. pag. 241



- Cumplir con la forma que establece la ley, o sea que el consentimiento se extorne de la manera que ésta disponga.

a) Capacidad de las Partes.

La capacidad es la aptitud jurídica para ser sujeto de derechos y obligaciones, y hacerlos valer, de lo que resulta que existen dos tipos de capacidad:

1.- De goce, que es la aptitud jurídica para ser sujeto de derechos y deberes.

Nuestro sistema jurídico, otorga esta capacidad, a todas las personas físicas o morales, inclusive la hace extensiva a las personas físicas que estén concebidas, y por tanton no nacidas.

Establece el Código Civil que todas las personas, que no estén exceptuadas por la ley, son hábiles para contratar, por lo que podemos encontrar que esta capacidad se ve restringida en función de limitantes y prohibiciones que se contengan en diversos ordenamientos legales.

En nuestro sistema jurídico, existen varios casos de incapacidad de goce, que se encuentran contenidos en diversas disposiciones, como las establecidas en el artículo 27 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, que a continuación detallamos:

a) Las corporaciones religiosas tienen prohibido el adquirir poseer o administrar bienes raíces, ni capitales raíces, ni capitales impuestos sobre ellos, lo cual, deriva de lo establecido en su fracción II; esta incapacidad se complementa con lo señalado en el párrafo XV, segunda parte del 130 de nuestra Carta Magna, que dispone que los ministros de los cultos tienen incapacidad legal para ser herederos por testamento, de los ministros del mismo culto, o de un particular con quien no tengan parentesco dentro del cuarto grado.

b) Las instituciones de beneficencia, no pueden adquirir más bienes raíces, que los indispensables para su objeto, inmediata o directamente destinados a él, conforme a lo establecido en su fracción III.

c) Las sociedades comerciales por acciones, no pueden adquirir, poseer o administrar fincas rústicas, de acuerdo con su fracción IV.

d) Los extranjeros tienen prohibido el adquirir tierras y aguas, o el obtener concesiones de explotación de minas o aguas,

que sean propiedad de la nación, según lo establecido en la fracción I, que se complementa con lo señalado en la Ley para Promover la Inversión Mexicana y Regular la Inversión Extranjera, así como en el reglamento respectivo.

Existe otro caso de incapacidad de goce, pero no previsto en la Constitución Política, en el artículo 1680 del Código Civil, que establece que no podrán ser albaceas, las personas que hayan sido condenados por delitos contra la propiedad.

2.- Por su parte, la capacidad de ejercicio, es la aptitud jurídica de ejercitar o hacer valer los derechos que se tengan y asumir deberes jurídicos.

Encontramos que el artículo 450 del Código Civil, establece que "tienen incapacidad natural y legal:

"I.- Los menores de edad.

"II.- Los mayores de edad privados de inteligencia por locura, idiotismo o imbecilidad, aún cuando tengan intervalos lúcidos.

"III.- Los sordomudos que no saben leer ni escribir.

"IV.- Los ebrios consuetudinarios, los que habitualmente hacen uso de drogas enervantes".

En materia de contratos, la incapacidad de las partes o de una de ellas, produce la nulidad del acto, conforme a lo establecido en el artículo 1795, fracción I, del Código Civil, el contrato puede ser invalidado por falta de capacidad, lo cual se confirma con lo señalado en el 2228 del mismo ordenamiento.

Al igual que en todo tipo de contratos, en el fideicomiso, son aplicables estas disposiciones, y en función de lo anterior, el fiduciario, debe tener especial cuidado en verificar que su contraparte sea una persona capaz, y en que se observen todos requisitos y limitantes que establece la legislación común al respecto.

#### b) Voluntad o Voluntades Libres de Vicios.

El segundo elemento de validez del contrato, consiste en que el acuerdo de voluntades que dió como consecuencia el consentimiento, no presente vicio alguno.

"Es indispensable que las voluntades que integran el consentimiento no sufran vicio alguno. Ésto es, que ninguna de

las voluntades que intervienen en la formación del consentimiento, están viciadas, pues basta con que una sola de ellas lo esté, para que el consentimiento resulte igualmente viciado". (174)

Por lo que se refiere a vicio, éste consiste en la situación que impide la realización completa de los elementos de un negocio.

Conforme a lo establecido en el artículo 1812 del Código Civil, "el consentimiento no es válido si ha sido dado por error, arrancado por violencia o sorprendido por dolo".

Cabe destacar que las reflexiones que se hagan respecto a una voluntad viciada, deben tener precisamente a ésta como punto de partida, pues de ninguna manera puede afirmarse que la voluntad cuyo titular ejerce dolo, o bien obra de mala fe, sea víctima de un vicio; mas bien mediante el dolo se vicia una voluntad ajena, la que incurre o permanece en error, y por medio de la mala fe se disimula un error preexistente, éste sí, como vicio de la voluntad; solo podemos considerar al error, como vicio de la voluntad, pues tanto el dolo, como la mala fe, lo propician.

#### bi) El Error: Concepto y Clases.

Previamente a la realización de un contrato, la voluntad de las partes, implica que éstas conciban y deliberen en su futuro interno una serie de factores que influyen en esa probable celebración.

Tomando en cuenta lo anterior, las partes valoran, entre otras cosas, las razones que les induce a crear determinadas consecuencias de derecho, las características de la o las personas coparticipes en el contrato, la presentación o presentaciones objeto de las obligaciones creadas, cuando esa noción, concebida y meditada por el sujeto, coincide con la realidad, el negocio de que se trata se realizará felizmente, si es que no adolece de otro defecto; por el contrario, si se tiene una noción inexacta de aquella, la voluntad titular será víctima de error y éste, muy probablemente, provoque la nulidad del contrato.

Lo anterior nos permite definir al error como una noción falsa sobre la realidad, concepto éste, que comprende los dos elementos del error en los negocios jurídicos, a saber:

- La concepción psicológica que de la realidad se forma un

(174) GUTIERREZ Y GONZALEZ, Ernesto: Op. cit. pag. 271

sujeto, autor o parte de un negocio jurídico, bien sobre la identidad de la persona con quien contrata, la naturaleza del negocio al estar celebrándolo, las cualidades de la cosa objeto del mismo, etc.

- Discordancia entre la realidad y la concepción de ellas tenida por quien celebra el acto, por ejemplo: no lo realiza con quien lo suponía, piensa en la creación de ciertas consecuencias mas que le son inherentes al acto realizado, etc.

La variedad de errores que pueden victimar la voluntad de quien intervienga en la realización de un contrato, admiten clasificarse, según su contenido, en dos grandes grupos:

- Error de hecho, si recae, por ejemplo, sobre la naturaleza del negocio celebrado, sobre la identidad, sustancia, cualidades o características de la cosa, o sobre la identidad o características de persona con quien se contrata, quien o es beneficiario en el negocio correspondiente.

- Error de derecho, traducido en última instancia, en el falso conocimiento de la ley que determinó una formación errónea de la voluntad.

Los ataques victimarios de la manifestación de la voluntad que interviene en un negocio jurídico, no se limitan a la divergencia entre la concepción cuyo titular tiene de la realidad, con ésta misma, es decir, no sólo el error puede obstaculizar una sana manifestación de voluntad.

Finalmente, para terminar con la explicación de error, comentaremos los conceptos de dolo,, mala fe, y violencia conforme a lo dispuesto en el Código Civil.

- El dolo consiste en cualquier sugestión o artificio que se emplee para inducir el error a alguno de los contratantes.

- Mala fe, es la disimulación del error por parte de uno de los contratantes una vez conocido, ocultándolo al otro.

- La violencia consiste en la fuerza física o amenazas que importen peligro para uno de los contratantes, su cónyuge, sus ascendientes, sus descendientes o parientes colaterales dentro del segundo grado (tíos y sobrinos).

### c) Objeto, Motivo o Fin Lícito.

Para Gutiérrez y González, "el motivo o fin, es la razón contingente, y por lo mismo variable de individuo a individuo,

que lo induce a la celebracion del acto juridico". (175)

El contrato será valido, solamente si uno de sus elementos de existencia, es decir, su objeto, motivo o fin, es lícito; al respecto, con base en la interpretacion del artículo 1830 del Código Civil, podemos considerar que lícito es lo que va conforme a las leyes de orden público y a las buenas costumbres.

Respecto a éstas últimas, baste notar, que sobre todo en la actualidad, las buenas costumbres, son meramente subjetivas, y que varían de época en época y de lugar en lugar.

En base a lo anterior, al celebrar un contrato, se debe tener presente que el acto que se pretende, no sea contrario a lo anterior, es decir que sea ilícito

Refiriéndonos al fideicomiso, podemos afirmar que este requisito de validez, cobra especial significado ya que el legislador, incorpora en la Ley General de Título y Operaciones de Crédito, la licitud, como una característica propia y esencial de todo fideicomiso, ya que conforme a su artículo 347, éste será valido, siempre que su fin sea lícito.

Asimismo, dicha ley, dispone en su artículo 346, que "en virtud del fideicomiso, el fideicomitente, destina ciertos bienes a un fin lícito..."

Por lo anterior, y dada la flexibilidad que reviste el fideicomiso, las partes contratantes deberán observar y acatar en cada caso particular las disposiciones aplicables, emanadas de las leyes que conforme a las características de cada negocio, sean aplicables, por lo que cobra especial significado el papel que en él desempeña el fiduciario, no solo como un mero encargado de realizar determinado acto, sino como asesor y especialista, al momento de la estructuración del contrato.

Como hemos visto, el fideicomiso es muy amplio, pero tiene entre otras, varios límites a manera de prohibiciones.

c1) Prohibiciones contenidas en la Ley General de Títulos y Operaciones de Crédito.

Esta ley, en su artículo 359, establece que "quedan prohibidos:

"I.- Los fideicomisos públicos.

-----  
(175) GUTIERREZ Y GONZALEZ, Ernesto: Op. cit. pag. 367

"II.- Aquellos en los cuales el beneficio se conceda a diversas personas sucesivamente que deban substituirse por muerte de la anterior, salvo el caso de que la substitución se realice en favor de personas que estén vivas o concebidas ya, a la muerte del fideicomitente;

"III.- Aquellos cuya duración sea mayor de treinta años, cuando se designe como beneficiario a una persona jurídica que no sea de orden público o institución de beneficencia. Sin embargo pueden constituirse con duración mayor de treinta años de carácter científico o artístico que no tengan fines de lucro."

Pablo Macedo, haciendo referencia a las substituciones fideicomisarias, señala que "estas prohibiciones obedecen al propósito general de mantener el fideicomiso como institución legal, franca, abierta y vigilada por el Estado, e impedir que a su sombra vuelva a favorecerse la constitución de patrimonios ya condenados históricamente. Este último criterio se refuerza mediante la fijación de límites que en el tiempo se determinarán por la vida de los beneficiarios designados, cuando éstos sean personas físicas, o por treinta años, tratándose de personas jurídicas diversas de las de orden público o de beneficencia, que no tienen que despertar suspicacia alguna" (176)

#### c2) Prohibiciones contenidas en la Ley de Instituciones de Crédito.

El artículo 106 de esta ley, contiene otras prohibiciones, las cuales se refieren a las actividades que desempeñan las instituciones de crédito, en las operaciones que celebran, y respecto a los fideicomisos, dispone:

1.- En el inciso b) de la fracción XVII de este precepto, en concordancia con el a) de la misma, que tienen prohibido, otorgar créditos o prestatos con garantía de derechos sobre fideicomisos, mandatos o comisiones que a su vez tengan por objeto los pasivos mencionados en las fracciones I, incisos b), c) y d) y II a IV del artículo 46, a su cargo o de cualquier institución de crédito.

El artículo 4b, se refiere a las operaciones que pueden realizar las operaciones de crédito, entre las cuales se encuentran:

- Recibir depósitos bancarios de dinero: retirables de días preestablecidos (inciso b), de ahorro (inciso c) y a plazo o con preaviso (inciso d), conforme a lo señalado en la fracción I.

(176) MACEDO, Pablo: Op. cit. pags. 36 y 37

- Aceptar préstamos y créditos. (fracc. II).
- Emitir bonos bancarios (fracc. III).
- Emitir obligaciones subordinadas (fracc. IV).

Esta limitante tiene por objeto el evitar que una persona que tiene dinero depositado en el banco, reciba un crédito por el mismo monto o menor, y garantice el pago del mismo con los recursos que posee, pues se considera que si tiene el dinero, no requiere que se lo presten, además de que es absurdo de que además pague intereses por él, además de que al utilizar la figura del fideicomiso, no se disfraza esta situación; en la práctica bancaria este tipo de operaciones se denomina "back to back", y no tienen otro objeto que el aparentar un pasivo en los balances contables de las empresas, con la franca intención de defraudar al fisco.

Este tipo de operación también se denomina en la práctica bancaria como "Rin", o sea "relación integral de negocios", y es frecuente que el personal de los bancos, sobre todo los "chicos", sean quienes la recomiendan, principalmente a fin de año, con la franca intención de colocar y captar más recursos, y que la empresa que los requiere, refleje en su balance, la situación antes mencionada.

Es lamentable, y sobre todo para los que queremos al fideicomiso, que exista esta práctica, que desvirtua la esencia noble de esta figura, pero, lo es más aun, que la propia Ley de Instituciones de Crédito le de una opción a los interesados al disponer en el último párrafo del artículo 106 una situación de excepción; dicho párrafo establece:

"El Banco de México podrá autorizar, mediante reglas generales, excepciones a lo dispuesto en las fracciones XV a XVIII de este artículo, con vistas a propiciar la captación de recursos por las instituciones o regular la celebración de operaciones, en los términos más adecuados a la situación del mercado o del sistema bancario."

2.- En la fracción XIX, señala cuatro prohibiciones que tienen las instituciones de crédito al intervenir como fiduciarias, mismas que son:

"a) Celebrar operaciones con la propia institución en el cumplimiento de fideicomisos, mandatos o comisiones. El Banco de México podrá autorizar, mediante disposiciones de carácter general, la realización de determinadas operaciones cuando no impliquen un conflicto de intereses;"

Al respecto el Banco de México, mediante oficio T33/14856 de 9 de diciembre de 1985, y la Secretaría de Hacienda y Crédito Público, a través de la circular No. 102-E-367-DGGM-III-3521 de 18 de diciembre de 1985, haciendo referencia a esta prohibición, contenida es ese entonces en el artículo 84 de la Ley

Reglamentaria del Servicio Público de Banca y Crédito, emitieron las autorizaciones generales a las que se refiere este artículo, haciendo hincapié en que solamente se podrían realizar cuando no se implique un conflicto de intereses; ambas disposiciones administrativas (oficio y circular), aún siguen en vigor.

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

"Si al término del fideicomiso, mandato o comisión constituidos para el otorgamiento de créditos, éstos no hubieren sido liquidados por los deudores, la institución deberá transferirlos al fideicomitente o fideicomisario, según sea el caso, o al mandante o comitente, absteniéndose de cubrir su importe.

"Cualquier pacto contrario a lo dispuesto en los dos párrafos anteriores, no producirá efecto legal alguno.

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

En relación a esta prohibición, baste anotar que en ella, se reitera el principio de que el fiduciario actúe como un buen padre de familia, que se contiene en la Ley General de Títulos y Operaciones de Crédito, además de que refiriéndose a los créditos que se hubiesen otorgado con cargo al fideicomiso, se establece que su recuperación, será por cuenta del fideicomitente o fideicomisario.

En la práctica esta fracción se inserta en todos los fideicomisos de inversión que se celebren.

c) Utilizar fondos o valores de los fideicomisos, mandatos o comisiones destinados al otorgamiento de créditos, en que la fiduciaria tenga la facultad discrecional, en el otorgamiento de los mismos para realizar operaciones en virtud de las cuales resulten o puedan resultar deudores sus delegados fiduciarios: los miembros del consejo de administración o consejo directivo, según corresponda, tanto propietarios como suplentes, estén o no en funciones; los auditores externos de la institución; los miembros del comité técnico del fideicomiso respectivo; los ascendientes, o descendientes en primer grado o cónyuges de las personas citadas, las sociedades en cuyas asambleas tengan mayoría dichas personas o las mismas instituciones, asimismo aquellas personas que el Banco de México determine mediante disposiciones de carácter general, y ...."



Esta prohibición es clara y obvia, ya que tiene por objeto, impedir que el fiduciario, trate de favorecer a las personas mencionadas, en los fideicomisos que celebre y que tengan como fin, el otorgamiento de créditos.

Finalmente y en relación a este tipo de fideicomiso, que celebren las instituciones de crédito de banca múltiple, o sea las instituciones privadas, existe una limitante contenida en la circular 1935 de Banco de México, que establece que en ellos, se ocasiona un encaje legal sin interés del 5% del monto del patrimonio fideicomitado, en dicho organismo central, lo que los hace poco atractivos.

"d) Administrar fincas rústicas, a menos que hayan recibido la administración para distribuir el patrimonio entre herederos, legatarios, asociados o acreedores, o para pagar una obligación o para garantizar su cumplimiento con el valor de la misma finca o de sus productos, y sin que en estos casos la administración exceda del plazo de dos años".

Consideramos que esta prohibición no tiene una verdadera justificación jurídica, puesto que pasa por alto a una serie de inmuebles que bien pudieran ser objeto de un fideicomiso, además de que, en nuestra opinión se presenta un conflicto entre ella, y uno de los artículos contenidos en el Reglamento de la Ley Para Promover la Inversión Mexicana y Regular la Inversión Extranjera, y que comentaremos más adelante.

Respecto a las prohibiciones contenidas en los incisos a) y d), nos referiremos con más detalle más adelante, dentro de este capítulo, al hablar de los vicios que se presentan en la práctica al constituir un fideicomiso.

c3) Otros Ordenamientos Legales que contienen Limitantes o Reglas que se deben seguir en relación a la Constitución de Fideicomisos.

Existen otras disposiciones legales que se refieren al fideicomiso, además de la Ley General de Títulos y Operaciones de Crédito y la Ley de Instituciones de Crédito; las más importantes por su trascendencia en la vida jurídica y económica actual, se encuentran contenidas en la Ley Para Promover la Inversión Mexicana y Regular la Inversión Extranjera, en su Reglamento.

Esta ley, en su artículo 18 faculta a la Secretaría de Relaciones Exteriores para que "autorice en cada caso la conveniencia de conceder a las instituciones de crédito, permisos para adquirir como fiduciarias el dominio directo de bienes

inmuebles destinados a la realizaci3n de actividades industriales y turísticas en la faja de 100 kilometros a lo largo de las fronteras o en la zona de 50 kilometros a lo largo de las playas del pa3s, siempre que el objeto de la adquisici3n sea el permitir la utilizaci3n y el aprovechamiento de dichos bienes a los fideicomisarios, sin constituir derechos reales..."

Y, en el artículo 19 establece que "la Secretaria de Relaciones Exteriores resolverá sobre la constituci3n de los fideicomisos a que se refiere el artículo anterior, considerando los aspectos económicos y sociales que implique la realizaci3n de estas operaciones..."

Resulta importante señalar la trascendencia de los artículos anteriores, para el desarrollo económico del pa3s, sino los demás preceptos de la ley que se refieren al fideicomiso, en relaci3n al 28 de la misma que dispone que "serán nulos, y en consecuencia no podrán hacerse valer ante ninguna autoridad, los actos que se efectuen en contravenci3n a las disposiciones de esta ley".

Durante muchos años estos artículos así como los contenidos en el reglamento de la ley, fueron un obstáculo para la contituci3n de fideicomisos, puesto que los trámites que se tenían que seguir ante la dependencia antes mencionada, eran sumamente lentos y tortuosos, llegando incluso a demorar más de un año, para que se obtuviese el permiso.

Esta situaci3n se elimin3 a raíz de la publicaci3n en 1989 de nuevo reglamento de la ley,, el cual estableci3 un mecanismo ágil para la obtenci3n del permiso, el cual en la actualidad se obtiene en una semana como promedio, además de que el artículo 36 del nuevo reglamento, a diferencia del anterior, que no hacia distinción alguna, establece que fuera de la zona restringida, no se requiere el permiso de la Secretaria de Relaciones Exteriores.

Estos artículos cobran importancia ya que en ocasiones, no son observados en su completo contenido, como veremos al hablar de los vicios que se presentan al constituir fideicomisos.

d) Cumplir con la Forma que establece la Ley.

La forma no solo es un requisito de existencia del contrato, cuando nos referimos a la solemnidad, sino que además, es uno de sus elementos de validez en todo tipo de contrato.

Señala Gutierrez y González que podemos definir a la forma como "el conjunto de elementos sensibles que revisten exteriormente a las conductas que tienden a la creaci3n,

modificación, conservación, transmisión o extinción de los derechos y obligaciones y cuyos efectos dependen en cierta medida de la observancia de esos elementos sensibles según la exigencia de la organización jurídica vigente". o dicho de otro modo, es "la manera en que debe externarse y/o plasmarse la voluntad de los que contratan, conforme lo disponga o permita la ley. (177)

La voluntad de las partes contratantes se puede externar de dos formas: expresa y tácita.

La forma expresa, consiste en la manifestación verbal, escrita o por signos inequívocos de las partes.

La forma tácita, se da cuando la voluntad resulta de hechos o de actos que presuman o permitan presuponera.

Vemos pues que es relevante para el derecho que la manifestación de voluntad, o consentimiento en su caso, se exprese en observancia a la forma que la ley establece para tal negocio, y nuestra legislación establece que puede no exigirse, ser manifestada tácitamente, o bien, por el contrario, requerirse que sea por escrito, ya sea privado o público.

Asimismo, en algunos casos, dicha forma debe además reunir ciertas formalidades esenciales que se han dado en considerar, como solemnidades, de tal suerte que los actos jurídicos pueden clasificarse, atendiendo la forma que debe revestir, en consensuales, formales y solemnes.

Son actos consensuales aquellos para cuya validez no se requiere ninguna formalidad; por lo tanto toda manifestación de voluntad será válida.

La segunda categoría de actos se dominan formales. En éstos es necesario que la voluntad se exprese por escrito para que tenga validez; por lo tanto, sólo se acepta el consentimiento expreso y por escrito.

Los actos solemnes, son aquellos, en los que debe observarse una formalidad especial y por escrito, otorgándose además ante un funcionario determinado, bajo la sanción de inexistencia si no se cumplen todos los requisitos.

#### d) Consensualismo y formalismo.

Se da el nombre de consensualismo a la corriente que pretende que el acto jurídico exista y se perfeccione por el mero

(177) GUTIERREZ Y GONZALEZ, Ernesto: Op. cit. pags. 246 y 247

acuerdo de las partes. son necesario que se plasme en documento alguno; con el simple consentimiento de las partes, el contrato queda perfeccionado, y surtirá todos sus efectos jurídicos.

Esta idea, parte de la necesidad de que exista en los actos jurídicos una celeridad jurídica, y se fundamenta en aquellos casos en los cuales las partes cumplan sus obligaciones por el mero hecho de hacer honor a su palabra.

Por su parte el formalismo, es la corriente jurídica contraria que, pretende que la voluntad de las partes, siempre se fije en un documento, de tal manera que si el acto no existe, o en consecuencia, no se perfeccione o surta la plenitud de sus efectos, hasta en tanto no se cumpla con una forma precisa, que establezca la ley.

Esta tesis se funda en la idea de que los seres humanos desconfían, o se sienten inseguros cuando sus operaciones quedan sujetas a la simple palabra, sin ningún documento o forma en donde consten fehacientemente. Es decir, se basa en la seguridad jurídica.

El Código Civil vigente, buscando dar celeridad a los actos jurídicos, acepta en principio la corriente del consensualismo, pero establece en algunos casos el requisito de la forma para que determinados actos sean válidos.

Lo anterior se desprende de lo establecido en su artículo 1796, que señala que "los contratos se perfeccionan por el mero consentimiento; excepto aquellos que deben revestir una forma establecida por la ley. Desde que se perfeccionan obligan a los contratantes no solo al cumplimiento de lo expresamente pactado, sino, también a las consecuencias que, según su naturaleza, son conforme a la buena fe, al uso o a la ley."

Y se confirma con lo señalado en el artículo 1832 del mismo ordenamiento, que establece: "en los contratos civiles cada uno se obliga en la manera y términos que aparezca que quiso obligarse, sin que para la validez del contrato se requieran formalidades determinadas fuera de los casos expresamente designados por la ley."

Encontramos algunos de esos casos de excepción en el artículo 78 de la Ley del Notariado, que establece que "las enajenaciones de bienes inmuebles cuyo valor, según avalúo bancario sea mayor de treinta mil pesos y la constitución o transmisión de derechos reales estimados en más de esa suma o que garanticen un crédito por mayor cantidad que la mencionada, deberán constar en escritura ante notario salvo los casos de excepción a que se refieren los artículos 730, 2317, y 2917 del Código Civil para del Distrito Federal."

De estos artículos, reproducimos parte del 2317, en el que se establece un caso en el que no basta el simple consentimiento de las partes, para que el acto surta todos sus efectos. Este

precepto se refiere a la compraventa de bienes inmuebles, y establece que "las enajenaciones de bienes inmuebles cuyo valor no exceda al equivalente a trescienta sesenta y cinco veces el salario mínimo general diario vigente en el Distrito Federal en el momento de la operación y la constitución o transmisión de derechos reales estimados hasta la misma cantidad o que garanticen un crédito no mayor de dicha suma, podrán otorgarse en documento privado firmados por los contratantes ante dos testigos cuyas firmas se ratifiquen ante notario, juez competente o Registro Público de la Propiedad...."

Este artículo se complementa con lo señalado en el 2321, que dispone que "tratándose de bienes ya inscritos en el Registro y cuyo valor no exceda de trescienta sesenta y cinco veces el salario mínimo general diario en el momento de la operación, cuando la venta sea al contado podrá formalizarse, haciéndola constar por escrito en el certificado de inscripción de propiedad que el registrador tiene obligación de expedir al vendedor a cuyo favor estén inscritos los bienes.

"La constancia de venta será ratificada ante el registrador, quien tiene la obligación de cerciorarse de la identidad de las partes y de la autenticidad de las firmas, y previa comprobación de que están cubiertos los impuestos correspondientes a la compraventa realizada en esta forma, hará una nueva inscripción de los bienes vendidos en favor del comprador."

#### d2) La forma en Relación al Fideicomiso.

Va hemos mencionado que los procedimientos más usuales que en los derechos inglés y norteamericano, se emplean para la creación del trust, consisten en la transferencia de bienes por acto entre vivos o por disposición testamentario. Además, existen otros métodos para crearlos, y a los cuales nos hemos referido en otro capítulo.

El Proyecto Alfaro consagró las dos formas básicas de creación del trust, estableciendo en su art. 18 que el fideicomiso puede ser constituido por testamento, para que tenga efecto después de la muerte del fideicomitente, o por acto entre vivos.

Por lo que se refiere a la Ley General de Títulos y Operaciones de Crédito, prescribe que "la constitución del fideicomiso deberá siempre constar por escrito y ajustarse a los términos de la legislación común sobre transmisión de los derechos o la transmisión de propiedad de las cosas que se den en fideicomiso".

Además como lo hemos comentado anteriormente, el fideicomiso testamentario deberá otorgarse con las formalidades que le sean características, según se trate de testamento ordinario o especial.

Además, como lo hemos visto, "el artículo 352 consagra una disyuntiva muy clara: la constitución del fideicomiso por acto entre vivos o por testamento, y no permite la fusión o combinación de estas dos formas únicas.

Por lo demás, no es éste un caso excepcional en que nuestro derecho y el norteamericano adopten soluciones distintas, ya que el fideicomiso tampoco puede constituirse por declaración, ni por el ejercicio de una facultad de designación". (178)

Para la celebración del contrato de fideicomiso, deben tenerse en cuenta las siguientes reglas:

a) En primer lugar, se trata de un negocio formal, en oposición tanto a los consensuales como a los solemnes, pues si bien el art. 352 de la LTOC, remite a la legislación común como la aplicable en este aspecto, y el C. Civ. establece que "los contratos se perfeccionen por el mero consentimiento, excepto aquellos que deban revestir una forma establecida por la ley...", y además, la excepción legal se presenta sólo en los negocios mediante los que se enajena un bien inmueble, "la constitución del fideicomiso deberá siempre de constar por escrito...", señala el mismo precepto de la ley que regula la figura que nos ocupa.

b) De conformidad con el art. 54 de la L. N., en concordancia con el mencionado 352 de la LTOC, uno y otro de los negocios que nos ocupan deberán llevarse a cabo en escritura pública cuando el valor convencional de los bienes que son su objeto indirecto, exceda de quinientos pesos, debiendo ser inscrito el contrato de ejecución, en todo caso, en la sección correspondiente del Registro Público de la Propiedad.

c) El artículo 352 se complementa con los dos siguientes, que confirman la idea de que el fideicomiso debe reunir las formalidades que se exigen a los contratos traslativos de dominio.

"Artículo 353. El fideicomiso cuyo objeto recaiga en bienes inmuebles, deberá inscribirse en la Sección de la Propiedad del Registro Público del lugar en que los bienes estén ubicados. El fideicomiso surtirá efectos contra tercero, en el caso de éste artículo, desde la fecha de inscripción en el Registro".

"Artículo 354. El fideicomiso cuyo objeto recaiga en bienes muebles, surtirá efectos contra tercero desde la fecha en que se cumplan los requisitos siguientes:

I. Si se tratare de un crédito no negociable o de un derecho

-----  
(178) BATIZA, Rodolfo: Op. cit. pag. 197

personal, desde que el fideicomiso fuere notificado al deudor.

II. Si se tratare de un título nominativo, desde que éste se endose a la institución fiduciaria y se haga constar en los registros del emisor, en su caso:

III. Si se tratare de cosa corpórea o de títulos al portador, desde que estén en poder de la institución fiduciaria."

d) Encontramos pues, dos ideas rectoras en estos preceptos:

1.- La reiteración de la constitución del patrimonio fiduciario mediante la salida de los bienes del patrimonio del fideicomitente, y su asignación a su nuevo titular.

2.- La publicidad que en nuestro medio rige la materia de transmisión de bienes muebles e inmuebles, como garantía del comercio jurídico y para protección de terceros.

En esta forma se evitan las discusiones - existentes en otros regímenes jurídicos -, acerca de la buena o mala fe de quienes contratan con el fiduciario, con todos los inconvenientes y peligros y las dificultades consiguientes de liquidación, que las mismas acarrearán.

Cabe destacar que en los fideicomisos inmobiliarios, es necesario que se observen los artículos de la Ley Para Promover la Inversión Mexicana y Regular la Inversión Extranjera, y en su reglamento.

Esta ley, a la que nos referimos en este capítulo con anterioridad, regula entre otros actos la constitución de fideicomisos inmobiliarios en los cuales sea fideicomisaria una persona física o moral extranjera, o una persona moral mexicana con cláusula de admisión de extranjeros.

Ante una situación concreta y que este dentro de los supuestos previstos en estos ordenamientos, el fiduciario deberá solicitar a la Secretaría de Relaciones Exteriores, el permiso requerido, elaborando un oficio, al cual le corresponderá el permiso respectivo.

## **CONSIDERACIONES FINALES**



## CONSIDERACIONES FINALES

1.- Encontramos en dos figuras del Derecho Romano, la Fideucia y el Fideicommissum, los antecedentes más remotos del fideicomiso mexicano, y que a la vez son considerados como precursores del Trust Anglosajón.

2.- El antecedente directo del fideicomiso mexicano, lo constituye el Trust, figura que apareció en Inglaterra en el siglo XII, evolucionó en dicho país, y posteriormente pasó a otros países anglosajones, entre los que se encuentra Estados Unidos de América, y que en el transcurso de los siglos, evolucionó y se perfeccionó, adaptándose a diversas situaciones legales, económicas y financieras, para finalmente convertirse en una compleja institución arraigada a las leyes y costumbres de esos países.

3.- El observar el funcionamiento y aplicaciones del trust en la vida económica y jurídica de Estados Unidos de América, motivo al legislador a incorporarlo a nuestro ordenamiento jurídico, estructurando una figura similar, pero adecuada a nuestras leyes y costumbres.

4.- Al no existir en nuestro sistema jurídico una figura de características parecidas, el legislador, para realizar la adaptación del trust, se basó en los trabajos de interpretación que de él, realizaron dos juristas extranjeros, Ricardo J. Alfaro y Pierre Lepaulle, los cuales, si bien es cierto, constituyen una importante contribución a la doctrina, son incompletos, y en ocasiones, llegan a ser confusos, puesto que ambos autores, se basaron en su particular percepción del trust, sin tener la experiencia y conocimiento que da la observación de la figura en la práctica, ya adaptada a los sistemas jurídicos de ascendencia romanista.

5.- En los primeros intentos legislativos de regular al fideicomiso, se le concibe como un mandato irrevocable que implica una transmisión de bienes del fideicomitente al fiduciario, y posteriormente, al ser redactada la Ley General de Títulos y Operaciones de Crédito, se establece que al constituirlo se realiza una afectación de bienes a un fin determinado.

6.- Pese a que esta ley presenta un avance respecto a la adaptación del trust a nuestro sistema, el pasar de una corriente a otra, al redactar la vigente ley, propició confusión, tanto en el legislador, como en los bancos, los usuarios, y en el propio Poder Judicial, hasta que la práctica y este último, basándose en un mayor conocimiento de sus características reconoció su identidad propia.

7.- El hecho de que en nuestro sistema jurídico no hubiese

ninguna figura que pudiese ser considerada como antecedente del fideicomiso, ocasionó que el legislador olvidará, que en un sistema legal diferente al mexicano, como lo es el anglosajón, el nacimiento de derechos y obligaciones, obedece a figuras diferentes de las que existen en el nuestro, y que algunas de ellas no pueden tener aplicación entre nosotros.

Resulta evidente que el legislador estaba más preocupado por tener una figura que ofreciese las ventajas del trust, que por crear una figura semejante, que presentase características fáciles de entender, y que fuese lo más completa desde el punto de vista jurídico, lo cual, dió como consecuencia, una ley con enormes defectos.

8.- La Ley General de Títulos y Operaciones de Crédito, en vigor desde 1932, no precisa la naturaleza jurídica del fideicomiso, es poco clara al establecer sus formas de constitución y no reconoce la verdadera importancia y trascendencia, que en todo fideicomiso, tiene el fiduciario.

9.- En virtud de que la ley no define al fideicomiso, puesto que solamente se concreta a describirlo, ocasionó que además de los problemas que en la práctica se presentaron, surgieran varias teorías que lo han estudiado, pero al ser elaboradas hace más de cincuenta años, son incompletas, puesto que en esa época, esta figura estaba prácticamente naciendo, y aún no estaban bien definidas todas sus características y aplicaciones; sin embargo podemos afirmar que si han servido para enriquecer la doctrina, aunque, también han propiciado problemas y confusión.

10.- Por lo que se refiere a la constitución del fideicomiso, la ley contiene características y modalidades del trust, que no son operantes en nuestro sistema jurídico, como es el caso de los fideicomisos constituidos en un testamento o por orden judicial.

11.- Lo anterior propició que en un principio, se negase la naturaleza contractual del fideicomiso, misma que finalmente fué reconocida por la Suprema Corte de Justicia de la Nación y por otras leyes que han regulado alguna de sus facetas.

12.- La ley señala que el fideicomiso puede ser constituido por acto entre vivos o por testamento, y que su constitución debe constar por escrito, observando los términos de la legislación común sobre transmisión de bienes o derechos que se den en fideicomiso, pero no precisa cual debe ser el acto que lo crea.

13.- El fideicomiso es de naturaleza contractual, puesto que para que tenga los efectos deseados por el fideicomitente, se requiere del acuerdo de él y del fiduciario, siendo precisamente un contrato, el documento en el que se establecen todas sus características, pasando por la afectación y entrega de los bienes que realiza el fideicomitente al fiduciario, la determinación de un fin lícito que éste último realizará, y los derechos que tendrá para poder cumplir con el encargo que le es

hecho.

14.- La existencia imprescindible de fideicomitente y fiduciario en todo fideicomiso, da como resultado una importantísima relación jurídica, que se deriva de la expresión o manifestación de voluntad del primero, y el consentimiento del segundo, que va encaminada al firme propósito de lograr u obtener un objetivo específico, lo cual lleva implícita la característica de confianza que es depositada en el segundo, configurándose con ésto, la base de dicha relación.

15.- En un fideicomiso, es precisamente la labor del fiduciario, la que distingue un negocio de otro, ya que, es él quien realiza las actividades que tienen como consecuencia el que el fideicomiso surta todos sus efectos.

16.- El fiduciario es imprescindible para el nacimiento del fideicomiso, y lo es también, para el cumplimiento de los fines que se establezcan, porque es él quien, con su experiencia sabe cuales pueden realizarse, así como el medio para lograrlo.

17.- En todo fideicomiso, el fiduciario se compromete a realizar los fines que le han sido encargados, gozando de los derechos que sean necesarios para el desempeño de su función y poder llevar a cabo la consecución de los objetivos o finalidades que se establecen en el fideicomiso.

18.- Mediante el fideicomiso existe una verdadera transmisión de propiedad de los bienes que integren el patrimonio fideicomitado, teniendo el fiduciario, todos los derechos que la ley confiere al propietario, con las limitaciones que se hayan establecido en su constitución, que sean necesarias para el cumplimiento del fin que se pretende alcanzar.

19.- No podemos reconocer la existencia de los fideicomisos que son creados por figuras distintas de un contrato, o sea aquellos cuya existencia debería ser el resultado de la simple exteriorización de la voluntad del fideicomitente, quien los constituye, mediante una declaración unilateral de voluntad o un testamento, puesto que carecen de la expresa conformidad del fiduciario.

20.- El fideicomiso se ha desarrollado en nuestro país, y se ha arraigado en nuestros sistemas jurídico y financiero, bajo la tutela de la Ley General de Títulos y Operaciones de Crédito, abarcando diversos aspectos y modalidades, satisfaciendo las más diversas necesidades, pero las disposiciones que lo regulan, no han tenido modificación desde que fué promulgada, y que es necesario actualizar a la realidad, para que se le defina y se reconozca su naturaleza contractual, otorgando la verdadera importancia que tiene en él, el fiduciario.

## **BIBLIOGRAFIA**

## I.- LIBROS SOBRE FIDEICOMISO.

- 1.- Autores varios. Las Instituciones Fiduciarias y el Fideicomiso en México. Fomento Cultural Somex, A.C., 1a. Ed. 1982
- 2.- Batiza Rodolfo. El Fideicomiso Teoría y Práctica. Editorial Porrúa, S.A., Tercera Edición. 1976
- 3.- Domínguez Martínez Jorge. El Fideicomiso ante la Teoría General del Acto Jurídico. Editorial Porrúa, S.A. Segunda Edición. 1975
- 4.- León León Rodolfo. El Fideicomiso y las Casas de Bolsa. Academia Mexicana de Derecho Bursátil, A.C. México 1991
- 5.- Muñoz Luis. El Fideicomiso. Cardenas, Editor y Distribuidor. Segunda Edición. 1980
- 6.- Peñalosa Santillan David. El Fideicomiso Público Mexicano. Editorial Calica, S.A., 1a. Ed. 1983
- 7.- Villagordoa Lozano José Manuel. Doctrina General del Fideicomiso. Asociación de Banqueros de México, México. 1976.

## II.- ARTICULOS SOBRE FIDEICOMISO.

- 1.- El Fideicomiso en México y su viabilidad en España. Banco de Bilbao y Banco Nacional de México, S.A. 1979
- 2.- Primer Simposium Nacional de Servicios Fiduciarios. Comité de Fiduciarios del Centro Bancario de Guadalajara, A.C., 1979
- 3.- Segundo Simposium Nacional de Servicios Fiduciarios. Comité de Fiduciarios del Centro Bancario de Guadalajara, A.C., 1980
- 4.- Arce y Cervantes José. Un Ensayo sobre el Fideicomiso Testamentario. Revista de Derecho Notarial. Asociación Nacional del Notariado Mexicano, A.C., 1972
- 5.- Batiza Rodolfo. Realidades del Fideicomiso en México. Estudios Sobre Fideicomiso. Comisión Permanente de Operaciones Fiduciarias. Asociación de Banqueros de México. 1980
- 6.- Batiza Rodolfo. Evolución del Concepto de Fideicomiso a

través de la Jurisprudencia Mexicana. Estudios Sobre Fideicomiso. Comisión Permanente de Operaciones Fiduciarias. Asociación de Banqueros de México. 1980

7.- Batiza Rodolfo. El Efecto Traslativo de Dominio del Fideicomiso en las Ejecutorias de la Suprema Corte. Estudios Sobre Fideicomiso. Comisión Permanente de Operaciones Fiduciarias. Asociación de Banqueros de México. 1980

8.- Batiza Rodolfo. Proyecto de Ley Uniforme sobre Fideicomiso. Estudios Sobre Fideicomiso. Comisión Permanente de Operaciones Fiduciarias. Asociación de Banqueros de México. 1980

9.- Batiza Rodolfo. El Proyecto Limmantour. Primer Intento Legislativo Mundial de Adopción del Trust a los Sistemas Romanistas. Estudios Sobre Fideicomiso. Comisión Permanente de Operaciones Fiduciarias. Asociación de Banqueros de México. 1980

10.- Batiza Rodolfo. El Proyecto Limmantour. Estudios Sobre Fideicomiso. Comisión Permanente de Operaciones Fiduciarias. Asociación de Banqueros de México. 1980

11.- Batiza Rodolfo. Una Nueva Estructuración del Fideicomiso en México. Estudios Sobre Fideicomiso. Comisión Permanente de Operaciones Fiduciarias. Asociación de Banqueros de México. 1980

12.- Batiza Rodolfo. ¿Es el fideicomiso un acto Absolutamente Mercantil. Estudios Sobre Fideicomiso. Comisión Permanente de Operaciones Fiduciarias. Asociación de Banqueros de México. 1980

13.- Batiza Rodolfo. La Propiedad Fiduciaria y sus antecedentes en Nuestro Sistema Legal. Estudios Sobre Fideicomiso. Comisión Permanente de Operaciones Fiduciarias. Asociación de Banqueros de México. 1980

14.- Camacho José Antonio. Los Fideicomisos de Planes de Pensiones. Estudios Sobre Fideicomiso. Comisión Permanente de Operaciones Fiduciarias. Asociación de Banqueros de México. 1980

15.- Cervera Castillo Jorge. La Responsabilidad Solidaria de las Instituciones Fiduciarias en Materia Fiscal. Estudios Sobre Fideicomiso. Comisión Permanente de Operaciones Fiduciarias. Asociación de Banqueros de México. 1980

16.- De la Peza José Luis. Los Mandatos Fiduciarios de Administración de Inmuebles y de Inversión de Fondos. Estudios Sobre Fideicomiso. Comisión Permanente de Operaciones Fiduciarias. Asociación de Banqueros de México. 1980

17.- Galindo Guarneros Gustavo. Certificados de Participación. Expectativas y Frustraciones. Universidad Nacional Autónoma de México. 1972

18.- Jiménez Illescas. Algunas consideraciones sobre la

regulación Fiscal del fideicomiso en México. Revista de Investigaciones Jurídicas. Escuela Libre de Derecho. México 1987.

19.- Landerreche Obregón Juan. Naturaleza del Fideicomiso en el Derecho Mexicano. Revista de Derecho y Ciencias Sociales. México 1942.

20.- Macedo Fabio. El Fideicomiso Mexicano. Editorial Porrúa. S.A.. Primera Edición. 1975

21.- Molina Pasquel Roberto. Evolución del Pensamiento Jurídico Mexicano en materia de Trust y de Fideicomiso. Estudios Sobre Fideicomiso. Comisión Permanente de Operaciones Fiduciarias. Asociación de Banqueros de México. 1980

22.- Molina Pasquel Roberto. Reconocimiento Judicial de la Propiedad Fiduciaria. Estudios Sobre Fideicomiso. Comisión Permanente de Operaciones Fiduciarias. Asociación de Banqueros de México. 1980

23.- Molina Pasquel Roberto. Recepción, Evolución y Estado Actual del Fideicomiso en el Derecho Mexicano. Estudios Sobre Fideicomiso. Comisión Permanente de Operaciones Fiduciarias. Asociación de Banqueros de México. 1980

24.- Molina Pasquel Roberto. El Fideicomiso en los Últimos Quince Años. Estudios Sobre Fideicomiso. Comisión Permanente de Operaciones Fiduciarias. Asociación de Banqueros de México. 1980

25.- Molina Pasquel Roberto. Las Limitaciones Administrativas a la Actividad Fiduciaria. Estudios Sobre Fideicomiso. Comisión Permanente de Operaciones Fiduciarias. Asociación de Banqueros de México. 1980

26.- Molina Pasquel Roberto. El Fideicomiso de Garantía. Estudios Sobre Fideicomiso. Comisión Permanente de Operaciones Fiduciarias. Asociación de Banqueros de México. 1980

27.- Quintero Carlos. El Fideicomiso en México. Aspectos Económicos y Legales de su Desarrollo. Estudios Sobre Fideicomiso. Comisión Permanente de Operaciones Fiduciarias. Asociación de Banqueros de México. 1980

28.- Vázquez Arminio Rodrigo. La Llamada Acción Reivindicatoria concedida por la ley al Fideicomisario. Estudios Sobre Fideicomiso. Comisión Permanente de Operaciones Fiduciarias. Asociación de Banqueros de México. 1980

29.- Vejar Valdés Carlos. Aportación del Fideicomiso Hereditario Romano a la Configuración del Actual Fideicomiso Mexicano. Estudios Sobre Fideicomiso. Comisión Permanente de Operaciones Fiduciarias. Asociación de Banqueros de México. 1980

30.- Villagorda Lozano José Manuel. Las Situaciones

Fiscales del Fideicomiso y las Relaciones Laborales en el Fideicomiso sobre Empresa. Estudios Sobre Fideicomiso. Comisión Permanente de Operaciones Fiduciarias. Asociación de Banqueros de México. 1980

31.- Zepeda José Antonio. Fideicomiso y Arbitraje. Estudios Sobre Fideicomiso. Comisión Permanente de Operaciones Fiduciarias. Asociación de Banqueros de México. 1980

### III. LIBROS SOBRE EL TRUST.

1.- Lepaulle Pierre. Tratado Teórico y Práctico de los Trusts. Editorial Porrúa, S.A., Primera Edición. 1975

### IV.- ARTICULOS SOBRE TRUST.

1.- Lepaulle Pierre. Reflexiones sobre la Expansión de los Trusts. Editorial Porrúa, S.A., Primera Edición. 1975

2.- Lepaulle Pierre. Extraño Destino de los Trusts. Editorial Porrúa, S.A., Primera Edición 1975

3.- Lepaulle Pierre. La Noción de Trust y sus Aplicaciones en los Diversos Sistemas. Editorial Porrúa, S.A., Primera Edición. 1975

### V. TESIS.

1.- Hernández Martínez Adolfo. El fideicomiso y sus efectos fiscales. México, 1972.

2.- Lizardi Albarrán Manuel. Ensayo sobre la Naturaleza Jurídica del Fideicomiso. México, 1945.

3.- Mayorga Miramontes Francisco. El fideicomiso como instrumento de planeación patrimonial de la familia. México. 1978.

4.- Medina Méndez José Serafín. Analisis de los Elementos



Personales del Fideicomiso. México. 1981

5.- Valle Cosío Mónica Margarita. El Fideicomiso Privado Con fines de Interés Público. México, 1992

## VI. LIBROS DE DERECHO.

1.- Acosta Romero Miguel. Derecho Bancario, Panorama del Sistema Financiero Mexicano. Editorial Porrúa, S.A., México, 1a. Ed. 1978.

2.- Acosta Romero Miguel. Derecho Bancario, Derecho Bancario. Editorial Porrúa, S.A., México, 6a. Ed. 1986.

3.- Barrera Graf Jorger. Estudios de Derecho Mercantil. Editorial Porrúa, S.A. México, 1988.

4.- Cervantes Ahumada Raul. Títulos y Operaciones de Crédito. Editorial Herrero, S. A., México, 9a. Ed. 1976.

5.- Floris Margadant Guillermo. El Derecho Privado Romano. Editorial Esfinge, S.A., México 1974, 5a. Ed.

6.- Herrejón Silva Hermilo. Las Instituciones de Crédito en México. Editorial Trillas, S.A. de C.V., 1a. Ed. 1988

7.- Petit Eugéje. Tratado Elemental de Derecho Romano. Editora Nacional, S.A., México 1953

8.- Puente y F. Arturo y Calvo M. Octavio. Derecho Mercantil. Editorial Banca y Comercio, 38a. Ed. 1991.

9.- Rodríguez Rodríguez Joaquín. Derecho Mercantil. Editorial Porrúa, S.A., México, 20a. Ed. 1991

## VII. DICCIONARIOS

1.- De Pina Vara Rafaél. Diccionario de Derecho. Editorial Porrúa, S.A., México

## VIII. LEGISLACION

- 1.- Ley General de Títulos y Operaciones de Crédito. Ediciones Delama, S.A., 3a. Ed. 1991.
- 2.- Ley para Promover la Inversión Mexicana y Regular la Inversión Extranjera. Ediciones Delama, S.A., 3a. Ed. 1991.
- 3.- Reglamento de la Ley para Promover la Inversión Mexicana y Regular la Inversión Extranjera. Ediciones Delama, S.A., 3a. Ed. 1991.
- 4.- Código de Comercio. Editorial Porrúa, S.A. 1991.
- 5.- Código Civil para el Distrito Federal. Editorial Porrúa, S.A., 1991
- 6.- Ley General de Instituciones de Crédito y Organizaciones Auxiliares, Ed. Andrade, 1980.
- 7.- Ley Reglamentaria del Servicio Público de Banca y Crédito, Leyes Bancarias Tematizadas y Comentadas. Editorial Trillas, S.A. 3a. Ed.
- 8.- Ley de Instituciones de Crédito. Legislación Bancaria. Editorial Porrúa, S.A., México, 1992
- 9.- Código de Procedimientos Civiles para el Distrito Federal. Editorial Pac., S.A.
- 11.- Ley Reglamentaria del artículo 27 Constitucional en Materia Minera.
- 12.- Reglamento de la Ley Reglamentaria del artículo 27 Constitucional en Materia Minera (1976)
- 13.- Reglamento de la Ley Reglamentaria del artículo 27 Constitucional en Materia Minera (1976)
- 14.- Ley Orgánica del Banco de México.
- 15.- Ley Orgánica del Banco Nacional de Obras y Servicios Públicos, S.N.C.
- 16.- Ley Orgánica del Patronato del Ahorro Nacional