

59
21-



**UNIVERSIDAD NACIONAL AUTONOMA
DE MEXICO**

**ESCUELA NACIONAL DE ESTUDIOS PROFESIONALES
CAMPUS ARAGON**

**EL FIDUCIARIO COMO PROPIETARIO DEL
PATRIMONIO FIDEICOMITIDO**

T E S I S
QUE PARA OBTENER EL TITULO DE
LICENCIADO EN DERECHO
P R E S E N T A
CRISPIN CARRERA CARRAZCO

ASESOR: LIC. ANTONIO LUNA CABALLERO

BOSQUES DE ARAGON, EDO DE MEX. JULIO DE 1997

**TESIS CON
FALLA DE ORIGEN**



Universidad Nacional
Autónoma de México



UNAM – Dirección General de Bibliotecas
Tesis Digitales
Restricciones de uso

DERECHOS RESERVADOS ©
PROHIBIDA SU REPRODUCCIÓN TOTAL O PARCIAL

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

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

**A MIS PADRES :
COMO UN MODESTO PERO SINCERO
Y RESPETUOSO TESTIMONIO DE GRATITUD
Y RECONOCIMIENTO A SU TESONERO ESFUERZO.**

**A MIS HERMANOS :
CON TODO MI FRATERNAL APRECIO.**

**A ANGELICA :
POR COMPARTIR CONMIGO ESTA EMPRESA.**

**A TODOS LOS QUE DE ALGUNA FORMA
INTERVINIERON PARA LA CULMINACION DE ESTE
SENCILLO TRABAJO.
MIL GRACIAS.**

INDICE

INTRODUCCION.....	I
CAPITULO I	
ANTECEDENTES DEL FIDEICOMISO.....	1
A.- EL FIDEICOMISO ROMANO.....	1
B.- EL TRUST SAJON.....	3
C.- EL PROYECTO ALFARO.....	10
D.- ANTECEDENTES EN MEXICO.....	13
1.- PROYECTO LIMANTOUR.....	16
2.- PROYECTO CREEL.....	18
3.- PROYECTO VERA ESTAÑOL.....	19
4.- LEY GENERAL DE INSTITUCIONE DE CREDITO Y ESTABLECIMIENTOS BANCARIOS DE 1924.....	23
5.- LEY DE BANCOS Y FIDEICOMISOS.....	24
6.- LEY GENERAL DE INSTITUCIONES DE CREDITO Y ESTABLECIMIENTOS BANCARIOS DE 1926.....	28
7.- LEY GENERAL DE INSTITUCIONES DE CREDITO DE 1932....	29
CAPITULO II	
GENERALIDADES DEL FIDEICOMISO.....	36
A.- CONCEPTO.....	36
B.- PARTES.....	39
1.- FIDUCIARIO.....	39
2.- FIDEICOMITENTE.....	41

3.- FIDEICOMISARIO.....	43
C.- OBJETO.....	46
D.- FINES.....	47
E.- CLASIFICACION.....	48
1.- EXPRESO E IMPLICITO.....	48
2.- CONDICIONAL, SECRETO Y SUCESIVO.....	49
3.- ONEROSO Y GRATUITO.....	50
4.- REVOCABLE E IRREVOCABLE.....	51
5.- INVERSION, ADMINISTRACION Y GARANTIA.....	51
6.- PUBLICO Y PRIVADO.....	53
CAPITULO III	
GENERALIDADES DEL DERECHO DE PROPIEDAD.....	54
A.- EVOLUCION DEL DERECHO DE PROPIEDAD.....	56
B.- CONCEPTO.....	58
C.- ELEMENTOS.....	72
1.- SUJETOS.....	72
2.- OBJETOS.....	74
D.- EL CONTRATO COMO MEDIO DE TRANSMISION DE LA PROPIEDAD.....	77
CAPITULO IV	
LA PROPIEDAD FIDUCIARIA.....	81
A.- TEORIAS QUE NO APRUEBAN LA PROPIEDAD FIDUCIARIA.....	82

1.- TEORIA DEL LIC. JUAN LANDERRECHE OBREGON.....	83
2.- TEORIA DEL LIC. MAXIMO ARRECHEA ALVAREZ.....	87
3.- TEORIA DEL LIC. EMILIO KRIEGER VAZQUEZ.....	92
4.- TEORIA DEL LIC. LUIS CHAVEZ HAYHOE.....	97
B.- TEORIAS QUE SUSTENTAN LA PROPIEDAD FIDUCIARIA.....	102
1.- TEORIA DEL DR. RICARDO ALFARO.....	103
2.- TEORIA DEL DR. JOAQUIN RODRIGUEZ Y RODRIGUEZ.....	105
3.- TEORIA DEL LIC. LUIS MUÑOZ.....	108
4.- TEORIA DEL LIC. RODOLFO BATIZA.....	115
5.- TEORIA DEL LIC. MANUEL LIZARDI ALBARRAN.....	121
6.- TEORIA DEL LIC. CARLOS YARZA OCHOA.....	123
C.- CRITERIOS DE NUESTROS TRIBUNALES.....	126
D.- OPINION PERSONAL.....	132
CONCLUSIONES.....	138
BIBLIOGRAFIA.....	140

INTRODUCCION.

Siendo el fideicomiso una de las instituciones que día con día a nivel nacional adquiere mayor participación ; tanto en el ámbito público como en el privado en virtud de su versatilidad y capacidad par adaptarse a las diversas necesidades y requerimientos que las contingencias políticas y económicas nos deparan ; es de vital importancia estudiar y conocer y llegar a comprender en forma cabal todas y cada una de las partes que la integran, su funcionamiento y sus posibles modos de aplicación para de esta forma, aprovechar todo el cúmulo de oportunidades que nos ofrece y que pese a su aparición en nuestro sistema legal hace mas de medio siglo, tamentablemente no hemos sabido capitalizar.

Es por ello que este trabajo recepcional versa sobre uno de los aspectos de dicha institución y que en mas de una ocasión ha sido motivo de controversia en diversos foros ; desde los de naturaleza meramente jurisdiccional, como algunos otros de carácter doctrinario, dicho tema es : La Propiedad Fiduciaria.

Para abordar el tema, primeramente esbozaremos una breve reseña de la evolución del fideicomiso desde Roma, pasando por el trust sajón y finalmente señalaremos algunos antecedentes en la legislación mexicana ; para con posterioridad tratar el punto toral de nuestro estudio pretendiendo establecer un criterio claro sobre el régimen de propiedad tan particular que surge en la relación fiduciaria.

Analizaremos la titularidad que ostenta el fiduciario respecto de los bienes fideicomitados como Propietario Fiduciario, al serle transmitida dicha titularidad por el fideicomitente en forma normalmente temporal y bajo ciertas circunstancias, como son : El que sea en beneficio del fideicomisario y que la titularidad sea encausada a la realización de los fines para los que fue creado el fideicomiso, por citar algunas.

De esta forma, no pretendemos realizar un tratado jurídico sobre un aspecto nuevo del fideicomiso, sino demostrar la existencia de una Propiedad Fiduciaria, y aun mas, la necesidad que existe de legislar sobre un tópico tan singular y de esta manera, aportar en la medida de nuestras modestas posibilidades, un elemento mas de juicio para tal fin.

CAPITULO PRIMERO

ANTECEDENTES DEL FIDEICOMISO

A.- EL FIDEICOMISO ROMANO .

La palabra fideicomiso proviene del latín fideicommissum, que a su vez se deriva de los vocablos *fides* que significa fe y *commissus* que significa comisión o encargo, de lo que se deduce que la base del negocio fiduciario radica en la confianza que el transmitente deposita en la palabra empeñada del adquirente para que este último ejercite conforme al fin propuesto.

El fideicomiso romano surge principalmente como respuesta a la necesidad que el testador tenía de heredar a personas que el derecho romano consideraba como incapaces para tal efecto; este era el caso de los esclavos o de los libertos, por señalar algunos; por lo que el *cujus* para lograr beneficiar a las personas incapacitadas y burlando el rigorismo de la Ley, nombraba un heredero aparente y en mortis causa le solicitaba que la masa hereditaria que le debía ser transmitida, la entregase a una tercera persona que debería ser la beneficiada, denominada *fideicommissarius*.

La transmisión patrimonial tenía efectos legales plenos en favor del heredero aparente y sólo recaía en él una obligación de tipo moral, para dar cumplimiento al encargo del testador. Es por eso, que el supuesto heredero o *fiduciarius* debía elegirse con especial cuidado, pues debía ser merecedor de la mayor confianza.

Como se desprende de lo anterior, el encargo de transmitir la masa hereditaria en favor del incapaz; radicaba exclusivamente en la buena fe y la conciencia del heredero fiduciario; por lo que en muchas ocasiones dicha transmisión no se ejecutaba legalmente, lo que originó que se dictaran disposiciones

legales para proteger al fideicommissarius, que se veía despojado de sus bienes. El emperador Augusto dictó disposiciones administrativas encaminadas a tal fin, y posteriormente se creó un funcionario especial denominado Pretor Fideicomisario(1) cuyo encargo era obligar al fiduciarius, a cumplir con la voluntad del testador.

De igual forma se estableció una compensación en favor de la persona encargada de transmitir los bienes; otorgándole el derecho de retener para sí, la cuarta parte de la masa hereditaria.

Por un lado existía el fideicommissum cuyo perfeccionamiento estaba supeditado a la muerte del autor de la sucesión, pero paralelamente existía el pactum fiduciae el cuál se perfeccionaba entre vivos, en el que una o ambas partes tenían interés en dicho perfeccionamiento.

Existían dos clases de pactum fiduciae :

a) Pactum fiduciae cum amico; mediante el cuál una persona transmitía a otra la propiedad de ciertos bienes con la condición de resituirlos ante el requerimiento del primero, al cumplirse la condición consignada o al vencerse el término establecido; los bienes eran custodiados a nombre propio por el amigo de confianza para librar a su propietario real de ciertas obligaciones, teniendo que ser retransmitidos en propiedad en cuanto cambiaran las condiciones que motivaron el pacto.

b) Pactum fiduciae cum creditore; el cuál se celebraba para que el deudor garantizara mediante la transmisión de una cosa, el pago de su obligación ante el acreedor, pudiendo éste último adjudicársela o enajenarla en caso de incumplimiento; pero si la obligación era satisfecha en su totalidad, el acreedor debía restituir nuevamente la propiedad del bien en favor del deudor.

Los pactum fiduciae al igual que el fideicommissum inicialmente se regían, únicamente por la buena fe y el deber moral que recaía sobre quien recibía temporalmente la cosa; pero posteriormente al evolucionar el derecho romano se crearon órganos especiales encargados de regular esta figura.

(1).-Bojalil, Julián. Fideicomiso. Editorial Porrúa. Pág. 16. México 1963.

B.- EL TRUST SAJON .

El "uso" es el antecedente inmediato del trust sajón, pero aún no se sabe con certeza el momento exacto en que se involucró en la vida cotidiana de Inglaterra, lo que sí se sabe, es que existía mucho antes de que se le diera el carácter de jurídicamente exigible. Algunas hipótesis sostienen que surgió a mediados del siglo XIII como consecuencia de la transmisión de tierras para el "uso" de los frailes franciscanos para quienes estaba prohibida conforme a sus ordenamientos, la propiedad de cualquier tipo de bienes.(2).

El "uso" o "use" estaba formado de una relación jurídica mediante la cuál una persona, feoffe, era investida, según el common law, de un poder jurídico de cuyo ejercicio resultaba un beneficio económico (Equity) a favor de otra persona denominada cestui que use.

En el siglo XV era tan común la propiedad de tierras sujetas a "usos" que durante el reinado de Enrique V, el Parlamento se vió en la necesidad de reglamentar dicha figura; ya que hasta entonces el uso sólo representaba una carga de carácter moral para el prestanombre o feoffe, quedando a merced de su libre albedrío el cumplimiento de la obligación contraída; de igual forma el beneficiario o cestui que use quedaba en estado de indefensión jurídica, es decir, no contaba con ningún elemento para exigir la entrega del beneficio correspondiente pero a cambio, estaba exento del pago de toda carga o tributo que pesara sobre la propiedad del bien a transmitir.

El Parlamento Inglés se pronunció contrario a los usos que se establecieron en contra del orden público y en el año de 1376 prohibió la celebración de usos que tenían como objeto el fraude contra acreedores; al año siguiente se promulgó una Ley que sancionaba con nulidad los actos en que el despovente (Disseisor) de tierras transmitía mediante un uso a otras personas, imposibilitando o dificultando la restitución de dicho bien a su propietario original; en 1531 se decretó la ampliación para aplicar la Ley de Manos Muertas, la cuál confiscaba en favor del Rey las tierras transferidas a corporaciones religiosas mediante esta figura.

(2) .- Baiza, Rodolfo. *El Fideicomiso*, Editorial Porrúa. Pag. 37 . México 1976.

Como ya se dijo, en el siglo XV era común que el feoffe o fiduciario defraudara la confianza depositada en él, e incumpliera su obligación de retransmitir determinados bienes; pero al no ser esta una obligación jurídicamente exigible, los Tribunales del Comon Law se veían en la imposibilidad de actuar para hacer justicia; lo que motivó la actuación del Canciller, alto dignatario eclesiástico cuya intervención tenía por objeto obligar a los feoffes al cumplimiento de sus obligaciones morales; para efectos prácticos, los Cancilleres consideraban a los usos como derechos reales (States) de equidad y no como simples derechos de crédito, aplicando por analogía algunas de las reglas del Common Law relativas a la propiedad, lo que trajo como consecuencia que el derecho del beneficiario se transmitiera a su muerte en favor de sus herederos conforme a las normas del Common Law, contrariamente a lo que sucedía con los derechos de crédito, se estableció que los usos eran susceptibles de cesión, a tal grado que quienes reclaman los bienes invocando el derecho legal del feoffe, tales como el albacea, el heredero, o cualquier adquirente a título gratuito, quedaban subordinados al uso. Durante este período los usos se emplearon con frecuencia por los poseedores de tierras con el fin de evadir los privilegios establecidos en favor de los señores feudales, ya que las cargas onerosas eran evitadas parcialmente al menos, mediante la transmisión de tierras a feoffes para el "uso" del ocupante, ya que no existía la tenencia feudal de derechos de equidad. Los usos sirvieron también como un medio para la transmisión hereditaria de bienes inmuebles prohibida por el régimen feudal, minándose de este modo las bases que sustentaran durante muchos siglos al sistema feudal.

Es Enrique VIII quien decide iniciar la cruzada contra los usos, lo que vino a culminar con la promulgación de la Ley de Usos en el año de 1535; dicha Ley describe con amplitud los males originados por el empleo de esta figura: El despojo a los herederos de sus derechos legítimos, las cesiones secretas en contra de acreedores y adquirentes, la privación a los Señores de sus derechos de guarda, matrimonio, ayuda, reverción y confiscación; la pérdida para el marido de su tenencia por cortesía, la burla al Rey de su derecho a los bienes de los condenados por felonía, la usurpación del goce de las tierras inglesas por extranjeros, todo ello dentro de los perjuicios más notorios.

La solución que la Ley aplicó al problema no radicaba en la ilegalidad de los usos, ni privó al cestui que use o beneficiario de su derecho de equidad, por el contrario, adjudicó a su favor el título legal del bien puesto en uso. De esta manera, los usos no quedaron prohibidos, quedaban totalmente ejecutados, esto es, hacían al cestui que use dueño legal que dejaba de tener un derecho de equidad convirtiéndolo

en esa forma en el único dueño, en tanto que el feoffe venía a ser por completo eliminado, de esta manera todas las cargas inherentes al bien recaían sobre el beneficiario.

Contrario a lo que se esperaba lograr con la promulgación de la Ley de Usos, la división entre el Common Law (Derecho Legal) y el Equity (Derecho de Equidad) y las prácticas abusivas que la misma atacaba, no desaparecieron del todo, pues los Jueces del Common Law y los Cancilleres del Equity coincidían en cuanto a que la aplicación de la Ley no debía extenderse más allá del texto literal, lo que se tradujo en que en ciertas situaciones el título legal no había sido desplazado en favor del dueño de equidad, por lo que el uso no había sido ejecutado.

Un caso claro fué el de los llamados usos activos, pues mientras en los usos pasivos el feoffe quedaba desplazado al transmitir conforme a sus instrucciones un bien, quedando completamente ejecutado el uso, en los activos, este desplazamiento no se llevaba a cabo. Un ejemplo de esto acontecía cuando al feoffe correspondía la obligación de hacer los cobros y entregar los productos de una cosa al cestul que use; en este caso el título legal subsistía en aquél.

Otra situación que hacía manifiesta la división entre el derecho legal y el derecho de equidad fué la constitución de un uso sobre otro uso, es decir, cuando una cosa era transmitida a una persona para el uso de otra, para el uso de una tercera; esto fué más evidente en 1557 al resolver los Tribunales sobre el caso Tyrel, dicha resolución establecía que aún cuando el primer uso quedaba completamente ejecutado, el segundo quedaba fuera de la aplicación de la Ley, resolución que se apoyó en criterios anteriores de la Cancillería que consideraba que un uso sobre otro adolecía de nulidad absoluta por ser aquél "repugnante"(3) a éste. El segundo uso que fué considerado por los jueces como no ejecutado, fué posteriormente calificado como trust por los Cancilleres.

La Ley tampoco permitía que un uso fuera encomendado a una corporación ya que carecía de "conciencia" pero en cambio sí podía ser beneficiario del mismo; de igual forma otra de las lagunas que incluía esta Ley consistía en no admitir la hipótesis del uso establecido en favor del mismo poseedor dominical.

(3).-Villagorda Lozano, José. *Breve Estudio del Fideicomiso*. Tesis. México, 1955.

La magnitud de estas lagunas que la Ley de Usos no cubría, redundaron en el hecho de que la Cancillería viniera a dar efectos jurídicos semejantes a los antiguos usos, conocidos más tarde con el nombre de Trust.

Esta nueva figura fué arduamente impulsada por los Tribunales de Equidad durante el siglo XVII lo que motivó que el derecho del trust fuera progresivamente sistematizado y que se hiciera más difícil la evasión de normas legales a través de subterfugios de las partes. Se buscó una elaboración del trust basada sobre concepciones más apegadas al orden público y los fines del derecho.

Sobre la esencia del trust, los autores contemporáneos no se ponen de acuerdo para definir si se trata de un derecho personal del beneficiario respecto al fiduciario, o bien, si se trata de una división del derecho de propiedad entre el beneficiario y el fiduciario.

El trust tiene ciertos rasgos comunes con el contrato, pero de igual forma incurre en ciertas diferencias, tales como que un contrato sólo puede hacerse cumplir por una parte, o por aquella persona que reuna los requisitos de parte respecto del mismo, mientras que en un trust puede ser, y generalmente es, ejecutado por uno que no ha sido parte de su creación, es decir, el trust no nace como consecuencia de un acuerdo de voluntades entre las partes como podía pensarse, sino que es el efecto de la voluntad unilateral de su creador, manifestada *mortis causa* o *intervivos*.

En Quebec, Canadá el trust es definido en el artículo 951 A del Código Civil de la siguiente forma "Toda persona capaz de disponer libremente de sus bienes, puede transportar las propiedades muebles o inmuebles a fiduciarios, por donación o por testamento, para el beneficio de personas a favor de las cuáles puede hacer validamente donaciones o legados".

Por su parte el Lic. José Villagordoa(4) menciona la transcripción que hace Jorge Serrano Trasviña del Restatement of the law of trust, diciéndonos que "Un trust es una relación fiduciaria con respecto a determinados bienes, por la cuál la persona que los posee (trustee) está obligada en Derecho de equidad

(4).- *Idem*.

(Equity) a manejarlos en beneficio de un tercero (Cestui que trust). Este negocio surge como resultado de un acto volutivo expreso de la persona que crea el trust (Settlor)".

Pompeyo Claret y Martí(5) nos explica que el trust consiste en "separar de una persona llamada settlor, un conjunto de bienes (inmuebles, muebles, créditos, etc.) de su fortuna y confiarlos a otra persona llamada trustee, para que haga de ellos un uso prescrito, en provecho de un tercero llamado cestui que trust".

Como podemos ver, existe concenso entre los autores para definir al trust, ya que hay diversos puntos de convergencia entre las distintas definiciones, respecto de los elementos constitutivos y esenciales de la institución en cuestión.

De lo anterior podemos concluir que son tres las personas que conviene distinguir en el trust: El settlor o creador del trust; el propietario administrador o trustee y el beneficiario denominado beneficiary o cestui que trust.

El settlor es el creador del trust, lo crea mediante un acto de voluntad, declarada en forma debida, y que contiene la afectación de una parte o la totalidad de su patrimonio a un fin. El patrimonio una vez creado el trust, ha de ser distinto del settlor; ya que de lo contrario, estaríamos ante la presencia de cualquier otro tipo de contrato tal como el mandato, depósito, gestión de negocios, etc., pero no ante un trust el cuál necesariamente debe llevar implícita la intención de separar dichos bienes. Una vez constituido el trust, el settlor se convierte en un sujeto pasivo dentro del mismo ya que su función termina en ese momento, quedando en manos del trustee y del cestui la responsabilidad de llegar a dar cabal ejecución a la voluntad encomendada por el settlor.

El trustee es el fiduciario, la persona encargada de realizar las intenciones del settlor, aquél que toma la posesión de los bienes y los administra en carácter de propietario de los mismos. Los escritores sajones le denominan también legal owner del trust, en virtud de que ejerce respecto de estos bienes, poderes que sólo un propietario puede ejercer.

(5).-Claret y Martí, Pompeyo. *Estudio de Derecho Comparado*. Edit. Botas. Pág. 8. Barcelona 1946.

El término propietario puede ser bastante ambiguo al aplicarlo al trustee, pues éste carece del derecho de usar y abusar del trust, conforme a la definición clásica de propiedad, pero por otro lado el trustee se le imponen toda clase de deberes, en cuanto a la administración y la disposición de los bienes del trust; deberes que en caso de violación entrañan una rigurosa responsabilidad.

Esta ambivalencia de papeles propietario-administrador la podemos explicar de la siguiente forma. Como propietario, tiene el poder exclusivo de poseer los bienes del trust y de venderlos así como de comprar para el trust; es el acreedor de los créditos del trust y sólo él puede cobrarlos o darles válida quita. Es facultad de él, colocarlos y litigar en su calidad de propietario del trust.

Cuando en ejercicio de sus funciones contrae deudas, responde como deudor frente a terceros hasta el monto de la totalidad de los bienes que constituyen el trust. Si estos bienes fuesen insuficientes por causas imputables a él, responde solidariamente con sus bienes.

Estas facultades de propietario están íntimamente ligadas a su carácter de administrador ya que debe observar estrictamente las reglas que sobre colocación, manejo y empleo de los fondos, sobre la distribución de los intereses y entrega del capital a los beneficiarios, establece la Ley. Una equivocación debida a la ignorancia del derecho inglés no le sería perdonada y resultaría responsable con sus propios bienes, y dado el caso, hasta con su libertad pues la inobservancia de dichas reglas podría equipararse al fraude, pudiendo sufrir privación de la libertad de tres a siete años y en los casos menos graves hasta dos años.

El trustee puede pedir el consejo y la aprobación de sus decisiones a un juez y en casos especiales puede pagar dicha supervisión, siendo ésta una de las características fundamentales del funcionamiento del trust.

El cestui que trust es el beneficiario de éste, aquél en cuyo favor se constituyó y funciona el trust; su derecho es protegido por el Tribunal de Equidad.

En cuanto a la administración de los bienes, el beneficiario podrá recurrir al Juez para impedir que el trustee ejecute o realice un acto que considere indebido y se constriña a la observancia de las reglas

establecidas en la carta del trust.

Respecto de la distribución de los beneficios, el beneficiario puede exigir su entrega al trustee, así como reivindicar como parte del trust los bienes comprados por el trustee con recursos del trust, y si el trustee hubiese integrado a su masa patrimonial dinero proveniente del trust puede de igual forma reclamarlo del mismo.

Esta facultad para perseguir los bienes del trust en poder de terceros podrá ejecutarse siempre y cuando la adjudicación contravenga o exceda las facultades establecidas en favor del trustee. Si el adjudicatario sabía que trataba con un trustee debía informarse por la carta del trust si la adjudicación era permitida. En cuanto al donatario, aún el de buena fe, está obligado a restituir los bienes al beneficiario del trust.

En caso de quiebra del trustee, los bienes del trust no se considerarán parte de su patrimonio y el beneficiario está facultado para retirar, no sólo los bienes que originalmente formaron el trust, sino también los adquiridos con el dinero del mismo. Sólo que por parte del trustee se hayan ejecutado hechos fraudulentos y no se tuvieran los bienes del trust, ni los que le sustituyeran o el precio de los mismos, entonces el beneficiario pasa a ser un acreedor ordinario de la quiebra.

Es cierto que posteriormente, tanto en Inglaterra como en los Estados Unidos, ha tenido lugar un proceso unificador de la doble jurisdicción como resultado, en parte, de los inconvenientes procesales y de organización judicial que originaba la dualidad de Tribunales. En Inglaterra, por ejemplo, la legislación dictada en 1873 unificó en el Supremo Tribunal de la Judicatura a los Tribunales de Cancillería y de Derecho Común, que quedo así integrado por dos entidades judiciales: El Alto Tribunal de Justicia y el Tribunal de Apelación, comprendiendo el primero al Banco del Rey, a la Cancillería, Sucesiones, Divorcio y Almirantazgo. Lo interesante y significativo es que la unificación de tribunales, que haría pensar a primera vista en una fusión entre el Equity y Common Law y, en consecuencia, en la eliminación de esa distinción tradicional, no ha producido tal efecto. Tal como lo atestiguan algunos autores como Rodolfo Batiza(6) al citar a tratadistas ingleses; señalando que por el contrario, uno

(6) - Batiza Rodolfo. *El Fideicomiso en México*. Editorial IEE. Pág. 36. México 1976.

establecidas en la carta del trust.

Respecto de la distribución de los beneficios, el beneficiario puede exigir su entrega al trustee, así como reivindicar como parte del trust los bienes comprados por el trustee con recursos del trust, y si el trustee hubiese integrado a su masa patrimonial dinero proveniente del trust puede de igual forma reclamarlo del mismo.

Esta facultad para perseguir los bienes del trust en poder de terceros podrá ejecutarse siempre y cuando la adjudicación contravenga o exceda las facultades establecidas en favor del trustee. Si el adjudicatario sabía que trataba con un trustee debía informarse por la carta del trust si la adjudicación era permitida. En cuanto al donatario, aún el de buena fe, está obligado a restituir los bienes al beneficiario del trust.

En caso de quiebra del trustee, los bienes del trust no se considerarán parte de su patrimonio y el beneficiario está facultado para retirar, no sólo los bienes que originalmente formaron el trust, sino también los adquiridos con el dinero del mismo. Sólo que por parte del trustee se hayan ejecutado hechos fraudulentos y no se tuvieran los bienes del trust, ni los que le sustituyeran o el precio de los mismos, entonces el beneficiario pasa a ser un acreedor ordinario de la quiebra.

Es cierto que posteriormente, tanto en Inglaterra como en los Estados Unidos, ha tenido lugar un proceso unificador de la doble jurisdicción como resultado, en parte, de los inconvenientes procesales y de organización judicial que originaba la dualidad de Tribunales. En Inglaterra, por ejemplo, la legislación dictada en 1873 unificó en el Supremo Tribunal de la Judicatura a los Tribunales de Cancillería y de Derecho Común, que quedo así integrado por dos entidades judiciales: El Alto Tribunal de Justicia y el Tribunal de Apelación, comprendiendo el primero al Banco del Rey, a la Cancillería, Sucesiones, Divorcio y Almirantazgo. Lo interesante y significativo es que la unificación de tribunales, que haría pensar a primera vista en una fusión entre el Equity y Common Law y, en consecuencia, en la eliminación de esa distinción tradicional, no ha producido tal efecto. Tal como lo atestiguan algunos autores como Rodolfo Batiza(6) al citar a tratadistas ingleses; señalando que por el contrario, uno

(6).- Batiza Rodolfo. *El Fideicomiso en México*. Editorial IEE. Pág. 36. México 1976.

u otro sistema siguen manteniendo su respectiva identidad, sus principios característicos y sus finalidades propias. En lo esencial ha habido unificación de tribunales en lugar de la dualidad que antes existía, pero aun cuando las dos corrientes jurisdiccionales fluyan lado a lado, la separación entre excepciones y recursos de derecho escrito o common law, por una parte, y las correspondientes categorías en la equidad o equity, por la otra, no ha sido eliminada por la legislación en ninguno de sus aspectos.

Estas son tan sólo algunas de las características más representativas que identifican a cada una de las partes que intervienen en el trust sajón, mismas que hemos analizado con el fin de que nos sirvan como antecedente y fundamento para que llegado el momento nos permitan una cabal comprensión al analizar el fideicomiso y por ende nos permitan de igual forma, exponer claramente nuestros conceptos al abordar el tema de la propiedad que ostenta el fiduciario.

C.- EL PROYECTO ALFARO .

Dentro de este bosquejo de antecedentes del fideicomiso, resulta imprescindible citar el Proyecto del Dr. Ricardo J. Alfaro, jurista panameño que tuvo la brillante iniciativa de asimilar el trust anglosajón a los sistemas jurídicos latinoamericanos, tradicionalmente romanistas. Como consecuencia de los estudios realizados por este talentoso autor, muchos países latinoamericanos adoptaron en sus ordenamientos jurídicos una institución cuyo establecimiento se hacía necesario por el notable desarrollo ocurrido a partir de entonces.

En México estos estudios no pasaron desapercibidos, siendo en 1926, seis años después de haberse publicado el primer trabajo de Alfaro, cuando se intentó admitir dentro de la Ley de Bancos de Fideicomiso y más tarde dentro de la Ley General de Instituciones de Crédito y Establecimientos Bancarios de ese mismo año, al fideicomiso como una nueva institución, siguiendo los lineamientos del jurista panameño.

Dentro de la evolución del proyecto Alfaro se vislumbran dos etapas : en 1920 este autor afirma que 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 ordene, el que los transmite, llamado

fideicomitente, a beneficio de un tercero llamado fideicomisario (Art. 1°).

Al explicar este concepto el Dr. Alfaro indica que para que el fideicomiso pueda servir rectamente a los fines prácticos que había esbozado, resultaba necesario concebirlo lo más fielmente posible en relación al trust anglosajón alejándose de la antigua concepción del fideicomiso romano; si se comparan objetivamente las figuras del fideicomiso romano con la del trust anglosajón, decía resultará evidente que coinciden en un punto esencial : el fiduciario o trustee es esencialmente una persona que cumple un encargo dado por otro a beneficio de un tercero. De igual manera razonaba que si en el fideicomiso, ya sea el latino o ya sea el sajón, lo que hace el fiduciario es en resumidas cuentas, desempeñar un encargo del fideicomitente y si conforme a la jurisprudencia el contrato de mandato es un contrato por medio del cual una persona encarga a otra, la ejecución o dirección de determinado negocio, resultaba que el mandato era la institución de derecho civil que tiene más estrecha semejanza con el trust, de esta forma se le asimiló como un mandato en que el fideicomitente es el mandante y el fiduciario el mandatario.

Sin embargo el Dr. Alfaro se percató de que la figura del mandato no era suficiente por sí sola para caracterizar al trust, porque si así fuera, los fines del trust podrían cumplirse por medio del mandato; lo cual no resultaba real. El mandato se extingue por la muerte del mandante y puede ser revocado por él en cualquier tiempo. Esto bastaba para evidenciar que el mandato ordinario de los códigos civiles sería del todo ineficaz para afrontar las situaciones que se remedian por medio del trust. Una de las características del trust es ser irrevocable como lo es de las donaciones inter vivos. Resultaba cierto que el derecho común reconoce la existencia o posibilidad del trust revocable, pero según el Dr. Alfaro estos casos para la mentalidad latina, representaban la excepción que confirma la regla.

Ahora bien, si por una parte se hallaba que el mandato era la institución mas análoga al trust, pero por la otra se observaba, que el mandato resultaba ineficaz para los fines del trust, por el hecho de ser revocable; se vió la necesidad de crear una figura antitética y contradictoria de un mandato irrevocable con un encargo especial que el mandante no pudiera deshacer y mediante el cual se desprendiera definitivamente del dominio de las cosas objeto de encargo; sólo de esta forma se podría crear un patrimonio independiente cuyo dominio adquiriría el fiduciario en forma definitiva y no precaria y con la obligación de cumplir con las disposiciones del trust.

Fue de esa manera como el Dr. Ricardo Alfaro concibió su proyecto original del fideicomiso, el cuál fue acerbamente criticado por la doctrina, por lo que el autor se vió precisado a contestar la crítica argumentando que en 1920, le resultó necesario formular una definición para su proyecto que lo hiciera lo más inteligible que se pudiera, en relación a una ley que recibiría una institución nueva y de concepción difícil para los no familiarizados, con el derecho anglosajón, resultando imprescindible ofrecer su texto a la comprensión de los jueces y abogados en la forma más sencilla y con la mayor claridad. Siendo estas razones prácticas las que lo motivaron a hacer uso del término del "mandato irrevocable" que fué tan severamente criticado.

Pero por otro lado el autor señalaba que sus críticas solo se habían atendido al significado ordinario de esos dos términos, sin conocer y sin apreciar en forma global el criterio pragmático que determinó el empleo de aquel ejemplo, dándole una exagerada importancia a una terminología que no afecta en lo absoluto la esencia de la cuestión. Así mismo, según el autor, las críticas han procedido como si la definición se limitara a decir: "El fideicomiso es un mandato irrevocable" terminando allí, se prescindió por completo de las palabras que siguen, que son las que explican la esencia del concepto.

Después de que contesta la crítica que la doctrina le hizo a su primer intento de definición del fideicomiso como mandato irrevocable, el Dr. Alfaro desarrolló la segunda etapa de su pensamiento al sostener que cualquiera entendía lo que es un trust o fideicomiso moderno si se le expone más o menos en los términos, que en sustancia equivalían a los de la definición que formuló para la Ley panameña.

Continúa diciendo el Dr. Ricardo Alfaro que el fideicomiso es un acto en virtud del cuál se transmiten determinados bienes a una persona llamada fiduciario, para que disponga de ellos conforme lo ordena la persona que los transmite, llamada fideicomitente, a beneficio de una tercera llamada fideicomisario. Como podemos ver esta segunda definición es básicamente igual a la primera con la única diferencia de que en esta última se suprime el término "mandato".

Según el autor, en esta definición quedan comprendidos los tres elementos constitutivos del acto que son :

- 1.- La transmisión del patrimonio.
- 2.- El destino que se da al patrimonio.

3.- El encargo que debe ejecutar.

Quedando definidas la función y nomenclatura que se da a cada una de las tres personas que intervienen en el fideicomiso.

Como podemos observar es éste el primer intento serio y metódico que intenta actualizar al antiguo fideicomiso romano, añadiéndole razgos del trust sajón para introducirlo a las modernas legislaciones de tradición romanista; es importante destacar solamente que desde el primer concepto de 1920, el Dr. Alfaro siempre tuvo en claro que era necesaria la transmisión de la propiedad del fideicomitente al fiduciario para la debida constitución del fideicomiso, lo cuál resulta de primordial importancia para este trabajo, ya que como veremos más adelante, es ésta la idea que lo motiva y que genera la controversia que tratamos de dilucidar. Además de que fué este el proyecto en el que el legislador mexicano se basó para introducir esta innovadora figura al derecho mexicano.

D.- ANTECEDENTES EN MEXICO .

El fideicomiso de los romanos que se originó como medio jurídico para evadir las numerosas limitaciones que para suceder por testamento establecía la legislación de la antigua Roma, estuvo limitado exclusivamente a las herencias y degeneró finalmente en el sistema de substitutiones fideicomisarias, por medio de las cuales se vinculaba la propiedad a perpetuidad en una serie de herederos sucesivos, instituidos por los mismos testadores; lo que determinó por fin, la supresión definitiva de la institución; en Francia por el Código de Napoleón en su artículo 896; en España por las Leyes del 27 de Septiembre de 1820 y las del 30 de Agosto de 1836; en Italia por su primer Código Civil, y en los demás países, inclusive México, por sus Leyes derivadas de esas mismas fuentes.

Oscar Rabasa, citado por Villagordoa Lozano(7) agrega : "En México el fideicomiso romano en su

(7).- Villagordoa Lozano, José. Breve Estudio del Fideicomiso . Op. Cit. Pág. 31 .

forma antieconómica de sustitución fideicomisaria que producía la vinculación a perpetuidad de la propiedad, en manos de diversos herederos sucesivos, realmente nunca ha tenido existencia jurídica ni antes ni después de la independencia. Las Cortes Españolas, por decreto de 27 de septiembre de 1820, suprimieron los mayorazgos, fideicomisos y cualquiera otra especie de vinculación de bienes muebles e inmuebles, los cuales se declararon libres de tales limitaciones y prohibieron que en lo sucesivo se constituyeran ninguna de dichas instituciones ni vinculación alguna sobre cualquier clase de bienes o derechos, sin que se vedara directa o indirectamente su enajenación. Esta Ley Española publicada en la obra de Dublán y Lozano como vigente en México, por haberse dictado en época en que el país estaba aún sujeto a la legislación de España, abolió pues, desde el año de 1820 de nuestro medio legal, el fideicomiso gradual o familiar, y los Códigos Civiles desde el primero de 1870, hasta los actuales que, siendo ya la Nación independiente, substituyeron en la República a los caducos ordenamientos españoles, han proscrito también las instituciones fideicomisarias, último vestigio del primitivo derecho romano puro. Así pues la institución del fideicomiso, sea en su aspecto romano o en su forma anglosajona, no figuró en el sistema de Leyes de México sino hasta el año de 1928, cuando aparece por primera vez en la Ley General de Instituciones de Crédito el fideicomiso de tipo angloamericano(8).

Por las razones antes apuntadas, en el Código Civil de 1870 quedaron definitivamente prohibidas cualquiera de las sustituciones fideicomisarias de tipo romano. Este mismo criterio pasó al Código Civil de 1884, que en esta materia, reprodujo íntegramente las disposiciones del Código anterior.

El ordenamiento de 1884 permitió la sustitución vulgar (El testador podría substituir al heredero o herederos instituidos para el caso de que mueran antes que él, o de que no pudieran o no quisieran aceptar la herencia), dejó la pupilar, de manera que a los varones de menos de catorce años y a las mujeres de doce se les podía nombrar substituto al padre o ascendiente bajo cuya patria potestad se hallaran para el caso de que fallecieran antes de la edad referida y autorizaban también la ejemplar para que el ascendiente pudiera nombrar substituto al descendiente mayor de edad que conforme a derecho, hubiera sido declarado incapaz por enajenación mental. Pero prohibió expresamente las sustituciones

(8).- Villagordoza Lozano, José. *Breve Estudio del Fideicomiso*. Op. Cit. Ant. Pág. 32.

fideicomisarias y cualquiera otra diversa a las tres antes mencionadas (Artículos 3439, 3443, 3444 y 3448 del Código Civil del Distrito Federal y Territorio de la Baja California de fecha 31 de marzo de 1884).

Finalmente, el último del Código Civil de 1928, actualmente en vigor, prohíbe de un modo expreso todas las substitutiones fideicomisarias y cualquiera otra, inclusive la ejemplar y la pupilar reconocidas en los Códigos anteriores, dejando en pie la llamada vulgar (Artículos 1477 y 1480 del Código Civil vigente).

Como en México sólo se encontraba el fideicomiso romano vinculado a disposiciones testamentarias, los legisladores tuvieron que importar el trust anglosajón aunque en forma restringida, en vista de que únicamente se trasplantó a nuestro régimen jurídico el trust expreso.

La necesidad de amoldar a nuestro sistema legal a la institución anglosajona del trust, se hizo palpable cuando se empleó esta misma institución en los arreglos de la deuda pública exterior de México y, especialmente, en la emisión de obligaciones para la consolidación de la deuda de Ferrocarriles Nacionales, como lo destaca Rodolfo Batiza(9) al señalar como primer antecedente concreto del fideicomiso en México al trust celebrado en los Estados Unidos de Norteamérica, que tenía como fin el garantizar emisiones de obligaciones, destinadas a financiar la construcción de vías férreas para compañías mexicanas. Batiza argumenta que este trust denominado Deed, tuvo cierta influencia en México por el hecho de que en él intervinieron personas morales de nacionalidad mexicana, y surtía efectos al amparo del Código Civil de 1884 y la Ley para Ferrocarriles de 1899, algunos autores consideran a este contrato como mutuo o mandato de hipoteca y como consecuencia no podemos considerarlo propiamente como un antecedente doctrinario ni mucho menos legislativo.

A continuación nos dedicaremos a exponer las características más representativas de los primeros intentos por legislar sobre el fideicomiso en México, así como los antecedentes que precedieron a la actual Ley de Instituciones de Crédito en materia de fideicomiso.

(9).- Batiza, Rodolfo. *El Fideicomiso*. Op. Cit. Pág. 97.

1.- PROYECTO LIMANTOUR .

El proyecto de Ley presentado en 1905 por el entonces Secretario de Hacienda, señor José Yves Limantour iniciaba con una explicación, a manera de exposición de motivos en la que se destacaba el auge que en los países sajones estaban tomando las llamadas "trust companyes" o compañías fideicomisarias, cuya función fundamental consistía en ejecutar actos y operaciones en beneficio de las partes interesadas o de terceras personas. El objeto de estas instituciones es siempre el mismo: Interponer su mediación para asegurar el cumplimiento futuro, de buena fe, en condiciones eficaces y términos convenientes, de las obligaciones creadas al amparo de un contrato o de un acto, función que podría desempeñarse por individuos particulares; sin embargo, pasa respecto de ellos lo que acontece respecto a la función del crédito que, aún cuando pueda ser objeto de los actos de individuos particulares, desde el momento en que se trata de organizar instituciones especiales que sistemáticamente sirvan de intermediarios del crédito, se hace necesaria una reglamentación especial cuyo objeto es la garantía y protección de los intereses confiados a esas instituciones.

Agregaba que las relaciones cada vez más estrechas entre nuestra vida comercial y la de los Estados Unidos de Norteamérica, la afluencia de capitales de ese 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 a los Estados Unidos y en otros países, necesidad a la cuál responde la iniciativa, que por acuerdo del Presidente de la República se sometía a la consideración de la Cámara. La explicación Introdutoria manifestaba que la Secretaría de Hacienda había estudiado las bases consignadas en el proyecto de Ley que, de merecer la sanción del Poder Legislativo, permitiría al Gobierno expedir un Decreto autorizando la creación de compañías fideicomisarias que, bajo una rigurosa inspección, podrían prestar importantísimos servicios al público.

La exposición concluía señalando que la Ley que se trataba de expedir consignaría los principios fundamentales del fideicomiso en su más amplia acepción respetando aquellos principios de nuestro derecho público encaminados a impedir el estancamiento de la riqueza general, único peligro que puede tener el fideicomiso en algunas de sus aplicaciones.

El proyecto de Ley constaba de ocho artículos y disponía que el fideicomiso, para el cual se autorizaría la creación de instituciones especializadas, podría consistir: I.- "En el encargo hecho al fideicomisario, por virtud de contrato entre dos o más personas, de ejecutar cualesquiera actos, operaciones o contratos lícitos respecto de bienes determinados, para beneficio de alguna o de todas las partes en ese contrato, o de un tercero o para hacer efectivos los derechos o cumplir las obligaciones creadas expresamente en el contrato o que sea consecuencia legal del mismo" ; II.- "En el encargo hecho al fideicomisario, por parte interesada o mandato judicial, de ejecutar cualesquiera actos, operaciones o contratos lícitos respecto de bienes determinados, en beneficio de un tercero que tenga o a quien se confiera derecho a una parte o a la totalidad de dichos bienes o de sus productos, o a cualquier ventaja o aprovechamiento sobre los mismos" (Art.2). El fideicomiso importará un derecho real respecto de los bienes sobre los que se constituye. La Ley definirá la naturaleza y efectos de ese derecho y los requisitos para hacerlo valer (Art. 3). Para que una institución fideicomisaria pueda considerarse legalmente constituida, deberá llenar previamente los requisitos legales y ser autorizada por la Secretaría de Hacienda (Art. 4). En las concesiones que se otorguen para el establecimiento de instituciones fideicomisarias, se podrá autorizar a éstas a ejecutar los actos u operaciones que no sean legalmente incompatibles con sus funciones fundamentales (Art. 5). La Ley fijará los términos en que las compañías deban garantizar el fiel cumplimiento de sus obligaciones, así como los principios conforme a los cuales habrán de ser inspeccionadas por la Secretaría de Hacienda, para asegurar los intereses del público (Art. 6). Podrán concederse exenciones y privilegios especiales en materia de impuestos a dichas compañías o instituciones y a las operaciones que éstas ejecuten, con los requisitos que establecería la Ley (Art. 7). Se facultaba igualmente al Ejecutivo para que modifique la Legislación civil, mercantil y de procedimientos, en los puntos en que ello sea estrictamente necesario para asegurar la función de las instituciones fideicomisarias y la firmeza de los contratos y actos que estén autorizados a ejecutar (Art. 8).

Es pertinente aclarar que el término con que se denominó a estas instituciones dentro del proyecto, era erróneo al llamarlas fideicomisarias y no fiduciarias como debió haber sido lo correcto.

El proyecto no fué aprobado por el Congreso de la Unión a pesar de que se dió cuenta de él en la sesión de la Cámara de Diputados el mismo día en que fué enviado y de que se turnó a las Comisiones Unidas, Primera de Justicia y Segunda de Hacienda; pero revistió primordial importancia por haber sido el primer

antecedente teórico en México de esta institución y el primer intento en el mundo para adaptar el trust a un sistema jurídico tradicionalmente romanista.

2.- PROYECTO CREEL .

Durante la época revolucionaria en México, la actividad legislativa se vió mermada en todos los ámbitos y fué hasta 1924, es decir, algo más de dieciocho años después del Proyecto Limantour, cuando con motivo de la celebración de la Primera Convención Bancaria se propuso el Proyecto sobre Compañías Bancarias de Fideicomiso y Ahorro, cuyo autor fue Don Enrique C. Creel. En dicho proyecto el señor Creel expuso que se había iniciado en México la creación de compañías bancarias de fideicomiso y ahorros y que, como autor del proyecto se consideraba en el deber de informar acerca del desarrollo y funcionamiento de estas compañías en los Estados Unidos, refiriéndose, más que a los textos de la Ley, al procedimiento seguido en la práctica, conforme a lo que él había visto en aquél país durante nueve años. En esta explicación se establecía que la operación principal que celebraban estos bancos y que es característica de las compañías de fideicomiso, consiste en la aceptación de hipotecas, y más que de hipotecas, de contratos de fideicomiso de toda clase de propiedades, bonos de compañías, ferrocarriles, etc., y que otras operaciones consisten en recibir en fideicomiso los bienes de viudas, de los huérfanos y niños, y es así como los bienes, muebles e inmuebles, quedan asegurados y administrados por una institución de crédito y prestigio. El señor Creel proponía diecisiete bases conforme a las cuáles el Ejecutivo de la Unión pudiera expedir la Ley General.

Las compañías bancarias de fideicomiso y ahorro contarían con un capital de quinientos mil pesos en el Distrito Federal y de doscientos cincuenta mil pesos en los Estados y Territorios (Base I); 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 (Base II); ejecutar las funciones de albacea, administrador, tutor y síndico en los concursos (Base III y IV); servir como peritos valuadores de toda clase de bienes (Base V); conservar en depósito y administración los bienes de incapacitados (Base VI); recibir en guarda los contratos condicionales celebrados por empresas o particulares, para su eventual cumplimiento (Base VII); pagar los impuestos y mesadas de gastos de su clientela (Base VIII); llevar libros de registro para la

transmisión de acciones y bonos nominativos de toda clase de sociedades (Base IX); expedir certificados sobre la validez de toda clase de títulos de propiedad (Base X); llevar registros de capitales y notas de curso de los negocios para dar informes confidenciales a su clientela o al comercio en general (Base XI). Se concedían a las compañías, durante un lapso de veinticinco años, las franquicias fiscales señaladas en la Ley de Instituciones de Crédito de 1897 (Base XVII).

Advertía el señor Creel que para generalizar en México las operaciones de fideicomiso se necesitaría el transcurso de algunos años, pero que ya era tiempo de comenzar a difundir su uso, aclaraba además que, habría de reformar nuestras Leyes, introduciendo aquéllas que rigen a las instituciones de fideicomiso que, en muchos casos, chocan con las de origen latino.

El Proyecto sustituía la expresión "Instituciones Fideicomisarias" usada en 1905, por la denominación "Compañías Bancarias de Fideicomiso y Ahorro", pero aún así el Proyecto adolecía de una gran ambigüedad en cuanto a funciones y actividades encomendadas a tales compañías y a pesar de que la Convención opinó que se recomendara a la consideración de la Secretaría de Hacienda, jamás fué sancionado como Ley, pero no por ello este intento carece de mérito ya que sirvió para inspirar el contenido de algunas disposiciones de la legislación posterior.

3.- PROYECTO VERA ESTAÑOL .

Este constituyó el último antecedente doctrinario y fué presentado por el Lic. Jorge Vera Estañol, quien también participó en la creación del primer proyecto de 1905, motivo por el cual vuelve a incurrir en una terminología errónea, el Proyecto se denominó Ley de Compañías Fideicomisarias y de Ahorro, presentado a la Secretaría de Hacienda a mediados de marzo de 1926. Respecto a su contenido el capítulo II se refería a las "operaciones fideicomisarias" (fiduciarias), 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 algunos o de todos los contratantes, o en el de hacer efectivos o cumplir las obligaciones estipuladas en dicho contrato, o que sean su consecuencia legal; II.- En el encargo que, por parte interesada o por

mandato judicial, se hiciera a la compañía de ejecutar cualesquier actos, operaciones o contratos lícitos respecto de bienes determinados en beneficio de un tercero con derecho a una parte o a la totalidad de dichos bienes o de sus productos, o a cualquier otra ventaja o aprovechamiento de los mismos (Art. 10).

Los actos, operaciones o contratos que la sociedad podría ser autorizada a celebrar como fideicomisaria, consistirían en adquirir, enajenar, gravar, poseer, explotar, administrar o intervenir los bienes objeto del fideicomiso y, en general, en ejercer cualquier otro derecho sobre los bienes (Art. 12). Podían ser objeto del fideicomiso los bienes inmuebles y derechos reales, cualesquiera clase de valores, créditos, títulos, papeles, dinero 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 (Art. 13). Entre los fines para los cuales podrían crearse los fideicomisos; salvo las limitaciones legales, se enumeraban la venta, adjudicación, enajenación o gravamen de los bienes materia del fideicomiso; el pago o distribución a otras personas del producto obtenido mediante cualquiera de dichos actos; la administración, explotación o aprovechamiento de bienes y la entrega o aplicación de una parte o la totalidad de sus frutos o productos; la entrega de una renta o pensión fija o variable, la acumulación de rentas o productos de bienes de cualquier especie y, en general, la ejecución de cualquier prestación lícita de hecho o de cosa a favor de cualquier persona (Art. 14).

Sin perjuicio de lo anterior, las compañías podían especialmente en su carácter de "fideicomisarias": I.- Ser administrador, liquidador y partidor de sucesiones, comunidades, asociaciones, sociedades, concursos y quiebras; ser albacea, depositario, interventor o curador y regir y administrar bienes de menores incapacitados; II.- Ejercer el patronato de las fundaciones de beneficencia privada con sujeción a las Leyes de la materia; III.- Ser comisario de sociedades anónimas y desempeñar las funciones de consejo de vigilancia en las sociedades cooperativas o en comandita por acciones, aunque la misma sociedad consecionaria no fuera accionista o socio de dichas sociedades; IV.- Ser representante común de los obligacionistas en las emisiones de las obligaciones o bonos simples o garantizados con hipoteca; V.- Garantizar la validez de títulos de propiedades inmuebles, certificar la validez o legalidad de toda clase de emisiones de bonos y obligaciones y garantizar la solvencia de cualquier deudor u obligado; VI.- Actuar como apoderado, agente o gestor de individuos, compañías o corporaciones en cualquier clase de negocios en que una persona física pudiera desempeñar tales funciones; VII.- Expedir certificados en caso de reunión, por virtud de adquisiciones diversas, de varios predios para formar uno solo bajo el

mismo propietario, haciendo constar la fusión, o bien, en caso de división de un predio, expedir certificados con relación a cada una de las fracciones, haciendo constar la operación. En estos casos, la sociedad guardaría en su poder los títulos de propiedad y los certificados emitidos servirían de nuevo título de propiedad para todos los efectos legales, como si fueran instrumentos públicos, debiendo inscribirse en los libros del Registro Público (Art. 19). En los casos de su competencia, los Tribunales podían designar a las compañías para el desempeño de cualquiera de los cargos mencionados en las fracciones I y II, con la sola limitación de que esas funciones debían referirse exclusivamente a los bienes y nunca se extenderían a conferir autoridad sobre las personas (Art. 20).

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 mortis causa o de acto que debiera producir efectos después de la muerte del otorgante, no podía comprender como beneficiarios sino a las personas existentes al tiempo de la creación o a sus inmediatos descendientes y si el beneficiario no era persona física, la duración del fideicomiso no podía exceder de treinta años, salvo lo que estableciera la legislación civil y la especial a institutos de beneficencia. Cuando el 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 ejecución, cumplimiento o garantía se hubiera creado (Art. 11).

El fideicomiso creado para la percepción de frutos, ventas o productos de un inmueble, o sobre cualquier otro derecho relativo a estos bienes, y el creado sobre ellos directamente, constituiría un gravamen real con efecto respecto de tercero desde la fecha de su inscripción en el Registro Público de Hipotecas (Art. 15). El fideicomiso sobre bienes muebles constituiría un gravamen real y produciría efectos para los terceros desde la fecha en que se llenaren los requisitos siguientes: I.- Si se tratara de un crédito nominativo o derecho personal, desde que el fideicomiso fuere notificado al deudor; II.- Si se tratara de un título a la orden, desde que hubiese sido endosado, al "fideicomisario", con anotación de estar sujeto a determinado fideicomiso; III.- Si se tratara de una cosa corporea o consistiere en papeles o en títulos o valores al portador, desde que estuviere en poder del "fideicomisario" (Art. 16). En los casos anteriores, los derechos de personas extrañas al fideicomiso no podrían hacerse valer sobre los bienes materia del mismo en todo lo que impidiera o entorpecieran directa o indirectamente su ejecución, excepto si el fideicomiso se hubiese creado en fraude o en perjuicio de dichas personas o cuando éstas adujeran

derechos reales legalmente constituidos con anterioridad (Art. 17).

Todos los derechos y obligaciones del fideicomisario se regirán por las cláusulas del acto constitutivo, en cuanto no fueren contrarios a los preceptos legales y, en defecto de aquéllas y éstos, por las disposiciones del Código Civil del Distrito Federal, especialmente las referentes al contrato de mandato (Art. 23). Cuando la compañía tuviere en su poder, real o virtualmente alguna cosa para efectos de un fideicomiso, podía ejercer toda clase de acciones reales o personales necesarias para la guarda y conservación de la cosa o para la ejecución de los actos que requieren su cumplimiento, salvo las limitaciones establecidas por el acto constitutivo (Art. 21).

La compañía "fideicomisaria" podía renunciar al fideicomiso : I.- Cuando el que lo hubiere constituido, sus causahabientes, o el beneficiario en su caso, se negaren a pagar las compensaciones estipuladas en su favor; II.- Cuando el beneficiario se negare a recibir las prestaciones instituidas en su favor; III.- Al haber transcurrido cinco años de la fecha de constitución del fideicomiso, caso en que la renuncia tendría efecto noventa días después de haberse publicado en el Diario Oficial por diez veces consecutivas, el propósito de renunciar y de haberlo comunicado, en sus respectivos casos, a la autoridad competente o a los interesados; IV.- Cuando procediere la renuncia con arreglo al acto constitutivo o a los términos de su aceptación (Art. 25).

El fideicomiso terminaría: I.- Cuando hubiere muerto el beneficiario y sus sucesores o hubiese expirado el plazo de treinta años; II.- Cuando las cosas objeto del fideicomiso se extinguieren o se destruyeren sin culpa ni negligencia del fideicomisario y no fueren substituidas por otras, o cuando se hicieren insuficientes para su objeto; III.- En los casos de revocación y en los previstos en el acto constitutivo; IV.- Por sentencia dictada en juicio, en el que el fideicomisario fuere oído; V.- En los demás casos en que conforme a la Ley debieran darse por extinguidos los derechos y obligaciones nacidos de los contratos (Art. 26).

Todas las cuestiones que tuvieran como origen un fideicomiso suscitadas entre las partes interesadas, se ventilarían en juicio mercantil conforme al Código de Comercio (Art. 27). La compañía fijaría en cada caso, o por medio de tarifas generales, el honorario o compensación que debiera corresponderle por sus servicios como "fideicomisario" (Art. 28).

En el capítulo IV "Derechos y Franquicias Generales", el proyecto contenía un sistema detallado acerca del régimen fiscal del fideicomiso, dentro del cuál la disposición más importante es quizá la que prescribía que cuando por vía de fideicomiso o por virtud de éste la compañía adquiriera bienes raíces o derechos reales, la adquisición no estaría sujeta a pago de otro impuesto que el del timbre, quedando por lo mismo exenta esta clase de operaciones de todo impuesto de registro, trasiación o dominio, o cualquiera otro, pero cuando la compañía enajenara, aunque fuera en cumplimiento de un fideicomiso, el acto estaría sujeto al pago del impuesto con arreglo a las leyes (Art. 79).

4.- LEY GENERAL DE INSTITUCIONES DE CRÉDITO Y ESTABLECIMIENTOS BANCARIOS DE 1924.

Esta Ley fue dictada el 24 de diciembre de ese mismo año y publicada en el Diario Oficial del 16 de enero de 1925. En el informe que la Secretaría de Hacienda envió al Congreso de la Unión se indicaba que la Ley seguía en el fondo, el sistema de la Ley General de Instituciones de Crédito de 1897, pero que llenaba vacíos en la misma. La legislación anterior se ocupaba exclusivamente de los bancos de emisión, de los bancos hipotecarios y de los refaccionarios, y carecía de disposiciones sobre los bancos de depósito y los establecimientos y casas bancarias que no cupieran dentro de los rígidos cuadros legales. La nueva Ley cuidó de comprender dentro de su ámbito a todos aquellos negocios bancarios que afectarían al interés público.

En su capítulo VIII se refiere a los bancos de fideicomiso estableciendo que: "Los bancos de fideicomiso sirven a los intereses del público en varias formas y principalmente administrando los capitales que se les confían e interviniendo, con la representación común de los suscriptores o tenedores de bonos hipotecarios, al ser emitidos éstos, o durante el tiempo de su vigencia".

Disponía la Ley que las instituciones que reglamentaba tenían en común la función de facilitar el uso del crédito, distinguiéndose entre sí por la naturaleza de los títulos especiales, que ponía en circulación o por la naturaleza de los servicios que prestaban al público (Art. 5). Entre las instituciones objeto de la Ley quedaban comprendidos los bancos de fideicomiso (Art. 6, fracción VII), a los cuáles sometía a un régimen de concesión estatal (Art. 7); debían contar con un capital mínimo de un millón de pesos en el

Distrito Federal y de quinientos mil pesos en los Estados y Territorios Federales (Art. 12, fracción II, inciso E); las concesiones tenían una duración máxima de treinta años a partir de la fecha de la Ley, y su carácter era el de meras autorizaciones para establecer y explotar instituciones de crédito (Art. 15). La Ley enunciaba que los bancos de fideicomiso se regirían por la Ley especial que para tal efecto habría de expedirse (Art. 74).

La consagración del fideicomiso en nuestro sistema legal fué el resultado que se tuvo de la Primera Convención Bancaria que se celebró en 1924, donde a iniciativa del señor Enrique C. Creel se llevó a efecto el primer intento serio para implantar esta institución en nuestro sistema jurídico.

Debe notarse que contra la opinión del Dr. Ricardo J. Alfaro, el fideicomiso mexicano se reservaba a los bancos solamente, no era institución de Derecho Civil, sino una operación de crédito que sólo como tal se introducía en la legislación, sin considerar la posibilidad de los trustees como personas privadas, sino sólo la de las compañías bancarias de trust, cuya utilidad en las finanzas y en el crédito fué motivo determinante en el legislador.

5.- LEY DE BANCOS Y FIDEICOMISOS .

Como establecimos con anterioridad, la Ley Bancaria de 1924, señalaba que debería expedirse una Ley que regulara las actividades de las instituciones bancarias de fideicomiso, dando como resultado, la creación de la Ley de Bancos de Fidelcomiso promulgada el 30 de junio de 1926. Su articulado de ochenta y seis preceptos se distribuía en cinco capítulos, a saber: Objeto y constitución de los bancos de fideicomiso, operaciones de fideicomiso, departamento de ahorros, operaciones bancarias de depósito y descuento y disposiciones generales.

La Ley contenía una exposición de motivos en la que se advierte influencia de las ideas de Alfaro y Creel. Indicaba que en la Ley General de Instituciones de Crédito habían quedado mencionados los bancos de fideicomiso como instituciones de crédito para los efectos legales, aunque no se hizo desde luego su reglamentación por lo que para tal efecto se expedía esta Ley. Agregaba que los citados bancos se consideraron como un complemento necesario del sistema bancario nacional, pero que al

tratarse de una institución de nueva creación, se prefirió aplazar su reglamentación tomando el tiempo necesario para hacer un estudio detenido de sus bases. La institución del fideicomiso era nueva en México y en consecuencia, la Ley relativa importaba la legislación de una institución jurídica moderna que, especialmente en los países sajones, se practicaba desde hacía tiempo produciendo prolíferos resultados. Se 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 la 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, a fin de que haya unidad en el sistema y se eviten discordancias o conflictos entre unas y otras instituciones jurídicas.

La exposición de motivos concluía de esta forma : "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 ellas 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".

El objeto principal y propio de esta clase de bancos era la celebración de las operaciones por cuenta ajena en favor de tercero autorizadas por la Ley, cuya ejecución se confiaba a su honradez y buena fe; como objeto secundario tenían el establecimiento de departamentos de ahorros y la práctica de las operaciones de la banca de depósito y descuento, con ciertas limitaciones (Art. 1); se producía el régimen de concesión estatal consagrado en la Ley de 1924 (Art. 2), exigiéndose un capital de quinientos mil pesos en el Distrito Federal y doscientos cincuenta mil pesos en los Estados y Territorios (Art. 2, fracción I); se prohibía que los bancos y compañías del extranjero tuvieran agencias o sucursales cuyo objeto fuera la práctica de operaciones de fideicomiso (Art. 5).

El fideicomiso era definido por la Ley como "Un mandato irrevocable en virtud del cuál 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 o beneficiario" (Art. 6); el fideicomiso sólo podía constituirse para un fin lícito (Art. 7); quedaban prohibidos los fideicomisos secretos y los constituidos a título gratuito que produjeran efectos a la muerte del fideicomitente a favor de incapaces de heredar o recibir legados (Art. 8 y 9); las formas de constitución del fideicomiso podían ser por escritura pública, documento privado o testamento (Art. 11); los bienes entregados para la ejecución del fideicomiso se considerarían salidos del patrimonio del fideicomitente en cuanto fuera necesario para la misma, o por lo menos gravados a favor del fideicomisario, declarándose inembargables (Art. 12); podían ser objeto del fideicomiso bienes inmuebles y derechos reales, así como cualesquiera clase de valores, créditos, títulos, dinero en efectivo, bienes muebles en general y cualquier derecho excepto los que conforme a la Ley no pudieran ser ejercidos sino directa e individualmente por su dueño (Art. 13, párrafo 1º); el fideicomiso constituido sobre inmuebles debía inscribirse en la Sección de la Propiedad del Registro Público si hubiera traslación de dominio o en la de Hipotecas, en caso contrario, mediante la presentación del documento de aceptación del banco (Párrafos 2º y 3º); el banco fiduciario podía ejercitar en cuanto a los bienes fideicomitidos las acciones y derechos inherentes al dominio aún cuando no se expresaran en el título constitutivo del fideicomiso, pero no podría enajenarlos, gravarlos ni pignorarlos, a menos de tener facultad expresa o ser ello indispensable para la ejecución del fideicomiso (Art. 14); si el banco tuviere intereses propios opuestos a la leal ejecución del fideicomiso o si malversara o administrara con dolo o culpa grave de los bienes, sería separado del cargo a solicitud del fideicomisario, del fideicomitente o del Ministerio Público (Art. 16); cuando los bienes estuvieran en peligro de pérdidas o menoscabo, dichas personas podrían promover las providencias para su seguridad (Art. 17); cuando hubiere dos o más fideicomisarios, su voluntad sería expresada en la forma y términos establecidos en el título constitutivo y, a falta de disposición expresa, se convocaría a una junta en que las decisiones serían tomadas a mayoría de votos computados, por representaciones y no por personas (Art. 20); las cuestiones que se suscitaren entre fideicomitente, banco fiduciario y fideicomisario, serían ventiladas en juicio mercantil (Art. 21).

El fideicomiso se extinguiría : I.- Por el cumplimiento de su objeto; II.- Por hacerse éste imposible; III.- Por no cumplirse la condición suspensiva de que dependiera, dentro de los veinte años siguientes a su constitución; IV.- Por cumplirse la condición resolutoria; V.- Por convenio expreso entre el fideicomitente y el fideicomisario (Art. 18). Extinguido el fideicomiso, el banco daría a los bienes existentes la aplicación prevista, y a la falta de disposición, los devolvería al fideicomitente o a quien representare sus derechos (Art. 19).

Facultaba la Ley a los bancos de fideicomiso para encargarse, como fiduciarios, de las siguientes operaciones : Intervenir en la ejecución de contratos a plazo o condicionales para su eventual cumplimiento, a efecto de recibir o entregar valores o ejecutar cualesquiera otros actos al cumplirse las condiciones previstas (Art. 22, fracción I); intervenir en la emisión de bonos al portador con garantía hipotecaria o sin ella, otorgando en unión de la parte emisora la correspondiente escritura de emisión y de garantía, así como los títulos mismos, a fin de acreditar su legitimidad con la obligación de entregar al emisor los fondos pagados por los suscriptores o adquirentes (Fracción II); encargarse de llevar, en representación de personas o sociedades, los libros de registro de transmisión de acciones o bonos nominativos, las escrituras constitutivas o de emisión, o los estatutos o reglamentos correspondientes (Fracción III); ejercer el patronato de fundaciones de beneficencia, investigación o difusión de la cultura (Fracción IV); y ejecutar cualquier otro acto y operación, siempre que se reunieren los requisitos legales para la existencia del fideicomiso propiamente dicho (Fracción V).

Aparte de las anteriores, la Ley concedía a los bancos de fideicomiso facultades para celebrar otras operaciones por cuenta ajena que fueran encomendadas a su honradez y buena fé en virtud de contratos de mandato, depósito u otro cualquiera y especialmente, las siguientes : Administrar bienes muebles o inmuebles, incluso los pertenecientes a sucesiones, menores u otros incapacitados, ausentes o ignorados y concursos de acreedores (Art. 23, fracciones I y II); desempeñar el cargo de albacea general, albacea delegado, ejecutor testamentario, síndico e interventor en los juicios de concurso (Fracciones III, IV y V); actuar como depositario interventor y representante de ausentes e ignorados (Fracciones VI y VII); suscribir por cuenta ajena acciones de sociedades mercantiles y bonos hipotecarios (Fracción VIII); ejercer el cargo de representante común de obligacionistas o tenedores de bonos, comisario de sociedades anónimas, consejo de vigilancia en las sociedades en comandita (Fracciones IX y X); recibir en depósito las acciones de suscriptores de acciones de sociedades mercantiles, al ser organizadas o aumentarse su capital (Fracción XI); encargarse del pago de obligaciones y cupones, así como de su cancelación o amortización (Fracción XII); representar en asambleas a los tenedores de acciones y bonos y recibir en depósito acciones de sociedades mercantiles para la asistencia de asambleas o para el fiel desempeño de cargos de administración o vigilancia (Fracciones XIII y XIV); tener y cuidar, a nombre del acreedor, cosas o valores dados en prenda (Fracción XV); hacer manifestación y pago de cualquier clase de impuestos a nombre y por cuenta de los respectivos causantes (Fracción XVI); comprar y vender a comisión toda clase de valores (Fracción XVII); estudiar la titulación de bienes

inmuebles y dictar sobre su legalidad (Fracción XVIII); formular avalúos y en general, desempeñar por cuenta ajena todas las demás comisiones que se les confiera (Fracciones XIX y XX).

Los bancos de fideicomiso desempeñarían sus funciones y ejercerían sus facultades por medio de las personas a quienes correspondiera su representación conforme a la Ley, a sus escrituras constitutivas y estatutos, con el derecho de legarlas en apoderados; los bancos serían responsables de la gestión de representantes y apoderados (Art. 36); la designación de los bancos de fideicomiso, para encargarse de la administración de los bienes, podía hacerse por testadores, albaceas, herederos, ascendientes en ejercicio de la patria potestad, tutores, depositarios, representantes de ausentes, síndicos, comisiones liquidadoras de concursos y jueces; además, las personas ya nombradas en tales cargos quedaban autorizadas para delegarlos a favor de los bancos fiduciarios (Arts. 24 al 30).

La Ley disponía, por último, que el funcionamiento de los departamentos de fideicomiso, de ahorro y de depósito y descuento sería independiente entre sí y llevaría su contabilidad especial, sin perjuicio de reunir todas las operaciones en una contabilidad general; enumeraba el orden de preferencia de créditos a cargo de los bancos de fideicomiso y les prohibía la emisión por su propia cuenta, de bonos al portador o de circulación pública (Arts. 82 al 84).

Es pertinente destacar el error en que incurría esta Ley al definir al fideicomiso como un mandato irrevocable, ya que como veremos en el Capítulo IV de este trabajo de Tesis, esto resulta una aberración jurídica, aún cuando todo ello es parcialmente justificado dada la inexperiencia del legislador de la época en relación a una figura totalmente nueva en el sistema jurídico del país.

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

Esta Ley vino a reemplazar a la joven Ley de Bancos de Fideicomisos expedida cuatro meses antes, pero de hecho vino a reproducir, los conceptos y reglas vertidas en la anterior, salvo algunas excepciones.

Dentro de los puntos relevantes que presentó la nueva Ley, se reiteró la prohibición a las instituciones de crédito extranjeras para llevar a cabo operaciones de fideicomiso en México.

Se exigía que estas instituciones se constituyeran como sociedades anónimas con un número no menor de quince socios fundadores y con un capital mínimo de quinientos mil pesos en el Distrito Federal y doscientos cincuenta mil pesos en los Estados y Territorios Federales.

La duración de las concesiones no excedería de treinta años contados desde el 29 de diciembre de 1924. Los demás artículos normaban el objeto y constitución de los bancos de fideicomiso, su organización y funcionamiento y el tipo de operaciones que podían llevar a cabo, así como las causas de extinción. Su vigencia fué de seis años y según Rodolfo Batiza(10) los primeros fideicomisos de garantía que se celebraron en México, se perfeccionaron bajo el auspicio de esta Ley.

7.- LEY GENERAL DE INSTITUCIONES DE CREDITO DE 1932.

Esta reglamentación se publicó en el Diario Oficial el 29 de junio de ese mismo año, su exposición de motivos declaraba 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 gran vaguedad de conceptos en torno a ella. 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. Señalaba que siguiendo en ello el precedente ya establecido, la nueva Ley sólo autorizaba la constitución de fideicomisos cuando el fiduciario fuera una institución especialmente sujeta a la vigilancia del Estado y mantenía todas las prohibiciones conducentes a impedir que, contra la tradición jurídica, el fideicomiso diera lugar a sustituciones indebidas o a la constitución de patrimonios alejados del comercio jurídico normal.

10.- Batiza, Rodolfo. El Fideicomiso. Op. Cit. Página 114.

Por instituciones de crédito entendía esta Ley las sociedades mexicanas que tuvieran por objeto exclusivo la práctica de operaciones activas de crédito y la celebración de ciertas operaciones, entre las cuáles se encontraba la de actuar como fiduciarias (Art. 1°); conservaba el requisito de la concesión del Gobierno Federal e imponía a las fiduciarias un capital mínimo de doscientos mil o cien mil pesos según se estableciera en la capital de la República o en otras ciudades del país (Art. 3°); reproducía la prohibición de que las sucursales de bancos o de instituciones de crédito del extranjero actuaran como fiduciarias (Art. 5°).

Las sociedades y los departamentos de las instituciones autorizadas, gozaban de las siguientes atribuciones : intervenir en la emisión de toda clase de títulos de crédito, garantizando su autenticidad o las firmas y la identidad de los otorgantes; encargarse de que las garantías quedaran debidamente constituidas, cuidando de que la inversión de fondos se hiciera en los términos pactados, recibir los pagos o exhibiciones de los suscriptores, actuando como representante común de los tenedores de títulos; hacer el servicio de caja o tesorería de las instituciones respectivas, tomando a su cargo el llevar los libros de registro correspondiente y la representación de los accionistas, acreedores u obligacionistas en juntas o asambleas (Art. 90, fracción I); desempeñar el cargo de comisario, miembro del consejo de vigilancia de sociedades, síndico, y encargarse de la liquidación judicial o extrajudicial de negociaciones, establecimientos, concursos o herencias (Fraciones II, III); recibir en depósito administración o garantía, por cuenta de terceros, toda clase de bienes, títulos o valores (Fracción IV); desempeñar los cargos de albacea, ejecutor especial, interventor, depositario judicial, representante de ausentes o ignorados, tutor o curador y patrono de instituciones de beneficencia (Fracción V); administrar toda clase de bienes, a excepción de fincas rústicas, y desempeñar toda clase de mandatos y comisiones (Fracción VI); encargarse de hacer avalúos, con valor probatorio igual al de los corredores titulados o peritos (Fracción VII). Se facultaba a los síndicos, albaceas, ejecutores especiales, representantes de ausentes o ignorados, tutores, curadores, y depositarios para delegar su encargo en una institución fiduciaria y se prevenía a jueces y tribunales, al hacer la designación de esos cargos, que prefirieran las instituciones; en los casos de la delegación cesarían las responsabilidades del delegante y, en situaciones en que se tratara de la guarda de personas y bienes, como en la tutela o curatela, se entendería el discernimiento hecho exclusivamente en cuanto a los bienes y nunca extendido a las personas (Art. 91).

Prescribía la Ley que el desempeño del cargo y el ejercicio de las facultades de las instituciones fiduciarias se realizaría por uno o más funcionarios designados al efecto cuyo nombramiento podía en todo tipo vetar la Comisión Nacional Bancaria, así como solicitar su remoción (Art. 92); establecía que en la contabilidad de las instituciones, los bienes, valores y derechos dados en fideicomiso, lo mismo que sus productos, se harían constar en cuenta especial sin que en ningún caso estuvieran afectos a otras responsabilidades o el ejercicio de otras acciones que las derivadas del fideicomiso mismo o de las que conforme a la Ley correspondieran a terceros (Art. 93); fijaba las normas a seguir por las instituciones en la ejecución de contratos condicionales (Art. 94); enumeraba las causas para admitir la renuncia de las instituciones al desempeño del cargo de un fideicomiso y les imponía responsabilidades civiles y penales en casos de incumplimiento, concediendo el ejercicio de las acciones correspondientes al beneficiario o a sus representantes legales y a falta de éstos, al Ministerio Público, así como al fideicomitente, si se hubiere reservado ese derecho al constituirse el fideicomiso (Arts. 95 y 96).

Paralela a la Ley Bancaria de 1932, se promulgó el 26 de agosto del mismo año la Ley General de Títulos y Operaciones de Crédito vigente en la actualidad, cuyo Título II, Capítulo V, regula al fideicomiso como institución sustantiva. En la exposición de motivos se indica que en esta Ley se corrigen los errores y lagunas más evidentes de la Ley de 1926, la nueva Ley conservaba en principio, el sistema ya establecido de admitir solamente el fideicomiso expreso, y circunscribía a ciertas personas la capacidad para actuar como fiduciarias y establecía las reglas indispensables para evitar los riesgos que con la prohibición absoluta de instituciones similares al fideicomiso a tratado de eludir siempre la legislación mexicana.

En los artículos 346 y 347, se encuentra explicada la naturaleza jurídica del fideicomiso que dá pie a la realización de la presente tesis, ya que el legislador de 1932, siguiendo la teoría del autor francés Pierre Lepaulle, establece en dichos preceptos 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"; el artículo 347 agrega que "El fideicomiso será válido aunque se constituyan sin señalar fideicomisario, siempre que su fin sea lícito y determinado". Aunque el fideicomiso se perfecciona desde el momento en que se hace la destinación de ciertos bienes a la realización de un fin encargado a una institución fiduciaria, más adelante el artículo 358 agrega 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 efecto, al constituirse el mismo; ...". De aquí desprendemos que aparte de la destinación de ciertos bienes a un fin determinado, la titularidad de los mismos no queda vacante como pretende el referido autor francés, al concebir un patrimonio de afectación carente de titular, que en nuestro sistema jurídico no puede existir, sino que los bienes y derechos que se afectan en el fideicomiso, se tienen que transmitir al fiduciario, quien a su vez está obligado "A cumplir dicho fideicomiso conforme al acto constitutivo" (Art. 356). Esta obligación no la podría cumplir el fiduciario si no fuera titular de los bienes o derechos que forman la materia del fideicomiso.

El artículo 357 establece las causas de extinción del fideicomiso; el artículo 358 nos indica el destino de los bienes fideicomitados cuando ocurre la extinción del fideicomiso, así como los requisitos formales que se deben seguir, cuando se afectaron bienes inmuebles o derechos reales impuestos sobre ellos; la última parte de este artículo dispone que la transmisión de bienes inmuebles o derechos reales impuestos sobre los mismos, que realice el fiduciario al extinguirse el fideicomiso, deberá anotarla en el documento constitutivo de la operación, para que surta efectos contra terceros, inscribiéndose posteriormente dicha declaración en el Registro Público de la Propiedad del lugar en que hubiere sido inscrito, y finalmente el artículo 359 se refiere a los fideicomisos prohibidos.

Después de la Ley Bancaria de 1932, fué promulgada la Ley de Instituciones de Crédito y Organizaciones Auxiliares de 1941, dicha Ley, fundándose en una serie de consideraciones reforma tres puntos fundamentales :

1.- Distingue, mediante el trazado de un plan, la banca propiamente dicha o de depósito, de las sociedades o instituciones de inversión, diferenciando entre estas últimas tres categorías: Las sociedades financieras, las de crédito hipotecario y las sociedades de capitalización.

2.- Se estima por la Ley el volumen presente de dinero de ahorro que los bancos suelen recoger, cualquiera que sea la forma jurídica a la vista o a plazo, que los depositarios adopten estableciendo un límite máximo del pasivo exigible para las inversiones en títulos y valores.

3.- Establece que las operaciones de depósito de ahorro y las operaciones fiduciarias queden reguladas de modo que, tanto puedan estar encomendadas a sociedades constituidas con este solo objeto, como incorporadas mediante la concesión correspondiente, a cualquiera de las instituciones bancarias o de inversión; ya que estas formas de operar, lejos de ser incompatibles con cada una de ellas, pueden ser muy bien complementarias de los cometidos propios de esas instituciones.

Es importante mencionar que la Ley de Instituciones de Crédito y Organizaciones Auxiliares de 1941, regula a las instituciones fiduciarias en los artículos 44 a 46, 126, 127, 135 a 138 y 156, y es especialmente importante para nosotros el análisis del inciso c), fracción II del artículo 45, porque confirmaba la naturaleza del fideicomiso que quedó trazada en los artículos 356 y 357 de la Ley General de Títulos y Operaciones de Crédito ya que al tratar las reglas a que se someterá la actividad de las instituciones fiduciarias y el indicar en la fracción II la proposición de las responsabilidades de dichas instituciones, con relación a su capital, sostiene la tesis de que el fiduciario es el titular de los derechos fideicomitidos, pues señalaba claramente en el inciso c) que "Cuando se trata de operaciones de fideicomiso por las que la institución ejercite como titular derechos que le han sido transmitidos con encargo de realizar un determinado fin...". En este precepto legal el legislador expresamente señala el funcionamiento jurídico del fideicomiso, al afirmar que por esta operación hay transmisión de derechos al fiduciario, para la realización de un fin determinado. Esta disposición confirma la interpretación que formulamos de los respectivos artículos de la Ley General de Títulos y Operaciones de Crédito, donde se encuentra contenida la naturaleza jurídica del fideicomiso y que viene a representar el punto total de la tesis sostenida en este trabajo.

Por otro lado, en relación a la Ley General de Títulos y Operaciones de Crédito, puede afirmarse de manera categórica, contra la creencia en general admitida, que ni uno sólo entre los catorce artículos de la Ley que hablan sobre el fideicomiso está inspirado directamente en el trust angloamericano. En efecto, el artículo 346, que describe el concepto de fideicomiso, refleja en lo esencial la llamada "Afectación" patrimonial a un fin, sostenida por el jurista francés Lepaulle(11). Los artículos restantes están influidos por el proyecto de Ley sobre Fideicomiso elaborada por el jurista panameño Ricardo

(11).- Lepaulle, Pierre. Tratado Teórico y Práctico de los Trusts en Derecho Interno, en Derecho Fiscal y en Derecho Internacional. Edit. Porrúa . Página 78. México 1975.

Alfaro, ya que en forma directa o a través de las dos Leyes de 1928, la de Bancos de Fideicomiso y la General de Instituciones de Crédito y Establecimientos Bancarios, en tanto que otros artículos derivan del Proyecto de Ley de Compañías Fideicomisarias y de Ahorros formulado por el Lic. Vera Estaño.

Más concretamente la norma relativa a la designación de varios fideicomisarios para recibir de manera simultánea o sucesiva el provecho del fideicomiso (Art. 348), tiene su origen en el Art. 11 del Proyecto Alfaro; la forma en que debe manifestarse la voluntad a falta de disposición expresa cuando hay dos o más fideicomisarios, mediante decisión por mayoría de votos computados por representaciones y no por personas (Art. 348, fracción III), deriva del Art. 20 de la Ley de Bancos de Fideicomiso; la facultad del fideicomitente para designar varias instituciones fiduciarias que conjunta o sucesivamente desempeñen al fideicomiso (Art. 350), proviene del Art. 12 del Proyecto Alfaro; la declaración en el sentido de que puede ser objeto de fideicomiso toda clase de bienes y derechos, salvo los que sean estrictamente personales de su titular (Art. 351, fracción I), tiene su fuente en el Art. 13 de la Ley de Bancos de Fideicomiso, que a su vez se inspiró en el Art. 13 del Proyecto Vera Estaño; la restricción en el ejercicio de acciones y derechos relativos a bienes de fideicomiso en cuanto se refieran a un fin (Art. 351, fracción II), deriva del Art. 14 de la Ley de Bancos de Fideicomiso, influido por el Art. 27 del Proyecto Alfaro; el derecho de terceros para pedir la nulidad del fideicomiso constituido en fraude de ellos (Art. 351, final), proviene del Art. 12 de la Ley de Bancos de Fideicomiso, que lo tomó del Art. 17 del Proyecto Vera Estaño; las formas de constitución del fideicomiso por acto entre vivos o por testamento (Art. 352), se origina en el Art. 11 de la Ley de Bancos de Fideicomiso, que sigue al Art. 18 del Proyecto Alfaro; la inscripción del fideicomiso cuyo objeto recaiga en inmuebles en el Registro Público de la Propiedad (Art. 353), procede del Art. 13, fracción II de la Ley de Bancos de Fideicomiso, que la adoptó del Art. 20 del Proyecto Alfaro; los requisitos para que surta efectos el fideicomiso constituido sobre bienes muebles (Art. 354), reproduce el Art. 16 del Proyecto Vera Estaño; el derecho del fideicomisario para reivindicar los bienes salidos del patrimonio del fideicomiso por actos del fiduciario realizados en su perjuicio (Art. 355, fracción I), fué inspirada por Lepaulle; los derechos y acciones de la institución fiduciaria para cumplir el fideicomiso, salvo las normas y limitaciones establecidas, su obligación de cumplirlo conforme al acto constitutivo, casos permitidos de excusa o renuncia, su obligación de actuar como buen padre de familia y su responsabilidad por pérdidas o menoscabo de bienes sufridos por su culpa (Art. 356), tiene su antecedente en el Art. 14 de la Ley de Bancos de Fideicomiso, influido por los Artículos 25, 29 y 30 del Proyecto Alfaro; la extinción del fideicomiso por la realización de su fin, por hacerse éste imposible,

ya que es imposible la condición suspensiva de que dependa o no verificarse en un plazo de 20 años por haberse cumplido la condición resolutoria a que haya quedado sujeto, por convenio expreso entre fideicomitente y fideicomisario y por revocación del fideicomitente (Art. 357), proviene de las fracciones I, II, III, IV y V, de los incisos 1º, 2º, 3º Y 8º del Art. 36 del Proyecto Alfaro; por último, la prohibición de fideicomisos secretos y de los que concedan el beneficio a diversas personas sucesivamente que deban sustituirse por muerte del anterior (Art. 359), fué tomada del Art. 8º de la Ley de Bancos de Fideicomiso, inspirado en los Art. 6 y 8 del Proyecto Alfaro. Hay algunos otros artículos de esta Ley cuya fuente es incierta o desconocida.

Para finalizar, diremos que la Ley de Títulos y Operaciones de Crédito de 1932 y la Ley de Instituciones de Crédito de 1990 son los ordenamientos vigentes, pero no por ello los únicos que regulan al fideicomiso; citemos sólo como ejemplo a la Ley para Promover la Inversión Mexicana y Regular la Inversión Extranjera, que se encargó de reglamentar detalladamente al fideicomiso de extranjeros sobre inmuebles ubicados en zonas prohibidas, conforme a lo dispuesto en el Art. 27 Constitucional, y así como este caso existen un conjunto de leyes, reglamentos, acuerdos y decretos que directa o indirectamente tienen ingerencia con el fideicomiso, pero abundar en ello sería objeto de otro tipo de obra mucho más compleja que nos desviaría de nuestro tema central que es la Propiedad Fiduciaria, por lo que de esta manera concluiremos el análisis que esbozamos acerca de la evolución legislativa y doctrinal del fideicomiso en nuestro país.

CAPITULO SEGUNDO

GENERALIDADES DEL FIDEICOMISO

A.- CONCEPTO .

Cón la modernización del sistema bancario iniciada en México en el año de 1932, a la que se vinculaba estrechamente la reglamentación legal de los títulos y las operaciones de crédito, se sintió la necesidad de perfeccionar el concepto de fideicomiso consagrado en la Ley entonces en vigor. La exposición de motivos de la Ley General de Instituciones de Crédito de ese año, refiriéndose a la Ley bancaria de 1926, decía que no precisaba el carácter sustantivo de la institución, por lo que dejaba en torno de ella gran vaguedad de conceptos y que para que el fideicomiso pudiera prosperar en nuestro medio requería de una definición más clara en su contenido y en sus efectos. Quedará el fideicomiso concebido -señalaba la exposición de motivos- como una afectación patrimonial a un fin, precisándose así la naturaleza y los efectos de esta figura que la Ley entonces vigente concebía oscuramente como un mandato irrevocable.

La Ley General de Títulos y Operaciones de Crédito de 1932, vigente en la actualidad, modificó la forma de expresión de esta idea, pero sin desvirtuar su espíritu, dispone en su artículo 348: "En virtud del fideicomiso, el fideicomilente destina ciertos bienes a un fin lícito determinado, encomendando la realización de ese fin a una institución fiduciaria".

El concepto anterior, lo mismo que el acogido en la exposición de motivos de la Ley Bancaria, es un reflejo alterado de la interpretación que acerca del trust elaboró Lepaulle, pero al cuál se incorporaron otras modalidades como la de restringir la capacidad para hacer fiduciario a favor de las instituciones de crédito. El autor francés, por su parte, sostenía que el trust es una afectación de bienes 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.

El concepto de fideicomiso en la legislación actual, no aclara la oscuridad del que sustituye ni tampoco precisa su naturaleza y sus efectos. Prueba de ello es la desorientación que originó acerca de su naturaleza jurídica, ejemplificado elocuentemente por los contradictorios criterios que a lo largo del tiempo han sostenido nuestros Tribunales en torno a esta institución, como lo veremos más adelante.

La deficiencia fundamental, técnicamente hablando, en el concepto es resultado de la mutilación que se hizo al mecanismo singular de la institución al privársele de sus efectos traslativos de dominio. En las leyes de 1926 este efecto traslativo fué reemplazado por una entrega de bienes; en la Ley vigente la mutilación persiste porque consagra la idea de "afectación" expuesta por Lepaulle, pero sin admitir como lo hacía dicho autor, que el sujeto de derecho encargado de realizarla es "titular" de todos los derechos que le sean útiles para cumplir su obligación. Este autor, al observar el funcionamiento del trust y al describirlo exteriormente, reconocía que un propietario, el settlor, transmite determinados bienes total o parcialmente, a un tercero llamado trustee, único designado como "propietario" de los bienes y a quien se inscribe como tal cuando se requiere registro.

Sin embargo, la transmisión de bienes que el fideicomiso debe producir debiera ser un elemento de esencia en el concepto, según lo demuestra el funcionamiento del trust, que en este punto había sido correctamente descrito por Lepaulle y que debió de haber servido como punto de referencia al Dr. Alfaro. Afirmaba el autor panameño que el encargo conferido al fiduciario produce otro efecto sin el cuál no podría ser ejecutado: El de transmitir al fiduciario los bienes objeto del fideicomiso; según este autor, los romanos logaban esto mediante la institución de heredero y los sajones lo conseguían haciendo al trustee "propietario titulado", mientras consideran al fideicomisario como "propietario real". En cuanto a la transmisión de los bienes, continuaba Alfaro, si éstos no pasan de una persona a otra sino que permanecen en poder de su dueño, no hay acto de confianza del fideicomitente para con el fiduciario ni puede cumplirse el propósito del fideicomiso. Si éste versa sobre cosas muebles, como la posesión equívale al título, es evidente que el fiduciario no podrá administrarlos ni disponer de ellos en forma alguna si no estuviera en su poder y, con referencia a bienes raíces, el fideicomiso no puede surtir sus

efectos como gravámen, pues en ocasiones hay que enajenar los bienes para cumplir su propósito, mientras que otras lo que necesita es gravarlos. Según el Dr. Alfaro si el fideicomiso fuese un gravámen impuesto a los bienes del constituyente, resultaría entonces gravámen sobre gravámen y resultarían además los bienes fideicomitidos inscritos en el Registro a nombre de quien no los posee ni puede disponer de ellos. Entonces resulta ser de la esencia del fideicomiso e indispensable para sus fines que el constituyente se aparte de la propiedad de los bienes sobre los cuales versa, y que los transmita a la persona en quien deposita su confianza.

En nuestro país la deficiencia del concepto en la Ley intentó ser insuficientemente atenuada por la intervención judicial, al emitirse algunas jurisprudencias sobre el efecto traslativo del fideicomiso, pero tuvo que corregirse por la vía legislativa al establecerse en la Ley de Instituciones de Crédito y Organizaciones Auxiliares de 1941 en su artículo 45, fracción II, inciso C en el que se refiere a las operaciones del fideicomiso por las que la institución ejercite como titular derechos que le han sido transferidos con encargo de realizar un determinado fin.

Adelantándonos un poco al tema central de este trabajo, diremos que el efecto traslativo de dominio que produce el fideicomiso no puede asimilarse a la transmisión tradicional del derecho de propiedad, como la que se produce mediante figuras como la compraventa, la permuta o la donación. En el fideicomiso, la transmisión de propiedad opera solo para el efecto de que el fiduciario pueda realizar el fin que se le encomienda. Siendo por esto que el Dr. Alfaro señala que el fiduciario no es dueño absoluto sino que tiene sobre los bienes una propiedad fiduciaria, es decir, que su dominio está sujeto a las limitaciones impuestas por el fideicomiso. Por otro lado, Lepaulte afirmaba que el trustee es un singular "propietario", ya que no puede obtener ninguna ventaja personal de los bienes que se le han transmitido, debiendo cumplir con ellos una misión, que frecuentemente consistirá en administrar los bienes en provecho de otra persona, el cestui que trust, de una obra, de una institución o de la realización de una idea. Agregaba Lepaulte que el papel y el deber del trustee es sencillo y complejo a la vez: Consiste siempre en cumplir con los bienes la misión que se le ha confiado; los derechos que tiene se determinan por sus obligaciones, de tal modo que tendrá todos los que le sean necesarios para cumplir aquellas, pero únicamente esos derechos.

Las modalidades a que puede sujetarse el fideicomiso en cuanto a derechos de los fideicomisarios, temporalidad, revocabilidad, facultades del fiduciario, etc., son susceptibles de diversas combinaciones y variedades, además de que como lo apuntó Lepaulle, los derechos del fiduciario se determinan por sus obligaciones y que todo ello resulta en que la propiedad transmitida al fiduciario carezca de los atributos característicos del concepto tradicional. Nuestros Tribunales han tratado de precisar el concepto de fideicomiso utilizando términos como "propiedad fiduciaria", "dominio restringido" y "dueño fiduciario" con lo cual aparentemente se clarifica, pero por el contrario, resulta claro que con ello sólo se genera más ambigüedad y confusión.

B.- PARTES .

De las definiciones estudiadas en el punto anterior, se desprende que las partes que comprenden el fideicomiso son :

- 1.- Fiduciario.
- 2.- Fideicomitente.
- 3.- Fideicomisario.

Dentro de este inciso analizaremos a cada una de las partes señalando los puntos más importantes que les caracterizan.

1.- FIDUCIARIO .

Es la persona que tiene la titularidad de los bienes o derechos fideicomitados y que se encarga de la realización de los fines del fideicomiso. El fiduciario lleva a efecto la realización o cumplimiento de los fines por medio del ejercicio obligatorio de los derechos que le ha transmitido el fideicomitente.

Conforme a lo dispuesto por el artículo 350 de la Ley General de Títulos y Operaciones de Crédito, la facultad de desempeñar el cargo de fiduciario es privativa de las instituciones expresamente autorizadas por la Ley General de Instituciones de Crédito. Esta Ley en su artículo octavo, establece que para la

realización de operaciones de fideicomiso se requiere autorización del Gobierno Federal; en su artículo 46, fracción XV, esta misma Ley agrega que las instituciones fiduciarias están autorizadas para practicar las operaciones de fideicomiso a que se refiere la Ley General de Títulos y Operaciones de Crédito.

Además, se requiere que el fiduciario tenga la capacidad suficiente para que se le puedan transmitir los bienes o derechos materia del fideicomiso.

Por lo que se refiere a los derechos y obligaciones del fiduciario diremos que el cumplimiento de sus obligaciones es correlativo al ejercicio de sus derechos, pues está obligado a ejercitarlos para lograr los fines del fideicomiso. Las obligaciones del fiduciario pueden ser : De hacer, de dar y de no hacer . Dentro de las obligaciones de hacer se encuentran primordialmente la de ejecutar los fines del fideicomiso; por lo que se refiere a las obligaciones de dar, pueden consistir en pagar al o a los fideicomisarios los beneficios del fideicomiso; por último, las obligaciones de no hacer comprenden las de abstenerse, de no hacer mal uso de los derechos transmitidos y de no excederse en el ejercicio de las facultades que se le confieren.

El artículo 356 de la Ley General de Títulos y Operaciones de Crédito establece las reglas generales para el desempeño del cargo por parte del fiduciario las cuales se podrían resumir de la siguiente forma:

- a).- Es esencial que el fiduciario adquiera el dominio de los bienes sobre los que se constituye el fideicomiso, llegando a ser titular de un derecho de dominio con más o menos limitaciones, según se haya fijado en el acta constitutiva, limitaciones que sólo tienen eficacia obligatoria, puesto que el fiduciario como dueño puede disponer de dichos bienes.
- b).- El fiduciario asume una serie de obligaciones de hacer, cuyo alcance depende de la clase de fideicomiso de que se trate.
- c).- El desempeño del cargo es obligatorio. El fiduciario tiende al desempeño del fideicomiso por medio de uno o más funcionarios designados para tal efecto, de cuyos actos responde directa e ilimitadamente la institución, sin perjuicio de las responsabilidades civiles y penales en que pueda haber incurrido el funcionario.

d).- El fiduciario asume la obligación de conservar los bienes y derechos recibidos en su integridad material.

Los derechos y obligaciones del fiduciario se pueden precisar en cada caso concreto teniendo en cuenta por una parte, la naturaleza jurídica de los bienes y derechos que constituyan la materia del fideicomiso y por la otra, los fines que se persigan con dicha operación. No son las mismas facultades y obligaciones del fiduciario cuando la materia del fideicomiso la forman bienes inmuebles, que cuando únicamente se afectan derechos personales del fideicomitente. El fiduciario no asume las mismas obligaciones en un fideicomiso de garantía que en un fideicomiso que tenga como fin liquidar el pasivo del patrimonio de una persona determinada. En el primer caso, el fiduciario puede vender los bienes fideicomitados únicamente en el supuesto de que el fideicomitente deudor deje de cumplir con la obligación principal garantizada a través del fideicomiso correspondiente; en cambio, en el fideicomiso de liquidación de pasivo, debe establecerse desde un principio que el fiduciario proceda a la venta de los bienes fideicomitados, para que con su producto pague a los acreedores del fideicomitente en las proporciones que corresponda. Si contrastamos estas situaciones con otros fideicomisos, observamos que la facultad de vender los bienes fideicomitados es contraria a la naturaleza del fideicomiso de que se trate, a las instrucciones del fideicomitente y a los intereses del fideicomisario, quien en estos casos, tienen las acciones correspondientes para que los bienes salidos del patrimonio fideicomitado reviertan al mismo. Esta situación la encontramos en los fideicomisos de administración y de inversión, por lo cual concluimos que no se puede establecer un catálogo concreto de las obligaciones y de los derechos del fiduciario, que comprenda todos los fideicomisos posibles.

2.- FIDEICOMITENTE .

Es la persona que constituye el fideicomiso y destina los bienes o derechos necesarios para el cumplimiento de sus fines, transmitiendo su titularidad o propiedad al fiduciario.

La Ley General de Títulos y Operaciones de Crédito señala en su artículo 349 que pueden ser fideicomitentes: ". . . Las personas físicas o jurídicas que tengan la capacidad necesaria para hacer la afectación de bienes que el fideicomiso implica . . .".

De lo anterior se concluye que pueden ser fideicomitentes en primer término las personas físicas o las personas jurídicas. También pueden ser fideicomitentes las autoridades judiciales o administrativas, en vista de que el mismo artículo 349 permite que puedan serlo siempre y cuando los bienes que vayan a ser la materia del fideicomiso estén bajo su guarda, conservación o administración, o bien que corresponda a dichas autoridades su liquidación, reparto o enajenación.

Por lo que se refiere a las personas físicas o jurídicas, la Ley establece como requisito indispensable que tenga la capacidad necesaria para la afectación de bienes. Con estas palabras se fija, en primer término, que es necesario que el fideicomitente tenga la capacidad de ejercicio suficiente para celebrar el contrato y que en caso de que dicha capacidad se encuentre limitada, que se llenen los requisitos señalados en el derecho común o en la legislación especial, para poder ejercitar tal derecho. En segundo término, se establece que para ser fideicomitente es necesario ser titular de los bienes o 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 fideicomitados al fiduciario, quien será el único titular del patrimonio del fideicomiso.

Ahora bien, como ya dijimos, las autoridades judiciales o administrativas también pueden ser fideicomitentes. El legislador, al poner este medio al alcance de las autoridades, les permite que puedan cumplir mejor con el cargo que se les ha conferido para la conservación, administración, liquidación, reparto o enajenación de determinados bienes. Este beneficio se pone de manifiesto al considerar que en muchas ocasiones esas autoridades no están suficientemente preparadas para poder realizar materialmente los fines que se les han encomendado.

Los derechos del fideicomitente se pueden resumir en los siguientes puntos:

- a).- Señalar los fines del fideicomiso.
- b).- Designar a los fideicomisarios y a la o las instituciones que desempeñen el cargo de fiduciario.
- c).- Reservarse determinados derechos sobre la materia del fideicomiso.

d).- Prever la formación de un comité técnico o de distribución de fondos, dar las reglas de su funcionamiento y fijar sus facultades.

e).- Exigir al fiduciario el cumplimiento de la obligación que tiene este último, de rendir cuentas de su gestión, cuando se haya reservado expresamente este derecho en el acto constitutivo o en las modificaciones del mismo.

f).- En los fideicomisos onerosos, exigir del fideicomisario la contraprestación a que tenga derecho.

g).- En caso de incumplimiento, exigir de la contraparte el cumplimiento o la rescisión del fideicomiso, con el resarcimiento correspondiente de los daños y perjuicios causados.

Es conveniente aclarar la razón por la cual no incluimos entre los derechos y facultades del fideicomitente, el derecho contenido en el artículo 358 de la Ley General de Títulos y Operaciones de Crédito relativo a la devolución de los bienes y derechos que existan en poder del fiduciario cuando ocurra la extinción del fideicomiso. Este derecho corresponderá al fideicomitente cuando se lo haya reservado expresamente en el acto constitutivo del fideicomiso. Esta facultad no se debe otorgar en forma general al fideicomitente porque hay numerosos casos en los que no procede, por tratarse de fideicomisos onerosos, en los cuales el fideicomitente recibe una contraprestación por la constitución del fideicomiso; en estos casos es imposible que dichos bienes o derechos reviertan al fideicomitente, pues la transmisión de los mismos debe realizarse al fideicomisario o a sus causahabientes.

La principal obligación a cargo del fideicomitente consiste en transmitir al fiduciario los bienes y derechos materia del fideicomiso. Esta obligación se funda en el artículo 348 de la Ley General de Títulos y Operaciones de Crédito. Asimismo, el fideicomitente está obligado al cumplimiento de las obligaciones recíprocas de los derechos que se reserve.

3.- FIDEICOMISARIO .

Es la persona que recibe los beneficios del fideicomiso. Según el artículo 348 de la Ley General de Títulos y Operaciones de Crédito pueden ser fideicomisarios las personas físicas o jurídicas que tengan la capacidad necesaria para recibir el provecho del fideicomiso. En general podemos decir que son pocos los casos de excepción.

Los derechos del fideicomisario se pueden resumir en los siguientes :

- a).- Los derechos que a su favor se deriven del acto constitutivo del fideicomiso.
- b).- Exigir a la institución fiduciaria el cumplimiento de los fines del fideicomiso.
- c).- Atacar la validez de los actos que la institución fiduciaria cometa de mala fe, en su perjuicio.
- d).- Atacar la validez de los actos que aquella institución cometa en su perjuicio, en exceso de las facultades que el acto constitutivo o la Ley le confieren.
- e).- Cuando proceda, reivindicar los bienes que a consecuencia de actos excesivos o de mala fe de la fiduciaria, hayan salido del patrimonio objeto del fideicomiso.
- f).- Elegir institución fiduciaria en los casos en que ésta renuncie, fuere removida o sin el acto constitutivo no fuera designada.
- g).- Dar su consentimiento para reformar el acto constitutivo, cuando se trate de formar un comité técnico o de distribución de fondos.
- h).- El fideicomisario podrá tener otros derechos y sus correlativas acciones que no se pueden determinar previamente, sino que resultan de la situación legal en que lo coloque la ejecución del fideicomiso.

Asimismo aclararemos que el llamado derecho de reivindicar del fideicomisario es una acción pauliana de carácter personal y restituible que produce una ineficacia relativa de los actos indebidos del fiduciario

y no una acción real como lo es la reivindicatoria, toda vez que el fideicomisario en ningún caso es propietario de los bienes fideicomitados, ni titular de los derechos afectos al fideicomiso, cuyo propietario o titular es el fiduciario.

Para establecer las obligaciones del fideicomisario debemos hacer las siguientes distinciones :

a).- Cuando se trata de fideicomisos cuya constitución se establece unilateralmente por parte del fideicomitente, con la intención de hacer una liberalidad al fideicomisario, ya sea en vida del fideicomitente o después de su muerte.

b).- Cuando se trate de fideicomisos cuya constitución se realiza con el acuerdo expreso del fideicomitente y fideicomisario y se establece una contraprestación a favor del fideicomitente, por la enajenación que realiza al fiduciario, en provecho del fideicomisario.

En el primer grupo de fideicomisos, por su naturaleza misma ya que encierran una "causa donandi", el fideicomisario únicamente tiene el derecho de recibir los beneficios del fideicomiso y en ningún caso se establecen obligaciones a su cargo, como contraprestación de la liberalidad del fideicomitente. En algunas ocasiones pueden establecerse diversas cargas al fideicomisario, pero únicamente tendrán dichas cargas, el carácter de una simple modalidad como lo tiene en el legado "sub modo" o en la donación onerosa.

En el segundo grupo de fideicomisos nos encontramos con la circunstancia de que en todo caso el fideicomisario está obligado a realizar la contraprestación convenida en el mismo acto constitutivo; como ejemplo de lo anterior tenemos los fideicomisos traslativos o de propiedad, en virtud del cual el fideicomitente transmite la propiedad de determinados bienes al fiduciario, para que al término del fideicomiso sean transmitidos al fideicomisario o a la persona que designe. 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 se hace en dinero.

C.- OBJETO .

Pueden ser objeto del fideicomiso cualquier clase de bienes o derechos, siempre y cuando dichos bienes se encuentren dentro del comercio y los derechos no sean de ejercicio personalísimo y por lo tanto intransmisibles; es necesario que la titularidad de esos bienes y derechos no se encuentren afectos a un derecho de tercero.

Los bienes que se encuentran fuera del comercio, pueden estarlo por su naturaleza o por disposición de la Ley. Están fuera del comercio por su naturaleza los que no pueden ser poseídos por algún individuo exclusivamente, como lo es el aire, la luz, etc., y por disposición de la Ley, los que ella declare irreducibles a propiedad individual, como lo son las garantías individuales, los derechos de familia, el derecho político del voto, etc.

Hay algunos bienes o derechos que no reúnen los requisitos anteriores y que no pueden ser transmitidos al fiduciario, por encontrarse afectos a algún gravamen a favor de tercero, y que para transmitirse al fiduciario conservan dicho gravamen y además, se requiere el consentimiento expreso del tercero a favor de quien se encuentran afectos tales bienes o derechos.

En nuestro sistema jurídico no puede haber duda en cuanto a la legalidad del fideicomiso constituido sobre cosa futura, en atención a lo dispuesto por el artículo 1626 del Código Civil: "Las cosas futuras pueden ser objeto de un contrato. Sin embargo no puede serlo la herencia de una persona viva, aun cuando ésta preste su consentimiento." Una diferencia importante entre el fideicomiso contractual y los contratos reglamentados por el Código Civil, reside en que en el fideicomiso únicamente las cosas y derechos pueden ser su objeto, mientras que en los contratos también los hechos pueden serlo.

El artículo 351 de la Ley General de Títulos y Operaciones de Crédito, señala que los bienes transmitidos al fiduciario, 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 para él deriven del fideicomiso mismo, o los adquiridos legalmente respecto a tales bienes por el fideicomisario o por terceros con anterioridad a la constitución del fideicomiso. Por ejemplo en un fideicomiso de garantía, el fideicomitente transmite al fiduciario la

propiedad de un bien fideicomitado, para que proceda a su venta, solamente en el supuesto de que el fideicomitente deudor incurra en mora; en este caso el fideicomitente puede haberse reservado la posesión del inmueble fideicomitado, que pierde en el acto de hacerse efectiva la garantía. Puede también suceder que únicamente se afecte a un fideicomiso de garantía, el usufructo de que es titular el fideicomitente, pues un tercero o quizás el propio fideicomisario pudieron, con anterioridad al fideicomiso, adquirir la nuda propiedad de esos bienes; en este caso, solo será materia del fideicomiso el derecho de usufructo, sin afectarse al mismo la nuda propiedad.

D.- FINES .

Para poder abordar este punto, es necesario aclarar la distinción entre objeto y fin, términos que en múltiples ocasiones se usan como sinónimos.

Nuestra Ley General de Títulos y Operaciones de Crédito menciona el término "fin" en su artículo 346, cuando nos define al fideicomiso mismo; así como en los artículos 347, 351 y 357. En cambio el elemento material del fideicomiso es designado por dicha Ley como "objeto", según se desprende del contenido de los artículos 351, 352, 354 y 355.

Expuesto lo anterior y para evitar cualquier confusión con la materia del fideicomiso, queda establecido que en el curso de este trabajo denominaremos a este elemento como "fin" del fideicomiso.

El fin del fideicomiso es la actividad jurídica que realiza el fiduciario, por instrucciones del fideicomitente, a través del ejercicio obligatorio de los derechos que le transmite dicho fideicomitente.

Señalamos que se trata de una actividad jurídica, porque a través de ella el fiduciario realiza los actos jurídicos concretos que se requieren para el exacto cumplimiento del fideicomiso. Conforme a los dispuesto por el artículo 347 de la referida Ley, pueden ser fines del fideicomiso cualquier actividad jurídica que sea lícita, posible y determinada.

Es lícito el fin que es contrario a las leyes de orden público o a las buenas costumbres. Es imposible el fin que no puede existir por ser incompatible con una Ley de la naturaleza o con una norma jurídica que

debe regiró necesariamente y que constituya un obstáculo insuperable para su realización (artículos 1828 y 1830 del Código Civil). No será válido el fideicomiso si no determina en forma concreta, el fin que persiga a través de su constitución.

Será entonces la autoridad judicial, como intérprete de las concepciones del orden público y de las buenas costumbres prevalecientes en la colectividad, la que resuelve en cada caso si el fin de un fideicomiso está o no en pugna con tales concepciones.

Para concluir este punto, podemos sostener que cualquier actividad jurídica que el fideicomitente señale al fiduciario puede ser fin del fideicomiso, siempre que sea lícita, posible y determinada.

E.- CLASIFICACION .

Las clasificaciones que pueden hacerse del fideicomiso conforme a nuestro derecho positivo y a la práctica bancaria reflejan considerable variedad de puntos de partida : La forma en que surgen, las modalidades que puedan caracterizarlo, sus finalidades, entre otros.

1.- EXPRESO E IMPLICITO.

Esta es una de las diferencias fundamentales entre el fideicomiso mexicano y el trust angloamericano, en virtud de que nuestra Ley, siguiendo al Proyecto Alfaro, solo admite la categoría del "fideicomiso expreso". La Exposición de Motivos de la Ley susutativa aclara que se conserva el sistema establecido de admitir solamente el fideicomiso expreso, ya que los fines sociales que el fideicomiso implícito llena en países de organización jurídica diversa de la nuestra pueden ser cumplidas aquí, con notorias ventajas, por el juego normal de otras instituciones mejor construídas. Estas afirmaciones, en gran medida, originaron la generalizada creencia errónea de que el fideicomiso mexicano deriva directamente del trust. Por lo demás, la clasificación entre trust expreso e implícito no goza de gran autoridad en la doctrina angloamericana en que los autores más destacados estiman que el trust implícito es una

especie dentro de la categoría de trust expreso, que se contrapone al trust que nace por ministerio de Ley.

Aunque la Ley no define lo que se entiende por fideicomiso expreso, varias de sus disposiciones (artículos 346, 349 y 352) permiten concluir que es el que se constituye por la manifestación exteriorizada de la voluntad de una persona, sea por acto entre vivos o por testamento.

3.- CONDICIONAL, SECRETO Y SUCESIVO .

Entre las causas de extinción del fideicomiso que menciona la Ley General de Títulos y Operaciones de Crédito en su artículo 357 se encuentra la de hacerse imposible el cumplimiento de la condición suspensiva de que dependa o no haberse verificado dentro del término señalado al constituirse, así como también la de haberse cumplido la condición resolutoria a que haya quedado sujeto. La Ley en su artículo 359, prohíbe los fideicomisos secretos, y aquellos en los cuales el beneficio se conceda a diversas personas sucesivamente que deban sustituirse por muerte de la anterior, con la salvedad de que estén vivas o concebidas ya, a la muerte del fideicomitente.

El fideicomiso condicional incorpora una de las modalidades de las obligaciones (Capítulo I, Título Segundo, Libro Cuarto del Código Civil). "La obligación es condicional cuando su existencia o resolución dependen de acontecimiento futuro e incierto" (artículo 1938); "La condición es suspensiva cuando de su cumplimiento depende la existencia de la obligación" (artículo 1939); "La condición es resolutoria cuando cumplida resuelve la obligación, volviendo las cosas al estado que tenían como si esa obligación no hubiere existido" (artículo 1940).

Debe observarse la imprecisión de la Ley al disponer que el fideicomiso se extingue por hacerse imposible el cumplimiento de la condición suspensiva de que dependa, o no se verifique en determinado plazo. Si es la existencia del fideicomiso la que depende, precisamente, del cumplimiento de la condición suspensiva, al hacerse ésta imposible o no verificarse dentro del término, es incorrecto hablar de extinción del fideicomiso. Lo más que podrá decirse es que se extingue la posibilidad de su existencia.

La prohibición de fideicomisos secretos está plenamente justificada si tomamos en cuenta que el Código Civil reconoce el mismo principio en su artículo 1484 : "Es nula la institución de heredero o legatario hecha en memorias o comunicados secretos".

Además habría inseguridad en el cumplimiento del fiduciario, pues no habría manera de probar cual fué el encargo que se le dió, aún si el constituyente se lo hubiera comunicado al fideicomisario.

Por lo que se refiere a los fideicomisos sucesivos, su régimen en la Ley es más liberal que el adoptado por el Código Civil. Conforme a éste, quedan prohibidas las sustituciones fideicomisarias, sea cual fuere la forma de que se les revista y cualquiera otra diversa de aquella en que el testador sustituya una o más personas al heredero o herederos instituidos para el caso de que mueran antes que él o no quieran aceptar la herencia (artículos 1472 y 1473). "Se consideran fideicomisarias y, en consecuencia, prohibidas, las disposiciones que contengan prohibiciones de enajenar, o que llamen a un tercero a lo que quede de la herencia por la muerte del heredero, o el encargo de prestar a más de una persona cierta renta o pensión" (artículo 1482).

En cambio, de acuerdo con la Ley General de Títulos y Operaciones de Crédito, a la prohibición de los fideicomisos sucesivos se hace la salvedad "De que la sustitución se realice en favor de personas que estén vivas o concebidas ya, a la muerte del fideicomitente." (artículo 359, fracción II), en cuyo caso están permitidas. Los términos en que está redactado el artículo 1482 del Código Civil no admite esta excepción.

No consideramos que el precepto de la Ley sustantiva nulifique al derecho común, sino que más bien, crea una excepción limitada al ámbito del fideicomiso. Dicho de otro modo, la prohibición del artículo 1482 subsiste con respecto a cualquiera de las formas de testamento hecho de conformidad con el Código Civil, pero sin afectar a los fideicomisos testamentarios, esto es, a los testamentos en que se constituya un fideicomiso que contenga la sustitución autorizada en la fracción II del artículo 359.

3.- ONEROSO Y GRATUITO .

Aunque no reconocida en forma expresa en la Ley, puede hacerse una clasificación del fideicomiso que lo distinga según sea oneroso o gratuito, aplicable por igual al contractual y al testamentario. En efecto, cuando el fideicomiso represente una liberalidad para el fideicomisario, puede, como la donación, ser puro, condicional, oneroso o remuneratorio (artículo 2334 del Código Civil). La disposición de bienes por testamento, a su vez puede hacerse gravando con una carga al heredero o legatario (artículo 1361 y 1364 del Código Civil).

Esta distinción es de importancia evidente en materia fiscal y en el ejercicio de la acción pauliana.

4.- REVOCABLE E IRREVOCABLE .

El artículo 357, fracción VI de la Ley General de Títulos y Operaciones de Crédito da el fundamento para esta clasificación, al disponer: "El fideicomiso se extingue : IV .- Por revocación hecha por el fideicomitente cuando éste se haya reservado expresamente ese derecho al constituir el fideicomiso".

Este derecho, por la naturaleza de las situaciones creadas al amparo del fideicomiso respectivo, no es procedente en los fideicomisos de garantía mientras la obligación principal no se cumpla por el deudor fideicomitente, ni en los fideicomisos de inversión en tanto subsistan los préstamos otorgados en su ejecución. En este último caso, esa sería la regla general, sin embargo podrían las partes pactar que los deudores liquidaran al fideicomitente en forma directa, no a través del fiduciario si así lo exigieran circunstancias especiales.

5.- INVERSION, ADMINISTRACION Y GARANTIA .

La práctica bancaria dió pie a esta clasificación tripartita que ha sido reconocida, al menos parcialmente, por vía legislativa y administrativa.

Por fideicomiso de inversión se entiende aquél que consiste en el encargo hecho por el fideicomitente al fiduciario de conceder préstamos con un fondo constituido al efecto. Se celebran así dos o más contratos: en primer lugar el fideicomiso y después, en ejecución del mismo, el de o los de mutuo.

Por fideicomiso de administración se conoce aquel en que el fideicomitente entrega bienes inmuebles al fiduciario para que se encargue de administrarlos y de realizar los diversos actos que de ahí resulten: celebración de contratos de arrendamiento, cobro de rentas, reparaciones, pago de impuestos, promoción de juicios de desahucio, etc., todo ello en interés del fideicomisario, quien por lo general es el mismo fideicomitente.

El fideicomiso de garantía, variedad que probablemente fué uno de los primeros en practicarse en México, se utilizó en un principio por las instituciones fiduciarias para celebrar diversas clases de operaciones, a efecto de garantizar, ante sí mismas los préstamos que concedía su departamento de crédito. Este procedimiento fué seguido durante varios años hasta que se prohibió en forma expresa por el decreto del 30 de agosto de 1933 que agregó este párrafo final al artículo 344 del la Ley General de Títulos y Operaciones de Crédito : "Es nulo el fideicomiso que se constituya en favor del fiduciario".

Esta variedad del fideicomiso ha venido a sustituir con ventaja a la prenda y a la hipoteca, haciendo más sencillo, flexible y seguro el manejo del crédito. Sin embargo, la Comisión Bancaria en 1971 manifestó, en relación con las facultades que las instituciones fiduciarias asumen en los fideicomisos de garantía que celebran para determinar el incumplimiento a cargo de los deudores y para vender, realizar o liquidar los bienes dados en garantía haciendo pago con su producto a los acreedores, les comunicaba que la Secretaría de Hacienda había resuelto que, al ejercer tales facultades, debían observar el procedimiento y las formalidades impuestas por las fracciones III y IV del artículo 141 de la Ley General de Instituciones de Crédito y Organizaciones Auxiliares, entonces vigente.

Con referencia a esta clasificación tripartita del fideicomiso, debe observarse que carecen de rigor sistemático por faltarle el elemento común que le dé unidad lógica. Por lo que hace al fideicomiso de inversión, nos parece arbitrario restringir la denominación a los fideicomisos en que la inversión consiste en el otorgamiento de préstamos, ya que esta denominación debería aplicarse también a los fideicomisos cuya inversión se realiza en bonos, acciones u otros valores. En el fideicomiso de administración se trata de una actividad de carácter análogo, salvo por lo que atañe a la naturaleza de los bienes fideicomitados. En cuanto al fideicomiso de garantía, el criterio de clasificación deriva del fin directo buscado, mismo que poco tiene que ver con el que se empleó para las categorías anteriores.

6.- PUBLICO Y PRIVADO .

Esta clasificación se debe a la gran importancia que han adquirido los fideicomisos de carácter gubernativo.

Los fideicomisos en que las entidades gubernativas intervienen como fideicomitentes tienen una variedad de aplicaciones casi limitadas en todos los ámbitos de la actividad económica y social : industria, comercio, agricultura, ganadería, turismo, educación, fomento urbano y regional. El fideicomiso, en estos aspectos es consecuencia natural del intervencionismo estatal y ha tenido como consecuencia una nueva forma de descentralización administrativa en que, tomando en cuenta las áreas de participación, pueden observarse sus tres manifestaciones principales: Por región, por servicio y por colaboración.

Por exclusión, todos aquellos fideicomisos que no sean de participación gubernativa, serán privados.

CAPITULO TERCERO

GENERALIDADES DEL DERECHO DE PROPIEDAD

Se llama patrimonio al conjunto de los derechos y de las obligaciones de una persona, que son apreciables en dinero, considerados como formando una universalidad de derecho. Comprende todos los derechos y obligaciones que tienen un valor pecuniario, y que pertenecen a una persona, o que ella tiene con respecto a otras.

El patrimonio representa una universalidad jurídica independiente de los elementos que lo componen. Las modificaciones y fluctuaciones que aumentan y disminuyen los derechos y las obligaciones no alteran el carácter de esta universalidad ni le impiden subsistir como una entidad distinta.

Están fuera de patrimonio, por no tener un valor apreciable en dinero: 1.- Los derechos y obligaciones de carácter político; 2.- Los derechos de potestad que una persona posee sobre otra; 3.- Las acciones de Estado; y 4.- Los derechos públicos subjetivos.

El patrimonio esta integrado por dos categorías o clases de derechos, que representan para su titular un valor pecuniario, que son: Los derechos reales y los derechos personales o de crédito.

En este capítulo nos ocuparemos de los derechos reales de manera muy general, y en especial del derecho de propiedad al cual la mayoría de los autores coinciden en designarle el primer puesto en las tres clases de derechos reales.

En la primera de estas clases figura el que se ha denominado como el derecho real por excelencia, es decir, el derecho de propiedad por contener el más amplio señorío que se puede tener sobre una cosa, se ha dicho que este derecho es un derecho real ilimitado, llegando hasta el extremo de considerarlo como un "Derecho ilimitado en sí mismo" (12), queriendo decir con esto que se faculta al propietario para influir, de un modo exclusivo, sobre la cosa según su libre arbitrio. Sin embargo, aunque es un derecho real ilimitado, no hay que llegar a tal extremo, pues esto es exagerado; el libre albedrío, y no solo para el derecho de propiedad, sino para todos los derechos, puede ejercitarse solamente dentro de los límites que señala el ordenamiento jurídico. La propiedad no concede facultades libres y exclusivas sino dentro de ciertos límites fijados a priori por el ordenamiento jurídico respectivo, en este sentido, si puede decirse que la propiedad es un derecho real ilimitado.

La segunda clase de derechos reales comprende aquellos que tienen un carácter más limitado, pues en caso de conferir un señorío sobre las cosas, éste no es el máximo señorío posible, como en el caso de la propiedad, sino que es parcial y en ellos se encuentra la facultad del goce únicamente: Usufructo, uso, habitación y servidumbre. A estos dos primeros grupos de derechos se les ha llamado también derechos reales principales.

En la tercera clase están los derechos a los que se les ha denominado accesorios o de garantía : Hipoteca, prenda, anticresis y censos.

Se ha dicho que el derecho de propiedad posee dos elementos peculiares que lo caracterizan : ellos son los elementos estático y el dinámico. El elemento estático del derecho de propiedad consiste en la facultad de utilización directa de las cosas, es decir, la facultad del propietario de aprovechar los beneficios que le concede su derecho, de acuerdo con la naturaleza y posibilidades de explotación de la cosa. El elemento dinámico es la facultad de utilización indirecta o de disposición, oponible a todo el mundo, así como la acción que mira a la tutela del derecho. En nuestra legislación estos dos elementos están contenidos en los artículos 830 y 831 del Código Civil para el Distrito Federal. El primero dice: "El propietario de una cosa puede gozar y disponer de ella con las limitaciones y modalidades que fijen las

(12).- Windscheid, citado por Yarza Ochoa. *El Derecho de Propiedad en el Fideicomiso. Tesis. Pag. 41.*

leyes", y el segundo, nos indica que "La propiedad no puede ser ocupada contra la voluntad del dueño ...".

La distinción entre elemento estático y el dinámico tiene una importancia relativa, si se quiere encontrar en uno de estos elementos el carácter fisonómico del derecho de propiedad frente a los demás derechos reales limitados puesto que éstos y aquél difieren por su contenido. Pero si dentro del terreno de los derechos reales se quiere encontrar un carácter diferencial con los derechos personales, indubitablemente que el elemento dinámico nos proporciona dicho carácter, pues siempre su oponibilidad "erga omnes", es decir, oponible a todo el mundo, es lo más peculiar de cualquier derecho real, y por lo mismo del derecho de propiedad.

Para explicar más ampliamente esto último, diremos que tanto el derecho real como el derecho personal contienen una relación de personas a personas, pues es inconcebible una relación de personas y cosas, pero mientras el derecho real tiene como mira la universalidad de los otros miembros de la sociedad, puesto que deben de abstenerse de molestar al titular en el ejercicio de su derecho, y tampoco se necesita la concurrencia de ellos para su ejercicio, en cambio el derecho de crédito consiste en una oponibilidad relativa, por lo que no existe ese carácter absoluto, pues siempre se refiere a la conducta de una persona determinada, que es el deudor.

A.- EVOLUCION DEL DERECHO DE PROPIEDAD.

Debemos aclarar que esta síntesis histórica inicia su estudio teniendo como base el antiguo derecho romano, toda vez que, nuestro sistema legislativo se fundamenta en él para desarrollar sus instituciones y sería hasta cierto punto irrelevante estudiar instituciones creadas con anterioridad.

El derecho romano consideró a la propiedad como un derecho absoluto, exclusivo y perpetuo para usar, disfrutar y disponer de una cosa, siendo estos últimos sus tres elementos básicos.

Posteriormente, Justiniano logra suprimir las diferencias de carácter político en la propiedad, llegando a elaborar un concepto único de dominio.

En el estado feudal, la propiedad o dominio otorgó el imperio, principio en el cual descansaba el Estado, es decir, los señores feudales, por razón del dominio que tenían sobre las tierras, además de gozar del derecho de propiedad en un sentido civil, para usar, disfrutar y disponer de los bienes; también tenían imperio para mandar sobre los vasallos que se establecieran en aquellos feudos. El señor feudal se convirtió así en un órgano del Estado.

Es hasta la Revolución Francesa cuando se le dá al derecho de propiedad el significado y el aspecto civil que le corresponde. De esta manera se establece que el derecho de propiedad no otorga imperio, soberanía o poder; que no concede privilegios, sino que simplemente es un derecho real de carácter privado para usar o disponer de una cosa; que es además un derecho absoluto, exclusivo y perpetuo como lo estableció el derecho romano.

La Declaración de los Derechos del Hombre y del Ciudadano de 1789 reconoce que la propiedad es un derecho natural que el hombre trae consigo al nacer y es obligación del Estado reconocerlo, no crearlo porque es anterior a él y al derecho objetivo, además es menester de toda sociedad amparar y reconocer los derechos naturales del hombre que son principalmente la libertad y la propiedad.

El Código Napoleónico declara que el derecho de propiedad es absoluto para usar y disponer de una cosa y lo considera un derecho inviolable consagrando los tres elementos clásicos: *ius utendi*, *ius abutendi* y *ius fruendi*, recalcando que se trata de un derecho absoluto.

Nuestro Código de 1870 considera que "La propiedad es el derecho de gozar y disponer de una cosa sin más limitaciones que las que fijan las Leyes".

Como podemos ver, esta legislación no reproduce el concepto vertido en el Código de Napoleón, sino que introduce una innovación importante al concepto de propiedad, restringiendo el carácter absoluto que hasta entonces tenía.

Este mismo concepto pasó al Código de 1884 en el cual se plasma la posibilidad de restringir la propiedad cuando existe una razón de orden público que pueda llevar no sólo a la modificación, sino incluso a la extinción total del derecho mediante la expropiación.

La Constitución vigente declara que la Nación tendrá en todo tiempo el derecho de imponer a la propiedad privada las modalidades que dicte el interés público, así como que las expropiaciones sólo podrán hacerse por causa de utilidad pública y mediante indemnización.

En la actualidad, el concepto más moderno de propiedad se encuentra plasmado en las teorías de León Duguit, el cual considera que el derecho de propiedad no puede ser innato al hombre y anterior a la sociedad ya que, según explica, el hombre jamás ha vivido fuera de la sociedad y por tanto, es imposible imaginario aislado, con sus derechos absolutos e innatos (13) .

Para Duguit, el derecho objetivo es superior al subjetivo, y especialmente el de propiedad. Si el hombre, al formar parte de un grupo tiene principalmente un conjunto de deberes impuestos por la norma jurídica, para lograr la solidaridad social, es la Ley la que vendrá a cada caso a reconocer y otorgar ciertos poderes para que el hombre pueda cumplir con el deber social fundamental que tiene de realizar la interdependencia humana.

Según el concepto de Duguit, al hombre se le imponen deberes de emplear su riqueza de que dispone, no sólo en beneficio individual, sino colectivo, y es en ocasión de estos deberes como se le reconoce el derecho de no usar, no disfrutar y no disponer, cuando esta inacción perjudica intereses individuales y colectivos.

Para concluir, diremos que para este autor la propiedad es una función social y no un derecho subjetivo, absoluto, inviolable, anterior a la sociedad y al Estado y que la norma jurídica no puede tocar. Es por el contrario consecuencia de un deber social que todo hombre tiene para intensificar la interdependencia humana.

B.- CONCEPTO.

La palabra propiedad deriva del vocablo latín "Prope" que significa "Cerca de", lo que nos dá a entender

(13).- *Rojina Villegas, Rafael. Compendio de Derecho Civil. Tomo II. Ed. Porrúa. Pág. 78. México 1988.*

una relación de proximidad. En un sentido vulgar, común, la palabra nos indica lo que está cerca de nosotros, cerca de una cosa o lo que es una cualidad de alguien o de algo, por ejemplo: los metales tienen la propiedad de ser maleables. En un sentido filosófico, es aquello que se predica de la naturaleza de una cosa, o el accidente que es inseparable de la esencia y naturaleza de la misma, y en tal sentido se entiende como una relación de pertenencia entre la cosa y su atributo o cualidad, por ejemplo: es propio del ser humano el poder razonar; si se hace referencia a nuestro "yo", entonces se convierte en la construcción genitiva de las oraciones que se refieren a nuestra persona, por ejemplo: mis ideas, mi intelecto, y en tal forma le damos un sentido subjetivo. En un sentido económico, significa también una relación de pertenencia proyectada sobre las cosas que nos rodean, pero que a la vez sirven para satisfacer nuestras necesidades de existencia, y en ese sentido se acentúa más si lo aplicamos al proceso que seguimos para asimilarnos las cosas útiles del mundo físico, mediante una serie de actos que intervienen en la tarea de apropiación, modificación e incorporación en nuestro organismo.

La relación económica en que se muestra la propiedad respecto del hombre, adquiere significado jurídico cuando el derecho la sanciona, reglamenta y protege, dando así origen al derecho de propiedad (14).

En su concepto jurídico, y de una manera general, la propiedad tiene dos acepciones, ya que expresa por un lado el derecho en sí mismo, que algunos autores también llaman dominio y por el otro expresa la cosa en que se tiene el derecho. Siendo el primero de ellos al que nos referimos, puesto que la segunda acepción sólo se refiere al objeto de ese derecho.

Algunos autores distinguen entre el significado de la palabra dominio y la palabra propiedad, pero como dicho cuestionamiento es ajeno al objeto de este trabajo, nos limitaremos a establecer que usaremos ambos términos en el sentido del derecho real que confiere a su titular el máximo señorío sobre una cosa.

En la doctrina y en los códigos encontramos muchas tentativas dirigidas a definir la propiedad y sólo nos ocuparemos de los que se refieren a ella como una institución de derecho privado.

(14) - J. Gómez y L. Muñoz citado por Yriza Ochoa, *El Derecho de Propiedad en el Fideicomiso, Op. Cit.* Pág. 40

Definir una institución jurídica es una empresa siempre arriesgada, si con ella se quiere captar el criterio típicamente diferencial, ya que una definición presupone el conocimiento completo de la relación que con ella se quiere describir. La dificultad es mayor para definir el derecho de propiedad, por su enorme amplitud, capaz de incluir las más distintas facultades de uso y disposición de la cosa sujeta al señorío y también por la aptitud que tiene este derecho para comprimirse y reducirse en su contenido hasta quedar casi anulado como poder del dueño sin que, sin embargo, la compresión llegue a destruir totalmente el vínculo de pertenencia de la cosa con su dueño.

Expuesto lo anterior, haremos una breve reseña de las varias definiciones propuestas, para ver si es posible descubrir en ellas el carácter esencial del derecho de propiedad.

La definición más antigua, que consiste en enumerar del modo más largo y comprensivo la facultad o facultades contenidas en el derecho de propiedad, nos dice "Dominium est jus utendi, fruendi, abutendi, alienandi, vindicandi, quatenus juris ratio patitur" (15), pero esta forma, arcaica de definir enumerando, no señala los caracteres del derecho de propiedad, por no ser posible agotar enunciativamente las posibilidades y expresiones del señorío, que abarca todas las que el derecho privado permite, sin que la propiedad sea la suma de todas las facultades que sean posibles en un señorío de momento, sino en un señorío elástico, que puede estar gravado por otros derechos. Por mucho que se trate de abarcar exhaustivamente los poderes que puede tener el dueño, esta definición resultaría incompleta, pues, aparte de carecer de un enfoque científico, sería evidente la imposibilidad de definir el derecho de propiedad por este camino, en virtud de la innumerable variedad de formas en que el propietario puede gozar y disponer de sus bienes, formas que se encuentran ante la imposibilidad de aumento y de transformación, por la técnica que evoluciona todos los días la capacidad de los bienes, para satisfacer las necesidades y obtener un mayor disfrute de ellas.

En otro grupo de definiciones los autores ponen directamente en relieve la pertenencia de la cosa al sujeto, como señorío del propietario; este es probablemente el criterio más antiguo y difundido, porque responde a un instinto innato y patente en el hombre: La cosa es suya y le pertenece por entero. Esta

(15). - Petit, Eugene. Tratado Elemental de Derecho Romano. Ed. Porrúa, Pág. 183

forma de definir a la propiedad haciendo alusión a la pertenencia de la cosa al sujeto, ha tenido, aun en nuestros días, seguidores pues Brinz define a la propiedad como "La unión jurídica, inmediata, accesoria, exclusiva, de una cosa corporal a una persona"(16), pero este concepto de pertenencia no es un concepto jurídico, además, este grupo de definiciones es fácilmente criticable, puesto que todos los derechos subjetivos forzosamente deben referirse a una persona a quien pertenecen, es decir, esta persona es titular, y entonces debería hablarse de titularidad y no de derecho de propiedad.

En relación con el criterio anterior, tenemos aquel que mira hacia el momento esencial de la propiedad, según su contenido, y que pone en particular relieve el carácter de señorío eminente sobre la cosa con la máxima extensión de contenido. Windscheid dice: "La propiedad es el derecho que representa de una manera decisiva para la cosa y para la totalidad de relaciones sobre ella la voluntad del propietario"(17). Este autor nos dice que la propiedad es el derecho que inviste al sujeto del mayor número de facultades y que reconoce en su voluntad el pleno señorío de la cosa. Todas las definiciones de esta naturaleza, por referirse a caracteres que intervienen en derechos que no son privados; como la soberanía, que es un derecho eminentemente estatal, no puede tener un carácter distintivo, y en especial, respecto a la definición de Windscheid, no puede considerarse como una definición completa, ya que no señala en que pueden consistir las facultades sobre las cosas emanadas de la voluntad del propietario.

Existe otro grupo de definiciones con un criterio más científico y más preciso al definir el derecho de propiedad, entre ellos destaca la de Vittorio Scialoja, que dice: "La propiedad es una relación de derecho privado en virtud de la cual una cosa, como pertenencia de una persona, está completamente sujeta a la voluntad de ésta en todo aquello que no está prohibido por el derecho público o por la concurrencia de otros derechos"(18), este autor señala que un buen procedimiento para determinar adecuadamente la naturaleza del derecho de propiedad es colocar a la institución en la categoría mas general en que propiamente encaja y determinar el carácter diferencial y específico enfrente de los otros derechos subjetivos de esa misma categoría, y así, por medio de este procedimiento lógico, llegar a definir el

(16).- Citado por Yarza Ochoa. *El Derecho de Propiedad en el Fideicomiso. Op. Cit. Pág. 44.*

(17).- *Ibidem. Pag. 45.*

(18).- *Ibidem.*

derecho de propiedad, coincidiendo en su enfoque con Rotondi al definir el derecho de propiedad como: "Un derecho privado de naturaleza real, por el que uno o mas individuos, conjuntamente, tiene la potestad más absoluta e irrevocable de gozar y disponer de una cosa material, económica y jurídicamente, dentro de los límites señalados por la coexistencia del derecho de propiedad de otro y de los límites impuestos por la Ley y por la concurrencia de los derechos de terceros"(19). Lo sobresaliente de estas definiciones es la pertenencia, la extensión de contenido es sólo una consecuencia. En relación a la última definición, se puede objetar en el sentido de que hay necesidad primero de determinar en que sentido y hasta que punto la propiedad puede ser limitada sin que sufra su esencia conceptual, y en segundo lugar, cuales son las facultades que pueden ser substraídas al propietario, sin que el carácter que le da fisonomía propia del derecho de propiedad sea vulnerado. Además esta definición parece confundir el derecho de propiedad con el derecho de copropiedad.

Otros autores consideran que la propiedad no es un derecho que se pueda definir y se limitan a decir que el contenido de ella debe ser determinado por el ordenamiento jurídico en sentido negativo delimitando las facultades dominicales, y así Wolf dice: "Los límites dentro de los cuales el ordenamiento jurídico garantiza al propietario su libre voluntad se han de señalar negativamente; o sea mediante indicación de las posibilidades del señorío excluidas al propietario o permitidas a otro que no sea el propietario" (20), Vasari (21) coincide con los autores que piensan en la necesidad de renunciar a definir el derecho de propiedad para limitarse a estudiar su contenido como señorío general dentro de los límites de la Ley.

En las definiciones de derecho comparado se encuentran las mismas dificultades y las mismas diferencias que se presentan en la doctrina al tratar una definición al derecho de propiedad.

El Código que ha servido como modelo a la mayoría, ha sido indudablemente el Código de Napoleón, que en su artículo 544 dispone: "La propiedad es el derecho de gozar y disponer del modo mas absoluto, siempre que no se haga de ella un uso prohibido por las leyes o por los reglamentos". Planiol, con

(19).- Citado por Villagorda Lozano. Breve Estudio del Fideicomiso. Op. Cit. Pag. 116.

(20).- Citado por Villagorda Lozano. Breve Estudio del Fideicomiso. Op. Cit. Pag. 117

(21).- Citado por Yurza Ochoa. El Derecho de Propiedad en el Fideicomiso. Op. Cit. Pag. 46.

respecto a dicho artículo, afirma que tiene el defecto de no señalar mas que un sólo carácter de la propiedad y que la exactitud contenida en dicho artículo, puede ponerse en duda, ya que ni el derecho de goce ni el derecho de disposición son realmente absolutos, pues implica numerosas restricciones y que por lo mismo el Código francés contiene dos proposiciones contradictorias, pues despues de haber dicho que "El propietario es libre de usar de su cosa de la manera mas absoluta", el texto añade: "con tal de que no haga de ella un uso prohibido por las leyes o por los reglamentos".

El Código italiano anterior al vigente, copiando al francés dice en su artículo 436: "La propiedad es el derecho de gozar y disponer de la cosa, del modo más absoluto, con tal de que no se haga un uso prohibido por las leyes o por los reglamentos". El Código español dice: "La propiedad es el derecho de gozar y disponer de una cosa sin mas limitaciones que las establecidas en las leyes: el propietario tiene acción contra el tenedor y poseedor de la cosa para reivindicarla". esta última definición consagra la acción protectora del derecho, pero si seguimos el criterio sostenido por Pianol, incurre en el mismo error del Código Napoleónico.

Resultaría oficioso reproducir las definiciones de los códigos inspirados en el de Napoleón, pues todos ellos acogen el principio de enumerar las facultades concedidas al titular del dominio y no se basan en los caracteres de ésta.

El Código germano rompe con la tradición del Código francés, pues ya no dá una definición, sino que sólo se limita a expresar que: "El propietario, en tanto no se oponga a la ley o los derechos de terceros, puede proceder con la cosa a su libre arbitrio y excluir toda intromisión de otros" (Art. 903). Es decir, el propietario es libre en principio, pero cabe la posibilidad de que existan excepciones, pudiendo en algunos casos hasta obscurecer el principio fundamental. La importancia de este principio se haya en la esfera procesal; puesto que la libertad se presume, y el que alegue lo contrario debere probar los supuestos de hecho en que se basa.

El Código Civil italiano en vigor tampoco proporciona una definición, sino solamente declara en su artículo 832: "El propietario tiene derecho de gozar y disponer de la cosa en modo pleno y exclusivo, dentro del límite y con la observancia de las obligaciones establecidas en el ordenamiento jurídico".

Nuestros Códigos Civiles de 1870 y 1884 daban una definición inspirada en el Código de Napoleón, pues en el artículo 827 del primero y el 729 del segundo, dicen: "La propiedad es el derecho de gozar y disponer de una cosa, sin mas limitaciones que las que fijen las leyes".

El código vigente, siguiendo un criterio mas técnico, se abstiene de dar una definición por ser una cosa siempre peligrosa, sobre todo en un cuerpo legal; por eso sólo se limita a señalar las facultades del propietario. El artículo 830 dice: "El propietario de una cosa puede gozar y disponer de ella con las limitaciones y modalidades que fijen las leyes" y el artículo 831 agrega: "La propiedad no puede ser ocupada contra la voluntad de su dueño, sino por causa de utilidad pública y mediante indemnización". Estos dos artículos se complementan, pues en ellos están contenidas las facultades y los elementos del dominio.

Como podemos ver, el Código Civil vigente no ofrece una definición contundente de lo que es la propiedad y por lo tanto recurriremos a la doctrina para que a través de ella tratemos de desentrañar este concepto aplicando todo aquello que no se oponga a nuestro sistema legal ni choque con los principios enunciados en nuestro Código Civil

Para iniciar este análisis, es importante establecer que para determinar el carácter de la propiedad en un terreno jurídico, no debemos adentrarnos en consideraciones sobre los fundamentos filosóficos, sociales o económicos de este derecho. Bajo tal óptica y para empezar a darnos una idea del contenido del derecho de propiedad, acudiremos primero a los autores que lo estudian en el Derecho Romano: Gaston May (22) dice que el derecho de propiedad concede a su titular todas las ventajas que se puedan obtener de una cosa corporal, y que analizando cada una de estas ventajas, se determinan tres derechos distintos:

a).- *Ius Utendi*: Que era la facultad de servirse de la cosa y aprovecharse de los servicios que pudiera rendir fuera de los frutos.

(22).- Citado por Yarza Ochoa. *El Derecho de Propiedad en el Fideicomiso. Op. Cit. Pág. 56.*

b).- **lus Fruendi**: Que era el derecho de recoger todos los frutos de la cosa sujeta a propiedad.

c).- **lus Abutendi**: Que era el poder de consumir la cosa, por extensión, el beneficio de disponer de ella de una manera total, definitiva, ya enajenándola, o bien, destruyéndola. Los actos que este **lus Abutendi** autoriza, son pues más importantes que aquellos a que dan lugar el **lus Utendi** y **Fruendi**, porque son de tal naturaleza que no pueden hacer desaparecer la cosa o consumir el derecho que se tiene sobre ella; también porque, mientras los actos que comprende el **lus Utendi** o el **Fruendi**, son susceptibles de ser renovados indefinidamente por el propietario, aquellos que están en el **lus Abutendi** no pueden ser ejecutados a menudo; los actos de consumo y de enajenación no pueden ser ejecutados mas de una vez por la misma persona.

El mismo autor dice que el derecho de propiedad en el Derecho Romano presenta tres características:

A).- **Absoluta**: Porque el propietario teniendo él sólo los derechos sobre la cosa, nadie puede oponerle restricciones a su libre ejercicio; pero se podría dar el caso que el derecho del propietario estuviera limitado por derechos que otros ejerzan conjuntamente con él sobre la cosa, como en el caso de una servidumbre o en la hipótesis de una indivisión. En la servidumbre, las ventajas del derecho del propietario son repartidas entre el propietario y el titular de la servidumbre. Si hay indivisión o copropiedad, varias personas se encuentran teniendo la propiedad de una cosa simultaneamente, de manera que el derecho de cada uno está necesariamente limitado por el derecho de los otros. Sin embargo, estas excepciones no hacen desaparecer el carácter absoluto del derecho de propiedad, porque son debidas a un acto de voluntad o a circunstancias accidentales y se consideran anormales y temporales.

A este respecto León Duguít señala " El derecho de propiedad es absoluto. Absoluto con relación al poder público, que únicamente puede realizar algunas restricciones por interés de policía, pero que no puede tocar en él mas que habiendo pagado una justa y previa indemnización" (23).

(23).- Duguít, León. *Las Transformaciones Generales del Derecho Privado desde el Código de Napoleón*. Ed. Effinge. México 1977. Pág. 12.

B).- Exclusiva: En el sentido de que el propietario puede él sólo, y con exclusión de todos, aprovechar las ventajas que le confiere su derecho. El propietario puede impedir que otra persona use de su bien, aunque a él no le reporte perjuicio dicho uso.

C).- Perpetua: Porque el derecho de propiedad no puede ser quitado a su titular, sino por un acto de voluntad o por un accidente que destruya la cosa. La propiedad no resulta ser, por lo tanto, un derecho temporal como ciertos derechos reales, ni un derecho destinado a extinguirse, como el derecho de obligación. Su suerte está íntimamente ligada a la de la cosa misma que es su objeto. Debe durar el tiempo que dure la cosa. La propiedad solo cesa en el caso de destrucción material. El carácter de perpetua no es obstáculo para su transmisión. El propietario antiguo pierde su derecho, pero el derecho en sí subsiste con su carácter de perpetuo, pues descansa en un nuevo propietario.

Ahora, examinaremos algunas de las principales teorías de los juristas modernos sobre el contenido del derecho de propiedad.

Bonaccase (24) dice que para precisar el contenido positivo del derecho de propiedad, debe tenerse en cuenta, sobre todo, que este derecho encuentra su expresión en el conjunto de actos materiales y jurídicos originados en el ejercicio del derecho de propiedad; que éste autoriza al propietario a percibir los frutos de la cosa, a servirse de ella y a transformarla o destruirla materialmente, a enajenar o establecer, sobre ella, derechos reales desmembrados de la propiedad, por lo que el propietario está facultado para realizar todos los actos materiales o jurídicos que tiendan a esos diversos resultados.

Pianol (25), apoyándose en fundamentos más jurídicos, aunque no habla de las facultades en el dominio, engloba los actos que el propietario puede ejecutar en dos grupos: 1.- Actos materiales de goce o de consumo, y 2.- Actos jurídicos.

1.- Actos materiales de goce o de consumo: El derecho de propiedad concede a su titular tanto el

(24).- *Bonaccase, Julien. Elementos del Derecho Civil. Tomo I. Traducciones de J. M. Cajica. México 1970. Pág. 641 y sig.*

(25).- *Citado por Yrza Ochoa. El Derecho de Propiedad en el Fideicomiso. Op. Cit. Pág. 57.*

derecho de usar como el de abusar sobre la cosa; puede ejecutar tantos actos de uso y de goce como desee, inclusive hasta destruir su propiedad. Por esto, lo que distingue al derecho de propiedad de los otros derechos reales es la facultad de destruir la cosa o de transformar su substancia, o sea, abusar de la cosa. Este "abuso" es el atributo característico del derecho de propiedad.

2.- Actos jurídicos: Estos actos son los que se realizan no sobre la cosa, sino sobre el derecho del propietario y consisten en transferir a otro, en todo o en parte, el derecho de goce o de consumo que le pertenecen sobre su cosa. Si es sobre la totalidad ejecuta un acto traslativo de dominio; si es parcial, desmembra su propiedad. Lo que constituye un atributo, es que al enajenar el derecho como éste comprende la totalidad de la cosa, parece que cede la cosa misma, pues los otros derechos reales, en vez de ser totales y perpetuos, como el derecho de propiedad, son temporales cuando hay goce total (usufructo), o perpetuos cuando hay goce parcial (servidumbres prediales).

El mismo Planiol reconoce, a pesar de lo ya dicho, que la propiedad puede ser temporal, inalienable, parcial, y aún más, existen casos en que se prohíbe a su titular el "abuso" de la cosa.

El tratar de dar una definición determinando positivamente el contenido del derecho de propiedad, no garantiza el éxito de nuestro objetivo, por lo que cualquier otra consideración sólo servirá para demostrar la dificultad o imposibilidad de determinar exhaustivamente las facultades o ventajas concedidas al dueño, ya que éstas pueden faltar sin que sufra el contenido del derecho de propiedad; en consecuencia, pareciera más factible que se pueda determinar dicho contenido, dándole una delimitación negativa.

De hecho resulta imposible prever los límites actuales y futuros de las formas de gozar de la cosa, así como de las facultades que puedan encontrar en dicho derecho pues estarían siempre condicionados al progreso de la técnica y al cambio de las condiciones sociales.

Si se pretendiera enumerar en una forma positiva todas las posibilidades que competen al propietario en el ejercicio de su derecho, se daría un carácter estático al contenido de este derecho que es esencialmente mutable y cambiante.

El derecho de propiedad no puede ser concebido como una suma de facultades atribuidas a su titular, sino como un conjunto de poderes que el dueño tiene en razón de su señorío sobre la cosa. Este conjunto constituye una unidad global, que comprende todas aquellas modalidades que se pueden imprimir sobre el objeto del derecho de propiedad, sin que la falta de una de ellas llegue a destruir el derecho, en ocasiones podrá faltar el goce, la libre disposición. Por esto, no es posible esforzarnos en encontrar en todas las facultades concedidas al propietario, el elemento existencial del derecho de propiedad.

Para finalizar esta serie de conceptos, citaremos a dos juristas mexicanos como son el Maestro **Rojina Villegas** (26) quien define a la propiedad como "El poder jurídico que una persona ejerce en forma directa e inmediata sobre una cosa para aprovecharla totalmente en sentido jurídico, siendo oponible este poder a un sujeto pasivo universal, por virtud de una relación que se origina entre el titular y dicho sujeto" y el Maestro **Ernesto Gutiérrez y González** quien señala que la propiedad, entendida como el derecho de usar, gozar y disponer de los bienes en forma absoluta, exclusiva y perpetua, tal como conceptuaba el antiguo Derecho Romano, es un concepto más literal que real, ya que no corresponde a la actual realidad social. La propiedad para él siempre ha reconocido limitaciones; aún en la época del esplendor del Imperio Romano, en que cobró su mayor fuerza el derecho de propiedad, no se reconocían esos caracteres en la forma que establece la definición tradicional y por otro lado, propone un concepto moderno de propiedad al cual define de la siguiente manera: "Es un derecho real más amplio para usar, gozar y disponer de las cosas, dentro del sistema jurídico positivo de limitaciones y modalidades impuestas por el legislador para cada época" (27).

Con el objeto de que se logre comprender más fácilmente el concepto anterior, citaremos lo que se debe entender por limitación y modalidad según este mismo autor, además de que resultan ser dos conceptos que están íntimamente relacionados con la propiedad.

Limitación : Es la carga positiva, o bien la abstención que el legislador de la época considere pertinente

(26).- **Rojina Villegas, Rafael. Compendio de Derecho Civil. Tomo II . Ed. Porrúa. México 1988. Pág. 78.**

(27).- **Gutiérrez y González, Ernesto. El Patrimonio. Ed. Cajica . México 1976. Pág. 206.**

imponer al titular del derecho, a efecto de que no lo ejerciten contra el interés de otros particulares o bien, contra el interés general.

Modalidad : Es cualquier circunstancia, calidad o requisito que en forma genérica pueden ir unidos a la sustancia sin modificarla, de cualquier hecho, acto jurídico o derecho.

Como podemos ver, los conceptos de propiedad reproducidos aquí son tan variados como variados son los puntos de vista en los que se fundamentan; observamos el riesgo que implica tanto para la doctrina como para las legislaciones el brindar un concepto completo del derecho de propiedad, sin embargo, existe cierta concurrencia de ideas en la mayoría de autores, al coincidir generalmente en un derecho construido por una unidad global que es realmente una indeterminación de facultades, que permite circunscribir conceptualmente al derecho de propiedad, con mayor facilidad, en sentido negativo determinando las facultades excluidas, que positivamente precisando las facultades que comprende.

Con ello no queremos decir que la propiedad sea un derecho imposible de conceptualizar, sino únicamente que dada la elasticidad y amplitud del derecho debemos de establecer parámetros, quizás más generales, que permitan incluir, definir y caracterizar este derecho como lo hacen acertadamente los dos últimos autores citados.

Ahora bien, la elasticidad de este derecho debemos entenderla como la posibilidad potencial de adquirir toda la plenitud concedida por la norma, pero no podemos, con base en esta elasticidad, negar la diversidad de formas que puede asumir el derecho mismo, como lo hacen algunos autores al pretender establecer la inmutabilidad del derecho de propiedad, es decir, que no es posible subdividirlo en varias clases (28) por lo tanto, debemos asentar que dada la amplitud y la diversidad de matices que puede revestir este derecho, la propiedad resulta ser un derecho divisible siendo éste el género y las diversas expresiones de él las especies. Esto nos dá como consecuencia, la pauta para citar el concepto dado por el maestro Gutiérrez y González de un tipo de "Propiedad Temporal" y que coincide con el tema central de esta tesis denominada "Propiedad Fiduciaria" a la cuál define de la siguiente manera : "Es

(28).- Yarza Ochoa. *El Derecho de Propiedad en el Fideicomiso*. Op. Cit. Pág. 60 y sig.

imponer al titular del derecho, a efecto de que no lo ejerciten contra el interés de otros particulares o bien, contra el interés general.

Modalidad : Es cualquier circunstancia, calidad o requisito que en forma genérica pueden ir unidos a la sustancia sin modificarla, de cualquier hecho, acto jurídico o derecho.

Como podemos ver, los conceptos de propiedad reproducidos aquí son tan variados como variados son los puntos de vista en los que se fundamentan; observamos el riesgo que implica tanto para la doctrina como para las legislaciones el brindar un concepto completo del derecho de propiedad, sin embargo, existe cierta concurrencia de ideas en la mayoría de autores, al coincidir generalmente en un derecho construido por una unidad global que es realmente una indeterminación de facultades, que permite circunscribir conceptualmente al derecho de propiedad, con mayor facilidad, en sentido negativo determinando las facultades excluidas, que positivamente precisando las facultades que comprende.

Con ello no queremos decir que la propiedad sea un derecho imposible de conceptualizar, sino únicamente que dada la elasticidad y amplitud del derecho debemos de establecer parámetros, quizás más generales, que permitan incluir, definir y caracterizar este derecho como lo hacen acertadamente los dos últimos autores citados.

Ahora bien, la elasticidad de este derecho debemos entenderla como la posibilidad potencial de adquirir toda la plenitud concedida por la norma, pero no podemos, con base en esta elasticidad, negar la diversidad de formas que puede asumir el derecho mismo, como lo hacen algunos autores al pretender establecer la inmutabilidad del derecho de propiedad, es decir, que no es posible subdividirlo en varias clases (28) por lo tanto, debemos asentar que dada la amplitud y la diversidad de matices que puede revestir este derecho, la propiedad resulta ser un derecho divisible siendo éste el género y las diversas expresiones de él las especies. Esto nos da como consecuencia, la pauta para citar el concepto dado por el maestro Gutiérrez y González de un tipo de "Propiedad Temporal" y que coincide con el tema central de esta tesis denominada "Propiedad Fiduciaria" a la cuál define de la siguiente manera : "Es

(28).- Yarza Ochoa. *El Derecho de Propiedad en el Fideicomiso*. Op. Cit. Pág. 60 y sig.

aquella que transmite a la institución de crédito que es la llamada fiduciaria, transmitiéndosele la propiedad de los bienes materia de esta operación. La institución fiduciaria, pasa a ser propietaria de los bienes y al extinguirse el fideicomiso, que tiene por regla general un plazo máximo de treinta años, los bienes vuelven al poder de la persona que fuera antes propietaria" (29).

Y para confirmar la existencia de esta subdivisión, citaremos algunos otros casos de temporalidad consagrados en nuestra legislación :

El artículo 259 de la Ley General de Títulos y Operaciones de Crédito dispone : "En virtud del reporto el reportador adquiere por una suma de dinero la propiedad de títulos de crédito y se obliga a transmitir al reportado la propiedad de otros tantos títulos de la misma especie, en el plazo convenido y contra reembolso del mismo precio más un premio . . .". En este caso, puede suceder que los títulos de crédito transmitidos sean los mismos que el reportador deba transmitir al reportado una vez que se cumpla el plazo, por ejemplo : Cuando alguien posee determinados títulos y necesita dinero, pero no quiere deshacerse definitivamente de ellos.

En el reporto existe, en la opinión de nuestros juristas, una verdadera transmisión de la propiedad de los títulos a favor del reportador, el cuál, mientras no se cumpla el plazo señalado, ya sea por la voluntad de las partes o por disposición de la Ley, es el verdadero dueño de los títulos para todos los efectos legales, por lo que, cuando se vence el término, deja de ser el dueño, y consecuentemente se trató de un derecho de propiedad adquirido temporalmente.

Otro caso se presenta cuando el Estado otorga una concesión, en la mayoría de los casos existen bienes que son objeto del derecho de propiedad, y que a su dueño la Ley le impone una limitación en el tiempo de su goce o beneficio. Con esto no queremos decir que la concesión en sí misma sea un derecho de propiedad; y por ello sólo nos referimos al derecho de propiedad del concesionario sobre los bienes relacionados con la concesión.

(29).- Gutiérrez y González, Ernesto. El Patrimonio. Op. Cit. Pág. 208 .

El maestro Gabino Fraga (30) afirma que el concesionario es propietario de los bienes afectos a la explotación del servicio concesionado, y que la Ley de Vías Generales de Comunicación expresamente lo establece en su artículo 89, según el cuál "Las vías generales de comunicación que se construyan en virtud de concesión, con sus auxiliares, sus dependencias y demás accesorios, son propiedad del concesionario durante el término señalado en la misma concesión ...".

La concesión es por su misma naturaleza de carácter temporal, pues salvo casos especiales, se otorga por un tiempo determinado. En ellas, generalmente se contienen normas en virtud de las cuales los bienes afectos a la concesión pasan a ser propiedad del Estado, ya sea antes de determinado plazo o ya sea después del vencimiento del mismo.

El tiempo determinado que se fija en la concesión debe ser suficiente no sólo para obtener una utilidad razonable sobre las inversiones, sino también recuperar el importe de éstas. Por esto es que, a la expiración del plazo, el Estado pasa a ser propietario de todas las instalaciones, obras y bienes afectos a la concesión, así como los fondos destinados al retiro o reemplazo de esos bienes (31).

En la concesión encontramos que existe una limitación temporal al derecho de propiedad, pues el dueño de los bienes afectos a la concesión lo fué durante un tiempo determinado, dejando de serlo puesto que dichos bienes, en virtud de la Ley pasan a ser propiedad del Estado, sin que por el hecho de haber sido temporal su derecho se pueda negar que reunía todos los caracteres de un verdadero derecho de propiedad.

Por último, agregamos que el concepto de temporalidad del derecho de propiedad no es extraño a diversas legislaciones americanas, y entre otras se encuentra el Código Brasileño, que bajo el rubro de "Propiedad Resoluble" la contempla en su artículo 647.

De esta manera concluimos el tema referente al concepto de propiedad del que resaltamos su carácter de divisible, que es lo que nos permite remitirnos a la propiedad fiduciaria con ciertas bases y

(30).- Fraga, Gabino. *Derecho Administrativo*. Ed. Porrúa. México 1988. Pág. 563.

(31).- *Idem*. Pág. 579.

fundamentos esenciales para estar en posibilidad de desarrollar el tema de esta tesis y aportar un concepto de esta especie de propiedad.

C.- ELEMENTOS .

1.- SUJETOS.- El sujeto de derecho es el destinatario de la norma jurídica, su titular lógico. La norma jurídica es una prescripción imperativa rectora de la conducta, y como esta conducta pertenece siempre a alguien, este alguien resulta el titular a quien la norma imputa y hace responsable de esa conducta, lo que equivale a decir que lo considera sujeto de derecho, no sólo en el sentido de que siempre sea el titular de una facultad, pretensión o autorización de un derecho subjetivo, sino tomándolo más bien como el destinatario de la norma, pues como ésta atribuye facultades y obligaciones correlativas, cabe distinguir el sujeto activo y el sujeto pasivo de la relación, es decir, el titular de la facultad o derecho subjetivo y el titular de la obligación o deber jurídico.

Respecto al sujeto activo, existen dos problemas principales que son: El problema de la capacidad para ser sujeto del derecho de propiedad, y el de la capacidad para adquirir dicho derecho.

En relación al primer problema planteado existen dos corrientes doctrinarias, puesto que mientras algunos sostienen que tanto el hombre individual como las personas jurídicas colectivas pueden tener capacidad para ser titular del derecho de propiedad, otros sostienen que sólo la persona jurídica individual debe tener una capacidad irrestricta para ser titular sobre todos los derechos de propiedad posible, sobre los bienes no excluidos del comercio, y no así las personas jurídicas o personas morales. La mayoría de las legislaciones modernas se inspiran en esta segunda propuesta, por lo que imponen numerosas restricciones a los entes colectivos.

Nuestro sistema jurídico no concede una capacidad ilimitada a las personas morales para ser sujetos de toda clase de propiedades. El Maestro Joaquín Rodríguez y Rodríguez dice que el Código Civil para el Distrito Federal en su artículo 26 declara que las personas morales pueden ejercer todos los derechos que sean necesarios "para realizar el objeto" de su creación, de manera que la capacidad de las personas morales en el Derecho Mexicano está en función de la finalidad para la que se constituyeron.

Por lo tanto, sólo pueden tener los bienes que sean necesarios para la consecución de la finalidad social.

Sin embargo, nuestra legislación se muestra más rígida en cuanto a la capacidad de las sociedades en lo que se refiere a bienes inmuebles. El artículo 27 Constitucional, fracción I, dice "Sólo los mexicanos por nacimiento o por naturalización y las sociedades mexicanas tienen derecho para adquirir el dominio de las tierras, aguas y sus accesiones ...", lo que nos indica que en principio las sociedades mexicanas sí tienen capacidad de ser sujetos del derecho de propiedad, pero este principio sufre muchas limitaciones, y así las fracciones III, IV, V y VI señalan los límites de esta capacidad, no sólo a las sociedades y personas morales sino también a personas físicas.

El segundo problema relativo al sujeto activo del derecho de propiedad, se refiere a la capacidad para adquirir el dominio, es decir, los requisitos necesarios que impone la Ley para que alguien pueda llegar a ser titular del derecho de propiedad; se refiere al acto o título por el cual el dominio se adquiere. Esta capacidad es múltiple y varía según las personas y según los actos y hechos jurídicos que intervienen en la génesis de dicho título.

Por otro lado, el sujeto pasivo de la relación jurídica se ha dicho que está constituido por la universalidad de los otros miembros de la sociedad, que tienen frente del propietario la obligación de abstenerse de ejecutar actos que impidan el libre ejercicio del derecho de propiedad a su titular. Es discutida la doctrina de que exista en realidad en los derechos reales y en especial el derecho de propiedad, un sujeto pasivo universal, por ser derechos valederos "erga omnes", ya que esto de la oponibilidad a terceros, es una característica de cualquier derecho subjetivo. Sin embargo, hemos dicho que el carácter diferencial de los derechos reales, y en especial del derecho de propiedad, frente a los derechos personales o de crédito, es su elemento externo, dinámico, pero en el sentido de que impide la interposición de terceros en el libre ejercicio del derecho a su titular, mientras que el derecho personal o de crédito tiene como contenido necesario su oponibilidad a una persona determinada.

No obstante, si no se considera como lo hacen algunos autores, sujeto pasivo de la relación a la universalidad de los miembros de la sociedad, indudablemente que si hay un acto perturbador del derecho de propiedad por parte de una determinada persona, ésta se convierte en un sujeto con una existencia efectiva e individualizada, a la cual sí le es oponible toda la protección que el ordenamiento

jurídico concede al titular del derecho de propiedad. Por ello, de la naturaleza del acto violatorio dependerá la obligación del sujeto pasivo que por el mismo acto perturbador se individualiza.

En los derechos reales distintos de la propiedad, o en todos los gravámenes impuestos a la cosa objeto del derecho de propiedad, el dueño de la misma es al propio tiempo tanto sujeto activo, como sujeto pasivo en relación al titular del derecho real o del gravamen. Por virtud de estas relaciones jurídicas concretas, se establecen a cargo del citado dueño, obligaciones de hacer y de no hacer que tienen un contenido patrimonial que son susceptibles de apreciación pecunaria y que afectan el pasivo del propietario de la cosa, un ejemplo de esto lo tenemos en el artículo 1021 del Código Civil del Distrito Federal que establece "Si el usufructo se ha constituido a título oneroso, el propietario tiene la obligación de hacer todas las reparaciones convenientes para que la cosa, durante el tiempo estipulado en el convenio, pueda producir los frutos que ordinariamente se obtenían de ella al tiempo de la entrega.

2.- OBJETO.- En relación al objeto, el verdadero problema versa sobre que cosas pueden ser objeto de propiedad; la cuestión está en determinar si sólo las cosas corporales pueden ser objeto del derecho de propiedad o si también lo pueden ser las cosas incorporeales, y aun los derechos. Analicemos estas ideas:

Cosa es todo aquello que exista en la naturaleza, pero no se debe confundir cosas con bienes, pues se deben distinguir como la especie se distingue del género.

Bien, en sentido jurídico, es la cosa en cuanto es objeto de un determinado derecho subjetivo; por eso las cosas no son bienes hasta que son objeto de los derechos (32), es decir, a los jurisconsultos las cosas no les interesan sino en razón de los derechos de que puedan ser objeto, por ejemplo: Sobre un terreno pueden existir al mismo tiempo un derecho de propiedad, un derecho de usufructo, una hipoteca y sin embargo la cosa es la misma, pero existen varios bienes sobre la cosa y por consiguiente varios son los objetos de los derechos, según su propia naturaleza; quizás por eso el Código Civil al referirse a los bienes en su artículo 747 afirma que "Pueden ser objeto de apropiación todas las cosas que no esten excluidas del comercio".

(32).- Salvatore Pugliatti, citado por Yarza Ochoa. El Derecho de Propiedad en el Fideicomiso. Op. Cit. Pág. 51.

Existen varias clasificaciones de bienes, pero con el objeto de no abundar demasiado en este tema sólo atenderemos aquella que se refiere a bienes corporales y bienes incorporales. Los bienes corporales son aquellos que tienen una existencia material y que podemos percibirlos por los sentidos, son tangibles, por el contrario, los bienes incorporales son aquellos que no tienen sino una existencia creada por el hombre, abstracta, son intangibles, pero que representan sin embargo, un valor apreciable en dinero como lo pueden ser: la marca de fábrica, el servicio que el deudor se ha obligado a cumplir, la energía eléctrica, etcétera, pero algunos autores han dado a esta distinción un alcance más amplio colocando dentro de la categoría de bienes incorporales a los derechos de crédito y a los derechos reales distintos del de la propiedad.

Esta confusión manifiesta entre dos nociones diferentes: La de bienes y la de derechos que pueden recaer sobre cosas, se puede explicar de la siguiente forma; las cosas como hemos visto, no son bienes sino en razón de los derechos de que son objeto, pero entre los derechos sobre las cosas que nos pueden pertenecer se debe hacer una distinción. El derecho de propiedad absorbe toda la utilidad económica de la cosa, por lo que suele confundirsele con ella al grado de no distinguirsele, y es así que en lugar de decir, tengo un derecho de propiedad sobre un automóvil se dice: mi automóvil. Por el contrario, cuando se trata de algún otro derecho real como una hipoteca sobre una casa, no se dice: mi casa, para designar a este derecho y aún más, los derechos personales o de crédito no se confunden con las cosas que son objeto de ellos.

Es probable que a esto se deba que algunos juristas modernos digan que todos los derechos son bienes incorporales, hecha excepción del derecho de propiedad. Pero aunque esta confusión entre cosa y derechos se explica por las razones que hemos expuesto, no por eso quiere decir que se justifique el colocar los derechos distintos a la propiedad frente a la categoría de cosas incorporales, porque hacer una distinción poniendo a un lado las cosas y del otro los derechos, no tiene sentido, es decir, son dos categorías que no tienen ningún carácter común, ya que son de naturaleza diametralmente diferente. Por lo tanto debemos concluir que la clasificación que se hace entre los derechos y las cosas no es una clasificación, sino una comparación incoherente.

En la doctrina gran parte de los autores coinciden en que sólo las cosas corporales pueden ser objeto de dominio. Otros autores consideran que así como se reconoce la prenda y el usufructo sobre un derecho,

Igualmente debe representarse como propiedad el dominio pleno que abarca el derecho en su totalidad y por lo tanto el acreedor de un crédito dado en prenda, por ejemplo, es propietario del mismo. Esta teoría se puede criticar resaltando la excesiva generalización con que pretende tratar a la propiedad, ya que existe un conjunto de normas jurídicas aplicables a la propiedad que no tendrían sentido si se aplicaran a los derechos, por ejemplo, no sería posible una reivindicación, ni las normas sobre adquisición de la propiedad si estas normas no son referidas al objeto propio de los derechos de propiedad.

Pese a lo antes expuesto algunos Códigos, y entre ellos el nuestro, al hablar del contrato de compraventa dispone en su artículo 2248 "Habrá compraventa cuando uno de los dos contratantes se obliga a transferir la propiedad de una cosa o de un derecho ...", lo cual nos dá a entender que es posible hablar tanto de propiedad de cosas como de propiedad de derechos.

Ahora bien, si sólo los bienes, en su sentido jurídico, pueden ser considerados como cosas corporales o incorporeales, hay que determinar en concreto, si tanto las cosas corporales como incorporeales pueden ser objeto del derecho de propiedad. A este respecto citaremos al jurista consulto Alberto Vázquez del Mercado que en su libro *Concesión Minera y Derechos Reales* (33) dice : "La resistencia para admitir el derecho de propiedad sobre bienes y materiales la heredamos del antiguo Derecho Romano, pero actualmente, y después de las discusiones jurídicas a que dió origen la electricidad, se reconoce, sin dificultad alguna, la existencia de los bienes inmateriales" en esta misma obra cita las palabras de Lodovico Barassi, en su libro *Los Derechos Reales*, agrega que este autor una vez que estudia las cosas incorporeales y los derechos subjetivos considerados como cosas, afirma : "Después de lo que hemos dicho; llegamos a la conclusión práctica de que, admitida la posibilidad de una cosa incorpórea puede admitirse el derecho de propiedad sobre cosas incorpóreas". También citaremos al maestro Mario Rotondi que en sus *Lecciones de Derecho Industrial* (34), una vez que examinó y expuso diversas doctrinas sobre la naturaleza jurídica del derecho del inventor, dice : "Es derecho de propiedad, en consecuencia, el que tiene el inventor, derecho absoluto aún cuando limitado en el tiempo, que contiene las facultades de goce y disposición; objeto de ese derecho es la invención industrial, que como veremos

(33).- Citado por Bojalil, Julián. *El Fideicomiso. Op. Cit. Pág. 124.*

(34).- *Idem.*

en seguida, está constituida por la idea de la solución de un problema técnico y tiene como requisitos la originalidad, la novedad, la licitud y ser susceptible de industrializarse".

Así, concluiremos el análisis doctrinario de la naturaleza de los elementos del derecho de propiedad.

D.- EL CONTRATO COMO MEDIO DE TRANSMISION DE LA PROPIEDAD.

En los actuales regimenes de derecho contemporáneo y sobre todo, aquellos con una ascendencia napoleónica, el contrato representa un medio eficaz para la transmisión del dominio por sí solo, respecto de cosas ciertas y determinadas; es decir, la propiedad se transfiere como consecuencia inmediata del contrato, sin necesidad de recurrir a ninguna solemnidad, como ocurría en el derecho romano. Se distinguen los contratos traslativos de dominio, en los cuales opera en forma inmediata la transmisión de la propiedad, sin que sea necesaria la entrega de la cosa o traditio en el derecho romano.

Este principio se plasmó en el Código de Napoleón después de una larga evolución que se genera desde los tiempos del derecho romano y a través del antiguo derecho francés.

En el derecho romano primitivo el contrato no era un medio de transmitir la propiedad por sí solo, sino que era menester recurrir a una forma especial que en los primeros tiempos fué la *mancipatio* y la *in jure-cessio* y posteriormente la *traditio* o sea la entrega de la cosa. De manera que en el contrato de compraventa, bajo la legislación romana únicamente se transmitía por el simple contrato, la posesión de la cosa; por lo que el adquirente tenía derecho a exigir la posesión pero no que se le transmitiera el dominio. Como consecuencia, para dar cabal cumplimiento a la transmisión, era necesario que aparte de la celebración del contrato se recurriera a la *mancipatio* o a la *in jure-cessio*, o bien a lo que en las últimas épocas del derecho romano se denominó *traditio*; para que la transmisión surtiera efectos plenos. Posteriormente, en el derecho romano, al admitirse en primer lugar, la *traditio* para la transmisión de cierta clase de bienes, y después, al reconocerse que ciertas formas virtuales o simbólicas de tradición equivalían a la entrega material de la cosa, dió inicio a la época de Justiniano; marcando la pauta de lo que con posterioridad se plasmaría en el Código Napoleónico.

El derecho francés instituyó en los contratos, principalmente en aquellos en los que se requería la intervención de un notario, la entrega simbólica o ficta, y con ello cae en desuso la tradición material.

El principio enunciado con anterioridad se encuentra plasmado en el Artículo 2014 del Código Civil vigente, al hablar de "Enajenaciones de cosas ciertas y determinadas", es decir, para bienes individualmente determinados.

Cabe mencionar que para aquellos bienes que no estén individualmente determinados, aún rige el principio de la tradición real, tal como lo establece el Artículo 2015 del mismo ordenamiento; ya que es el medio más perfecto para la identificación de la cosa, al respecto el artículo referido señala que "La propiedad no se transferirá sino hasta el momento en que la cosa sea cierta y determinada con conocimiento del acreedor".

Debemos aclarar, en primer lugar, que no debe confundirse la noción jurídica de patrimonio con la de propiedad, puesto que aunque una persona no tenga un derecho de propiedad, no quiere decir forzosamente que no sea titular de un patrimonio, lo mismo que por el hecho de ser titular de un patrimonio, no quiere decir que dicha persona sea titular de un derecho de propiedad. El derecho de propiedad es una especie de los derechos reales, y éstos a su vez son una especie de los derechos patrimoniales.

El fundamento legal que consagra al contrato de fideicomiso como traslativo de la propiedad, se encuentra en los Artículos 352 y 356 de la Ley General de Títulos y Operaciones de Crédito, al señalar claramente que 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 bienes inmuebles (Artículo 353 de la Ley General de Títulos y Operaciones de Crédito), o hacerse con las formas de publicidad equivalentes a la inscripción cuando se trate de muebles (Notificación, endoso, endoso con registro, tradición. Artículo 354 de la Ley General de Títulos y Operaciones de Crédito) (35).

ESTA TESIS NO DEBE SALIR DE LA BIBLIOTECA

- 79 -

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

Este dominio tiene caracteres especiales, ya que, el fiduciario no tiene el libre uso, disfrute y dominio de los bienes, pues estas facultades dominicales tienen las siguientes limitaciones :

a).- Todas ellas se ejercen en función del fin por realizar, no en interés del fiduciario (Artículos 346 y 351 Párrafo II de la Ley General de Títulos y Operaciones de Crédito).

b).- El beneficio económico del fideicomiso recae sobre el fideicomisario (Artículo 348 Párrafo I).

c).- El fideicomisario puede impugnar los actos del fiduciario que salgan de los límites funcionales de lo establecido (Artículo 355).

d).- Extinguido el fideicomiso los bienes deben volver al fideicomitente (Artículo 358), con excepción de los fideicomisos constituidos en favor de personas de orden público, instituciones de beneficencia o culturales (Artículo 359).

Esta traslación contractual, como ya hemos visto, tiene sus orígenes en el derecho romano, y a este respecto citaremos al Lic. Luis Muñoz (36) que menciona a Cariota-Ferrara señalando que se entiende que desde el derecho romano el fiduciario era considerado propietario, como lo prueba el hecho de que se le concedía la conditio furtiva, y ella se atribula, como es sabido, al propietario.

De paso, diremos que jurídicamente, y en los casos en que su origen sea contractual el fideicomiso es una obligación, y aunque el Código Civil se abstiene de definir a éste, dando su noción por supuesta, desde las Instituciones de Justiniano la obligación ha sido un concepto fundamental en el acervo jurídico de las naciones de tradición romanista. Pese a que no la defina el Código Civil, no obstante, intitula el Libro Cuarto "De las Obligaciones", subdividido así: Primera Parte "De las Obligaciones en General";

(36).- Muñoz, Luis. *El Fideicomiso*. Ed. Porrúa. México 1976. Pág. 206.

Título Primero "Fuentes de las Obligaciones"; Capítulo I "Contratos", y ofrece estas definiciones : "Convenio es el acuerdo de dos o más personas para crear, transferir, modificar o extinguir obligaciones" (Artículo 1792); "Los convenios que producen o transfieren las obligaciones y derechos toman el nombre de contratos" (Artículo 1793). De ahí que el fideicomiso constituido por acto entre vivos es la obligación jurídica resultante de un contrato.

Como consecuencia de la traslación de la propiedad que implica el contrato de fideicomiso, 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. Todo el complejo de relaciones entre el fideicomitente, fideicomisario y fiduciario, como ya dijimos, es público y conocido por los terceros; en cuanto a la Ley no sólo establece la publicidad del fideicomiso, sino que prohíbe los fideicomisos secretos. "En resumen, el fiduciario es quien ejerce las facultades dominicales en provecho ajeno" (37).

De esta manera terminamos el marco teórico en torno a algunas generalidades que fundamentan a la propiedad fiduciaria y que resulta importante plantear para permitir una cabal comprensión del tema. En lo sucesivo, nos dedicaremos a desarrollar el tema total de este trabajo de tesis, plasmando los diversos puntos de vista de algunos autores referente a éste régimen de propiedad tan singular.

(37).- Idem. Pág. 6.

CAPITULO CUARTO

LA PROPIEDAD FIDUCIARIA

Pese a que el fideicomiso en México surgió a la luz hace ya más de 50 años, todo este tiempo no le ha servido para lograr el perfeccionamiento técnico y doctrinario que como cualquier otra figura jurídica requiere; ya que si bien es cierto que se trata de una institución que carecía de antecedentes no solo en el sistema jurídico mexicano, sino en todos los regímenes de derecho de ascendencia romanista, también es cierto que en ese lapso sólo la Ley General de Instituciones de Crédito de 1932 y la Ley General de Títulos y Operaciones de Crédito son las que se han encargado de establecer los caracteres fundamentales del mismo y desde entonces no se ha dado el caso de que alguna legislación altere o modifique radicalmente, lo establecido en 1932. Por lo tanto resulta obvio deducir que después de medio siglo existan algunos aspectos del fideicomiso que merezcan ser aclarados, o por decirlo de otra manera, esta figura requiere evolucionar.

Algunos autores señalan que dentro de los rezagos que más sensiblemente afectan al fideicomiso son, entre otros : El sistema fiscal que lo rige, la denominación de la propiedad fiduciaria y la posible inclusión del fideicomiso en el Código Civil bajo el rubro de contratos, por citar algunos solamente. En este capítulo nos referimos al tema enunciado en segundo término, es decir, a la propiedad fiduciaria que es el tema que inspira la elaboración de esta Tesis, y a lo largo de él, expondremos de manera sencilla, diversos puntos de vista sustentados por juristas, e igualmente citaremos algunos criterios de la Corte, que nos dan la pauta para fundamentar la existencia de este tipo sui generis de propiedad en el que se reconozca el dominio del fiduciario sobre el patrimonio fideicomitido y como consecuencia, resulta la necesidad de reglamentar adecuadamente todo lo concerniente a ella.

A manera de introducción, debemos aclarar que al hablar de la necesidad que existe en el sistema jurídico mexicano de legislar sobre la propiedad fiduciaria, no pretendemos revolucionar el concepto del derecho de propiedad, ni mucho menos desmembrar a éste en una gran gama polifacética de géneros y subgéneros que nos orillen a tecnicismos radicales que, en ocasiones, resultan irrelevantes para nuestra cultura jurídica. Tampoco pretendemos descubrir la creación de un nuevo derecho, ni buscamos con nuestro trabajo, sentar las bases para enfrascarnos en una polémica infructuosa y estéril, que lejos de fomentar la investigación crítica y objetiva de juristas, sirva como pretexto para polarizar criterios sin fundamento alguno. Más bien, nuestro objetivo es muy claro, buscamos resaltar la imperiosa necesidad de renovar o actualizar algunos aspectos de una institución cuyos rezagos resultan evidentes y particularmente, actualizar lo relativo al régimen de propiedad a que está sujeta, que como veremos más adelante, ha sido motivo de diversos trabajos y discusiones, sin que hasta el momento, lamentablemente, exista algún intento legislativo serio para esclarecer estos rezagos.

En este capítulo buscamos en primer lugar, destacar el papel del fiduciario como propietario del patrimonio fideicomitado, para con ello fundamentar la existencia de un régimen de propiedad con características muy particulares y como consecuencia de esto, buscaremos resaltar la importancia que reviste brindarle la precisión y la técnica jurídica a una figura tan relevante como la que el fideicomiso necesita, y con ello acabar de una vez por todas con argumentos contrapuestos y antiguas discusiones, buscando siempre una práctica más clara y refinada del fideicomiso mexicano.

Expuesto lo anterior, daremos inicio citando y comentando los criterios que expresa o tácitamente rechazan la existencia de una propiedad fiduciaria en México, para posteriormente seguir con las teorías que la aceptan, finalizando de una manera ecléctica retomando los argumentos más convincentes de cada una de las teorías, para plasmar nuestra postura en sentido afirmativo y dar cuenta con esto de la gran controversia a la que se daría fin si se legislara en este sentido, que mucho tiene que ver con la naturaleza misma de la institución.

A.- TEORIAS QUE NO APRUEBAN LA PROPIEDAD FIDUCIARIA .

En el desarrollo de este inciso daremos cuenta de cuatro teorías de juristas mexicanos que consideran que el fiduciario no es propietario del patrimonio fideicomitado argumentando que entre el fiduciario y el

patrimonio sujeto a fideicomiso, surge un nexo distinto del de propiedad; cuya naturaleza varía según el criterio de los autores. Resulta interesante estudiar los matices que cada autor atribuye a este nexo, así como, la argumentación que esbozan en torno a sus teorías recurriendo a antecedentes doctrinarios suficientes para instrumentar nociones sólidas que fundamentan certeramente dichas teorías, pero que sin embargo, según nuestro punto de vista, adolecen de imprecisiones las cuales comentamos someramente y que finalmente las delatan como sofismas jurídicos. Pese a ésto, resulta digno de encomio la brillantez con que fueron expuestas, además de que se convierte en un necesario elemento de juicio para posteriormente sacar nuestras propias conclusiones.

1.- TEORIA DEL LIC. JUAN LANDERRECHE OBREGON. (38)

Esta teoría estudia la naturaleza jurídica del fideicomiso fundándola en la teoría del patrimonio de afectación, expuesta originalmente por Brinz y sucesivamente por Francisco Ferrara y Pierre Lepaulle.

El Lic. Landerreche argumenta 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 más amplio, como la facultad exclusiva de usar y disponer de los bienes". Continúa diciendo el autor que partiendo de la idea de la propiedad como medio de realizar el aprovechamiento de los bienes para fines humanos, resultaba económica y jurídicamente fundada la formación de un patrimonio 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. En estos casos puede no existir propietario de los bienes afectos al fin perseguido, siendo bastante con que la afectación se organice de modo adecuado para que los bienes cumplan su función de medios de alcanzar los fines de que se trata.

Más adelante el Lic. Juan Landerreche refiere que los elementos esenciales del fideicomiso son : un fin lícito que alcanzar y la destinación de ciertos bienes a su realización, para lo cuál se requiere como condición que una persona maneje el patrimonio así formado y disponga de él para dicho objeto,

(38).- Citado por Yarza Ochoa. El Derecho de Propiedad del Fideicomiso. Op. Cit. Pág. 85 y sig.

persona que en nuestro derecho debe ser una institución fiduciaria.

Para el autor la transferencia del dominio que hace el fideicomitente no es en favor de una persona determinada, sino como afectación para el fin que se 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 ejercitar los derechos y obligaciones referentes a los mismos bienes, facultad que se atribuye al fiduciario para que pueda realizar el fin del fideicomiso.

En relación al patrimonio del fideicomiso señala que constituye un patrimonio autónomo, es decir, que no pertenece a ninguna de las personas que participan en el fideicomiso, y al cual quedan transferidos los derechos afectados por el fideicomitente.

Según el autor dentro del fideicomiso, al fiduciario le corresponde una obligación, el desempeño de un servicio, que es la ejecución de aquel, y precisamente para cumplirlo, por ser el órgano de su realización, se le atribuye el ejercicio exclusivo de todos los derechos y acciones relativos al patrimonio en fideicomiso por la necesidad que tiene de poder ejercitar unas y otras, pero sin que ello implique que sea titular de dichos derechos, sino solo el órgano de su ejercicio, por lo que resulta incorrecta la expresión del inciso C), de la fracción II del artículo 45 de la Ley General de Instituciones de Crédito y Organizaciones Auxiliares, al hablar del ejercicio de derechos que se transfieren al fiduciario con encargo de realizar determinado fin y que éste los ejercite como titular.

Para el Lic. Landerreche el fiduciario no puede ser considerado como propietario por que no puede disponer en su propio provecho del patrimonio del fideicomiso, sino que por el contrario, está obligado a usar y disponer de él exclusivamente para el fin a que está afecto, lo cual contradice el derecho esencial del propietario de usar y disponer para sí los bienes que le pertenecen.

Pero el fiduciario tampoco puede considerarse dueño de los bienes del fideicomiso, puesto que éste puede nacer y extinguirse sin intervención de aquél, además de que su falta no extingue el fideicomiso, sino sólo da lugar al nombramiento de un nuevo fiduciario (Artículo 350 de la Ley General de Títulos y

Operaciones de Crédito), situaciones que serían legalmente imposibles si el fiduciario fuera titular del dominio.

Para concluir, Landerreche se refiere a las facultades del fiduciario y las relaciona con las del mandatario cuando nos dice que por lo que hace a la extensión de sus facultades, la situación del fiduciario conforme al Art. 356 de la Ley General de Títulos y Operaciones de Crédito, es análoga también a la de un mandatario designado en los términos del Artículo 2554 del Código Civil, al que se entienden conferidas toda clase de facultades, aún las que conforme a la Ley requieran cláusula especial, debiendo consignarse expresamente las limitaciones.

COMENTARIO .

En primer término consideramos que no es posible aceptar la teoría del patrimonio sin titular, porque no podemos admitir la existencia de derechos sin titular, y al respecto citamos al maestro García Maynez quien apunta: "Todo derecho es, a fortiori, facultad jurídica de alguien, así como toda obligación necesariamente supone un obligado. Hablar de derechos sin titular es contradecirse. La noción del deber encuéntrase ligada inseparablemente al concepto de persona; entre ellos hay una relación del mismo tipo que la que existe entre las ideas de sustancia y atributo".

"Por otra parte, la distinción establecida por Brinz, entre patrimonio de personas y patrimonio de afectación, o destinados a un fin, es enteramente artificial y no constituye una verdadera oposición. En primer lugar, debemos advertir que los patrimonios personales son también destinados a la consecución de múltiples finalidades, lo mismo que los llamados de destino. En todo caso, lo correcto sería dividirlos en : patrimonios adscritos a un fin especial y patrimonios que no tienen una finalidad determinada. En segundo término, hay que tener presente la circunstancia de que ciertos patrimonios se encuentran destinados a fines específicos, no significa que sean sujetos de derecho. La historia revela la existencia de numerosas instituciones de índole jurídico, en las que el patrimonio personal se encuentra destinado a un cierto fin, dentro del patrimonio general de una persona. Es decir, se trata de patrimonios que tienen autonomía y forman parte del patrimonio general del sujeto. Son patrimonios de afectación y, sin

embargo, no podemos considerarlos como sujetos jurídicos". (39)

Como vemos, la crítica del maestro García Maynez es bastante elocuente en torno a la teoría del patrimonio de afectación.

Para empezar, debemos aclarar que no debe confundirse la noción jurídica de patrimonio con la propiedad, puesto que aunque una persona no tenga un derecho de propiedad, no quiere decir forzosamente que no sea titular de un patrimonio, lo mismo que por el hecho de ser titular de un patrimonio, no quiere decir que dicha persona sea titular de un derecho de propiedad. El derecho de propiedad es una especie de los derechos reales, y éstos a su vez son una especie de los derechos patrimoniales. En segundo lugar, no debe hablarse del dominio sobre los derechos, pues si con ello se quiere significar la pertenencia del derecho al sujeto, debe hablarse de titularidad.

Por otra parte, la mayoría de los autores están de acuerdo en que en nuestro régimen de Derecho, no existen patrimonios sin sujetos, por lo que no es posible explicar el fideicomiso en nuestro Derecho como un patrimonio de afectación sin titular. En nuestras leyes los únicos bienes que no tienen dueño, a pesar de que son susceptibles de constituir el objeto del derecho de propiedad, son los bienes mostrencos (Artículo 774 del Código Civil), los bienes vacantes (Artículo 785 del Código Civil), los que se adquieren por caza y pesca (Artículo 854 y siguientes) y los tesoros (Artículo 875). No creemos que los bienes fideicomitidos, en caso de que puedan ser objeto de un derecho de propiedad, estén comprendidos en ninguna de las clasificaciones que hemos mencionado, por lo que no se debe considerar que los bienes fideicomitidos no tienen dueño.

Resulta un equívoco afirmar que el fideicomiso es una afectación semejante a la del usufructo separado de la nuda propiedad, porque en este caso, por medio de una sucesión constitutiva, se crea un nuevo derecho real, lo que no es efecto común y corriente del fideicomiso, pues aunque esto puede suceder algunas veces, no es lo esencial en el fideicomiso y considerar que éste último es un derecho real, es desconocer su naturaleza. Algunas veces el fideicomiso puede tener por objeto un derecho real o un derecho de crédito, pero esto no quiere decir que el fideicomiso en sí mismo sea un derecho real o uno

(39).- *García Maynez, Eduardo. Introducción al Estudio del Derecho. Ed. Porrúa. México D.F 1990. Pág. 272*

de crédito.

En cuanto a la crítica que hace el Lic. Landerreche al inciso C) de la Fracción II del Artículo 45 de la Ley General de Instituciones de Crédito, creemos que en realidad el legislador, inspirándose en el trust o fideicomiso anglosajón, y para ser congruente con los Artículos 351, 352, 353, 354 y 356 de la Ley General de Títulos y Operaciones de Crédito en vigor, consideró que el fiduciario debe ser el titular de los derechos fideicomitidos, para poder realizar mejor el encargo que contenga el fideicomiso. El que no se pueda disponer de los bienes fideicomitidos, en el caso de que sean objeto de un derecho de propiedad, no desnaturaliza este derecho de propiedad, ya que de hecho, por derechos de terceros, o por limitaciones que imponga el mismo legislador, en algunos casos el dueño no puede disponer en su provecho de sus bienes, como sucede en el usufructo, en el patrimonio de familia, etc. Aunque puede nacer un fideicomiso sin intervención del fiduciario, esto no quiere decir que el fideicomiso pueda llevarse a cabo sin un fiduciario que sea titular de los derechos fideicomitidos, el cuál puede ser cualquier institución de crédito autorizada para el efecto, por lo que si faltara se nombraría otra, para que siempre exista un titular de los derechos fideicomitidos (Artículo 350 de la Ley General de Títulos y Operaciones de Crédito).

2.- TEORIA DEL LIC. MAXIMO ARRECHEA ALVAREZ. (40)

El Lic. Arrechea afirma que el fideicomiso, como el trust, trae aparejado un régimen distinto al de la propiedad privada, pues los bienes fideicomitidos, por estar afectos al logro de un fin, se colocan en una situación muy diferente a los que son objeto de propiedad privada; estos pertenecen al propietario y responden de sus obligaciones; aquellos forman una universalidad separada y responden sólo de las obligaciones contraídas por la fiduciaria; por otra parte, la fundamentación de ambas instituciones es de diverso orden, pues el fideicomiso y el trust se fundan en motivos sociales, públicos, colectivos; mientras que la propiedad se funda en motivos eminentemente individualistas. El fideicomiso contiene en sí ideas de esfuerzo, de prudencia, de deber, de rendimiento que son extrañas al derecho de propiedad.

(40).- *Los Negocios Fiduciarios y el Fideicomiso. Tesis. México 1945.*

Respecto del problema de saber si se puede considerar al fiduciario como propietario de la masa fideicomitida (41), opina que las facultades de disposición libre, sin más límites que las legales, es la característica esencial del propietario, y que no se necesita ser dueño para ejercitar actos de dominio, además de que hay fideicomisos en que el fiduciario no tiene facultades dominicales; por otra parte, el fiduciario no debe aprovecharse de la tenencia de los bienes y su facultad de disposición está limitada por su principal deber de cumplir con el fin del fideicomiso; por eso los bienes fideicomitidos no responden de sus deudas, ni se confunden con su activo, ni son objeto de persecución de sus acreedores, y no forman parte de su masa activa en caso de quiebra.

El concepto de propiedad en nuestro derecho, dice el Lic. Arrechea, no es un concepto equivoco, sino por el contrario, unívoco, es decir, se es o no se es propietario; por eso para que una persona se pueda considerar como tal, se necesita que tenga la facultad libre de disposición de los bienes, ya que de lo contrario se tendrán otros derechos reales, más nunca el de la propiedad. El cargo de fiduciario implica, cuando hay titularidad de facultades dominicales, el ejercicio de un nuevo derecho real. El fiduciario como todas aquellas personas que manejan bienes ajenos con una finalidad determinada, es el titular del derecho que la Ley le concede, pero considera que no puede decirse que cuando se ejercitan facultades dominicales sean dueños de los patrimonios que tienen a su cargo. El fideicomiso da lugar a una nueva situación jurídica de los bienes diferente a la que existía antes de la constitución del mismo, que era la propiedad absoluta del fideicomitente.

Este autor afirma que la fiduciaria es titular del patrimonio fideicomitido solamente en tanto que es titular de derechos sobre el mismo, pues estricto sensu, solo puede ser titular de derechos; si en él hay derechos, será titular de derechos sobre ellos, más no su propietario. Frente a terceros aparece como dueño aunque en sentido estricto no es sino titular de derechos distintos a los del propietario. Que no es necesario que alguna de las partes que intervienen en el negocio sea propietaria del patrimonio fideicomitido, sino que los bienes que constituyen ese patrimonio, por encontrarse afectos al logro de un fin, no pertenecen a nadie, no tienen dueño, por más actos dominicales que sobre ellos pueda realizar la institución fiduciaria; de este modo resulta que es parcialmente verdadera la teoría de la autonomía del patrimonio fideicomitido. Sin embargo, no en todos los casos se constituye un patrimonio autónomo, ya

(41).- Arrechea Alvarez, Máximo. *Los Negocios Fiduciarios y el Fideicomiso*. Op. Cit. Pág. 132 y siguientes.

que en algunos fideicomisos el fideicomitente se reserva el dominio o es dueño en virtud de que las condiciones de la afectación se lo permiten, como en ciertos fideicomisos de garantía. Si un fideicomitente que se ha reservado el dominio, quiebra, la nuda propiedad entra en su masa, sin que los bienes fideicomitados respondan de sus obligaciones, ya que estos bienes forman una masa separada de su patrimonio.

Por todas estas razones concluye que, ya sea que el patrimonio fideicomitado tenga como dueño al fideicomitente, o ya sea que no pertenezca a nadie, en virtud de la afectación se forma una masa separada respecto de los patrimonios del fideicomitente, fiduciario y fideicomisario, y al referirse a la naturaleza de los derechos de las partes, afirma que la institución fiduciaria es el titular de derechos personales que se parecen a los del propietario, porque tiene una persecución preferente de los bienes que han salido del patrimonio fideicomitado, y por las facultades dominicales de que puede estar investido en ciertos casos.

COMENTARIO .

En relación a esta teoría, nos parece inexacto al afirmar que el trust y el fideicomiso sean un régimen distinto al de la propiedad privada, por estar los bienes fideicomitados afectos al logro de un fin, pues basta pensar, para desvirtuar este argumento, en los casos en que la propiedad privada se destina al logro de un fin, como en los casos del patrimonio de familia y de las instituciones de asistencia privada, para comprender que afectar un bien a un fin no hace borrar el derecho de propiedad que sobre él puede existir, sino que el legislador le concede algunos privilegios para la mejor realización de ese fin, el cuál puede ser de mayor o menor trascendencia, de acuerdo con los intereses que pretende proteger.

Tampoco es cierto que la fundamentación de ambas instituciones, el fideicomiso y la propiedad, sea de diverso orden, pues los motivos que fundamentan el derecho de propiedad privada pueden ser de interés público en algunos casos, sin que se pueda afirmar que ya no se trata de un derecho de propiedad; para confirmar esto remitámonos a la teoría de la función social del derecho de propiedad que se encuentra plasmada en múltiples ordenamientos de nuestro régimen jurídico y de la cuál hablamos en el capítulo anterior.

El fiduciario no es comparable con las personas que manejan bienes ajenos, pues esto daría lugar a considerar al fideicomiso como un mandato, sindicatura, etc., planteamiento que es rechazado por la mayoría de nuestros autores, pues el fiduciario no obra nunca en nombre de otro. En la teoría de Arrechea hay una contradicción en sus afirmaciones, pues primero señala que el fiduciario es comparable a las personas que manejan bienes ajenos, después se dice que es titular de derechos sobre el patrimonio y posteriormente que se trata de un derecho real introducido por nuestra legislación. A este respecto llega a afirmar que la fiduciaria puede ser titular de derechos dominicales sobre derechos de crédito, lo cuál es absurdo, pues el derecho dominical se entiende como sinónimo del derecho de propiedad en el sentido del derecho real que confiere a su titular el máximo señorío.

Tampoco opinamos que se cree en todos los casos un nuevo derecho real con el fideicomiso, pues aceptar semejante teoría sería desconocer la naturaleza jurídica de los derechos reales, ya que el mismo autor dice que cuando los derechos fideicomitidos son personales, el derecho del fiduciario será un derecho personal.

Consideramos que el fideicomiso da lugar a una situación inexistente en la relación jurídica anterior, pero esto no quiere decir que el fideicomitente fuese dueño de los bienes que después constituyó en fideicomiso, pues bien pudo haber sido un usufructuario, un usuario, etc.; en el caso de que haya sido dueño de los bienes y los hubiera constituido en fideicomiso, aunque se da lugar a una institución jurídica nueva, no por eso quiere decir que no haya derecho de propiedad, pues la creación de un patrimonio de familia o de una fundación crea situaciones nuevas, inexistentes antes de que se afectaran los bienes, pero sigue habiendo un derecho de propiedad como objeto de dichas relaciones.

En virtud de que este autor considera que el patrimonio fideicomitido puede tener como dueño al fideicomitente en los casos de reserva de dominio, o en ciertos casos de fideicomisos de garantía, resulta conveniente analizar estos dos casos :

a). **Reserva de Dominio.**- Cuando el fideicomitente se reserva el dominio de los bienes, indudablemente que es el dueño de esos bienes, pero no del patrimonio fideicomitido, pues el patrimonio fideicomitido estará constituido por los derechos que resultan ante esa reserva de dominio, y será otro derecho real, pero no la propiedad, pues ésta, por la misma reserva, no debe comprenderse en la masa o patrimonio

fideicomitido.

Hemos visto que la definición jurídica de un bien, es el objeto de un derecho, por lo que pueden existir dos bienes en una misma cosa, por ser ésta al mismo tiempo el objeto de dos derechos, por ejemplo : una casa puede ser objeto de un derecho de propiedad y de un derecho de usufructo, y cuando se constituye un fideicomiso sobre un usufructo, el objeto de este derecho es el bien fideicomitido, siendo titular de este derecho el fiduciario, quedando por otra parte como titular del derecho de propiedad, o lo que llamamos dueño, el fideicomitente, cuyo derecho tiene por objeto un bien distinto del fideicomitido, aunque ambos bienes recaigan sobre la misma cosa. La cosa, como individualidad objetiva, es una e idéntica, pero en cuanto bien jurídico, asume varios aspectos, uno como objeto de la propiedad, otro como objeto del usufructo, etcétera; porque siendo diversos los derechos que derivan del objeto, diversos son los intereses que el ordenamiento jurídico tutela y diversa es la facultad de goce y de utilización que se deriven respectivamente de aquella tutela.

b). Fideicomiso de Garantía.- Cuando una sociedad emite obligaciones y en garantía de ellas constituye un fideicomiso sobre sus bienes presentes y futuros, el patrimonio fideicomitido responde de las obligaciones del fideicomitente-deudor; en este caso, dice el Lic. Arrechea, la fiduciaria no entra inmediatamente en posesión del patrimonio fideicomitido, el cual no suele ser autónomo, pues el fideicomitente es el dueño y también tiene la posesión. Se necesita que ocurran las anomalías previstas en el acto constitutivo para que la fiduciaria intervenga a efecto de saldar las obligaciones del fideicomitente, es decir, en el momento en que el fideicomitente deja de cumplir con sus obligaciones, es cuando los bienes dados en garantía pasan a poder de la fiduciaria y es cuando se constituye un patrimonio autónomo. La formación de este patrimonio, según el Lic. Arrechea, es eventual en este fideicomiso de garantía y nunca inmediata a la constitución del negocio, los bienes quedan afectos a garantizar las obligaciones emitidas y no puede decirse que exista una promesa de fideicomiso por el simple hecho de que la fiduciaria no entre en posesión inmediata del patrimonio.

Afirmamos que no se trata de una promesa de fideicomiso, pues la promesa, en términos generales, tiene por efectos el de obligarse a celebrar un acto jurídico de acuerdo con lo ofrecido (Artículos 2234, 2244 y 2245 del Código Civil). Tampoco se necesita tener la posesión material para ser propietario de determinados bienes, pero sí, como dice el Lic. Arrechea, existe una constitución de fideicomiso sobre

los bienes presentes a futuro de las sociedades emisoras, se forma desde luego el patrimonio afecto a la garantía para los acreedores, cuyo titular es el fiduciario, pues de otra manera no existiría la garantía en favor de los acreedores.

3.- TEORIA DEL LIC. EMILIO KRIEGER VAZQUEZ . (42)

Este autor afirma que en el fideicomiso opera la salida de un bien o grupo de bienes del dominio de un sujeto jurídico, pues en el acto constitutivo el propietario tácitamente renuncia a su facultad dominical sobre los bienes, pero sin transferirlos a sujeto alguno, apareciendo en cambio dos nuevos centros hacia los cuáles convergen determinados derechos y obligaciones, que son : el fiduciario (una institución de crédito) y el fin a que se han destinado los bienes (que puede ser en beneficio de un sujeto de derecho determinado o indeterminado, siempre y cuando exista un sujeto que pueda exigir el cumplimiento del fideicomiso).

Que el haz de relaciones que antes del negocio se había comprendido como referidas a un solo objeto, ahora se divide en dos núcleos que van a radicarse en entidades distintas y separadas, engendrándose nuevos derechos y obligaciones inexistentes en la situación anterior, pues esta última se ha extinguido por lo menos en forma transitoria, apareciendo relaciones de naturaleza diferente entre sujetos nuevos.

Respecto al problema de la llamada propiedad fiduciaria, considera que el fiduciario es el sujeto de derecho cuya función consiste en hacer que los bienes objeto del fideicomiso sirvan al fin establecido, por lo que en virtud del principio de orden moral acogido por el orden jurídico normativo de : quien tiene un deber tiene al mismo tiempo el derecho de cumplirlo, o en otras palabras, quien tiene una obligación está investido de todas las facultades necesarias para su cumplimiento, el fiduciario está investido de todos los derechos necesarios para cumplir la obligación impuesta por las normas positivas, legales o emanadas de la voluntad, siendo esta obligación la medida de sus derechos, los cuáles no se extienden mas allá que lo suficiente para cumplir con su deber; por esto es que aún cuando se le concede al fiduciario la facultad de disponer de los bienes fideicomitidos, debe entenderse en relación con los

(42).- *Krieger Vázquez, Emilio. Notas sobre el Fideicomiso. Tesis, México 1944.*

derechos que se le han impuesto, sin que exista ninguna propiedad, puesto que la concepción individualista de nuestro Derecho implica la facultad de disponer libremente, dentro de las limitaciones generales establecidas por la Ley.

Que a una facultad de disposición sin la nota esencial de la libertad de disposición, no se puede llamar, dentro de nuestro sistema jurídico, derecho de propiedad, pues en opinión de Krieger, este derecho está integrado por las notas fundamentales de facultad libre de disposición.

Este autor critica que nuestro Código Civil, en su artículo 830, se exprese diciendo : "El propietario de una cosa puede gozar y disponer de ella con las limitaciones y modalidades que fijen las leyes" ; pues en su concepto debe suprimirse la facultad de goce en el enunciado del artículo, pues sólo debe atribuirse al propietario el derecho libre de disposición, como acertadamente lo hacen el Código Suizo y el Código Alemán, ya que el goce y la disposición se pueden separar y atribuir a diferentes sujetos, como cuando se constituye un usufructo, sin que por el hecho de que se pierda temporalmente la facultad de goce, se pueda sostener que temporalmente se pierde la condición de propietario. Considera que la redacción en nuestra Ley es contraria a varias instituciones que ella misma consagra, por introducir un elemento mas, innecesario y perturbador, pues debe aceptarse que la característica de toda propiedad es la facultad libre de disposición, y por esto basta que exista esta facultad libre de disposición para que exista la propiedad.

Aclara Krieger que la facultad de disposición de un sujeto de cierto bien debe considerarse no como una relación jurídica entre un sujeto de derecho y una cosa, sino como la consecuencia esencial y característica de una relación entre la totalidad de los sujetos jurídico obligados a respetar el uso que un sujeto titular del derecho correlativo, haga de cierto bien, y que como consecuencia de esta obligación universal de respeto, el titular del derecho a ser respetado tiene la facultad jurídica de disponer de sus bienes sin intervención de otros sujetos; por eso cuando él habla de facultad libre de disposición, no debe entenderse como relación jurídica entre sujeto y cosa, sino como efecto fundamental derivado de una relación entre sujetos.

En cuanto a la facultad de disposición del fiduciario, estima que no tiene un ámbito tan amplio, ya que solo puede ejercitarla en cuanto sirva para la consecución del fin fiduciario, de tal manera que en realidad no es un propietario por no tener la facultad de disponer libremente. Esto no significa que el

fiduciario sea un representante de otro sujeto, ni que sea titular de derechos en nombre ajeno, ya que por ser el deber de ejecución un deber propio, son propios también los derechos necesarios para cumplirlo. (43).

Al referirse a la Ley General de Instituciones de Crédito y Organizaciones Auxiliares, afirma que en el inciso c) de la fracción II, del artículo 45, se emplea una expresión peligrosa, pues la titularidad de un derecho es su propiedad, por lo que la Ley erróneamente considera que el fiduciario ejerce los derechos como propietario de ellos, de tal forma que la Ley bien pudo suprimir la frase "como titular" sin alterar el sentido de sus disposiciones.

Crítica los extremos expuestos por la teoría del patrimonio afectación, porque considera que aunque no existe ningún propietario de ese patrimonio, no por eso dejan de existir sujetos en relación con ese patrimonio, porque desaparecido el derecho, nacen diferentes derechos y obligaciones que tienen como objeto esos bienes, por lo cual se integra una situación jurídica en la que intervienen sujetos de derecho, y lo único que ocurre es que desaparece el dueño, sin que desaparezca todo sujeto jurídico en la situación. Que al constituirse el fideicomiso, el derecho de propiedad que estuvo en manos del fideicomitente se ha esfumado, dando origen a una nueva situación, y para no hacer verdaderos equilibrios jurídicos, no debe pensarse que forzosamente deba existir un propietario para que exista la posibilidad de actuar sobre los bienes fideicomitidos. (44)

En relación con los efectos del fideicomiso respecto a terceros, Krieger considera que en el caso de que los bienes fideicomitidos sean créditos no negociables o derechos personales, la dación en fideicomiso de tales derechos no altera su naturaleza, aunque cambian los sujetos de la relación jurídica, por lo que seguramente el obligado puede oponer al fiduciario todas las excepciones de carácter personal que tuvo contra el titular original, con fundamento en la norma general establecida en el artículo 2035 del Código Civil en materia de cesión de derechos.

COMENTARIO.

(43).- Krieger Vázquez, Emilio. *Notas sobre el Fideicomiso. Op. Cit. Página 72.*

(44).- Krieger Vázquez, Emilio. *Notas sobre el Fideicomiso. Op. Cit. Página 91.*

A pesar de la originalidad con la que se expone esta tesis, diferimos de la opinión sustentada por su autor por diversos motivos.

La característica fundamental del derecho de propiedad, para el autor, es la facultad libre de disposición, y sobre ella se construye toda la teoría de la propiedad en el fideicomiso.

Entendemos la facultad de disposición en diversas formas :

a).- En un conjunto de actos que el dueño puede ejercitar sobre el objeto del derecho de propiedad, con el correlativo respeto de la universalidad de los otros miembros de la sociedad, por ejemplo: el uso de la cosa, recibir y aprovechar sus productos, alterarla, destruirla, etc.

b).- La no intromisión de terceros que con sus actos vengán a perturbar en alguna forma al titular de la propiedad en el libre ejercicio de su derecho denominado también como "Jus Prohibendi" por Francesco Messineo.

c).- Lo que se llama acto de disposición del derecho o de utilización indirecta, por medio del cuál el titular puede hacerlo salir de su patrimonio o gravarlo con otros derechos, ya sean reales o personales de tal manera que impliquen una restricción a sus facultades originales.

El Lic. Krieger considera la facultad de disposición en la segunda forma principalmente, pero también se refiere a ella como el respeto al uso que el dueño pueda hacer de su bien, y probablemente también a la tercera forma, cuando critica el artículo 830 del Código Civil, ya que dice que cuando el dueño da en usufructo su bien, pierde el uso y goce temporal de sus bienes sin que temporalmente pierda la libre disposición.

Sin embargo, es necesario decir que la segunda forma en que se puede entender la facultad de disposición no es característica exclusiva del derecho de propiedad, sino de todos los derechos reales, y pudiera decirse también que de cualquier derecho, pues el respeto de los derechos es la base sobre la cuál se apoya todo sistema jurídico.

En la primera y tercera forma, aunque existe la posibilidad de la facultad libre de disposición, no quiere decir que ella siempre se encuentre comprendida en el derecho de propiedad. En efecto, en la primera forma, con la simple constitución de un derecho real o personal que tenga por objeto alguna de las facultades del propietario, se puede perder el goce, el disfrute o el uso del bien, sin que por ello se pierda el derecho de propiedad como en los casos del usufructo, el uso, la habitación, etc. Y en la última forma, con fundamento en el artículo 27 constitucional, como lo acepta el artículo 830 del Código Civil, el legislador puede imponer y de hecho impone en numerosas ocasiones, límites, modalidades y pautas a la facultad de disposición sin que haga borrar el derecho de propiedad como sucede con el patrimonio de la familia, o con la prohibición impuesta a los inmigrantes de disponer del derecho de propiedad sobre automóviles y otros objetos que hayan traído al país al internarse en él. Esta objeción la reconoce el Licenciado Krieger, ya que admite que habrá quien objete la concepción de la propiedad expuesta por él, fundándose en el artículo 27 constitucional, que según se ha venido sosteniendo, considera al derecho de propiedad como una función social, y así el Estado Mexicano tiene atribuciones para imponer modalidades que impliquen limitaciones en el ejercicio libre de la facultad de disposición; pero el autor combate esta afirmación contestando que sencillamente la facultad libre no es en forma absoluta, sino sólo dentro de los límites que marca la Ley, y por esto, jurídicamente, las nuevas modalidades que el Estado impusiera vendrían a limitar el campo de la libertad del propietario, más no a borrarlo. A este argumento de Krieger cabe preguntarse ¿No es el Estado por conducto del Poder Legislativo el que permite que pueda limitarse la libre disposición del fiduciario?. La respuesta afirmativa es obvia, más aún, la Ley no permite al fiduciario disponer de los bienes fideicomitidos, cuando contravenga los fines para los cuales se crean los fideicomisos.

Respecto a la crítica que hace del inciso c) de la fracción II del artículo 45 de la Ley General de Instituciones de Crédito, no estamos de acuerdo con ella, pues la titularidad de un derecho no es su propiedad, ya que hemos visto que el objeto del derecho de propiedad nunca puede ser un derecho, porque se negaría al extremo de considerar un derecho de propiedad sobre otro derecho de propiedad, lo cual ya hemos asentado que se trata de un sofisma jurídico. Por otra parte, si se suprimiera del inciso citado la frase "como titular", como lo sugiere Krieger, quedaría en esta forma: "Cuando se trate de operaciones de fideicomiso por las que la institución ejercite derechos que le han sido transferidos con encargo de realizar un determinado fin ..." Ahora bien, el que ejercita derechos que le han sido transferidos, los ejercita como titular de ellos, y entonces la Ley quedaría en las mismas condiciones en

que estaba antes de que se suprimiera la "peligrosa expresión" que quiso evitar el Licenciado Krieger. Creemos que este autor no llamó la atención sobre la palabra "transferidos", ya sea intencionalmente o casualmente, porque en ella se encontraría, como lo hemos visto un punto de apoyo más para criticar esta tesis.

Cierto es que no es necesario que exista un propietario para actuar sobre los bienes fideicomitidos, y así podría constituirse un fideicomiso con un usufructo, y el fiduciario, como usufructuario, podría actuar sobre los bienes fideicomitidos, (45) pero afirmar que cuando se constituye un derecho de propiedad en fideicomiso, la propiedad que estuvo en manos del fideicomitente se ha esfumado, es caer en lo que el autor citado llama un equilibrio jurídico; ante este planteamiento habría dos cuestiones que merecerían respuesta, ¿Por qué cuando se constituye un fideicomiso sobre derechos distintos del derecho de propiedad, como los derechos personales, estos últimos no pierden su naturaleza, sino sólo cambian los sujetos de la relación jurídica, lo cual no sucede con el derecho de propiedad?, ¿Por qué se puede constituir un fideicomiso que tenga por objeto un derecho sobre la cosa del propietario, como en el caso del usufructo, y no uno que tenga por objeto un derecho de propiedad?.

Estas cuestiones no se resuelven en la tesis del Licenciado Krieger, por lo que nos parece ambiguo sostener que el haz de relaciones referidas a un solo sujeto se dividen en dos núcleos, sin que se haya operado simplemente un proceso de separación en donde a los elementos preexistentes solamente se les ha cambiado de titulares, sino por el contrario se han engendrado nuevos derechos y obligaciones inexistentes en la situación anterior.

4.- TEORIA DEL LIC. LUIS CHAVEZ HAYHOE. (46)

Este autor considera y trata de demostrar que en el fideicomiso, de acuerdo con la Ley Mexicana y en nuestro sistema jurídico romanista, no hay, no cabe la transmisión de la propiedad, operándose, cuando

(45).- Posibilidad que reconoce el Lic. Krieger. *Notas sobre el Fideicomiso. Op. Cit. Página 93.*

(46).- Citado por García Cansino Leticia. *El Fideicomiso. Tesis, México 1981. Pág. 124 y sig.*

el fin del fideicomiso lo requiere, una desmembración de los atributos de la propiedad, constituyéndose un derecho real fraccionado y cita a Barassi, quien sostiene esta teoría.

Afirma que de las palabras "destinar", "encomendar", "desempeñar", "afectar" y "titularidad", se pretende que existe una transferencia a favor del fiduciario, teoría errónea, porque precisamente esas palabras, jurídica y gramaticalmente, connotan lo contrario. Hace notar que el artículo 358 de la Ley General de Títulos y Operaciones de Crédito, cuando se refiere a las obligaciones de la institución fiduciaria y al contener la oración "deberá obrar siempre como buen padre de familia", suponga la existencia de un propietario, porque es absurdo que éste se le imponga la obligación de obrar como un buen padre de familia.

Dice que de acuerdo con el inciso c) de la fracción II del artículo 45 de la Ley General de Instituciones de Crédito y Organizaciones Auxiliares, a la institución fiduciaria se le pueden transmitir "derechos con encargo" de "realizar determinado fin" y se le considera "titular" de esos derechos, haciéndose la siguiente interrogante: ¿En qué parte de la transcripción se desprende que ha habido traslación de propiedad?. Siguiendo al Doctor Ricardo Alfaro, agrega que la palabra titularidad no se encuentra catalogada en los léxicos jurídicos y vulgar ni en la jurisprudencia; no se encuentra tampoco en la terminología de los códigos, pues "titularidad" es derivada de título y título en español solo es "la causa en cuya virtud somos dueños, poseedores o tenedores de una cosa", por la causa no se adquiere, no es sinónimo de derecho; se adquiere el dominio por otro concepto: por disposición de la Ley, por contrato expreso; por lo que, sin no existe ese contrato expreso ni hay transmisión legal porque la Ley no lo establece, no se opera ni puede operarse la traslación de dominio; al fiduciario pasan los derechos y acciones que se requieran para el cumplimiento del fideicomiso, y en consecuencia, según el artículo 351 de la Ley General de Títulos y Operaciones de Crédito, sólo podrán ejercitar los derechos y las acciones que al mencionado fin se refieran, salvo los que expresamente se reserve el fideicomitente al constituirse el mencionado fideicomiso. A este respecto, los derechos que se pueda reservar el fideicomitente no son los de propiedad, pues de ellos no habla la Ley, sino aquellos que pueden pasar a la institución fiduciaria y que el dueño del bien no quiere transmitir. Como nuestra Ley emplea las palabras encomendar, afectar, destinar, desempeñar, buen padre de familia, etc., todas ellas en un mismo sentido, con un significado claro y preciso, de acuerdo con el artículo 14 Constitucional y el 19 del Código Civil, debe entenderse que en nuestro fideicomiso no existe transmisión de dominio, pues la letra

de la Ley debe tener preferencia sobre su interpretación jurídica cuando el significado de las palabras sea claro.

Afirma que se ha planteado el problema de la transmisión porque los juristas mexicanos, inspirándose en tradiciones y principios extraños, como son los que regulan el trust anglosajón, han desfigurado la Ley y estrujado el sentido de las palabras, pues aunque en el trust la traslación de la propiedad es necesaria, al considerar que las palabras que nuestra Ley usó implican una traslación de propiedad, no se está haciendo una labor de interpretación de la Ley, sino que, por el contrario, se le desfigura, se cambia su sentido, es decir, se da una Ley con modalidades y contenidos diferentes a los que tiene; en una palabra, se legisla.

Acogiendo la opinión del Doctor Alfaro, afirma que, puesto que el propietario puede desprenderse de un haz de atributos y distribuirlo en personas distintas, como sucede en los derechos reales distintos de la propiedad, cuando se constituye el fideicomiso, si así lo requiere, y en el acto de otorgarse el contrato las partes expresamente lo estipulan, de acuerdo con nuestro sistema legal, pasan al fiduciario ciertos derechos del propietario, formándose un patrimonio "sui generis", especial y transitorio, en que los principios clásicos del "jus utendi", "jus abutendi", se han desmembrado, se han desvinculado, han dejado de estar unidos en beneficio uniforme de un solo sujeto. Que al constituirse el fideicomiso, el propietario primitivo se desposee transitoriamente, de todos o de parte de sus derechos, transmitiendo provisionalmente sus derechos de administración o disposición a favor del fiduciario, para el goce de un tercero que es el fideicomisario. La propiedad no entra a formar parte del patrimonio de la institución intermediaria, aún cuando sobre él tenga todos los derechos y acciones que se le han concedido o transferido para el cumplimiento del fideicomiso, pero tampoco han salido totalmente del patrimonio del fideicomitente; sus derechos de propiedad están en suspenso, su capacidad de disponer está limitada, carece de facultad de administración, con relación a terceros están afectados, gravados o limitados, no forman parte del resto de la masa de los bienes que le pertenecen mientras dure el destino que dió a los bienes fideicomitados, ya que pueden salir definitivamente de él cuando se extingue el fideicomiso o se vende el bien, de acuerdo con las estipulaciones contenidas en el convenio constitutivo.

Sin embargo, al fideicomitente le queda sobre el bien un derecho que no es el de uso, el de goce, etc., sino un derecho que se podría calificar de dominio directo fraccionado, nominal, un señorío dominical,

aún cuando estas designaciones no se consideren acordes con los principios clásicos, y tan es cierto que conserva ese derecho que, terminado el fideicomiso, si el bien no se ha consumido o no se ha enajenado, vuelve a su propietario, al fideicomitente, sin más trámite ni mayores requisitos de forma, recuperando "ipso facto" todos sus derechos suspendidos, reincorporándolos a su patrimonio.

Nuestra Ley forma un patrimonio "sui generis" y especial, sin antecedentes en nuestra jurisprudencia y en nuestras tradiciones jurídicas, que bien podría llamarse patrimonio fiduciario o propiedad fiduciaria.

Hace la aclaración, para la mejor comprensión de su teoría, que se inspira en los principios básicos o axioma jurídicos en el sistema latino enseñadas por Barassi, de que: a).- No es posible concebir que dos personas tengan diversos derechos de propiedad sobre una misma cosa; b).- No se puede hablar de desdoblamiento o de división de la propiedad, sino de limitaciones a ese derecho, mediante la imposición de un nuevo derecho y sea real o no, y c).- Que la propiedad es una e indivisible.

COMENTARIO .

Considerar que las palabras destinar, encomendar, desempeñar, afectar y titularidad involucran una transferencia a favor del fiduciario; no tiene fundamento alguno, y a este respecto hacemos nuestra la crítica que hace el Licenciado Chávez Hayhoe a los que pretenden obtener como consecuencia del empleo exclusivo de dichas palabras en la Ley, que en todo fideicomiso hay transmisión de propiedad a favor del fiduciario. Si nuestra legislación usara únicamente dichas palabras, sería válida la objeción del autor que comentamos, en relación con todos los fideicomisos, pero como en la Ley de Títulos y Operaciones de Crédito (artículos 353 y 354), y en la Ley General de Instituciones de Crédito y Organizaciones Auxiliares (artículo 45, fracción II, inciso c), también se usan otras expresiones que infieren el carácter traslativo del fideicomiso y que el autor debió de haberlas comentado para hacer un análisis exhaustivo del problema.

Afirmar que por la obligación del fiduciario de obrar siempre como buen padre de familia, es absurdo suponer que sea un propietario, es una consideración que, en nuestra opinión, es errónea, pues el propietario, cuando constituye un derecho real o personal, puede tener a su cargo un sinnúmero de obligaciones, sin que por ello pierda su derecho de propiedad. Aún sin que el propietario se desprenda de

algunas de sus facultades constituyendo un derecho, real o no, la Ley le impone ciertas obligaciones positivas, obligándolo a actuar en determinada forma.

En relación a la crítica de la palabra titularidad, al admitir este autor que la Institución fiduciaria se le pueden transmitir derechos con encargo de realizar determinado fin, considerándosele como titular, no encontramos fundamento para decir que no se puede transmitir el derecho de propiedad, pues la propiedad es un derecho que en la gran mayoría de las veces es transmisible, y al hablar de nuestra Ley de "derechos que le han sido transferidos", bien pudo haber sido uno de esos derechos el de propiedad. La expresión título se presenta varia y multiforme en la legislación mexicana, así como también en la doctrina, en la jurisprudencia y en el sentido vulgar. Es erróneo afirmar que solo quiere decir "la causa en cuya virtud somos dueños, poseedores o tenedores de una cosa", como pretende el Lic. Chávez Hayhoe, pues cuando se habla del titular de un derecho, como lo hace la Ley General de Instituciones de Crédito y Organizaciones Auxiliares, debe entenderse en el sentido que le hemos dado al hablar de los sujetos del derecho de propiedad, es decir, el destinatario de la norma jurídica, de esta manera se puede ser titular y tener el título de un derecho, ya sea éste derecho de crédito, o un derecho real, etc., sin que por el empleo de la palabra título se quiera hacer alusión a la causa por la cual se adquirió dicho derecho.

Es cierto que el propietario se puede desprender de una o más facultades para distribuirlos en personas distintas, formando nuevos derechos reales o personales, sin que por ello pierda su propiedad, y así podrá dar en fideicomiso cualquier derecho real o de crédito, reservándose la propiedad. Es cierto también que el artículo 351 de la Ley General de Títulos y Operaciones de Crédito no habla expresamente de que el derecho de propiedad pueda ser objeto de un fideicomiso, pues hay que tomar en cuenta que una Ley no puede particularizar, sino que su enunciado debe ser general e incluir en él el mayor número posible de hipótesis y situaciones, y siendo el derecho de propiedad un caso del número casi infinito de derechos, que se pueden constituir en fideicomiso, lógicamente la Ley no habla expresamente de él. Para comprender bien el artículo 351 debe interpretarse íntegramente relacionando la expresión final del primer párrafo, con la oración inicial del mismo artículo que dice: "pueden ser objeto del fideicomiso toda clase de bienes y derechos, salvo aquellos que, conforme a la Ley, sean estrictamente personales de su titular". Ahora bien, el derecho de propiedad, por lo general, no es un derecho personal de su titular, sino también puede ser transmitido y, por lo tanto, ser objeto del

fideicomiso.

Por último diremos que aun cuando el autor habla de un patrimonio fiduciario o propiedad fiduciaria, veremos que su conceptualización es distinta a la que pretendemos exponer más adelante, ya que él busca enfocarla como una propiedad vinculada al fideicomitente basada en derechos de propiedad suspendidos temporalmente, a la que el llama un "dominio directo fraccionado" y el argumentar que se constituye un patrimonio "sui generis", no reviste mayor trascendencia ya que esta expresión lo único que significa es que son propios de su género, como lo podría ser el patrimonio de familia. El que se desvinculen el "jus utendi" y el "jus fruendi", dejando de estar unidos en beneficio de un solo sujeto, no es peculiar en el fideicomiso, si es que se considera que esto siempre sucede, pues en casi todos los derechos reales sucede este fenómeno; además, considerar que al constituirse el fideicomiso, el propietario se desposee transitoriamente de "todos" o parte de sus derechos y atributos en beneficio de un tercero, sin que la propiedad entre a formar parte del patrimonio de la institución fiduciaria, es crear un problema mayor que el de la propiedad en el fideicomiso, puesto que si el propietario se desprende de "todos" sus derechos y atributos ¿En qué consiste la propiedad del fideicomitente, si se ha desprendido, aunque sea transitoriamente, de todos sus derechos y atributos?. La solución del problema es muy difícil, si no imposible, si se sostiene que el fideicomitente en este caso sigue siendo propietario.

No se podría tampoco calificar de dominio directo o fraccionado, nominal, un señorío dominical o de cualquier otra manera, puesto que la propiedad o su sinónimo el dominio, es una y nada más.

B.- TEORIAS QUE SUSTENTAN LA PROPIEDAD FIDUCIARIA .

A continuación expondremos y analizaremos algunas de las teorías cuyo contenido dan la pauta para la elaboración de este trabajo, ya que como veremos, todas ellas coinciden en considerar al fiduciario como titular del patrimonio fideicomitido, enfocando la problemática a través de diversos puntos de vista; esperando con ello sentar las bases de lo que será nuestro concepto en torno a la propiedad fiduciaria.

1.- TEORIA DEL DR. RICARDO ALFARO. (47)

El Doctor Alfaro opina que para lograr la adaptación del trust angloamericano a las legislaciones de abolengo romano, lo primero que se debe hacer es despojarse de la creencia errónea de que existe entre el Derecho Común y el Derecho Civil un abismo insalvable, pues aunque es cierto que la mentalidad civilista, rigurosamente lógica, rechaza instintivamente la existencia de dos dominios distintos sobre una cosa, el dominio legal y el dominio de equidad, como lo hace el Derecho angloamericano en el trust, la jurisprudencia romana reconoció la existencia de la Propiedad Fiduciaria, es decir, la propiedad que por el antiguo fideicomiso se transfería al heredero o legatario encargado de restituir la herencia o el legado. Esta propiedad del fiduciario es el equivalente exacto del dominio legal que tiene el fiduciario en el trust.

Apoyándose en los códigos colombianos y chileno que dicen: " Se llama propiedad fiduciaria la que está sujeta al gravamen de pasar a otra persona por el hecho de verificarse una condición. La constitución de la propiedad fiduciaria se llama fideicomiso", agrega que, si la estructura del Derecho Civil permite la existencia de la propiedad fiduciaria de los bienes transmitidos "mortis causa", no se encuentra razón alguna para que no exista también esa forma de propiedad sobre bienes transmitidos por acto entre vivos, y así como la Instituta de Justiniano y el Código de Andres Bello admitieron y regularon la propiedad fiduciaria respecto a bienes herenciales, la ley contemporánea puede permitir y regular la transmisión de toda clase de patrimonios por medio del fideicomiso, para que tenga efecto tanto durante la vida del fideicomitente como después de su muerte, de tal manera que así se sustituiría la Institución romana, fossilizada y estéril, con un fideicomiso amplio, vivo, flexible y útil que sea copia cabal del trust inglés.

En atención a lo anterior, considera que para lograr los fines del trust en un sistema de Derecho Civil, es indispensable hacer del trustee un propietario ordinario y regular, en capacidad de gozar y ejercitar todas las facultades y atributos inherentes al derecho del dominio, sin que por ello se quiera decir que este dominio sea absoluto, sino que está sujeto a ser administrado, a ser conservado o restituido, según los términos de cada fideicomiso, sin que por ello deje de ser una propiedad fiduciaria, ya que, afirma que en el Código colombiano, el fiduciario es un verdadero dueño del fideicomiso, pero con la obligación de

(47).- Citado por Bojallí, Julián. *Fideicomiso*. Ed. Porrúa. México 1963. Pág. 97 y sig.

conservarlo, por si llega el caso de restituirlo.

Respecto al derecho de dominio del fiduciario en el nuevo fideicomiso, considera que no es absoluto, sino limitado, ya que esta limitación es enteramente conforme al espíritu y a la tradición del Derecho Civil.

Por último, afirma que aunque en el sistema latino no se puede reconocer el dominio real en un individuo y ficticio en otro, si se puede concebir como una parte de atributos, efectos o manifestaciones diferentes, que pueden hallarse distribuidos entre diversas personas, como en el caso de los derechos reales pues en todos ellos se encuentra que el dominio del nudo propietario está limitado por las facultades que un tercero haya adquirido por razón del derecho real. El dominio fiduciario se encuentra limitado por los derechos del fideicomisario, también por las condiciones, pautas y disposiciones del fideicomiso, y de esta manera se ha transplantado el trust angloamericano al Derecho Civil.

COMENTARIO .

Sobre el Doctor Alfaro hemos dicho ya bastante con anterioridad por lo que es poco lo que podemos ahondar sobre el particular; sólo diremos que creemos encontrar en este autor amplios fundamentos para sostener la posibilidad de que el fiduciario sea el dueño de los bienes fideicomitidos. Sin embargo, haremos una observación: Consistente en que no debe hacerse una generalización y decirse que para lograr los fines del trust en un sistema de Derecho Civil, sea indispensable hacer del trustee o fiduciario un propietario con las facultades, y atributos inherentes al dominio, pues perfectamente puede constituirse en fideicomiso un bien que no sea objeto del derecho de dominio, ya que en mérito a los innumerables fines que se pueden perseguir con el fideicomiso, y por la gran utilidad que puede prestar a las instituciones públicas y privadas del país, no debe hablarse sólo de derecho de propiedad, ya que no es indispensable hacer del fiduciario un propietario, porque de este modo nos referiríamos única y exclusivamente al derecho de propiedad y no a otros derechos reales o personales que pueden ser objeto de fideicomiso.

2.- TEORIA DEL DR. JOAQUIN RODRIGUEZ Y RODRIGUEZ. (48)

Este autor analiza el fideicomiso desde un triple punto de vista: el que se refiere a su configuración como negocio jurídico, el que atañe a su estructura como modalidad del derecho de propiedad y el que concierne a su calificación como operación bancaria.

El autor nos dice 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.

Considera el Doctor Rodríguez que el fideicomiso es un negocio fiduciario en cuanto se trata de un negocio jurídico en virtud del cuál se atribuye al fiduciario la titularidad dominical sobre ciertos bienes, con la limitación de carácter obligatorio, de realizar sólo aquellos actos exigidos por el cumplimiento del fin para cuya realización se destinan.

Que el "dueño fiduciario" tiene un dominio "limitado", que no por eso deja de ser dominio, es decir, que el fiduciario es dueño del patrimonio pero dueño fiduciario, lo que significa que es dueño en función del fin que debe cumplir y que es dueño normalmente temporal; en resumen, que puede decirse que el fiduciario es dueño jurídico, pero no económico de los bienes que recibió en fideicomiso; dicho en otra forma: el fiduciario es quien ejerce las facultades dominicales, pero en provecho ajeno.

Estima que el fideicomiso, en cuanto negocio jurídico indirecto y fiduciario, crea una nueva estructura en el derecho de propiedad y que de acuerdo con los artículos 352, 353 y 354 de la Ley General de Títulos y Operaciones de Crédito, claramente se infiere que el fideicomiso implica un traslación de dominio o cesión de derechos, que surte efectos entre terceros, lo que quiere decir que el fiduciario aparece como dueño, pero que este dominio tiene caracteres especiales, por no tener el fiduciario libre uso, disfrute y dominio de los bienes, pues estas facultades tienen las siguientes limitaciones:

a).- Todas ellas se ejercen en función del fin a realizar y no en interés del fiduciario. (Artículo 346 y 351)

(48).- Rodríguez y Rodríguez, Joaquín. *Derecho Mercantil. Tomo II. Ed. Porrúa. México 1985. Pág. 119 y sig.*

b).- El beneficio económico del fideicomiso recae sobre el fideicomisario. (Artículo 348, Primer Párrafo)

c).- El fideicomisario puede impugnar los actos del fiduciario que salgan de los límites establecidos.

d).- Los bienes deben volver al fideicomitente (artículo 358), con excepción de los fideicomisos constituidos en favor de personas de orden público e instituciones de beneficencia.

Todo esto quiere decir, según opinión del autor, que los bienes dados en fideicomiso constituyen un patrimonio separado, un patrimonio fin o de afectación (Artículos 348, 351 y 355), entendiéndose que un patrimonio separado o de afectación no son patrimonios sin titular, pues la masa de la quiebra, los distintos departamentos de un banco, etc., son también patrimonios separados con titular. En el caso del fideicomiso, el patrimonio tiene como titular jurídico al fiduciario; pero como titular económico al fideicomisario y al fideicomitente. Es titular jurídico el fiduciario, porque él aunque dueño temporal y revocable, es el dueño. Titulares económicos, el fideicomisario y el fideicomitente, porque a ellos van los beneficios de la propiedad y la propiedad misma al concluirse el fideicomiso.

En resumen, el fideicomiso es un negocio jurídico indirecto y fiduciario en virtud del cual una institución de crédito adquiere la propiedad de ciertos bienes que le transmite el fideicomitente, con la obligación de dedicarlos a un fin convenido.

En cuanto al fideicomiso como una operación bancaria el autor llega a esta afirmación fundándose en el artículo 350 de la Ley General de Títulos y Operaciones de Créditos. Por esta misma virtud, el fideicomiso es un acto de comercio (artículo 75 fracción XIV del Código de Comercio) y por estar considerado como una operación de crédito (artículo 2 de la Ley General de Títulos y Operaciones de Crédito).

COMENTARIO .

Es una de las teorías mejor estructuradas que hemos encontrado, sin embargo cabría hacer algunas consideraciones.

Cuando este autor se refiere a las limitaciones del dominio del fiduciario nos dice que los bienes deben volver al fideicomitente, una vez que se haya extinguido el fideicomiso con la única excepción de los fideicomisos constituidos en favor de personas de orden público e Instituciones de beneficencia. Al respecto, no estamos de acuerdo con la interpretación que hace el doctor Rodríguez del artículo 358 de la Ley General de Títulos y Operaciones de Crédito, pues creemos que este artículo es supletorio de la voluntad de las partes contratantes, pues en todo caso se debe estar a lo que se haya dispuesto en el acto constitutivo del fideicomiso, toda vez que hay casos en que es improcedente que a la extinción del fideicomiso, regresen los bienes fideicomitidos al fideicomitente o a sus herederos. Por ejemplo, cuando el fideicomitente ha recibido una contraprestación por la constitución del fideicomiso, a su extinción el fiduciario transmitirá el bien fideicomitido al fideicomisario o a sus causahabientes.

Por otro lado, no parece acertado hablar de un titular económico y de un titular jurídico, pues si se entiende que el titular es el destinatario de la norma jurídica, no es posible que dentro del derecho haya un destinatario de las normas económicas, pues esto sería introducir nociones un tanto extrañas al derecho, lo cual nos llevaría a confusiones e improcedencias en los conceptos jurídicos.

Empero, consideramos que este autor, cuando habló de titular económico y titular jurídico, lo hizo con el propósito de ilustrar a los estudiosos sobre los efectos peculiares que se derivan del fideicomiso y que cuando afirmó que existe una transmisión de derechos, fue con el propósito de hacer ver que el fiduciario siempre es el titular de los derechos fideicomitidos convirtiéndose, según sus propias palabras, en un dueño temporal y revocable.

Es importante destacar el hecho de que aún cuando este autor vuelve a describir al patrimonio fideicomitido como un patrimonio de afectación, la connotación dada en este caso hace referencia a un patrimonio destinado a un fin perfectamente definido y cuya titularidad corresponde a la institución fiduciaria, distinguiéndose así de los conceptos de patrimonio de afectación estudiados en el subcapítulo anterior y poniendo de manifiesto la existencia de una propiedad fiduciaria cuya titularidad corresponde a la institución fiduciaria.

3.- TEORIA DEL LIC. LUIS MUÑOZ. (49)

El Lic. Muñoz expone una teoría sobre la propiedad fiduciaria basada en la idea de un nuevo derecho real que se implantó en nuestro sistema jurídico con la adopción del fideicomiso.

El autor recurre a teorías como la de Cariota Ferrara quien indica que desde el derecho romano el fiduciario era considerado propietario, como lo comprueba el hecho de que se le concedía la conditio furtiva, y ella se atribuía al propietario. "Decir que el fiduciario adquiere una propiedad relativa o formal es sostener una imposibilidad jurídica, una falta de sentido; no hay una propiedad interna y una propiedad externa, la propiedad sólo es tal si existe y vale frente a todos; se es propietario o no se es; una posición intermedia, una posición de propietario solo nominal frente a determinada persona, no es admisible; el fiduciario es propietario y por tanto, lo es frente a cualquiera, sin excepciones." (50)

Según Ferrara el fiduciario no está investido al mismo tiempo de una doble calidad, sino que se convierte en titular del derecho inclusive frente al enajenante, para este autor si el fiduciario abusa de su posición jurídica y enajena, la disposición es válida pero está obligado al resarcimiento.

También menciona a Grassetti quien afirma: "Estaría más de acuerdo con la intención económica perseguida por las partes que la atribución patrimonial fuese plena, pero solo provisional, de manera que agotándose o viniendo a menos el fin, el fiduciante o el beneficiario fuesen revestidos o invertidos de aquella titularidad, con la cual se pretende invertir pro tempore al fiduciario" (51).

Según Grassetti es característica del poder que tiene el fiduciario una potestad de abuso, consecuencia de la estructura típica de los derechos reales y la cual permite una distinción clara entre titularidad formal; quien recibe de derecho recibe también, necesariamente, el poder de disponer en forma real, erga omnes, inclusive en contra o más allá del fin. El negocio implica concesión de fe -afidamento- del transmitente al accipiente. Contra esta posibilidad o potestad de abuso la Ley General de Títulos y

(49).- Muñoz, Luis. *El Fideicomiso. Op. Cit. Ant. Pág. 9 y sig.*

(50).- Muñoz, Luis. *El Fideicomiso. Op. Cit. Pág. 207.*

(51).- *Idem.*

Operaciones de Crédito ha establecido diversas normas y limitaciones en los artículos 351, 353 y 354.

Al hablar de los derechos reales, el Lic. Muñoz refiere que tradicionalmente se ha aceptado que los derechos reales son limitados, pero también algunos autores discuten la posibilidad contraria y que ambas corrientes han sido plasmadas en diversas legislaciones vigentes. Para muchos los derechos reales pueden ser tantos como tantos sean los poderes que el hombre ejerce sobre las cosas físicas. Esta idea es generalmente admitida por los tratadistas, aunque no por las legislaciones. Los que rehuyen ver resurgir los antiguos derechos reales vinculadores de la época feudal, son partidarios de la libre contratación, optan por el "numerus apertus". Si tenemos en cuenta que las leyes desvinculadoras que se generalizaron en todo el mundo a mediados del siglo pasado abolieron para siempre las vinculaciones y que, en consecuencia, están vigentes y no permiten que por medio contractual se establezcan derechos reales de carácter feudal o canónico, no habrá inconveniente alguno en admitir que el número de los derechos reales debe ser ilimitado, para así satisfacer las múltiples y crecientes necesidades jurídicas y económicas del hombre.

Al hablar de la naturaleza jurídica del fideicomiso, critica algunos aspectos de la teoría del Maestro Rodríguez y Rodríguez, particularmente cuando éste último analiza al fideicomiso desde el punto de vista de su estructura como modalidad del derecho de propiedad y apunta que el Doctor Rodríguez se expresó incorrectamente, porque la estructura comprende forma y contenido y la modalidad del derecho de propiedad, no es otra cosa que el reconocimiento por el ordenamiento jurídico mexicano de la propiedad fiduciaria y he aquí porqué no se puede ver en el fideicomiso una variedad de los negocios fiduciarios que se caracterizan por la discrepancia entre el fin perseguido y el medio elegido para realizarlo, como propone el Doctor Rodríguez y Rodríguez, aunque sí un negocio jurídico tipo típico, nominado, de fiducia y de naturaleza fiduciaria, de tal suerte que no le parece al Licenciado Muñoz que haya discrepancia entre el fin perseguido y el medio elegido. Continúa diciendo que el legislador mexicano al tipificar el fideicomiso le atribuye una función típica, una causa fin que es objetiva, la posibilidad de la existencia en el ordenamiento jurídico de la propiedad fiduciaria como modalidad. Para el Licenciado Luis Muñoz se precisa distinguir entre la causa fin o función negocial que es objetiva, de los motivos o móviles de las partes negociales que son de índole subjetiva, de suerte que las personas al elegir el fideicomiso como instrumento jurídico para conseguir sus fines a través de la propiedad fiduciaria, no se comportan en discrepancia; por el contrario, al convertirse esas personas en partes del

negocio que utilizan como instrumento, como un medio que el ordenamiento jurídico vigente les proporciona y del que antes carecían, ya no se ven precisadas a acudir a negocios indirectos, fiduciarios, no tipificados ni innominados.

Al continuar con la crítica señala que el doctor Rodríguez entiende que el fideicomiso se nos presenta normalmente como un acto unilateral cuando el fiduciante establece su voluntad en un acto inter vivos o en su testamento. Su declaración, añade, es obligatoria inmediatamente para él, puesto que no puede revocar el fideicomiso, si expresamente no se reservó esa facultad; no puede modificarlo sino es con el consentimiento del fideicomisario y produce efectos frente a terceros por su publicación, todo ello independientemente de las aceptaciones del fiduciario que por lo mismo no son partes, manifestaciones de voluntad esencial para integrar el negocio jurídico. La adhesión del fiduciario a las normas establecidas por el acto constitutivo y la aceptación del cargo son condiciones jurídicas para la ejecución del fideicomiso, pero no para su perfección jurídica. El Licenciado Muñoz disiente del pensamiento antes expuesto indicando que si el fideicomiso fuera un negocio jurídico unilateral no necesitaría para su función la aceptación, inclusive obligada del fiduciario. Para él resulta evidente que ese deber de negociar consagrado por el legislador, deroga el llamado dogma de la voluntad, y la necesidad del asentimiento del fiduciante a las condiciones iuris y generales de los negocios bancarios, no permite admitir que el fideicomiso sea un negocio consistente en una sola declaración unilateral del contenido volutivo, vinculante y recepticia, fuente de obligaciones y del derecho real, propiedad fiduciaria, en cuanto a la esfera de intereses fideicomitidos. Continúa diciendo que la función, causa fin, es como suele decirse, elemento constitutivo de todo negocio, ya que una función imposible no es prácticamente función negocial, es mera abstracción; y sin el fiduciario, a quien considera parte negocial, el fideicomiso no llegaría a cumplir su función. Sobre este tema el autor hace la siguiente afirmación: "Que el fiduciante no pueda revocar el fideicomiso no quiere decir que sea éste un negocio jurídico unilateral, una promesa, pero una oferta irrevocable ex lege, porque el legislador apartándose con acierto y por razones de orden público del dogma de la voluntad, sujeta el negocio a conditio iuris, de aquí que tampoco pueda decirse que el fideicomiso es un contrato en sentido verdadero y propio en el que campearía la autonomía privada y la libertad de contratar" (52).

(52).- Muñoz, Luis. *El Fideicomiso*. Op. Cit. Pág. 12.

El doctor Rodríguez ve en las aceptaciones del fiduciario y el fideicomisario manifestaciones de voluntad no esenciales para la celebración del fideicomiso, pero para el Lic. Muñoz se trata de declaraciones de contenido volutivo vinculantes no constitutivas, más que no esenciales, pues el derecho es la ciencia de las formas y no de las esencias; más si son vinculantes obligan a quienes aceptan las cláusulas negociales y las condiciones iuris. Para él hizo bien el profesor Rodríguez al hablar de adhesión del fiduciario a las normas establecidas en el acto constitutivo, pues sin esa adhesión no habría fideicomiso, de sostener acertadamente que la aceptación de cargo y aquella adhesión son condiciones jurídicas, pero no para la ejecución del fideicomiso, como pretende el doctor Rodríguez, sino para su perfeccionamiento, para la celebración de un negocio en el que, se da propuesta comercial y asentimiento a las condiciones jurídicas por el fideicomitente; asentimiento y aceptación por el fiduciario y lo mismo por el fideicomisario. Desde el punto de vista del Lic. Muñoz el Doctor Rodríguez se vuelve a equivocar cuando expone que sólo se dan partes negociales en sentido auténtico cuando representan intereses contrarios que se coordinan a través de las declaraciones contrapuestas de voluntad: la del fideicomitente y la del fiduciario. Sin embargo, para el Lic. Muñoz las partes pueden tener intereses convergentes y no contrapuestos, tal y como acontece en el negocio societario. Además para el autor el fideicomiso en ningún caso puede ser contrato verdadero y propio porque le falta la autonomía plena de la voluntad a las declaraciones de las partes y es negocio que se celebra por asentimiento y no por consentimiento.

En relación a la crítica que formula el Doctor Rodríguez al texto del artículo 346 de la Ley General de Títulos y Operaciones de Crédito al decir que se limita a describir el contenido externo del fideicomiso; al respecto el autor afirma que en cierta medida el Doctor tiene razón; empero, estructuralmente en todo negocio jurídico debe contemplarse la forma, que es el modo o manera de exteriorizarse la voluntad de las partes, y el contenido que no es una voluntad o voluntades cualesquiera.

En relación al tema de la propiedad fiduciaria el autor retoma las teorías del Doctor Rodríguez y Rodríguez y afirma que éste ateniéndose a la terminología del derecho positivo, una veces habla de modalidad del derecho de propiedad y otras de titularidad dominical. Y es que en el ordenamiento jurídico no se establece, tal vez por no haberlo creído necesario el legislador, diferencia alguna entre dominio y propiedad. Sin embargo y justamente en consideración al fideicomiso, sería conveniente recordar que el derecho real de dominio es "plena in re potestas", lo que ha llevado a muchos a afirmar

la posible desmembración del dominio, que comprendería la propiedad con el usufructo, en tanto que la propiedad sería el dominio sin el usufructo. Para el Lic. Muñoz la propiedad fiduciaria pudiera ser el resultado de la desmembración del derecho real de dominio, y ello explicaría la reversión de la esfera de intereses fideicomitida y sus consecuencias. Según el autor, una profunda indagación de la dogmática de los derechos reales, de su esencia evitaría especialismos mercantilistas y favorecería su indagación correcta a través del derecho de la empresa, sin olvidar las investigaciones llevadas a cabo en el ámbito del derecho civil. Resulta conveniente discrepar de la semántica del maestro Rodríguez y Rodríguez y afirmar que el fideicomiso como negocio jurídico atribuye al fiduciario no la titularidad dominical, sino la propiedad fiduciaria, y el deber de comportarse congruentemente con la función del negocio, integrada por la causa fin que es objetiva y los móviles o motivos deducidos por las partes, pues el ordenamiento jurídico reconoce en cierta medida la autonomía privada ya que establece límites y la sujeta a cargas determinadas. Se dice que se trata de el deber de comportarse y no limitación de carácter obligatorio con el propósito de poner fin a la discrepancia que se advierte en la teoría del Doctor Rodríguez y por entender que el fideicomiso es un negocio jurídico con efectos reales y fuente de obligaciones. Además se advierte que la voz "aspectos" no es jurídica, pues de lo que se trata es de la constitución de un derecho real que correctamente puede y debe llamarse propiedad fiduciaria y de la existencia de un negocio jurídico que es fuente de obligaciones como lo son todos, ya sean unilaterales, bilaterales o plurilaterales.

La temporalidad de la propiedad fiduciaria - dueño normalmente temporal dice el Doctor Rodríguez- es lo que caracteriza a una modalidad de derecho real consagrada por el legislador en la Ley General de Títulos y Operaciones de Crédito, y que hoy es normalmente temporal, pero que sería anormalmente temporal si se concibe el dominio normalmente perpetuo.

La publicidad con fines erga omnes confirma también la existencia de esa modalidad de derecho real que llama propiedad fiduciaria.

Por último, el Lic. Muñoz argumenta que podrán aplicarse por analogía al fideicomiso artículos de otras reglamentaciones como el artículo 576 del Código Civil en relación a las donaciones o los artículos 566 y 568 del mismo ordenamiento, respecto a la facultad de transigir, comprometer en árbitros y desistirse, por mencionar algunos ejemplos.

COMENTARIO .

Resulta interesante analizar la teoría desarrollada con el Lic. Luis Muñoz, ya que en ella se aglutinan una serie de posiciones doctrinarias, que se entrelazan originalmente y que dan pauta a un razonamiento que llama la atención, además de su originalidad, por la naturaleza de sus planteamientos.

El primer rasgo que salta a la vista es su idea de la creación de un nuevo derecho real llamado propiedad fiduciaria, la cual tiene su origen en la teoría del *numerus apertus* que como él mismo cita, sostiene que puede haber tantos derechos reales como tantos sean los poderes que el hombre ejerza sobre las cosas físicas. Vale la pena detenemos en este punto y analizar si esta premisa puede ser válida en nuestro sistema; debemos de recordar que nuestro régimen jurídico deriva de una rígida tradición romanista la cual se ha visto alterada eventualmente por figuras de origen diverso, tal como sucede con el fideicomiso, pero estos casos no son sino la excepción. Además, existe una explicable, pero no justificada costumbre en los tratadistas de oponerse a todo aquello que venga a trastocar los cánones establecidos; lo mismo sucede en este caso, ya que al hablar de derechos reales tradicionalmente se ha hablado de la propiedad, usufructo, habitación, etc. y dicha clasificación se encuentra plasmada en nuestro derecho positivo, sin embargo, no existe un argumento de peso para afirmar que dicha división se encuentra agotada y que sea inmutable, además de que debemos recordar que una característica de la naturaleza humana es su capacidad de transformación y como consecuencia, el régimen jurídico de cualquier sociedad debe ser igualmente cambiante, debiendo adecuarse a las necesidades de la sociedad de la que emana. Por lo tanto nos parece lógico que tengamos que afrontar el hecho de que nuestro inventario de derechos y particularmente los reales, tenga que sufrir periódicamente una actualización admitiendo nuevos tipos y hasta, bajo ciertas circunstancias, suprimiendo otros.

Uno de los puntos en los que estaríamos en desacuerdo sería en relación al hecho de que el autor habla ocasional e indistintamente de propiedad fiduciaria como una modalidad del derecho y como un nuevo derecho real, ya que si bien reconoce que el fiduciario es el propietario del patrimonio fideicomitido y ello implica que puede ejercer los actos de dominio que dese, sin más límites que el fin del fideicomiso; sin embargo, como ya dijimos, el autor es ambiguo al catalogar esta propiedad fiduciaria como modalidad del derecho de propiedad y como un nuevo derecho real, cuando en realidad ambos son conceptos

diferentes ya que por derecho real entendemos el poder jurídico que una persona ejerce directa e independientemente sobre una cosa para aprovecharla total o parcialmente, siendo este poder jurídico oponible a terceros; mientras que por modalidad se entiende las medidas generales y abstractas que no transforman el régimen jurídico de la propiedad general y de los bienes en un momento y en un lugar determinado. Lo que criticamos aquí no es el contenido de cada una de las posturas, sino la indefinición en que incurre el autor; la contradicción resulta evidente ya que la modalidad representa la especie y el derecho real representa al género, por lo que uno y otro no pueden equipararse.

Por otro lado, consideramos incorrecta la apreciación del Lic. Muñoz cuando afirma que el fideicomiso en ningún caso puede ser un contrato verdadero y propio porque le falta la autonomía plena de la voluntad a las declaraciones de las partes y que se trata de un negocio que se celebra por asentimiento y no por consentimiento; ya que en primer lugar es la misma ley la que le otorga la calidad de contrato en el artículo 79 de la Ley de Instituciones de Crédito; asimismo, la obligatoriedad de la aceptación por parte del fiduciario no es obstáculo para reconocerle la calidad de contrato al fideicomiso, toda vez que la obligatoriedad de la contratación es propia de aquellas situaciones en las que uno de los contratantes presta un servicio al público, tal como sucede en el caso de los contratos de transporte. Además, si como el Lic. Muñoz afirma: "el derecho es la ciencia de las formas" y si aplicamos una correcta interpretación del artículo 352 de la Ley General de Títulos y Operaciones de Crédito que se refiere a la forma que debe adoptar el acto constitutivo del fideicomiso, es decir, que la constitución debe otorgarse en instrumento privado o en escritura pública, según la cuantía de los bienes que se den en fideicomiso, en la que se contenga las declaraciones de las partes; debemos concluir que el fideicomiso asume toda la forma de un contrato y que por lo mismo, conforme a los principios expuestos respecto a la forma de los negocios jurídicos por el mismo autor, incuestionablemente el fideicomiso resulta ser precisamente eso, un contrato.

Por último, debemos manifestar nuestro desacuerdo con la propuesta que hace el autor, al considerar que en el manejo de patrimonios fideicomitidos, el fiduciario "por analogía" deba observar reglas específicas de otras figuras jurídicas cuya naturaleza es distinta como la tutela, ya que ello implicaría una serie de ambigüedades e impresiones que redundan en perjuicio de la técnica y perfeccionamiento que buscamos en torno a la figura del fideicomiso.

4.- TEORIA DEL LIC. RODOLFO BATIZA.

Este autor sostiene que en virtud del fideicomiso, el fideicomitente transmite al fiduciario la propiedad fiduciaria de los bienes fideicomitidos, pudiendo este último hacer uso de sus facultades dominicales en la medida en que lo requiera la obtención del fin para el cual se constituyó.

El autor hace la observación de que a través de la legislación sustantiva, se ve claramente que el legislador en México, sintió una profunda resistencia a reconocer el efecto traslativo del fideicomiso, el cual quiso neutralizar por todos los medios posibles, siendo que esto atenta contra la misma naturaleza de la institución, ya que desde sus inicios el Doctor Alfaro indicaba que el encargo conferido al fiduciario produce otro efecto, sin el cual no podría ser ejecutado: El de transmitir al fiduciario los bienes objeto del fideicomiso, que los romanos lograban mediante la institución de heredero y los sajones haciendo al trustee propietario titular, mientras consideran al fideicomisario como propietario real; en cuanto a la transmisión de los bienes, el Doctor Alfaro agrega que si éstos no pasan de una persona a otra, sino que permanecen en poder de su dueño, no hay acto de confianza del fideicomitente para con el fiduciario, ni puede cumplirse el propósito del fideicomiso. De esto resulta que si el fideicomiso versa sobre cosas muebles, como la posesión equivale al título, es evidente que el fiduciario no podrá administrarlos ni disponer en forma alguna si no estuvieran en su poder; con relación a los bienes raíces, el fideicomiso no puede surtir sus efectos como gravamen, pues a veces hay que enajenar los bienes para cumplir su propósito, mientras que otras lo que se necesita es gravarlos y si el fideicomiso fuese considerado como un gravamen impuesto a los bienes del constituyente, resultaría entonces gravamen sobre gravamen y además resultarían inscritos en el Registro a nombre de quien no los posee ni puede disponer de ellos. Es pues de la esencia del fideicomiso indispensable para sus fines que el constituyente se aparte de la propiedad de los bienes sobre los cuales versa y que los transmita a la persona en quien deposita su confianza.

El Lic. Batiza señala que el mismo Doctor Lepaulle antes de incurrir en los extremos que lo llevaron a sostener que los derechos objeto del trust no están más en el patrimonio de nadie, había admitido que el sujeto de derecho encargado de realizar la "afectación" es titular de todos los derechos que le sean útiles para cumplir su obligación, y al observar y describir el funcionamiento del trust, reconocía que un propietario, el settlor, transmite total o parcialmente determinados bienes a un tercero llamado trustee,

único designado como propietario de los bienes y a quien se inscribe como tal cuando se requiere registro.

En relación al trust afirma que la doctrina sajona no da lugar a ninguna confusión por lo que hace al efecto traslativo de dominio. Así por ejemplo, cita a Lewin quien formula estas apreciaciones: "Si se ha propuesto hacer trustee a un extraño y la materia del trust es un derecho legal sobre inmuebles o bienes muebles que pasan por traslación de dominio, cesión o entrega, o acciones que se transmiten por endoso, el trust no queda perfectamente constituido a menos que el derecho legal sea en efecto transferido al trustee. No es bastante con que el settlor otorgue un instrumento en que pretenda transmitirlo y que crea que nada falta para dar efecto al acto: La intención de desprenderse así mismo de la propiedad legal debe haber sido ejecutada o los tribunales no reconoceran el trust". Destaca en cambio cual ha sido la actitud del legislador en México ya que desde la Ley de Bancos de Fideicomiso de 1926 en su artículo 6 adaptó la siguiente definición: "El fideicomiso propiamente dicho es un mandato irrevocable en virtud del cual se entrega al banco, con el carácter de fiduciario, determinados bienes para que disponga de ellos o de sus productos, según la voluntad del que los entrega, llamado fideicomitente, a beneficio de un tercero llamado fideicomisario", la cual resulta ser una réplica del artículo 1º del Proyecto Alfaro. El artículo 346 de la Ley General de Títulos y Operaciones de Crédito contiene este concepto: "En virtud del fideicomiso, el fideicomitente destina ciertos bienes a un fin lícito, encomendando la realización de ese fin a una institución fiduciaria". De lo anterior se aprecia como el mecanismo peculiar del trust, que el proyecto Alfaro trató de reproducir con fidelidad, fue mutilado en nuestra legislación al suprimírsele el efecto traslativo de dominio. La Suprema Corte de Justicia, al referirse con posterioridad a esta figura, modificó radicalmente su posición anterior considerándolo como un patrimonio autónomo y sui generis, cuyo dominio restringido adquiere el fiduciario, restituyendo al fideicomiso la pieza fundamental para el funcionamiento de su mecanismo y sin la cual es inconcebible como figura jurídica esencialmente diversa de un simple mandato o depósito. Aún con el apoyo judicial, empero, el problema técnico para este autor, no queda del todo resuelto (53).

El autor critica el contenido del artículo 346 de la Ley General de Títulos y Operaciones de Crédito ya

(53).- Batza, Rodolfo. *El Fideicomiso en México. Convenciones Anuales del Centro Bancario de Monterrey*. Pág. 37 y sig.

que no se puede saber con precisión que se quiere significar con titularidad, argumentó que este término ha sido empleado desde Pothier en el siglo XVIII, muy posteriormente por Sallies hace ya más de medio siglo y más tarde entre nosotros, por Lepaulle de quien pasó a nuestro derecho positivo. Señala que no se dispone de una definición de autoridad legislativa o jurisprudencial que delimite el contenido y alcance de dicho término. Antes al contrario, hay una serie de contradicciones entre dos posiciones que debieran coincidir y menciona que para la Comisión de la Asociación de Banqueros titularidad es equivalente a título propio, a propiedad, mientras que para la Comisión Redactora del Proyecto de Código de Comercio, los términos titularidad y propiedad no son sinónimos; a mayor abundamiento, cita al maestro Cervantes Ahumada, miembro de dicha comisión que asevera que por titularidad se entiende "la calidad jurídica que determina la entidad del poder de una persona sobre un derecho o pluralidad de derechos dentro de una relación jurídica". Batiza concluye esta crítica diciendo que se deben establecer las bases de la propiedad fiduciaria, al lado de los derechos reales ya consagrados y no habrá necesidad alguna de recurrir, para caracterizar al mecanismo peculiar del fideicomiso y al derecho de naturaleza especial que transfiere, a un término de contenido y alcance tan impreciso como es el de titularidad. (54)

El Licenciado Batiza señala que la problemática desatada en torno a la transmisión dominical que el fideicomitente hace al fiduciario se debe principalmente a las diversas dificultades técnicas a que tuvo que enfrentarse el legislador mexicano, en la adaptación de una figura jurídica con funciones y finalidades semejantes a las del trust, en especial si se considera que esa adaptación no se inspiraba en forma directa en los modelos o fuentes originales sino que procedía de interpretaciones indirectas cuya finalidad estaba en ocasiones deformada o era incompleta, y como consecuencia propone que se modifique el catálogo de derechos reales existentes y se agregue el nuevo derecho llamado propiedad fiduciaria, tal como sucedió en 1964 en el Código Civil de Guatemala. Pero aclara Batiza que esta anexión no se debe hacer a través del Código de Comercio como tampoco en ninguna Ley mercantil ya que dicha anexión rebasaría el marco de las leyes mercantiles, y entonces correspondería al Código Civil modificar la concepción tradicional de derechos reales ya que al adoptarse el fideicomiso en nuestro sistema legal no solo se ha reglamentado una institución jurídica nueva, sino que correlativamente se transplantó con ella un nuevo concepto de la propiedad con una doble manifestación: la del fiduciario y la del beneficiario, y por ende se debe reconocer que el fideicomiso ha

(54).- Batiza, Rodolfo. *El Fideicomiso*. Ed. Porrúa. México 1985. Pág. 155 y sig.

producido un desmembramiento del derecho de propiedad que da origen a un nuevo derecho real con caracteres distintivos, propios que debe denominarse propiedad fiduciaria.

Contra las críticas formuladas por autores como Yarza Ochoa en el sentido de que el fideicomiso no hace desaparecer al derecho de propiedad, ni su esencia consistente en la creación de un nuevo derecho real; así como la de Pintado Rivera que se pronuncia en desacuerdo con el uso de terminologías peligrosas y equivocadas, como la que pretende crear un nuevo tipo de propiedad, porque en nuestro sistema de derecho, los derechos reales son limitados y especialmente configurados, es decir que constituyen un catálogo cerrado que no puede adicionarse ni restringirse, y en el cual la propiedad fiduciaria no está reconocida; el Lic. Batiza argumenta que dichas objeciones se destruyen fácilmente y cita a Cariota Ferrara quien dice que la propiedad fiduciaria no la reconoce el derecho (Positivo), pero que se impone una vez adoptada legislativamente la institución equivalente al trust; por otra parte, no hay nada en el catálogo de los derechos reales reconocidos en la actualidad que los haga eternamente inmutables, y el legislador puede muy bien alterar su número y contenido, con ciertas limitaciones, potestad que incluso se reconoce a los particulares, si no fuera por ciertas dificultades prácticas. Afirma Batiza que si en la creación de nuevos derechos reales el legislador no vulnera principios o normas del orden jurídico superior, por ejemplo, los consagrados en la Constitución u otros principios emanados del orden público o de las buenas costumbres, no habrá nada que pueda legítimamente oponerse a la adición de nuevos derechos reales.

Reconoce que la Suprema Corte de Justicia a través de diversas resoluciones ha aceptado el efecto traslativo de dominio en el fideicomiso y aunque esta actitud apoya la libertad de contratación en la creación de una nueva modalidad de la propiedad ello no basta al desarrollo del fideicomiso mismo, puesto que la función de la jurisprudencia, aunque indudablemente creadora, es, en primer término de interpretación, no de reforma legislativa y por tanto, ofrece una base precaria.

Como conclusión el Lic. Rodolfo Batiza apunta que puede afirmarse que aunque la propiedad fiduciaria carece de antecedentes expresos en nuestro sistema legal, entendido éste en sentido estricto para comprender solo al derecho legislado, se encuentra no obstante reconocida por obra de la jurisprudencia, auxiliado por la doctrina. Pero que tal situación, lejos de haber eliminado la necesidad de reformar el Código Civil, acentúa la conveniencia de esta solución técnica para una mejor y más correcta regulación

del fideicomiso y de la propiedad fiduciaria en el sistema jurídico mexicano. (55)

COMENTARIO.

Como podemos ver esta teoría guarda mucha similitud con la que abordamos anteriormente y pese a lo bien estructurada, estimamos que puede ameritar algunos comentarios en torno a su contenido.

En primer término no consideramos correcto señalar que el legislador mexicano se resistió por todos los medios a reconocer el efecto traslativo del fideicomiso, toda vez que como el mismo autor señala, ya en 1926 la Ley de Bancos de Fideicomiso, aún cuando incurria en el mismo error del Proyecto Alfaro de concibir al fideicomiso como un mandato irrevocable, reconocía la traslación de dominio que el fideicomitente hacía a la institución fiduciaria y cuando en 1932 en el artículo 346 de la Ley General de Títulos y Operaciones de Crédito se incluyó el término "titularidad" consideramos que el legislador en su afán de perfeccionar la norma y lejos de pretender diluir el efecto traslativo de esta figura, intento plasmar un precepto más abstracto a fin de brindar una gama más extensa de posibilidades de perfeccionamiento a los sujetos que vislumbraban en el fideicomiso el satisfactor más apropiado para sus necesidades particulares, sin que necesariamente se tenga que ver arrancado de nuestras leyes el efecto de traslación de dominio que a nuestro parecer es característica esencial del fideicomiso.

Por otro lado, en relación al término titularidad, si bien es cierto que en nuestro país no existe una definición o concepto unánimemente reconocido por legislación alguna, también es cierto que existen criterios doctrinarios muy bien definidos en torno a su aplicación y uno de los que con mas aceptación cuenta entre los juristas es el que en términos generales hemos venido empleando en esta tesis; el cual se refiere a que la titularidad significa la adjudicación de un derecho a una persona y como consecuencia consideramos erróneo hablar de propiedad de derechos como lo hace Batiza, en lugar de titularidad de derechos, ya que como vimos en el capítulo anterior, el objeto de la propiedad son los bienes, entendidos en su sentido jurídico como la cosa en cuanto es objeto de un determinado derecho subjetivo, no los derechos. Con este preámbulo queremos evidenciar nuestro desacuerdo con el autor al querer

(55).- Batiza, Rodolfo. *El Fideicomiso. Op. Cit. Pág. 162.*

Incluir dentro de su concepto de propiedad fiduciaria a los derechos que en un momento dado pudieran constituir un fideicomiso, lo cual conforme al razonamiento anterior resultaría técnicamente inapropiado y aún cuando el artículo 351 de la Ley General de Títulos y Operaciones de Crédito señala que pueden ser objeto del fideicomiso toda clase de bienes y derechos y a que el artículo 2248 del Código Civil se presta a confusiones cuando en su infortunada redacción habla de propiedad sobre derechos cuando establece: "Habrá compraventa cuando uno de los contratantes se obliga a transferir la propiedad de una cosa o de un derecho..." ello no implica que debamos incurrir en tales errores; por lo tanto consideramos que al hablar de propiedad fiduciaria debemos hacer las salvedades en relación a los patrimonios fideicomitidos que consistan en transmisión de derechos exclusivamente.

Si bien señalamos en el análisis del punto anterior que **cabía la posibilidad de modificar el catálogo de derechos reales, también debemos apuntar que nos parece excesivo pretender que el reconocimiento por el legislador de la propiedad fiduciaria venga a revolucionar nuestro régimen patrimonial y con ello se dé origen a un nuevo derecho real ya que opinamos que dicho reconocimiento es totalmente compatible con las figuras y derechos reconocidos hasta ahora como vigentes por nuestras leyes, y por tanto es innecesario recurrir a modificar el catálogo tradicional de derechos reales. Como ya asentamos anteriormente, reconocemos como acertada la posición del Lic. Batiza de que el Derecho es por naturaleza cambiante y que por tanto, los derechos reales no tienen el carácter de inmutables, pues sólo bastaría con que el legislador estime conveniente incluir uno más y dicho catálogo se modificaría, pero ante este supuesto valdría la pena preguntarse ¿Acaso la expedición de normas como las que contiene la Ley de Derechos de Autor, la Ley sobre el Régimen de Propiedad en Condominio de Inmuebles para el D. F., o la Legislación sobre Propiedad Industrial revolucionaron nuestro régimen patrimonial?, y aún más ¿Motivaron la creación de un nuevo derecho real?**

En torno a la polémica que sostienen algunos autores de cual debe ser el ordenamiento más apropiado para contener el concepto de propiedad fiduciaria a la cual también se refiere Batiza, opinamos que la solución no amerita mayor estudio, ya que si dicho concepto no implica ninguna modificación de trascendencia en el inventario de derechos reales, consideramos que se debe incluir en el ordenamiento que rige específicamente el fideicomiso como lo es la Ley General de Títulos y Operaciones de Crédito.

Por último, nos unimos a la opinión del Lic. Batiza al señalar que aun cuando la jurisprudencia se ha encargado de reconocer el efecto traslativo de fideicomiso, la función primordial de esta fuente es de interpretación y no de reforma legislativa y como consecuencia viene a ser solo un paliativo.

5.- TEORIA DE MANUEL LIZARDI ALBARRAN.

Este autor en su tesis "Ensayo sobre la Naturaleza Jurídica del Fideicomiso", (56) propone que se conciba el fideicomiso como un negocio fiduciario, cuyo efecto es vaciar un derecho de todo o parte de su contenido económico, dando lugar a dos derechos reales sobre la misma cosa con eficacia "erga omnes". Este negocio fiduciario es el resultado de un contrato integrado por un elemento real: la transmisión de dominio o titularidad, que sirve de apoyo al elemento obligatorio: la limitación de los derechos del fiduciario.

Apoyándose en los artículos 352, 353 y 355 de la Ley General de Títulos y Operaciones de Crédito, y el inciso c) de la fracción II del artículo 45 de la Ley General de Instituciones de Crédito y Organizaciones Auxiliares que textualmente disponía: "Operaciones de fideicomiso por las que la institución fiduciaria ejerce como titular derechos que le han sido transferidos con encargo de realizar un determinado fin.", sostiene que existe una transmisión y la institución fiduciaria es la propietaria de los bienes que se dan en fideicomiso, pero su dominio es temporal y en función de un fin por realizar; tiene la que se ha llamado propiedad fiduciaria (57); la institución fiduciaria, jurídicamente es propietaria o titular de los bienes o derechos que le fueron transmitidos, aunque económicamente los bienes no existen en su patrimonio.

En consideración de que, en el fideicomiso, el dominio del fiduciario es un dominio en función del fin o

(56).- Albarrán Lizardi, Manuel. Ensayo sobre la Naturaleza Jurídica del Fideicomiso. Tesis, México 1945. Pág. 151.

(57).- Albarrán Lizardi, Manuel. Ensayo sobre la Naturaleza Jurídica del Fideicomiso. Tesis, México 1945. Op. Cit. Pág. 87.

finés por realizar, sólo puede ejercitar este derecho en la medida que tienda a la conservación de los bienes o derechos que se le han concedido, o a la realización de los fines que determinaron la cesión y que, fuera de estos límites sus actos de disposición o de administración, no tienen validez alguna. Debe entenderse que esta limitación no solamente es en el sentido de que siendo titular tiene ciertas facultades y otras no, sino que las facultades que tiene sólo puede usarlas en la medida que el fin por realizar lo requiera. Se trata no sólo de una limitación cualitativa de facultades específicas, sino también una limitación cuantitativa, que es la que normalmente existe cuando en el fideicomiso no se hace limitación expresa.

Analizando el fideicomiso como negocio fiduciario el Lic. Lizardi encuentra que constituye una verdadera excepción en nuestro ordenamiento positivo pues el carácter permanente, exclusivo y absoluto de nuestro derecho de propiedad, no admite limitaciones impuestas por las partes con eficacia "erga omnes" fuera de los casos previstos por la ley; esta excepción solo es aceptable cuando se reúnen los requisitos que la misma ley señala, particularmente que el fiduciario sea una Institución de Crédito.

Este autor afirma, que la propiedad inglesa tiene como características el ser temporal y no absoluta, mientras que en nuestro derecho, la propiedad es perpetua y exclusiva y, cuando menos en su origen, absoluta, de donde se podría concluir que una propiedad temporal y no absoluta, no está de acuerdo con nuestro Derecho, que nuestro concepto de propiedad se desvanece, porque sus atributos esenciales se diluyen entre las partes y sólo quedan ante nosotros, resaltando en forma sin precedentes, los bienes y el fin por realizar por lo que hay que considerarlos como elementos esenciales y levantar sobre ellos toda la construcción. Que estudiando en detalle los derechos del fiduciario, se puede configurarlos como un nuevo derecho distinto del de propiedad, por ser temporal, en función de un fin y porque no representa para el fiduciario ningún valor económico.

COMENTARIO.

Consideramos que el Lic. Lizardi hizo bien al hacer la aclaración de que para evitar confusiones habría que hablar en ocasiones de que el fiduciario es el titular de los derechos fideicomitidos y no su propietario, pues propiedad y titularidad no son palabras que expresen una misma idea.

Creemos que no es acertado afirmar que nuestro derecho de propiedad tenga como características esenciales el ser perpetuo y absoluto, como ya lo asentamos anteriormente. Decir que los bienes fideicomitidos, económicamente, no existen en el patrimonio del fiduciario, ni que éste sea su dueño económico, es expresarse indebidamente; por una parte un derecho existe en el patrimonio de su titular, aunque no le reporte ningún beneficio o provecho o aún le cause solamente perjuicios; por la otra, no existe, jurídicamente hablando, una propiedad económica y una jurídica, el concepto económico es completamente ajeno a nuestros propósitos, porque sale del campo jurídico en el que tratamos de desarrollar el presente trabajo.

Tampoco nos parece correcto afirmar que los derechos del fideicomisario sean de naturaleza real ya que en realidad no son de carácter personal; pues fundamentalmente consisten en exigir al fiduciario el cumplimiento del fideicomiso. Por lo que refiere al supuesto derecho de "reivindicar" los bienes que salen del patrimonio del fideicomiso, por abuso de las facultades o por la mala fe del fiduciario, que compete al fideicomisario no debemos explicármolo como si se tratara de una acción reivindicatoria, que en todo caso competiría primeramente al propietario, sino de una acción pauliana de carácter especial, que corresponde al fideicomisario como acreedor del fiduciario en el cumplimiento de los fines del fideicomiso.

6.- TEORIA DEL LIC. CARLOS YARZA OCHOA .

Este autor en su tesis "El Derecho de Propiedad en el Fideicomiso" (58), nos lleva a través de un estudio muy bien documentado que trata sobre el origen del fideicomiso y su relación con el trust anglosajón y concluye realizando un estudio sobre el Derecho de propiedad en el fideicomiso.

Aún cuando no utiliza la expresión "Propiedad Fiduciaria" y la sustituye por la de "La institución fiduciaria es titular del derecho de propiedad sobre los bienes fideicomitidos." (59), su tesis expone su posición acerca del régimen de propiedad en fideicomiso y en su esencia coincide con el que pretendemos que

(58).- *Op. Cit. Ant.*

(59).- *Yarza Ochoa, Carlos. El Derecho de Propiedad en el Fideicomiso. Op. Cit. Pág. 120*

reconozca nuestra Ley como "Propiedad Fiduciaria".

En primer lugar se refiere a que en el antecedente inmediato del fideicomiso, o sea los "Express Trust" del derecho angloamericano, se consideran a las ideas de agencia o mandato como extrañas al mismo pues el trustee, conforme a los orígenes del trust y a los criterios jurisprudenciales de los tribunales angloamericanos, es el titular de los derechos sobre los bienes fideicomitidos, teniendo esta titularidad frente a terceros, inclusive frente al fideicomitente y al fideicomisario.

En relación al derecho de propiedad afirma que nuestro ordenamiento jurídico concede a su titular el máximo señorío posible sobre una cosa, por lo que el propietario puede imponer a su derecho las restricciones, límites y modalidades que considere necesario, inclusive transmitirlo "ad tempus", por lo que es perfectamente posible que puedan faltar, al contenido del derecho de propiedad, una o más facultades sin que se deje de ser dueño, puesto que dicho contenido es esencialmente elástico. El derecho de propiedad, por ser el principal derecho real, ya que si no existiera no podrían existir los demás derechos reales, está subordinado al mejor rendimiento de la riqueza para su titular; por ello es que el propietario puede ejecutar cualquier acto, dentro de los límites legales, que le proporcione un goce de su derecho, inclusive limitarlo. Al referirse al fiduciario, afirma que puede adquirir algunas veces un derecho de propiedad, y como consecuencia, puede hacer de su derecho lo que considere adecuado para el mejor cumplimiento de sus fines y no importan las limitaciones inherentes al fideicomiso, ya sean impuestas por la Ley o por la voluntad de las partes, para considerarle un verdadero propietario, pues la falta de aprovechamiento para sí de los productos de la cosa, no desnaturalizan su derecho de propiedad. El hecho de que el fideicomiso reciba las protecciones y privilegios necesarios para que su fin pueda realizarse no cambia la naturaleza jurídica de ese derecho por lo que no hay obstáculo para concebir un derecho de propiedad fideicomitido y cuyo titular sea el fiduciario.

En el transcurso de la obra, podemos observar en repetidas ocasiones la expresión "titularidad del derecho de propiedad" en lugar del simple término "propietario" esto se explica, según el autor, a que la primera expresión es la correcta, pero que no es usada cotidianamente debido a que existe una confusión manifiesta entre dos nociones diferentes de la palabra propiedad: aquella de bienes (entendiendo bienes en su sentido jurídico como la cosa en cuanto es objeto de un determinado derecho subjetivo), y aquella de derecho que puede recaer sobre cosas, es decir, las cosas son bienes en razón

de los derechos de que pueden ser objeto, pero entre los derechos sobre las cosas que nos pueden pertenecer se debe hacer una distinción. El derecho de propiedad absorbe toda la utilidad de la cosa, por lo que se confunde con ella hasta que usualmente no se distingue y es así que en lugar de decir : Tengo un derecho de propiedad sobre el automóvil, se dice : mi automóvil. Por el contrario, cuando se trata de algún otro derecho real como una hipoteca sobre una casa, no se dice mi casa para designar dicho derecho. Además, doctrinariamente no puede hablarse de propiedad de derechos al referirse al beneficiario de un derecho, lo correcto es denominarlo "titular". En este orden de ideas crítica el contenido del artículo 2248 del Código Civil que dispone : "Habrá compraventa cuando uno de los contratantes se obliga a transferir la propiedad de una cosa o de un derecho ..." argumentando que bastaba que dijera : "Transferir la propiedad de una cosa" para que también comprendiera los derechos.

El artículo 351 de la Ley General de Títulos y Operaciones de Crédito establece que puede ser objeto de fideicomiso toda clase de bienes y derechos, salvo los que sean estrictamente personales de su titular; y como el derecho de propiedad la mayoría de las veces es transmisible, y no estrictamente personal, el Lic. Yarza acepta que se puede constituir un fideicomiso que tenga por objeto un derecho de propiedad y analizando la situación de este derecho de propiedad, fundamenta la traslación en el artículo 352 del mismo ordenamiento que establece que la constitución del fideicomiso deberá ajustarse a los términos de la legislación común sobre la transmisión de los derechos o la transmisión de propiedad de las cosas que se den en fideicomiso a favor del fiduciario y del artículo 358 del ordenamiento en cita, que dice que la institución fiduciaria tendrá todos los derechos que se requieran para el cumplimiento del fideicomiso y a mayor abundamiento, como se trata de un derecho de propiedad concluyó que : cuando se constituya un fideicomiso que tenga por objeto un derecho de propiedad, el único dueño es la institución fiduciaria.

COMENTARIO .

En primer término, debemos manifestar que al igual que en las anteriores obras, resulta injusto el pretender resumir una obra en unas cuantas líneas sin el temor de cometer alguna omisión de los temas torales en ella tratados, sin embargo, por razones obvias sólo citamos la parte que consideramos está más vinculada al tema que nos ocupa y únicamente haremos las siguientes consideraciones al respecto.

El planteamiento que hace el autor en torno al derecho de propiedad y sobre todo de su contenido potencial resulta harto interesante y la fundamentación que hace de cada uno de sus argumentos resulta sumamente adecuada; a pesar de ello, podríamos tachar de extrema su posición en lo que respecta a la "titularidad" del derecho de propiedad, ya que si comulgáramos con ella y la lleváramos a sus últimas consecuencias, llegaríamos a la conclusión de que el contrato de compraventa en el que básicamente se funda la propiedad, no existe, y si seguimos fielmente su teoría, luego entonces, ningún derecho real existe; todo esto como consecuencia de que en su teoría el Lic. Yarza rechaza la posibilidad de que a través de dicho contrato se transmitan las cosas, lo único que se transmite es la titularidad del derecho de propiedad, es decir, conforme a la crítica formulada por el autor al artículo 2248 del Código Civil, en el contrato de compraventa lo único que se puede vender son las cosas no los derechos, lo cual técnicamente es cierto, pero ésto nunca sucede porque lo más que se puede llegar a vender o transmitir, de acuerdo a su teoría, es la titularidad del derecho de propiedad, lo que resulta ser una metáfora jurídica que poco o nada tiene que ver con la realidad y esencia misma del derecho de propiedad y aceptar su teoría sería una utopía doctrinaria.

Un último comentario que podríamos hacer, es que el propietario no es quien puede imponer a su propiedad las modalidades que desee, ya que quien las impone es el Estado conforme a las necesidades sociales y beneficios colectivos que pueden brindar y siempre con base en una relación de subordinación de gobernante a gobernado, modalidad que como toda norma jurídica debe satisfacer ciertos requisitos como son la generalidad y la abstracción.

C. CRITERIOS DE NUESTROS TRIBUNALES.

Quizás donde resulte mas obvia la necesidad de definir concretamente a la Propiedad Fiduciaria a través de nuestra legislación, es precisamente en las tesis sustentadas por nuestro máximo órgano jurisdiccional no solo porque, como veremos mas adelante, al iniciarse la era del fideicomiso en México se contradijeron, sino porque aun hoy en día existe una gran variedad de puntos de vista en torno del fideicomiso que involucran desde su estructura, hasta la naturaleza de la misma figura, y aun más, la de las partes que en él intervienen y es por ello que nuestra Ley resulta ser el vehículo mas apropiado para definir de una vez por todas, aquellos puntos de discusión en que ni la doctrina, ni la jurisprudencia han podido ponerse de acuerdo. Además, retomando las palabras del Lic. Rodolfo Batiza, creemos que la

función esencial de la jurisprudencia es mas que nada de interpretación, no de reforma legislativa, por lo que ofrece una base muy limitada para ese objeto.

Como ya dijimos anteriormente, existen criterios de nuestros Tribunales que se contradicen en torno a la transmisión del patrimonio fideicomitido, es decir, existen criterios en contra y a favor de la Propiedad Fiduciaria; dentro del primer grupo podemos citar únicamente un criterio que refleja la postura inicial de nuestros Tribunales respecto del fideicomiso.

En el amparo de la Compañía Limitada del Ferrocarril Mexicano (Amparo en Revisión No. 210 de 1937, Sec. 2a., Sem. Jud. de la Fed., Tomo LII, Vol. 3, pp. 2317-2325), fallado en 1937, la Segunda Sala de la Suprema Corte, formuló estas apreciaciones : "...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 (Arts. 348, 356 y 358 de la Ley 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 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 buen padre de familia, y además es responsable de las pérdidas o menoscabo que los bienes sufran por su culpa".

Esta tesis es el único antecedente, que conforme a nuestra investigación, encontramos pronunciándose en contra de la Propiedad Fiduciaria y ejemplifica en forma elocuente la desorientación en que incurrió la Suprema Corte acerca de la naturaleza jurídica del fideicomiso, afirmando erroneamente que aún cuando el fideicomiso no es lo mismo que el mandato; el fiduciario solo tiene funciones de mero administrador, lo cual no es congruente con la esencia del papel que desempeña la institución fiduciaria en la ejecución del fideicomiso.

Por otra parte, en el segundo grupo de tesis, es decir, las que favorecen al concepto de Propiedad Fiduciaria encontramos diversos criterios de apreciación inmersos en cada una de ellas, y como veremos, no existe homogeneidad en los conceptos implícitos, sino que algunos hablan de Propiedad Fiduciaria simplemente, mientras que otros aún cuando tácitamente se refieren a ella, textualmente hablan de patrimonios de afectación; lo que implica la existencia de un margen excesivamente amplio

para un concepto que debiera estar perfectamente delimitado. Expuesto lo anterior, citaremos las tesis que consideramos que coinciden mas acertadamente con nuestra posición.

La Suprema Corte de Justicia de la Nación resolvió en 1950 el amparo Mexicana de Fideicomisos, S.A. (Amparo Civil en Revisión No. 4298 de 1949, Sec. 2a., Sem. Jud. de la Fed., Tomo CII, Vol. 2, pp. 1768-1773). El litigio se había originado con motivo de dos fideicomisos celebrados con fecha 22 de octubre de 1946, por la señora Sofia Soto Viuda de Fuente, como fideicomitente y Mexicana de Fideicomisos, S.A. como fiduciaria, por virtud de los cuales transmitió la propiedad de la casa marcada con el número 688 de la calzada del Obrero Mundial en la ciudad de México. Con fecha 5 de abril de 1948, el señor Pablo Bert Jacob, promovió ante el Juzgado Segundo de lo Civil un juicio sumario hipotecario contra la fideicomitente, en que a su tiempo se dictó sentencia condenatoria que ordenaba el remate del inmueble indicado, sin que Mexicana de Fideicomisos, S.A. hubiere sido oída y vencida. En amparo ante el Juez Primero de Distrito en Materia Civil en el Distrito Federal se sobreselló el juicio con base en que la quejosa, según se informó, había celebrado el fideicomiso con la señora Viuda de Fuente cuando ya existía el juicio hipotecario y por tanto, la admisión de la demanda respectiva en la vía sumaria hipotecaria así como las actuaciones subsecuentes, incluyendo la sentencia de remate, en nada había afectado sus intereses jurídicos. La Tercera Sala de la Suprema Corte encontró fundados los conceptos de violación y revocó por unanimidad la sentencia del Juez de Distrito, concediendo el amparo, de dicha resolución reproducimos la parte medular, en los siguientes términos: "En consecuencia, habiendo adquirido la quejosa los derechos de ser dueña fiduciaria y poseedora del inmueble con anterioridad a la fecha en que se inició el juicio hipotecario, debió habérselo citado en éste sin que evitara tal cosa la circunstancia que invoca el Juez de Distrito consistente en que la hipoteca se constituyó con anterioridad al fideicomiso, pues ello solo significa que conserva su prelación en cuanto al pago, pero nada tiene que ver respecto a la garantía procesal de previa audiencia y emplazamiento a juicio que fundamentalmente reclama la quejosa, a efecto de que no se le prive de sus derechos adquiridos sobre el inmueble sin que previamente haya sido oída y vencida en juicio".

La noción de la Propiedad Fiduciaria implícita en la ejecutoria anterior al hablar de "dueña fiduciaria", se complementa en el amparo Financiera de Construcciones, S.A., fallado en 1953 (Amparo Civil Directo No. 2429 de 1953, Sec. 1a., Sem. Jud. de la Fed., Tomo CXVII, Vol. 2, pp. 902-907). Este amparo había surgido como consecuencia de un juicio sumario hipotecario sobre un inmueble dado en fideicomiso y en

que la institución fiduciaria había promovido una tercera excluyente de dominio. El contrato de fideicomiso había sido presentado para su registro con fecha 29 de enero de 1946, pero la inscripción vino a hacerse hasta el 3 de septiembre del mismo año. La tercera fue desechada por considerarse improcedente. En apelación ante la Quinta Sala del Tribunal Superior de Justicia del Distrito Federal se rechazó el argumento en el sentido de que se había dejado de tomar en cuenta que los efectos de la inscripción (Alegada haberse realizado con retraso por desidia, torpeza o malicia) debía retrotraerse a la fecha de presentación.

Por diversas razones invocadas en sus considerandos, la Tercera Sala de la Suprema Corte negó el amparo, pero lo que nos interesa es la aseveración que hizo : "...debe decirse desde ahora, ya que es un aspecto en el que insiste la quejosa en otros apartados de su demanda de garantías, que la catalogación, es decir, la fijación de la naturaleza jurídica del contrato de fideicomiso contraído en la especie, no reviste la importancia que le atribuye la quejosa porque, ya se estime fideicomiso de garantía o fideicomiso con transmisión de *propiedad fiduciaria*, lo realmente discutido en la especie es su oponibilidad o inoponibilidad a terceros, es decir, a la acreedora... y ello depende de dilucidar el problema consistente en la oportunidad del registro del fideicomiso."

En otras ejecutorias de la Suprema Corte precisó todavía mas el concepto de la Propiedad Fiduciaria aunque no haya empleado esta expresión. Un ejemplo es el amparo Sosa García Efraín, fallado en 1951 (Amparo en Revisión No. 3308 de 1950, Sem. Jud. de la Fed., Tomo CVIII, Vol. 2, pp. 1328-1339), y que tenía estos antecedentes : El señor Efraín Sosa García había seguido ante la Junta Especial número 3 de la Junta Central de Conciliación y Arbitraje del Distrito Federal un juicio laboral contra el señor David Fernández García, al cual le había embargado ciertos bienes. El Banco Español Mexicano, S.A. promovió una tercera excluyente de dominio en virtud de que tenía en fideicomiso los bienes en cuestión, por lo cual se decretó el levantamiento del embargo practicado. Contra esta resolución el señor Sosa García interpuso juicio de amparo ante el Juez Segundo de Distrito en Materia Administrativa en el Distrito Federal, quien lo negó. Llevado el negocio en revisión ante la Suprema Corte, la Cuarta Sala confirmó la sentencia reclamada y negó el amparo con apoyo en los siguientes argumentos : "Los derechos del Banco Español Mexicano, S.A., como fiduciario, no emanan del hecho de que el fideicomitente falte o no 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 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. Estos bienes pueden volver o no a su propietario original en los términos de los artículos 357 y 358 de la Ley General de Títulos y Operaciones de Crédito, pero esto sólo implica la readquisición de los derechos del propietario de que se había desprendido el fideicomitente al constituir el fideicomiso ... Al decirse 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. Ahondando más en el problema cabe decir que las características esenciales del derecho de propiedad son el utendi, fruendi y abutendi, este último limitado por el concepto moderno del derecho y que implica la facultad de transmitir el dominio y el derecho mismo de propiedad, de manera que si una persona no puede usar, ni disfrutar, ni menos abusar de una cosa ni transferir su dominio, no es tal propietario de ella. Al fideicomitente le está vedado ejercer ninguno de esos derechos en las cosas afectas al fideicomiso y, consiguientemente, no es propietario. En la hipoteca, el propietario usa y disfruta y puede vender el bien, el que transmite con todo y gravamen; en la prenda estaba vedado el uso, pero no la transferencia; en el fideicomiso todo está vedado al fideicomitente. Estas características no pueden menos que confirmar la tesis de que el fideicomitente deja de ser propietario de los bienes afectos al fideicomiso y consiguientemente, estos bienes no son embargables por un adeudo del fideicomitente."

Hay otras ejecutorias de la Suprema Corte que aún cuando no son tan claras como la dictada en el amparo Sosa García con respecto a la existencia de un patrimonio sui generis por virtud del fideicomiso, ofrecen aspectos de gran interés por estar estrechamente vinculados al efecto traslativo de dominio en el fideicomiso.

En un amparo anterior al que ya citamos, promovido también por Financiera de Construcciones, S.A. (Amparo Civil en Revisión No. 4572 de 1948, Sec. 2a., Sem. Jud. de la Fed., Tomo CV, Vol. 3, pp. 2047-2057) fallado en 1950 y cuyos antecedentes omitimos para no entrar en detalles innecesarios; la Tercera Sala de la Suprema Corte, después de examinar los artículos 348, 349, 351, 352, 353, 355, 358 y 358 de la Ley General de Títulos y Operaciones de Crédito, concluyó : "... 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 es su objeto, acciones y derechos que se transfieren a la institución fiduciaria para el exacto y fiel cumplimiento del fin tácito que es el encomendado; es decir, se sustituye 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 esos términos, constituido el fideicomiso sin reserva alguna e inscrito en el Registro Público de la Propiedad el contrato surte efectos y consiguientemente el fideicomitente, a menos de desnaturalizar la esencia 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 Público de la Propiedad, son fuente de violación de garantías."

Por último, en el amparo de la fábrica La Constancia, S.A. (Amparo Civil Directo No. 6160 de 1954, Sec. 2a. fallado el 27 de abril de 1955) la Tercera Sala de la Suprema Corte sostuvo esta posición: "Para los efectos del fideicomiso, se le transmitió a la fiduciaria el dominio de los mencionados bienes, pudiendo tomar posesión de la fábrica tan pronto como le pareciera conveniente, quedando entre tanto, como depositario de la misma, con todas las responsabilidades inherentes a ese depósito, el señor Francisco López Tapia en su carácter de Gerente de la fideliomitente, quien además debería continuar administrando la fábrica bajo la estricta vigilancia y aprobación de sus gestiones del Banco Fiduciario... De acuerdo con las cláusulas primera y segunda del acto constitutivo, el Banco Fiduciario adquirió el dominio de la fábrica con todo cuanto de hecho y por derecho le correspondía, considerada como unidad industrial, por lo que frente a terceros debe reputarse como propietario único, aun cuando en sus relaciones con el fideicomitente se encuentre sujeto a los fines, en vista de las cuales se constituyó el fideicomiso... Dado lo anterior, no importa que el banco no hubiere consentido o aprobado previamente la compra de materias primas, porque si el administrador transgredió sus facultades, tiene la acción expedita para fincar las responsabilidades que le resulten, sobre todo cuando el mismo Banco no reportará en su patrimonio el pago del precio que se le exige a través del juicio de que dimana el acto reclamado, porque esa operación que realizó como dueño fiduciario, es lícita como acto fiduciario y, en todo caso, las pérdidas o ganancias son a cargo del patrimonio fideicomitido, que en cuenta especial debe llevarse en términos del artículo 45 fracción III de la Ley General de Instituciones de Crédito y

Organizaciones Auxiliares."

La trascendencia de esta última posición de la Suprema Corte en el sentido de que acepta la existencia de un dominio fiduciario, se refleja en las transcripciones hechas y podrá apreciarse mejor si se compara con la actitud inicial. Sin embargo, resalta a simple vista que por un lado la totalidad de los criterios que anteceden se pronuncian en favor de un fiduciario dueño, pero por el otro también se manifiesta una diversidad de puntos de vista en torno al patrimonio fideicomitido que no siempre coinciden en su aspecto formal, pues mientras uno de los criterios habla de la transmisión del derecho de disposición que el fideicomitente hace al fiduciario (Financiera de Construcciones, S.A.) otro criterio se refiere a que con la celebración del fideicomiso se constituye un patrimonio autónomo y sui generis afecto a determinado fin (Sosa García). Dichos puntos de vista aunque no necesariamente se contradicen, si ponen de manifiesto la vaguedad que ha prevalecido, pues lejos de buscar una adecuada definición y tecnicización de la figura, se sigue soslayando el problema, motivo por el cual pugnamos por una solución más adecuada por la vía legislativa.

D.- OPINION PERSONAL.

Consideramos que después del análisis realizado sobre teorías de autores tanto nacionales como internacionales, contamos con los elementos suficientes para afirmar, sin temor a equivocarnos, que tanto las leyes vigentes como la doctrina en general, aceptan la existencia de un fiduciario-dueño y ello implica la existencia de un derecho de propiedad que necesariamente debe corresponder a la Instrucción fiduciaria y que por virtud de un contrato de fideicomiso, el fideicomitente con base en el artículo 356 de la Ley General de Títulos y Operaciones de Crédito transmite una porción de su patrimonio en forma normalmente temporal, para que el fiduciario en ejercicio de las facultades dominicales necesarias, obtenga la realización del fin para el cual se instituyó. A este dominio que ejerce el fiduciario sobre el patrimonio fideicomitido debe denominársele Propiedad Fiduciaria.

Recapitulando el análisis teórico desarrollado en torno al fideicomiso en México, a su naturaleza contractual y a las opiniones y criterios desarrollados en relación a su régimen patrimonial podemos concluir lo siguiente :

En primer término, debemos de recalcar el hecho de que desde la institución del antiguo fideicomiso romano, éste implicaba, necesariamente, una traslación de dominio del patrimonio sometido a fideicomiso al fiduciarius, basando esta traslación de dominio en un acto de confianza para que éste último cumpliera con el fin encomendado.

Posteriormente al estudiar el origen y naturaleza del trust anglosajón como antecedente y fuente original del fideicomiso moderno en Latinoamérica, vimos que al trust le es propio la transmisión de dominio que realiza el settlor (fideicomitente) hacia el trustee (fiduciario) para que éste obtenga todas las facultades de propietario conforme a las normas del Equity y el Common Law y puede válidamente encargarse de la realización del fin asignado.

El fideicomiso moderno elementalmente conceptualizado como tal, fué producto de la obra visionaria del jurista panameño Ricardo J. Alfaro, quien con su talento sentó las bases para que sobre ellas se implementara, dentro de las legislaciones de tradición romanista, un fideicomiso con caracteres singulares sensiblemente distintos de la original figura romana, que aun cuando al principio adolecía de algunas imprecisiones, logró definir acertadamente la naturaleza jurídica esencial de esta figura; siendo el mismo Doctor Alfaro quien destacó que en el fideicomiso, la transmisión de la propiedad al fiduciario era necesaria para asegurar su viabilidad y su perfecto desarrollo en la vida jurídica de los países que lo adoptaron.

En nuestro país los primeros proyectos para adoptar al fideicomiso en nuestro ámbito legislativo se remontan al año de 1905 con el Proyecto Limantour y sucesivamente se generaron proyectos y leyes hasta derivar en la Ley General de Títulos y Operaciones de Crédito de 1932 y en la Ley de Instituciones de Crédito de 1990 que actualmente regulan la naturaleza, requisitos, elementos, manejo y en general la normatividad que deberá observarse para darle vida a un fideicomiso, y es precisamente la Ley General de Títulos y Operaciones de Crédito la que en sus artículos 346, 351, 352 y 356 principalmente, en nuestra opinión, disponen la obligación del fideicomitente de transmitir al fiduciario el dominio del patrimonio fideicomitado para llevar a un buen término el fin del mismo fideicomiso.

En el desarrollo del presente trabajo estudiamos los elementos estructurales e intrínsecos del fideicomiso, conociendo las características distintivas de cada uno de sus elementos, así como los

critérios de clasificación de los fideicomisos desde el punto de vista doctrinal.

Siendo el tema toral del presente trabajo la definición del dominio que debe corresponderle al fiduciario respecto del patrimonio fideicomitado, resultaba imprescindible abordar el tema del derecho de propiedad y en el capítulo respectivo desarrollamos una breve sinopsis sobre la evolución de este derecho en el devenir de la humanidad; así como de su concepto y de sus elementos constitutivos, analizando también el contrato desde el punto de vista de medio para transferir la propiedad, llegando a la conclusión de que siendo el fideicomiso un contrato, por así considerarlo la misma legislación (Artículo 79 de la Ley General de Títulos y Operaciones de Crédito), reúne todos los requisitos esenciales y formales para constituirse en un contrato traslativo del dominio.

El presente capítulo resulta ser la parte fundamental de nuestro trabajo ya que en su desarrollo plasmamos las opiniones teóricas que niegan la posibilidad de que exista un fiduciario-dueño apoyándose en nociones y argumentos que desnaturalizan el carácter del fideicomiso en México, como aquella que considera al patrimonio fideicomitado como un patrimonio de afectación específicamente destinado a un fin pero sin la titularidad de persona alguna, lo cual, como ya comentamos, nos parece un exceso; de igual forma analizamos y comentamos las posturas doctrinales que apoya la existencia de un fiduciario-dueño, llamando nuestra atención la variedad y diversidad de criterios y aspectos en que se sustentan cada una de ellas, resultando innecesario reproducir en este espacio las opiniones que vertimos en cada caso particular. Así mismo recordamos los antagonismos en los que inicialmente incurrieron nuestros Tribunales, poniendo en evidencia la necesidad de legislar y esclarecer de manera definitiva e indubitable el papel de dueño que debe desempeñar el fiduciario para complementar los fines del fideicomiso.

A pesar de que la mayoría de los autores están de acuerdo en que el fiduciario debe ser el propietario del patrimonio fideicomitado, del análisis de sus opiniones resulta evidente la heterogeneidad de criterios, puntos de vista, y opiniones expuestas, llegando en algunos casos a contraponerse unos con otros, y por consiguiente se hace más palpable la ambigüedad que priva en torno al tema del régimen de propiedad en el fideicomiso, quedando nuestros ordenamientos al margen de la tecnicidad y precisión preceptual que la ciencia del derecho debe de tener, para erradicar en forma definitiva las lagunas legales y con ello encaminamos decisivamente a un régimen de derecho mas perfecto y congruente con las necesidades

de la sociedad de que dimana, teniendo como meta un estado de derecho mas justo y una práctica jurídica mas técnica y precisa.

Antes de proponer un concepto de Propiedad Fiduciaria, debemos aclarar que se eligió esta expresión (Propiedad) para significar que el fiduciario cuenta con las facultades dominicales mas amplias para aplicarlas al patrimonio fideicomitido, es decir, el fiduciario tiene todos y cada uno de los derechos del propietario ya que puede administrar, arrendar, hipotecar y aun vender la cosa. Puede defender el patrimonio fideicomitido frente a todo el mundo mediante todas las acciones civiles y penales que son exclusivas del propietario. Su derecho es oponible a todo el mundo, es un derecho real, es el derecho de propiedad que ejerce teniendo como meta la obtención del fin del fideicomiso.

También ya vimos que el hecho de que el fiduciario no utilice estas facultades dominicales en provecho de si mismo, no desvirtúa su propiedad, pues la falta de la libre disposición en provecho propio no siempre existe en la propiedad, tal como ocurre en el caso de que una persona transmita a otra el usufructo de un inmueble en el que el dueño conserva su derecho de propiedad, mas no puede disponer libremente y en su propio beneficio del bien y no por eso deja de ser propietario; además el artículo 351 de la Ley General de Títulos y Operaciones de Crédito establece que puede ser objeto del fideicomiso toda clase de bienes y derechos salvo los estrictamente personales de su titular, y siendo la propiedad normalmente transmisible y no estrictamente personal, creemos que lo correcto, es reconocer que lo que se transmite al fiduciario en el fideicomiso es la propiedad que se convierte en Propiedad Fiduciaria por los caracteres especiales que reviste. Esta Propiedad Fiduciaria resulta mas evidente cuando una vez satisfechos los requisitos legales (Artículos 353 y 354 de la Ley General de Títulos y Operaciones de Crédito), el mismo fideicomitente queda imposibilitado para ejercer cualquier clase de derecho que no se haya reservado en el acto constitutivo, quedando prácticamente anulada cualquier vinculación jurídica que haya tenido con el patrimonio fideicomitido; al menos temporalmente, quizás el rasgo mas característico de esta modalidad del derecho de propiedad es que aunque el fiduciario tiene obligaciones frente al fideicomisario y ejecuta actos de dominio, no lo hace como si se tratara de un derecho potestativo, pues no puede optar libremente por su ejercicio o no ejercicio, es decir, su propiedad una vez celebrado el fideicomiso es de ejercicio obligatorio. Por esto podemos afirmar que el fideicomiso es la transformación del derecho de propiedad de potestativo en obligatorio; se conserva la esencia del derecho y se cambia el modo de su ejercicio, solamente desaparece la *facultas optandi*.

Debemos establecer que estamos de acuerdo en que puede haber fideicomisos en los que transmiten otro tipo de derechos distintos del de propiedad, pero resulta inobjetable que siempre que el fideicomiso comprenda la propiedad de un bien, invariablemente esta propiedad deberá ser transmitida conforme a las formalidades especiales del caso (Artículo 352 de la Ley General de Títulos y Operaciones de Crédito) al fiduciario, convirtiéndolo en el dueño del patrimonio fideicomitado.

Además resulta pertinente aclarar que al promover un concepto de Propiedad Fiduciaria y que con ello la Ley reconozca expresamente al fiduciario como propietario del patrimonio fideicomitado, no buscamos alterar en forma alguna el catálogo tradicional de los derechos reales, ya que esto resultaría demasiado pretensioso de nuestra parte, sino que consideramos que con ello solo se estaría implementando una nueva modalidad del derecho de propiedad que el Estado impondría a través de su órgano legislativo, tal y como sucedió en su oportunidad al introducir la modalidad de la propiedad en condominio o en el de la propiedad intelectual, sin que por su inclusión en la legislación vigente implicara la creación de un derecho real nuevo.

Resulta innegable que la intención del legislador, siguiendo los principios definidos por el Proyecto Alfaro, pretendió transmitir la propiedad del patrimonio fideicomitado al fiduciario tal como se desprende del contenido de los artículos 346, 351, 352 y 356 de la Ley General de Títulos y Operaciones de Crédito en los que se dispone que el fiduciario deberá contar con todas las facultades necesarias para cumplir el fin del fideicomiso y que para ello deberá cumplirse con las formalidades que el derecho común imponga a la transmisión de los bienes asignados para la obtención del fin. Debemos también distinguir y recalcar que la calidad de propietario que adquiere el fiduciario respecto del patrimonio fideicomitado es netamente temporal, ya que una vez obtenido el fin que dió origen a su constitución o vencido el término de su vigencia, los bienes deberán restituirse o reintegrarse al patrimonio del fideicomitente (Artículo 358 de la Ley General de Títulos y Operaciones de Crédito), además de que su dominio debe ejecutarse única y exclusivamente teniendo como meta la obtención del fin encomendado en el acto constitutivo (Artículo 346 de la Ley General de Títulos y Operaciones de Crédito).

Una vez que hemos ubicado las premisas sobre las que debe desarrollarse el concepto de Propiedad Fiduciaria, resulta oportuno exponer el concepto que propongo en los siguientes términos :

La Propiedad Fiduciaria es la transmisión normalmente temporal del derecho de propiedad que el fideicomitente hace en favor del fiduciario convirtiéndolo en el dueño y para lo cual se le faculta para ejercer todos los actos encaminados a la obtención del fin del fideicomiso y conforme a las limitaciones impuestas por la Ley.

Al legislarse con un concepto como el anterior, creemos que se terminaría con la confusión que términos como "afectación" y "titularidad" han generado respecto del papel que como propietario debe desempeñar el fiduciario respecto del patrimonio fideicomitido, por ser relativamente ajenos dichos términos a nuestro marco legal y por no contar con un concepto normativo exacto de ellos, negándose la precisión que una figura como el fideicomiso debiera tener dentro de nuestra legislación.

Para terminar y a manera de conclusión, podemos afirmar que aunque la propiedad fiduciaria carece de antecedentes expuestos en nuestro sistema legal, entendido éste en sentido estricto para comprender sólo al derecho legislado, se encuentra no obstante reconocida por obra de la jurisprudencia de la Suprema Corte, auxiliada por la doctrina. Pero tal situación, lejos de haber eliminado la necesidad de legislar sobre ello, acentúa la conveniencia de esta solución técnica para una mejor y mas correcta regulación del fideicomiso y de la propiedad fiduciaria en el sistema mexicano; esperando que este modesto trabajo sirva como elemento mas de juicio para lograr tal fin.

CONCLUSIONES :

- 1.- Desde el antiguo régimen existente en el Derecho Romano, en el fideicomiso existía una transmisión del derecho de propiedad del fideicomitente al fiduciarius, basada en la confianza depositada en el mismo para la obtención del fin encargado.
- 2.- El trust anglosajón, como fuente inmediata del fideicomiso moderno, implica una traslación de propiedad del settlor (fideicomitente) al trustee (fiduciario) otorgándole a este último todas las facultades de dueño conforme al Equity y al Common Law.
- 3.- Los términos "titularidad" y "afectación" inmersos en nuestra legislación, por su falta de conceptualización jurídica exacta, genera confusión en torno a la propiedad que le corresponde al fiduciario respecto del patrimonio fideicomitido.
- 4.- Es innegable que, basándose en el Proyecto Alfaro, la intención del legislador en nuestro país fue la de transferir la propiedad original del fideicomitente al fiduciario para que éste pueda contar con todos los elementos necesarios para la ejecución del fin propuesto.
- 5.- La Propiedad Fiduciaria es un derecho del fiduciario normalmente temporal y sujeto a las restricciones que impone el acto constitutivo y el fin mismo para el que fue concebido el fideicomiso.
- 6.- La Propiedad Fiduciaria es normalmente irrevocable y excepcionalmente revocable.
- 7.- en la Propiedad Fiduciaria el ejercicio del derecho de propiedad deja de ser potestativo, convirtiéndose en obligatorio, se extingue la facultas optandi.
- 8.- El fideicomiso como contrato puede válidamente ser un medio legal para transferir el derecho de propiedad.

9.- La Propiedad Fiduciaria no pretende convertirse en un nuevo derecho real, sino que al ser reconocida por el Estado a través de su órgano legislativo se traduce en una nueva modalidad impuesta al derecho de propiedad.

10.- El fideicomiso puede incluir toda clase de derechos dentro del patrimonio fideicomitido, pero siempre que incluya un derecho de propiedad, éste debe ser transmitido al fiduciario.

11.- Pese a los esfuerzos implementados a través de la doctrina y de la jurisprudencia, resulta evidente la necesidad de acabar con las imprecisiones existentes en torno de la Propiedad Fiduciaria a través de la función legislativa.

12.- Para definir a la Propiedad Fiduciaria propongo el siguiente concepto :

La Propiedad Fiduciaria es la transmisión normalmente temporal del derecho de propiedad que el fideicomitente hace en favor del fiduciario convirtiéndolo en el dueño y para lo cual se le faculta para ejercer todos los actos encaminados a la obtención del fin del fideicomiso y conforme a las limitaciones impuestas por la Ley.

BIBLIOGRAFIA

- 1.- ARRECHEA ALVAREZ, MAXIMO.
LOS NEGOCIOS FIDUCIARIOS Y EL FIDEICOMISO EN MEXICO.
TESIS. MEXICO 1975.
- 2.- ACOSTA ROMERO, MIGUEL.
LAS INSTITUCIONES FIDUCIARIAS Y EL FIDEICOMISO EN MEXICO.
FONDO CULTURAL DE LA ORGANIZACION SOMEX.
MEXICO 1982.
- 3.- BATIZA, RODOLFO.
EL FIDEICOMISO.
EDIT. PORRUA. TERCERA EDICION.
MEXICO 1976.
- 4.- BATIZA, RODOLFO.
PRINCIPIOS BASICOS DE LA ADMINISTRACION FIDUCIARIA Y EL
FIDEICOMISO.
EDIT. PORRUA. SEGUNDA EDICION.
MEXICO 1985.
- 5.- BATIZA, RODOLFO.
LA PROPIEDAD FIDUCIARIA Y SUS ANTECEDENTES EN NUESTRA
LEGISLACION.
MEMORIA DE CONVENCIONES ANUALES DEL CENTRO BANCARIO DE
MONTERREY A.C.
MEXICO 1976.
- 6.- BOJALIL, JULIAN.
FIDEICOMISO
EDIT. PORRUA. PRIMERA EDICION.
MEXICO 1983.
- 7.- BONECASE, JULIEN.
ELEMENTOS DEL DERECHO CIVIL.
TOMO I. TRADUCCIONES DE J.M. CAJICA.
PRIMERA EDICION.
MEXICO 1970.
- 8.- CLARET Y MARTI, POMPEYO.
ESTUDIO DE DERECHO COMPARADO.
EDIT. BOTAS. SEGUNDA EDICION.
BARCELONA 1946.

- 9.- DUGUIT, LEON.
LAS TRANSFORMACIONES GENERALES DE DERECHO
PRIVADO DESDE EL CODIGO DE NAPOLEON.
EDIT. ESFINGE. PRIMERA EDICION.
MEXICO 1977.
- 10.- FRAGA, GABINO.
DERECHO ADMINISTRATIVO.
EDIT. PORRUA.
OCTAVA EDICION. MEXICO 1988.
- 11.- FERRERA, FRANCISCO.
TEORIA DE LAS PERSONAS JURIDICAS.
TRADUCIDA AL ESPAÑOL.
EDIT. REMUS.
MADRID 1959.
- 12.- GARCIA CANSINO, LETICIA.
EL FIDEICOMISO.
TESIS. MEXICO 1981.
- 13.- GONZALEZ ARIZMENDI, RENE.
NATURALEZA JURIDICA DEL FIDEICOMISO.
- 14.- KRIEGER VAZQUEZ, EMILIO.
NOTAS SOBRE EL FIDEICOMISO.
TESIS. MEXICO 1973.
- 15.- LEPAULLE, PIERRE.
TRATADO TEORICO Y PRACTICO DE LOS TRUST
EN DERECHO INTERNO. EN DERECHO FISCAL Y
EN DERECHO INTERNACIONAL.
EDIT. PORRUA. TERCERA EDICION.
MEXICO 1976.
- 16.- LIZARDI ALBARRAN, MANUEL.
ENSAYO SOBRE LA NATURALEZA JURIDICA DEL FIDEICOMISO.
TESIS. MEXICO 1945.
- 17.- MONTAÑO CARBAJAL, MANUEL.
EL FIDEICOMISO Y LAS INSTITUCIONES FIDUCIARIAS EN LA LEGISLACION
MEXICANA.
TESIS. MEXICO 1934.
- 18.- MUÑOZ, LUIS.
EL FIDEICOMISO.
CARDENAS EDITOR. PRIMERA EDICION.
MEXICO 1967.

- 19.- PETIT, EUGENE.
RATADO ELEMENTAL DE DERECHO ROMANO.
EDIT. PORRUA. TERCERA EDICION.
MEXICO 1962.
- 20.- RODRIGUEZ Y RODRIGUEZ, JOAQUIN.
DERECHO MERCANTIL.
EDIT. PORRUA. DECIMOCTAVA EDICION.
MEXICO 1985.
- 21.- ROJINA VILLEGAS, RAFAEL.
DERECHOS REALES Y PERSONALES.
EDIT. PORRUA. PRIMERA EDICION.
MEXICO 1963.
- 22.- ROJINA VILLEGAS, RAFAEL.
COMPENDIO DE DERECHO CIVIL.
EDIT. PORRUA. DECIMO SEXTA EDICION. TOMO II.
MEXICO 1985.
- 23.- VILLAGORDOA LOZANO, JOSE.
BREVE ESTUDIO DEL FIDEICOMISO.
TESIS. MEXICO 1955.
- 24.- YARZA OCHOA, CARLOS.
EL DERECHO DE PROPIEDAD EN EL FIDEICOMISO.
TESIS. MEXICO 1959.

LEGISLACION

- 1.- CONSTITUCION POLITICA DE LOS ESTADOS UNIDOS MEXICANOS.**
- 2.- CODIGO CIVIL.**
- 3.- CODIGO DE COMERCIO.**
- 4.- LEY GENERAL DE TITULOS Y OPERACIONES DE CREDITO.**
- 5.- LEY DE INSTITUCIONES DE CREDITO.**
- 6.- LEY SOBRE EL REGIMEN DE PROPIEDAD EN CONDOMINIO DE INMUEBLES
PARA EL DISTRITO FEDERAL.**