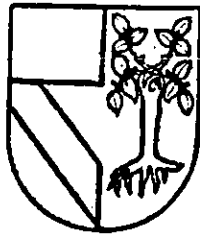


308909

UNIVERSIDAD PANAMERICANA
FACULTAD DE DERECHO
CON ESTUDIOS INCORPORADOS
A LA UNIVERSIDAD NACIONAL AUTONOMA DE MEXICO

7

296744



**EFFECTOS SOBRE LOS BIENES QUE FORMAN
PARTE DEL PATRIMONIO FIDEICOMITIDO
EN EL FIDEICOMISO MEXICANO**

T E S I S
QUE PARA OBTENER EL TITULO DE
LICENCIADO EN DERECHO
P R E S E N T A
FANNY CASTILLO PINTO

DIRECTOR DE TESIS:
DR. EDUARDO PRECIADO BRISEÑO

MEXICO, DISTRITO FEDERAL

2001



Universidad Nacional
Autónoma de México

Dirección General de Bibliotecas de la UNAM

Biblioteca Central



UNAM – Dirección General de Bibliotecas
Tesis Digitales
Restricciones de uso

DERECHOS RESERVADOS ©
PROHIBIDA SU REPRODUCCIÓN TOTAL O PARCIAL

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

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

A Dios,

A mis padres Rodolfo Castillo y Fanny Pinto,

A mis hermanos Juan Rodolfo y Beatriz,

A mis profesores,

A mis amigos,

Un agradecimiento especial al Lic. Pablo Mendoza Martell

INDICE

INTRODUCCION.....	6
-------------------	---

CAPITULO I.

CONCEPTO DEL FIDEICOMISO EN MEXICO Y SUS SIMILITUDES Y DIFERENCIAS CON OTRAS INSTITUCIONES JURIDICAS

1.1	Concepto de Fideicomiso.....	9
1.2	Similitudes y diferencias con otras instituciones Jurídicas.....	13
	a. Estipulación a favor de tercero y Fideicomiso.....	13
	b. Mandato y Fideicomiso.....	16
	c. Donación y Fideicomiso.....	20
	d. Depósito y Fideicomiso.....	20

CAPITULO II.

ANTECEDENTES DEL FIDEICOMISO

2.1	Derecho Romano.....	22
	a. La Fiducia.....	22
	b. El fideicomiso testamentario.....	24
2.2	Derecho Germánico.....	25
	a. La prenda inmobiliaria.....	26
	b. El <i>manusfidelis</i>	26
	c. El salman o treuhand.....	26
2.3	Derecho Inglés.....	27
	a. El use.....	27
	b. El trust.....	31
	b.1 El trust expreso.....	33
	b.2 El trust implícito.....	34
2.4	En México.....	35
	a. Proyecto Limantour.....	35
	b. Ley General de Instituciones de crédito y Establecimientos Bancarios de 1924.....	37

c. Proyecto Creel.....	38
d. Ley de Bancos de Fideicomiso y Ley General de Instituciones de Crédito y Establecimientos Bancarios de 1926.....	39
e. Ley General de Instituciones de Crédito de 1932.....	40
f. Ley General de Títulos y Operaciones de Crédito de 1932.....	41
g. Ley General de Instituciones de Crédito y Organizaciones Auxiliares de 1941.....	47
h. Ley de Instituciones de Crédito de 1990.....	48

CAPITULO III NATURALEZA JURIDICA DEL FIDEICOMISO

3.1 Teoría del Contrato.....	50
3.2 Teoría del Acto Unilateral.....	53
3.3 Teoría del Negocio Jurídico.....	56
3.4 Otras Teorías.....	58
3.5 Posturas de la Suprema Corte de Justicia ante la naturaleza del fideicomiso.....	58
3.6 Opinión.....	60

CAPITULO IV ELEMENTOS DEL FIDEICOMISO

4.1 Elementos esenciales.....	62
a. El consentimiento.....	62
b. El objeto.....	63
4.2 Elementos de validez.....	65
a. La capacidad.....	65
b. La Forma.....	67
c. Ausencia de vicios.....	70
d. Afectación a un fin.....	73
d.1 Licitud.....	75
d.2 Determinación.....	76
4.3 Elementos personales.....	76

a. El Fiduciario.....	76
a.1 Obligaciones, Facultades y prohibiciones del Fiduciario.....	80
b. El Fideicomitente.....	83
b.2 Obligaciones, Facultades y prohibiciones del Fideicomitente.....	84
c. El Fideicomisario.....	88
d. El Comité Técnico.....	89
e. El Delegado Fiduciario.....	91
4.4 Extinción del Fideicomiso	94
4.5 Fideicomisos Prohibidos	98

CAPITULO V CLASIFICACION DEL FIDEICOMISO

5.1 Fideicomiso Público.....	104
5.2 Fideicomiso Privado.....	108
5.3 Fideicomisos de Administración, Inversión y Garantía .	109

CAPITULO VI PATRIMONIO DEL FIDEICOMISO

6.1 Patrimonio Autónomo.....	113
6.2 Transmisión de algún atributo de la propiedad al fiduciario.....	115
6.3 Conservación de la propiedad por parte del fideicomitente.....	117
6.4 Transmisión de la propiedad al fiduciario.....	118

CAPITULO VII CONCLUSIONES

BIBLIOGRAFIA.....	135
CODIGOS, LEYES Y REGLAMENTOS.....	138

INTRODUCCION

El fideicomiso, objeto del presente trabajo es una institución que ha sido objeto de estudio de múltiples autores, quienes hoy en día no han logrado ponerse de acuerdo en muchos aspectos de este, uno de ellos es precisamente el tema que nos ocupa: los efectos sobre los bienes que forman el patrimonio fideicomitado en el derecho mexicano. El presente trabajo pretende explorar las diversas tendencias de la doctrina y teorías aportadas por ésta y sugerir una regulación precisa ya que la regulación actual y la actividad fiduciaria en nuestro país es vasta pero su crecimiento ha sido desordenado.

Al existir una uniformidad en la regulación actual no existiría duda sobre la transmisión de la propiedad de los bienes que forman el patrimonio del fideicomiso, al fiduciario.

Derivado de las diversas teorías que hoy en día continúan causando impacto sobre la actividad fiduciaria se ha llegado incluso a afirmar que los bienes que constituyen el patrimonio de todo fideicomiso constituyen un nuevo derecho de propiedad: "la propiedad fiduciaria" que altera nuestro régimen jurídico respecto del concepto de propiedad en el cual el propietario de una cosa puede gozar y disponer de ella con las

modalidades y limitaciones fijadas por las leyes, en el caso del fideicomiso esta limitación es exclusivamente a su fin.

El presente trabajo está formado por siete capítulos; en el primero se expone el concepto del Fideicomiso así como sus semejanzas y diferencias con otras instituciones jurídicas.

En el segundo capítulo, se describen los antecedentes históricos y legislativos del fideicomiso en México, abarcando, desde sus orígenes, implementación y uso en nuestro país, hasta nuestros días.

En el tercer capítulo se exponen las diversas teorías de la doctrina respecto a la naturaleza jurídica del Fideicomiso ya que actualmente la legislación es poco clara en determinarla. Considero que es de suma importancia saber ante que figura nos encontramos para entender los efectos que produce y para entender al Fideicomiso en si mismo.

En el cuarto capítulo con el fin de lograr una aproximación al objeto de conocimiento de nuestro estudio se hace el examen del fideicomiso por sus elementos, asimismo se hace estudio de las diversas causas de terminación del fideicomiso y de los fideicomisos prohibidos por la legislación actual.

El quinto capítulo hace referencia a los diversos usos que se le pueden dar a los fideicomisos partiendo de la clasificación de los mismos, incluyendo el fideicomiso de garantía el cual fue incluido en la legislación como tal recientemente.

En el sexto capítulo se hace referencia al tema principal de nuestra investigación que es precisamente los efectos sobre los bienes y/o derechos que forman el patrimonio fideicomitado, para lo cual se exponen las doctrinas en torno a los efectos de los bienes que forman parte del patrimonio del fideicomiso.

Y finalmente se exponen las conclusiones en el sentido de que en mi opinión, los bienes del patrimonio del fideicomiso son transmitidos en propiedad, al fiduciario planteando y sugiriendo claridad en la legislación para su correcta interpretación.

CAPITULO I
CONCEPTO DE FIDEICOMISO EN MEXICO Y SUS
SIMILITUDES Y DIFERENCIAS CON OTRAS
INSTITUCIONES JURIDICAS

1.1 Concepto de Fideicomiso

Al respecto la Ley General de Títulos y Operaciones de Crédito establece en el artículo 381:

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

Sin embargo lo dispuesto por el artículo anteriormente transcrito no nos proporciona una definición o el concepto del contrato de fideicomiso, sino solamente una descripción de los elementos necesarios para la creación del mismo sin precisar los efectos legales que se producen desde su constitución.

La Ley de Bancos de Fideicomiso publicada en el Diario Oficial de la Federación el 17 de julio de 1926, definía al fideicomiso en su artículo sexto como "un mandato irrevocable en virtud del cual se entregan al banco, con el carácter de fiduciario, determinados bienes para que disponga de ellos o sus productos, según la voluntad de quien los entrega, llamado

fideicomitente, a beneficio de un tercero, llamado fideicomisario o beneficiario”.

De la anterior definición podemos concluir que el legislador le dio al fideicomiso la categoría de mandato irrevocable, cuestión que en lo personal no comparto por razones que más adelante establezco.

Por lo anterior es necesario recurrir a la doctrina que se ha abocado a estudiar ampliamente el contrato en cuestión y ha definido al fideicomiso como un negocio jurídico que debe constar por escrito y por el cual una persona denominada fideicomitente transmite uno o varios bienes y/o derechos a una institución bancaria llamada fiduciario, quien está obligado a disponer de los bienes y a ejercer los derechos, para la realización de los fines establecidos en beneficio de otra persona llamada fideicomisario.

Mantilla Molina define al fideicomiso como “un negocio jurídico mediante el cual una persona, el fideicomitente, entrega a otra, el fiduciario, ciertos bienes que destina a un fin lícito determinado cuya realización encomienda al propio fiduciario; cuando el fin del fideicomiso redunde en beneficio de

determinadas personas, tendrán éstas el carácter de fideicomisarios”.¹

Según el maestro Cervantes Ahumada el fideicomiso es “un negocio jurídico por medio del cual el fideicomitente constituye un patrimonio autónomo cuya titularidad se atribuye al fiduciario para la realización de un fin determinado.”²

Joaquín Rodríguez y Rodríguez afirma que el fideicomiso “debe considerarse como un negocio fiduciario en cuanto se trata de un negocio jurídico en virtud del cual se atribuye al fiduciario la titularidad dominical sobre ciertos bienes con la limitación, de carácter obligatorio, de realizar sólo aquellos actos exigidos por el cumplimiento del fin para la realización del cual se destinan.”³

El Diccionario Jurídico Mexicano define al fideicomiso como “contrato mediante el cual una persona física o moral transfiere la propiedad sobre parte de sus bienes a una

¹ Mantilla Molina Roberto. Derecho Mercantil. México, Editorial Porrúa, 1986, p.66.

² Cervantes Ahumada, Raúl. Títulos y Operaciones de Crédito. México. Editorial Herrero, 1978, p.289.

³ Rodríguez, Rodríguez, Joaquín. Derecho Mercantil, Tomo II, 20°. Editorial México, Editorial Porrúa, 1991, p. 109

institución fiduciaria, para que con ellos se realice un fin lícito, que la propia persona señala en el contrato respectivo.”⁴

Podemos afirmar que las características esenciales del fideicomiso son las siguientes:

Tiene lugar un desprendimiento y afectación de parte de un patrimonio para la realización de un fin determinado y lícito.

Implica una transmisión de los bienes afectados al fiduciario.

El fin que se persigue debe ser en todo momento lícito y determinado.

La realización del fin está a cargo de aquél a quien se transmitieron los bienes y no a cargo de aquél que se desprendió de los mismos.

La obtención del fin podrá tener o no un destinatario, beneficiario específico, denominado fideicomitente.

⁴ Fideicomiso, *Diccionario Jurídico Mexicano*; vol. 2. México; Instituto de Investigaciones Jurídicas de la Universidad Nacional Autónoma de México. Editorial Porrúa, 1991, p. 1441.

El fideicomiso nace cuando una persona denominada fideicomitente se desprende de parte o de la totalidad los bienes y/o derechos que forman parte de su patrimonio para la obtención de un fin lícito y determinado que él mismo señale.

El fin sólo puede ser perseguido por un fiduciario, quien constituye un patrimonio con los bienes y/o derechos que le fueron transmitidos distinto al patrimonio del fideicomitente y del fiduciario.

Por lo general del cumplimiento de los fines del fideicomiso se desprenden beneficios que tienen un destinatario, fideicomisario, quien también puede ser fideicomitente.

1.2 Similitudes y diferencias con otras instituciones jurídicas

a. Estipulación a favor de tercero y Fideicomiso

Por medio de la estipulación a favor de tercero, los contratantes pueden convenir que los efectos del negocio entre ellos se produzcan en beneficio de un tercero designado en el propio contrato. La doctrina establece que en la estipulación a favor de tercero el tercero adquiere derechos desde el momento en que se da el consentimiento de los contratantes, sin que sea

necesaria la aceptación por parte del beneficiario. Salvo convenio expreso en contrario, el beneficiario está legitimado para ejercer la acción de cumplimiento de la obligación contraída por el promitente.

Por lo anteriormente expuesto, así como por las definiciones de fideicomiso establecidas al inicio del presente capítulo se podría llegar a considerar que el fideicomiso es un contrato a favor de tercero en donde el fideicomitente es el estipulante y el fiduciario el promitente en beneficio del fideicomisario, como tercero beneficiario de los fines del fideicomiso. Sin embargo existen diferencias claras entre uno y otro.

La estipulación a favor de tercero se encuentra regulada en los artículos 1868 a 1872 del Código Civil para el Distrito Federal. Esta no nace como consecuencia de la declaración unilateral de la voluntad, sino como su nombre lo indica, ésta nace de una estipulación, un contrato, un acuerdo de voluntades.

El artículo 1869 del Código Civil del Distrito Federal prevé que la estipulación hecha a favor de tercero hace adquirir a éste, salvo pacto por escrito en contrario, el derecho de exigir al promitente la prestación a que se ha obligado y confiere al

estipulante el derecho de exigir del promitente el cumplimiento de dicha obligación.

El derecho de tercero nace al perfeccionarse el contrato, salvo que los contratantes se hayan reservado la facultad de imponer las modalidades que acuerden siempre y cuando se consignen por escrito en el contrato.

La estipulación podrá ser revocada sólo si el tercero no la acepta ya sea porque se manifiesta en tal sentido o porque rehuse la prestación estipulada a su favor, en cambio en el contrato de fideicomiso el fideicomitente puede revocar el contrato sin estar sujeto o condicionado a la aceptación del fideicomisario.

En el contrato de fideicomiso a diferencia de la estipulación a favor de tercero existe una afectación patrimonial para la consecución de un fin determinado. Asimismo el contrato de fideicomiso puede constituirse sin que necesariamente exista fideicomisario determinado, incluso puede constituirse a favor de no nacidos pero concebidos, en cambio en la estipulación a favor de tercero se tiene que definir en todo caso al beneficiario.

El fiduciario en el contrato de fideicomiso cumple con la voluntad del fideicomitente, mientras que en la estipulación a favor de tercero el promitente cumple con su voluntad, la obligación del promitente es personal.

Por lo anterior podemos concluir que aunque en principio ambas figuras tienen similitudes debido a que se prevé un beneficio a favor de tercero, existen también claras diferencias entre uno y otro.

b. Mandato y Fideicomiso

Algunos de los estudios de la materia han establecido la teoría fideicomiso- mandato.

Se pretendió adaptar el trust anglosajón a los sistemas jurídicos latinoamericanos de ascendencia romana por primera vez por el jurista panameño Alfaro quien estableció como "lo que hace al fiduciario es en resumidas cuentas desempeñar un encargo del fideicomitente, y si de acuerdo con la jurisprudencia el contrato de mandato es aquél por medio del cual una persona se obliga a prestar un servicio o a hacer alguna cosa por cuenta o encargo de otra, hay que concluir rectamente que el fideicomiso es en sustancia un mandato, en

el cual el fiduciario es el mandatario y el fideicomitente es el mandante.”⁵

Sin embargo el mismo autor más adelante, reconoce que el concepto de mandato no es suficiente para encuadrar en él la figura del fideicomiso, siendo la mayor diferencia entre uno y otro que en el contrato de fideicomiso se da lugar a una transmisión de bienes y en el mandato no.

Señala como elementos del fideicomiso lo siguientes, estableciendo las diferencias con el mandato:

La transmisión del patrimonio en la que se engendra el derecho de dominio del fiduciario.

La destinación que se da al patrimonio.

El encargo que se debe de ejecutar.

Existen numerosas diferencias entre el mandato y el fideicomiso, siendo la principal que en el fideicomiso existe transmisión de los bienes fideicomitados, sin que lo sean aquellos sobre los cuales recaen los actos del mandato. Esta

⁵ Domínguez Martínez, Jorge A. El Fideicomiso ante la Teoría General del Negocio Jurídico. Primera Edición. México, Editorial Porrúa, 1972, pág. 146

diferencia si bien no es la única sí es suficiente para determinar que las figuras son diversas desde sus raíces.

Otra clara diferencia entre mandato y fideicomiso es que el mandante, aun cuando el mandato ya haya sido aceptado por el mandatario, puede realizar los actos jurídicos encargados a éste por sí mismo, aun cuando estemos en presencia de un mandato irrevocable o de un mandato general amplísimo; en cambio en el fideicomiso, una vez aceptado el cargo de fiduciario por la institución de crédito, el fideicomitente pierde el derecho de ejecutar, por sí mismo, los actos necesarios para lograr los fines para los cuales se constituyó el contrato, de tal suerte que si, como a veces sucede, el fiduciario desea que el fideicomitente realice alguno de los actos jurídicos para lo cual se constituyó el fideicomiso, es necesario que el fiduciario devuelva al fideicomitente las facultades que se este le confirió y otorgue a favor del fideicomitente un mandato para llevar acabo dichos actos, esto sucede con frecuencia cuando el fiduciario otorga un mandato a favor de un tercero designado por el fideicomitente para actos de administración y/o pleitos y cobranzas con respecto a los bienes y/o derechos fideicomitidos.

En el mandato el mandatario puede actuar por cuenta del mandante o en nombre propio, produciendo efectos en el patrimonio del mandante, en caso de que actúe en nombre

propio, el mandante es obligado directamente a favor de la persona con quien contrató como si se tratara de un asunto personal, en cambio en la actuación del fiduciario en el fideicomiso nunca es en representación o en nombre del fideicomitente, ni siquiera por cuenta de este, ya que siempre es en nombre y por cuenta propios y por virtud del fideicomiso los efectos jurídicos de los actos realizados por el fideicomitente producen efectos sobre el patrimonio fideicomitado, considerando en todo momento la responsabilidad en la que el fiduciario pueda incurrir cuando su actuación no sea conforme a las instrucciones proporcionadas por el fideicomitente.

Asimismo el objeto del mandato es más amplio que el fideicomiso ya que este último debe de recaer sobre los bienes que se aportan como patrimonio fideicomitado, en cambio el mandato puede recaer incluso sobre objetos no patrimoniales o referentes a obligaciones de hacer etc.

No obstante lo anterior debemos tener presente que existen similitudes entre ambas figuras, como lo es la situación jurídica en la que pueden encontrarse el mandatario y el fiduciario. El fiduciario obra en nombre propio por cuenta ajena, y de forma análoga, el mandatario ya que aún cuando obre en nombre propio deberá observar las instrucciones del mandante.

c. Donación y Fideicomiso

En caso de la donación, el donante transmite a una persona llamada donatario, gratuitamente, un parte o la totalidad de sus bienes presentes, a diferencia del fideicomiso, la donación opera sobre bienes presentes, el fideicomiso puede operar con bienes futuros, además que en este último interviene el fiduciario quien realiza los actos jurídicos encomendados en beneficio del fideicomisario, lo que no ocurre entre donante y donatario.

d. Depósito y Fideicomiso

El depósito es un contrato por medio del cual el depositario se obliga hacia el depositante a recibir una cosa mueble o inmueble que aquél le confía para su guarda y custodia debiendo restituirla cuando la pida el depositante.

El depósito y el fideicomiso se asemejan ya que en ambas figuras salen bienes de un patrimonio y se entregan a un tercero para custodia de los mismos, sin embargo las diferencia entre uno y otro son muy claras:

El depósito tiene su esencia en la entrega de la cosa para la guarda material con la obligación de restituirla, en el fideicomiso no sólo existe una simple posesión material de la

cosa por parte del fiduciario, sino que además tiene el título legal para la realización de sus fines. Asimismo en el contrato de depósito los bienes dados en custodia no salen del patrimonio del depositante, no así en el fideicomiso en donde existe una transmisión de bienes ya que incluso existe la posibilidad de que el fiduciario los transfiera a algún tercero adquirente. Además en el depósito el depositario está obligado a restituir la cosa al depositante cuando este así lo requiera, en el fideicomiso el fiduciario debe actuar según los fines del fideicomiso no únicamente a la voluntad del fideicomitente.

Por eso podemos concluir que el depósito y el fideicomiso tienen similitudes pero también claras diferencias que no nos permiten confundir las figuras.

CAPITULO II

ANTECEDENTES DEL FIDEICOMISO

La institución surge en relación con la manifestación de la última voluntad, es decir se liga a la sucesión. En su desarrollo llega a operar como una institución independiente de aquella con la que nació. Desde sus inicios se considera un encargo que se confía a la honradez y a la fe ajena. El fideicomiso actual tiene una significación bien definida en nuestro derecho y una arraigada tradición muy antigua que viene desde el Derecho Romano y evoluciona hasta nuestros días.

2.1 Derecho Romano:

En Roma existieron dos instituciones que constituyen antecedente del fideicomiso que son la *fiducia* y los fideicomisos testamentarios.

a. La *fiducia*: consistía en una forma solemne de transmitir la propiedad conocida como *mancipatio* que se acompaña de un *pactum fiduciae* por medio del cual, el *accipiens*, quien recibía la propiedad del bien transmitido, se obligaba frente al *tradens* a transmitir la propiedad, después de realizar determinados fines al mismo *tradens* o bien a un tercero.

Juan Iglesias define a la fiducia como “un contrato por el que una persona (*fiduciante*) transmite la propiedad de una cosa mediante *mancipatio* o *in iure cesio*, con objeto de garantizar un crédito (*fiducia cum creditore*), o con miras a fines de diversa índole (*fiducia cum amico*). Al acto formal de transmisión se agrega un pacto *fiduciae*, que patentiza la finalidad perseguida en el mismo. Tal pacto se halla sancionado por una acción pretoria (*actio fiduciae*)”⁶

La fiducia se perfeccionaba con la entrega de la cosa, por lo que para algunos autores constituye uno de los contratos reales más antiguos, y para otros la fiducia se consideró como un contrato de prenda o hipoteca cuando su fin era garantizar el cumplimiento de una obligación.

En el Derecho Romano existieron dos formas de fiducia, la *fiducia cum creditore* y la *fiducia cum amico*.

La *fiducia cum creditore* se utilizaba para garantizar el cumplimiento de obligaciones, para lo cual se transmitían bienes al acreedor quien tenía el derecho de adueñarse de éstos en caso de que el deudor no cumpliera con su obligación de pago.

⁶ Iglesias, Juan. Derecho Romano. 6ª edición, Barcelona, Editorial Ariel, 1979. Pág.

En la fiducia cum creditore, a diferencia del contrato de prenda, en caso de que el valor de los bienes transmitidos fuera superior al de la deuda, el acreedor no estaba obligado a devolver la diferencia al deudor.

La fiducia cum amico concedía al acreedor el uso y disfrute gratuito de los bienes transmitidos, para garantizar el cumplimiento de las obligaciones a cargo del deudor; una vez cumplidas éstas, el acreedor estaba obligado a retransmitir los bienes transmitidos como consecuencia del pactum fiduciae al acreedor.

La fiducia cum creditore, se diferencia de la fiducia cum amico, por el hecho de que la primera, además de ser útil para garantizar el pago de un crédito, daba la oportunidad, en caso de incumplimiento de la obligación garantizada, a que al acreedor se constituyera como nuevo dueño de los bienes transmitidos, a diferencia de la fiducia cum amico que además de permitir el uso y goce de los bienes transmitidos obligaba al que los recibía a restituirlos.

b. El fideicomiso testamentario: se usaba cuando algún testador quería favorecer a una persona con la que no tenía una *testamenti factio*, por lo que pedía al heredero que ejecutara

para dar al incapaz parte de los bienes heredados o algún objeto en particular.

Los fideicomisos testamentarios no requerían, en su inicio, de una forma específica, podían ser otorgados de palabra o por escrito, ante testigos o sin ellos. Generalmente se constituía mediante la elaboración de una carta (*codicillo*) dirigida a la persona a la cual se confían los bienes.

Asimismo el cumplimiento del fideicomiso quedó a la buena fe pero posteriormente, dado que existía incumplimiento se estableció la figura del *praetor fideicommissarius*.

Durante la última etapa del derecho romano, la fiducia y los fideicomisos testamentarios, como medios de transmisión de la propiedad, cayeron en desuso por la creación de nuevas figuras más perfeccionadas pero son el antecedente más remoto del fideicomiso actual.

2.2 Derecho Germánico:

En el derecho germánico existieron tres instituciones que son antecedentes del fideicomiso que son la prenda inmobiliaria, el *manusfidelis* y el *salman* o *treuhand*.

a. La prenda inmobiliaria: era un medio por el cual el deudor transmitía a su acreedor un bien inmueble como garantía mediante la entrega de una carta *venditionis* y el acreedor a su vez, se obligaba con una contracarta, a restituir el primer documento y el bien transmitido si el deudor cumplía puntualmente su obligación.

b. El *manusfidelis*: se usaba para contravenir las limitantes y prohibiciones contenidas en las disposiciones legales para determinar la calidad de los herederos legítimos. Existía la figura de un fiduciario llamado *manusfidelis*, a quien se le transmitía la cosa materia de una donación, mediante una carta *venditionis*, para que este de inmediato, retransmitiera la cosa adquirida al verdadero beneficiario, reservando al donante, un derecho de goce sobre la cosa donada para su disfrute.

El *manusfidelis* era por lo general una persona del Clero con el objeto de buscar garantía en el desempeño de las funciones, ya que se le concedían derechos amplios e ilimitados sobre los bienes, como el poder disponer de ellos aun en su propio beneficio.

c. El *salman* o *treuhand*: era un albacea primitivo, a quien se le transmitían bienes inmuebles del dueño para que

cuando este muriera el treuhand cumpliera con los fines previstos.

Al efecto Villagordoa señala "el Derecho Germánico ha definido genéricamente al salman como la persona intermediaria que realiza la transmisión de un bien inmueble del propietario original al adquirente definitivo..."⁷

Esta figura del salman existe en el antiguo derecho germánico así como en el nuevo derecho germánico. En el primero el salman como fiduciario recibía, de quien enajenaba un bien, las facultades necesarias para transmitir el bien a un tercero. En el nuevo derecho germánico, a diferencia, se facultada al salman para adquirir bienes y no para enajenarlos.

2.3 Derecho Inglés:

Existieron dos instituciones del Derecho inglés que forman los antecedentes más importantes de actual fideicomiso que son el antiguo use y el moderno trust.

a. El *use*: se formaba por una relación jurídica en la cual una persona denominada *feoffe to use*, era revestida de un poder jurídico de cuyo ejercicio resultaba un beneficio de tipo

⁷ Villagordoa Lozano, José Manuel. Doctrina General del Fideicomiso. México. Editorial Porrúa 1982, pág. 129.

económico a favor de otra persona llamada *cestui que use*. Se originó para evitar las prohibiciones e incapacidades establecidas en el primitivo derecho inglés, para poder adquirir la propiedad legal de los bienes inmuebles. En muchas ocasiones se utilizó además, para lograr diversos objetivos lícitos o fraudulentos que no se reconocían en el orden jurídico y que requerían de una interpósita persona, así se burlaban acciones reivindicatorias o se defraudaba a acreedores, ocasionando una aparente insolvencia del deudor quien transmitía sus bienes a un fiduciario o bien durante las guerras, los bienes expuestos a confiscación por parte de los vencedores como pena por traición imputada, se transmitían a una persona, quedando el cesionario en posesión de los bienes con la obligación de permitir el uso exclusivo de tales al otorgante o a sus herederos basándose en principios religiosos y morales que no se encontraban sancionados por el Common Law, así, el cedente condenado, no tenía bienes que le pudieran ser confiscados pues el cesionario tenía la legal propiedad de ellos y era ajeno al delito cometido.

Desde fines del siglo XIV y comienzos del siglo XV empezaron a llegar a la cancillería quejas contra feoffes infieles que, escapaban al conocimiento de los tribunales del Common Law, así la violación de la fe cometida por los prestanombres provocó el comienzo de una nueva etapa, ya que se da

competencia jurisdiccional a los tribunales de Equidad, de la rama del derecho sajón llamada Equity y al canciller para resolver casos no previstos en el Common Law distinguido por su rigidez. Así el cumplimiento del use ya no queda sujeto solamente a la buena fe guardada, sino que los tribunales así como el canciller podían ordenar que se cumpliera la obligación en sus términos así como ordenar la restitución de los bienes cuando fuera necesario imponiendo pena de prisión contra el rebelde hasta que obedeciera.

Para efectos prácticos, los cancilleres consideraban a los uses como derechos de equidad y no como simples derechos de crédito aplicando así por analogía reglas del Common Law relativas a la propiedad.

En la época de Enrique VIII, se expide por el Parlamento la Ley de Usos del año de 1534, que disponía que quien gozara de un use sería considerado en lo sucesivo como propietario de pleno derecho evitando los abusos originados. Así se ejecutaba el uso, es decir, se daba efectos legales de plena propiedad, eliminando por completo al *feoffe*. Con esto se evitó por algún tiempo la existencia de dos propietarios a la vez uno legal y otro equitativo respecto de una misma cosa.

Sin embargo esta ley provocó un nuevo estímulo a la creación de los usos por los tiempos difíciles que sucedieron a la lucha de Carlos I y sus súbditos. Con el tiempo se demostró que a pesar de la ley, todavía era factible el desdoblamiento entre el derecho legal o Common Law y el derecho del beneficiario.

La aplicación de la ley era estrictamente literal y surgieron supuestos que no se encontraban dentro de su esfera de aplicación como lo son: el *use* constituido únicamente sobre bienes muebles ya que la ley sólo regulaba el *use* sobre inmuebles tampoco era materia de la ley los usos activos que implicaban una labor positiva y de administración que debía realizar el feoffee que consistía en la obligación de hacer cobros y entregar productos al beneficiario donde el título legal subsistía para el feoffee ya que la ley sólo contemplaba los usos pasivos, o sea el permitir al beneficiario realizar el cobro de frutos y rentas, caso en que el *use* quedaba ejecutado a diferencia de los activos. Por último, no se consideran en la ley los usos constituidos sobre otro uso anterior, es decir aquellos constituidos en cadena. De acuerdo con la ley el primer uso quedaba ejecutado pero el segundo escapaba a la aplicación de la ley.

De esta manera, los uses logran escapar de los obstáculos opuestos por la ley de 1534. El único cambio que hubo fue el de la expresión use por la de trust, probablemente debido a que los uses activos eran llamados trusts o para hacer que la expresión use fuera desapareciendo o bien para referirse al segundo uso no ejecutado.

b. El trust: relación de confianza con respecto a determinados bienes por la cual la persona que los posee (trustee) está obligada a manejarlos en beneficio de un tercero (cestui que trust). El beneficiario está obligado a confiar en el trustee o fiduciario. Es una relación personal ya que el fiduciario está obligado a no delegar el deber de ejecutar y alcanzar el fin que se le encarga al constituir el trust ya que el trustee se nombra en virtud de la confianza que existe entre las partes. Se considera que los autores anglosajones llaman relaciones fiduciarias a las que en el Derecho Romano se llamaban intuitu personae.

Intervienen tres personas normalmente. El *settlor* o fideicomitente quien es el que inicia el trust, también se le llama *creator* o *trustor*. Puede ser *settlor* cualquier persona que tenga la capacidad de contratar, de hacer testamento, de gozar y ejercitar sus derechos patrimoniales. Por medio del trust el *trustee* o fiduciario, se convierte en titular legal de los bienes o

derechos afectados por el trust. Para ser trustee se requiere capacidad de goce y de ejercicio de los derechos, en caso de no existir esto, el tribunal competente deberá removerlo del cargo para evitar perjuicios a los beneficiarios. El *trustee* es nombrado por el *settlor* en caso de que no se haga el nombramiento, la Corte suple la obligación y designará a uno capaz de manejar el trust sin que la falta de nombramiento implique invalidez del trust, ya que la equidad suple la deficiencia. Existe además un beneficiario del trust que puede ser cualquier persona capaz de tener propiedad para sí.

Pueden coincidir en la misma persona la calidad de *settlor* o fideicomitente y *trustee* o fiduciario, esto se da cuando el *settlor* se nombra a sí mismo *trustee*. En este caso no hay transmisión de bienes o derechos sino sólo la separación de los mismos dentro del patrimonio personal del *settlor*. Pero no pueden coincidir las calidades de *trustee* y beneficiario dentro de un mismo trust.

Obligaciones y facultades del *trustee*: está obligado a desarrollar las actividades necesarias para cumplir con el fin previsto siempre y cuando se actúe dentro de lo lícito y la voluntad del *settlor*. Así tiene un mínimo de facultades para ejercitar la conducta necesaria para realizar el negocio, estas facultades pueden ser expresas descritas en el acta constitutiva

o en la ley, o pueden ser implícitas cuando las circunstancias o el fin del trust lo requieran.

El *trustee* debe actuar conforme a la buena fe, habilidad y prudencia como si se tratara de un negocio propio protegiendo al negocio de cualquier tercero. El *trustee* debe tomar posesión inmediata sobre los bienes fideicomitidos para cumplir con su objetivo, una vez que el negocio se ha constituido, salvo que se disponga algo diferente. El *trustee* está además obligado a cuidar los bienes sin fusionarlos a su patrimonio personal.

Si el *trustee* incumple con la obligación contraída, el *cestui* puede demandarlo. Si la propiedad ha sido equivocadamente interferida por una tercera persona, corresponde al *trustee* y no al *cestui* demandar al tercero, siempre en beneficio del *cestui* si se negara a hacerlo, el *cestui* puede obtener un decreto de la corte para obligar al *trustee* a ejercitar la acción correspondiente para demandar en equidad el tercero ya que el *cestui* no puede demandar al tercero sin unirlo al *trustee*.

Existen dos tipos de *trust* que nacen por acto entre las partes de manera voluntaria, y son:

b.1 El *trust* expreso: es aquel que se constituye de forma intencional y deliberada por una voluntad expresa del *settlor*,

por medio de un convenio o testamento otorgando protecciones y beneficios teniendo a la equidad para la guarda del patrimonio fiduciario. Nace de la interpretación de un instrumento escrito, surge de los términos del instrumento. Es aquel cuyos términos se declaran de manera definitiva en el instrumento correspondiente por el settlor por lo que no requiere ningún otro documento para precisar las modalidades a las que se sujeta.

b.2 El *trust* implícito: es aquel reconocido por los tribunales como resultado de los términos utilizados en el instrumento o bien por las circunstancias que afectaron la celebración de acto, ya que la existencia del *trust* depende de las circunstancias particulares.

Hay además *trust* que nacen por ministerio de ley que es aquél que no deriva de declaraciones o de la intención o voluntad de las partes, sino que son impuestos por virtud de la equidad siempre que se busque un beneficio para conservar determinados bienes en poder de alguien.

Además se clasifican en públicos y privados. Los primeros son aquellos que interesan a la sociedad en general o a un sector social. En cambio el *trust* privado es aquel que se

establece en beneficio de personas determinadas aún cuando no sean identificables de manera inmediata.

2.4 En México:

Se utilizó en México una variedad de *trust* de importancia para el desarrollo económico de los Estados Unidos, ya que eran el instrumento por el cual se garantizaba la emisión de bonos para financiar la construcción de ferrocarriles en nuestro país. El Código Civil de 1884, vigente en aquél entonces y la Ley de Ferrocarriles del 29 de abril de 1899, permitían que el *trust*, aun otorgado en el extranjero, surtiera efectos jurídicos de conformidad con las leyes mexicanas.

a. Proyecto Limantour.

El 21 de Noviembre de 1905, el Secretario de Hacienda, el Sr. Limantour, envió a la Cámara de Diputados una iniciativa del Lic. Jorge Vera Estañol para que el ejecutivo expidiera una ley disponiendo que pudieran constituirse en México, Instituciones Comerciales encargadas de desempeñar las funciones de agentes fideicomisarios. Esta iniciativa además explicaba que hacía falta organizaciones especiales cuya función consistiera en ejecutar actos y operaciones en beneficio de terceras personas o de las partes interesadas en los que la

organización no tuviera un interés directo sino que actuaran como simples intermediarios. Estas instituciones existían en países anglosajones bajo el nombre de *trust companyes* o compañías fideicomisarias, con la finalidad de interponer su mediación para asegurar el cumplimiento futuro, de buena fe, en condiciones y términos convenientes, de las obligaciones surgidas de un contrato o de un acto.

El Proyecto Limantour resultaba atractivo por los resultados tan favorables obtenidos por medio de dichas instituciones, por los múltiples servicios prestados en los Estados Unidos y en otros países, por las relaciones existentes entre la vida comercial de México y la de Estados Unidos de América que eran cada vez más estrechas, por la afluencia de capitales de dicho país al nuestro para desarrollar toda clase de empresas, así como el adelanto y perfeccionamiento del sistema de transacciones en la actividad general hicieron sentir al poder público la necesidad de incorporar a la legislación dicha institución.

El Presidente de la República acordó someter el proyecto a la consideración de la Cámara. A pesar de que se presentó con el proyecto en la sesión de la Cámara de Diputados el mismo día en que fue enviado y de que se turnó a las Comisiones

unidas de primera de Justicia y segunda de Hacienda, nunca llegó a discutirse.

Sin embargo el proyecto Limantour aunque no adquirió carácter de ley, tiene una gran importancia ya que constituye el primer intento legislativo en el mundo para adaptar el trust a un sistema de tradición romana.

El término Fideicomiso, aceptado como equivalente al trust, aparece por primera vez en el Proyecto Limantour, y en el derecho positivo en la Ley General de Crédito y Establecimientos Bancarios de 1924, ya que anteriormente el fideicomiso tenía una significación arraigada al derecho Romano unido con la idea de la sucesión testamentaria, donde el testador manda al heredero que transmita a otro la herencia o parte de ella.

b. Ley General de Instituciones de Crédito y Establecimientos Bancarios de 1924.

Esta ley, de fecha 24 de diciembre de 1924 en su capítulo VIII se refiere a los bancos de fideicomiso en donde por primera vez se contempla al fideicomiso. En el artículo 6° fracción VII, se le da la categoría de institución de crédito a los Bancos de Fideicomiso los cuales "sólo podrán establecerse en la

República mediante concesión otorgada por el Ejecutivo de la Unión". La redacción del artículo 73 de la citada ley nos da alguna idea en cuanto a los fines del fideicomiso, sin ser, en ningún momento limitativa:

Artículo 73. Los bancos de fideicomiso sirven los intereses del público en varias formas y principalmente administrando los capitales que se les confían e interviniendo con la representación común de los subscriptores o tenedores de bonos hipotecarios, al ser emitidos éstos durante el tiempo de su vigencia.

Es importante señalar que en el capitulo de ésta ley, no se definió el concepto de bancos de fideicomiso y mucho menos el de fideicomiso como tal, únicamente se limitó a dar una aproximación muy vaga de lo que serían las funciones de los mencionados bancos.

Además agrega que los bancos de fideicomiso se registrarán por la ley especial que ha de expedirse, lo que sucedió dos años más tarde.

c. Proyecto Creel.

La consagración del fideicomiso en nuestro sistema legal fue el resultado que se tuvo en la primera Convención Bancaria

realizada el año de 1924, donde a iniciativa del Sr. Enrique Creel se llevó a efecto el primer intento para implantar esta institución en nuestro sistema legal; ya que en dicha convención se recomendó la expedición de una Ley General para regir las instituciones de crédito conocidas en el extranjero como Compañías Bancarias de Fideicomiso y Ahorros conforme a bases que las facultaran para lo que ahora se conoce como actividades de instituciones fiduciarias para actuar como cajas de ahorros y practicar toda clase de operaciones bancarias de depósito y de descuento.

El fideicomiso mexicano se reservaba a los bancos únicamente, se consideraba una operación de crédito y como tal se introdujo en la legislación, no era una institución de derecho civil ya que ni siquiera se contemplaba la posibilidad de los *trustees*, personas privadas, más bien se tomó en cuenta a las compañías bancarias de trust cuya utilidad en las finanzas y en el crédito era motivo determinante del legislador. De hecho, Creel basó su dictamen en dicha utilidad haciendo poco hincapié en el *trust* mismo.

d. Ley de Bancos de Fideicomiso y Ley General de Instituciones de Crédito y Establecimientos Bancarios de 1926.

La Ley de Bancos de Fideicomiso del 30 de junio de 1926, publicada el 17 de julio del mismo año, se refundió en la Ley General de Instituciones de Crédito y Establecimientos Bancarios del 31 de agosto del mismo año.

Esta ley estableció que “el fideicomiso propiamente dicho es un mandato irrevocable en virtud del cual se entregan al banco con carácter de fiduciario, determinados bienes para que disponga de ellos o de sus productos según la voluntad del que los entrega, llamando fideicomitente, en beneficio de un tercero llamado fideicomisario”.

e. Ley General de Instituciones de Crédito de 1932.

Esta ley fue publicada en el Diario Oficial de la Federación el 29 de junio de 1932 y abrogó la ley de 1926. Esta ley regula con detalle los fideicomisos de quiebra, los testamentarios y los de administración. Asimismo introduce una figura similar al delegado fiduciario, refiriéndose a un funcionario especial.

Sólo autoriza la creación de fideicomisos, cuya operación y regulación sería tema a tratar en la Ley de Títulos y Operaciones de Crédito que en su oportunidad se expediría, sin embargo señaló que los fideicomisos se dejarían a la gestión de una institución sujeta a la vigilancia del Estado, que operara

en virtud de una concesión del Gobierno, reiterando la prohibición para que las sucursales de bancos extranjeros actúen como fiduciarias.

Se hace una reclasificación de las instituciones de crédito, como consecuencia de la eliminación del banco de emisión, para que fuera regulado por su ley especial. En cuanto a las Instituciones Nacionales de Crédito, se hace también la aclaración de que se regularán por sus leyes especiales y, a falta de éstas o cuanto en ellas no esté previsto, por lo establecido por esta ley.

f. Ley General de Títulos y Operaciones de Crédito de 1932.

Esta ley de fecha 26 de agosto de 1932 se publicó en el Diario Oficial de la Federación del 27 del mismo mes y año, entró en vigor a partir del 15 de septiembre de 1932 y continúa hasta nuestros días.

Esta ley en su exposición de motivos declaraba que la ley de 1926 había introducido en México, la institución jurídica del fideicomiso y que dicha institución podría ser de gran utilidad para la actividad económica del país y que estaba destinada a un gran desarrollo, pero que dicha ley no precisaba el carácter

sustantivo de la institución y dejaba por lo tanto grandes lagunas al respecto.

Por lo anterior esta ley regula por primera vez al fideicomiso en forma integral y sustantiva.

Es importante mencionar que la ley que se comenta sufrió reformas mediante decreto publicado en el Diario Oficial de la Federación del 23 de mayo del 2000 por medio del cual se adicionaron varios artículos, incluyendo la figura del fideicomiso de garantía, mismo que se comentará más adelante, recorriendo la numeración de los artículos referentes al fideicomiso para quedar regulado en los artículos del 381 al 394.

A continuación se indican algunas de las características más sobresalientes contempladas por los artículos de dicha ley referentes al contrato de fideicomiso.

Establece que los bienes materia del fideicomiso serán destinados a un fin el cual deberá ser lícito y determinado, esto es, debe existir el conocimiento íntegro de cuáles van a ser los móviles y objetivos por los que se crea un fideicomiso, así como que éstos no contravengan lo establecido por la ley o las buenas costumbres.

Contempla la posibilidad de que el fideicomiso será válido aunque no se nombre fideicomisario en su constitución, dicha designación no es sustancial para la constitución del fideicomiso, pero sí imprescindible para su eficacia.

Ante la crisis financiera que se presentó a principios del año 1995, surgió la inquietud de crear medios o instrumentos que propiciaran mayor seguridad en el cumplimiento del pago de pasivos ante las instituciones de crédito; como resultado de esta necesidad el 24 de mayo de 1997, el legislador consideró la opción de que las instituciones de crédito pudieran fungir como fideicomisarios en el caso de que los bienes dados en fideicomiso garantizaran el pago de un crédito otorgado por la fiduciaria.

Lo anterior permitiría a las instituciones de crédito gozar en lo futuro de los beneficios que trae consigo ser fideicomisario y a la vez ser quien controle y se encargue del buen funcionamiento del fideicomiso como fiduciario.

Indica la necesidad de que la persona que vaya a crear el fideicomiso tenga la facultad de disponer de sus bienes, para crear un patrimonio de afectación, ya que es indispensable que los bienes salgan de su patrimonio.

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

Cabe mencionar que es necesario que las fiduciarias cuenten con la respectiva concesión del Gobierno Federal para poder fungir como tales y que, en algunos casos, la designación de varias de ellas puede representar en un futuro problemas en el buen funcionamiento del fideicomiso.

Los bienes que se den en fideicomiso se considerarán afectos al fin que se destinen 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 de tales bienes, con anterioridad a la constitución del fideicomiso, por el fideicomisario o por terceros.

El patrimonio fideicomitido estará integrado por los bienes y derechos que se afecten al mismo, los que desde ese momento no podrán tener más destino que el que se les haya asignado por el fideicomitente. Este podrá, sin embargo, limitar ese destino en la forma que considere conveniente, debiendo consignarlo así en el acto constitutivo. Lo anterior constituye uno de los derechos que le asisten al fideicomitente y que más adelante estudiaremos con mayor detenimiento.

Asimismo, la posibilidad que otorga este precepto en el sentido de poder atacar de nulidad los fideicomisos que en fraude de terceros se constituyan, evita que la ley sea un vehículo para la comisión de delitos.

El fideicomiso puede ser constituido por acto entre vivos o por testamento. La constitución de fideicomiso deberá siempre constar por escrito y ajustarse a los términos de la legislación común sobre la transmisión de derechos o la de las cosas que se den en fideicomiso.

Tratándose de las limitaciones impuestas al fiduciario para el cabal cumplimiento de su cometido, el artículo 391 de la Ley señala que serán todas aquellas que las partes pacten de manera expresa.

La institución fiduciaria estará obligada a cumplir dicho fideicomiso conforme al acto constitutivo; no podrá excusarse o renunciar su encargo sino por causas graves a juicio de un juez de primera instancia del lugar de su domicilio y deberá obrar siempre como buen padre de familia, siendo responsable de las pérdidas o menoscabos que los bienes sufran por su culpa.

Las causas legales de extinción del fideicomiso se consignan en el artículo 392 mientras que el artículo 388 precisa el destino de los bienes fideicomitidos cuando ocurre la extinción del mismo, así como los requisitos formales que se deben observar cuando se afectaron bienes inmuebles o derechos reales impuestos sobre éstos.

A pesar de la legislación que en materia de fideicomiso se ha promulgado, existen un sinnúmero de lagunas que nos orillan a recurrir con frecuencia al derecho común; ejemplo claro es la ambigüedad del concepto "buen padre de familia" contenido en la ley que se comenta.

A falta de disposición expresa, esta ley, es suplida por (i) las leyes especiales relativas, (ii) la legislación mercantil general, (iii) los usos bancarios y mercantiles y a falta de los anteriores; por el derecho común.

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

Esta ley se publicó en el Diario Oficial de la Federación el 31 de mayo de 1941 y entró en vigor el 2 de junio del mismo año la cual abroga a la Ley General de Instituciones de Crédito de 1932.

Esta ley regulaba la actividad de las sociedades o instituciones de crédito que disfrutaban de una concesión para poder realizar operaciones fiduciarias.

El propósito del legislador fue que tanto la Ley General de Títulos y Operaciones de Crédito como esta ley fueran complementarias la una de la otra; la Ley General de Títulos y Operaciones de Crédito teniendo como campo la estructuración del fideicomiso y esta ley la regulación de las fiduciarias que habrían de desempeñar la actividad.

Se establece la posibilidad para el Gobierno Federal de otorgar concesiones para fungir como fiduciarias. Fue así como se conforma la "banca especializada" integrada por los bancos de depósito, financieros y los hipotecarios con la ventaja de que cada uno de ellos podía tener adicionalmente facultades para realizar operaciones fiduciarias y de ahorro.

Posteriormente mediante diversos acuerdos se adicionaron a este ordenamiento legal las bases que darían origen a lo que hoy conocemos como banca múltiple y como grupos financieros.

Esta ley permaneció en vigor hasta que, en virtud de la nacionalización de la banca de 1982, se reformó el artículo 28 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos donde se establece que el servicio de banca y crédito será prestado exclusivamente por el Estado en los términos que la correspondiente ley reglamentaria establezca; con lo cual se dieron las bases para que entrara en vigor la Ley Reglamentaria del Servicio Público de Banca y Crédito en 1983.

h. Ley de Instituciones de Crédito de 1990.

Esta ley se publicó en el Diario Oficial de la Federación el 18 de julio de 1990, actualmente en vigor y fue reformada mediante decreto publicado en el Diario Oficial de la Federación del 23 de mayo del 2000, por medio del cual se adicionaron, reformaron y derogaron artículos para regular la figura del fideicomiso de garantía.

Esta ley delimita el marco jurídico de la banca donde sólo la banca de desarrollo se encuentra bajo el control del Estado.

Asimismo se establecen las funciones que de manera exclusiva podrán realizar las instituciones de crédito, siendo una de ellas la práctica del fideicomiso.

Art. 46.- Las instituciones de crédito sólo podrán realizar las operaciones siguientes: ...

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

Se desprende que las instituciones de crédito son las únicas facultadas para practicar operaciones de fideicomiso atento a lo establecido por la ley especial, quedando obligadas a responder civilmente por los daños y perjuicios que se causen por falta de cumplimiento a lo pactado.

CAPITULO III

NATURALEZA JURIDICA DEL FIDEICOMISO

En México la legislación es poco clara para determinar la naturaleza jurídica del fideicomiso debido a que en ella se contienen pocos artículos que se ocupan del tema, por lo que actualmente existe discrepancia entre los autores para definir la naturaleza del fideicomiso. Es por eso que existen varias teorías al respecto, hay quienes dicen que se trata de un contrato, otros, que se trata de un negocio fiduciario e incluso hay quienes apoyan la teoría de que el fideicomiso es un acto unilateral o una estipulación a favor de tercero.

A continuación, expondré algunas de las teorías más importantes que la doctrina ha desarrollado, sin que dicha exposición sea en forma exhaustiva, solo se tocarán aquellas que son de importancia para el presente trabajo.

3.1 Teoría del Contrato.

Para poder entender el significado de esta teoría es necesario remitirnos al Código Civil en lo que toca a los artículos 1792 y 1793, que a la letra dicen:

Artículo 1792: Convenio es el acuerdo de dos o más personas para crear, transferir, modificar o extinguir obligaciones.

Artículo 1793: Los convenios que producen o transfieren las obligaciones y derechos toman el nombre de contratos.

Por lo anterior, podemos decir que un contrato es un acuerdo de dos o más voluntades para producir o transferir derechos y obligaciones; por lo que el fideicomiso puede encuadrarse como un contrato ya que es la expresión de la voluntad de dos o más personas para crear, transmitir reconocer declarar modificar o extinguir derechos y obligaciones.

Cabe mencionar que según Miguel Acosta Romero y Pablo Roberto Almazán Alaniz la distinción formal establecida en el Código Civil entre convenio y contrato es un poco superflua en la práctica, ya que al no tener sanción se aprecia que en el tráfico jurídico se utilizan indistintamente los dos términos para aquellos actos jurídicos en los que dos o más personas expresan su voluntad de crear los efectos de derecho que anteriormente se mencionaron, sin que el uso de una u otra expresión traiga aparejada consecuencias para las partes.

Esta teoría expone que para considerar el fideicomiso como un contrato se toma en cuenta la relación jurídica que existe entre dos o más personas puesto que siempre debe de haber un fideicomitente y una institución fiduciaria.

Rodolfo Batiza, Oscar Vázquez del Mercado y Miguel Acosta Romero son de la opinión de que el fideicomiso es un contrato.

Rodolfo Batiza, al decir que “La naturaleza del fideicomiso mexicano constituido por acto entre vivos, incluso su categoría específica dentro del género como un contrato bilateral, sinalagmático perfecto, se confirma todavía más por la existencia de la condición resolutoria tácita.”⁸

Oscar Vázquez del Mercado al decir que “El fideicomiso es un contrato por virtud del cual..” y “El fideicomiso, pues, en términos de la ley anteriormente mencionada (la LGTOC), es un contrato de naturaleza mercantil, en virtud del cual...”⁹

Miguel Acosta Romero al definir al fideicomiso como “Contrato mediante el cual una persona física o moral transfiere la propiedad sobre parte de sus bienes...”¹⁰

⁸R Batiza. El Fideicomiso Teoría y Práctica. 5ª edición, México, Editorial Esfinge, S.A., 1981. P.504

⁹Oscar Vázquez del Mercado. Contratos Mercantiles. Tercera Edición. México. Editorial Porrúa, S.A., 1989, p. 467 y 469.

¹⁰ “Fideicomiso”. Diccionario Jurídico Mexicano: vol. 2. México: Instituto de Investigaciones Jurídicas de la Universidad Nacional Autónoma de México. Editorial Porrúa, S.A., 1991. P. 1441.

3.2 Teoría del Acto Unilateral.

Actualmente existen diversas opiniones sobre si la declaración unilateral de la voluntad es o no fuente de obligaciones, sin embargo el Código Civil la regula y la establece como tal en su artículos 1860 y siguientes, por lo que la voluntad unilateral es fuente legal de las obligaciones civiles.

Al respecto Rafael de Pina dice que “la manifestación de la voluntad, de acuerdo con nuestro ordenamiento civil, sólo es eficaz tratándose de los casos expresamente autorizados, sin que sea posible dar eficacia a alguna manifestación distinta de las reguladas directamente por el legislador”¹¹

Nuestro ordenamiento jurídico cuando establece la figura de la manifestación unilateral de voluntad, la reconoce expresamente y le señala cuales son sus efectos y hasta ahora no se ha pretendido que exista la declaración unilateral de la voluntad tácita.

Algunos de los autores que apoyan esta teoría son Cervantes Ahumada, y Jorge Alfredo Domínguez Martínez.

¹¹ De Pina, Rafael. Derecho Civil Mexicano: vol. III, 4ª edición, México. Editorial Porrúa, S.A. 1977, p. 67

Cervantes Ahumada al afirmar que "El fideicomiso, como negocio, independientemente de que haya un contrato con la fiduciaria, es efecto de la manifestación de la voluntad unilateral del fideicomitente. En cambio, la fuente del negocio fiduciario está en el doble contrato fiduciante y fiduciario, La fiducia es el resultado de un acto bilateral, el fideicomiso lo es de un acto unilateral."¹²

Domínguez Martínez al afirmar que "Por lo que a mi punto de vista personal se refiere, éste continúa siendo el ofrecido desde mil novecientos setenta y dos, en la primera edición El Fideicomiso...citado, según el cual, tal como está regulado en la Ley General de Títulos y Operaciones de Crédito, el fideicomiso reconoce una sola voluntad, o sea, la del fideicomitente que lo constituye, sin intervención de cualquier otra, por lo que precisamente en su fase constitutiva, en la que el fideicomitente destina sus bienes a un fin lícito determinado, es un acto unilateral; por su parte, para su proyección activa, para su dinámica, y para su operatividad, dada la participación indispensable por la ley asignada a la institución fiduciaria, al ser ésta la llamada a ejecutar los actos que se requieren para alcanzar los fines señalados por el fideicomitente respecto de los bienes que éste fideicomitió, llamamiento que es contestado

¹² Cervantes Ahumada Raúl. Títulos y Operaciones de Crédito. 14ª edición 1ª reimpresión, México. Editorial Herrero S.A. de C.V., 1992, p. 46.

favorablemente mediante la celebración de un contrato con la fiduciaria para la ejecución de dichos actos.”¹³

Con respeto al tema que nos ocupa no existe en ninguno de los artículos que regulan al fideicomiso las palabras “manifestación unilateral de la voluntad del fideicomitente” a la que el sistema legal le reconozca el efecto de constituir el fideicomiso por lo que no podemos deducir que el fideicomiso sea efectivamente una declaración unilateral de la voluntad.

Sin embargo la mayoría de los autores que apoya esta teoría se fundamentan principalmente en el texto de los artículos 385 y 387 de la Ley General de Títulos y Operaciones de Crédito que conducente dicen:

Artículo 385.- En caso de que al constituirse el fideicomiso, no se designe nominalmente a la institución fiduciaria.....

Artículo 387.- El fideicomiso puede ser constituido por acto entre vivos o por testamento....

O bien, se fundamentan en alguno de los proyectos del Código de Comercio.

¹³ Domínguez Martínez Jorge Alfredo. Dos Aspectos de la Esencia del Fideicomiso Mexicano (Acto Constitutivo Unilateral y Propiedad Conservada por el Fideicomitente con la Titularidad del Fiduciario): 2ª edición, México, Editorial Porrúa, S.A. 1996, p. 49

3.3 Teoría del Negocio Jurídico

El negocio jurídico es un hecho jurídico que debe catalogarse como un acto libre, en el cual se manifiesta plenamente la autonomía del sujeto.

El negocio jurídico es un acto de voluntad libre, que tiende a un fin lícito y práctico tutelado por el ordenamiento jurídico y que produce, como consecuencia de la tutela determinados efectos jurídicos.

José Manuel Villagordoa Lozano afirma que “Negocio Jurídico es aquél en virtud del cual una persona transmite plenamente a otra ciertos bienes o derechos obligándose esta a afectarlos a la realización de una finalidad lícita y determinada y, como consecuencia de dicha finalidad obligándose a retransmitir dichos bienes o derechos a favor de un tercero o revertirlos al transmitente.”¹⁴

Autores como Octavio Hernández, Mario Bauche Garcíadiego, Rodríguez Rodríguez y José M. Villagordoa Lozano coinciden en que el fideicomiso es un negocio jurídico.

¹⁴ Rolandini Jesús, Lucero M. Miguel Angel. Actualidad y Futuro del Fideicomiso en México; 1ª edición, México, Editorial Espejo de Obsidiana Ediciones, 1997, p. 29.

Para Villagordoa “en nuestro derecho se ha reconocido y reglamentado el fideicomiso, que es una especie de negocio fiduciario, es así como el derecho positivo mexicano va comprendiendo dentro de su ámbito, las nuevas formas contractuales, desconocidas para su derecho tradicional.”¹⁵

Para Octavio Hernández, el fideicomiso también es un negocio jurídico, sin embargo señala que es “didácticamente contraindicado pretender dar la definición o tan siquiera el concepto de fideicomiso o abordar el estudio de su naturaleza jurídica, antes de hacer la descripción, detallada de su constitución y de su funcionamiento sin cuya comprensión aquellos serían difícilmente entendidos.”¹⁶

Mario Bauche Garcíadiego afirma que “el fideicomiso es un negocio jurídico que está cobrando mayor importancia cada día en nuestro país”, y más adelante agrega: “como ya lo he indicado mediante el fideicomiso, una persona física o moral destina sus bienes o derechos a la realización de una finalidad lícita y determinada, encomendando a una institución fiduciaria llevar a cabo esta finalidad, en beneficio propio o de otra persona.”¹⁷

¹⁵ Acosta Romero Miguel, Almazán Alaniz Pablo Roberto. Tratado Teórico Práctico de Fideicomiso: 1ª edición, México, Editorial Porrúa S.A., 1997, p172.

¹⁶ Acosta Romero Op cit, p.172.

¹⁷ Bauche Garcíadiego, Mario. Operaciones bancarias, activas y pasivas y complementarias: 3ª edición, aumentada y actualizada; México, Editorial Porrúa S.A., 1978.

Rodríguez y Rodríguez, afirma que “el fideicomiso debe considerarse como una variedad de los negocios fiduciarios.”

3.4 Otras Teorías

Autores como Dávalos Mejía tienen una postura mixta respecto del fideicomiso ya que establece que es “un negocio fiduciario que toma el nombre de contrato...”¹⁸

Domínguez Martínez divide al fideicomiso en dos etapas, su etapa constitutiva y su etapa ejecutiva. La primera etapa se refiere al acto por el que se perfecciona el fideicomiso y dice, como ha quedado asentado, que se trata de una declaración unilateral de la voluntad (*animus fiducia*) y la segunda etapa se refiere a la ejecución del mismo y dice que se trata de un contrato innominado (*causa fiducia*).

3.5 Posturas de la Suprema Corte ante la naturaleza del Fideicomiso

La jurisprudencia de la Suprema Corte de Justicia de la Nación establece que el fideicomiso es un acto jurídico y también que es un negocio fiduciario pero en la mayoría de los

¹⁸ Dávalos Mejía, Carlos Felipe. Derecho Bancario y Contratos de Crédito; 2da edición. México. Editorial Harla, 1992

casos se ha pronunciado en el sentido de que se trata de un contrato, según opina Dávalos Mejía.

A continuación se transcriben algunas de las tesis pronunciadas en relación al tema que nos ocupa:

FIDEICOMISO. NATURALEZA DEL. El fideicomiso es un *negocio jurídico* por medio del cual el fideicomitente constituye un patrimonio autónomo, diverso de los patrimonios propios de las partes que intervienen en el *contrato* respectivo, cuya titularidad se concede a la institución fiduciaria para la realización de un fin determinado.

(AR 769/84, Pleno, Informe 1986, pág. 675)

FIDEICOMISO. CONCEPTO DEL. El fideicomiso es un acto jurídico que debe constar por escrito, y por el cual una persona denominada fideicomitente destina uno o varios bienes a un fin lícito determinado, en beneficio de otra persona llamada fideicomisario, encomendando su realización a una institución bancaria llamada fiduciaria.....

(AD 45/77, séptima época, Sala Auxiliar, Actualización Civil VI, 1978.1979, pág. 256)

FIDEICOMISO. REMATE DE INMUEBLES POR LA FIDUCIARIA..... las partes, al celebrar un *contrato de fideicomiso* pueden pactar, o sea convenir entre ellas, que en caso de incumplimiento de determinadas

obligaciones la fiduciaria saque a la venta un bien inmueble, en remate.....
(AD 1564/76, séptima época, Sala auxiliar, Actualización Civil VIII, 1982-1983, pág. 133)

3.6 Opinión

Considero que la teoría del contrato no se aplica del todo ya que no es necesario que existan fideicomitente y fiduciario para la constitución del fideicomiso como lo establece el artículo 385 de la Ley General de Títulos y Operaciones de Crédito segundo párrafo que a la letra dice:

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

Asimismo, no considero que se trate de una declaración unilateral de la voluntad puesto que no se establece en la legislación mexicana que así sea considerado y como ya quedó anteriormente expuesto es necesario que así se establezca expresamente para que sea una declaración unilateral de la voluntad.

En lo personal considero que se trata de un negocio jurídico de naturaleza mercantil.

Es un negocio jurídico puesto que trae aparejado consecuencias de derecho que surgen de la voluntad del fideicomitente.

Además es un negocio jurídico indirecto porque el fideicomiso no constituye un fin en sí mismo sino que se crea para la consecución de un fin lícito y determinado.

CAPITULO IV ELEMENTOS DEL FIDEICOMISO

4.1 Elementos Esenciales

a) El Consentimiento

El consentimiento es uno de los elementos de existencia de todos los contratos, tal como lo dispone el artículo 1794 del Código Civil para el Distrito Federal.

Sin embargo, en la legislación mexicana, no existe una definición del consentimiento, sino que la ley sólo se limita a establecer que el consentimiento puede ser expreso o tácito, así el artículo 1803 del Código Civil para el Distrito Federal dispone:

El consentimiento puede ser expreso o tácito. Es expreso cuando se manifiesta verbalmente, por escrito o por signos inequívocos. El tácito resultará de hechos o de actos que lo presupongan o que autoricen a presumirlo, excepto en los casos en que por ley o por convenio la voluntad deba manifestarse expresamente.

Por otro lado, la doctrina ha dedicado su amplio estudio al tema y ha definido al consentimiento como el acuerdo de dos o más voluntades destinadas a producir consecuencias jurídicas.

La legislación contempla dos clases de consentimiento, el expreso y el tácito, para el del fideicomiso, el consentimiento de las partes debe constar por escrito.

b. El Objeto

El objeto es el segundo de los elementos de existencia de todo acto jurídico.

La doctrina refiere al objeto bajo dos acepciones: El objeto directo el cual se refiere precisamente a la conducta de las partes para el nacimiento de las consecuencias jurídicas que las partes buscan, que pueden ser la creación, transmisión, modificación o extinción de derechos y obligaciones. Y el objeto indirecto que es la cosa que se debe dar, el hecho que se debe hacer o no hacer.

El artículo 386 de la Ley General de Títulos y Operaciones de Crédito establece:

Pueden ser objeto del fideicomiso toda clase de bienes y derechos, salvo aquellos que,

conforme a la ley, sean estrictamente personales de su titular.

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

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

El artículo 1825 del Código Civil para el Distrito Federal, supletorio en la materia, prevé que la cosa objeto del contrato debe existir en la naturaleza, ser determinada o determinable en cuanto a su especie y estar dentro del comercio.

De acuerdo con la legislación civil, los bienes pueden estar fuera del comercio por su naturaleza (por no poder ser poseídos exclusivamente por algún individuo, ej. aire), o bien, por disposición de ley, (bienes no susceptibles a ser de propiedad individual, ej. ejido).

Por lo anteriormente expuesto podemos concluir que pueden ser objeto del fideicomiso cualquier clase de bienes que se encuentren dentro del comercio y derechos no sean de ejercicio personalísimo y por lo tanto intransmisibles.

4.2. Elementos de Validez

a. La Capacidad

El artículo 1798 del Código Civil para el Distrito Federal dispone:

Son hábiles para contratar todas las personas no exceptuadas por la ley.

En términos jurídicos la capacidad se define como la aptitud que tiene una persona para ser sujeto de derechos y obligaciones. La capacidad se estudia desde dos puntos de vista:

1. La capacidad de goce es un atributo de la personalidad que todo ser humano adquiere al nacer y pierde al morir; es la aptitud de ser sujeto de derechos y obligaciones.

Al respecto el artículo 22 del Código Civil para el Distrito Federal señala:

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

2. La capacidad de ejercicio consiste, precisamente, en la facultad de ejercitar, por sí mismo, los derechos y obligaciones de los que se es titular.

Todas las personas morales gozan de capacidad de ejercicio por el simple hecho de tener personalidad jurídica.

Las personas físicas gozan de capacidad de ejercicio a menos que la ley la restrinja, por regla general, se adquiere con la mayoría de edad, salvo los casos en que la ley prevea lo contrario.

Al respecto los artículos 23 y 24 del Código Civil para el Distrito Federal disponen:

Artículo 23.- La minoría de edad, el estado de interdicción y demás incapacidades establecidas por la Ley, son restricciones a la capacidad de ejercicio que no significa menoscabo a la dignidad de la persona ni a la integridad de la familia, los incapaces pueden ejercitar sus derechos o contraer

obligaciones por medio de sus representantes.

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

Con respecto a la capacidad del fideicomitente tenemos que pueden serlo las personas físicas o jurídicas que tengan la capacidad necesaria para hacer la transmisión de bienes que el fideicomiso implica.

b. La Forma

La constitución del fideicomiso debe constar por escrito y cumplir con las formalidades establecidas, según se trate de un acto entre vivos o de un testamento.

Al efecto el artículo 387 de la Ley General de Títulos y Operaciones de Crédito establece:

El fideicomiso puede ser constituido por acto entre vivos o por testamento. La constitución del fideicomiso deberá siempre constar por escrito y ajustarse a los términos de la legislación común sobre transmisión de los derechos o la transmisión de propiedad de las cosas que se den en fideicomiso.

Asimismo es importante tener presente que cada fideicomiso debe cumplir además de las formalidades que se establecen en derecho común sobre transmisión de derechos y propiedad, con las formalidades taxativas de orden público que se pudieran violar de manera directa.

En atención a la naturaleza de los bienes, deben cumplirse determinados requisitos para que el fideicomiso surta efectos frente a terceros.

Cuando en el fideicomiso se transmitan bienes inmuebles, es necesario inscribir el contrato en el Registro Público de la Propiedad, del lugar en que los bienes estén ubicados, al respecto el artículo 388 de la Ley General de Títulos y Operaciones de Crédito establece:

El fideicomiso cuyo objeto recaiga en bienes inmuebles deberá inscribirse en la sección de la Propiedad del Registro Público del lugar en que los bienes estén ubicados. El fideicomiso surtirá efectos contra terceros, en el caso de este artículo, desde la fecha de inscripción en el Registro.

El fideicomiso, por lo tanto deberá constar por escrito y ajustarse a los términos de la legislación común sobre transmisión de los derechos o de la propiedad de las cosas que

se den en fideicomiso, según establece el artículo 387 de la Ley General de Títulos y Operaciones de Crédito.

En caso de que el objeto del fideicomiso sean bienes muebles, debe distinguirse según se trate de créditos o derechos diversos y títulos nominativos o al portador o cosa corpórea.

En caso de créditos u otros derechos, el fideicomiso surte efectos desde el momento en que éste notifica al deudor. Si es un título nominativo, surtirá efectos desde el momento en que el título es endosado a favor de la institución fiduciaria y si es al portador o se trata de un bien corpóreo el fideicomiso surtirá efectos contra tercero desde que los bienes o títulos se encuentren en poder del fiduciario.

Así, el artículo 389 de la Ley General de Títulos y Operaciones de Crédito señala:

El fideicomiso cuyo objeto recaiga sobre bienes muebles, surtirá efectos contra tercero desde la fecha en que se cumplan los requisitos siguientes:

I. Si se tratare de un crédito no negociable o de un derecho personal, desde que el fideicomiso fuere notificado al deudor;

II. Si se tratare de un título nominativo, desde que éste se endose a la institución fiduciaria y se haga constar en los registros del emisor, en su caso;

III. Si se tratare de cosa corpórea o de títulos al portador, desde que estén en poder de la institución fiduciaria.

En caso de constituir un fideicomiso por medio de testamento, este deberá celebrarse en la forma y términos en que se celebra el testamento de acuerdo a la legislación civil.

c. Ausencia de Vicios

Uno de los elementos básicos dentro de la teoría del negocio jurídico está el entendimiento y la libertad de decisión que integran la voluntad. Ambos deben de concurrir en la formación de la voluntad. Cuando la voluntad se ha formado sin que el declarante tenga conciencia de la realidad o su decisión no haya sido manifestada libremente nos encontramos ante un vicio de la voluntad.

Como vicios del consentimiento se conocen el error, el dolo o la mala fe y la violencia.

Rafael de Pina define al error como "conocimiento equivocado de una cosa, de un hecho o de un derecho que invalida el acto producido con tal vicio."¹⁹

El error puede ser de tal naturaleza que vicie la determinación de la voluntad y la desvíe en sentido diverso del que hubiera querido el sujeto si no hubiera ocurrido el error. No todo falso consentimiento o total desconocimiento de la realidad vicia la voluntad, es necesario que el error sea determinante, que recaiga sobre la causa o motivo que impulsa al sujeto a realizar determinada acción.

Otro de los vicios del consentimiento es el dolo Rafael de Pina lo define como "maquinación o artificio de que se sirve un contratante para engañar a otro."²⁰

Se entiende por dolo en los contratos cualquier sugestión o artificio que se emplee para inducir al error o mantener en él a uno de los contratantes. Es una conducta tendiente a sorprender la voluntad de alguno de los otorgantes apartándola de una consciente determinación, por lo que existe una voluntad que proviene de maniobras engañosas. El dolo determinante de la voluntad actúa en el ánimo de la persona de

¹⁹ De Pina, Rafael. Diccionario de derecho. Décima Primera Edición. Editorial Porrúa, México, 1976 pág. 270

²⁰ De Pina, Op cit. pág. 255

tal modo que sin él no se hubiera formado en la manera en que se formó.

El dolo se presenta en el momento de celebración del contrato y las maniobras o sugerencias empleadas tienden a sorprender la voluntad de uno de los contratantes creando en él un error.

La mala fe según el autor mencionado para definir los anteriores vicios de la voluntad es "la disposición de ánimo de quien realiza cualquier acto jurídico con el propósito de obtener una ventaja injusta en perjuicio de alguien, que el derecho sanciona en todo caso."²¹

La mala fe es la disimulación del error de uno de los contratantes una vez conocido.

Asimismo otro de los vicios del consentimiento es la violencia la cual puede revestir dos formas: la fuerza física y las amenazas. En nuestro estudio nos interesa el segundo tipo de violencia, la cual está encaminada a forzar una declaración creando en el ánimo de la víctima el temor de sufrir un mal grave con el que se le amenaza para obtener de él una

²¹ De Pina Op. Cit. pág. 363

declaración que no la que hubiera producido libremente si no le fuera forzado a declarar.

De lo anterior concluimos que una voluntad libre debe ser aquella que se exprese sin ninguno de los vicios del consentimiento que se expusieron en el presente apartado y elemental para la válida existencia de los contratos en general.

d. Afectación a un Fin

El fideicomitente transmite ciertos bienes o derechos al fiduciario para la obtención de un fin lícito y determinado en beneficio del fideicomisario.

Es importante dejar claro que el fin del fideicomiso es distinto al objeto de este, ya que frecuentemente se presta a confusión. El objeto del contrato puede ser como anteriormente quedó establecido bienes o derechos, en cambio el fin del fideicomiso el cual se analiza en este apartado es el acuerdo de voluntades que dará lugar a vínculos obligatorios.

Villagordoa Lozano establece: “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. Decimos 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".²²

El fin del fideicomiso es el objetivo, los intereses privados o públicos que se buscan satisfacer con la celebración del contrato.

Rodríguez y Rodríguez establece que el fin "es la meta, el resultado de un fideicomiso en cuyo acto constitutivo el fideicomitente expresa lo que el fiduciario debe hacer para alcanzar ese fin que tiene que ser lícito, es decir, no contrario a la ley ni a las buenas costumbres, debiendo, además, ser determinado."²³

El artículo 382 de la Ley General de Títulos y Operaciones de crédito establece al respecto:

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

²² Villagordo Lozano. Op cit p. 179

²³ Rodríguez y Rodríguez, Raúl, Op. cit. p. 44

Considero necesario hacer un análisis de los dos requisitos del fin que nos señala la ley para lograr mayor comprensión del tema que aquí se estudia.

d.1 Licitud

Rafael de Pina define a la licitud como "Calidad de lícito. Lícito. Justo, permitido, según justicia y razón. Ajustado a derecho".²⁴

El Código Civil para el Distrito Federal, supletorio a la materia, establece en su artículo 1830 lo que no es lícito, si aplicamos lo ahí establecido a contrario sensu tenemos que será lícito aquél fin que no sea contrario a las leyes de orden público o a las buenas costumbres.

Por leyes de orden público debemos entender aquellas que no pueden ser alteradas por voluntad de los individuos, ya que estas impiden que ciertos actos de particulares afecten los intereses los intereses fundamentales de la sociedad.

Por buenas costumbres debemos entender: a aquella "conducta derivada del acatamiento espontáneo de los

²⁴ De Pina Rafael, Op. Cit. p.

principios morales aceptados en una sociedad determinada en un momento también determinado de su historia”.²⁵

d.2 Determinación

El término determinar significa fijar los términos de una cosa para algún efecto, distinguir, señalar, fijar.

Desde el punto de vista jurídico, al exigir que el fin sea determinado, nos estamos refiriendo a que quede perfectamente especificado en qué consiste la conducta del obligado.

4.3 Elementos Personales

a. El Fiduciario

El fiduciario es el órgano dentro del fideicomiso que recibe el encargo con instrucciones precisas del fideicomitente. Da cumplimiento a las instrucciones que constituyen los fines del fideicomiso.

Dice De Pina que “Es la persona encargada por el fideicomitente de realizar el fin del fideicomiso” ²⁶

²⁵ De Pina Rafael, Op. Cit. pág. 136

Cervantes Ahumada, por su parte lo define como " La persona a quien se encomienda la realización del fin establecido en el acto constitutivo del fideicomiso y se atribuye la titularidad de los bienes fideicomitados."²⁷

Joaquín Escriche dice que es "la persona en cuya probidad y buena fe se confía que hará lo que se le manda o encarga."²⁸

En nuestro derecho pueden ser fiduciarios las instituciones de crédito; el artículo 385 de la Ley General de Títulos y Operaciones de Crédito establece lo siguiente:

Artículo 385: Sólo pueden ser fiduciarias las instituciones expresamente autorizadas para ello conforme a la Ley General de Instituciones de crédito.

La actual Ley de Instituciones de Crédito reconoce dos tipos de instituciones de crédito, las bancas de desarrollo y las bancas múltiples. Por lo tanto sólo pueden ser fiduciarias:

Las bancas de desarrollo, que mercantilmente funcionen como sociedades nacionales de crédito.

²⁸ De Pina, Rafael. Diccionario de derecho, Décima primera Edición. Editorial Porrúa, México, 1976 p 220

²⁷ Cervantes Ahumada, Raúl. Títulos y Operaciones de Crédito. Op. Cit., p. 292.

Las bancas múltiples, que mercantilmente funcionen como sociedades anónimas con autorización federal.

La autorización estatal para fungir como fiduciario constituye el sello de garantía en el sentido de considerar a quienes han obtenido tal autorización como portadores de una confianza absoluta de que actuará imparcialmente de acuerdo a los fines del fideicomiso.

En algunos otros países el fideicomiso no es institucionalmente bancario, ya que los particulares se pueden constituir en fiduciarios, pero sin embargo por lo general quienes toman el papel de fiduciario son sociedades cuyo funcionamiento es equivalente al de las fiduciarias mexicanas; tal es el caso del Trust Company en Estados Unidos de América.

La designación del fiduciario es hecha por el fideicomitente al constituir el fideicomiso. Sin embargo, si al momento de constituirse el fideicomiso no se designa nominalmente la institución fiduciaria, se tendrá por designada la que elija el fideicomisario o, en su defecto, el juez de primera instancia del lugar en que estuvieren ubicados los bienes, de entre las instituciones expresamente autorizadas conforme a la Ley,

²⁸ Escriche, Joaquín, Diccionario Razonado de Legislación y Jurisprudencia, Tomo Segundo. Editorial Porrúa. Primera Edición. México 1979, p.703.

según lo dispuesto por el artículo 350 de la Ley General de Títulos y Operaciones de Crédito.

Por su parte, el artículo 391 de la Ley General de Títulos y Operaciones de Crédito señala que la institución fiduciaria no puede excusarse o renunciar a su cargo sino por causas graves a juicio de juez de primera instancia del lugar de su domicilio.

De lo anterior, se podría llegar a la suposición de que la designación de un fiduciario es sin el consentimiento previo de éste y lo que es más, sin su conocimiento siquiera, sin embargo, particularmente se piensa que es facultad del fiduciario la opción de contratar aquellos fideicomisos que por sus condiciones especiales convengan a la institución para ejercer en ellos la función de fiduciario, con la facultad de rechazar aquellos negocios que por diversa razón, no le convenga.

Por otro lado, el mismo artículo 350 de la Ley General de Títulos y Operaciones de Crédito en su párrafo final establece la posibilidad de que el fideicomitente designe varias instituciones fiduciarias para que en forma conjunta o sucesivamente desempeñen el fideicomiso, estableciendo el orden y las condiciones en que hayan de substituirse.

ESTA TESIS NO SALE
DE LA BIBLIOTECA.

Respecto a la posibilidad de designar varios fiduciarios, algunos autores comentan que esta posibilidad, más apropiada en relación con fiduciarios personas físicas, resulta inútil tratándose de fiduciarios institucionales, vista la supervisión oficial a que están sometidos y a su duración indefinida, además de que no se ha utilizado en la práctica. Además, el señalar varios fiduciarios para que actúen con tal carácter en un mismo fideicomiso, en vez de beneficiar, perjudicaría la buena marcha y agilidad en la toma de decisiones y procedimientos por seguir.

Cabe señalar que en caso de que una institución de crédito no acepte su designación como fiduciaria, o bien renuncia al desempeño de su encargo, se nombrará a otra para que la sustituya, y si no fuere posible esta sustitución cesará el fideicomiso.

a.1 Obligaciones, Facultades y prohibiciones del fiduciario:

El fiduciario tiene todos los derechos y acciones que se requieran para el cumplimiento del fideicomiso, dichos derechos y acciones se encuentran restringidos por las normas o limitaciones establecidas en el pacto y por la regla legal de

que sólo se pueden ejercitar en función del fin, del objeto y de las consecuencias del fideicomiso.

De conformidad con la Ley de Instituciones de Crédito y con la Ley General de Títulos y Operaciones de Crédito, las principales obligaciones, facultades y prohibiciones son las siguientes:

Con respecto a las obligaciones del fiduciario, se establece que éste deberá de obrar como un buen padre de familia, sin embargo dicho término de torna subjetivo y vago ya que a los ojos de quién se pretende juzgar que se actúa como un buen padre o no, por lo que basta con decir que el fiduciario deberá firmar un contrato lícito y defenderlo ante la autoridad competente y de acuerdo a los fines del mismo.

La principal obligación consiste en el exacto y fiel cumplimiento del fin pactado con el fideicomitente al momento de constituir el fideicomiso, con apego al contrato, a la ley y los reglamentos aplicables, y sin pactar condiciones y términos que se aparten significativamente de las condiciones prevaecientes en el mercado en la fecha de celebración, ni de las políticas de la institución de crédito y de las sanas practicas y usos bancarios. Por otro lado el fiduciario al constituirse como tal en un fideicomiso deberá de abrir una contabilidad

especial por cada uno de los fideicomisos que lleve, debiendo registrar en la misma, el dinero y demás bienes, valores o derechos cuya propiedad se le haya confiado y rendir cuentas respecto de su gestión fiduciaria.

El fiduciario tiene facultades para ejercer actos de dominio sobre los bienes que integran el patrimonio fideicomitado, para cumplir el fin del fideicomiso, ya sea por medio de compra venta, permuta, donación o cualesquier otro acto que implique traslación de dominio.

Asimismo, los bienes o derechos que formen parte del patrimonio fideicomitado no podrán ser utilizados para otros fines distintos a los pactados, debiendo responder por la pérdida, menoscabo, daños y perjuicios que sufran los bienes o los fideicomisarios por culpa o negligencia grave; debiendo transmitir al final de su gestión los bienes remanentes (en su caso) del patrimonio fideicomitado al fideicomitente, a sus herederos o al fideicomisario.

El artículo 383 establece que es nulo el fideicomiso que se constituye a favor del fiduciario, pero existe una excepción de tal aseveración ya que se prevé la posibilidad de que el fiduciario sea también fideicomisario, sólo en aquellos fideicomisos en que al constituirse se transmite la propiedad de

los bienes fideicomitidos y que tengan por fin servir como instrumento de pago de las obligaciones incumplidas, en el caso de créditos otorgados por la propia institución para la realización de actividades empresariales. En este supuesto las partes deberán de designar de común acuerdo a una institución fiduciaria substituta para el caso de que surgiere algún conflicto de intereses entre las mismas.

b. El Fideicomitente

El fideicomitente es la persona que propone el fideicomiso y aporta bienes y/o derechos para cumplir con el fin que persigue.

Villagordoa Lozano establece que "Es la persona que constituye el fideicomiso y destina los bienes y derechos necesarios para el cumplimiento de sus fines, transmitiendo su titularidad al fiduciario."²⁹

Rafael de Pina lo define como "la persona física o moral que constituye un fideicomiso, para destinar ciertos bienes o derechos a la realización de un fin lícito y determinado y encarga dicha realización a una institución fiduciaria."³⁰

²⁹ Villagordoa lozano, José. Doctrina General del Fideicomiso. Op. Cit. pág. 126.

³⁰ De Pina Rafael. Diccionario de Derecho. Op. Cit. p. 220.

Al respecto el artículo 384 de la Ley General de Títulos y Operaciones de Crédito establece lo siguiente:

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

b.2 Obligaciones, Facultades y prohibiciones del fideicomitente:

Las siguientes son algunas de las facultades concedidas a favor del fideicomitente por medio de la legislación, sin embargo éstas pueden ser mayores o menores según la voluntad de las partes al momento de constituir el fideicomiso:

Se le confiere la facultad para designar a la institución que se desempeñará como fiduciaria, la que se encargará de ejecutar el fin para el cual se constituye el fideicomiso, en términos del artículo 385 de la Ley General de Títulos y Operaciones de Crédito.

El artículo 382 de la Ley General de Títulos y Operaciones de Crédito, establece que el fideicomiso será válido aunque se constituya sin señalar fideicomisario, siempre que su fin sea lícito y determinado.

Por lo que se le da la facultad de constituir un fideicomiso sin tener la obligación, en ese momento, de señalar quién será el beneficiario del mismo.

El segundo párrafo del artículo 383 de la Ley General de Títulos y Operaciones de Crédito señala que el fideicomitente puede designar varios fideicomisarios para que reciban simultáneamente o sucesivamente el provecho del fideicomiso, con la limitación de que están prohibidos aquellos fideicomisos en los cuales el beneficio se conceda a diversas personas sucesivamente, las cuales deban sustituirse por la muerte de la anterior, y que a la muerte del fideicomitente no hayan sido concebidas.

Se concede al fideicomitente el derecho para modificar o reformar el fideicomiso, el cual se desprende del texto del tercer párrafo del artículo 80 y del segundo párrafo del artículo 84, de la Ley de Instituciones de Crédito, sólo en aquellos casos en que el fideicomitente se reservó expresamente tal derecho, en

caso contrario deberá contar con la anuencia del fideicomisario y de la institución fiduciaria para su modificación.

El fideicomitente podrá, como se ha establecido anteriormente, designar varias instituciones fiduciarias para que conjunta o sucesivamente desempeñen el fideicomiso, estableciendo el orden y las condiciones en que haya de sustituirse.

La ley no limita el número de fiduciarios que pueden ser designados por el fideicomitente, es sólo la práctica la que determina tal número, pues obviamente señalar un número excesivo de fiduciarios sólo perjudicaría la buena marcha y agilidad de la toma de decisiones y procedimientos por seguir.

Otro de los derechos del fideicomitente es el de supervisar el fideicomiso siempre y cuando así se lo reserve al momento de constituir el fideicomiso, y no obstante que no se haga mención expresa, puede ejercitarlo si en el acto constitutivo del fideicomiso se reservó el derecho de requerir cuentas, puesto que ambos derechos se encuentran íntimamente relacionados.

Asimismo el fideicomitente puede reservarse en el acto constitutivo del fideicomiso o en las modificaciones, la facultad de solicitar al fiduciario cuenta de su gestión. En caso de que la

institución fiduciaria sea requerida para rendir cuentas y no lo haga, o si es declarada por sentencia ejecutoriada culpable de las pérdidas o menoscabo que sufran los bienes dados en fideicomiso o responsable de tales pérdidas o menoscabo por negligencia grave, procederá su remoción.

Designar a los miembros del comité técnico, de conformidad con el artículo 80 de la Ley de Instituciones de Crédito ya sea en el acto constitutivo del fideicomiso o en alguna de sus modificaciones.

La facultad de que en caso de extinción del fideicomiso, por alguna de las causas previstas en la legislación, queden en poder del fiduciario todos o parte de los bienes los cuales fueron aportados al patrimonio del fideicomiso, el fideicomitente tiene derecho a que dichos bienes le sean restituidos ya sea directamente o a sus herederos, por lo que al fideicomitente se le otorga la facultad de reservarse el derecho de revocar el fideicomiso con las consecuencias que eso implica.

En cuanto a las obligaciones, la fundamental de ellas consiste en la transmisión de la propiedad de sus bienes, o sea, se obliga a desprenderse de la totalidad o parte de su patrimonio para constituir otro, autónomo del primero y de

cualquier otro, respecto del cual, queda obligado al saneamiento para el caso de evicción.

Asimismo, por lo general es a cargo del fideicomitente el pago de los honorarios que cobrará el fiduciario por fungir como tal que se hayan pactado, así como reembolsarle los gastos en que éste hubiera incurrido por cuenta de aquél.

Finalmente tanto para las obligaciones como para las facultades del fideicomitente es importante señalar que pueden variar y pactarse tantas como las necesarias para cada circunstancia concreta.

c. El Fideicomisario

Es la persona a favor de quien se han establecido los bienes y/o derechos concedidos por el fideicomitente al momento de constituir el fideicomiso.

Fideicomisario según Rafael de Pina, es “la persona física o moral que recibe el beneficio derivado de un fideicomiso”³¹

Según Miguel Acosta Romero el fideicomitente es “la persona que recibe el beneficio (no siempre existe) del

³¹ Pina, Rafael De, Diccionario de Derecho, Op. Cit., p.219

fideicomiso, o la que recibe los remanentes una vez cumplida la finalidad.”³²

De acuerdo al artículo 383 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 que el fideicomiso implica.

d. El Comité Técnico

Más que un elemento personal del contrato de fideicomiso, el comité técnico es un órgano colegiado de auxilio y asesoría en el fideicomiso creado para la consecución de los fines del fideicomiso.

Es un órgano creado a propuesta del fideicomitente sujeto a la aceptación de las demás partes del fideicomiso, cuya función primordial es la de orientar, emitiendo opiniones y razonamientos relacionados con la ejecución y administración de los bienes y/o derechos que conforman el patrimonio del fideicomiso para cumplir con los fines para los cuales se constituyó el fideicomiso.

³² Acosta Romero, Miguel, Derecho Bancario, Op. Cit., p.433

En la ley de Instituciones de Crédito, artículo 80, se establece la posibilidad de que el fideicomitente prevea la formación de un comité técnico, a quien el propio fideicomitente señala las reglas de funcionamiento y fija sus facultades. La legislación mexicana no prevé normas que impongan responsabilidades específicas al comité técnico respecto de los acuerdos que asuma o de las decisiones que adopte.

Dicho comité técnico podrá ser previsto desde el acto constitutivo del fideicomiso, o posteriormente en alguna de sus modificaciones.

El fiduciario deberá de abstenerse de cumplir las resoluciones que el Comité Técnico dicte, en exceso de las facultades expresamente fijadas, por el fideicomitente o en violación a las cláusulas del contrato de fideicomiso, caso en que deberá de responder de los daños y perjuicios que se causen; sin embargo cuando la institución de crédito obra ajustándose a los dictámenes o acuerdos del Comité, estará libre de toda responsabilidad.

Se recomienda la constitución del comité técnico sobre todo en aquellos fideicomisos en los que concurren a su constitución una multiplicidad de fideicomitentes.

e. El Delegado Fiduciario

La práctica bancaria y la legislación se han orientado a reconocer la existencia de delegados fiduciarios, para desempeñar la actividad fiduciaria.

Para el maestro Acosta Romero delegados fiduciarios son “uno o más funcionarios que designan las instituciones (por conducto del consejo de Administración o en su caso del Consejo Directivo), especialmente para encargarse del desempeño de fideicomisos, comisiones y mandatos fiduciarios, y aunque la Ley de Instituciones de Crédito ya no lo señala específicamente, estimamos que de sus actos responderá directa o indirectamente la institución, sin perjuicio de las responsabilidades civiles o penales en que incurran personalmente.”³³

Consideramos que la designación de delegados fiduciarios corresponde al Consejo Directivo en Instituciones de Banca de Desarrollo según lo previsto en el artículo 42 de la Ley de Instituciones de Crédito al establecer que es facultad de dicho consejo el nombrar y remover a propuesta del director general a los delegados fiduciarios. Sin embargo en cuanto a las Instituciones de Banca Múltiple, existe una laguna en la ley ya

³³ Acosta Romero, op cit, pág. 117

que no se determina cuales son las facultades del Consejo de Administración, pero la costumbre bancaria y las leyes ya derogadas se reconocen entre las facultades del consejo, la de nombrar delgados.

Al respecto, el artículo 90 de la Ley de Instituciones de Crédito establece en lo conducente que:

.....para acreditar la personalidad y facultades de los funcionarios de las instituciones de crédito, incluyendo a los delegados fiduciarios, bastará exhibir una certificación de sus nombramientos, expedida por el secretario del consejo de administración o consejo directivo”.

Por lo anterior podemos concluir que el nombramiento de delegados fiduciarios en bancas corresponde, como ya se indicó, al Consejo de Administración de la sociedad.

Existe una tendencia bancaria de que el director general de las institución desempeñe dentro de sus funciones, la de delegado fiduciario.

Ley de Instituciones de Crédito señala, en su artículo 80 que las operaciones a que se refiere la fracción XV del artículo

46 del mismo ordenamiento, se ejercitarán por medio de delegados fiduciarios.

Actualmente no se establecen en la legislación mexicana requisitos para ser delegado fiduciario aún cuando en la derogada Ley Reglamentaria del Servicio Público de Banca y Crédito, los nombramientos de delegados fiduciarios debían ser confirmados por la Comisión Nacional Bancaria, organismo que tenía la facultad de vetar o de remover a los delegados fiduciarios designados, lo que daba mayor confianza y estabilidad en que estos funcionarios no habían sido nombrados discrecionalmente.

Para efectos de lo anterior, la Comisión Nacional Bancaria dispuso en la circular 274 del 26 de junio de 1944 que las instituciones tan pronto como nombraran a sus delegados fiduciarios debían dar aviso a la propia comisión para que ésta resolviera si ejercitaba o no el derecho de veto que la ley le concedía. Para contar con todos los elementos de información, necesarios para fundar su resolución, resultaba indispensable le proporcionara los siguientes datos:

- a) nacionalidad
- b) edad
- c) calidad moral

- d) ingresos
- e) los demás datos complementarios y referencias que pudieren servir para completar la información requerida.

Actualmente se siguen observando las condiciones establecidas por las circulares números 274 del 26 de junio de 1944, 547 del 16 de noviembre de 1966 y oficios circulares números 266730-341 del 27 de agosto de 1957 y 8286-829 del 21 de febrero de 1973 ya que la Comisión Nacional Bancaria y de Valores no ha expedido ninguna otra circular en contrario.

En cuanto a los actos de los delegados fiduciarios, tenemos que éstos deben realizar los necesarios para: cumplir con los fines del fideicomiso conforme al contrato, servir y preservar el patrimonio fiduciario, pagar todos los gastos de ejecución y de administración del fideicomiso, pagar los impuestos causados por los bienes transmitidos al fideicomiso y por la administración y cumplimiento de fines, pagar honorarios fiduciarios de la institución, entre otros.

4.4 Extinción del Fideicomiso

Por lo general los términos y condiciones inherentes a la vida jurídica del fideicomiso se establecen al momento en que

éste se constituye debiendo tomar en cuenta que su duración nunca podrá exceder de treinta años cuando se designe como beneficiario a una persona jurídica que no sea de orden público o institución de beneficencia. Como excepción a la regla encontramos que sólo pueden constituirse fideicomisos con duración mayor a la señalada cuando el fin del fideicomiso sea el mantenimiento de museos, dedicados a la ciencia y al arte que no tengan fines lucrativos.

Las fracciones del artículo 392 de la Ley General de Títulos y Operaciones de Crédito enumera las causas de extinción del fideicomiso, las cuales son:

I. Por realización del fin para el cual fue constituido: al cumplirse con el fin previsto, el fideicomiso queda sin objeto y sin fin perseguido.

II. Por hacerse imposible: al respecto cabe señalar que existen dos tipos de imposibilidad: la imposibilidad física y la imposibilidad jurídica. La primera de ellas tiene lugar cuando el hecho no es compatible con la ley de la naturaleza, y la segunda tiene lugar cuando el hecho es incompatible con una norma jurídica que necesariamente debe regirlo.

III: Por hacerse imposible el cumplimiento de la condición suspensiva de que dependa o no haberse verificado dentro del término señalado al constituirse el fideicomiso o, en su defecto, dentro del plazo de veinte años siguientes a su constitución: del contenido de ésta fracción tercera del artículo aludido, se desprende un concepto muy importante; la condición suspensiva, misma que comentaremos brevemente.

La condición suspensiva, consiste principalmente en sujetar el cumplimiento de una obligación a la realización de un acontecimiento futuro e incierto. El Código Civil para el Distrito Federal señala en el artículo 1939 que la condición es suspensiva cuando de su cumplimiento depende la existencia de la obligación.

Del estudio de la presente fracción se desprende la crítica de que no es posible considerar como causa de extinción del fideicomiso el hecho de que se vuelva imposible el cumplimiento de la condición suspensiva, toda vez que si es, precisamente ésta condición la que va a dar vida al fideicomiso, su incumplimiento necesariamente representa la inexistencia del fideicomiso y como en derecho no puede extinguirse un acto inexistente.

IV. Por haberse cumplido la condición resolutoria a que haya quedado sujeto: De conformidad por lo dispuesto en el artículo 1940 del Código Civil para el Distrito Federal, existe condición resolutoria cuando cumplida ésta se resuelve la obligación, volviendo las cosas al estado que tenían, como si esa obligación no hubiese existido.

V. Por convenio expreso entre el fideicomitente y fideicomisario: el fideicomitente, que es el interesado en iniciar el contrato de fideicomiso puede expresar su deseo de dar por terminado el contrato conjuntamente con el fiduciario quien es ahora propietario del conjunto de bienes y derechos que forma parte del patrimonio del fideicomiso. para que el fideicomitente y el fiduciario puedan dar por terminado el contrato de fideicomiso será requisito indispensable que el fideicomitente se haya reservado el derecho de revertir el patrimonio al constituir el fideicomiso en caso contrario no se podrá proceder a extinguir el fideicomiso.

VI. Por revocación hecha por el fideicomitente siempre y cuando se haya reservado expresamente esa facultad al constituir el fideicomiso: el fideicomitente podrá dar por terminado el contrato de manera unilateral pero siendo requisito indispensable que el fideicomitente se haya reservado el derecho de revertir el patrimonio al constituir el fideicomiso

en caso contrario no se podrá proceder a extinguir el fideicomiso.

VII. En caso del párrafo final del artículo 386: éste artículo dispone que el fideicomiso constituido en fraude de terceros podrá en todo momento ser atacado de nulidad por los interesados. Sin embargo considero que lo dispuesto por esta última fracción insertada en la letra de este artículo el 23 de mayo del 2000 no es precisamente una causa de extinción del fideicomiso ya que es diferente dar por terminado un contrato a atacarlo de nulidad.

Terminado un fideicomiso por las causas anteriormente señaladas, la devolución de los bienes fideicomitados opera en favor del fideicomitente o de sus herederos. Puede señalarse también que los bienes sean entregados al fideicomisario o a un tercero. El fideicomitente puede reservarse el derecho de designar a la persona que reciba parte o la totalidad de los bienes afectos al fideicomiso. De ningún modo es posible que los bienes queden en favor del fiduciario, a menos de que este se a su vez fideicomisario.

4.4 Fideicomisos Prohibidos

El artículo 394 Ley General de Títulos y Operaciones de Crédito señala:

Quedan prohibidos:

- I. Los fideicomisos secretos;
- II. Aquellos en los cuales el beneficio se conceda a diversas personas que deban sustituirse por muerte de la anterior, salvo el caso de que la sustitución se realice a favor de personas que estén vivas o concebidas ya, a la muerte del fideicomitente; y
- III. Aquellos cuya duración sea mayor a treinta años, cuando se designe como beneficiario a una persona jurídica que no sea de orden público o institución de beneficencia. Sin embargo, pueden constituirse con duración mayor de treinta años cuando el fin del fideicomiso sea el mantenimiento de museos de carácter científico o artístico que no tengan fines de lucro.

Los fideicomisos secretos son aquellos que se constituyen ocultando los fines del mismo, están prohibidos por la ley para evitar dar a los bienes transmitidos un destino ilícito, evitar malos manejos del fiduciario y evitar diferencias entre la figura del fideicomiso y las demás reguladas por la legislación.

Los fideicomisos sucesivos a personas no concebidas al momento de la constitución del mismo están prohibidos para evitar lo que se comúnmente se llama "bienes de manos muertas" esto es, que los bienes se concentren en manos de unos cuantos, al prohibir este tipo de fideicomisos la legislación fomenta la circulación de los bienes, que es una de las finalidades más importantes del derecho.

Los fideicomisos de más de 30 años están prohibidos, sin considerar las excepciones de la fracción III del artículo referido en el presente apartado.

CAPITULO V

CLASIFICACION DEL FIDEICOMISO

Actualmente no existe un criterio de clasificación de los fideicomisos. En un principio en México sólo se conocía el fideicomiso de inversión. Más adelante, y en algunas instituciones se constituyeron algunos fideicomisos de administración y uno que otro de garantía.

No obstante la versatilidad y amplitud que la figura del fideicomiso demostró tener, el uso de éste se encontraba limitado debido a su desconocimiento por parte del público usuario, de los empleados y funcionarios de las instituciones de crédito así como de las autoridades.

La Comisión Nacional Bancaria y de Valores estableció, una clasificación inicial de los fideicomisos, dividiéndolos en fideicomisos de garantía, de administración y de inversión. Actualmente, el desarrollo del fideicomiso ha sido tal, que le ha dado un amplio espectro de aplicaciones para satisfacer la más variada gama de necesidades, por lo que dicha clasificación se ha diversificado ampliamente.

La actual legislación en la materia, no establece o ha establecido clasificación alguna para agrupar los servicios

fiduciarios por tipos o alguna otra forma, a excepción de la clasificación de los fideicomisos de garantía. Por lo que las instituciones fiduciarias son las que, con base en la experiencia y manejo de las diversas situaciones presentadas por parte de sus usuarios, han clasificado a los fideicomiso de acuerdo al tipo de servicio o finalidad del mismo.

Como consecuencia de lo anterior se han obtenido múltiples criterios para su clasificación, sin embargo se pueden resumir en dos grandes grupos y corrientes: una doctrinaria y otra orientada según la práctica bancaria y fiduciaria.

De acuerdo a la corriente doctrinaria los tratadistas han estudiado y clasificado a los fideicomisos en diez categorías:

- a) En cuanto a su constitución: por fideicomisos constituidos por acto entre vivos o por testamento.
- b) En cuanto a la forma: otorgados en escritura pública o bien mediante contrato privado.
- c) En cuanto a las partes: fideicomisos públicos y fideicomisos privados.

d) En cuanto a la intención del fideicomitente al constituir el fideicomiso: onerosos y gratuitos, en los primeros el fideicomitente recibe una contraprestación por la transmisión de los bienes al fiduciario, y en los segundos, el fideicomitente no percibe ganancia alguna.

e) En cuanto a los bienes que se transmiten: muebles e inmuebles.

f) En cuanto a revocabilidad del contrato: revocables por el fideicomitente cuando se ha reservado tal derecho al momento de su constitución, e irrevocables cuando el fideicomitente no se reserve ese derecho.

g) En cuanto a los fines que pretende alcanzar el fideicomitente, interpretados por medio de la actuación del fiduciario en el ejercicio de los derechos transmitidos que constituyen el patrimonio del fideicomiso: de inversión, administración, garantía, empresarial, testamentario, sociales, de seguros, inmobiliario, etc.

h) En cuanto a su extinción: condicionales y resolutivos.

i) En cuanto a su duración: determinado o indeterminado.

j) En cuanto a su licitud: secretos, sucesivos, prohibidos, etc.

De la clasificación anteriormente relacionada destaca la que se refiere a la clasificación en cuanto a las partes, que subclasifica al fideicomiso en fideicomisos públicos y privados por lo cual a continuación expondré algunas consideraciones al respecto

5.1 Fideicomiso Público

El fideicomiso público es aquél constituido por el Gobierno Federal, los gobiernos de los Estados o en su caso, los Ayuntamientos y Municipios, a través de sus dependencias que en su carácter de fideicomitentes, transmiten bienes del dominio público (previo decreto de desincorporación), o del dominio privado de la Federación, entidad o municipio, afecta fondos públicos, a una institución fiduciaria (por lo general, instituciones nacionales de crédito), para realizar un fin lícito de interés público.

El primer intento enfocado al uso y sistematización legal del fideicomiso público, se da con el decreto por el que se establecieron las bases para la constitución, incremento, modificación, organización, funcionamiento y extinción de los

fideicomisos establecidos o que se llegaran a establecer por el Gobierno Federal, antecedente de la actual Ley Federal de Entidades paraestatales.

La regulación legal del fideicomiso público ha sufrido importantes transformaciones. Las bases definitivas para su institucionalización fueron otorgadas por la Ley General de Títulos y Operaciones de Crédito previendo que el fideicomiso pudiera ser utilizado como instrumento de acción administrativa por parte del Estado.

De la interpretación de la legislación que durante todos estos años se ha venido aplicando al fideicomiso, podemos concluir que actualmente no existe impedimento legal alguno para que el Estado sea fideicomitente y constituya fideicomisos.

En la práctica, el Gobierno Federal fue el primero que utilizó la figura del fideicomiso, para destinar bienes del Estado a la realización de fines de interés público.

Los gobiernos de las entidades federativas, al observar esa forma de actuar del Gobierno Federal, comenzaron a utilizar de igual forma la figura del fideicomiso. Sin embargo esta situación provocó que las normas, que en un principio estaban destinadas a regir el fideicomiso entre particulares, resultaran

insuficientes e inadecuadas para regular tan variados tipos de fideicomisos. Con la finalidad de dar solución al problema en comento, nuestro legislador decidió encuadrar este tipo de fideicomisos dentro de la administración pública y regularlos mediante normas de derecho público.

Actualmente el fideicomiso público se rige por leyes de carácter público, entre algunas de ellas están la Ley Orgánica de la Administración Pública Federal, Ley Orgánica de la Administración Pública del Distrito Federal, y la Ley Federal de las Entidades Paraestatales.

En los fideicomisos públicos el fideicomitente, puede ser:

- a) El Gobierno Federal
- b) Los gobiernos de las entidades federativas.
- c) Los ayuntamientos, en los municipios.

Respecto a los fideicomisos del Gobierno Federal, la legislación aplicable prevé que únicamente la Secretaría de Hacienda y Crédito Público es la entidad facultada para constituir esos fideicomisos.

Existen variantes de los fideicomisos públicos, como lo son aquellos constituidos por las entidades del sector

paraestatal, que tienen personalidad jurídica propia, por ejemplo, la Universidad Nacional Autónoma de México, Petróleos Mexicanos, el Seguro Social, etcétera, en cuyo caso, el fideicomitente es el órgano público descentralizado y actúa por conducto de sus órganos de administración y representación, por lo general el Director de esas instituciones es quien celebra el contrato con un banco del sistema mexicano, afectando bienes de la institución a un fin lícito.

En cuanto a la transmisión de los bienes del dominio público o del dominio privado de la Federación, o de fondos públicos, se deberá seguir la forma de transmisión que se requiere para cada tipo de bienes, pero si se trata de bienes del dominio público, éstos deberán desafectarse de dicho dominio, y pasar al dominio privado de la Federación, mediante el respectivo decreto de desincorporación dictado por el Ejecutivo.

El patrimonio puede estar constituido por bienes del dominio público, previa desincorporación, bienes del dominio privado, bienes inmuebles e inmuebles, dinero en efectivo, subsidios y derechos; ya sea por cualquiera de ellos o una mezcla de los mismos.

En este tipo de fideicomisos puede ser fiduciario cualquier institución de crédito siempre y cuando tenga concesión para

realizar operaciones fiduciarias, de acuerdo con la Ley General de Instituciones de Crédito y Organizaciones Auxiliares, en la práctica, por lo general se establecen estos fideicomisos en instituciones nacionales de crédito.

Los fideicomisos públicos pueden tener como finalidad la inversión, el manejo y/o administración de obras públicas, la prestación de servicios y la producción de bienes para el mercado.

Aún cuando en esta clase de fideicomisos los fines son muy amplios, estos son siempre de interés público, para satisfacer las necesidades colectivas, para obtener mejores rendimientos de los elementos de la administración pública, y para hacer óptima esa actividad.

A diferencia de los fideicomisos privados, cuando se trate de fideicomisos de orden público de orden público, su duración puede ser indefinida.

5.2 Fideicomiso Privado

Los fideicomisos privados son por exclusión aquellos que no son públicos.

Son aquellos regulados por la Ley General de Títulos y Operaciones de Crédito, en la que los bienes aportados en fideicomiso pertenecen a particulares con beneficio a personas privadas.

5.3 Fideicomisos de Administración, Inversión y Garantía:

Considero importante destacar la división que se hace de los fideicomisos en cuanto a la práctica bancaria y financiera, las autoridades bancarias han clasificado el contrato de fideicomiso en tres categorías :

a) Fideicomisos de Administración: por medio de esta operación de fideicomiso, el fideicomitente afecta y transmite al fiduciario determinados bienes y/o derechos para que éste los conserve, custodie, guarde, administre y transmita a favor del fideicomisario, o a favor del propio fideicomitente.

b) Fideicomisos de inversión: en este tipo de fideicomisos, el fideicomitente afecta recursos en dinero o valores para que el fiduciario los invierta y reinvierta de acuerdo a las instrucciones giradas, al mejor rendimiento posible, ya sea en instrumentos de renta fija o variable, y en beneficio del fideicomisario o del propio fideicomitente, según se le instruya.

c) Fideicomisos de garantía: en virtud de este fideicomiso, el fideicomitente transmite a la institución fiduciaria la propiedad de ciertos bienes, con la finalidad de garantizar al fideicomisario el cumplimiento de una obligación y su preferencia den el pago.

Este tipo de fideicomisos y su regulación fue recientemente incluido en la legislación mexicana, dicho fideicomiso puede ser constituido para garantizar simultánea o sucesivamente diferentes obligaciones que el fideicomitente contraiga con distintos acreedores.

El artículo 401 de la Ley General de Títulos y Operaciones de Crédito señala que pueden ser objeto de fideicomisos de garantía toda clase de derechos y bienes muebles e inmuebles.

Esta nueva figura del fideicomiso de garantía introducida en la legislación claramente especifica que desde el momento de la constitución del fideicomiso de garantía, se deberá designar a al institución que fungirá como fiduciaria. El fideicomitente deberá tener la capacidad necesaria para hacer la afectación de bienes y derechos, en cuanto a los bienes y derechos que se den en fideicomisos, estos serán propiedad de

la institución fiduciaria y se considerarán afectos al fin de garantizar obligaciones contraídas por el fideicomitente.

CAPITULO VI

PATRIMONIO DEL FIDEICOMISO

De los temas tratados por nuestro fideicomiso uno de los más interesantes y de mayor importancia por los efectos jurídicos y patrimoniales que arroja es la determinación de la suerte del derecho de propiedad derivado de la constitución del fideicomiso.

La ley al respecto no es precisa en cuanto a los efectos que tienen los bienes objeto del patrimonio fideicomitado, por lo que la doctrina es la que se ha abocado a su estudio, sin embargo las opiniones son numerosas y encontradas.

Previamente a desarrollar lo propuesto considero conveniente exponer brevemente las posturas fundamentales sobre los efectos producidos sobre la propiedad del patrimonio fideicomitado y exponer mi punto de vista al respecto.

Fundamentalmente pueden considerarse cuatro grupos más o menos delimitados que son: el patrimonio autónomo, transmisión de algún atributo de la propiedad al fiduciario, la conservación de la propiedad por el fideicomitente y, la que personalmente considero atinada, la transmisión de la propiedad de los bienes al fiduciario.

6.1 Patrimonio Autónomo

Esta postura establece la constitución de un patrimonio distinto y autónomo, carente de sujeto ya que el fideicomitente pierde propiedad de los bienes fideicomitados y ni la fiduciaria ni el fideicomisario la adquieren.

Por patrimonio autónomo podemos entender uno distinto al de otros, en especial de los patrimonios propios de quienes intervienen en el fideicomiso, (fideicomitente, fiduciario, fideicomisario). A ninguno de ellos le puede ser atribuible el patrimonio sino que debe entenderse que se trata de un patrimonio afectado a un fin determinado.

La transferencia de dominio que hace el fideicomitente no es a favor de una persona determinada, por lo que se constituye un patrimonio especial integrado por bienes sobre los cuales sólo se pueden ejercitar los derechos y acciones que sean necesarios para la obtención del fin del fideicomiso.

En lo personal considero a esta postura totalmente contraria a derecho ya que es inaceptable la existencia de un patrimonio sin sujeto, ya que no hay derecho sin sujeto.

Asimismo, el patrimonio es un conjunto de derechos y obligaciones atribuibles a un sujeto en específico.

En nuestro sistema legal no es admisible la independencia de patrimonios, si los bienes dejan de pertenecer al fideicomitente, deben ser transmitidos al fiduciario.

Asimismo el patrimonio se define como la “suma de bienes y riquezas que *pertenecen a una persona*. Conjunto de derechos y obligaciones que corresponden a un *sólo titular*.”³⁴

Al respecto Rojina Villegas expone que el patrimonio es “un conjunto de obligaciones y derechos susceptibles de una valorización pecuniaria, que constituyen una universalidad de derecho”,³⁵

De estas definiciones podemos concluir que no existe patrimonio sin dueño, además que en la legislación mexicana no se contempla la autonomía del patrimonio.

La relación entre patrimonio y persona es una relación que se asemeja a la que tiene el propietario sobre una cosa.

³⁴ De Pina, Rafael, Op. Cit. pág. 399

³⁵ Rojina Villegas, Derecho Civil Mexicano, pág. 67m Editorial Porrúa, Séptima Edición, 1991

6.2 Transmisión de algún atributo de la propiedad al fiduciario

Otro grupo de tratadistas consideran la transmisión al fiduciario de un dominio limitado, ya que adquiere la propiedad fiduciaria.

Así esta postura establece que el fideicomiso debe considerarse como un negocio fiduciario en virtud del cual se atribuye al fiduciario la titularidad sobre los bienes fideicomitidos con la limitación de realizar sólo aquellos actos necesarios para realizar el fin del fideicomiso.

El fiduciario es "dueño fiduciario", o sea en función, del fin que debe cumplir, y es dueño temporal.

Esta teoría postula que en los fideicomisos se crea lo que han denominado "la propiedad fiduciaria" como un desdoblamiento de la propiedad y en consecuencia dicha teoría propone la existencia de dos titulares de un derecho real.

Sin embargo, considero que no es posible la creación de un nuevo derecho real, ya que el fiduciario requiere del ejercicio pleno de los derechos transmitidos, para el cumplimiento de los fines encomendados, solo existe la

limitación de que dichos derechos no van a incrementar el patrimonio del fiduciario ni los va a ejercer en beneficio propio.

Según esta teoría, el conjunto de bienes y/o derechos que voluntariamente se desprenden del patrimonio fideicomitente, implican una transmisión de la propiedad pero no en términos civiles, sino en términos fiduciarios, el objeto de la transmisión no es la transmisión misma, sino la consecución de un fin para lo cual el fideicomitente se desprende de su propiedad civil directa y al mismo tiempo transmitirla al fiduciario para que la defienda de manera exclusiva en los términos de las instrucciones giradas por el fideicomitente. La transmisión de la propiedad es solo el medio para conseguir un fin.

Asimismo el desdoblamiento del derecho de propiedad recibido por el fiduciario sólo ocurre en los regímenes anglosajones en donde imperan dos órdenes jurídicos que son el derecho común y la equidad en los que existe la posibilidad de que existan dos titulares respecto de un mismo derecho, en cambio en nuestro régimen jurídico la existencia de un titular excluye la posibilidad de que exista otro de manera simultanea.

Por lo anterior, se concluye que la teoría expuesta no es correcta y apegada al sistema legal mexicano ya que en

él no existe la propiedad desdoblada, por así decirlo, sino que se es propietario o no.

6.3 Conservación de la propiedad por parte del fideicomitente

Esta teoría afirma que el propietario de los bienes fideicomitidos no deja de ser del fideicomitente, sosteniendo su postura basándose en el derecho de reivindicación de los bienes una vez que se cumplan los fines para los cuales se constituyó el fideicomiso.

Así los autores que sostienen esta teoría afirman que el fideicomitente no se aparta por completo de su título básico de propietario de los bienes, a pesar de la afectación de éstos a un fin.

El fideicomitente puede celebrar conjuntamente con el fideicomitente un convenio donde se pacte la extinción y la devolución de los bienes destinados al fideicomiso que estén en poder de la fiduciaria.

Se afirma que el poder del fiduciario sobre los bienes fideicomitidos es meramente físico ya que los bienes y/o derechos pertenecen al fideicomitente y habrá que

devolvérselos al conseguir el fin del fideicomiso si el fideicomitente así se reservó el derecho.

Se habla de una devolución de bienes que según los autores que sostienen la presente teoría hace referencia a una cosa que se tiene físicamente sin tener su propiedad y que habrá de entregarse a su propietario.

En lo personal no concuerdo con esta teoría ya que el fiduciario sí tiene la propiedad de los bienes aún cuando se reivindiquen éstos al cumplir con los fines del fideicomiso, debido a que este puede realizar los actos necesarios para cumplir con los fines del fideicomiso, como más adelante expongo.

6.4 Transmisión de la propiedad al fiduciario

Los bienes que integran el patrimonio del fideicomiso salen del patrimonio del fideicomitente y son transmitidos al fiduciario en forma plena, si se trata de bienes se transmite su propiedad y si se trata de derechos se transmite su plena titularidad.

Barrera Graf opina que "En virtud del negocio, el fideicomitente transmite la propiedad de ciertos bienes o la

titularidad de determinados derechos al fiduciario". Entendemos que la transmisión es plena a pesar de que se ha sostenido con frecuencia y muy ampliamente que la transferencia que se produce en la fiducia, cuando se refiere a transmisión en propiedad, configura un derecho relativo, una propiedad fiduciaria, o, incluso, un desdoblamiento del derecho de propiedad, conceptos todos inaceptables dentro de nuestro sistema jurídico, en el que el derecho de propiedad es absoluto e indivisible en cuanto que sus efectos no pueden atribuirse a distintos titulares, sin que esto de lugar a desmembramientos, los que, por otra parte, están reglamentados taxativamente en la ley."³⁶

El fiduciario es propietario de los bienes, al momento de aceptar el cargo, adquiere todos los derechos y obligaciones respecto de los bienes, incluyendo el dominio de los mismos. Asimismo tiene cuantas facultades se requieran para el cumplimiento del contenido del fideicomiso, no sólo las que se le confieren expresamente, para ciertos fines, y en determinadas condiciones. Las limitaciones son las que deben constar expresamente no así las facultades.

Ahora bien, si todo esto fue materia de polémica, al estimar que la propiedad otorgada al fiduciario no era la

³⁶ Barrera Graf, Jorge. Instituciones de Derecho Mercantil. Editorial Porrúa, México 1998. pág. 129

referida en nuestra legislación, sino que se trata de una propiedad fiduciaria o una transmisión de bienes relativa, dicha polémica quedó resuelta con el párrafo que se adicionó al artículo 383 de la Ley General de Títulos y Operaciones de Crédito, al mencionarse precisamente en su texto la transmisión de la propiedad, párrafo que dispone como a continuación:

Art. 383.- La institución fiduciaria podrá ser fideicomisaria en los fideicomisos en que, al constituirse se transmita la propiedad de los bienes fideicomitidos y que tengan por fin servir como instrumento de pago de obligaciones incumplidas, en el caso de créditos otorgados por la propia institución para la realización de actividades empresariales.....

A continuación expondré algunas de las razones por las que podemos afirmar que existe una plena transmisión de la propiedad de los bienes o derechos fideicomitidos:

El artículo 387 confirma de igual manera que existe una transmisión de la propiedad al establecer:

Artículo 387.- El fideicomiso puede ser constituido entre vivos o por testamento. La constitución del fideicomiso deberá siempre constar por escrito y ajustarse a los términos de la legislación común sobre transmisión de

los derechos o la transmisión de propiedad de las cosas que se den en fideicomiso.

En caso de que los bienes fideicomitidos sean bienes inmuebles o derechos reales, la ley prevé que para que pueda tenerse por hecha la devolución de los mismos, se requiere la anotación en el documento constitutivo y en el Registro Público del lugar de ubicación de los inmuebles, a fin de que conste el movimiento de la titularidad, al igual que cualquier otra transmisión de la propiedad, inverso al que se hizo cuando la constitución del fideicomiso. Al efecto el artículo 388 de la Ley General de Títulos y Operaciones de Crédito dispone:

Artículo 388.- El fideicomiso cuyo objeto recaiga sobre bienes inmuebles deberá inscribirse en la sección de la Propiedad del Registro Público del lugar en que los bienes estén ubicados. El fideicomiso surtirá efectos contra terceros, en caso de este artículo, desde la fecha de inscripción en el Registro.

Para el caso de bienes muebles este surtirá efectos contra tercero desde la fecha en que se cumplan los requisitos señalados en el artículo 389 de la Ley General de Títulos y Operaciones de Crédito, que a continuación transcribo:

Artículo 389.- El fideicomiso cuyo objeto recaiga en bienes muebles, surtirá efectos

contra tercero desde la fecha en que se cumplan los requisitos siguientes:

- I. Si se tratare de un crédito no negociable o de un derecho personal, desde que el fideicomiso fuere notificado al deudor.
- II. Si se tratare de un título nominativo, desde que éste se endose a la institución fiduciaria y se haga constar en los términos del emisor, en su caso;
- III. Si se tratare de cosa corpórea o de títulos al portador, desde que estén en poder de la institución fiduciaria.

Además, el fiduciario es propietario pleno de los bienes o es titular absoluto de los derechos ya que en caso de que el fiduciario dispone de los bienes o derechos o si hace uso de la "potestad de abuso" que en concepto de algunos tratadistas es esencial del negocio fiduciario, el fideicomitente no tiene derecho de ejercitar la acción de reivindicación contra cualquier tercero adquirente de buena fe de los bienes y derechos, sino que sólo podrá ejercitar, en su caso, acción de indemnización contra el fiduciario.

Las reformas a la Ley General de Títulos y Operaciones de Crédito de fecha 23 de mayo del 2000, se incluye en el artículo 395, de forma contundente, que existe transmisión de la

propiedad de los bienes fideicomitidos como a continuación se expone:

Artículo 395.- En virtud del fideicomiso de garantía, el fideicomitente transmite a la institución fiduciaria la propiedad de ciertos bienes, con el fin de garantizar al fideicomisario el cumplimiento de una obligación y su preferencia en el pago.

Existen ejecutorias de la Suprema Corte de Justicia de la Nación en las que por virtud del fideicomiso se opera una transmisión de la propiedad de los bienes y/o derechos fideicomitidos así como jurisprudencia de la cual se deduce la transmisión de la propiedad de los bienes y derechos como a continuación se establece:

FIDEICOMISO. PROPIEDAD DERECHO DE, EN CASO DE. Las características del derecho de propiedad son el *utendi* y *abutendi*, reminiscencia del derecho romano, él último limitado por concepto moderno del Derecho y que implica la facultad de transmitir en dominio, de manera que su una persona no puede usar, ni disfrutar y menos abusar de una cosa ni transferir su dominio, no es propietaria de ella. Al fideicomitente le está vedado ejercer dichos 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 se transmite con todo y

gravamen, en la prenda está vedado el uso, pero no la transferencia; en el fideicomiso, todo está vedado al fideicomitente.

El fiduciario tiene facultades de hipotecar y vender los bienes para cumplir con el fideicomiso, una razón más para afirmar la propiedad de los bienes fideicomitidos por parte del fiduciario.

FIDUCIARIA. A ELLA CORRESPONDE LA DEFENSA DEL BIEN FIDEICOMITIDO. De conformidad en lo dispuesto en los artículos 355, 356 y 357 (actualmente artículos 390, 391 y 392) de la Ley de Títulos y Operaciones de Crédito, corresponde a la institución fiduciaria llevar a cabo la defensa del patrimonio fideicomitido, por ser quien tiene todos los derechos y acciones que se refieren para el cumplimiento del fideicomiso, y éstos no pueden limitarse a los actos ordinarios tendientes a la consecución de los fines de aquél, sino que también deben comprender los actos cuya finalidad sea la defensa del patrimonio fideicomitido frente al actuar de la autoridad que altere, obstaculice o imposibilite el cumplimiento de estos fines, pues ello implica, en un sentido amplio. Llevar a cabo el objeto del fideicomiso, salvo las normas o limitaciones que en contrario se establezcan al constituirse al fideicomiso.

De la jurisprudencia anteriormente señalada podemos deducir que en virtud de que el fiduciario puede disponer de los

bienes en cualquier forma para cumplir con los fines del fideicomiso necesariamente necesita ser el propietario de los mismos.

Concluyo que existe una plena transmisión de propiedad a favor del fiduciario por los que puede disponer, vender, hipotecar, arrendar y usufructurar los bienes y/o derechos que integren el patrimonio fideicomitado.

Una vez expuestas las diferentes teorías sobre la suerte de los bienes que integran el patrimonio fideicomitado considero importante exponer las propuestas que al respecto refiere la ponente.

Considero de suma importancia que el legislador uniforme su criterio en la legislación aplicable al fideicomiso de manera que no deje duda al respecto de la transmisión de la propiedad de los bienes fideicomitados ya que algunos de los preceptos legales vigentes podrían llevarnos a pensar que no existe tal transmisión de la propiedad.

Se propone a adición de un artículo en la Ley General de Títulos y Operaciones de Crédito que establezca que la propiedad sobre los bienes y/o derechos que forman el patrimonio fideicomitado será del fiduciario, quien actuará de acuerdo a los fines del fideicomiso sin lugar a duda y así, salvar

la actual falta de claridad en la legislación al tema tratado por el presente trabajo.

CAPITULO VII

CONCLUSIONES

Primera.- Los antecedentes más remotos del fideicomiso provienen del Derecho Romano y son: La fiducia y los fideicomisos testamentarios. El fideicomiso se basaba en la buena fe, por lo que en su constitución no se exigía formalidad específica alguna.

Segunda.- Los antecedentes del fideicomiso en el Derecho Germánico son: la prenda inmobiliaria; el *treuhand* y el *manusfidelis*. El fideicomiso alemán a pesar de su enorme difusión es un negocio de naturaleza puramente civil, no está codificado en reglas uniformes ni se proporciona una definición precisa en la doctrina. Sin embargo el sistema alemán es uno de los sistemas más próximos al mexicano en cuanto a la figura del fideicomiso sobre todo por la transmisión del bien fideicomitado.

Tercera.- En el derecho inglés existieron dos figuras que constituyen antecedentes del fideicomiso actual: el "use" y el "trust". El primero de los mencionados viene a ser la columna vertebral de nuestro fideicomiso, es la base sobre la cual el legislador mexicano el fideicomiso actual. En el *trust* participan tres personas, las cuales sientan el antecedente inmediato de

las personas que actualmente participan en nuestro derecho (fideicomitente, fiduciario y fideicomisario), estas partes se denominaban *settlor*, *trustee* y *cestui que trust*

Cuarta.- El fideicomiso en nuestro país nace a la vida jurídica el día dieciséis de enero de mil novecientos veinticinco, fecha en que es publicada en el Diario oficial de la Federación, la Ley de Instituciones de Crédito y Establecimientos Bancarios de 1924.

Quinta.- Las disposiciones que reglamentan el fideicomiso en nuestro derecho son: por lo que se refiere a la sustantividad del contrato de fideicomiso, la Ley General de Títulos y Operaciones de Crédito; por lo que se refiere a la organización de los sujetos activos del fideicomiso (fiduciario), la Ley de Instituciones de Crédito; por lo que se refiere a los fideicomisos en los que el gobierno federal participe como fiduciario o fideicomitente, la Ley Federal de Entidades Paraestatales y la Ley Orgánica de la Administración Pública Federal, por lo que se refiere a los fideicomisos en los que participa la inversión extranjera, el Reglamento de la Ley de Inversiones Extranjeras.

Sexta.- La Ley General de Títulos y Operaciones de Crédito en su artículo 381 establece el concepto del fideicomiso señalando que el fideicomitente destina ciertos bienes a un fin

licito determinado, encomendando la realización de ese fin a una institución fiduciaria.

Séptima.- El fideicomiso es un negocio jurídico, debido a que sus consecuencias de derecho se deben a la voluntad del fideicomitente, ya que éste constituye el fideicomiso a través de la declaración de su voluntad entregando al fiduciario bienes y/o derechos para que ésta los administre en beneficio de un tercero llamado fideicomisario o del propio fideicomitente, conforme a un fin preestablecido. Técnicamente toma el nombre de contrato porque para su perfeccionamiento necesariamente debe presentar los elementos de existencia y validez de la teoría general del contrato civil, es mercantil, porque así lo señala la Ley General de Títulos y Operaciones de Crédito, asimismo es bancario ya que para su perfeccionamiento es indispensable la participación de una institución de crédito o alguna otra autorizada expresamente para actuar como fiduciario.

Octava.- Los elementos personales del fideicomiso son: fideicomitente, fiduciario y fideicomisario. El fideicomitente es la persona que por su propia voluntad constituye un fideicomiso. El fiduciario es la persona que se encargará de la realización de los fines del fideicomiso. El fideicomisario es la persona que recibe el beneficio del fideicomiso.

Novena.- A diferencia de otros sistemas legales, el sistema legal mexicano requiere la participación de un banco o de alguna otra institución expresamente autorizada para desempeñar funciones de fiduciario, en todos los casos. Asimismo, el fideicomiso mexicano no tiene una especialización tan clara como en otros países, no obstante sus posibilidades en nuestro sistema son universales, porque no es un negocio en él mismo sino que es un medio, hay tantos fideicomisos como negocios requieran de un medio especial para su conclusión.

Décima.- La determinación de la naturaleza jurídica del fideicomiso ha causado polémica entre los tratadistas, sin embargo considero que se trata de un negocio jurídico puesto que trae aparejado consecuencias de derecho que surgen de la voluntad del fideicomitente, por lo que existe un grado de libertad que sólo está limitado por la ley, además, el fideicomiso no constituye un fin en sí mismo sino que se crea para la consecución de un fin lícito y determinado.

Décima Primera.- No existe límite en cuanto a las aplicaciones que se le pueden dar al fideicomiso, basta con que el fin sea lícito y determinado. Eso explica la necesidad de

establecer las limitaciones al momento de su constitución más que las facultades de las partes-

Décima Segunda.- El objeto del fideicomiso podrá estar constituido por toda clase de bienes o derechos, salvo aquellos que conforme a la ley, sean estrictamente personales.

Décima Tercera.- Debido a la adaptabilidad y a las múltiples aplicaciones del fideicomiso, tanto para las necesidades civiles, mercantiles como públicas, no es posible realizar una clasificación exhaustiva de los diversos tipos de fideicomisos. Sin embargo la Comisión Nacional Bancaria y de Valores, así como la doctrina han realizado una clasificación del fideicomiso dentro de la cual destacan los fideicomisos de inversión, garantía, de administración y por supuesto la clasificación entre fideicomiso públicos y privados. Asimismo recientemente la Ley General de Títulos y Operaciones de crédito incorporó a su clausulado el fideicomiso de garantía.

Décima Cuarta.- El fideicomiso público a diferencia del privado es constituido por el Gobierno Federal o alguna de sus dependencias que en su carácter de fideicomitente, transmite bienes del dominio público (previo decreto de desincorporación), o del dominio privado de la Federación, o afecta fondos públicos en una institución fiduciaria autorizada

por el Estado, para realizar un fin lícito de interés público, en el que el fideicomitente puede ser: (i) el Gobierno Federal; (ii) los gobiernos de las entidades federativas; o, (iii) los ayuntamientos en los municipios.

Décima Quinta.- La ley prohíbe los fideicomisos secretos, ya que se busca la licitud y determinación del objeto, así como el evitar que el fiduciario haga manejos de su encargo, si fuera secreto el fin no habría forma de probar el incumplimiento. Asimismo se prohíben los fideicomisos sucesivos, con el afán de que los bienes salgan al comercio evitando se estanquen y los fideicomisos cuya duración sea mayor de treinta años a favor de personas morales, buscando regular alguna restricción al derecho de disposición, aunque es claro que en nuestra legislación hay excepciones a lo anterior como el fideicomiso en zona prohibida.

Décima Sexta.- Una vez que hemos estudiado la figura del fideicomiso y sabiendo que existen lagunas en cuanto a la legislación que actualmente lo regula considero importante la obligación del comité técnico dentro de los mismos y no sólo que se de la opción de formarlo, ya que así se proporciona mayor seguridad en el cumplimiento cabal de los fines para los cuales fue constituido.

Décima Séptima.- Derivado del estudio de las diversas doctrinas sobre la propiedad fiduciaria en el fideicomiso mexicano sustentó la hipótesis de la transmisión de la propiedad de los bienes fideicomitidos al fiduciario, esto en entre otras causas debido a las facultades que el fiduciario puede ejercer sobre dichos bienes, tales como el hipotecarlos o enajenarlos, facultades que la ley otorga exclusivamente al propietario.

Décima Octava.- Debido a que la redacción de la legislación actual aplicable al fideicomiso no es precisa en el uso de ciertos términos que pueden dar lugar a una confusión, (afectar, transmitir) resulta de gran importancia la necesidad de determinar expresamente que los bienes y/o derechos dados en fideicomiso se transmiten al fiduciario, al hacer esto se evitarían las confusiones y las múltiples doctrinas que hoy en día se suscitan sobre la propiedad fiduciaria y se eliminaría la laguna que existe al respecto en la ley.

Décima Novena.- El espíritu del legislador al redactar el texto de la ley fue el darle el carácter de propietario al fiduciario, es por eso que en el mismo texto de la ley se utiliza el término "transmisión de la propiedad".

Vigésima.- Se propone añadir una disposición en el articulado de la Ley General de Títulos y Operaciones de crédito en el sentido de que los bienes y/o derechos que formen el patrimonio fideicomitido serán transmitidos al fiduciario, por lo que éste, al momento de aceptar el cargo, adquiere todos los derechos y obligaciones de dueño respecto de los mismos incluyendo el dominio, así como todas las facultades necesarias para el cumplimiento de los fines para los cuales se constituye el fideicomiso.

BIBLIOGRAFIA

- Acosta Romero, Miguel. Derecho Bancario. México, Editorial Porrúa, 1991.
- Batiza Rodolfo. El Fideicomiso, Teoría y Práctica. México Editorial Porrúa, 1976.
- Batiza, Rodolfo. Principios Básicos del Fideicomiso y la Administración Fiduciaria. México, Porrúa, 1985.
- Barrera Graf, Jorge. Instituciones de Derecho Mercantil. Editorial Porrúa, México, 1998.
- Bernal Molina, Julián. Práctica y Teoría Jurídica del Fideicomiso. México, Editorial Porrúa, 1988.
- Cervantes Ahumada, Raúl. Títulos y Operaciones de Crédito. México. Editorial Herrero, 1978.
- Dávalos Mejía, Carlos Felipe. Derecho Bancario y Contratos de Crédito. Segunda Edición. México. Editorial Harla, 1992.
- De Pina Vara, Rafael. Diccionario de Derecho. Decimoséptima Edición. México. Editorial Porrúa, 1991.
- Domínguez Martínez, Jorge A. Dos Aspectos de la Esencia del Fideicomiso Mexicano. Segunda Edición. México, Editorial Porrúa, 1996.
- Domínguez Martínez, Jorge A. El Fideicomiso ante la Teoría General del Negocio Fiduciario. Segunda Edición. México. Editorial Porrúa, 1975.
- D'ors, Alvaro. Derecho Privado Romano. Pamplona, Ediciones Universidad de Navarra, S.A. 1989.

- Escriche Joaquín. Diccionario Razonado de Legislación y Jurisprudencia. Tomo II. México. Editorial Porrúa 1979.
- Iglesias, Juan, Derecho Romano. Sexta Edición. Barcelona, Editorial Ariel, 1979.
- Lepaulle, Pierre. Tratado teórico y práctico de los trust. México, Editorial Porrúa. 1975.
- Mantilla Molina, Roberto. Derecho Mercantil. México, Editorial Porrúa, 1986.
- Molina Pasquel, Roberto. Los Derechos del Fideicomisario. México, Editorial Jus, 1946.
- Muñoz, Luis. El Fideicomiso. México, Editorial Cárdenas, editor y distribuidor, 1980.
- Ortiz Urquidi, Raúl. Derecho Civil. México, Editorial Porrúa, 1986.
- Ourliac, Paul. Derecho Romano y Francés Histórico. Barcelona, Editorial, Bosch, 1960.
- Petit, Eugene. Tratado Elemental de Derecho Romano. México, Ediciones Selectas, 1982.
- Planitz, Hans. Principios de Derecho Privado Germánico. Barcelona, Editorial, Bosch, 1957.
- Rolandini, Jesús, Lucero M. Miguel Angel. Actualidad y Futuro del Fideicomiso en México. Primera Edición. México. Editorial Espejo de Obsidiana Ediciones 1997.
- Rodríguez Rodríguez, Joaquín. Derecho Mercantil. Décimo novena Edición. México. Editorial Porrúa, 1988.

- Rojina Villegas, Rafael. Compendio de Derecho Civil T.III. México, Editorial, Porrúa. 1989.
- Rojina Villegas, Rafael. Derecho Civil Mexicano. Séptima Edición. México. Editorial Porrúa 1991.
- Serrano Trasviña, Jorge. Aportación al fideicomiso. México, 1950.
- Sohm, Rodolfo. Instituciones de Derecho Privado Romano. México, Editorial Nacional, 1975.
- Vázquez del Mercado, Oscar. Contratos Mercantiles. Quinta Edición. México. Editorial Porrúa, 1994.
- Villagordoa Lozano, José Manuel. Doctrina General del Fideicomiso. México, Editorial Porrúa, 1982.
- _____. El Fideicomiso Mexicano. Primera Edición. México, 1998.

CODIGOS, LEYES Y REGLAMENTOS.

1. Código Civil para el Distrito Federal, Editorial Porrúa, S.A. de C.V. México, 2001.
2. Código Civil Federal, Primera Edición, Ediciones Fiscales ISEF, 2001.
3. Código de Comercio. Editorial Sista. S.A. de C.V, México, 2000.
4. Ley General de Títulos y Operaciones de Crédito. Editorial Sista, S.A. de C.V., México, 2001.
5. Ley de Instituciones de Crédito, Editorial Porrúa, S.A. de C.V. México 2000.