

321309

UNIVERSIDAD DEL TEPEYAC

19

ESCUELA DE DERECHO
CON ESTUDIOS RECONOCIDOS OFICIALMENTE POR
ACUERDO No. 3213-09 CON FECHA 16 - X - 1979
DE LA UNIVERSIDAD NACIONAL AUTONOMA DE MEXICO



LA PROPIEDAD EN EL FIDEICOMISO

TESIS
QUE PARA OBTENER EL TITULO DE
LICENCIADO EN DERECHO
PRESENTA
ROSALINDA NAVARRO NUÑEZ
ASESOR DE LA TESIS:
LIC. HECTOR SANTIAGO ROMERO FRIAS
CED. PROFESIONAL No. 1307989



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.

PAGINACIÓN DESCONTINUA

AGRADECIMIENTOS

**TESIS CON
FALLA DE ORIGEN**

**A mi familia, por el apoyo que me han brindado
en todo momento**

**Al Lic. Héctor Santiago Romero Frías
por haberme devuelto el amor al derecho**

INDICE

INDICE

INTRODUCCIÓN

CAPÍTULO I. PATRIMONIO, DERECHOS REALES Y BIENES	2
1. El Patrimonio	2
1.1. Concepto	2
1.2 Elementos del Patrimonio	3
1.3 Teorías sobre el Patrimonio	3
1.3.1 Teoría Clásica	4
1.3.2 Teoría del Patrimonio de Afectación	6
1.3.3 Doctrina Moderna del Patrimonio	9
1.4 El Patrimonio en el Derecho Mexicano	9
1.5 Derechos Patrimoniales y No Patrimoniales	10
2. Derechos Reales	11
2.1 Doctrinas sobre Derechos Reales y Derechos Personales	11
2.1.1 Tesis Clásica	11
2.1.2 Tesis Personalista	13
2.1.2.1 Teoría Personalista	13
2.1.2.2 Teoría Objetivista	14
2.1.3 Tesis Ecléctica	16
2.4 Doctrina Mexicana de los Derechos Reales	18
3. Bienes	19
3.1 Concepto	19
3.2 Clasificación de los Bienes o Cosas	20
3.2.1 Por sus cualidades físicas o jurídicas	20

3.2.1.1 Bienes o Cosas por su Naturaleza Esencial	21
3.2.1.2 Bienes o Cosas por su Determinación	21
3.2.1.3 Bienes por su Posibilidad de Sustitución	21
3.2.1.4 Bienes o Cosas por su Posibilidad de Uso Repetido	22
3.2.1.5 Bienes o Cosas por su Posibilidad de Fraccionamiento	23
3.2.1.6 Bienes o Cosas por su Existencia en el Tiempo	23
3.2.1.7 Bienes o Cosas por su Existencia en el Espacio y Posibilidad de Desplazamiento	23
3.2.2 Bienes o Cosas por las Relaciones de Conexión que Guardan unas con otras	26
3.2.2.1 Bienes por su Constitución y Contenido	26
3.2.3 Bienes por la Relación de Pertenencia o Apropiación	27
3.2.3.1 Bienes por la Susceptibilidad de Apropiación	27
3.2.3.2 Bienes por su Posibilidad de Tráfico o Comerciability	27
3.2.3.3. Bienes o Cosas por su Carácter de Pertenencia	28
CAPÍTULO II. LA PROPIEDAD	31
1. Diferencia entre Propiedad y Dominio	31
2. Evolución Histórica	32
2.1 La Propiedad en Tiempos Remotos	32
2.2 La Propiedad en el Derecho Romano	34
2.3 La Propiedad en la Epoca Medioeval	36
2.4 La Propiedad en la Revolución Francesa y Código Napoleónico	37
3. Tesis Clásica y Tesis Social de la Propiedad	38
4. La Propiedad en el Derecho Moderno	39
5. Concepto de Propiedad	40

**TESIS CON
FALLA DE ORIGEN**

6. Fundamento Jurídico de la Propiedad	41
7. Objeto de la Propiedad	44
8. Medios de adquirir la Propiedad	46
8.1 Formas Generales para Adquirir la Propiedad	46
8.2 Formas Especiales para Adquirir la Propiedad	47
9. Limitaciones a la Propiedad	52
10. Extensión del Derecho de Propiedad	53
11. Defensa del Derecho de Propiedad : Acción reivindicatoria	56
CAPÍTULO III. EL FIDEICOMISO	59
1. Evolución Histórica del Fideicomiso	59
1.1 En Roma	59
1.2 En el Derecho Angloamericano	60
1.2.1 La Fiduciaria	61
1.2.2 El Trust	62
1.2.3 El Trust norteamericano	62
1.3 En México	65
2. Definición de Fideicomiso	66
3. Elementos del Fideicomiso	67
3.1 Partes	67
3.1.1 Fideicomitente	67
3.1.2 Fiduciario	
3.1.3 Fideicomisario	75
4. Fines	78
5. Forma	78
6. Extinción del Fideicomiso	79

CAPÍTULO IV. LA PROPIEDAD EN EL FIDEICOMISO	84
1. El Fideicomiso y la Declaración Unilateral de Voluntad	84
1.2 El Fideicomiso como Negocio Jurídico	86
1.3 El Fideicomiso como Mandato	91
1.4 El Fideicomiso como Patrimonio de Afectación	94
1.5 Teoría General del Desdoblamiento del Derecho de Propiedad	97
1.6 El Fideicomiso como contrato con indeterminación de una de las partes	100
1.7 El Fideicomiso como Negocio Indirecto	101
1.8 El Fideicomiso como Contrato	103
1.9 El Fideicomiso como Institución	106
2. Situación Jurídica de los Bienes Fideicomitados	108
2.1 El Fideicomisario como Propietario de los Bienes Fideicomitados	108
2.2 Los Bienes Fideicomitados considerados como un Patrimonio Autónomo o de dominio de la Fiduciaria	113
2.3 La Fiduciaria como Propietaria de los Bienes Fideicomitados	114
2.4 El Fideicomitente como Propietario de los Bienes Fideicomitados	117

CONCLUSIONES

BIBLIOGRAFÍA

**TESIS CON
FALLA DE ORIGEN**

INTRODUCCIÓN

**TESIS CON
FALLA DE ORIGEN**

La figura jurídica del Fideicomiso ha sido objeto de debate doctrinario debido a lo confuso de su naturaleza y normatividad. Si se toma en cuenta que el nacimiento de esta figura jurídica fue con el objeto de esquivar ciertas restricciones que las leyes le imponían a los propietarios se entenderá lo complejo que puede resultar su introducción formal dentro del derecho moderno, a pesar que a partir del derecho romano fue evolucionando y adquiriendo características propias y más o menos definidas.

En esta tesis, se trata uno de los temas al respecto que es motivo de la gran mayoría de los debates acerca del fideicomiso, que es la propiedad en el mismo o la llamada propiedad fiduciaria. A pesar de que en la legislación se considera que existe la propiedad fiduciaria en el fideicomiso, las opiniones doctrinarias difieren tanto en atribuir la propiedad en el fideicomiso ya sea al fideicomitente, al fideicomisario, al fiduciario o a ninguno de estos.

Si bien es cierto que dentro del derecho una unanimidad doctrinaria respecto a cualquier tema jurídico es casi imposible de encontrar, es cierto también que al lograr una cierta uniformidad de criterios doctrinarios se logrará una mejor definición de esta figura que posteriormente podría verse reflejado en la propia legislación, como ha acontecido en diversos temas jurídicos.

La hipótesis en este tema consiste en definir si en el fideicomiso existe la llamada propiedad fiduciaria o el derecho de propiedad de cualquiera de las partes que intervienen en el contrato o, en caso contrario, tratar de definir qué tipo de derecho es el que existe.

El tema de esta tesis se ha expuesto en cuatro capítulos.

El primer capítulo llamado Patrimonio, Derechos Reales y Bienes es un capítulo introductorio al tema principal en el cual se trata las nociones generales de estos temas como son los conceptos, las principales teorías acerca del patrimonio y de los derechos reales y personales así como la clasificación de los bienes.

En el segundo capítulo se analiza la figura jurídica de la propiedad ya que teniendo una concepción global de esta figura se podrá contraponerla con la llamada propiedad fiduciaria y llegar a conclusiones definidas en el tema principal.

En el tercer capítulo llamado el fideicomiso se resume la evolución histórica del mismo, lo que permitirá entender los motivos de la creación del mismo, sus partes, características y finalidades conforme a la legislación actual.

En el último capítulo, una vez ya sentada la base del tema de esta tesis, se trata la naturaleza jurídica del fideicomiso que está profundamente relacionada con la propiedad en el fideicomiso porque justamente casi las mismas teorías que tratan de la naturaleza jurídica del fideicomiso tratan dentro de sus mismas posturas de explicar la propiedad en el mismo. Asimismo se hará exposición objetiva de las diferentes teorías, sus postulados y fundamentos.

Finalmente, en las conclusiones se fija una postura al respecto debidamente fundamentada de acuerdo con lo expuesto.

CAPÍTULO I

PATRIMONIO, DERECHOS REALES Y BIENES

1. El Patrimonio

1.1 Concepto

El término "patrimonio" desde el punto de vista jurídico ha sido objeto de controversia debido al carácter pecuniario o no del mismo.

Así, una corriente de tratadistas consideran que el patrimonio sólo está integrado por elementos de carácter pecuniario. En este entorno encontramos a Planiol, quien considera que "se llama patrimonio al conjunto de derechos y obligaciones pertenecientes a una persona apreciables en dinero" ¹. Para Rojina Villegas "el patrimonio se ha definido como un conjunto de obligaciones y derechos susceptibles de una valorización pecuniaria, que constituyen una universalidad de derecho" ². Por lo que en esta corriente de tratadistas la característica fundamental del patrimonio es su carácter económico.

Por otro lado, autores como Von Ihering sostienen que dentro del patrimonio se pueden considerar obligaciones no sólo de tipo pecuniario sino con un objeto o contenido moral o afectivo. Asimismo, Gutiérrez y González argumenta que cada vez va en aumento la necesidad de considerar

¹. Marcelo Planiol y Jorge Ripert. Tratado Práctico de Derecho Civil Francés, p.23 .

². Rafael Rojina Villegas. Derecho Civil Mexicano, Tomo III, p. 67.

jurídicamente valores que no tengan necesariamente un carácter pecuniario. El mismo autor cita algunos casos en los que él considera que el legislador apoya esta tesis, generalmente se refiere a las indemnizaciones a título de reparación moral. Sin embargo, y pese a que idealmente se deberían considerar dentro de un patrimonio obligaciones de tipo moral, lo cierto es que actualmente el concepto jurídico de patrimonio se refiere fundamentalmente a bienes de contenido económico.

1.2 Elementos del Patrimonio

Se considera que el patrimonio está integrado por dos elementos: el primero es el activo, integrado por el conjunto de bienes o derechos apreciables en dinero, y el segundo es el pasivo, que es el conjunto de obligaciones y cargas igualmente apreciables en dinero. Los bienes y derechos de carácter patrimonial se traducen en derechos reales, personales o mixtos (con caracteres reales y personales a la vez), de esta manera, el activo de una persona quedará constituido por derechos reales, personales o mixtos. El pasivo se constituye por obligaciones o deudas que son el aspecto pasivo de los derechos personales. La diferencia entre ambos elementos determina o no la solvencia de una persona; por lo tanto existe solvencia cuando el activo es superior al pasivo e insolvencia en caso contrario, atendiendo a lo anterior el Código Civil para el Distrito Federal establece que hay insolvencia cuando la suma de los bienes y créditos del deudor, estimados en su justo precio, no iguala al importe de sus deudas.

1.3 Teorías sobre el patrimonio

1.3.1 Teoría clásica.

Entre los tratadistas que sostienen esta tesis se encuentra Aubry y Rau y en esta corriente de autores se define al patrimonio como el conjunto de los derechos y las obligaciones de una persona, apreciables en dinero considerados formando una universalidad de derecho. Para esta teoría el patrimonio forma un todo jurídico, una entidad abstracta diferente de los bienes y obligaciones que lo integran puesto que es una emanación de la personalidad. Esta teoría se basa en los siguientes principios:

- 1) Sólo las personas pueden tener un patrimonio. Lo anterior debido a que son las personas los seres capaces de ser sujetos activos o pasivos de los derechos; por lo tanto sólo ellas tiene aptitud para poseer bienes, tener derechos y contraer obligaciones.
- 2) Toda persona tiene necesariamente un patrimonio. El patrimonio no significa riqueza puesto que al ser una entidad abstracta puede comprender los bienes por adquirir, es decir, una persona puede poseer muy pocas cosas, no tener derechos ni bienes e inclusive deudas, sin embargo, tener un patrimonio puesto que el patrimonio es la simple aptitud o capacidad para adquirir.
- 3) Cada persona no tiene más que un patrimonio. El patrimonio es uno, como la persona, todos los bienes y derechos forman una masa única. Sin embargo existen ciertas restricciones por mandato de ley como el beneficio de inventario concedido al heredero y el beneficio de separación de patrimonios concedido a los acreedores de una persona difunta. Estos dos beneficios tienen por resultado separar ficticiamente en las manos del heredero dos masas de bienes: sus bienes personales y los bienes que recibió del difunto de modo que parece que el heredero tiene dos patrimonios.

4) El patrimonio es inseparable de la persona. Este principio también es llamado de la inalienabilidad del patrimonio. No se puede transmitir el patrimonio de una persona mientras viva, solamente puede enajenar sus elementos. Al ser el patrimonio una universalidad consecuencia de su propia personalidad necesariamente tiene que estar unido a ella.

Las críticas que conlleva esta teoría son:

1) Confunde al patrimonio con la capacidad pues la capacidad es la aptitud jurídica para ser sujeto de derechos, deberes y obligaciones y ejercitarlos (hay dos tipos de capacidad: capacidad de goce que es la aptitud jurídica para ser titular de derechos y obligaciones y capacidad de ejercicio, que es la aptitud de ejercitar esos derechos y obligaciones), la persona es la que tiene capacidad para adquirir bienes, pero esa aptitud no es patrimonio, puede la persona en un momento dado no tener patrimonio y sí se tiene capacidad para adquirir bienes, capacidad que al ejercitarse determinará de nuevo la existencia de un patrimonio;

2) Al establecer que la persona sólo puede tener un patrimonio esta tesis se contradice pues la misma pone excepciones a este principio, en el mismo derecho francés que es donde opera y se crea esta tesis es posible que en un momento dado la persona pueda tener dos patrimonios tal y como sucede en el caso del heredero que tiene el patrimonio propio y además el patrimonio heredado que no se confunde durante el trámite sucesorio en virtud del llamado beneficio de inventario; y

3) Es falso que el patrimonio sea inseparable de la persona puesto que es posible enajenar el patrimonio por ejemplo en la donación universal, no se puede sostener en forma válida que el ser humano no puede durante su vida transmitir su patrimonio a otra persona o en un momento dado no tenerlo,

esta afirmación parte del erróneo punto de vista de confundir capacidad con patrimonio, es la capacidad la que no se puede enajenar.

1.3.2. Teoría del Patrimonio de Afectación

Esta corriente es contraria a la tesis clásica del patrimonio y fue formulada por Aubry y Rau, exponiéndola en los siguientes principios:

- 1) El patrimonio es un conjunto de elementos activos y pasivos estimables en dinero que constituyen una universalidad jurídica; es decir, el patrimonio se traduce en una masa de bienes activos y pasivos que representan un valor económico de conjunto, y de cuya masa se excluyen aquellos derechos que han sido llamados bienes morales o meramente intelectuales como los de familia, el talento, el honor, etc., cuando estos bienes son lesionados dan derecho a una reparación económica.
- 2) La idea de patrimonio está indisolublemente ligada a la idea de personalidad. No se concibe un conjunto de bienes constitutivos de un patrimonio sin una persona jurídica que sea su titular.
- 3) El patrimonio comprende dos elementos distintos: uno subjetivo que es el poder económico de la persona o sea, la posibilidad de adquirir en lo futuro y otro objetivo que se refiere a los bienes que en un momento dado pertenecen a la persona. En otras palabras, no solamente el patrimonio está ligado a la idea de personalidad, en el sentido de que es imposible concebir un patrimonio sin una persona que sea su titular, sino que además el patrimonio se identifica con la persona misma en el sentido de que el patrimonio se reduce, por una parte, a la aptitud de la persona para adquirir, y por otra, a los bienes que en un momento dado pertenecen a la persona.
- 4) Toda persona necesariamente debe tener un patrimonio. Una persona puede poseer muy pocas cosas, no tener derechos ni bienes de ninguna

especie y hasta solamente tener más que deudas, sin embargo, tiene un patrimonio. Patrimonio no significa riqueza; un patrimonio no encierra necesariamente un valor positivo, puede ser como una bolsa vacía y no contener nada.

5) El patrimonio es inalienable durante la vida de una persona.

6) El patrimonio es uno e indivisible.

7) La relación entre patrimonio y persona es una relación semejante a la que tiene el propietario sobre la cosa, con la única diferencia en la naturaleza del objeto. En la propiedad se trata de un bien determinado, en cambio en el patrimonio es sobre una universalidad.

8) El patrimonio constituye una entidad abstracta de orden intelectual, es decir, es una universalidad jurídica independiente de los elementos que la constituyen; el patrimonio constituye una universalidad jurídica en cuyo seno son fungibles todos los elementos que lo constituyen, es decir, no se consideran individualmente sino sólo en su valor.

9) El patrimonio es una prenda tácita a favor del acreedor ya que el deudor responde con todo su patrimonio presente y futuro.

10) Debido a lo anterior no hay privilegios en los acreedores en cuanto a la fecha por lo que no se acepta el principio jurídico "primero en tiempo primero en derecho", teniendo que pagarse a los acreedores a prorrata, es decir, igualdad de los acreedores en la distribución del patrimonio en cuanto al ejercicio de lo derecho de garantía, aquí se establece el principio de que la fecha de las diversas deudas a cargo de un patrimonio es indiferente precisamente por recaer el derecho de los acreedores sobre el patrimonio considerado en sí mismo, todos estos acreedores tienen los mismos derechos sobre el patrimonio o más bien, sobre los elementos que lo integran.

11) Existen dos formas de transmisión patrimonial: la integral también llamada objetivo y subjetivo que sólo es posible por la herencia en caso de muerte; y la parcial o en sentido objetivo. En el primer caso el heredero por la muerte del titular del patrimonio recibe íntegramente el activo y el pasivo, en el derecho francés responde ilimitadamente del pasivo, aún cuando el activo sea insuficiente, si no invoca a beneficio de inventario, por eso dicen Aubry y Rau que en la herencia hay una transmisión integral en el sentido objetivo y subjetivo, pues el heredero es un causahabiente a título universal, en el derecho mexicano siempre se entiende aceptada a beneficio de inventario, aún cuando no se invoque, el heredero no responde íntegramente del pasivo y únicamente cubrirá las deudas de la herencia hasta donde le alcancen los bienes. Fuera de esto, las transmisiones son parciales.

12) El patrimonio tiene protección a través de tres acciones: La de enriquecimiento sin causa, la cual protege el patrimonio del que se ha empobrecido ilegítimamente; la de acción de petición de herencia, protegiendo la transmisión a título universal; y la acción que tiene el declarado ausente para exigir la devolución del patrimonio cuando aparezca, la cual tiene por objeto la recuperación patrimonial.

La crítica a esta tesis consiste en que existen múltiples excepciones a los mencionados principios. Entre los cuales encontramos que en el mismo derecho francés la herencia constituía una excepción relativa por cuanto que sólo cuando el heredero invocaba el beneficio de inventario se efectuaba la separación de patrimonios. En nuestro derecho la excepción tiene un valor absoluto pues la herencia siempre se recibe a beneficio de inventario aunque no se exprese, además de que la herencia no produce confusión en los patrimonios que hay por consiguiente existe un régimen jurídico distinto para normar las relaciones de los acreedores y deudores de la herencia y afectar

el patrimonio hereditario para que responda a beneficio de inventario y se separe del propio heredero. Esta excepción es la más importante pero al mismo tiempo se reglamentan un conjunto de instituciones que sólo pueden explicarse satisfactoriamente si se acepta la posibilidad de que una persona tenga dos o más patrimonios. Son tantas las excepciones que se desvirtúa la tesis.

1.3.3. Doctrina Moderna del Patrimonio Afectación

En esta doctrina, el vínculo establecido entre el patrimonio y la personalidad no es tan fuerte, ya que lo que crea la cohesión entre los elementos que componen la universalidad es la afectación de los citados elementos a una destinación particular común y no la personalidad del titular. En este sentido, el patrimonio no sólo se confunde con la personalidad sino que no tiene las características de indivisibilidad e inalienabilidad propias de la persona. El patrimonio, al ser un conjunto de bienes afectados a una destinación común da lugar a que una persona pueda tener varios patrimonios. Esta doctrina no ha sido aceptada uniformemente por los derechos, principalmente por los que derivan del derecho romano, en los cuales está unido el concepto de patrimonio con el de personalidad admitiéndose sólo algunas excepciones a este principio. El derecho suizo y el derecho alemán se inspiran en la concepción moderna del patrimonio; el derecho francés se basa en la doctrina clásica del patrimonio. Sin embargo, Planiol y Ripert esperaban que algún día el derecho francés admita la transmisión autónoma de los patrimonios.

1.4 El Patrimonio en el Derecho Mexicano

Los anteriores Códigos civiles para el Distrito Federal y Territorio de la baja California de 1870 y 1884 estuvieron basados en la doctrina francesa. En el Código Civil de 1929 se adoptó la doctrina clásica aunque con influencia suiza y alemana, por lo que sólo las personas pueden tener un patrimonio. Se admite la posibilidad de que una persona sea titular de varios patrimonios autónomos y diversos destinados a la realización de fines jurídico-económicos igualmente diversos. Por ejemplo, entre los patrimonios autónomos. El de familia, el del ausente, el de los herederos. Pero también se aparta del derecho francés al no aceptar que el patrimonio sea inalienable.

1.5. Derechos Patrimoniales y No Patrimoniales

Tomando en consideración el carácter pecuniario del patrimonio y aceptando la existencia de derechos y obligaciones de carácter moral o no pecuniario se puede establecer que existen derechos patrimoniales y no patrimoniales.

Los derechos patrimoniales son aquellos susceptibles de apreciarse en dinero. Los derechos no patrimoniales son los que no pueden apreciarse pecuniariamente. Planiol y Ripert citan como ejemplos de este tipo de derechos los siguientes:

- a) Los derechos y obligaciones que tienen un carácter político asegurando al individuo su libertad, vida y honor. Estos derechos no producen efectos jurídicos en tanto no sean dañados por una persona, dando entonces lugar a una reparación civil o penal;
- b) Los derechos de potestad que una persona tiene sobre otra, y
- c) Los derechos que una persona puede ejercer para defender o modificar su condición personal.³

³Marcelo Planiol y Jorge Ripert., Op. cit. P. 25

2. Derechos Reales

Para Planiol y Ripert, el patrimonio se constituye con derechos reales y con derechos personales.

Existen diferentes doctrinas elaboradas para comparar los derechos reales y derechos personales, las cuales se pueden clasificar en tres grupos: tesis dualistas, en las cuales existe una rotunda diferencia entre los derechos reales y los derechos personales, dentro de esta tesis existen dos variantes: la escuela de la exégesis en Francia y la teoría económica de Bonnecase; tesis monistas, las cuales proclaman la identidad entre derechos reales y derechos personales, con dos variantes: tesis personalista y tesis objetivista; y finalmente tesis eclécticas que reconocen una identidad en el aspecto externo y una diferenciación en el aspecto interno.

2.1 Doctrinas sobre Derechos Reales y Personales

2.1.1 Tesis Clásica

En esta tesis se dice que el patrimonio se integra por dos elementos completamente diversos: los derechos reales y los derechos personales.

Existe una diferencia esencial entre ellos. Entre sus principales exponentes se encuentra Aubry y Rau. La definición de derecho real según esta doctrina es que existe derecho real cuando una cosa se encuentra sometida completa o parcialmente al poder de una persona en virtud de una relación inmediata que puede ser invocada contra cualquier otra. Conforme a esta definición son elementos del derecho real: una persona o sujeto del derecho, una cosa u objeto de derecho; y la relación inmediata entre persona y cosa. En cambio, el derecho personal se define como el que tenemos en contra de una persona determinada y que nos permite exigir de ella el cumplimiento de un

hecho como la entrega de una suma de dinero o una abstención. En el derecho personal encontramos los siguientes elementos: un sujeto activo que puede exigir, al que se le llama acreedor; un sujeto pasivo que debe cumplir, al que se le denomina deudor; la relación jurídica que los une; y el objeto del derecho, que consiste en la prestación. Conforme a lo anterior podemos establecer las distinciones entre derecho real y derecho personal; en el derecho personal existe, entre el titular del derecho y el objeto del mismo, un intermediario que no se encuentra en el derecho real. El intermediario es el deudor. El derecho real tiene necesariamente por objeto una cosa. El objeto del derecho personal puede ser la prestación de una cosa, de un hecho o una abstención.

El derecho real es absoluto, existe *erga omnes*. La ley impone su respeto a todos y cada uno indistintamente está obligado con el titular del derecho a no hacer nada que pueda molestarlo en el ejercicio de sus facultades sobre la cosa. En cambio, el derecho personal es relativo, implica una obligación a cargo de una persona determinada, obligada para con el acreedor a prestarle cierto servicio; y para obtener de éste, el acreedor de a un deudor y sólo a él. Las demás personas no están obligadas a ponerse a su disposición pues nada le debe.

El derecho real absoluto, recayendo sobre una cosa individualmente determinada, confiere a su titular, la doble prerrogativa del derecho de persecución y del derecho de preferencia. Debiendo el derecho real ser respetado por todos, puede su titular perseguir la cosa sobre la que recae, contra todo detentador de ésta, cualquiera que sea, con objeto de poder ejercitar su derecho. En cambio, el derecho personal no confiere este tipo de derechos, sino confiere al acreedor solamente, la posibilidad de exigirle al deudor la prestación debida.

2.1.2 Tesis Personalista

Esta tesis afirma que los derechos reales son en realidad derechos personales o bien, los derechos personales son derechos reales. Los fundamentos para esta teoría han dado lugar a la división de la misma en dos corrientes: la personalista sostenida por autores como Ortolan, Planiol y Demogue; y la objetivista o realista apoyada por Jallu y Gazin.

2.1.2.1 Teoría Personalista

Los derechos reales y los derechos personales tienen la misma naturaleza. Esto se fundamenta porque no puede existir una relación jurídica entre personas y cosas; las relaciones jurídicas son entre sujetos de tal manera que existe un sujeto pasivo y un sujeto activo. Afirmar que los derechos reales implican una relación directa entre personas y cosas es decir que a la cosa se le da el carácter de sujeto pasivo. La escuela personalista al establecer igualdad entre derechos reales y derechos personales estima que en los derechos reales también debe haber un sujeto activo y un sujeto pasivo. Planiol considera que el sujeto pasivo es todo el mundo, es decir, es un sujeto pasivo universal. El fundamento de lo anterior consiste en la oponibilidad a todo el mundo de los derechos reales. Todo el mundo, excepto el titular, tiene una obligación de no hacer de carácter extra-patrimonial pero es una obligación jurídica porque su incumplimiento se traduce en una condena de daños y perjuicios. Si solamente fuera una obligación social impuesta por la convivencia humana no originaría la posibilidad de que el sujeto activo entablara una acción en juicio, obtuviera sentencia y se condenara a aquél que viola el derecho real al pago de una suma de dinero o a la restitución de una cosa.

Las críticas a esta tesis son diversas. Una de ellas es que el sujeto pasivo universal no existe solamente en los derechos reales. Todo derecho implica un sujeto pasivo universal puesto que es consecuencia de la obligación general de respeto. En los derechos reales absolutos existe el sujeto pasivo universal pero en los derechos reales relativos también existe un sujeto pasivo universal. Otra objeción a esta teoría consiste en que la obligación real de respeto que afirma Planiol es de carácter jurídico y no simplemente social porque su violación entraña la posibilidad de que el sujeto activo inicie una acción, obtenga sentencia y haya una reparación en especie o en dinero, se critica porque no hay una obligación previa cuyo incumplimiento traiga consigo una coacción patrimonial, lo que existe es un acto ilícito que es fuente de obligaciones que obliga al responsable al pago de daños y perjuicios causados. Esto acontece en cualquier otro derecho porque la violación al derecho es un acto ilícito que obliga a reparar el daño.

2.1.2.2 Teoría Objetivista

Esta tesis representada por Gaudemet, Jallu y Gazin, trata de demostrar que el derecho personal es en realidad un derecho real sobre el patrimonio. Pero esto es en sentido inverso a la tesis de Planiol porque se despersonaliza a la obligación o derecho de crédito. La tesis comienza por hacer un estudio del derecho romano. En el derecho romano la obligación es estrictamente personal porque no puede cambiar ni el acreedor ni el deudor. Cuando se cambia, la obligación se extingue. En el derecho moderno opera un cambio fundamental puesto que se admite la cesión de créditos como un medio de transferir la obligación, no de extinguirla. El acreedor se sustituye por otro y persiste la misma relación jurídica. Actualmente los códigos admiten el cambio de deudor por consentimiento expreso o presunto del acreedor, sin que se extinga la obligación. En conclusión, en el derecho moderno se

despersonalizó la obligación puesto que se pueden cambiar los sujetos sin que la obligación se extinga.

La diferencia entre derecho real y derecho personal está en la naturaleza individual o universal del objeto. En el derecho real el objeto es determinado, por consiguiente, individual. En cambio, en el derecho personal el objeto es universal, se trata de un patrimonio, de una universalidad jurídica puesto que el acreedor tiene como garantía todo el patrimonio de un deudor, presente o futuro. Se trata simplemente de una diferencia secundaria en cuanto al objeto del derecho real y del personal. El extremo de esta teoría lo representa Jallu y Gazin afirmando que puede existir el derecho personal sin un sujeto pasivo bastando el patrimonio responsable. Gaudemet lo apoyó estableciendo que es el patrimonio lo que debe al patrimonio; que el derecho de crédito pierde su valor cuando el deudor es insolvente, cuando el patrimonio tiene un valor negativo, que por consiguiente toda la eficacia de un derecho de crédito descansa en la existencia de un patrimonio.

Las críticas fundamentalmente son porque desconoce la naturaleza del patrimonio y de la personalidad jurídica llegando al absurdo de afirmar que puede existir una obligación sin sujeto pasivo. No es cierto que el cambio de acreedor o de deudor implica una despersonalización del derecho de crédito ni que por esto hay una relación jurídica entre patrimonios, siendo secundarios los objetos. La obligación no se despersonaliza porque se habla de relación de personas en sentido jurídico, entre acreedor y deudor. Al establecer que es una relación personal no importa que cambie el sujeto inicial, lo esencial es que la categoría jurídica acreedor-deudor subsista siempre que no haya un lapso en el cual la obligación quede sin sujeto activo o pasivo. En el derecho moderno, al permitirse el cambio sólo hay una sustitución porque el deudor no desaparece. La afirmación de que el

patrimonio le debe al patrimonio, que el derecho de crédito pierde su valor cuando el deudor es insolvente, cuando el patrimonio tiene un valor negativo, que toda la eficacia del derecho de crédito descansa en la existencia de un patrimonio, no toma en cuenta que existe la facultad como simple expectativa del acreedor por si el deudor llega a adquirir bienes en el futuro.

2.1.3 Tesis Ecléctica

La tesis ecléctica se encuentra entre la clásica y la personalista.

Planiol y Ripert sostienen una posición ecléctica conforme a la cual el derecho real es un poder jurídico que de manera directa e inmediata ejerce una persona sobre un bien determinado para aprovecharlo total o parcialmente, siempre oponible dicho poder a un sujeto indeterminado que tiene la obligación de abstenerse de perturbar al primero en el ejercicio de sus derechos.⁴

Planiol rectificó su primera postura personalista ya que considera que el sujeto pasivo universal y la obligación general de respeto no se dan las características positivas del derecho real sino más bien de los derechos subjetivos absolutos que son valederos *erga omnes*. No todos los derechos absolutos son reales puesto que existen facultades de ese tipo que no tiene contenido patrimonial. Son por estas razones por las que nace la teoría ecléctica y se llama de esta manera porque admite las conclusiones de la escuela personalista al definir a los derechos reales como poderes jurídicos que en forma directa e indirecta ejerce una persona sobre bienes determinados, por su aprovechamiento económico total o parcial. Este

⁴ Ibid, p. 47.

aspecto es el interno porque revela la verdadera naturaleza intrínseca de los derechos reales, caracterizándolos o sea, atendiendo a la clase de poder jurídico que ejerce el titular, a efecto de diferenciar dicho poder de aquellos otros que se ejercen en los demás derechos subjetivos, públicos o privados, patrimoniales o no patrimoniales. El aspecto externo de los derechos reales consiste en la existencia de un sujeto pasivo indeterminado, al cual es oponible el derecho real por virtud de una relación jurídica que se crea entre el titular y todo el mundo como sujeto pasivo universal.

Conforme a lo anterior, el derecho real tiene dos características: el poder jurídico que ejerce el titular sobre un bien determinado y que se traduce en el conjunto de posibilidades normativas que el derecho objetivo le reconoce para poder realizar válidamente todos los actos jurídicos inherentes al aprovechamiento total o parcial del objeto sometido a su poder; y lo referente a la relación jurídica que se origina entre el titular y los terceros en general, a efecto de que estos se abstengan de perturbarlo en el ejercicio o goce de su derecho.

La crítica de esta tesis es que se comete el error de considerar que el aspecto interno o contenido de los derechos reales es un poder económico de aprovechamiento o en funciones de garantía, ya que ese resultado económico no siempre existe sin que se desvirtúe la naturaleza de la facultad jurídica del derecho real. El dato económico constituye el contenido posible o contingente de los derechos reales pero no puede caracterizarlo dado que aún cuando no exista el resultado relativo, el aprovechamiento o facultad jurídica existe. No es correcto el asignar a una facultad un deber jurídico que no corresponda exactamente en el contenido y naturaleza a aquella facultad. Al considerar la teoría ecléctica que la facultad jurídica en los derechos reales

se traduce en un poder de aprovechamiento total o parcial también debió haber buscado una obligación que constituya la correlativa a esa facultad y no un deber general de respeto que se presenta en todos los derechos absolutos y que nos es privativa de los derechos reales.

2.4 Doctrina Mexicana de los Derechos Reales

Para Oscar Morineau el derecho real tiene por objeto inmediato precisamente la actividad de su titular, es el derecho a la propia conducta cuando se refiere a las cosas y tiene por deber jurídico correlativo el deber de abstención impuesto a los demás sujetos dentro de cada orden jurídico. Esto se debe a la circunstancia de que la bilateralidad no significa identidad de actividades atribuidas como facultad y deber correlativos. Tampoco tiene por objeto inmediato la cosa; tiene por objeto inmediato las actividades que el titular debe ejercer sobre las cosas. Es decir, la tesis de Morineau consiste en que el derecho tiene por objeto una actividad que se manifiesta en usar, disfrutar o disponer de las cosas, según sea la naturaleza del poder jurídico que en cada caso se constituya.⁵ Para Eduardo García Máynez, derecho de crédito es la facultad que una persona llamada acreedor, tiene de exigir a otra, llamada deudor, un hecho, una abstención o la entrega de una cosa. Derecho real es la facultad, correlativa de un deber general de respeto, que una persona tiene de obtener directamente de una cosa todas o parte de las ventajas que ésta es susceptible de producir.⁶ La opinión de Alberto Vázquez del Mercado es que para distinguir los derechos reales de los personales se toman como criterios diversos elementos. Pueden agruparse según que se tome como base la forma en que opera la coacción, la posición que toma el

⁵ Rafael Rojina Villegas, Op cit, p. 128.

⁶ Eduardo García Máynez. Introducción al Estudio del Derecho. P. 214.

derecho objetivo o la que presente el elemento subjetivo. Existe derecho real, de acuerdo con el primer criterio cuando la relación permite la ejecución forzosa en forma específica; en cambio existe derecho personal cuando el titular del derecho no puede obtener una ejecución forzosa más que un subrogado, un equivalente, de la cosa debida. ⁷Para Gutiérrez y González derecho real es el poder jurídico que se ejerce directa e inmediatamente, sobre una cosa para obtener de ella el grado de aprovechamiento que autoriza el título legal y es oponible *erga omnes*.⁸

3. Bienes

3.1 Concepto

En el sentido gramatical, cosa es todo lo que tiene entidad, ya sea corporal o espiritual, natural o artificial, real o abstracta. Económicamente, cosa es todo aquello útil al hombre. Jurídicamente, las cosas se consideran bienes no sólo cuando son útiles al hombre sino cuando son susceptibles de apropiación, por ejemplo, el aire, el sol son cosas indispensables para la vida terrestre; sin embargo no son bienes porque no pueden ser objeto de apropiación en provecho de un particular, de una ciudad o de una nación. Las cosas susceptibles de apropiación son consideradas como bienes no solamente cuando tienen un dueño son aún en el caso de que no lo tengan. Se dice entonces que son bienes vacantes o sin dueño.

Para Gutiérrez y González cosa es toda realidad corpórea interior o exterior al ser humano, susceptible de entrar en una relación de derecho, tenga individualidad propia y sea sometible a un particular.⁹

⁷ Rafael Rojina Villegas. Op cit.p. 130

⁸ Ernesto Gutiérrez y González. El Patrimonio. p. 194

⁹ Ibid p. 48

La susceptibilidad de ser objeto o materia de una relación jurídica es lo que determina la diferencia entre la cosa "in genere" y la cosa jurídica que es a la cual se le llama bien. Para el Código Civil la palabra "bien" o "bienes" y el vocablo "cosa" o "cosas" se pueden utilizar como sinónimos.

En la doctrina moderna, el concepto de cosa se ha ampliado puesto que no sólo los bienes materiales y externos se consideran como objetos del derecho, sino los internos y personales, productos de la inteligencia y cosas abstractas, en cuanto adquieren cierta subsistencia independiente del sujeto y hasta los mismos derechos se presentan por algunos como objetos, a su vez, de derechos. Estos derechos tienen la consideración de cosas incorporales. En el Código Civil italiano se consideran bienes las cosas que pueden ser objeto de derechos, lo que da al concepto mayor amplitud, pues en ese sentido, formarían parte de él, las cosas valiables económicamente, los derechos pecuniarios y los bienes de contenido moral.

3.2 Clasificación de los bienes o cosas

La clasificación de los bienes o cosas que consideramos idónea es la que cita Gutiérrez y González, la cual es la que a su vez presenta José Castán Tobeñas pero con adaptaciones al derecho mexicano.

3.2.1 Por sus cualidades físicas o jurídicas

Estos a su vez se subdividen en por su naturaleza esencial, por su determinación, por su posibilidad de sustitución, por su posibilidad de uso repetido, por su posibilidad de fraccionamiento, por su existencia en el tiempo y por su existencia en el espacio y posibilidad de desplazamiento.

3.2.1.1. Bienes o cosas por su naturaleza esencial

Los bienes se dividen en corporales e incorporales. Bien o cosa corporal es la que se puede captar por medio de los sentidos. Bien o cosa incorporal es la que se capta sólo con la imaginación pues escapa a los sentidos. Esta clasificación que distingue entre los bienes corporales e incorporales viene del derecho romano. Los romanos consideraron bienes incorporales tanto a los derechos reales como a los personales; pero la propiedad, la confundieron con la cosa y solo se nota la diferencia al tener que expresar la naturaleza de cada derecho indicando la distinción entre el derecho y la cosa. Esta distinción del derecho romano pasó al derecho mexicano, que la recoge tanto en la clasificación de los inmuebles como de los muebles.

3.2.1.2 Bienes o cosas por su determinación

Se dividen en específicas y genéricas. Cosa específica es la que se expresa o designa por sus caracteres de identidad y que resulta individualmente considerada e indubitadamente designada. Cosa genérica es la que se expresa por su peso. Número o medida y las características comunes a todas las demás que le son iguales.

3.2.1.3 Bienes por su posibilidad de sustitución

Se dividen en fungibles y no fungibles. Cosa fungible es la que se puede substituir por otra al momento de hacerse un pago porque ambas tienen el mismo poder liberatorio. Cosa no fungible es aquella que no se puede substituir por otra al momento de hacerse un pago, por no tener el mismo

poder liberatorio. La fungibilidad no es un elemento o característica de las cosas en sí mismas, sino que ello resulta de la comparación de una cosa contra otra. Una cosa no puede ser en sí misma fungible o no, sino que le resultará esa calidad por la comparación que de ella se haga con la otra cosa. Sólo tiene lugar esta clasificación, cuando se aplica a bienes que se determinan por su número, peso o medida. Los bienes fungibles no tienen características distintivas propias; las que poseen son del género al que pertenecen. Esto ocurre con todos aquellos bienes que se determinen, calidad y cantidad, en esos casos, la particularidad de la cosa es completamente indiferente. Por otra parte, la fungibilidad sólo se puede atribuir a bienes muebles y no puede aplicarse a toda especie de bienes sino sólo a aquellos que no tienen características particulares relevantes que por sí mismas lo particularicen y permitan distinguirlos de las demás especies. En ningún caso la fungibilidad es característica de los inmuebles porque es de su naturaleza hallarse ubicados permanentemente en un lugar del espacio que ocupa exclusivamente sólo un inmueble y no puede ocupar otro. Esta clasificación tiene importancia, en cuanto el objeto de una obligación sea además de posible, cierto, entendiéndose por tal no sólo el que puede ser particularizado en su individualidad, sino el bien que puede determinar (cuando se trata de bienes fungibles) por su especie, calidad o cantidad.

3.2.1.4 Bienes o cosas por su posibilidad de uso repetido

Son consumibles, gradualmente consumibles y no consumibles. Bien o cosa consumibles es la que al primer uso que se haga de ella, se transforma de manera sustancial, o bien se pierde jurídicamente. Bien o cosa gradualmente consumible es la que sólo con su uso reiterado se va transformando,

desgastando o consumiendo. Bien o cosa no consumible es la que se puede usar en forma reiterada sin que se perciba su desgaste. En realidad, todas las cosas son consumibles, pero algunas como la tierra tardan cientos de años en que se perciba su desgaste. Generalmente se ha confundido en la doctrina y en la legislación la consumibilidad con la fungibilidad pero encontramos cosas fungibles que no son consumibles e invariablemente cosas consumibles que no son fungibles. Esto depende de que la consumibilidad se establece como cualidad inherente a la cosa misma y la fungibilidad como relación de comparación.

3.2.1.5 Bienes o cosas por su posibilidad de fraccionamiento

Se dividen en divisibles e indivisibles. Bien o cosas divisibles es aquella susceptible de fraccionarse sin que el valor económico de la suma de sus partes, sea inferior al valor de todo. Bien o cosa indivisible es aquella cuyo valor económico total sólo existe en tanto constituye una unidad.

3.2.1.6 Bienes o cosas por su existencia en el tiempo.

Se dividen en presentes y futuras. Bien o cosa presente es la que existe al momento de constituirse respecto de ella una relación jurídica. Bien o cosa futura es la que no existe al momento de constituirse respecto de ella una relación jurídica.

3.2.1.7 Bienes o cosas por su existencia en el espacio y posibilidad de desplazamiento.

Son bienes o cosas inmuebles y bienes o cosas muebles. Bien o cosa inmueble es la que por su fijeza, no se puede trasladar ni por sí, ni por fuerza extraña, de un lugar a otro. Bien o cosa mueble es la que por sí, o por acción de una fuerza exterior a ella, se puede trasladar de un lugar a otro. La clasificación de los bienes en muebles e inmuebles se considera como la clasificación principal de los bienes. Se funda en una cualidad natural física de todas las cosas: su posibilidad de desplazamiento del lugar donde se encuentran ubicadas. Es aplicable este principio sólo a los bienes corpóreos.

El Código Civil para el Distrito Federal enumera en su artículo 750 lo que considera son bienes inmuebles en trece fracciones que se clasifican en la doctrina en por su naturaleza, por su destino y por el objeto al cual se aplican. Por su naturaleza son los comprendidos en las fracciones I a III (el suelo y las construcciones a él adheridas, así como lo que se une en forma permanente a un inmueble). Por su destino son los bienes mencionados en la fracción II que alude a las plantas, árboles y sus frutos, mientras aquellos permanezcan adheridos a la tierra y éstos no sean desprendidos del árbol o de la planta por cosechas o cortes regulares, se trata de los llamados bienes muebles por anticipación. La fracción IV que comprende las estatuas, relieves, pinturas adheridos de manera permanente a los edificios o construcciones levantadas en un inmueble son inmuebles por destino. En la misma rama de clasificación de inmuebles por destino se encuentran los bienes inmuebles mencionados en la fracción V (explotación de palomas, peces, abejas, etc.) siempre que se trate que esas explotaciones requieran instalaciones unidas a la finca, sí como todos aquellos instrumentos, maquinaria y equipos afectos a la explotación agrícola o industrial de un inmueble (fracción VI), los abonos para el cultivo agrícola de una heredad que se encuentren en la tierra donde se utilicen (fracción VII), los aparatos y

accesorios eléctricos adheridos al suelo o a los edificios por el dueño de éstos, salvo que se haya estipulado como el propietario de aquellos aparatos y accesorios que no formen parte de la finca, (fracción VIII), los manantiales, aljibes y corrientes de agua, acueductos y cañerías por los cuales se conduzcan o se extraigan líquidos o gases (fracción IX), el pie de cría de una finca destinada a la industria de la ganadería así como los animales de trabajo destinados al cultivo de una heredad (fracción X), los diques y construcciones aunque sean flotantes, destinados a permanecer en un punto (fracción XI). En los casos no comprendidos en las fracciones anteriores, los muebles, aparatos, maquinaria o semovientes que están destinados al servicio de la explotación de inmuebles, participan de la de la misma naturaleza de éste, en virtud de una relación de dependencia que se crea al quedar incorporado un bien mueble a un inmueble por la situación de servicio en que se encuentran aquellos colocados. Por el objeto al cual se aplican son inmuebles, conforme a la fracción XII los derechos reales sobre inmuebles. Son bienes incorpóreos como el derecho de propiedad y el usufructo, cuando recaen en bienes inmuebles se consideran como bienes inmuebles. La fracción XIII dispone que las líneas telefónicas y las estaciones son inmuebles porque al quedar destinados a la explotación de una vía de comunicación forman parte de una unidad industrial regida por la ley del lugar donde se encuentra ubicada.

La palabra bienes muebles en su connotación jurídica no coincide enteramente en su significado ordinario, porque conforme al artículo 752 del Código Civil para el Distrito Federal, los bienes son muebles por naturaleza o por disposición de la ley, por lo que se le puede atribuir ese carácter prescindiendo de su movilidad. La doctrina ha hecho observar que esta clasificación se refiere a los bienes corporales móviles y a los derechos que

recaen sobre bienes corporales. En ambos casos el derecho califica de bienes muebles a unos y a otros. La doctrina distingue una tercera clase de bienes muebles que son los bienes muebles por anticipación, es decir, todos aquellos bienes que están destinados a ser separados en un inmueble, que necesariamente habrán de adquirir en el futuro categoría de muebles aunque en el presente sean inmuebles. En la categoría de bienes muebles queda comprendido el mayor volumen de los bienes que constituyen la riqueza económica, que excede en gran medida a la riqueza que constituyen los bienes inmuebles.

3.2.2 Bienes o cosas por las relaciones de conexión que guardan unas con otras.

Se subdivide esta clasificación en: por su constitución y contenido y por la jerarquía con que entran en la relación de derecho.

3.2.2.1 Bienes por su constitución y contenido

Se dividen en singulares y compuestas o universalidades. Bienes o cosas singulares o simple es aquella que constituye una unidad física, con existencia real en la naturaleza y que aparece como un todo. Bien o cosa compuesta o universalidad es aquella que se forma por una agrupación de cosas singulares o simples, a las que se les da un nombre común, y las partes pueden o no, perder su individualidad física.

3.2.2.2 Bienes por la jerarquía con que entran en la relación de derecho

Se dividen en principales y accesorias. Bien o cosa principal es la aprovechable o que presta un servicio por sí sola, sin necesidad de otra u otras cosas. Bien o cosa accesorio es la que presenta como parte integrante de otra, o está destinada al servicio de otra.

3.2.3 Bienes por la relación de pertenencia o apropiación

Se subdividen en por la susceptibilidad de apropiación, por su posibilidad de tráfico o comerciabilidad y por su carácter de pertenencia.

3.2.3.1 Bienes por la susceptibilidad de apropiación.

Se dividen en no apropiables y apropiables. Bien o cosa no apropiable es aquella que no puede entrar en una relación de derecho entre particulares a modo de objeto o materia de la misma. Bien o cosa apropiable es la que puede entrar en una relación de derecho a modo de objeto o materia de la misma, ya porque se encuentre sujeta a propiedad privada, ya porque se pueda llegar a sujetar a ese tipo de propiedad.

3.2.3.2. Bienes por su Posibilidad de tráfico o comerciabilidad

Se dividen en *in commercium* y *extra commercium*. Bien o cosa *in commercium* o comerciable es la que se encuentra reducida a propiedad privada y pueden formar parte de cualquier relación de derecho aún traslativa de dominio, a modo de objeto o materia de la misma. Bien o cosa *extra commercium* o in comerciable o no comerciable es la que por mandato de ley o por su naturaleza no puede ser objeto de propiedad particular. No pueden ser objeto de apropiación de persona alguna por su propia naturaleza por ejemplo el sol,

el cuerpo humano, y no pueden ser objeto de apropiación por disposición de la ley los bienes del dominio público los de uso común, etc. El Código Civil para el Distrito Federal dispone que ciertos bienes son del dominio del poder público no pueden pertenecer a los particulares, y por consiguiente no pueden ser objeto de tráfico jurídico, que en el sentido de la expresión están fuera del comercio.

3.2.3.3 Bienes o cosas por su carácter de pertenencia.

Se dividen en bienes de los particulares y bienes públicos. Bien o cosa pública es la que pertenece al Estado, en cualquiera de las formas que éste se presente y cualquiera que sea el dominio que tenga sobre él ya sea directo o indirecto. Bien o cosa de un particular es el que está sujeto a propiedad privada o es susceptible de llegar a ser de propiedad privada. Esta clasificación no se refiere a los bienes considerado en sí mismos, sino en relación con la persona que ejerce el dominio sobre ellos, según quien lo ejerza sea el poder público o los particulares. Se trata aquí de precisar dos situaciones jurídicas y no de clasificar a los bienes. El poder público a través de la Federación, de los Estados que lo integran y de los Municipios ejerce dominio sobre los bienes que le pertenecen. Los bienes de dominio del poder público pertenecen a la nación. Los bienes corporales (muebles e inmuebles) de dominio del poder público, constituyen en su conjunto el patrimonio nacional.

Los bienes que forman parte del patrimonio de la Nación se dividen en tres grandes grupos: bienes de uso común, bienes destinados a un servicio público y bienes propios. La distinción corresponde a la doble actividad del Estado, según actúe como autoridad en ejercicio de su soberanía o como

particular, como titular del derecho de propiedad de los bienes que le son propios. Los bienes de uso común, los destinados a un servicio público y los bienes propios, se encuentran bajo el dominio del poder público; pero el régimen que corresponde a cada uno, difiere en importantes aspectos y particularidades al punto que esas diferencias justifican y hacen necesaria esta clasificación tripartita, pues en tanto de los bienes de uso común, se sirve directamente la colectividad, los destinados a un servicio público sirven para que el poder público cumpla las funciones que le competen, mientras que los bienes propios son aquellos que no se clasifican dentro de esos dos grupos, aunque no por ello dejan de formar parte del patrimonio del Estado.

CAPÍTULO II
LA PROPIEDAD

1. Diferencia entre Propiedad y Dominio

La mayoría de los tratadistas derivan etimológicamente la raíz del vocablo "dominio" de la palabra latina "*dominium*", que como la de *dominus*, procedía de *dominus*, casa, morada; así que los romanos denominaban *dominium* a todo lo que correspondía al dueño de la casa. Por otra parte, también se considera que el origen de la palabra "dominio" es otro y es el que la hace provenir del verbo latino *domo*, *as*, *are*, que significa sujetar, dominar o domar. Según se tome la procedencia será distinto el enfoque sobre la palabra y su concepción. Pero existe otra cuestión que fracciona la opinión de los autores en cuanto al dominio y a otra palabra que ha desplazado a la primera en la mayoría de los códigos y que se usa como sinónima que es la de propiedad. Conforme a la primera tesis del origen de la palabra dominio (superioridad del dueño de la casa o señor sobre bienes y personas), dominio y propiedad no es lo mismo. La opinión antigua o clásica sostenida por tratadistas españoles clásicos consideraban que el dominio era más extenso que la propiedad significando tanto el dominio directo como el útil, mientras que propiedad era un término más restringido, pues expresaba el derecho sin el usufructo. Algunos tratadistas españoles modernos como Viso¹⁰ y Marfa¹¹ extienden más el término propiedad que el dominio ya que estiman que a la propiedad se le debe dar un sentido genérico y al dominio uno específico, entendiendo por propiedad todas las relaciones jurídicas de esta naturaleza y por dominio el conjunto de ellas cuando está indiviso, otros

¹⁰ Enciclopedia Jurídica Ormeña, Tomo VIII, p. 326

¹¹ Idem

**TESIS CON
FALLA DE ORIGEN**

consideran que la propiedad sirve para designar toda relación del hombre con la naturaleza mientras que el dominio se debe aplicar únicamente al poder pleno, indiviso e ilimitado de una persona sobre una cosa del mundo exterior. Entre los alemanes algunos señalan que existe cierta diferencia entre dominio y propiedad; según Dernburg, la palabra dominium entre los mismos romanos era más extensa, pues los romanos llamaban dominio a todo lo que pertenecía al jefe de la casa, aunque se tratara de usufructo, en cambio la palabra propiedad tenía una significación más restringida. Algunos autores de la doctrina italiana se pronuncian en el mismo sentido. Pero contra estas opiniones, que pretender introducir diferencias que la ley no aporta y que aún esta confusa en la historia algunos autores modernos como Castán Tobefías sostienen que no hay diferencia de extensión y contenido que debe eliminarse toda disputa al respecto.¹² Sin embargo, consideramos necesario aclarar las diversas posturas porque la mayoría de las autores mexicanos utilizan como sinónimos ambos términos, lo cual no toda la doctrina considera como apropiado.

2. Evolución Histórica

2.1 La Propiedad en Tiempos Remotos

Contrariamente a la opinión de los tratadistas modernos, parece firme la afirmación de que el régimen de propiedad individual tiene gran antigüedad. Uno de sus exponentes, Kovalevsky¹³, afirma que en las etapas de la historia la apropiación individual y sus productos eran cosas completamente desconocidas en las primeras épocas de la humanidad. Esto se encuentra

¹² Rafael de Pina. Elementos de Derecho Civil Mexicano, apud., p. 65.

¹³ Enciclopedia Jurídica Omeba, Op. Cit. P. 337.

completamente desmentido ya que en el Oriente, Egipto, Judea, Asiria, Babilonia (1300 años antes de la era actual) en el Código de Hammurabi (más de 2000 años antes de Cristo) y en Grecia era conocida la propiedad individual. En la India el régimen de propiedad se hallaba condicionado a las categorías sociales y religiosas, y los brahmanes eran investidos como únicos titulares del derecho sobre las tierras que recibían del dios mismo; pero el uso de las mismas se otorgaba a las castas inferiores, las que procedían a laborarlas y la producción en beneficio de los altos mandos.

Algunos tratadistas sostienen que el único pueblo oriental que tuvo en la antigüedad clásica un sentido social de la tierra y de la propiedad fue el de los hebreos ya que uno de los libros del Pentateuco se dispone: "Y Jehová habló así a Moisés:.... "La tierra no será vendida para siempre, porque no pertenece a ninguno sino a mí, y vosotros no sois sino unos extranjeros a quienes yo se las doy en arrendamiento".¹⁴

En cuanto a los demás pueblos de Oriente en Egipto, Asiria y Babilonia tenían reconocido un sistema, generalmente adaptado a las líneas del individualismo. Sin embargo, en el Nuevo Mundo los incas, aztecas y mayas tenían implantado un sistema muy aproximado al comunismo moderado. Los incas crearon una comunidad comunista muy bien organizada altamente eficiente. En Grecia el Estado era considerado como la primera fuente de la propiedad. Platón interpretaba el pensamiento griego, al decir: "Yo os declaro, en mi calidad de legislador, que nos os miro, ni a vos, ni a vuestros bienes, sino como pertenecientes a vuestra familia, y a toda vuestra familia con sus bienes, como pertenecientes al Estado."¹⁵

¹⁴ Ibid., apud, p.338

¹⁵ Idem., apud.

2.2 La Propiedad en el Derecho Romano

La idea de la propiedad romana pasa por tres épocas principales. En la primera se consideraba como una institución religiosa, en la segunda asumió un carácter aristocrático y en la última se transformó en individual o privada. A través de estas tres etapas se borra completamente la idea de una propiedad nacional y colectiva aunque subsiste hasta el fin como una ficción. La propiedad del pueblo pertenecía al emperador y los demás sólo tenían la posesión y el usufructo. Una sola y única forma de propiedad privada, pero completamente política y basada en el derecho público del Estado, tal fue el antiguo derecho de los romanos en materia de propiedad territorial porque la propiedad soberana primera residía en el estado. Esta propiedad de origen soberano era la única admitida y reconocida en Roma durante cerca de siete siglos. En los principios de Roma no está probada la existencia de una propiedad privada de los fundos cultivables, cuando mucho, una propiedad inmobiliaria de los particulares se reconocía en la ciudad solamente sobre las casas, como también sobre pequeños lotes cultivables en calidad de huertos constitutivos del *heredium* que Rómulo había asignado a cada ciudadano. El territorio que quedaba fuera de la ciudad se destinaba al pastoreo o a la agricultura extensiva, principales fuentes de vida de las gentes patricia, sin embargo, su derecho era precario y revocable por la ciudad a su arbitrio (y por eso se llamaba *possessio*).

En una segunda etapa del derecho romano aparece la pugna de una clase social por la otra, con pretensiones al dominio de los bienes inmuebles. La clase de los patricios lucha por desposeer a los plebeyos. El Estado, aún

soberano del patrimonio nacional, había comenzado a entregar las tierras a los particulares, por concesión pública. Esto era en cuanto a las tierras cultivables, para las tierras incultas, el Estado procedió de otra manera. Se permitió a los ciudadanos ocupar de estas tierras todo cuanto quisieran tomar para cultivarlas a cambio de pagar al Estado un censo, justificando su derecho de propiedad; por lo que éstos territorios no dejaban de formar parte del *ager publicus*. El ocupante no tenía la propiedad pero sí la posesión. El *ager publicus* se encontraba por entero en manos de los patricios. La clase pobre no sacaba ningún beneficio del *ager publicus*.

En una tercera etapa la propiedad tenía un carácter cada vez más individual. Cuando la lucha entre los patricios y los plebeyos dio lugar a la igualdad civil y política, surgió una nueva aristocracia. El *ager publicus* desapareció casi por completo a causa de su fraccionamiento y la Italia entera fue repartida entre los soldados. Nadie que no fuera ciudadano romano podía llegar a ser propietario *ex lege quiritium*, pues ésta era una institución propia del Derecho Civil, aplicable sólo a aquellos y a las casas romanas. La propiedad quiritaria romana sólo podía estar en manos de los ciudadanos romanos, y proyectarse sobre tierras situadas en el suelo de Roma y adquirirse por un procedimiento especial previsto en el Derecho Civil. Este criterio fue poco a poco suavizándose con la intervención del pretor, con cuya intervención se fue admitiendo, al lado de la propiedad genuina del ciudadano, una propiedad de segundo orden (pero al fin y al cabo propiedad) llamada propiedad bonitaria. Fue Justiniano el que unificó los dos diferentes tipos de propiedad, sobre la base de la bonitaria, que es el antecedente más inmediato de propiedad privada romana, cuyos principios aún dominan en algunas legislaciones del mundo.

Las características de la propiedad en el Derecho Romano eran: un derecho absoluto, exclusivo y perpetuo para usar, disfrutar y disponer de una cosa estrictamente reglamentada con sus tres elementos: *jus utendi*, *jus fruendi* y *jus abutendi*. El "*jus utendi* o "*usus*", que era la facultad de servirse de la cosa y de aprovecharse de los servicios que pudiera rendir, fuera de sus frutos. El "*jus fruendi*" o "*fructus*", que era el derecho a recoger todos los frutos de la cosa sujeta a propiedad. El "*jus abutendi*" o "*abusus*" que era el poder de consumir la cosa y por extensión el beneficio de disponer de ella en una manera total y definitiva, ya sea enajenándola o destruyéndola.

Gutiérrez y González ¹⁶cita ejemplos en los cuales aún en la propiedad quiritaria existía limitación al derecho de propiedad, por ejemplo si al predio lo atravesaba una corriente de agua, el propietario del predio no podía alterar el curso de ella, si con esa alteración podía causar daños a los propietarios de los demás predios por donde pasara la misma corriente, así como otros casos más.

Conforme fue avanzando el tiempo, en el derecho romano poco a poco se estableció un concepto único de propiedad para ciudadanos y extranjeros. Por lo que, a partir de Justiniano la *traditio* transmitía la propiedad, y el dominio, con relación a toda clase de bienes.

2.3 La Propiedad en la Epoca Medioeval

En el estado feudal la propiedad o dominio la otorgó el imperio. Todo el estado descansaba en este principio: los señores feudales por razón del dominio que tenían sobre ciertas tierras, no sólo gozaban del derecho de

¹⁶ Ernesto Gutiérrez y González. Op. Cit., p.

propiedad en el sentido civil, para usar, disfrutar y disponer de los bienes, sino que también tenían un imperio para mandar sobre los vasallos que se establecieron en aquellos feudos. El señor feudal se convirtió así en un órgano del Estado. El cristianismo, con su influencia espiritual divulgó un nuevo concepto del dominio: nadie tiene la disposición plena de la riqueza, la que se recibe a título de fideicomiso, para distribuirla y hacer disfrutar de ella a los demás, una vez cubiertas sus propias necesidades. Teniendo entre sus máximos expositores a Santo Tomás de Aquino. Estos principios trascendieron a la legislación ya que las partidas establecieron que las facultades del dueño estaban limitadas por las leyes divinas y humanas. Es decir, el dominio estaba muy lejos de ser un derecho arbitrario y sin restricciones.

2.4 La Propiedad en la Revolución Francesa y Código Napoleónico

En esta época se restaura el carácter civil del término propiedad puesto que, es un derecho real de carácter privado para usar y disfrutar de una cosa con carácter absoluto, exclusivo y perpetuo. Debido al abuso de los terratenientes se persiguieron fines igualitarios por lo que el dominio se incluyó entre los "derechos del hombre" pero con un carácter más absoluto que nunca, aún más que en el derecho romano, considerándose ya en el Código Napoleónico más bien como un superderecho que deja la cosa sometida a voluntad de su titular; siendo este derecho completamente inviolable. Pero a pesar de todo también existían ciertas limitaciones en las cuales se evidenciaba que el derecho de propiedad no era absolutamente libre; por ejemplo, en el artículo 54 se establece que el propietario es libre de usar de su cosa de la manera más absoluta con tal que no se haga de ella un uso prohibido por las leyes o los reglamentos.

3. Tesis Clásica y Tesis Social de la Propiedad

Conforme a la evolución histórica, aunque no existió una propiedad sin limitaciones, completamente absoluta, se pueden diferenciar dos tendencias en cuanto a la propiedad: la tesis clásica y la tesis de la propiedad como función social.

En la tesis clásica la propiedad es absoluta en cuanto el propietario usaba de su cosa en la medida que quisiera y como deseara. El propietario puede legítimamente realizar sobre la cosa actos aunque no tenga ningún interés en realizarlos sin que alguien pueda oponerse a ellos. La propiedad es exclusiva porque la cosa correspondía al propietario con exclusión de todas las demás personas. El propietario puede impedir que otra persona usara la cosa aunque a él no le reportara perjuicio ese uso. La propiedad es perpetua ya que el propietario lo era siempre, hiciera o no uso de su cosa, y no la perdía nunca por el no uso de la misma.

En la tesis de la propiedad como función social, uno de sus principales exponentes es León Duguit¹⁷. El considera que el hombre siempre ha vivido en sociedad como miembro de un grupo y por eso sus derechos existen. Considera que no es cierto que el hombre tenga derechos innatos anteriores a la sociedad que la norma jurídica reconoce. Para Duguit, el hombre al formar parte de un grupo tiene un conjunto de deberes impuestos por la norma jurídica, para lograr la solidaridad social y es lo que la ley reconoce y otorga ciertos poderes para que el hombre cumpla con su deber social. Esta tesis se basa en el concepto de solidaridad social que impone deberes

¹⁷ Ibid. . p. 209

fundamentales que son: realizar aquellos actos que impliquen un perfeccionamiento de la solidaridad social y; abstenerse de ejecutar actos que lesionen la solidaridad social. La propiedad se considera de esta manera como una función social debido a que el propietario por el solo hecho de poseer una riqueza tiene una función social que cumplir: emplear la riqueza de que dispone, no sólo en beneficio individual, sino colectivo; por lo que mientras cumpla esa función sus actos de propietario estarán protegidos. Si no la cumple o la cumple mal los gobernantes podrían intervenir para obligarle a cumplir su función social. En conclusión, en la tesis de León Duguit, el derecho de propiedad es una función social y no un derecho subjetivo, absoluto, inviolable, anterior a la sociedad y al estado y que la norma jurídica no puede tocar. Es por el contrario, consecuencia de un deber social que todo hombre tiene para intensificar la interdependencia humana.

4. La Propiedad en el Derecho Moderno

Los códigos desde la segunda mitad del siglo XIX aumentaron las restricciones y los límites impuestos al dominio, por el derecho privado y por el derecho público; en términos generales se suprimió el concepto absolutista del *ius abutendi* en su sentido literal, no se habla ya de un derecho ilimitado en sus facultades, sino que empezó a desenvolverse los deberes del propietario en el sentido de que el reconocimiento de las atribuciones que a éste le incumben por parte de la sociedad tienen como contra partida obligaciones a favor de ésta. No obstante la influencia del código napoleónico a nivel mundial, en el derecho Mexicano los códigos de 1870 y 1884 ya no son una reproducción del napoleónico modificando el carácter absoluto de la propiedad. Así, el Código de 1870 establece que la propiedad es el derecho de usar y disponer de una cosa sin más limitaciones que las que fijan las

leyes. En el Código de 1884 se contempla la posibilidad de restringir la propiedad ya que en su artículo 730 establece que la propiedad es inviolable y que no puede ser atacada sino por utilidad pública y previa indemnización. Asimismo, el artículo 27 constitucional declara que la nación tiene en todo tiempo el derecho de imponer a la propiedad privada las modalidades que dicte el interés público, así como regular el aprovechamiento de los elementos naturales susceptibles de apropiación para hacer una distribución equitativa de la riqueza pública y para cuidar su conservación.¹⁸

5. Concepto de Propiedad

Algunos autores reconocen dos conceptos de propiedad: propiedad en sentido amplio y propiedad en sentido restringido. El restringido comprende solamente la propiedad de las cosas; el amplio considera a la propiedad como un derecho de tipo monopolístico que proporciona al titular una situación de dominio. El concepto amplio es el que prevalece en la actualidad.

Para Rojina Villegas la propiedad “se manifiesta en el poder jurídico que una persona ejerce en forma directa e inmediata sobre una cosa para aprovecharla totalmente en sentido jurídico, siendo oponible este poder a un sujeto pasivo universal por virtud de una relación jurídico que se origina en el titular de ese derecho”¹⁹.

Para Aubry y Rau es el derecho en virtud del cual una cosa se encuentra sometida de una manera absoluta y exclusiva a la acción y voluntad de una persona²⁰.

¹⁸ Rafael Rojina Villegas, op cit, p. 303

¹⁹ Ibid, p. 289

²⁰ Ibid, p. 280

Para Gutiérrez y González la propiedad "es el derecho real más amplio; para usar, gozar y disponer de las cosas dentro del sistema jurídico positivo de limitaciones y modalidades impuestas por el legislador en cada época".²¹

Existen diferentes definiciones legales de propiedad. El Código Napoleónico la define como: "el derecho de gozar y disponer de una cosa de la manera más absoluta, con tal de que no se haga de ella un uso prohibido por las leyes o los reglamentos". Para el Código Civil Español "la propiedad es el derecho de gozar y disponer de una cosa sin más limitaciones que las establecidas por las leyes". Los Códigos mencionados establecen una definición de propiedad, otros códigos no se arriesgan tanto, se limitan a expresar las características del derecho de propiedad. Así, el Código Civil Suizo dice: "el propietario de una cosa tiene el derecho de disponer libremente de ella, dentro de los límites de la ley". El Código Civil Alemán por su parte considera que "el propietario de una cosa puede proceder a su arbitrio con respecto a ella y excluir a los demás de toda injerencia en tanto no se opongan la ley y los derechos de terceros. El Código Civil para el Distrito Federal tampoco define el derecho de propiedad sólo menciona que "el propietario de una cosa puede gozar y disponer de ella con las limitaciones y modalidades que fijan las leyes".²²

6. Fundamento Jurídico de la Propiedad

Acerca del fundamento jurídico de la propiedad han existido diversas teorías, siendo las más importantes las siguientes:

²¹ Ernesto Gutiérrez y González. Op cit, p.206.

²² Rafael de Pina. Op. cit. p 63.

Teoría de la Ocupación.²³ La más antigua teoría sobre la propiedad es la teoría de la ocupación. La ocupación de las cosas sin dueño extiende el dominio del hombre hacia la naturaleza. Transforma un objeto de la naturaleza en un bien económico y cultural. Contra esta teoría se argumenta que más que una justificación de la propiedad adquirida por los medios indicados, aparenta ser una explicación de la propiedad que es anterior y previa a la formulación jurídica.

Teoría del Trabajo. ²⁴Esta teoría argumenta que sólo el trabajo creador de bienes es un título jurídico de la propiedad. Parte de la base de que el hombre mediante el trabajo se apodera de los objetos del mundo exterior, los transforma y los convierte en valores económicos para su beneficio. Es decir, no queda sometida plenamente la cosa al dominio humano sino sólo luego de una transformación, de la elaboración en materia bruta. Se objeta a esta teoría si bien es cierto que esta concepción de la propiedad eleva el valor y la dignidad del trabajo, también es cierto que no es el fundamento jurídico de la misma. De acuerdo con Corts Grau, el trabajo no puede ser el fundamento o el modo único de adquirir la propiedad por lo siguiente: a) El trabajo supone cierta apropiación previa de la tierra o de la materia prima. Si el hombre no puede ocupar las cosas arbitrariamente, sino basándose en alguna razón, tampoco podrá trabajarlas. El trabajo implica, entonces, ya un principio de propiedad; b) en el caso de los productos de una finca que resultan del trabajo de varias personas ¿quién será el propietario? Si son todos ellos conjuntamente suprimimos la propiedad privada, si uno de ellos, habrá que aplicar un criterio superior al de solamente el trabajo, si es en proporción del trabajo de cada uno se aplicaría una medida fluctuante. Por otra parte a los

²³ Ibid., p. 79.

²⁴ Idem.

que se encuentran imposibilitados para trabajar se les negaría los medios de subsistencia.

Teoría de la Convención o Pacto.²⁵ Esta teoría tiene sus raíces en la teoría del contrato social de Juan Jacobo Rousseau y la defienden todos los adheridos a ella como Kant y otros filósofos saliéndoles al paso de los objetadores de la idea de la cruda ocupación natural, como fundamento del derecho de propiedad, estos grandes filósofos y pensadores añadieron el ingrediente de una convención o pacto colectivo por el cual todos los hombres habrían prestado consentimiento tácito a la labor de los apropiantes. Los argumentos principales con los que se refuta esta teoría son los siguientes: a) por todas las razones que se invocan contra los sistemas de ocupación y pacto social, que son los verdaderos fundamentos de la doctrina del convenio, b) porque al suponerse expreso el convenio se carece por completo de justificación histórica acerca de él, c) porque si se considera dicho acuerdo producto de un consentimiento tácito por parte de los asociados, no se ha demostrado así que reúne las condiciones necesarias para obtener eficacia jurídica y fundar en él un derecho de propiedad, d) porque tal convención sería impugnabile por aquellos que destruyeran la presunción de su consentimiento con una manifestación en contrario, f) porque lo que fue origen del consentimiento humano puede destruirse por el mutuo disenso.

Teoría de la Ley.²⁶ Esta teoría es apoyada entre otros por Mirabeau y Bentham y proviene de las concepciones de Montesquieu, Mirabeau y otros teóricos de que todo provenía de la ley. Se afirma que la propiedad y la ley

²⁵ Idem

²⁶ Ibid., p. 80

han nacido juntas y que, por lo tanto, con anterioridad a las leyes positivas no existe la propiedad y que la propiedad desaparecería el día en que desapareciesen las leyes. Consideran que la ley sola constituye la propiedad porque no hay más que la voluntad política que pueda efectuar la renuncia de todos y dar un título común, una garantía para el goce de uno solo. Se critica a esta teoría porque es cierto que la ley presta un gran servicio al ser humano al determinar los límites de la propiedad, las acciones en contra de los que ejecuten atentados a la misma pero esto es por un principio de justicia.

Teoría de la Personalidad. ²⁷Para algunos autores la teoría más racional acerca de la propiedad. Para esta teoría la propiedad es una proyección del hombre sobre las cosas. La propiedad es el reflejo de la personalidad humana en el dominio de los bienes materiales; o la proyección de la persona humana en el dominio material de las cosas. El fundamento de la propiedad está en la naturaleza humana ya que son las cosas las que nos sirven de instrumentos para conseguir el fin del hombre pero este fin sería irrealizable sino tuviera a su disposición y bajo su dominio, los objetos exteriores y mantuviera con ellos relaciones jurídicas de propiedad. Si el hombre tiene como derechos innatos a su personalidad, el derecho a la vida y al trabajo, no pueden negársele los medios para vivir, desarrollar su actividad y cumplir su fin.

7. Objeto de la Propiedad

Sólo pueden ser objeto de la propiedad:

²⁷ Idem.

- a) Las cosas (objetos corporales), no los bienes inmateriales ni los derechos.
- b) Las cosas singulares y no las universalidades o conjuntos de cosas descartando aún más las universalidades de derecho (patrimonio).
- c) Las cosas íntegras, no las partes de cosas, de tal manera que no se concibe el dominio sobre una parte del objeto.
- d) A las cosas específicamente determinadas, esto es, a las cosas ciertas; las cosas de género o de cantidad podrán ser materia de obligaciones pero no de dominio.

Para algunos autores como Rafael de Pina la propiedad puede recaer sobre cualquier objeto del mundo exterior, siempre que no sea apropiable, pudiendo ser objeto de relación dominical no sólo las cosas propiamente corporales, sino también las fuerzas naturales, como la energía eléctrica y los mismos derechos. Originariamente la propiedad tuvo por objeto exclusivamente las cosas corporales. La extensión de este objeto a las cosas llamadas inmateriales, pertenece a un concepto moderno de propiedad, que legaliza la propiedad intelectual y la industrial creando los llamados derechos de autor e industrial, que algunos autores denominan derechos sobre los bienes o cosas inmuebles.²⁸

Otros tratadistas como Rojina Villegas consideran que no hay propiedad sobre bienes incorporales puesto que a esto último se le llama derecho de autor y que equivocadamente en la legislación anterior se les llamó propiedad intelectual ya que es una contradicción porque la propiedad recae sobre cosas y cuando el objeto de derecho es de naturaleza incorporal ya no es propiedad sino un derecho real distinto que se llama derecho de autor.²⁹

²⁸ Ibid. P. 63.

²⁹ Rafael Rojina Villegas, Op. cit. p. 291

8. Medios de Adquirir la Propiedad

8.1 Formas Generales para Adquirir la Propiedad

Los medios generales de adquirir la propiedad se clasifican en adquisiciones a título universal y a título particular; adquisiciones primitivas y derivadas; y adquisiciones a título oneroso y a título gratuito.

Las adquisiciones a título universal son aquellas que por medio de la cual se transfiere el patrimonio como una universalidad jurídica. La adquisición a título particular es aquella en que transmite el dominio de bienes determinados. La forma de adquisición a título universal reconocida en nuestro derecho es la herencia en cualquiera de sus modalidades: legítima o testamentaria siempre que se instituyan herederos. Se trata de una adquisición a título universal porque comprende el activo y el pasivo. Sin embargo, cuando se instituyan legatarios hay transmisión a título particular. La forma habitual de transmisión a título particular es el contrato.

Las adquisiciones primitivas son aquellas en las cuales la cosa no ha estado en el patrimonio de determinada persona de tal manera que el adquirente de la misma no la recibe de un titular anterior, sino que ha permanecido sin dueño, siendo el primer ocupante de la misma. Entre este medio de adquisición se encuentra la ocupación y la accesión, en alguna de sus formas. En la ocupación el adquirente entra en posesión de bienes que no tienen dueño y ejercita esa posesión con ánimo de adquirir el dominio, por lo cual no hay transmisión de un patrimonio a otro. Las formas derivadas de transmisión del dominio suponen una transmisión de un patrimonio a otro. La cosa ha tenido un dueño anterior estando en el patrimonio de otra persona la que a su vez la transmite a otra persona, por eso se llama adquisición

derivada. Entre ellas se encuentra el contrato, la herencia, la prescripción y la adjudicación.

En la adquisición a título oneroso el adquirente paga cierto valor en dinero, bienes o servicios a cambio del bien que recibe por ejemplo los contratos onerosos la compra venta, permuta, etc. Ya que se transmite el dominio de una cosa a cambio de una contraprestación. En los contratos a título gratuito el adquirente recibe el bien sin tener que cubrir una contraprestación por ejemplo, la herencia.

8.2 Formas Especiales de Adquirir la Propiedad

Algunas de estas formas especiales de adquirir la propiedad encajan en las llamadas formas generales de adquirir la propiedad. Estas son el contrato, la herencia, la ley, la ocupación, la prescripción, la accesión y la adjudicación.

Contrato. Es el medio fundamental para adquirir la propiedad. Puede ser oneroso o gratuito. El contrato por sí solo es un medio eficaz para la transmisión del dominio por sí solo, respecto de cosas ciertas y determinadas, la propiedad se transfiere como una consecuencia directa e inmediata del contrato. Así el artículo 2014 del Código Civil establece que en las enajenaciones de cosas ciertas y determinadas, la transmisión de la propiedad se opera por efecto directo e inmediato del contrato, sin necesidad de tradición, ya sea natural o simbólica. La tradición ha sido una institución común en los pueblos antiguos ya que en ellos no bastaba el consentimiento de las partes para transmitir y hacer adquirir el dominio, la transmisión era de la cosa misma sobre la que recaía. En Roma, la *traditio* fue un modo sencillo de transmitir la propiedad y sustituyó a las antiguas formas solemnes de la

mancipatio y la *in iure cessio*. Es decir, en el derecho romano primitivo el contrato no era un medio para la transmisión de la propiedad por sí sola sino que se tenía que recurrir además a la *mancipatio* y la *in iure cessio* y posteriormente a la *traditio* (entrega de la cosa). En la última fase de la evolución del imperio romano en la época de Justiniano se admitieron formas virtuales o simbólicas que equivalían a la entrega material de la cosa es decir, había casos de transferencias sin tradición real o en que la tradición estaba tan simplificada que quedaba reducida a la nada (por ejemplo las formas de tradición *longa manu*, *brevi manu*, *constitum posesium*, etc.)

En la Edad Media se amplía y se generaliza la doctrina romana de la tradición a todos los actos de adquisición y a todos los derechos reales. Esto era a través del llamado título y modo. Título era la convención entre transmitente y adquirente que posibilitaba que la adquisición de la propiedad se efectuase y modo era propiamente la tradición que efectuaba la adquisición. Es decir, el título era la voluntad o el fundamento que legitima el acto y modo era el hecho que consuma y completa la adquisición de la propiedad. Posteriormente en el derecho consuetudinario francés se acostumbra establecer en los contratos la entrega simbólica y con esto cae en desuso la transmisión material de la cosa. El Código napoleónico estableció que la propiedad se adquiere simplemente por el contrato. En los códigos modernos el principio de la tradición ha tenido que luchar con dos distintos factores que le han restado importancia: por una parte, el principio de la transmisión por el solo consentimiento (Código Francés, Italiano y Portugués); por otra parte, la Institución del Registro Público de la Propiedad que al establecer un sistema de publicidad más perfecto que el de la tradición ha hecho perder la razón a ésta. Debido a la lucha entre estos principios se registra en las legislaciones actuales gran variedad de sistemas en orden a la transmisión de la

propiedad, los más típicos son los siguientes: a) el de las legislaciones que prescinden de la tradición, sustituyendolo por el consentimiento (Código Francés, Italiano y Portugués); b) el de aquellos que las conservan para bienes muebles (como elemento único o unido al acuerdo abstracto traslativo), reemplazándola, en cuanto a los inmuebles por el acuerdo abstracto. Traslato y la inscripción en el Registro (Código Civil Alemán) o por la simple inscripción fundada en un título jurídico (Código Civil Suizo y Código Civil Brasileño); el de las que mantienen el principio de la tradición para toda clase de bienes, aunque subordinándolo, en cuanto a los inmuebles y para los efectos contra terceros a la necesidad de la inscripción del título en el registro (Código de Chile).

El derecho mexicano se basa en el principio del Código Napoleónico. Sin embargo, el artículo 2014 del Código Civil sólo se refiere a enajenaciones de cosas ciertas y determinadas. Para las cosas que no están individualmente determinadas rige el principio romano de la tradición real, simbólica o ficta. Así, el artículo 2015 establece: "En las enajenaciones de alguna especie indeterminada, la propiedad no se transferirá sino hasta el momento en que la cosa se hace cierta y determinada con conocimiento del acreedor. " Para esto, es necesario recurrir a la entrega material que es el medio más perfecto para la identificación de la cosa; o bien, la tradición ficta cuando el adquirente, sin recibir la cosa, manifiesta que ya la conoce, dándose por recibido, o bien la entrega simbólica que también tiene los mismos efectos de la tradición real.

La Prescripción Adquisitiva o Positiva El Código Civil en el Distrito Federal considera a la prescripción como un medio de adquirir bienes. La prescripción es pues, un medio de adquirir el dominio mediante la posesión en concepto

de dueño, pacífica, continua, pública y por el tiempo que marca la ley. Los requisitos para la prescripción son los siguientes: a) Debe existir posesión en concepto de dueño. El artículo 826 del Código Civil establece "Sólo la posesión que se adquiere y disfruta en concepto de dueño de la cosa poseída puede producir la prescripción". Esto es se debe poseer *animus dominii*, poseer en concepto de propietario. b) Debe ser una posesión pacífica. Posesión pacífica es la que se adquiere sin violencia. c) Debe ser una posesión continua. Es la que no se ha interrumpido. d) La posesión debe ser pública. Es la que se disfruta de manera que pueda ser conocida de todos. También lo es la que está inscrita en el Registro Público de la Propiedad.

El Código Civil señala plazos distintos para la prescripción adquisitiva según los bienes sean muebles o inmuebles.

La Ley. La ley es un elemento constante y común en todas las demás formas de adquirir los derechos reales. Sin embargo, hay ocasiones en que la ley por sí sola, sin el apoyo de otra figura sirve para adquirir la propiedad. Esto es en el caso en el que se celebra un contrato con un objeto ilícito, la beneficencia pública adquiere el 50% de los que se hubiere dado por el solo mandato de ley. (artículo 1895 del Código Civil). Otro caso es el de la sucesión intestamentaria, el artículo 1602 del Código Civil establece quienes tienen derecho a heredar por sucesión legítima.

La Ocupación o apropiación. La ocupación se define como la aprehensión de una cosa corporal que no tiene dueño, con ánimo de adquirir la propiedad o bien, el modo de adquirir la propiedad de una cosa que no pertenece a nadie, o sobre la cual nadie formula reclamación, por medio de una toma de

posesión acompañada de la intención de hacerse propietario de ella. Son requisitos de la ocupación: a) Con relación al sujeto, que tenga intención de adquirir la propiedad y consiguientemente, la capacidad necesaria para consentir. b) Con relación al objeto, que se trate de cosas apropiables por naturaleza y que carezcan de dueño conocido; y c) Con relación al acto, que haya toma de posesión de la cosa. El Código Civil reglamenta cuatro formas de ocupación: adquisición de un tesoro, adquisición de animales por la caza, adquisición de animales por la pesca y adquisición de determinadas aguas que no sean propiedad de la nación mediante la captación de las mismas. En el derecho mexicano actual no existe la posibilidad de la ocupación de bienes inmuebles por lo que se considera que pertenecen originariamente al Estado. Para los bienes vacantes hay un procedimiento especial de denuncia a efecto de que sea el Ministerio Público el que ejerza la acción correspondiente y sean declarados bienes del fisco.

Adjudicación. Para Gutiérrez y González la adjudicación es el acto en virtud del cual se atribuye la propiedad u otro derecho real, por la autoridad judicial o administrativa competente, a favor de una persona diversa a la que ostenta como titular ³⁰. Ocurre en los siguientes casos: herencia, los herederos adquieren el dominio y posesión de los bienes desde el momento de la muerte del autor de la sucesión y por venta judicial y remate cuando se pide por el acreedor la adjudicación de los bienes objeto de la subasta debido a que no se presentan postores, el juez dicta una resolución administrativa al respecto.

Herencia. De la herencia se ha comentado lo fundamental al tratar el tema de las formas generales de adquirir la propiedad.

³⁰ Ernesto Gutiérrez y González. Op. Cit., p. 154

La **Accesión**. La **accesión** se define como el derecho por virtud del cual el titular del derecho real de propiedad hace suyo todo lo que la cosa produce, o se le une o incorpora natural o artificialmente. O sea, es un medio de adquirir la propiedad mediante una extensión del dominio, mediante la unión o incorporación de una cosa secundaria a una principal. El dueño de la principal adquiere, por regla general, la accesoria pero también rige el principio de que nadie puede enriquecerse sin causa, a costa de otro, por lo que esta accesión no puede ser a costa de un tercero ya que en toda accesión o enriquecimiento, cuando hay buena fe en ambas partes, debe darse una compensación del dueño de la cosa principal, al adquirir la accesoria tiene que indemnizar el valor de ésta. En el Código y en la doctrina se hacen diversas clasificaciones de formas de accesión, la principal es la siguiente. En bienes inmuebles se distingue entre natural y artificial. La natural es por aluvión, avulsión, formación de isla, formaciones coralíferas y mutación de cauce. La artificial es por edificación, plantación y siembra. En bienes muebles se diferencia en por incorporación, especificación y confusión o mezcla. La incorporación incluye inclusión, soldadura, ferruginación, tejido, pintura y rotograbado o fotograbado y formas similares de aplicar dibujos a las cosas.

9. Limitaciones a la Propiedad

En el Código Civil se establecen limitaciones al derecho de propiedad, unos en beneficio de los particulares y otras en beneficio de la sociedad que en síntesis son las siguientes:

En beneficio de los particulares: a) Limitación al derecho de construir (respecto de excavaciones o construcciones que hagan perder el sostén necesario al suelo de la propiedad vecina (artículo 839), b) Limitación al derecho de construir cerca de una pared ajena o de copropiedad, fosas, cloacas, acueductos, etc. (artículo 845); c) Limitación al derecho de plantar árboles cerca de una heredad ajena (artículo 846); d) Limitación al derecho de tomar luces (artículo 849); e) Limitación al derecho de vistas (artículo 851); Limitación al derecho de construir tejados y azoteas (artículo 853); g) Limitación al derecho de disponer de agua (artículo 937); h) servidumbres impuestas por ley: de desagüe (artículo 10719, de acueducto (artículo 1078) y de paso (artículo 1097) que a su vez se subdivide en de abrevadero de ganado (artículo 1105); de andamio (artículo 1107) y la de postes de teléfono (artículo 1108). Las limitaciones en beneficio de la sociedad son: Limitación al derecho de enajenar (artículo 834) ; limitación de no hacer por uso abusivo del derecho real (artículo 840) y limitación al derecho de construir cerca de plazas fuertes, fortalezas y edificios públicos (artículo 843).

10. Extensión del Derecho de Propiedad

Los antiguos autores vieron en la propiedad una suma o reunión de facultades pero actualmente se considera como un derecho unitario y abstracto. Ruggiero³¹ considera a la propiedad no como una suma de facultades sino como una unidad de poderes conferidos al titular; con facultades que no han sido determinadas a priori, sino un señorío general del que forman parte todos los poderes inimaginables y no son sino manifestaciones de su plenitud, por lo cual no es posible enumerarlos porque no es posible enunciar lo que el propietario puede hacer, sino sólo lo que no

³¹ Rafael Rojina Villegas, Op. Cit., p. 230

puede hacer ya sea que el límite le venga impuesto por las normas jurídicas o ya que se derive de la concurrencia de un derecho ajeno.

Una de las características del derecho de propiedad es su elasticidad con la cual alcanza las más distintas facultades de uso y de disposición de la cosa, así mismo puede comprimirse y reducirse en su contenido hasta quedar casi anulado como poder del dueño, sin que llegue a destruir totalmente el vínculo de pertenencia de la cosa o de la persona. Por esto Clemente de Diego y Gierke³² afirman que el dominio es un derecho elástico por su posibilidad de alargar y comprimir sus facultades sin perder su naturaleza esencial y es abstracta porque excluye de buscar la facultad característica del mismo puesto que al ser abstracto el dominio no resulta determinado por cualidad o facultad alguna concreta. Por otra parte, al hablar de extensión del derecho de propiedad se establece en concreto sobre qué clases de bienes se extiende este derecho así como su alcance natural.

La consecuencia natural del derecho de propiedad es un dominio sobre los frutos y productos y por otro lado la consecuencia del dominio por vía de accesión es tratándose de inmuebles es el dominio sobre el subsuelo y el espacio aéreo.

Frutos. Algunos autores consideran a los frutos dentro de la adquisición del dominio por vía de accesión como Gutiérrez y González y como lo establece el Código Civil. Para Rojina Villegas los frutos y productos no se adquieren por vía de accesión pues no hay unión o incorporación de cosas para constituir una nueva especie, ya que se adquieren como consecuencia necesaria del dominio, que uno de sus elementos (jus fruendi) permite a su

³² Idem.

titular adueñarse de todo aquello que la cosa produce en forma natural o artificial, es decir, sin la intervención del hombre o con ella.

Los frutos son manifestaciones constantes naturales o artificiales de una cosa, que no alteran la forma o sustancia de ésta, de tal manera que sin desintegración, sin merma, la cosa se reproduce y la adquisición de éstos bienes no implica el ejercicio del jus abutendi, en cuanto a la alteración o consumo del bien, sino sólo una consecuencia del jus fruendi o goce de la cosa. Por eso el usufructuario que no tiene el dominio de la cosa, sino el goce de ella, adquiere los frutos, puede comerciar con ellos, enajenarlos, sin que esto implique actos de dominio con relación a la cosa principal. Indiscutiblemente la apropiación de los frutos y su disposición constituyen un acto de goce, que no implica alteraciones o mermas del bien que los produce. Se trata de manifestaciones naturales, constantes, periódicas, regulares, bien sea en los frutos naturales que pueden ser las producciones espontáneas de la tierra o de los animales; bien en los frutos industriales, que implican la intervención del hombre y que se obtienen merced al cultivo o trabajo y en donde es posible establecer una regularidad; o en los frutos civiles que son aquellos que se obtienen por contrato o acto jurídico, como rentas de inmuebles, alquileres de muebles, intereses de capitales. En cambio, los productos implican una alteración en la forma y sustancia de la cosa siendo manifestaciones irregulares implicando una desintegración que puede ser en forma paulatina pero que constituye verdaderos actos de dominio en cuanto al bien mismo.

El derecho de propiedad se extiende también sobre el subsuelo y espacio aéreo. Algunos autores como Ihering tratan de determinar los límites del derecho de propiedad en su dirección vertical hacia arriba y hacia debajo de

la superficie reconociendo que el derecho de propiedad no es en sí un derecho de señorío absoluto ya que su extensión tiene por medida sus fines y el fin es garantizar el ejercicio de la actividad económica por lo que los límites de la propiedad son las exigencias o intereses económicos de su titular, o sea, el dominio se extiende por el espacio y por el subsuelo hasta donde sea requerido por el interés del propietario en relación al uso que se pueda hacer del inmueble de que se trate. El Código Civil vigente que aunque se tiene la propiedad del subsuelo con las limitaciones que fije el artículo 27 constitucional y las leyes mineras, no puede ejercerse este derecho en forma total o libre.

Además de las limitaciones de carácter civil, el artículo 27 constitucional considera que los minerales o sustancias que constituyan depósitos de naturaleza distinta de los componentes normales del terreno pertenecen a la nación, la que tiene un dominio directo e inalienable e imprescriptible y sólo los particulares podrán explotarlos mediante concesión.

En lo que se refiere al espacio aéreo tradicionalmente no tenía limitaciones ya que el dueño del suelo en la zona espacial correspondiente tenía el dominio absoluto pero con la navegación aérea se impusieron limitaciones en el dominio sobre el espacio aéreo.

11. Defensa de la Propiedad: Acción Reivindicatoria

La acción reivindicatoria es el medio jurídico para obtener la restitución de una cosa a su dueño y que se encuentra indebidamente en poder de un

tercero. Esta acción se da para reprimir una perturbación total tendiendo al reconocimiento del derecho de dominio.

Los elementos de esta acción son: a) Tener la propiedad de la cosa; b) Haber perdido la posesión de la misma, c) Estar la cosa en poder del demandado y d) Identificar el bien de que se trate.

La acción reivindicatoria tiene dos efectos: declarativo y condenatorio. El declarativo tienen por objeto que la sentencia reconozca que el actor tiene un derecho real de propiedad sobre la cosa. El condenatorio por el cual se condena al demandado a restituir la cosa con sus frutos y acciones.

El Código de Procedimientos Civiles determina las cosas que no se pueden reivindicar: a) Las que estén fuera del comercio, b) Los géneros no determinados al entablarse la demanda, c) Las cosas unidas a otras por vía de accesión y d) Las cosas muebles perdidas o robadas que un tercero haya adquirido de buena fe en almoneda o de comerciante que en mercado público se dedica a la venta de objetos de la misma especie, sin previo reembolso del precio que se pagó.

TESIS CON
FALLA DE ORIGEN

CAPÍTULO III
EL FIDEICOMISO

1. Evolución Histórica del Fideicomiso

1.1 En Roma

Los antecedentes del Fideicomiso en Roma se encuentran en dos instituciones: la *fiducia* y los fideicomisos testamentarios.

La *fiducia* consistía en una *mancipatio* o una *in jure cessio*; acompañándose de un *pactum fiduciae*, a través del cual el *accipiens* quien recibía la propiedad del bien transmitido, se obligaba a su vez frente al *tradens* de transmitirlo después de que se realizaban determinados fines, al propio *tradens* o a una tercera persona. La *fiducia* era considerada por algunos autores como una forma primitiva de la prenda o del comodato en los casos en los que se garantizaba alguna obligación o solamente para conceder el uso o goce temporal y gratuito del bien transmitido, en beneficio de quien lo recibía. Había dos clases de *fiducia*: la *fiducia cum creditore* y la *fiducia cum amico*. La *fiducia cum creditore* garantizaba el cumplimiento de determinadas obligaciones y consistía en que el deudor transmitía determinados bienes a su acreedor para garantizar su adeudo, el acreedor los recibía con esa finalidad y a su vez se obligaba a transmitirlos al deudor cuando hubiere pagado su crédito. En caso de incumplimiento el acreedor tenía derecho ya implícito en el pacto de retener la cosa para sí o enajenarla. En este caso si la deuda no era pagada la propiedad pasaba al acreedor fiduciario no importando si el valor de la cosa era superior al importe de la obligación principal por lo que el deudor no tenía que devolver la diferencia.

La *fiducia cum amico* se usaba para que una persona que era la que recibía el bien transmitido lo usara y disfrutara de él gratuitamente y en su propio provecho; una vez realizados dichos fines, quien había recibido los bienes transmitidos como consecuencia del *pactum fiduciae*, los retransmitía al *tradens*. Este tipo de *fiducia* se identificaba con el comodato. En la última etapa del Derecho Romano la *fiducia* cayó en desuso.

El fideicomiso testamentario era una figura por la cual el testador favorecía a una persona con la que no tenía la *testamenti factio* por lo que rogaba a su heredero que fuese el executor para dar a los incapaces parte del acervo hereditario o un objeto determinado. Es decir, el fideicomitente es el autor de la herencia, el fiduciario el heredero o legatario y el fideicomisario un tercero. Este fideicomiso era verbal, estaba sujeto a la buena fe del *fiducia* y no tenía sanciones jurídicas. Esta figura era empleada para favorecer a las personas que no tenían la *testamenti factio* pasiva o para burlar a la *Lex Falcidia*. Sin embargo, debido al creciente incumplimiento del fiduciario, el Emperador Augusto encargó a sus cónsules que vigilaran el cumplimiento de los fideicomisos y ya en época de Claudio se estableció un pretor especial para este efecto: el *praetor fideicommissarius*. En la época de Justiniano el heredero fideicomisario tenía ya no un derecho de crédito sino un derecho real puesto que tenía a su favor la *reivindicatio* sobre los bienes materia del fideicomiso.

1.2 En el Derecho Angloamericano

El antecedente inglés del moderno fideicomiso se encuentra en dos instituciones: el antiguo "*use*" o uso y el moderno *trust*.

1.2.1 La Fiducia

El "use" proviene del latín *opus* y la expresión *ad opus* del latín bárbaro significaba en su representación se convirtió más tarde en el francés arcaico *al oes, ues*, que en la pronunciación inglesa se confundió con "use". El uso consistía en una transmisión de tierras por acto entre vivos o por testamento a favor de un prestanombre, quien las poseería en provecho del beneficiario. El uso fue un instrumento ideado por el pueblo para defenderse de los injustos cargos que imponían el sistema feudal y en segundo lugar, para burlar el régimen imperante en esa época. Los derechos que se asignaban a los beneficiarios del uso no eran protegidos por la ley común británica "*common law*" (derecho común) pero posteriormente apareció un sistema de jurisprudencia basado en la buena razón, buena conciencia introducida y desarrollada por los cancilleres de Inglaterra por la autoridad del rey con el asentamiento del Parlamento para hacer justicia donde era negada por el derecho común o para hacer una justicia más perfecta que la del derecho común. Sin embargo, en ciertos sectores de la sociedad se suscitó una fuerte oposición contra el uso ya que finalmente podía ocasionarse fraude de acreedores y que las ventajas que representaban en beneficio de ciertas personas se traducían en perjuicios para otras; para el primogénito, a quien se desheredaba para favorecer a hermanos menores o extraños, para el señor a quien se privaba de sus privilegios feudales, para la corona a la que era a la que se le causaban los mayores daños. Para acabar con estos inconvenientes el Parlamento inglés expidió durante el reinado de Enrique VIII la Ley sobre Usos del año 1534 estableciendo que quien gozaba de un uso sería considerado en lo sucesivo como propietario de pleno derecho. Es decir no prohibió el uso pero le dio efectos legales de plena propiedad. Debido a esto una nueva figura sustituyó al uso: el *trust*.

1.2.2 El Trust

La Ley sobre Usos de 1534 no logró su objetivo puesto que la práctica del uso surgió con más fuerza. Sin embargo, la Ley sobre Usos no contemplaba los siguientes casos:

- a) Cuando el uso se refería sólo a bienes muebles;
- b) Los usos que se constituían sobre otro uso anterior;
- c) Los usos que implicaban una labor positiva y de administración que debía realizar el *feoffee to use*, quien tenía la obligación de realizarlas. Estos usos activos recibían el nombre de *trust*. El *trust* fue evolucionando a partir de los siglos XVII, XVIII y XIX en el sistema inglés notándose una gran expansión y desarrollo a partir de 1800. En Inglaterra el derecho de los *trusts* ha sido codificado a partir de 1850 expidiéndose la Ley de Fiduciarios y otras disposiciones aplicables.

1.2.3 El trust norteamericano

El derecho de Estados Unidos de América proviene de Inglaterra siendo casi iguales. El sistema de equidad inglés ("*Equity Law*") fue introducido en la mayor parte de las colonias inglesas de América siendo administrado por los gobernadores y aceptado casi completamente en la primera parte del siglo XIX, junto a él fue aceptando también la práctica del *trust*. La gran contribución que hizo Norteamérica a la figura del *trust* es el empleo del *trustee* corporativo ya que en Inglaterra ninguna corporación podía actuar como *trustee*. A partir de 1822 se crearon corporaciones en Estados Unidos con poder para administrar *trust* siendo el *trustee* profesional pudiendo recibir compensaciones a diferencia de Inglaterra en donde el *trustee* no recibía compensación.

No existe una definición unánime del *trust*. La definición del *Restatement of the Law of Trusts* es la siguiente: "un *trust* es una relación fiduciaria con respecto a determinados bienes, por la cual las persona que los posee (*trustee*) está obligado en derecho equidad a manejarlos en beneficio de un tercero (*cestui que trust*) y que surge como resultado de una manifestación de voluntad para crearla (*settlor*).

Características del *Trust*

Tres son las personas que generalmente intervienen en el *trust*; una de ellas es el *settlor* o fideicomitente que es el creador del *trust* expreso y también es llamado *creator* o *trustor*. El *settlor* generalmente desaparece a menos que se reserve el derecho de revocar, alterar o enmendar el *trust* aunque puede reservarse el de dirigir el *trustee* en materia de inversiones y vigilar los actos que lo precisen. El *settlor* puede ser cualquier persona que tenga capacidad para contratar y disponer de bienes. La otra parte que interviene en el *trust* es el *trustee* (fiduciario) quien se convierte en el titular legal del bien o derecho que se fideicomite. El *trustee* debe tener capacidad de ejercicio y puede ser cualquier persona física o jurídica colectiva, inclusive extranjera o familiar del *cestui* nombrado aunque actualmente el *trustee* tiende a ser profesional y recibir compensación por su trabajo. El Estado no puede ser *trustee* porque no puede ser demandado. Si por cualquier razón el cargo de *trustee* quedara vacante se transferirá la obligación a la Corte de nombrarlo. En caso de que el *settlor* no designe *trustee* no implica la invalidez del *trust* puesto que su designación la hará el tribunal competente. El *trustee* puede rechazar o aceptar su cargo pero una vez consumada su aceptación no puede rechazarla sólo por renuncia o destitución.

Las facultades del *trustee* pueden ser expresas cuando se desprenden del contenido de su acto constitutivo o implícitas cuando el fin o las circunstancias del *trust* lo requieran. El *trustee* tiene todas las facultades que le permitan la realización del negocio teniendo como límite la licitud y voluntad del *settlor*.

Las principales obligaciones del *trustee* son:

- a) Proteger el negocio y defenderlo de ataques de terceros, del beneficiario y del *settlor*;
- b) Tomar posesión inmediata de los bienes fideicomitidos salvo disposición en contrario;
- c) Registrar los bienes fideicomitidos desde que toma posesión del cargo haciendo constar la existencia del *trust* y el carácter con el que se otorgó;
- d) Cuidar de la seguridad de los bienes fideicomitidos (pagar impuestos, derechos o intereses de cualquier clase, asegurar los bienes inmuebles, etc.);
- e) En caso de inversión el *trustee* puede acudir a un consejo técnico sin que ello lo libere de la necesidad de obrar prudentemente.

La última parte que interviene en el *trust* es el *cestui que trust* (fideicomisario). La capacidad para ser *cestui* se finca en quienes tienen capacidad necesaria para adquirir bienes o derechos iguales a los que se fideicomiten para su beneficio. Pueden coincidir en una misma persona los caracteres de *settlor* y *cestui* o *settlor* y *trustee* pero no las calidades de *trustee* y *cestui* dentro del mismo *trust*.

Existen dos especies fundamentales de *trust*: El *express trust* y el *implied trust*. El *express trust* se constituye por la voluntad expresa del *settlor*. El *express trust* a su vez se puede clasificar en primer lugar en *executed trust* y

executor trust. El *trust* ejecutado (*executed*) es el que después de haber sido definitivamente declarado en el acto constitutivo no exige ningún acto ulterior para producir sus efectos. El *trust* es eventual (*executor*) es aquel en el cual existen instrucciones con vistas a la transmisión del bien el cual no se transmite en el acto constitutivo. En segundo lugar el *trust* puede ser instrumental en el cual el *trustee* debe seguir rigurosamente las instrucciones dadas y discrecional (*discretionary*) en el cual el *trustee* tiene un poder de apreciación. Finalmente el *express trust* puede ser privado o público según sea interés del mismo. Los *implied trust* deben su existencia a los tribunales de equidad y son de dos tipos: *resulting* (presuntivos) y *constructive trust* (forzosos). El *resulting trust* lo crea el tribunal cuando encuentra motivos para presumir que una persona pretendió crear el *trust* expreso pero no llegó a formalizarse. El *constructive trust* lo constituye el tribunal para evitar que una persona se allegue injustamente de riquezas ilegítimas en perjuicio de un tercero.

El *trust* se puede extinguir:

- a) Por cesión del título legal de *trustee* al *cestui*;
- b) Por liberación del *cestui* al *trustee*;
- c) Por cesión hecha por el *trustee* y por el *cestui* a un tercero;
- d) Por el *cestui* que hereda el título legal del *trustee* o el *trustee* hereda el interés en equidad del *cestui*;
- e) Por revocación;
- f) Por estatuto, donde los fines se han cumplido.

1.3 En México

Formalmente en México el fideicomiso nace jurídicamente en 1925 al promulgarse la Ley General de Instituciones de Crédito y Establecimientos

TESIS CON
FALLA DE ORIGEN

Bancarios. Se afirma que antes de 1900 no hubo antecedentes del fideicomiso en México.

El antecedente moderno del fideicomiso en México es el trust que posteriormente adquirió perfiles bien definidos. En La Ley General de Instituciones de Crédito y Establecimientos Bancarios de 1925 que abrogó al Ley General de Instituciones de Crédito de 1897 se definió las facultades y obligaciones de los bancos de fideicomiso especificando que su funcionamiento se regirá por la ley especial que posteriormente se expediría, lo cual fue en 1926 con la Ley de Bancos de Fideicomiso, a cual le dio el carácter de mandato irrevocable. Sin embargo, dicha ley fue abrogada con la entrada en vigor de la Ley General de Instituciones de Crédito de 1932 que copia las disposiciones existentes en la Ley de Bancos de Fideicomiso, detallando los fideicomisos de quiebra, el testamentario y el de administración e inició la institución de delegado fiduciario como un funcionario especial que podría ser removido por la Comisión Nacional Bancaria. En 1932 se publicó la Ley General de Títulos y Operaciones de Crédito la cual reguló el fideicomiso en norma integral. La Ley General de Instituciones de Crédito y Organizaciones Auxiliares de Crédito del 3 de mayo de 1941 organizó el funcionamiento de los principales sujetos activos del fideicomiso y las instituciones fiduciarias hasta 1982.

2. Definición de Fideicomiso

La Ley General de Títulos y Operaciones de Crédito establece que en virtud del fideicomiso "el fideicomitente destina ciertos bienes a un fin lícito determinado, encomendando la realización de este fin a una institución fiduciaria". Aunque la Ley no define propiamente al fideicomiso sí expresa los elementos, objeto y efectos del fideicomiso.

3. Elementos del Fideicomiso

3.1 Partes

En el fideicomiso los elementos personales son: fideicomitente, fiduciario y fideicomisario. Estos tres elementos generalmente son representados por tres diferentes personas pero también pueden coincidir o confundirse dos posiciones: El fideicomitente puede a su vez ser fideicomisario en el fideicomiso.

3.1.1 Fideicomitente

El fideicomitente es la persona que constituye el fideicomiso y que destina los bienes por él fideicomitados a un fin encargando la realización de éste a una institución fiduciaria. La Ley General de Instituciones de Crédito establece que sólo pueden ser fideicomitentes las personas físicas o jurídicas que tengan la capacidad para hacer la afectación de bienes que el fideicomiso implica.

En primer lugar la ley establece que pueden ser fideicomitentes las personas físicas o jurídicas colectivas, sin embargo también pueden ser fideicomitentes las autoridades judiciales o administrativas puesto que la ley permite que puedan serlo siempre y cuando los bienes que vayan a ser materia del fideicomiso estén bajo su guarda, conservación o administración, o bien que corresponda a dichas autoridades su liquidación, reparto o enajenación. Las personas físicas o jurídicas colectivas deben tener la capacidad necesaria para la afectación de bienes, es decir, el fideicomitente

debe tener capacidad de ejercicio para celebrar el contrato así como ser titular de los bienes o derechos sobre los cuales se va a realizar la afectación del fideicomiso.

Los derechos o facultades del fideicomitente son las siguientes:

- a) Señalar los fines del fideicomiso;
- b) Designar a los fideicomisarios y a la o las instituciones que desempeñen el cargo de fiduciario;
- c) El reservarse determinados derechos sobre la materia del fideicomiso;
- d) Prever la formación de un Comité Técnico o de distribución de fondos, dar las reglas de su funcionamiento y fijar sus facultades;
- e) Exigir al fiduciario el cumplimiento de la obligación que tienen de rendir cuentas de su gestión, cuando se haya reservado expresamente este derecho en el acto constitutivo o en las modificaciones del mismo;
- f) En los fideicomisos onerosos exigir del fideicomisario la contraprestación a que tenga derecho;
- g) En caso de incumplimiento exigir de la contraparte el cumplimiento o la rescisión del fideicomiso, con el resarcimiento correspondiente de los daños y perjuicios causados.

3.1.2. Fiduciario

Para José M. Villagordoa el fiduciario es la persona que tiene la titularidad de los bienes o derechos fideicomitados y que se encarga de la realización de los fines del fideicomiso³³. Rafael de Pina considera que el fiduciario es la

³³ José Manuel Villagordoa Lezano. Doctrina General del Fideicomiso, p. 175

persona encargada por el fideicomitente de realizar el fin del fideicomiso³⁴. Miguel Acosta Romero afirma que el fiduciario es la institución de crédito que tiene concesión de la Secretaría de Hacienda y Crédito Público para actuar como tal.³⁵ Para Cervantes Ahumada es la persona a quien se encomienda la realización del fin establecido en el acto constitutivo del fideicomiso.³⁶

La Ley General de Títulos y Operaciones de Crédito establece que sólo pueden ser fiduciarios las instituciones expresamente autorizadas para ello conforme a la Ley General de Instituciones de Crédito. Sin embargo actualmente no solamente las instituciones de crédito pueden ser fiduciarias, también lo pueden ser las aseguradoras, afianzadora y casas de bolsa. Existen excepciones a este principio entre los que se encuentran: el Patronato del Ahorro Nacional que es un organismo descentralizado del Gobierno Federal que puede actuar como fiduciario y el Banco de México que es una persona de derecho público con carácter autónomo pero también puede actuar como delegado fiduciario.

Los derechos y obligaciones del fiduciario se precisarán en cada caso concreto tomando en cuenta la naturaleza jurídica de los bienes y de acuerdo con los fines.

El fiduciario puede ser designado:

- a) Al momento de constituir el fideicomiso;
- b) Posteriormente a la constitución del fideicomiso en cuyo caso el fiduciario será nombrado por el fideicomisario cuando el fideicomitente no lo haya

³⁴ Rafael de Pina. Diccionario de Derecho, p. 220.

³⁵ Miguel Acosta Romero. Teoría General del Derecho Administrativo, p. 356.

³⁶ Rafael Cervantes Ahumada. Títulos y Operaciones de Crédito, p. 292.

nombrado, o en su defecto por un juez de primera instancia del lugar en que estuvieren ubicados los bienes.

El carácter de fiduciario en un fideicomiso lo puede desempeñar una o varias instituciones fiduciarias en forma conjunta o sucesiva conforme al propio contrato de fideicomiso, lo cual no sucede frecuentemente en la práctica puesto que podría perjudicar en la toma de decisiones de los fiduciarios respecto de los bienes fideicomitidos.

Los derechos y obligaciones del fiduciario se especificarán en cada caso concreto tomado en cuenta la naturaleza jurídica de los hechos y de acuerdo con los fines que persigue el mismo conforme al artículo 356 de la Ley General de Títulos y Operaciones de Crédito, salvo normas y limitaciones. Normalmente los derechos o facultades de la fiduciaria se señalan en el contrato de fideicomiso respectivo o en sus modificaciones o adiciones al mismo.

Entre las obligaciones del fiduciario se encuentran las siguientes:

a) **Aceptación del Fideicomiso.** El fiduciario no podrá excusarse o renunciar a su cargo sino por causas graves a juicio de un juez de primera instancia provoca discusión entre doctrinarios debido al carácter obligatorio de la aceptación del fideicomiso. Un grupo de autores considera que el fiduciario tiene la obligación de aceptar el fideicomiso y su correspondiente manejo. La crítica que se hace al respecto es que en ese caso se violaría el principio de autonomía de voluntad. La ley se refiere a que la aceptación es voluntaria sin embargo, una vez aceptado el fideicomiso sólo por causa grave podría dejar el fiduciario su cargo.

- b) El fiduciario asume obligaciones de hacer dependiendo del fideicomiso de que se trate.
- c) El exacto y fiel cumplimiento del fin pactado con el fideicomitente en el acto constitutivo. Para esto, el fiduciario deberá cumplir fielmente con las instrucciones del fideicomitente ya que la institución responderá civilmente por los daños y perjuicios que se causen por la falta de cumplimiento de las condiciones o términos señalados en el fideicomiso. Sin embargo, el fiduciario puede no acatar las instrucciones del fideicomitente en dos casos: cuando siendo lícito el fin los mecanismos de ejecución sean contrarios a derecho ya sea porque violen las normas jurídicas existentes o porque se conviertan en ilegales por variación posterior de las normas jurídicas; y cuando las instrucciones del fideicomitente respecto a las normas de cumplimiento sean o se vuelvan completamente inadecuadas o aún opuestas al cumplimiento del fin del fideicomiso.
- d) El Fiduciario tiene la obligación de no celebrar fideicomisos en los que se pacten condiciones y términos que se aparten significativamente de las condiciones prevalecientes en el mercado a la fecha de celebración, de las políticas generales de la institución y de las sanas prácticas bancarias. Esta contravención se entendería como que el fin del fideicomiso no es lícito.
- e) En caso de que al constituirse o posteriormente se establezca un comité técnico en el fideicomiso el fiduciario tiene la obligación de cumplir fielmente las instrucciones recibidas por el comité técnico siempre y cuando estas instrucciones estén de acuerdo con las facultades que el mismo posea.
- f) Deberá abrir una contabilidad especial para cada uno de los fideicomisos que constituya debiendo registrar en las mismas el dinero y demás bienes, valores o derechos afectos al fideicomiso así como los incrementos o disminuciones por los productos o gastos.

**TESIS CON
FALLA DE ORIGEN**

- g) El fiduciario debe rendir cuentas dentro de los 15 días hábiles siguientes a aquel en el que se hayan pedido respecto de su gestión fiduciaria.
- h) El fiduciario tiene la obligación de conservar los bienes y derechos que forman parte del patrimonio del fideicomiso ya que se establece que la fiduciaria responderá de las pérdidas o menoscabos que los bienes sufran por su culpa.
- i) El personal que se contrate en función de un fideicomiso no forma parte del propio personal del fiduciario, con la condición de que sólo lo utilice directa y exclusivamente en la realización del fin.
- j) Si a la extinción del fideicomiso la fiduciaria tiene en su poder cosas remanentes del patrimonio fiduciario deberá transmitirlos al fideicomitente o a sus herederos y en su caso, al fideicomisario.
- k) No puede otorgar créditos cuya garantía sean derechos sobre fideicomisos que tengan como fin: depósitos bancarios de dinero a la vista, a plazo, de ahorro o retirables en días preestablecidos, otros préstamos ni emisión de obligaciones subordinadas.
- l) No puede utilizar los dineros o valores que se le transmitan con el fin de otorgar créditos para realizar operaciones de las que puedan resultar deudores sus delegados fiduciarios, sus miembros del consejo de administración o directivo, sus empleados y funcionarios, sus auditores externos, los miembros del comité técnico, o los ascendientes o descendientes en primer grado, los cónyuges o las sociedades en cuyas asambleas tengan mayoría las personas citadas.
- m) No se le puede obligar a responder a los fideicomisarios de los siguientes asuntos: por el incumplimiento de los deudores de los créditos que conceda; por el incumplimiento de los emisores de los títulos que adquiera; no puede garantizar el rendimiento de los fondos que se le hayan confiado en los fideicomisos de inversión.

n) No puede celebrar fideicomisos en los que el objeto sean fincas rústicas, con excepción de los fideicomisos con fines testamentarios; los de garantía en los que la finca sea la garantía y los traslativos de dominio por pago en los que el objeto de la dación sea la finca.

o) La fiduciaria no puede ser fideicomisaria en los fideicomisos en los que es fiduciaria, con las excepciones que contemplen las leyes.

p) La fiduciaria o puede delegar funciones sin embargo, las instituciones desempeñarán su cometido y ejecutarán sus facultades por medio de delegados fiduciarios.

Delegados Fiduciarios

El Delegado Fiduciario General es el funcionario que designan las instituciones especialmente para encargarse del desempeño de fideicomisos, mandatos y comisiones. Los delegados fiduciarios obligan con su firma a la institución. En la doctrina algunos autores han tratado de asimilar la figura del delegado fiduciario con la del mandatario ya que el delegado fiduciario actúa por cuenta y nombre de la institución fiduciaria en los asuntos relativos a fideicomisos y servicios fiduciarios, En el mandato una persona llamada mandatario se obliga a ejecutar por cuenta de otro llamado mandante, los actos jurídicos que éste le encarga. Existen en el derecho civil mandatos generales y especiales para actos de dominio, de administración y pleitos y cobranzas. El delegado fiduciario obviamente debe de tener mandato o poder para desempeñar su cargo sin embargo, no sólo desempeña actos jurídicos sino que también realiza actos materiales como llevar la contabilidad del fideicomiso, rendir cuentas, etc. Además el delegado fiduciario debe tomar algunas decisiones para mantener, conservar y acrecentar el patrimonio del fideicomiso, y esto entraña facultades de decisión no solamente sus

instrucciones como mandatario. Por todo esto el delegado fiduciario no puede ser considerado solamente como un mandatario. Las diferencias sustanciales entre mandatario y delegado fiduciario es que en el mandato el mandante no obstante haber sido aceptado el mandato por el mandatario, puede realizar los actos encargados a éste, situación que se descarta completamente en el fideicomiso, pues por su otorgamiento el fideicomitente pierde el derecho de ejecutar los actos con los que se pretenda lograr los fines señalados por él mismo. Además, en el mandato no hay afectación, por lo que el mandante siempre es el dueño de los bienes que tiene el mandatario. El patrimonio fideicomitado por estar afectado, forma una masa separada del patrimonio del fideicomitente. Los bienes afectos en fideicomiso estarán sujetos a un régimen nuevo, el cual es diferente al producido en el mandato.

Los delegados fiduciarios tienen que realizar todos los actos necesarios:

- a) Para cumplir el fin del fideicomiso conforme al contrato;
- b) Para servir y preservar el patrimonio fiduciario
- c) Para pagar todos los gastos de la ejecución del fideicomiso;
- d) Para pagar todos los impuestos de toda índole que causen los bienes del fideicomiso y las actividades relacionados con la administración y cumplimiento de los fines fiduciarios;
- e) Para pagar los honorarios fiduciarios de la institución.

El cargo de delegado fiduciario es personalísimo y no puede delegar sus funciones de mando, de decisión y discrecionales conforme a la circular 547 de la Comisión Nacional Bancaria en la cual estableció el criterio de distinguir entre los actos que deben realizar necesariamente los delegados fiduciarios y los que no pueden ser ejecutados por personas que auxilien a éstos en el desarrollo de las funciones secundarias conforme a lo siguiente: ..."Los actos

mediante los cuales se tomen resoluciones de carácter discrecional, indelegables que implican voluntad de mando o decisión deberán ser realizadas por los delegados fiduciarios; las funciones secundarias o auxiliares que no tienen tales características, sino simplemente se reducen a formalidades o trámites, podrán ser desempeñadas por dependientes..." La Comisión Nacional Bancaria puede acordar su remoción, suspensión o inhabilitación.

3.1.3 Fideicomisario

Para Rafael de Pina fideicomisario es la persona física o moral que recibe el beneficio derivado del fideicomiso.³⁷

Para Miguel Acosta Romero el fideicomisario es la persona que recibe el beneficio (no siempre existe) del fideicomiso o la que recibe los remanentes una vez cumplida la finalidad.³⁸

El artículo 348 de la Ley de Títulos y Operaciones de Crédito establece que "pueden ser fideicomisarios las personas físicas o jurídicas que tengan la capacidad necesaria para recibir el provecho que el fideicomiso implica".

El fideicomisario en términos generales debe tener capacidad de goce y capacidad de ejercicio sin embargo, existen casos de excepción a este principio: el artículo 355 de la Ley General de Títulos y Operaciones de

³⁷ Rafael de Pina. Op. cit., p. 219.

³⁸ Miguel Acosta Romero. Derecho Bancario, p. 433.

Crédito al considerar que al no existir fideicomisario o cuando este sea incapaz los derechos que se le concedan como fideicomisario corresponderán al que ejerza la patria potestad, al tutor o al Ministerio Público; el fideicomiso a favor de no nacidos ya que el artículo 359 establece que quedan prohibidos los fideicomisos en los cuales el beneficio se conceda a diversas personas sucesivamente que deban substituirse por muerte de la anterior, salvo el caso de que la sustitución se realice a favor de personas que estén vivas o concebidas ya, a la muerte del fideicomitente.

También existen excepciones en las cuales se imposibilita a determinada persona o sector de personas para ser fideicomisarios y aprovechar el beneficio del fideicomiso:

Uno de estos casos es el de los extranjeros. Los extranjeros no pueden ser fideicomisarios en un fideicomiso que recaiga sobre bienes o acciones de una empresa cuyo objeto social esté considerado dentro de las áreas estratégicas que se señalan en el artículo 5 o en las actividades económicas y sociedades que se mencionan en el artículo 6 de la Ley de Inversión, o bien, accionistas en un porcentaje mayor al previsto en el artículo 7 del propio ordenamiento considerando la posibilidad de porcentajes mayores en los términos de los artículos 8 y 9 de la mencionada ley.

Otro caso es el de los extranjeros conforme al artículo 27 constitucional que señala quienes no podrán adquirir propiedad o dominio directo sobre tierra y aguas que se encuentren en una faja de cien kilómetros a los largo de las fronteras y cincuenta en las playas. Por lo anterior los extranjeros no

podrán adquirir dominio directo o propiedad en virtud de un fideicomiso en el cual tengan carácter de fideicomisarios por lo que sólo se limitarán a usar o disfrutar de dichos bienes.

Los fideicomisarios no pueden ser fideicomitentes. El artículo 348 de la Ley de Títulos y Operaciones de Crédito establece que es nulo el fideicomiso que se constituya a favor del fideicomisario, salvo lo dispuesto en el párrafo siguiente y en las demás disposiciones aplicables. La excepción a que se refiere es que la institución fiduciaria podrá ser fideicomisaria en los fideicomisos que, al constituirse se transmita la propiedad de los bienes fideicomitados 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. En este supuesto, las partes deberán designar de común acuerdo a una institución fiduciaria sustituta para el caso que surgiera un conflicto de intereses entre las mismas. Otras excepciones, son Nacional Financiera, S.N.C. que puede tener ambos caracteres de conformidad con el artículo 11 de su Ley Orgánica, al igual que el Banco Nacional de Obras y Servicios Públicos, S.N.C. (artículo 9 de su Ley Orgánica), el Banco Nacional de Comercio Exterior (artículo 8 de su Ley Orgánica), el Banco Nacional del Ejército, Fuerza aérea y Armada (artículo 10 de su Ley Orgánica, y otros.

El fideicomiso puede ser válido aunque se constituya sin fideicomisario siempre y cuando su fin sea lícito y determinado puesto porque el Ministerio Público sería en este caso el que podría ejercitar los derechos correspondientes. Además en caso de no existir fideicomisario la fiduciaria devolverá los bienes a él destinados al fideicomitente o a los herederos y en este caso el fideicomisario es el propio fideicomitente.

4. Fines

El fin del fideicomiso es el objetivo que pretende realizarse con la celebración del contrato.

Los requisitos que debe tener el fin es que sea lícito y determinado. Conforme al artículo 1830 del Código Civil para el Distrito Federal "es ilícito el fin que es contrario a las leyes de orden público o a las buenas costumbres".

5. Forma

La forma es la manera o modo en que se exterioriza la voluntad de las partes.

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 la transmisión de los derechos o la transmisión de la propiedad de las cosas que se den en fideicomiso es decir, la regla general es que el acto constitutivo debe constar por escrito. En materia fiduciaria no hay pactos tácitos y verbales.

Para el derecho civil existen dos clases de contratos por escrito: los que se celebran por escrito privado y los que se celebran mediante escritura pública.

Los fideicomisos que pueden celebrarse por escrito privado son aquellos constituidos únicamente por bienes muebles, incluyendo el dinero y aquellos constituidos por bienes inmuebles o derechos reales cuando su valor de avalúo no sea mayor al equivalente a trescientos sesenta y cinco veces el

salario mínimo diario vigente en el Distrito Federal al momento de la operación o que garanticen un crédito no mayor de dicha suma y los contratos por el que el Departamento del Distrito Federal enajene terrenos o casas para la constitución del patrimonio familiar o para personas de escasos recursos económicos, hasta por el valor máximo que resulte de multiplicar por 3650 el importe del salario mínimo general diario vigente en el Distrito Federal.

La escritura pública es aquella que para su validez requiere la presencia ante notario público. Los fideicomisos que se constituyen en escritura pública son todos aquellos cuya materia esté constituida por bienes inmuebles o derechos reales y todos aquellos que por disposición de la ley deben revestir tal formalidad.

Además de constar por escrito el fideicomiso deberá ajustarse a los términos de la legislación común sobre transmisión de los derechos o a la transmisión de la propiedad de las cosas que se den en fideicomiso.

6. Extinción del Fideicomiso

El artículo 357 de la Ley General de Títulos y Operaciones de Crédito señala las siguientes causas de extinción del fideicomiso:

- a) Por la realización del fin para el que fue constituido. El fideicomiso tiene como finalidad la realización de un fin, una vez alcanzado éste el fideicomiso no tiene ya razón de ser, por lo cual se procedería a su extinción.
- b) Por hacerse imposible el fin. Esta imposibilidad se refiere a que después de constituirse el fideicomiso el fin del mismo se volviera imposible de

realización. El fin al constituirse el fideicomiso debe ser posible físicamente, es decir, debe ser susceptible de realización por el fiduciario. Es imposible el hecho que no pueda existir porque es incompatible con una ley de la naturaleza o con una norma jurídica que debe regirlo necesariamente y que constituye un obstáculo insuperable para su realización. No se considerará imposible el hecho que no pueda ejercitarse por el obligado, pero sí por una persona en lugar de él.

c) 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.

d) Por haberse cumplido la condición resolutoria a que haya quedado sujeto .

e) Por convenio expreso entre fideicomitente y fideicomisario. Tratándose de fideicomisos en los cuales no se haya designado fideicomisario, de conformidad con el artículo 355 de la Ley General de Títulos y Operaciones de Crédito el convenio puede celebrarse entre el fideicomitente y el Ministerio Público. El fideicomisario que sea menor de edad al momento de ser instituido como beneficiario, puede celebrar este convenio al llegar a la mayoría de edad y también el incapaz en el momento de ser instituido como beneficiario. O bien, ambos podrán hacerlo mientras tengan incapacidad de ejercicio, a través de un representante legal que ejerza la patria potestad, o el tutor.

f) Por revocación hecha por el fideicomitente cuando éste se haya reservado expresamente el derecho al constituir el fideicomiso. Por revocación se entiende el acto jurídico unilateral por virtud del cual una persona deja sin efecto otro acto jurídico celebrado en fecha anterior, a través del cual había otorgado derechos a favor de una tercera persona. Al ser la revocación un acto unilateral, no requiere consentimiento del fideicomisario para su validez,

pero requiere que el fideicomitente se haya reservado expresamente esa facultad al celebrarse el contrato de fideicomiso. Además de conformidad con la Ley Federal de las Entidades Paraestatales, en los contratos constitutivos de fideicomisos de la Administración Pública Federal centralizada, se deberá reservar al Gobierno Federal, la facultad expresa de revocarlos, sin perjuicio de los derechos que correspondan a los fideicomisarios o a terceros, salvo que se trate de fideicomisos constituidos por mandato de la ley o que la naturaleza de sus fines no lo permita.

g) En el caso del párrafo final del artículo 350 de la Ley General de Títulos y Operaciones de Crédito, el cual señala que el fideicomitente podrá designar varias instituciones fiduciarias para que conjunta o sucesivamente desempeñen el fideicomiso, estableciendo el orden y las condiciones en que hayan de substituirse. Salvo lo dispuesto en el acto constitutivo del fideicomiso, cuando la institución fiduciaria no acepte, o por renuncia o por remoción cese en el desempeño de su cargo, deberá nombrarse otra para que la substituya. Si no fuera posible esta substitución, cesará el fideicomiso.

Otras causas de extinción del fideicomiso son: por incumplimiento del término o plazo al que se sujeta el fideicomiso. Al constituirse el fideicomiso el fideicomitente puede haber señalado el plazo para su duración, cumplido el término establecido por el fideicomitente, procederá la extinción del fideicomiso. Este término no debe de exceder de la duración máxima establecida por la Ley General de Títulos y Operaciones de Crédito en su artículo 359 en el cual prohíbe los fideicomisos cuya duración sea mayor de treinta años, cuando se designe como beneficiario a una persona jurídica que no sea de orden público o institución de beneficencia. Sin embargo, pueden constituirse con duración mayor a treinta años cuando el fin del fideicomiso

sea el mantenimiento de museos de carácter científico o artístico que no tengan fines de lucro.

Por expropiación de los bienes fideicomitidos.

CAPÍTULO IV
LA PROPIEDAD EN EL FIDEICOMISO

1 Naturaleza Jurídica del Fideicomiso

1.1 El Fideicomiso y la Declaración Unilateral de la Voluntad

Existen acontecimientos jurídicos en los que interviene una sola voluntad en su formación, como es el caso del testamento y en otros es necesaria la participación de dos o más voluntades, como en el contrato. Los primeros de dichos actos se califican como unilaterales; los segundos como plurilaterales y específicamente bilaterales.

Esta división también se utiliza para calificar a los contratos en particular. Así, los contratos unilaterales son aquellos en que las prestaciones son sólo a cargo de una de las partes y los bilaterales en los que las prestaciones son a cargo de ambas partes, con obligaciones recíprocas.

Los autores han discutido ampliamente acerca de la conveniencia o inconveniencia de admitir la voluntad unilateral como fuente de las obligaciones. Sin embargo, el Código Civil vigente para el Distrito Federal la establece expresamente. Para el Derecho Mexicano la voluntad unilateral es una fuente legal de las obligaciones civiles.

El Código Civil regula como expresiones unilaterales de la voluntad:

- a) El hecho de ofrecer al público objetos en determinado precio;
- b) El compromiso mediante anuncios u ofrecimientos hechos al público de realizar alguna prestación a favor de quien llene determinada condición o desempeñe cierto servicio;

- c) La apertura de concurso en que haya promesa de recompensa para quienes llenaron ciertas condiciones con fijación de un plazo; y
- d) La estipulación contractual a favor de un tercero.

De esta manera, la declaración unilateral de la voluntad sólo es eficaz en los casos expresamente autorizados, sin que sea posible dar eficacia a alguna de las manifestaciones de voluntad distintas de las reguladas directamente por el legislador. Sin embargo, la doctrina no es uniforme porque autores como Rojina Villegas sostienen que existe la posibilidad de formular manifestaciones unilaterales de la voluntad innominadas considerando como tales la oferta libre a persona determinada, el acto dispositivo unilateral gratuito y la promesa abstracta de deuda.³⁹ Sin embargo, en el sistema jurídico mexicano cuando establece la figura de la manifestación unilateral de la voluntad, al reconoce expresamente y le señala cuáles son sus efectos por lo que no existe la declaración unilateral de voluntad tácita.

En ninguno de los artículos que regulan al fideicomiso se utilizan las palabras manifestación unilateral de voluntad del fideicomitente a la que el sistema legal le reconozca el efecto de constituir el fideicomiso, por lo que es dudoso deducir que el fideicomiso es una manifestación unilateral de voluntad del fideicomitente, pues ello no se desprende ni de los antecedentes legales del fideicomiso en México, ni tampoco del pensamiento del legislador.

El licenciado Pablo Macedo es el redactor de los artículos relativos al fideicomiso de la Ley General de Títulos y Operaciones de Crédito y jamás

³⁹ Rafael Rojina Villegas. Compendio de Derecho Civil, Tomo III, p. 198-199.

llega a afirmar que el fideicomiso pudiera constituirse por manifestación unilateral de voluntad.⁴⁰

La simple declaración unilateral de voluntad no transmite los bienes o derechos pues para que esta transmisión se realice es necesaria la aceptación de aquella persona que va a recibir tales bienes. En consecuencia, la afirmación de que la simple manifestación unilateral de voluntad constituye y perfecciona el fideicomiso resulta completamente ilógica, pues mientras no haya aceptación de la fiduciaria no habrá transmisión de bienes y perfeccionamiento del contrato.

La redacción del artículo 350 de la Ley General de Títulos y Operaciones de Crédito puede llevar a la interpretación errónea que se comenta cuando habla de que el fideicomitente podrá designar varias instituciones fiduciarias para que, conjunta o sucesivamente, desempeñen el fideicomiso estableciendo el orden y las condiciones en que hayan de sustituirse. Sin embargo, en la práctica bancaria puede afirmarse que en los fideicomisos no se designan varias instituciones fiduciarias que conjuntamente los desempeñen, pues esto acarrearía muchos problemas prácticos de ejecución. La experiencia ha demostrado que solamente se sustituyen cuando por alguna causa el fiduciario no pueda cumplir el fideicomiso o por acuerdo entre las partes fideicomitentes y fideicomisarias, o que con el motivo de las fusiones de diversas instituciones de crédito, la fusionante adquirió al mismo tiempo el carácter de fideicomitente y beneficiario, en ciertos fideicomisos.

1.2 El Fideicomiso como Negocio Jurídico

⁴⁰ Miguel Acosta Romero y P. Roberto Almazan Alanís. Tratado Teórico Práctico del Fideicomiso, p. 230.

La teoría del negocio jurídico está íntimamente relacionado con la de los hechos jurídicos y su clasificación.

Una de las características fundamentales de las normas jurídicas es que son bilaterales es decir, su contenido normativo va dirigido a una dualidad de sujetos: el obligado al cumplimiento de la carga impuesta y por otro lado, el titular del derecho correlativo. Además, la norma jurídica presenta dos elementos: el supuesto jurídico (la hipótesis de cuya realización depende el nacimiento de las consecuencias previstas por la norma) y las consecuencias de derecho. Como necesario enlace entre el supuesto y la disposición o consecuencia debe de ocurrir la realización del supuesto normativo. La realización de este supuesto normativo se ha llamado en la doctrina hecho jurídico. Es decir, la norma jurídica considerada en abstracto contiene el enunciado de una mera hipótesis que al realizarse origina determinadas consecuencias, las que no se actualizan sino hasta el momento de la realización referida y esa realización se efectúa mediante el hecho jurídico.

Los hechos jurídicos se han clasificado de muy diversas formas por la doctrina pero la clasificación que ha influido en el Derecho Positivo Mexicano es la clasificación clásica francesa. En esta clasificación los hechos jurídicos en sentido amplio o lato sensu se dividen actos jurídicos y hechos jurídicos en sentido estricto o stricto sensu.

Los hechos jurídicos en sentido amplio son todos aquellos acontecimientos que producen consecuencias jurídicas porque realizan un supuesto jurídico de manera que se actualice la disposición de una norma jurídica. Tanto el hecho como la norma jurídica que le confiere efectos son indispensables para que éstos deban producirse; el hecho por sí mismo no

deja de ser un acontecimiento sin valor jurídico, necesita a la norma para tener ese valor.

En ocasiones en el supuesto normativo se toma en cuenta lo querido por el hombre, su voluntad para que se produzcan las consecuencias pero también en otras ocasiones, la hipótesis de derecho no toma en cuenta esa voluntad para atribuir la disposición. Atendiendo a esa consideración de la voluntad para atribuir la disposición por el supuesto para la producción de consecuencias, los hechos jurídicos se dividen en actos jurídicos, que son aquellos en que el derecho toma en consideración de manera fundamental la voluntad del hombre para la producción de efectos jurídicos y hechos jurídicos en sentido estricto que son aquellos en que independientemente de la voluntad del hombre se producen las consecuencias jurídicas.

Así como el hecho en sentido estricto y el acto jurídico son especies del hecho jurídico, el acto también cuenta con dos especies: el acto jurídico en sentido estricto y el negocio jurídico.

Contrariamente a la noción de acto jurídico conforme a la corriente tradicional como toda manifestación de voluntad que da lugar al nacimiento de consecuencia de derecho en donde no se distingue los actos en diversas especies según el papel que juegue la voluntad en ellos, las doctrinas más recientes sí admiten una distinción en los actos.

De esta manera, acto jurídico stricto sensu es toda manifestación de voluntad que tiende a la realización de un acontecimiento, al cual el ordenamiento legal le ha señalado las consecuencias de derecho que por su verificación se actualizarían. Es decir, el autor de un acto solamente se limita

a realizarlo y basta la plena intervención de su voluntad en dicha realización para que la ley le atribuya los efectos jurídicos preestablecidos en ella. En este caso es irrelevante que la voluntad de quien otorga el acto coincida, quiera o esté conforme con dichas consecuencias. La intervención de la voluntad está limitada sólo a la realización del acto no a las consecuencias del mismo.

Pero como el Estado también debe reconocer la libertad del individuo de autorregularse mediante el reconocimiento de la autonomía de la voluntad privada esto da lugar a la creación de los negocios jurídicos que son todos aquellos acontecimientos que con base en esa libertad, cuando exteriorizan su intención quienes los realizan, no sólo quieren el acontecimiento sino también el nacimiento de las consecuencias jurídicas.

El uso de la teoría del negocio jurídico es una innovación de la doctrina de importación germánica o italiana. Algunos de los autores que apoyan este concepto reconocen que el negocio jurídico es una abstracción que implica que no está reconocida en el derecho positivo. Debido a la influencia que se tiene de la legislación y la doctrina francesas la mayoría de los tratadistas mexicanos no están de acuerdo con la teoría del negocio jurídico.

Rojina Villegas por ejemplo considera clara la distinción llevada a cabo por ella entre hecho voluntario y acto jurídico, advirtiendo que los italianos y alemanes no están de acuerdo con tal distinción. De Pina por su parte, sin ahondar en la cuestión, simplemente se concreta a expresar algunos aspectos negativos del mismo, por ejemplo, que el negocio es una especie del género acto jurídico, no fácilmente determinable siempre, y por lo elemental de su obra (expresa), sólo lo alude para no establecer confusiones,

fundamentalmente por no existir la diferencia entre acto y negocio dentro del criterio legislativo mexicano. Gutiérrez y González simplemente calla cualquier consideración al respecto al negocio jurídico, concretándose al estudio del hecho y del acto jurídico. Aguilar Carvajal sólo menciona que el contrato es un negocio jurídico y éste, a su vez, es una especie del acto jurídico, pero no lo explica, y Batiza considera no sólo artificial sino estéril el esfuerzo de establecer distinción entre ambos, pues son de tal sutileza que se reducen a la nada.

Por el contrario, entre quienes sí han meditado sobre la concepción tripartita de hecho, acto y negocio jurídico y en consecuencia, han destinado atención a la última de las figuras son Ortiz Urquidí y Villoro Toranzo. Para el primero de los autores mencionado, la calificación que deba atribuírsele a cierto acontecimiento jurídico, está condicionada a la intervención de una voluntad, tanto para realizarla, como para crear las consecuencias jurídicas producto de tal realización

Para Villoro Toranzo los actos jurídicos y los negocios jurídicos tiene como similitud que nacen de la intención libre y conciente del hombre, pero sólo en los negocios jurídicos se encuentra la voluntad deliberada de crear consecuencias jurídicas que obligue a sus autores.⁴¹

Para los autores que apoyan la teoría del negocio jurídico, el fideicomiso es un negocio jurídico porque la reglamentación que se hace del mismo en la Ley General de Títulos y Operaciones de Crédito es demasiado liberal, debido a las múltiples posibilidades que se ofrecen con ésta figura: el fin al que se destinan los bienes puede ser cualquiera, siempre y cuando sea lícito;

⁴¹ Miguel Villoro Toranzo. Introducción al Estudio del Derecho, p. 150.

puede designarse o no fideicomisario y además es factible la designación de dos o más, en cuyo caso, nada impide que haya también beneficiarios simultánea o sucesivamente, el fideicomitente está facultado por la ley para designar una o más fiduciarias para el desempeño del cargo; el objeto del fideicomiso podrá estar representado por cualesquier bienes o derechos salvo los personalísimos, etc..

Sin embargo, la mayoría de los autores mexicanos aunque consideran que el fideicomiso es un negocio jurídico no argumentan las razones para tal consideración.

Debido a que el negocio jurídico aún no ha sido aceptado en nuestro país ni siquiera por el uso bancario o mercantil, algunos autores opinan que no debe aplicarse esa terminología puesto que en la práctica se habla solamente de contrato de fideicomiso.

1.3 El Fideicomiso como mandato.

El mayor expositor de esta teoría es el jurista panameño Ricardo J. Alfaro⁴², quien asimiló el trust anglosajón a los sistemas jurídicos latinoamericanos de ascendencia romana.

Alfaro considera que el fideicomiso es una especie de mandato irrevocable en virtud del cual se transmiten al fiduciario, determinados bienes para que disponga de ellos y de sus productos según la voluntad de quien los entrega, llamado fideicomitente, en beneficio de un tercero llamado fideicomisario. Para este autor lo que hace el fiduciario es desempeñar un

⁴² José manuel Villagordon Lozano. Op. cit, p. 97

encargo del fideicomitente y si el contrato de mandato es aquél por medio del cual una persona se obliga a prestar algún servicio o a hacer alguna cosa por cuenta o encargo de otra, la conclusión es que el fideicomiso es en sustancia un mandato en el cual el fiduciario es el mandatario y el fideicomitente es el mandante.

Sin embargo, Alfaro también considera que el mandato en su más estricto sentido no es suficiente para aplicársele al fideicomiso, porque el mandato es revocable y el fideicomiso no, además en el fideicomiso existe una transmisión de bienes que no se presenta en el mandato, por lo que el fideicomiso es un contrato *sui generis* cuya esencia es la de un mandato.⁴³

Los elementos de la definición de fideicomiso que da el autor son: la esencia; el objeto, el fin y el sujeto. La esencia del fideicomiso es la de un mandato irrevocable aunado a una transmisión de bienes considerada por él como necesaria, pues sin ella no habría acto de confianza. El objeto es todo bien mueble, inmueble, corpóreo, incorpóreo, presente o futuro. El fin está representado por el contenido de la obligación del fiduciario, o sea, destinar los bienes a la finalidad dispuesta por el fideicomitente y nada más. El sujeto del fideicomiso es el fideicomisario, pues en beneficio de éste fue la constitución del fideicomiso por lo que el fideicomitente es la fuente y el fiduciario el instrumento.

Debido a las críticas de que fue objeto, Alfaro modificó un poco su postura inicial estableciendo que el fideicomiso solo parcialmente se puede considerar como un mandato y acomoda su definición inicial de fideicomiso del modo siguiente: fideicomiso es un acto en virtud del cual se transmiten

⁴³ *Ibid.*, p. 99.

determinados bienes a una persona llamada fiduciario, para que disponga de ellos conforme lo ordena la persona que los transmite, llamada fideicomitente, a beneficio de un tercero llamado fideicomisario. De esta definición Alfaro desprende tres elementos: la transmisión del patrimonio, la destinación que se le da al patrimonio y el encargo que debe ejecutar. Asimismo son tres las personas que interviene en este acto jurídico: el que hace la transmisión del patrimonio (fideicomitente), el que recibe el encargo de dar cumplimiento a la destinación (fiduciario) y el que va a gozar del beneficio (fideicomisario). De esta manera, para Alfaro la esencia del fideicomiso está en la transmisión del patrimonio porque esa transmisión es la que normalmente engendra el derecho de dominio del fiduciario.⁴⁴

La crítica a esta teoría de Alfaro es variada. Tomando en cuenta que la afectación o transmisión de que son objeto los bienes fideicomitidos sin que los sean aquellos sobre los que recaen los actos objeto del mandato la diferencia entre ambas figuras es obvia. En decir, en el mandato no hay afectación, el mandante es siempre el dueño de los bienes que tiene el mandatario. El patrimonio fideicomitado en cambio, por estar afectado, forma una masa aparte del patrimonio del fideicomitente.

Además de lo anterior, otra diferencia fundamental estriba en que el mandante puede realizar los actos encargados al mandatario aunque haya sido aceptado el mandato por el mandatario, situación que se descarta en el fideicomiso pues por su otorgamiento al fideicomitente pierde el derecho a ejecutar los actos con los que se pretenda lograr los fines señalados por él mismo.

⁴⁴ Idem.

Debido a lo expuesto se concluye que el fideicomiso es una figura diferente al mandato.

1.4 El Fideicomiso como Patrimonio de Afectación

Francisco Ferrara expone la teoría de Britz, quien divide los patrimonios en dos categorías: patrimonios de personas y patrimonios impersonales. Los patrimonios de personas como su nombre lo indica son aquellos que pertenecen a un sujeto mientras que los patrimonios impersonales carecen de dueño pero se encuentran destinados a cierta finalidad y así los derechos que confieren no pertenecen a alguien sino a algo: el propio patrimonio.⁴⁵

Según Molina Pasquel, Batiza y Villagordoa Lozano, la Ley de Títulos y Operaciones de Crédito está inspirada en materia de fideicomisos en las ideas de Lapaulle acerca del trust.

Lapaulle⁴⁶ define al trust como una afectación de bienes garantizada por la intervención de un sujeto de derecho que tiene la obligación de hacer todo lo que sea necesario para realizar esa afectación y que es titular de todos los derechos que le sean útiles para cumplir dicha obligación.

Estas consideraciones han sido adoptadas para determinar la naturaleza jurídica del fideicomiso por autores como Landerreche Obregón quien con base en que todos los bienes de un sujeto son destinados a la satisfacción de ciertas necesidades resulta económica y jurídicamente fundada la formación de un patrimonio autónomo destinado a un fin lícito, sin que necesariamente

⁴⁵ Ibid., p. 101

⁴⁶ Ibid., p. 102.

tenga como requisito la existencia de un propietario determinado, sino como una simple condición de la de un órgano que realice el fin que se persigue. En este caso puede no existir un propietario de los bienes afectados al fin perseguido, siendo bastante con que la afectación se organice de un modo adecuado para que los bienes cumplan su función de medios para alcanzar los fines de que se trata.⁴⁷

En estas condiciones el fideicomiso constituye un patrimonio autónomo, es decir, que no pertenece a ninguna de las personas que participan en el fideicomiso y al cual quedan transferidos los derechos afectados por el fideicomitente. Los elementos esenciales del fideicomiso son un fin lícito que alcanzar y la destinación de ciertos bienes a su realización, para lo cual se requiere como condición que una persona maneje el patrimonio así formado y disponga de él para dicho objeto. La transferencia del dominio que hace el fideicomitente no es en favor de una persona determinada, sino como una afectación para el fin que constituye el objeto del fideicomiso. Los efectos de la afectación fiduciaria son el constituir un patrimonio especial, el patrimonio del fideicomiso, que se integra con los bienes afectados. Consecuencia del patrimonio autónomo del fideicomiso es que el patrimonio constituye una unidad que se conserva en el tiempo mientras dure el fideicomiso, independientemente de que los bienes que lo integraban en su origen se sustituyan por otros que quedan, como los sustituidos, afectos al fin del fideicomiso.

Por razón igualmente de la autonomía del patrimonio del fideicomiso las obligaciones contraídas por el fiduciario en el desempeño de su cargo sólo pueden hacerse efectivas en el patrimonio del fideicomiso sin que por ellas

⁴⁷ Juan Landerreche Obregón. Naturaleza Jurídica del Fideicomiso en el Derecho Mexicano, p. 196.

sea responsable el propio fiduciario, ni menos aún, el fideicomitente ni el fideicomisario. Dentro del fideicomiso, al fiduciario le corresponde una obligación, el desempeño de un servicio, que es la ejecución de aquél y precisamente para cumplirla, por ser el órgano de su realización, se le atribuye el ejercicio exclusivo de todos los derechos y acciones relativos al patrimonio en fideicomiso por la necesidad que tiene de poder ejercitar unas y otras, pero sin que ello implique que sea titular de dichos derechos, sino el órgano de su ejercicio.

Una última y muy importante consecuencia que considera Landerreche Obregón de la autonomía del patrimonio del fideicomiso, es que éste queda legalmente fuera de la quiebra del fideicomitente, del fiduciario y del fideicomisario, en tanto que el patrimonio del fideicomiso como tal puede ser objeto de quiebra, sin que por ello afecte al patrimonio del fiduciario, salvo las responsabilidades en que pueda haber incurrido por negligencia o mala fe.

La crítica a tal teoría obedece a que independientemente que a consecuencia del fideicomiso opera la destinación de ciertos bienes o derechos a la consecución de un fin determinado, la afectación de bienes que tiene lugar en el fideicomiso no implica una autonomía tal del patrimonio correspondiente, que se traduzca en una masa de relaciones carente de titular ya que todo derecho es facultad jurídica de alguien, así como toda obligación supone un obligado. Hablar de un derecho sin titular es contradecirse. Admitir la existencia de patrimonios sin titular sería admitir que algo distinto a las personas realizara las finalidades jurídico-económicas de ese patrimonio cuya naturaleza reclamara el ejercicio de los derechos y el cumplimiento de las obligaciones que le correspondan y además pudiese

tener la facultad de rehacer o incrementar el conjunto de bienes que lo constituyen.

Aunque en el derecho mexicano existan ciertas masas de bienes con fines específicos y autónomos como el patrimonio familiar, el de la sociedad conyugal, etc. tal autonomía se considera no en relación con la persona, sino en función de un vínculo jurídico-económico que el derecho reconoce para afectar el conjunto de bienes a la consecución de ese fin.

1.5 Teoría del Desdoblamiento del Derecho de Propiedad

Otra corriente muy importante en la doctrina es la que trata de explicar la naturaleza jurídica del fideicomiso como un desdoblamiento del derecho de propiedad originario, como consecuencia de esta teoría se obtienen dos titulares acerca de un determinado bien. El principal exponente de esta teoría es Remo Franceschelli, autor italiano con referencia al trust.

Franceschelli ⁴⁸ afirma que para realizar en forma completa el fin relativo a la protección del beneficiario se llega al desdoblamiento del derecho de propiedad originario en dos derechos de propiedad contemporáneos, cuyos titulares son sujetos diversos y se refieren al mismo objeto. Este desdoblamiento se atribuye a dos sujetos diversos: al fiduciario y al beneficiario y además de le otorga una tutela distinta reconociéndose sobre la cosa fideicomitada al primero un señorío legal (*legal estate*) y al segundo un señorío equitativo (*equitable estate*). El desdoblamiento del derecho de propiedad originario en dos nuevos derechos de propiedad sobre el mismo objeto, se encuentran atribuidos a dos sujetos diversos se efectúa en la

⁴⁸ José Manuel Villagordoa Lozano. Op. cit., p. 108.

siguiente forma: en primer término el derecho de propiedad formal del exterior (del fiduciario) y después el derecho de propiedad sustancial (del beneficiario). El contenido del derecho de propiedad contiene dos categorías de facultades, que son la de disposición y la de goce, se atribuyen de acuerdo con la tendencia dominante, al fiduciario y al beneficiario, respectivamente.

En México, esta teoría es apoyada por Manuel Lizardi Albarrán quien considera que en el proceso de construcción del fideicomiso se encuentra que opera sobre el derecho de propiedad y lo descompone en dos derechos. Uno de esos derechos es el del fiduciario, el cual se caracteriza, si no de manera absoluta cuando menos en su tendencia general, por la facultad de disposición, y es por esto que el mismo fiduciario queda frente a terceros ostentándose como propietario; ya que dicha facultad es atributo esencial del derecho de propiedad. Así se observa contemplando la situación en un aspecto muy general, pero entrando a estudiar los detalles, se encuentran tales características que permiten configurar el derecho del fiduciario como un nuevo derecho, distinto del de propiedad.⁴⁹

Para Albarrán, en primer lugar, es temporal y su duración no puede, por regla general, exceder de treinta años; en segundo lugar, existe la función de un fin que realizar y finalmente, no representa para su titular (el fiduciario ningún valor económico. El segundo derecho es el del fideicomisario que, a diferencia, del fiduciario, se caracteriza por tener fundamentalmente un contenido económico, válido *erga omnes*. Este derecho está intrínsecamente ligado al fin de la operación y tiende a confundirse con él, por representar dicho fin, en una forma o en otra, un beneficio económico para el

⁴⁹ Manuel Lizaedi Albarrán. Ensayo sobre la Naturaleza Jurídica del Fideicomiso, p. 201.

fideicomisario. La existencia del derecho del fideicomisario depende del fiduciario y es, por consiguiente, con el de este último, también temporal. La última característica distintiva del derecho del fideicomisario está en los efectos reales a que da lugar. Normalmente el fiduciario es el que ejerce el dominio directamente sobre los bienes objeto de la relación, y sin embargo, puede el fideicomisario, en los casos señalados por la ley, perseguirlos y aún reivindicarlos dentro de los límites de un régimen especial según sean inmuebles, muebles o títulos valores, para restituirlos al fideicomiso. Es por esto que el derecho del fideicomisario adquiere la configuración de un auténtico derecho real, aunque de tipo especial, diferente de los demás que conoce el ordenamiento positivo mexicano. En resumen, concurren sobre una misma cosa dos derechos con efectos reales: el del fiduciario sin contenido económico y con todos sus efectos normales que le permiten reivindicar de un tercero que posea sin justo título; el del fideicomisario, por el contrario, con valor económico, pero con efectos excepcionales que más bien tienden hacia la protección del fideicomisario contra actos indebidos del fiduciario, aunque encuentre las limitaciones que impone la naturaleza de los bienes objeto de la operación. Los dos derechos tienen por su relación entre sí y su temporalidad la tendencia a confundirse y revertir en el derecho de propiedad originario, reversión que depende del transcurso del tiempo o de la realización de una condición.⁵⁰

En esta teoría, ya sea expuesta por Albarrán o por Franceschelli se contempla la posible escisión del derecho de propiedad en dos derechos reales; el fiduciario titular de uno y el fideicomisario de otro.

⁵⁰ Idem.

Por varias razones la mayoría de los doctrinarios no se encuentran de acuerdo con esta teoría la crítica a Franceschelli es que no pueden coexistir dos derechos reales de propiedad sobre un mismo bien, en el régimen jurídico mexicano, ya que se funda en un orden jurídico único y no como en el derecho anglosajón donde coexisten dos órdenes diferentes: el *common law* y la *equity*. En segundo lugar, aplicable a Franceschelli y Albarrán, es que es jurídicamente insostenible que el derecho de propiedad puede desdoblarse ya que aseverar tal cosa va en contra de la naturaleza misma del derecho real de propiedad al tratarse de un derecho absoluto que excluye la posibilidad de dos titulares diferentes, entre otras razones, porque la existencia de uno elimina necesariamente a cualquier otro.

1.6 El Fideicomiso como contrato con indeterminación de una de las partes

En opinión de Barrera Graf la naturaleza contractual del fideicomiso descansa en la necesaria aceptación que en todo caso se requiere de la institución fiduciaria. Este autor argumenta que es frecuente entre algunos autores afirmar que el fideicomiso procede de una declaración de voluntad, pero esto carece de base y esto se demuestra al considerar que estamos en presencia de un contrato, si bien con indeterminación de una de las partes, en aquellos casos en que el fideicomitente constituye o afecta bienes o derechos en fideicomiso, si la presencia o cooperación de un fiduciario, lo cual está permitido por la ley ya que siempre se requiere la comparecencia posterior y la aceptación del fiduciario, la cual, además no es obligatoria sino facultativa y aunque dicha aceptación fuese obligatoria ello no cambia la naturaleza

contractual del fideicomiso, se trataría en tal supuesto de una obligación de contratar que se impondría por razones de orden público.⁵¹

La crítica a esta teoría es que no hay en caso alguno posibilidad de estar ante un contrato con indeterminación de una de las partes ya que en el contrato hay oferente y aceptante, ambos integran el consentimiento y para que lo haya se requiere de la concurrencia de sus respectivas voluntades.

1.7 El Fideicomiso como Negocio Indirecto

Una de las manifestaciones que puede tener la autonomía privada se presenta cuando la celebración de un negocio es llevada a cabo por las partes, no para alcanzar los fines típicamente previstos por el ordenamiento jurídico como consecuencia normal inherente a la realización de tal negocio, sino con el objeto de que les sirva como medio para lograr otros fines.

Cuando se habla de negocio indirecto se considera como aquél en que las partes recurren a un negocio jurídico determinado, pero el último fin práctico que proponen ni es de hecho el que normalmente se actúa a través del negocio por ellos adoptado sino con un fin diverso frecuentemente análogo al de otro negocio, con mayor frecuencia carente de una forma típica en determinado ordenamiento. Existe pues, negocio indirecto porque las partes recurren a él para lograr a través del mismo, indirectamente, fines que son diversos de los que se podrían deducir de la estructura del negocio mismo.

⁵¹ Alfredo Domínguez Martínez. El Fideicomiso, p. 183.

Para Messineo el negocio indirecto es aquél que para conseguir un determinado efecto jurídico, se escoge una vía transversal en lugar de la que sería natural y se produce una disonancia entre el medio empleado que es un negocio típico (nominado) y el fin práctico perseguido.⁵²

Según Trabucchi el negocio indirecto es en el que la nota característica estriba en la divergencia que existe entre el fin práctico perseguido por las partes y la función típica de la categoría negocial que se quiere hacer valer.⁵³

Aunque prevalece una marcada similitud entre los negocios fiduciario e indirecto, pues en el uno como en el otro el medio adoptado por las partes para su celebración difiere de los efectos perseguidos. Así por ejemplo, si se transfiere a otro el dominio de un inmueble mediante un contrato de venta, más la finalidad propuesta es en realidad garantizarle un crédito, el negocio celebrado es indirecto y fiduciario a la vez; sin embargo, no existe una plena identidad de una figura negocial a la otra, ya que si bien todo negocio fiduciario es indirecto, no todo negocio indirecto es fiduciario. En consecuencia, como todo negocio fiduciario es indirecto, debe concluirse que los negocios indirectos son el género y los fiduciarios especie de aquéllos.

Como los fines del fideicomiso podrían ser logrados por medio de otros negocios cuya celebración permitía tal obtención, Rodríguez y Rodríguez lo considera un negocio jurídico indirecto porque los fines del fideicomiso (transmisión de bienes para fines de beneficencia, para pago de rentas, para garantía de obligación, para administración) podrían conseguirse mediante negocios reglamentados por la legislación positiva (compraventa, mandato,

⁵² *Ibid.*, p. 184

⁵³ *Ibid.*, p. 185.

comisión, prestación de servicios, hipoteca, etc.). La transmisión se quiere realmente pero no por los efectos de ella, sino por los que las partes señalan, los que podrían obtenerse mediante la utilización de otros negocios jurídicos.⁵⁴

La crítica a esta teoría es que considerar al fideicomiso como un negocio indirecto es verlo solamente a través de uno sólo de sus ángulos, el cual no abarca su naturaleza jurídica en su totalidad.

1.8 El Fideicomiso como contrato

El fideicomiso puede encuadrarse como acto jurídico ya que es la expresión de voluntad de dos o más personas para crear, transmitir, reconocer, declarar, modificar o extinguir, derechos y obligaciones.

Para calificar al fideicomiso como contrato se considera que es una relación jurídica entre dos o más personas, puesto que siempre debe de haber un fideicomitente y una institución fiduciaria; esa relación establece derechos y obligaciones entre dos partes y por lo tanto, no puede concebirse como una manifestación unilateral de voluntad.

En Estados Unidos autores como Scott⁵⁵ argumentan que a veces los autores de derecho y los tribunales han definido a veces al *trust* como una cierta clase de derecho u obligación pero esta definición es demasiado estrecha porque si bien es cierto que si se mira desde el punto del vista del

⁵⁴ Ibid., p. 186.

⁵⁵ Miguel Accosta Romero y P. Roberto Almazán Alanis. Op. cit., p. 189.

trustee, hay derechos establecidos para él y en favor del beneficiario, el *trust* es una relación jurídica completa de la cual, las obligaciones del *trustee* son solo un parte, el *trust* se considera como un aparato legal completo, la relación jurídica entre las partes, con respecto a la propiedad que es su materia, incluye no sólo las obligaciones que el *trustee* tiene frente al beneficiario y al resto del mundo, sino también derechos, privilegios, poderes e inmunidades que el *trustee* tiene frente al beneficiario y al resto del mundo.

Aplicando la analogía y siendo el fideicomiso mexicano una adaptación del *trust* inglés y norteamericano, se concluye que siendo el *trust* una relación jurídica entre dos o más personas, en consecuencia, en México también existe esa relación en el fideicomiso, pues no puede haber fideicomisos solamente con el fideicomitente.

Si se reconoce que el fideicomiso implica una relación jurídica entre dos o más personas, que crea, establece, transmite y declara derechos y obligaciones entre partes se concluye que tiene todas las características de un contrato.

Inclusive, en el uso bancario normal se utiliza el término de contrato de fideicomiso aunque la ley no señala qué tipo de acto es.

También al respecto se puede tomar en consideración la voluntad del legislador ya que en el propio legislador, autor de la redacción de los preceptos relativos al fideicomiso, licenciado Pablo Macedo explica que el fideicomiso es un contrato ya que habla de que se configura en el caso como

un contrato que requiere la voluntad de ambas partes, no cabe duda de que la intención del legislador fue diseñar el fideicomiso como un contrato.⁵⁶

La operación a que se refiere el artículo 346 de la Ley General de Títulos y Operaciones de Crédito, presenta características propias que son esenciales para la existencia del fideicomiso y que sólo pueden generarse mediante la celebración de un contrato. Estas son: la existencia de una persona capaz llamada fideicomitente; la existencia de una persona moral autorizada por el ejecutivo federal para realizar operaciones fiduciarias; la existencia de bienes propiedad del fideicomitente que son susceptibles de transmisión jurídica; la existencia de la voluntad del fideicomitente para transmitir dichos bienes a la fiduciaria; la existencia de la voluntad del fiduciario para recibir en propiedad los bienes y destinarlos conforme a los términos y condiciones fijados por el fideicomitente; la pérdida del derecho real que tenía el fideicomitente sobre los bienes transmitidos; la eficacia del régimen de inscripción pública ya que el hecho de que algunos registradores consientan en inscribir el acto que contiene la voluntad del fideicomitente, ello no implica que el patrimonio quede fideicomitado, por este sólo hecho; la determinación de un fin que no contravenga las disposiciones de orden público, cuyo cumplimiento se encomienda a la fiduciaria y cuya realización no depende del fideicomitente; la existencia de una relación personal jurídico fiduciaria entre el fideicomitente y la institución fiduciaria, que da origen a un derecho personal denominado fideicomisario y que obliga a la segunda a sujetar el derecho de disponer de los bienes y de sus productos, en beneficio del propio fideicomitente o de un tercero llamado fideicomisario; la imposibilidad jurídica de la institución fiduciaria para disponer en su beneficio de los bienes y sus productos; la existencia de un patrimonio autónomo afecto a un fin lícito y determinado; la

⁵⁶ Ibid., p. 191.

consecución de los fines lícitos, cuya realización no depende del fideicomitente y la transmisión de los bienes en favor de la fiduciaria, y consecuentemente la formación de un patrimonio autónomo.

1.9 El Fideicomiso como institución

Otra de las corrientes destinadas a dilucidar la naturaleza jurídica del fideicomiso es la que termina por atribuirle el carácter de una institución propuesta por Ledesma Uribe tomando en cuenta las ideas de Hauriou acerca de las instituciones. Una institución, según Hauriou es una idea de obra o empresa, que se realice y dure jurídicamente en un medio social; para la realización de esta idea se organiza un poder que le procura órganos; por otra parte, entre los miembros del grupo social interesado en la realización de la idea tiene que existir manifestaciones de comunión por los órganos de poder reguladas por un procedimiento. Dentro del género institución hay dos especies: la institución grupo y la institución cosa. Ambas tienen de común la idea que penetra en la realidad, la duración del medio social y un poder objetivo que mantiene el equilibrio de fuerzas dentro de la institución. Pero la institución grupo, la idea que tiene es el elemento más importante; la institución nace y vive precisamente por la participación de todos sus miembros en esa idea. Se trata, pues, del predominio de un elemento emocional, que aproxima este tipo de institución a la forma social de la comunidad: mientras que la institución cosa se constituye principalmente a base de relaciones interindividuales y de este modo se aproxima al tipo de la sociedad individualista y en ella acoge Hauriou el individualismo jurídico.⁵⁷

⁵⁷ Alfredo Domínguez Martínez, Op. cit., p. 162

Para Ledesma Uribe hay contratos que caen dentro de lo institucional y por el contrario hay instituciones que adoptan la forma contractual, como en su opinión acontece con el matrimonio. Considera un error conceptuar al fideicomiso como un nuevo contrato o como un acto unilateral que es una actitud tradicionalista. Para él en el fideicomiso concurren las características que Hauriou señala para la institución que son la permanencia, por un plazo máximo de 30 años que para la duración del fideicomiso fija la ley (artículo 359 de la Ley General de Títulos y Operaciones de Crédito); hay vínculo entre las partes por el propósito que los inspiró pues todo acto contrario a él rompería esa especie de comunidad que relaciona a todos los miembros de una institución y por último existe una sujeción al régimen previsto en el acto constitutivo lo cual representa el tercer elemento.⁵⁸

La crítica a esta teoría consiste en que la aplicación de las ideas de Hauriou sobre la base del nacimiento de una personalidad jurídica que corresponderá a la institución no tiene lugar en el fideicomiso. Según Hauriou la operación de fundación por voluntad común, se compone de los siguientes elementos: la manifestación de voluntad común con intención de fundar; la redacción de los estatutos; la organización de hecho de la institución corporativas y el reconocimiento de su personalidad jurídica. Si bien es cierto que en ocasiones la institución toma la forma de un contrato, cuando Hauriou se refiere a ello, insiste en la personalidad jurídica de la institución y precisamente esa personalidad es la que la hace tener dicho carácter. Tampoco es admisible la afirmación de Ledesma Uribe según la cual es un error pretender que el fideicomiso es un contrato como lo es también considerarlo simplemente como un acto jurídico unilateral porque conforme el

⁵⁸ Idem., p. 163

análisis de la teoría general de acto jurídico el fideicomiso reúne todas las características de un contrato.

2. Situación Jurídica de los Bienes Fideicomitidos

Una de las cuestiones planteadas por la doctrina relativas al fideicomiso es la del derecho de propiedad que implica el fideicomiso.

Las opiniones al respecto son diversas pero se pueden agrupar en considerar:

- 1) El fideicomitente conserva la propiedad de los bienes fideicomitidos.
- 2) El fiduciario conserva la propiedad de los bienes fideicomitidos.
- 3) El fideicomisario conserva la propiedad de los bienes fideicomitidos.
- 4) Al constituirse el fideicomiso se crea un patrimonio autónomo es decir, carente de quien ejerza el derecho de propiedad sobre él ya que los bienes fideicomitidos se separan del patrimonio del fideicomitente y no se incorporan al patrimonio de cualquiera de los sujetos que participan en la relación fiduciaria (fideicomitente, fiduciario y fideicomisario).

2.1 El Fideicomisario como Propietario de los Bienes Fideicomitidos

El destino de los bienes fideicomitidos es en provecho del fideicomisario. El fideicomisario es el sujeto a quien la ley le a asignado recibir el beneficio del fideicomiso y requiere que su capacidad de goce le permita tener la aptitud de incorporar ese derecho a su patrimonio. En el patrimonio del fideicomisario está el derecho a recibir el provecho que el fideicomiso implica. Además de otros derechos del fideicomisario como designar fiduciaria o convenir con el fideicomitente en la extinción del fideicomiso la Ley General de Títulos y

Operaciones de Crédito establece que el fideicomisario tendrá, además de los derechos que se le concedan por virtud del acto constitutivo del fideicomiso, el de exigir su cumplimiento a la institución fiduciaria, el de atacar la validez de los actos que ésta cometa en su perjuicio de mala fe o en exceso de las facultades que por virtud del acto constitutivo le correspondan, y cuando ello sea procedente, el de reivindicar los bienes que a consecuencia de estos actos hayan salido del patrimonio el objeto del fideicomiso.

Conforme lo anterior se concluye categóricamente que el fideicomiso genera un status para el fideicomisario y debido a esto se han dado opiniones (no pocas) que ven al fideicomisario como propietario de los bienes fideicomitados o por lo menos, tiene la titularidad de un derecho real sobre tales bienes. A través de la fiduciaria se acciona este derecho, lo que se traduce en una situación de una potestad de pleno dominio del fideicomisario.⁵⁹

En este sentido, Lizardi Albarrán considera que como consecuencia de la constitución del fideicomiso, dado el contenido de las disposiciones aplicables, el derecho de propiedad del fideicomitente observa un desdoblamiento que lo bifurca y lo transforma en dos distintos derechos: el primero del que la institución fiduciaria es titular y cuya característica fundamental es la facultad de disposición que permite a aquella ostentarse como propietaria pero que si se profundiza en el caso, aflora un derecho distinto al de propiedad y sobre todo, carente de valor económico; el segundo, por su parte de titularidad del fideicomisario, se caracteriza por su contenido económico y está ligado al fin de la operación. Ambos derechos

⁵⁹ Manuel Lizardi Albarrán. Op. cit. , p.200.

tiene efectos reales. Se contempla la situación de una manera muy general, pareciera que el derecho del fiduciario se caracteriza, si no de manera absoluta, cuando menos en su tendencia general, por la facultad de disposición, y es por esto que el mismo fiduciario queda frente a terceros ostentándose como propietario, ya que dicha facultad es atributo esencial del derecho de propiedad, pero estudiando minuciosamente los detalles se encuentran características que permitan configurar el derecho del fiduciario como un nuevo derecho, distinto del de propiedad. En primer lugar, es temporal y su duración no puede, por regla general, exceder de treinta años; en segundo, existe en función de un fin por realizar, y finalmente, no representa para su titular (el fiduciario) ningún valor económico. El segundo derecho es el del fideicomisario que, a diferencia del fiduciario, se caracteriza por tener fundamentalmente un contenido económico válido *erga omnes*. Este derecho está íntimamente ligado al fin de la operación y tiende a confundirse con él, por representar dicho fin, en una forma u otra, un beneficio económico para el fideicomisario. La existencia del derecho del fideicomisario depende de la del fiduciario y es, por consiguiente, como el de éste último, también temporal. La última característica distintiva del derecho del fideicomisario está en los efectos reales a que da lugar. Normalmente es el fiduciario el que ejerce el dominio directamente sobre los bienes objeto de la relación y sin embargo, puede el fideicomisario, en los casos señalados por la ley, perseguirlos y aún reivindicarlos para restituirlos al fondo del fideicomiso. Es por esto que el derecho del fideicomisario adquiere la configuración de un auténtico derecho real, aunque de tipo especial, diferente de los demás que conoce el ordenamiento positivo mexicano.⁶⁰

⁶⁰ Manuel Lizardi Albarrán. Op. cit., p. 200.

En resumen, concurren sobre una misma cosa, dos derechos con efectos reales: el del fiduciario sin contenido económico y con todos los efectos normales que le permiten reivindicar de un tercero que detente o posea sin justo título; el del fideicomisario, por el contrario, con un valor económico, pero con efectos excepcionales que más bien tienden a la protección del fideicomisario contra actos indebidos del fiduciario, aunque encuentra las limitaciones que impone la naturaleza de los bienes objeto de la operación. Los dos derechos tienen por su relación entre sí y por su temporalidad la tendencia a confundirse y revertir en el derecho de propiedad originario, reversión que depende del transcurso del tiempo o de la realización de una condición.

La crítica a esta postura consiste en que el fideicomiso no genera derecho real alguno a favor del fideicomisario. Es cierto que como consecuencia de la ejecución de los actos para alcanzar los fines del fideicomiso, la fiduciaria puede llegar a transmitir un derecho real al fideicomisario o a un tercero, pero dicha transmisión no es porque la institución sea titular de un derecho real, sino simplemente lo hace porque en ello consiste el desempeño de su función como tal a la fiduciaria. La Ley General de Títulos y Operaciones de Crédito enuncia los derechos del fideicomisario, los cuales se pueden resumir en los siguientes:

1) Derecho de exigir el cumplimiento del fideicomiso. Este derecho se traduce en un derecho de crédito. Por derecho de crédito se entiende la relación jurídica por la cual el acreedor puede exigir del deudor una prestación de dar o hacer o una abstención, en todo caso de carácter patrimonial, lo que aplicado al fideicomiso se traduce en la relación jurídica por la cual el fideicomisario, como acreedor, puede exigir de la institución fiduciaria, como

deudora, la o las prestaciones de dar o de hacer, consistentes en la realización de los actos por los que se alcancen los fines del fideicomiso creador de la relación.

2) Impugnación de los actos perjudiciales. El derecho del fideicomisario de atacar la validez de los actos que la fiduciaria cometa en su perjuicio, de mala fe o en exceso de las facultades que por virtud del acto constitutivo o de la ley le corresponda, resulta una consecuencia del carácter de acreedor que tiene el fideicomisario en su relación obligacional con la fiduciaria, sujeto pasivo en esta relación.

3) Reponer al patrimonio fideicomitado los bienes salidos del mismo por los actos indebidos señalados. Este derecho está contemplado en la Ley General de Títulos y Operaciones de Crédito al facultar al fideicomisario a reivindicar los bienes que a consecuencia de los actos realizados de mala fe o en exceso de las facultades por la fiduciaria y que perjudiquen al derechohabiente hayan salido objeto del patrimonio del fideicomiso; por lo que parece apoyar a esta teoría ya que la acción reivindicatoria compete a quien no está en posesión de la cosa de la cual tiene propiedad y su efecto será declarar que el actor tiene el dominio sobre ella y se la entregue el demandado, cabría por ello considerar al fideicomisario propietario de los bienes fideicomitados, pues la ley le permite reivindicarlos. De esta manera el fideicomisario es propietario y entonces ciertamente la acción indicada es la de reivindicación o por el contrario, el fideicomisario no es propietario y por ende, dicha acción no es la reivindicatoria. Algunos autores consideran que debido a que la finalidad de ejercitar esta acción en el fideicomiso es que los bienes se sumen de nuevo al patrimonio fideicomitado esta acción que compete al fideicomisario no es la reivindicatoria porque esta se encamina a declarar el dominio, no perdido, respecto de la cosa y que quien la tiene la entregue, por esto se debería tratar de una modalidad de la pauliana.

2.2 Los bienes fideicomitidos considerados como un patrimonio autónomo o de dominio de la fiduciaria.

Como el fideicomiso no genera por su otorgamiento la adquisición de la propiedad de los bienes fideicomitidos por el fideicomisario y ni siquiera éste, por ese carácter, es titular de derecho real alguno, algunos autores dentro de los cuales está Landerreche Obregón⁶¹, el derecho de propiedad lo consideran en una situación de independencia respecto del patrimonio de cualquiera de los sujetos que intervienen en la figura jurídica del fideicomiso.

En los artículos de la Ley General de Títulos y Operaciones de Crédito que se refieren al destino dado a los bienes fideicomitidos a un fin lícito y determinado y por otro lado a la afectación que el fideicomiso implica y en lo que ello se traduce y además a la situación jurídica que por esa afectación para con la fiduciaria y que se considera como una mera titularidad sobre tales bienes, así como en su caso, la falta de una mención directa a que la fiduciaria, por virtud del fideicomiso, pase a ser propietaria de ellos, han permitido afirmar que la constitución del fideicomiso da lugar a la creación de un patrimonio autónomo, carente de sujeto, pues el fideicomitente pierde la propiedad de lo fideicomitado y ni la fiduciaria, ni el fideicomisario la adquieren; de esa manera, el derecho de propiedad tenido antes por el fideicomitente sobre los bienes no hay quien lo detente.

Entre los autores que sostienen esta teoría son Landerreche Obregón, Cervantes Ahumada y Carreras Maldonado. Para esta corriente la transferencia del dominio que hace el fideicomitente no es en favor de una

⁶¹ Juan Landerreche Obregón. Op. cit., p. 197

persona determinada, sino como una afectación para el fin que constituye el objeto del fideicomiso. Los efectos de la afectación fiduciaria son el constituir un patrimonio especial, el patrimonio del fideicomiso, que se integra con los bienes afectados.

La crítica a esta teoría consiste en que no es concebible la existencia de un patrimonio sin sujeto, por las consideraciones que fueron expuestas al hablar de la naturaleza jurídica del fideicomiso.

2.3 La Fiduciaria como Propietaria de los Bienes Fideicomitados.

Para algunos autores como Macedo⁶², el fideicomiso produce una transmisión de plena propiedad del fideicomitente a la institución fiduciaria. Los argumentos que al efecto se esgrimen suelen en ocasiones apoyarse directamente en el contenido e interpretación de las disposiciones legales.

Para esta teoría el fideicomitente transmite la propiedad de ciertos bienes o la titularidad de determinados derechos al fiduciario. La transmisión del fiduciario es válida *erga omnes*. Sin embargo, la obligación que el fiduciario asume frente al fideicomitente de destinar los bienes o derechos a determinada persona, configura en estos negocios un tipo especial de relación en virtud de la cual, habiendo transmisión plena, ésta se encuentra limitada internamente entre fideicomitente y fiduciario. Esto no es una contradicción: el fiduciario es propietario de los bienes o es titular absoluto de los derechos; pero ante el fideicomitente se obliga a retransmitirlos o a transmitirlos a un tercero. Las limitaciones internas no limitan la potestad

⁶² Jorge Alfredo Domínguez Martínez, Op. cit., p. 107.



dominical del fiduciario, ya que a éste le corresponde plenamente el ejercicio del derecho de propiedad y su titularidad, y si bien los frutos o productos de la cosa no le benefician, esta nota no es en absoluto esencial a este derecho, pudiendo existir separada de él. El pacto interno de carácter obligatorio impone al fiduciario una carga, un conjunto de limitaciones que está obligado a respetar, pero cuya transgresión no afecta al adquirente.

El dominio del fiduciario es un dominio en función del fin o fines por realizar, sólo puede ejercitar ese derecho en la medida que tienda a la conservación de los bienes fideicomitidos o de los derechos que le han concedido o la realización de los fines y que fuera de estos límites, sus actos de disposición no tienen validez alguna; debe entenderse esta limitación no solamente en el sentido de que siendo titular tiene ciertas facultades y otras no, sino las facultades que tiene solamente puede usarlas en la medida que el fin por realizar lo requiera. Se trata no solo de una limitación cualitativa de facultades específicas, sino también una limitación cuantitativa.

Para Rodríguez y Rodríguez⁶³ el fideicomiso crea una nueva estructura en el derecho de propiedad, de la Ley General de Títulos y Operaciones de Crédito se infiere que el fideicomiso implica una traslación de dominio o cesión de derechos, que surte efectos contra terceros, lo que quiere decir que el fiduciario aparece como dueño, pero que este dominio tiene caracteres especiales, por no tener el fiduciario el libre uso, disfrute y dominio de los bienes, pues estas facultades tienen las siguientes limitaciones:

- a) Todas ellas se ejercen en función del fin por realizar y no en interés del fiduciario.
- b) El beneficio económico del fideicomiso recae sobre el fideicomisario.

⁶³ Jorge Alfredo Domínguez Martínez. El Fideicomiso, Op. cit., p. 187

- c) El fideicomisario puede impugnar los actos del fiduciario que salgan de los límites funcionales de establecimiento.
- d) Los bienes deben volver al fideicomitente, con excepción de los fideicomisos constituidos en personas de orden público e instituciones de beneficencia.

Todos esto quiere decir que los bienes dados en fideicomiso constituyen un patrimonio separado entendiéndose como patrimonio separado o patrimonio fin o de afectación no un patrimonio sin titular. En el caso del fideicomiso el patrimonio tiene como titular jurídico al fiduciario; pero como titular económico al fideicomisario y al fideicomitente. Es titular jurídico el fiduciario, porque él, aunque dueño temporal y revocable, es el dueño. Titulares económicos, el fideicomisario y el fideicomitente, porque a ellos van los beneficios de la propiedad y la propiedad misma al concluirse el fideicomiso.

La crítica a este respecto es que no se considera correcto hablar de un titular económico y de un titular jurídico, pues si se entiende por titular el destinatario de una norma jurídica, no es posible que dentro del derecho haya un destinatario de las normas económicas, pues esto sería introducir nociones extrañas al derecho.

También se afirma que en el fideicomiso mexicano no hay transmisión de bienes a la institución fiduciaria, sino que sólo se inviste a ella de la legitimación para ejercitar en forma exclusiva aquellos derechos que necesita para realizar la finalidad del fideicomiso sobre bienes cuyo dominio conserva el fideicomitente. De esta manera, la institución fiduciaria, con una legitimación que el acto constitutivo entre vivos del fideicomiso le otorga y

que la ley le confirma y reconoce, realiza actos válidos sobre un patrimonio ajeno, esto es sobre bienes que le pertenecen al fideicomitente, pero sin que de tales bienes pueda disponer el fideicomitente.

4. 2.4 El fideicomitente como propietario de los bienes fideicomitados.

Esta teoría argumenta que el fideicomitente conserva la propiedad de los bienes fideicomitados, ya que las mismas disposiciones legales se colocan en el supuesto de que quien constituye el fideicomiso conserva la propiedad de lo fideicomitado, lo destina a un fin lícito y determinado por lo que queda afecto a ese fin y puede convenir con el fideicomisario la extinción del fideicomiso, y llegada ésta le deberá ser devuelto el remanente que la fiduciaria mantenga en su poder, en todo caso se supone la conservación de la propiedad aquí sostenida. El destino que da el fideicomitente a los bienes es una prerrogativa del derecho de propiedad. La situación que se crea con el fideicomiso es en realidad no una transmisión de derechos, es una sustitución en los derechos del fideicomitente por la fiduciaria.

CONCLUSIONES

Durante la evolución histórica del fideicomiso se puede observar que esta figura jurídica se estableció en términos generales para favorecer a aquellas personas que no podían ser reconocidos legalmente como propietarios, de esta manera podían disfrutar de los beneficios que confería la propiedad.

Debido a los abusos de los fiduciarios la ley tuvo que reconocer finalmente al fideicomiso y otorgarle protección jurídica a las personas que intervenían en el mismo.

Se distinguen tres momentos en el fideicomiso: en su constitución el fideicomitente es propietario y deja de serlo; durante el transcurso del fideicomiso el fiduciario funge como propietario; y en la extinción del fideicomiso la propiedad pasa al fideicomisario

A efecto de realizar su función como fiduciario es decir, cumplir con los fines establecidos en el fideicomiso, el fiduciario debe de tener completa disposición del bien, por esto se le otorgan todos los derechos como propietario.

El fiduciario tiene la plena disposición del bien pero limitada ya que es para provecho del fideicomisario no para provecho del propio fiduciario.

El fiduciario recibe una remuneración por el fideicomiso.

El bien fideicomitado no forma parte del patrimonio del fiduciario.

El bien fideicomitido no representa ningún valor económico para el fiduciario.

El fideicomiso es temporal.

El problema radica en que solamente se observa la figura de la propiedad partiendo de sus efectos y características jurídicas pero independientemente de lo anterior, la propiedad tiene una esencia económica, un provecho económico para el propietario, no para terceros.

De esta manera el fiduciario no tiene ningún provecho económico para sí, ni el bien fideicomitido forma parte de su patrimonio, su propiedad es completamente limitada puesto que es solo en función de los fines del fideicomiso y además es temporal. Ni siquiera en lo futuro existe para el fiduciario la posibilidad de tener un provecho económico.

De lo anterior se desprende que el fiduciario no tiene la propiedad de los bienes fideicomitados sino que el fideicomiso implica una nueva figura jurídica que se asemeja a la propiedad pero no lo es.

En el fideicomiso el fideicomitente deja de ser propietario para transferir su propiedad temporalmente en fideicomiso, en el cual el fiduciario tiene derechos y obligaciones parecidas a las de un propietario pero sin serlo puesto que es en provecho del fideicomisario, quien al término del fideicomiso es propietario nuevamente.

BIBLIOGRAFÍA

Código Civil para el Distrito Federal en Materia Común y para toda la República en Materia Federal.

Ley General de Títulos y Operaciones de Crédito

ACOSTA ROMERO, Miguel. Nuevo Derecho Bancario, octava edición, México, Editorial Porrúa, 2000, 1293 p. p

ACOSTA ROMERO, Miguel. Teoría General del Derecho Administrativo, decimo tercera edición, México, Editorial Porrúa, 982 p.p.

ACOSTA ROMERO, Miguel y ALMAZAN ALANIS, Roberto. Tratado Teórico Práctico del Fideicomiso, tercera edición, México, Editorial Porrúa, 1999, 587 p. p.

BATIZA, Rodolfo. El Fideicomiso, séptima edición, México, Editorial Jus, 1995, 493 p.

CERVANTES AHUMADA, Rafael. Títulos y Operaciones de Crédito, undécima edición, México, Editorial Porrúa, 1979, 422 p.p.

DE PINA VARA, RAFAEL. Elementos de Derecho Civil Mexicano, segundo volumen, sexta edición, México, Editorial Porrúa, 1975, 411 p.p.

DOMINGUEZ MARTÍNEZ, Jorge Alfredo. Dos Aspectos de la Esencia del Fideicomiso Mexicano, tercera edición, México, Editorial Porrúa, 2000, 181 p. p.

DOMINGUEZ MARTÍNEZ, Jorge Alfredo. El Fideicomiso, quinta edición, México, Editorial Porrúa, 1995, 374 p.p.

GUTIÉRREZ Y GONZÁLEZ, Ernesto. Derecho de las Obligaciones. Tercera Edición, Puebla, Pue., Editorial Cajica, 1968, 998 p.

GUTIERREZ Y GONZÁLEZ, Ernesto. El Patrimonio, segunda edición, Puebla, México, Editorial Cajica, S.A., 1982, 957 p.p.

MONSERRIT ORTIZ SOLTERO, Sergio. El Fideicomiso, México, Editorial Porrúa, 1998, 246 p.p.

NAVARRO MARTONELL, Mariano. La Propiedad Fiduciaria, Barcelona, España, Bosch Casa Editorial, 1950, 347 p.p.

PLANIOL, Marcelo y RIPERT, Jorge. Tratado Práctico de Derecho Civil Francés, Tomo III, traducción del Dr. Mario Díaz Cruz, Habana, Editorial Cultural, 1946, 881 p. p.

ROJINA VILLEGAS, Rafael. Derecho Civil Mexicano, Tomo III, décima edición, México, Editorial Porrúa, 2001, 859 p.

ROJINA VILLEGAS, Rafael. Compendio de Derecho Civil, Tomo III, novena edición, Editorial Porrúa, México, 1980, 531 p.p.

SANCHEZ MEDAL, Ramón. De los Contratos Civiles. Decimoséptima edición, México, Editorial Porrúa, 1999, 629 p.p.

VILLAGORDOA LOZANO, José Manuel. Doctrina General del Fideicomiso, México, Asociación de Banqueros de México, 1976, 285 p.p.

VILLORO TORANZO, Miguel. Introducción al Estudio del Derecho, doceava edición, Editorial Porrúa, México, 1996, 506 p.p.

LANDERRECHE OBREGON, Juan. "Naturaleza del Fideicomiso en el Derecho Mexicano", JUS REVISTA DE DERECHO Y CIENCIAS SOCIALES, 50 número extraordinario, Septiembre 1942, 193-217.