

201

UNIVERSIDAD NACIONAL AUTÓNOMA DE MÉXICO

ESCUELA NACIONAL DE ESTUDIOS PROFESIONALES "ACATLÁN"



LA INSTITUCIÓN FIDUCIARIA, ALCANCES Y LÍMITES EN EL ÁMBITO DEL DERECHO POSITIVO MEXICANO

TESIS PROFESIONAL

QUE PARA OBTENER EL TÍTULO DE

LICENCIADO EN DERECHO

PRESENTA:

LUIS MARTÍN MARTÍNEZ XOCHMITL



SANTA CRUZ ACATLÁN, NAUCALPAN EDO DE M ÉXICO 2002

TESIS CON FALLA DE ORIGEN



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.

Dirección General de Bibliotecas de la
Fundir en formato electrónico e impreso el
de mi trabajo recepcional.

ARE: Luis Martín Mar-

Arnez Kochimart.

OS 1002

AM

PARA ANY EL AMOR DE TODA MI VIDA.

**PARA MIS PAPÁS
QUE ME ENSEÑARON
A DESCUBRIR EL PLACER
POR LA LECTURA**

ÍNDICE

INTRODUCCIÓN.

CAPÍTULO I. ANTECEDENTES HISTÓRICOS DEL FIDEICOMISO

ANTECEDENTES DE LA LEGISLACIÓN EXTRANJERA	2
A.- FIDEICOMISO EN EL DERECHO ROMANO	2
a) Fideicomissum o fideicomiso sucesorio	3
b) Fiducia o pactum fiduciae	5
c) Sustituciones fideicomisarias	7
B.- FIDEICOMISO EN EL DERECHO GERMANO	9
a) La prenda Inmobiliaria	9
b) Manusfidelis	10
c) Salman o treuhand	10
C.- El Fideicomiso en el Derecho Angloamericano	11
a) El Use	11
b) El Trust	17
ANTECEDENTES EN LA LEGISLACIÓN MEXICANA	22

CAPÍTULO II. NATURALEZA JURÍDICA DEL FIDEICOMISO

PRINCIPALES TEORÍAS	41
TEORÍA DEL FIDEICOMISO COMO UN ACTO UNILATERAL	41
TEORÍA DEL FIDEICOMISO COMO UN ACTO JURÍDICO CONTRACTUAL	47
TEORÍA DEL FIDEICOMISO COMO UN NEGOCIO JURÍDICO	52

CAPÍTULO III. CONCEPTO Y ELEMENTOS DEL FIDEICOMISO

ELEMENTOS	55
FIDEICOMITENTE	55
FIDEICOMISARIO	57
FIDUCIARIO	58

CAPÍTULO IV. LA FUNCIÓN FIDUCIARIA Y EL RÉGIMEN JURÍDICO

LA FUNCIÓN FIDUCIARIA Y LA CONSTITUCIÓN POLÍTICA DE LOS ESTADOS UNIDOS MEXICANOS	68
LA FUNCIÓN FIDUCIARIA Y LA LEY GENERAL DE TÍTULOS Y OPERACIONES DE CRÉDITO	69
LA FUNCIÓN FIDUCIARIA Y LA LEY DE INSTITUCIONES DE CRÉDITO	70
LA FUNCIÓN FIDUCIARIA Y LA LEY DEL MERCADO DE VALORES	76
LA FUNCIÓN FIDUCIARIA Y LAS LEYES FEDERAL DE INSTITUCIONES DE FIANZA Y GENERAL DE INSTITUCIONES Y SOCIEDADES MUTUALISTAS DE SEGUROS.	82
LA FUNCIÓN FIDUCIARIA Y LA LEY ORGÁNICA DE LA ADMINISTRACIÓN PÚBLICA FEDERAL	85
LA FUNCIÓN FIDUCIARIA Y LA LEY FEDERAL DE LAS ENTIDADES PARAESTATALES	87
LA FUNCIÓN FIDUCIARIA Y EL CÓDIGO CIVIL FEDERAL	88
LA FUNCIÓN FIDUCIARIA Y LA LEY DE INVERSIÓN EXTRANJERA	90
	91

CAPÍTULO V. LA FUNCIÓN DE LA INSTITUCIÓN FIDUCIARIA

INSTITUCIÓN FIDUCIARIA	94
NÚMERO DE FIDUCIARIOS	96
QUIÉNES PODRÍAN REALIZAR LA FUNCIÓN FIDUCIARIA	97

CONCLUSIONES	100
--------------	-----

BIBLIOGRAFÍA	102
--------------	-----

INTRODUCCION

A lo largo del presente trabajo en el que estudiaremos el fideicomiso, veremos la naturaleza del fiduciario, figura que surgió de la confianza que en él depositaba otra persona llamada fideicomitente, para realizar una función determinada y era tal su confianza que le transmitía bienes de su propiedad encomendándole un fin determinado.

Ahora bien, esa misma necesidad motiva el surgimiento en nuestro sistema jurídico de la figura del Comité Técnico, actualmente regulado por la Ley de Instituciones de Crédito.

Así pues, observaremos que es este Comité Técnico el auténtico realizador de la función fiduciaria, ya que es él en quien se deposita la verdadera confianza para la realización del negocio jurídico, puesto que la Ley dispone que las Instituciones de Crédito puedan actuar por instrucciones de dicho Comité y se liberan de cualquier responsabilidad. En consecuencia, tenemos que la Institución de Crédito, se vuelve en simple ejecutor que lejos de realizar la función fiduciaria, en ocasiones, sólo la entorpece y la encarece.

Al analizar todo el panorama a lo largo de esta investigación, se clarificará la idea de que la función fiduciaria deber ser liberada para su mejor realización y no permanecer al amparo de un proteccionismo dañino que sólo desemboca en el impedimento del desarrollo de una función que podrá impulsar la actividad económica y solucionar grandes problemas en la realidad social.

CAPITULO I

ANTECEDENTES HISTORICOS DEL FIDEICOMISO

Analizar la controvertida figura del fiduciario sin duda representa una gran tarea, por lo cual resulta necesario antes deparar en las diversas manifestaciones que a lo largo de la historia ha tenido la singular figura jurídica del fideicomiso. Para algunos autores como Rodolfo Batiza, el vestigio más remoto lo encontramos en el Derecho Romano; destacados juristas sin embargo, opinan que es en el Derecho Germano donde se precisa y define con mayor elocuencia esta figura, unos mas como el Dr. Jorge Alfredo Domínguez Martínez, señalan que es en el Derecho Angloamericano donde mayor similitud encuentra nuestro fideicomiso; y otros más sustentan que tanto el Derecho Germano como el Derecho Angloamericano están influenciados por el Derecho Romano, premisa de nuestro fideicomiso.

Expuesto este singular panorama, en el presente capítulo únicamente pretendemos hacer un estudio sobre estas doctrinas, sin olvidar que difícilmente algún día se unificarán, por lo tanto, intentaremos exponer las características más representativas de cada doctrina, con el único fin de conocer más a fondo la naturaleza, los límites y los alcances de nuestra figura jurídica en estudio.

ANTECEDENTES DE LA LEGISLACION EXTRANJERA

A. - Fideicomiso en el Derecho Romano

La figura del fideicomiso surge en el Derecho Romano, como consecuencia del riguroso sistema legal y el enorme hermetismo en la forma, esta situación originó que las personas imposibilitadas de llevar a cabo sus deseos, utilizaran medios indirectos para

alcanzarlos, lo cual se manifestaba de la siguiente manera: el dueño de una cosa le transmitía la propiedad de ésta a un tercero, en el cual confiaba plenamente para que cumpliera con un encargo, teniendo como único vínculo la conciencia moral del adquirente aparente y por exclusiva sanción, en caso de incumplimiento, el repudio social.

Son tres las figuras jurídicas romanas que merecen ser estudiadas como antecedentes remotos del fideicomiso y que son: el fideicommissum, el pactum fiduciae y las sustituciones fideicomisarias.

a).- Fideicommissum o fideicomiso sucesorio:

El término fideicommissum, según Héctor Macedo¹, proviene del latín "fides" que significa fe y de "commissum" que significa comisión o encargo.

Este fideicommissum surgió como respuesta a las grandes limitaciones que el derecho romano impuso a las personas en materia de herencias. Ya que el rígido formalismo sancionaba con falta de validez jurídica a los actos que no se apegaban a la forma de una manera estricta o con la inexistencia para aquellos actos que no cumplieran con las solemnidades de la ley, esto trajo como consecuencia que cuando una persona quería beneficiar a quien no tenía la "testamenti factio"² (capacidad de heredar), por ser liberto, esclavo, hijo póstumo, etc., no tenía otro camino que nombrar como heredero a una persona de su absoluta confianza que tuviera capacidad, para que a su muerte le entregara el beneficio o los bienes al incapaz.

¹ Muñoz Luis. El Fideicomiso Mexicano, Cárdenas Editor y Distribuidor, México 1973. Prólogo de José Héctor Macedo. P.1

² Petit Eugeni, Tratado Elemental de Derecho Romano, Editorial Nacional P.518

En este orden de ideas, el fideicomitente era el testador, el fiduciario el heredero designado y el fideicomisario el incapaz a quien debían ser entregados los bienes.

Las características esenciales del fideicommissum son:

- 1.- La buena fe depositada en la persona que recibe la masa hereditaria para cumplir el deseo del testador.
- 2.- La muerte del testador (persona que suplicó que a su muerte la cosa se destinara a un fin determinado).
- 3.- La liberalidad de las cosas, entendido como la libertad absoluta del fiduciario para disponer de los bienes.

En un principio, estos fideicomisos sucesorios no tenían obligatoriedad civil alguna, ya que se sustentaban en la buena fe y en la conciencia moral del heredero (fiduciario), para que cumpliera con la encomienda.

Pero como era de esperarse, muchos fideicomisos quedaron sin cumplirse, en virtud de la posibilidad que tenía el fiduciario de incumplir su cometido, ya que la única sanción que tenía era el repudio social.

Como consecuencia de estas notables ofensas a la opinión pública, el emperador Augusto ordenó a sus cónsules vigilar el cumplimiento de los fideicommissa, posteriormente se creó la figura del pretor fideicomisario quien estaba encargado de obligar al heredero aparente a cumplir con el deseo del testador, con ello se dio un derecho de crédito que facultaba al fideicomisario para poder exigir el cumplimiento del fideicommissum al fiduciario.

Hecho el análisis anterior, surgen dos ideas importantes para el presente trabajo:

1°.- En un principio y debido a las causas de nacimiento la función fiduciaria podrá ser realizada por cualquier persona física digna de confianza que tenía como única limitación para realizar su cometido, la severidad de su conciencia, posteriormente el cumplimiento se volvió coercitivo y la facultad para exigirlo recayó en el fideicomisario.

2°.- Al volverse coercitivo el cumplimiento del fideicommissum, el fiduciario se transformó en un simple ejecutor de la voluntad del testador que, por lo tanto, no podía oponerse, ni transigir; en este orden de ideas, el fideicommissum adopta la configuración de un acto unilateral de voluntad.

b).- Fiducia o pactum fiduciae:

Esta figura jurídica es contraria al fideicommissum, el cual tenía como fin favorecer a un tercero con posterioridad a la muerte del testador, en cambio, el pacto fiduciae o fiducia se caracterizaba por ser un negocio entre vivos, en el cual las partes que intervenían tenían interés en la celebración del acto.

En un principio, la fiducia que algunos autores como el Dr. Jorge Alfredo Domínguez Martínez³, conciben como negocio fiduciario, que consistía en la representación de la forma solemne de transmitir la propiedad, como en la mancipatio o en la in iure cessio⁴, cumplimentada con el pactum fiduciae, en virtud del cual quien recibía la cosa se obligaba con el transmitente a volvérsela a transmitir, una vez que se cumpliera con la condición, hubiera

³ "El fideicomiso ante la Teoría General del Negocio Jurídico", Edit. Porrúa 1975, P. 2

⁴ Jaramillo Vélez Lucrecio. Derecho Romano, 7ª Edición. Señal Editora, México P. 298

Existieron dos tipos de pactum fiduciae: el pactum fiduciae cum creditore y el pactum fiduciae com amico.

El pacto fiduciae cum creditore, era un negocio celebrado entre deudor y acreedor, en virtud del cual aquél transmitía la propiedad de una cosa a éste, para garantizar el cumplimiento de su deuda y el acreedor se obligaba a devolverle la cosa una vez que hubiera cumplido con su obligación; de lo anterior surgen dos posibilidades; la primera, que el deudor cumpliera con su obligación y se le transmitiera nuevamente la propiedad de la cosa, y, la segunda, que incumpliera con su obligación y, en consecuencia, el acreedor tuviera la facultad para vender la cosa y con el producto de la venta cubrir su adeudo y en caso de haber un excedente, entregárselo al deudor.

El pactum fiduciae cum amico, consistía en la transmisión de la propiedad de una cosa, que hacía un amigo a otro, quien al mismo tiempo se obligaba a retransmitirla a aquel o a un tercero, cuando así se le requiriera, una vez satisfecha la condición o en su caso hubiera transcurrido el tiempo establecido.

Como ejemplo de lo anterior, tenemos el señalado por Julián Bojalil, en cita de Luis Muñoz³, refiriéndose al perseguido político, que temiendo su suerte y antes de emigrar, vendía sus propiedad a un amigo, que a su vez se obligaba a retransmitírselas una vez que las condiciones hubieran cambiado.

Estas figuras, al igual que el fideicommissum, en un principio carecían de sanción, lo que motivó al incumplimiento en la retransmisión de la cosa por parte del fiduciario.

¹ Jaramillo Vélez Lucrecio. Derecho Romano, 7ª Edición. Señal Editora, México p. 298

³ Muñoz Luis, El Fideicomiso, Cárdenas Editores y Distribuidores, México 1973.

Posteriormente fueron sancionadas con la acción fiduciaria directa y la acción fiduciaria contraria para exigir el cumplimiento, con lo cual se le otorgaba al fiduciario una acción persecutoria de los bienes.

En la fiducia, se sigue manteniendo la posibilidad de que la función fiduciaria sea realizada por cualquier persona física; sin embargo, se aporta una nueva característica a esta institución, la cual consistía en que el fiduciario pudiera al mismo tiempo ser fideicomisario, enriqueciendo de modo notable la gama de facultades de esta importante figura, en virtud de que daba la oportunidad a las partes que intervenían en autorregularse, tanto en la celebración del acto como en sus consecuencias, es decir, se estaba ante una auténtica libertad de la voluntad.

Surgiendo un notable cambio en la figura jurídica en estudio, ya que deja de ser un acto unilateral de voluntad, para convertirse en un negocio jurídico bilateral, mediante el cual se creaban derechos y obligaciones entre las partes que intervenían y se regulaba la vida, consecuencias y extinción del acto.

c).- Sustituciones fideicomisarias:

El fideicomiso versátil e innovador que originalmente surgió en Roma, pronto se convirtió en un fideicomiso conservador, estático y perpetuo, tendiente a la vinculación de la propiedad de los inmuebles a través de la sustitución fideicomisaria, en la cual se establecía la designación de un fideicomisario y a su muerte la sustitución de éste por otro, y a su vez por otro y así de manera indefinida.

De tal modo que, en la época clásica se permitía por una generación, en época de Justiniano hasta por cuatro generaciones y en la edad media, sin límite de generaciones.

Lo anterior, obviamente vinculaba las propiedades y estancaba los capitales, así tenemos que Oscar Rabasa, en su obra Derecho Angloamericano⁶ establece que los testadores en la Edad Media, con el propósito de perpetuar los bienes en la misma familia, instituían al heredero con el carácter de fiduciario y fideicomisario, ya que se le transmitían los bienes en propiedad, durante su vida, con la obligación de entregárselos a otra persona a su muerte y, a su vez, quien los adquiría los conservaba con la misma obligación de transmitírselos a su muerte a otra persona previamente designada y así sucesivamente.

Por lo que los bienes se volvían inalienables durante generaciones enteras, dando origen al mayorazgo, el cual define el maestro Octavo Hernández⁷, como "...una institución jurídica en cuya virtud el primogénito tiene derecho de suceder en los bienes del progenitor con la condición de heredar bajo el mismo carácter a su primogénito...".

Esta institución floreció porque en esa época el poder recaía sobre reyezuelos que se apoyaban en señores feudales, los cuales le proporcionaban dinero, hombres y armas para financiar sus guerras a cambio de beneficios económicos, por lo que para mantener esta unidad, los señores feudales tenían que perpetuar sus propiedades en su familia, pero no entre todos sus hijos, sino en uno solo, ya que la distribución aminoraría su poder ante el monarca.

En lo referente a la función fiduciaria, podemos concluir que pese a las deficiencias y limitaciones de su juventud, en el Derecho Romano con gran tino se contempló la posibilidad de que

⁶ Rabasa, Oscar.- El Derecho Angloamericano, Estudio Expositivo y Comparado del Common Law.- Fondo de Cultura Económica.- México. P.265

⁷ Hernández A. Octavo.- Derecho Bancario Mexicano.- Ediciones de la Asociación Mexicana de Investigaciones Administrativas.- México, p.239.

cualquier persona pudiera realizar tal función y además, cuando no se afectare intereses de terceros, el fiduciario podría ser al mismo tiempo fideicomisario, alcances que sin duda se adelantaron a su época.

B.- Fideicomiso en el Derecho Germano.

Dentro del Derecho Germano existen tres figuras que muy posiblemente se vieron influidas por el Derecho Romano, pero sin duda constituyen antecedentes remotos de nuestra actual figura en estudio y éstas son: la prenda inmobiliaria, la manus fidelis y el Salman o Treuhand.

a).- La prenda inmobiliaria:

Esta figura, que es muy similar al *pactum fiduciae cum creditore romano*, consistía en el acto por el cual una persona denominada deudor, transmitía la propiedad de un inmueble a su acreedor con el fin de garantizar su deuda, mediante la entrega de una carta a la cual se denominaba "Venditionis" y en el mismo acto el acreedor se obligaba, a través de una contracarta, a devolverle el inmueble y la carta al deudor una vez que hubiera cumplido con su obligación.

Por lo que el deudor contaba con un derecho de crédito, que lo facultaba para exigir la retransmisión de la cosa, en caso de que su acreedor incumpliera con su obligación.

Resulta importante precisar que la única diferencia radicaba en que en este acto sólo se contemplaba la posibilidad de garantizar las obligaciones con bienes inmuebles.

Al igual que en el Derecho Romano, la función del fiduciario podía ser desempeñada por cualquier persona y además éste podía ser en el mismo acto, tanto fiduciario como fideicomisario; por

lo que la versatilidad en esta figura era la misma en ambos sistemas de derecho.

b).- Manusfidelis:

Esta institución que significa mano fiel, consistía en la transmisión de propiedad de una cosa a una persona, perteneciente a la Iglesia; quien era el encargado de recibir la cosa mediante la entrega de la carta venditionis y se obligaba a retransmitir la misma en favor de un tercero que era el verdadero beneficiario; sin embargo, le reservaba al transmitente original un derecho para poder usar y disfrutar de la cosa durante su vida. El clérigo que realizaba esta función fiduciaria se denominaba manusfidelis.

Sin duda es a través de la manusfidelis donde se encuentra el primer vestigio de la exclusividad en el desempeño de la función fiduciaria, ya que se estableció que únicamente el clero podía realizar esta función, lo cual desembocó en aciertos y limitaciones, porque si bien se buscó a quien tenía reconocida solvencia moral para su realización, tal situación limitó la función misma, al establecer que sólo un gremio pudiera realizarla.

c).- Salman o Treuhand:

Esta figura germana reviste singular importancia para el presente trabajo, en virtud de ser el antecedente directo de nuestra actual institución fiduciaria.

El Salman germano era precisamente la persona encargada de llevar a cabo la transmisión de un bien inmueble, de su propietario original a su destinatario definitivo.

Así tenemos que esta persona recibía los bienes y las facultades del dueño original para cumplir con el fin establecido, obligándose de manera solemne con éste a llevar a feliz destino tal cometido.

Existen opiniones de que esta figura es el resultado de la influencia del fideicommissum romano, en el sentido de que el Salman comenzaba su función similar a la del albacea, es decir, una vez que el dueño hubiera fallecido y, por lo tanto, únicamente había una obligación moral de cumplir con su encargo. Sin embargo, autores como Messina Giuseppe señalan que este acto se usaba también entre vivos.

De cualquier modo, la trascendencia de esta figura es enormemente significativa, pues establece de modo claro que cualquier persona sin limitación, podía realizar la función fiduciaria, ya que su reconocida solvencia moral permitía a los propietarios transmitir las cosas o derechos con plena confianza de que su deseo sería cumplido.

C.- El Fideicomiso en el Derecho Angloamericano.

a).- El use:

Esta figura jurídica, netamente inglesa, reviste trascendental importancia por ser el antecedente inmediato del trust americano y consecuentemente el antecedente vertebral de nuestro fideicomiso contemporáneo.

Diversas doctrinas han tratado, sin lograr unificar un criterio, explicar el origen de esta figura jurídica. Así algunas opiniones señalan que el use tiene su antecedente inmediato en Roma a través del fideicommissum o en el pacto fiduciae; otras más señalan que su antecedente inmediato se plasma en el Derecho Germano, más específicamente en la figura del Salman; y otros con

mejor acierto como el maestro Pierre Lepaulle⁶, -opinión con la cual coincido- establecen que fueron las propias exigencias de la realidad social inglesa las que motivaron la creación de esta figura.

De lo anterior, se desprende que tres personas eran las que intervenían en la celebración del use:

- 1.- El Settlor, persona que afectaba su patrimonio, o parte de él, transmitiendo la propiedad de la cosa materia del use al feoffe to use.
- 2.- El Feoffe to use, persona que recibía la cosa a título de dueño, pero con la limitación de destinarlo en beneficio de un tercero o del propio transmitente.
- 3.- El Cestui que use, que era el beneficiario, persona en cuyo provecho se constituía el use.

Al igual que en Roma, el use surge por el riguroso sistema legal y la sancionable exigencia en la forma, en consecuencia las personas, que no podrán ser beneficiadas con determinados bienes, porque la ley se los prohibía, encuentran en el use el vehículo capaz de resolver sus problemas, aún y cuando es un medio no jurídico. Por lo tanto podemos apreciar que esta figura tiene como causa de origen el fraude en contra de la ley y el temor a no gozar de un patrimonio.

Siguiendo a Lepaulle -en la obra ya citada- podemos definir el use como la relación jurídica mediante la cual una persona llamada "settlor" transmitía la propiedad de tierras a otra persona a la cual se le denominaba feoffe to use, quien a su vez se obligaba a retransmitir el beneficio económico en favor del

⁶ Lepaulle Pierre.- Tratado Teórico Práctico de los Trusts.- Porrúa, México, 1975 p.12.

transmitente original o de un tercero conocido como cestui que use.

El use en la realidad social aparece como respuesta a las disposiciones o conductas adoptadas por el monarca, durante el siglo XIII, tiempo durante el cual, dos fuerzas constitufan el preocupante peligro para la estabilidad del soberano y éstas eran las organizaciones religiosas y los señores feudales.

Para limitar a los primeros, fue promulgada en 1227 la "Ley de Manos Muertas", la cual establecía que no se podían donar bienes en favor de los clérigos. Ante tal situación los eclesiásticos instruyeron a las personas para que los bienes que pretendían dejarles lo hicieran a través de interpósita persona.

Y para limitar a los segundos, que eran los nobles que participaban en la guerra en contra del soberano, éste les secuestraba sus bienes, como castigo por el delito de traición en la Corona, por lo que para protegerse ante tal situación y antes de iniciarse en la guerra, transmitían la propiedad de sus bienes a un amigo de su máxima confianza con el fin de que una vez terminada ésta les transmitiera nuevamente sus bienes, ya fuera a él o a sus herederos. Verbigracia la guerra de las dos rosas entre los York y los Lancaster³.

Pero como era de esperarse al no estar regulado el use por el Common Law, la función del Feoffee to use en un principio se cimentaba únicamente bajo la conciencia moral. Sin embargo, esto, igual que en el derecho romano, trajo como consecuencia el incumplimiento en innumerables casos, por lo que a partir del siglo XV el Rey intervino para hacerle exigible al Feoffee to use el cumplimiento de su obligación moral.

³ Serrano Trasviña Jorge. Aportación al Fideicomiso. Tesis México 1950. P.64

Que fuera el monarca quien se encargara de la regulación del use y no los tribunales del Common Law, tiene su razón de ser en la división que hace el derecho inglés entre el Common Law y el Equity Law.

En efecto, quien carecía de un derecho legal para exigir lo que era justo, tenía que recurrir al Rey para que, en razón de la equidad, lo protegiera.

Esta función que originalmente era realizada por el Rey, posteriormente fue delegada al Lord Canciller, alto dignatario eclesiástico que simbolizaba la conciencia del rey. Pero dada la enorme afluencia de casos, tuvo que delegar a su vez esta función en Magistrados, creándose así el Tribunal de Equidad, encargado de atender las demandas de los beneficiarios del use.

La efectividad de estos tribunales radicó en que desde un principio, a la resolución emitida por el monarca, se le atribuyeron facultades coercitivas, por lo que al Feoffe que incumplía con su obligación, se le tomaba prisionero y se le secuestraban los bienes. Inclusive en caso de que hubiere vendido los bienes afectos al use, estos podían ser recuperados, ya que el Cestui gozaba de facultades reivindicatorias para recuperar los bienes, aún aquellos que estuvieran en poder de terceros.

Este doble concepto de la propiedad dio origen en el siglo XV a la dicotomía de derechos en legales y equitativos.

El legal, es el establecido por la ley común y en virtud del cual el Feoffe to use era propietario de pleno derecho frente a terceros; y, el equitativo, era un derecho personal reconocido por el tribunal de equidad, sin embargo, superior al derecho legal, por su poderoso medio de jurisdicción "in personam".

En virtud de la doble regulación, el use en muchos casos trajo con consecuencia:

- 1.- Que se empleara en fraude de acreedores.
- 2.- Que se usara con la intención de preservar y vincular los bienes.
- 3.- que se acabara con las solemnidades en la transmisión de la propiedad; y,
- 4.- que se evadieran onerosas cargas fiscales.

Por tal razón, en 1535 se promulgó la "Ley de Usos" que pretendía convertir al Cestui que use en propietario de las cosas que se habían dado en use; en consecuencia, el derecho de equidad se transformó en un derecho legal, por lo que los fines del use quedaban realizados y la figura del Feoffe to use quedaba eliminada.

Ante tal situación, los tribunales de cancillería o equidad quedaban sin jurisdicción, ya que ahora serían los tribunales legales quienes atenderían tales intereses. Sin embargo, esta situación fue pasajera, pues nuevamente los hechos prácticos de la vida social, volvieron a darles vida en virtud de que, en determinadas situaciones, el título legal no se había transmitido al dueño de equidad. Esto es, la ley resultaba incapaz de regular la enorme gama de casos concretos.

Siguiendo a Batiza¹⁰, podemos citar los siguientes:

- 1.- Los llamados use activos, consistentes en la obligación que el Feoffe to use, tenía de realizar los cobros y entregar

¹⁰ Ob. C.T.pág.36.

únicamente estos frutos al cestui. En este caso la ley era inaplicable, puesto que el título legal subsistía en el feoffe, ya que la ley sólo respondía en su aplicación para los usos pasivos, en los cuales el cestui era quien recibía tanto los frutos como la cosa.

2.- Los use que eran constituidos sobre derechos con duración determinada; en este caso, tampoco se podía aplicar la ley ya que los derechos derivados de estos uses eran contemplados como de naturaleza mobiliaria y como los bienes muebles no entraban dentro del concepto (seisin) que establecía la ley, ya que ésta se refería únicamente a bienes inmuebles, tales uses no quedaban previstos por la ley. En consecuencia, se tenía que hacer la separación entre derecho legal y derecho de equidad, además, como los bienes muebles podían transmitirse de manera verbal o por herencia, no estaban contemplados por la citada ley; por lo tanto, estos derechos quedaban fuera de la esfera de la ley común.

3.- Los use constituidos sobre otros use.- En este sentido la ley era inaplicable, ya que el cestui del primer use era el Feoffe to use del segundo, de tal virtud de que si los bienes pasaban en propiedad al primer cestui, el segundo desaparecía, por lo que ante los tribunales de equidad el primer cestui era un propietario legal pero obligado a transmitirle los beneficios al segundo.

4.- Los use en que el cestui era una corporación.- En este sentido no se podía aplicar la ley, puesto que se consideraba que las corporaciones carecían de conciencia para poseer un use, consecuentemente la ley era ineficaz e inaplicable.

Tales situaciones dieron origen a que el canciller diera efectos jurídicos a relaciones muy parecidas a los primitivos use, que ya no podían denominarse así en concordancia con la ley señalada con

anterioridad y que ya eran entonces conocidos con el nombre de trust.

Finalmente y por la importancia que reviste para el presente trabajo, conviene precisar que en el use la función fiduciaria sólo existía en la Equity Law, en virtud de que al ser el Lord Canciller y los tribunales de equidad, quienes reconocían los derechos del cestui, consecuentemente el feoffe tenía el carácter de un simple detentador obligado a otorgar los beneficios al cestui, mientras que el Common Law únicamente reconocía la propiedad legal, desconociendo de manera absoluta la figura del feoffe. Por otro lado y dado que los uses surgían por la confianza depositada en el feoffe, esta función sólo podía ser realizada por personas físicas, ya que se consideraba que las corporaciones carecían de conciencia moral que les obligara a cumplir su cometido. Interesante reflexión, contraria al pensamiento de los legisladores de nuestro sistema jurídico.

Finalmente resulta importante precisar que al igual que en los sistemas romano y germano, el derecho sajón adoptó la posibilidad de que la función del feoffe pudiera ser realizada por cualquier persona física, lo que permitió el avance en el vasto mundo jurídico.

b).- El trust:

Esta figura jurídica representa el perfeccionamiento del use, con el cual se ampliaron de manera notable las posibilidades de crear modelos capaces de resolver situaciones jurídicas hasta entonces carentes de solución.

Así pues, en el siglo XVII, aún y cuando se mantenía el principio de que la equidad sigue al derecho estricto, la intención real era regular al trust, con el deseo de sistematizarlo y contemplarlo dentro de la esfera legal, evitando con ello dar

cabida a subterfugios que permitieran evasivas legales. Sin embargo, una figura tan amplia, versátil e innovadora no podría ser regida dentro de este rígido sistema.

Diversas y encontradas opiniones intentan conceptualizar al trust; consecuentemente constituye un verdadero reto elaborar una definición que concilie esa diversidad de criterios, sin embargo, para efectos del presente trabajo, consideramos conveniente señalar la definición del maestro Octavio Hernández¹¹, quien considera que el trust "...es un título fiduciario en virtud del cual una persona transmite la propiedad de una cosa a otra que a su vez contrae la obligación de administrarla en forma equitativa en beneficio del transmisor o de quien éste nombre....".

Las partes que constituyen al trust son:

- 1.- El trustor.- Persona que afecta parte de su patrimonio, transmitiendo la propiedad al trustee para que éste a su vez la retransmita o administre en beneficio del primero o de un tercero.
- 2.- El trustee.- Persona que recibe la propiedad de la cosa o el derecho, con la obligación de administrarla y retransmitirla a quien se le indique, es decir, aunque tiene calidad de dueño no puede usar, disfrutar ni abusar de ellos en el sentido romanista.
- 3.- El cestui que trust.- Es un tercero o el propio trustor, a quien se le transmiten los beneficios del trust; que además en caso de incumplimiento del trustee cuenta con facultades de subrogación real; es decir, cuenta con el derecho de reivindicación para perseguir los bienes en poder de un tercero, ya que visto desde el equity law tenía un derecho que se aproximaba mucho al derecho real.

¹¹ Hernández a. Octavio, Derecho Bancario Mexicano, Ediciones de la Asociación Mexicana de Investigaciones Administrativas, México, 1956. p.241.

El Derecho Angloamericano, al igual que en el uso, sigue manteniendo el doble concepto de la propiedad, por lo que en el ámbito del common law y los tribunales legales al trustee es considerado como único propietario ante cualquier tercero; y el cestui, en caso de que estuviera en posesión de los bienes, como un simple detentador.

En cambio para el Equity Law y los tribunales de equidad, al trustee se le consideraba como detentador legal, subordinado por el derecho de equidad al cestui, quien fungía como propietario. Precisamente lo anterior y por ser el trustee el propietario legal, la propiedad inmueble, en caso de muerte, pasaba a sus herederos o causahabiente, con la misma obligación.

El trust por esta aparente contradicción sobre la situación de los bienes fideicomitidos es como señala Rabasa¹², un patrimonio que pertenece al fideicomisario (cestui) pero continúa siendo una cosa sui generis, aún dentro del propio Derecho Anglosajón y no idéntica a la plena propiedad. En consecuencia el derecho del fideicomisario (cestui) es personal, en cuanto que esencialmente el fiduciario (trustee) es deudor de la obligación contraída con aquél y es real en tanto que según la rama del derecho de equidad sigue y grava la cosa en beneficio del fideicomisario. El derecho es por ello sui generis y más específicamente de carácter mixto.

- Los trust pueden ser expresos o implícitos -

Los express trust son los creados por la voluntad de las partes que intervienen y pueden ser actos entre vivos o por testamento; mientras que los implied trust deben su existencia a los tribunales y son creados por la ley, no sólo en ausencia de una intención manifestada, sino aún en contra de la voluntad del

¹² Rabasa Oscar, El Derecho Angloamericano, México, Fondo de Cultura, p.345 y 346.

trustee. Como ejemplo de un trust implícito o por presunción de ley, tenemos el que surgía cuando en una compraventa la propiedad era transmitida no a quien pagaba el precio, sino a otra persona; en este sentido debía entenderse que el adquirente no adquiría a título de dueño, sino como trustee en beneficio de quien pagó.

En un principio los trust eran de carácter oneroso; sin embargo posteriormente, por ser actos traslativos de dominio, podían ser gratuitos y onerosos.

Los trust podían ser de carácter público o privado, siendo los primeros los que se creaban con fines de beneficencia o por causa de utilidad social, en ellos podía omitirse, en el momento de su constitución, la determinación del cestui y podían ser perpetuos, dados los fines que perseguía, mientras que en los privados tenía que determinarse al cestui para la propia existencia del acto. En un principio su duración podía ser indefinida; sin embargo, la realidad social probó su ineficacia, en virtud de que los bienes empezaron a vincularse y salieron del comercio, es decir, se dio una situación similar a la de las sustituciones fideicomisarias romanas, por lo que los legisladores, con la finalidad de que la propiedad siempre tuviera un titular con facultad de enajenarla, establecieron que su duración máxima comprendería el período de la vida de una o varias personas determinadas y que existieran al momento de constituirse el trust y por veintiún años más, contados a partir de la muerte de las personas referidas.

Este tipo de fideicomiso tiene íntima relación con nuestra legislación vigente, la cual establece que en los fideicomisos cuyo beneficiario sea una persona jurídica de orden público, de beneficencia o para el mantenimiento de museos, pueden celebrarse por más de treinta años (artículo 359 fracción III de la L.G.T.O.C.).

A partir de esta división, los autores señalan múltiples clasificaciones respecto a las variedades del trust, por lo que con la intención de complementar el presente trabajo, señalaremos las más representativas y de aplicación generalizada que guardan íntima relación con nuestro derecho positivo.

1.- El trust de administración.- Mediante este instrumento se transmite la propiedad de ciertos bienes o derechos al trustee confiándole además su administración; y una vez satisfecha la misma, se obliga a retransmitirla a quien se le haya indicado; la utilidad de esta figura es de lo más trascendental, en virtud de que resuelve los problemas de las personas que no saben administrar sus bienes y corren el riesgo de perderlos, por lo que mediante esta figura no sólo evitan las pérdidas, sino que inclusive se benefician recibiendo rendimientos derivados del buen manejo de los bienes.

2.- El trust de herencia.- Resulta evidente que al igual que la figura jurídica anterior, su principal objetivo consiste en la administración de los bienes; sin embargo, éste presenta características especiales como son: el momento en que comienza la función del trustee y que es a la muerte del trustor o al momento en que lo constituye el albacea en representación de los herederos y por así establecerse como carga en el testamento y que además se obliga a entregar los bienes a los herederos y/o legatarios en el término señalado.

3.- El trust de inversión.- A través de este instrumento, el trustee asume la obligación de invertir el dinero, o los bienes que le son transmitidos según las propias limitaciones y alcances con que lo haya facultado el trustor y las que derivan de la ley, así como también queda obligado a entregar los productos finales de tal gestión.

4.- El trust de garantía.- Mediante esta figura el trustor transmite determinados bienes al trustee con el fin de garantizar las obligaciones que contrajo con el cestui y en caso de incumplimiento el trustee debe vender los bienes y con el producto de la venta cubrir el adeudo al cestui; entregando cualquier remanente si lo hubiera al trustor.

Al igual que en los sistemas jurídicos anteriores, el derecho angloamericano no limitó la función fiduciaria, entendiéndose con ello que cualquier persona podía realizar esta función, incluso los incapacitados -cita de Rabasa¹¹-, por lo que podían intervenir tanto en los trust creados por voluntad de las personas como en los trust derivados de la ley, lo que deriva en la enorme gama de vehículos jurídicos capaces de enfrentar los más controvertidos problemas de la vida social.

Finalmente conviene precisar que los trust, fuera de ley expresa, podían otorgarse por escrito o verbalmente y en el momento de su constitución no era necesaria la aceptación del trustee, ya que se consideraba que surtía efectos por ser un acto traslativo de dominio, por lo tanto, el trust existía, al igual que el beneficio en favor del cestui, aún en contra de la voluntad del trustee, quien en caso de negarse a aceptarlo, o de renunciar lo único que traía como consecuencia era que el acto se retrotrajera a la fecha en que se celebró, disolviendo el acto, quedando obligado a restituir la propiedad al trustor, como si la enajenación jamás hubiera existido.

ANTECEDENTES EN LA LEGISLACION MEXICANA

1.- Primera aplicación del trust en México.

En los albores del siglo pasado, el 29 de febrero de 1908, nuestro sistema jurídico se enriqueció enormemente al aplicar por

¹¹ Oscar Rabasa. Ob.cit. P. 287

primera vez la figura del trust, utilizándolo como instrumento de garantía en la emisión de bonos de hipoteca preferente y bonos de hipoteca general, mismos que tenían como destino generar la construcción de los Ferrocarriles Nacionales.

Sobre este tema el licenciado Emilio Velasco, en la Revista General de Derecho y Jurisprudencia¹⁴, realizó un profundo estudio en el cual, de manera brillante y con singular simplicidad, nos concientiza de la forma en que en esos tiempos se concebía al trust, que a su decir, era: "Bajo el nombre de trust se comprende un contrato completo que siendo descompuesto en su varios elementos y comparados con la Ley Mexicana, origina un contrato de préstamo, un mandato y una hipoteca. El contrato del trust se otorga entre la compañía del ferrocarril por una parte y por otra, la persona o compañía llamada trustee. Este último no contrata por su cuenta ni para su beneficio, sino por cuenta y beneficio de los futuros tomadores de las obligaciones. Su misión es cuidar y vigilar los intereses de los obligacionistas y esta misión se ejerce desde que se intenta otorgar el contrato de trust.... Fijadas las condiciones del préstamo, el público decidirá si acepta o no esas condiciones. El préstamo pues, contenido en el contrato del trust es un contrato entre la compañía del ferrocarril y los tenedores de las obligaciones... pero estas obligaciones son títulos cuya propiedad se transmite con rapidez, cuyos propietarios cambian de día en día. Además de este elemento movable con el cual no es posible que la compañía (de ferrocarriles) tenga relaciones jurídicas directas, se necesita otro elemento fijo y permanente con el cual se mantengan las relaciones jurídicas a que da lugar el contrato, que funcione y proceda en nombre y representación y para la protección de los tenedores de obligaciones. Este elemento es el trustee y la parte del contrato a virtud de a cual él gestiona o funciona en representación de los obligacionistas, calificada conforme a la

¹⁴ Emilio Velasco. Los Instrumentos del Trust y los Ferrocarriles Nacionales. Revista General de Derecho y Jurisprudencia, 1932.

ley mexicana, constituye un mandato. Pero es un mandato que tiene ciertas formas especiales y que lo hacen diferir del mandato de derecho civil. El mandatario trustee comienza a funcionar antes de que existan los mandantes o tenedores de obligaciones... Una vez tomadas las obligaciones por terceros, existe el contrato de préstamo entre la compañía de ferrocarril y los tomadores de aquellas y quedó constituido el mandato... ratificación tácita de los actos del trustee anteriores a la emisión y toma de obligaciones... para garantía (de las obligaciones), de los intereses que sobre ellas se deban pagar y del cumplimiento de las demás obligaciones que contraen la compañía del ferrocarril, ésta enajena al trustee todos los bienes con los cuales se garantizan aquellos adeudos y obligaciones: esta parte del contrato contiene la hipoteca que se da para la seguridad de los obligacionistas y es lo que constituye el trust. El principio fundamental del trust es, en efecto, la confianza que se tiene en una persona llamada trustee respecto de los bienes que se le enajenan, para el beneficio de un tercero. Su naturaleza es análoga a los fideicomisos de las Leyes Romanas".

Por la importancia que reviste la función fiduciaria en el ámbito del presente trabajo, conviene mencionar que la función del trustee la desempeñaron bancos neoyorquinos, en virtud de que la figura del trust aún no se encontraba regulada por nuestro derecho positivo, por lo que se adoptaron las modalidades de mandato, hipoteca y préstamo. En conclusión, en esa época no se establecía quien podía realizar tal función. Por lo que primero se presentó su realización y luego se reguló quien podría realizarla.

2.- Proyecto Limantour.

Debe su denominación a ser la iniciativa de ley que envió al Congreso de la Unión, el entonces Secretario de Hacienda, señor José Ives Limantour, el 21 de noviembre de 1905 y que por título

tenía "Iniciativa que faculta al Ejecutivo para que expida la Ley por cuya virtud puedan constituirse en la República Mexicana, instituciones comerciales encargadas de desempeñar las funciones de agentes fideicomisarios", conviniendo aclarar que su verdadero autor fue el licenciado Vera Estañol.

Sin embargo, se llamó proyecto Limantour con la única finalidad de distinguirlo de otro proyecto que el mismo Vera Estañol expidió en 1926.

A pesar de la gran importancia que revestía este proyecto nunca fue discutido en la Cámara de Diputados, en virtud del recelo que implicaba adoptar una institución de corte netamente extranjero.

Mediante este proyecto el fideicomiso quedaba constituido por el encargo hecho a un fideicomisario (al que hoy día conocemos como fiduciario), a través de un contrato celebrado entre dos o más personas, en el cual el fideicomisario ejecutaría los actos y operaciones necesarios, a manera de intermediario, sin que tuviera intereses propios y en los cuales se produjera un beneficio en favor, ya sea, de los que intervenían en el contrato o de terceras personas; es decir, el fideicomitente podía ser al mismo tiempo el beneficiario o bien podía no estar determinado; pero la peculiaridad más importante consistía en que se reconocía un acto traslativo de dominio y, por lo tanto, se constituía un derecho real sobre los bienes que se otorgaban en fideicomiso.

Por otro lado, conviene destacar que la función fiduciaria desde su inicio se concibió como un derecho exclusivo que podían realizar sólo determinadas personas morales, identificadas como instituciones comerciales.

3.- Proyecto Creel.

Este proyecto guarda gran similitud con el proyecto anterior, en cuanto que presenta características similares. No alcanzó la fortuna de ser discutido en el Congreso, a pesar de haber sido estudiado y aprobado en la Secretaría de Hacienda y su denominación se la debe a su autor señor Enrique C. Creel.

Este proyecto de decreto alcanzaba grandes proporciones y fue aprobado en la Convención Bancaria de 1924¹⁵. En él se contemplaba que la función la realizarían las instituciones de crédito, que en el extranjero eran conocidas como Compañías Bancarias de Fideicomisos y Ahorros y a través de ellas se realizarían las actividades de las instituciones fiduciarias, por las cuales podrían, entre otras cosas, recibir hipotecas en garantía de los bonos que emitirían las sociedades, encargarse de celebrar contratos de fideicomiso, administrar toda clase de bienes, ser administrador de incapacitados, establecer cajas de ahorro, etc.

Por lo que dicho proyecto proponía autorizar al Ejecutivo la expedición de una ley en esta materia que redundaría en un gran beneficio en el mundo comercial.

Sin embargo, en el anhelado nacimiento de fideicomiso, la función fiduciaria se concebía con las limitaciones de ser realizada de forma exclusiva por un solo sector, en este caso, sólo las Instituciones de Crédito podrían realizarla, craso error.

4.- Proyecto Vera Estañol.

Enviado en el año de 1926 como proyecto de Ley de Compañías de Fideicomisarias y de Ahorros, este proyecto es el perfeccionamiento de su antecesor el proyecto Limantour, en virtud de que ambos fueron creados por el mismo autor y en él se definían las operaciones fideicomisarias (hoy fiduciarias), las

¹⁵ Batiza Rodolfo. Una nueva Estructura del Fideicomiso en México, Revista El Foro, Cuarta Época, N° 1, Julio-Septiembre de 1953. P.6

cuales consistían en un contrato celebrado entre varias personas y del cual resultaba un encargo mediante el cual la compañía fideicomisaria llevaría a cabo todos los actos y operaciones necesarias respecto de determinados bienes en cumplimiento de los fines convenidos en beneficio de los contratantes o de un tercero por ellos señalado, para lo cual contaría con todos los derechos necesarios para el cumplimiento de sus obligaciones.

Este proyecto sugería que los fideicomisos se constituyeran para fines de venta, de adjudicación o para garantizar obligaciones.

5.- Ley General de Instituciones de Crédito y Establecimientos Bancarios de 1924.

Esta ley, de fecha 24 de diciembre de 1924, abrogó a la ley de 1897, fue emitida bajo la presidencia de Plutarco Elías Calles y estando como titular de la Secretaría de Hacienda y Crédito Público el ingeniero Alberto J. Pani¹⁶.

Lo más destacado de la presente legislación fue que en su contenido por primera vez se mencionaba al fideicomiso, ya que establecía: "Se considerarán Instituciones de Crédito para los efectos legales... los bancos de fideicomiso". Y definía como bancos de fideicomiso a aquellos que "...sirven a los intereses del público en varias de sus formas y principalmente administrando sus capitales que se les confían o interviniendo con la representación común de los suscriptores o tenedores de bonos hipotecarios al ser emitidos estos o durante el tiempo de su vigencia.". Esta ley anunció que los Bancos de Fideicomiso estarían regulados por una ley especial que se expediría con posterioridad. En consecuencia se establecía por primera vez en la legislación mexicana la figura del fideicomiso. Sin embargo, resulta de peculiar característica que esta ley previó quien

¹⁶ Soto Sobreyva y Silva Ignacio. Ley de Instituciones de Crédito, 6ª Edición, Editorial Porrúa, S.A., México. P.48

podría realizar la función fiduciaria, sin embargo, no definió qué era fideicomiso; es decir, en nuestra legislación existió primero el sujeto que podría realizarlas y luego la función, singular situación establecía la exclusividad fiduciaria para un gremio que antes de regular la figura jurídica estableció su derecho exclusivo en la realización de la función.

6.- Ley de Bancos de Fideicomiso de 1926.

Publicada en el Diario Oficial de la Federación el 17 de julio de 1926, cumplió la promesa que había hecho la Ley General de Instituciones de Crédito y Establecimientos Bancarios de 1924 y dio la primera estructura a las instituciones bancarias de la siguiente manera:

- 1.- Objeto y constitución de los Bancos de Fideicomiso.
- 2.- Operación de fideicomiso.
- 3.- Departamentos de ahorros.
- 4.- Operaciones bancarias de depósito y descuento.
- 5.- Disposiciones generales.

Por lo que se refiere al fideicomiso, de manera muy oscura y siguiendo la influencia del Dr. Alfaro, establecía en el artículo 6°, que: "El fideicomiso propiamente dicho es un mandato irrevocable en virtud del cual se entregan al banco, con carácter de fiduciario, determinados bienes para que disponga de ellos o de sus productos, según la voluntad del que los entrega llamado fideicomitente, a beneficio de un tercero llamado fideicomisario".

Evidentemente la presente legislación por considerar al fideicomiso como un mandato, fue blanco de innumerables críticas, las cuales señalaremos más adelante.

A través de esta figura se pretendía, con no mucho tino, establecer que los bienes sobre los cuales se constituía el fideicomiso se consideraban salidos del patrimonio del fideicomitente, lo que permitía que el fiduciario gozara de todas las facultades necesarias para la obtención de los fines establecidos, por lo tanto podría realizar incluso actos de dominio.

Pero contradictoriamente a la idea de que los bienes salían del patrimonio del transmitente para efectuar tales actos, debía de tener permiso expreso del fideicomitente, para poder enajenarlos, gravarlos o pignorarlos.

Otra característica de esta ley fue que se estableció la prohibición de los fideicomisos secretos y verbales, de tal virtud que al tener que ser forzosamente escritos trataban de guiarlos hacia la validez.

Igualmente se establecía que los fideicomisos podían constituirse sobre bienes muebles, derechos, valores e inmuebles y, tratándose de estos últimos, los fideicomisos debían ser inscritos en el Registro Público de la Propiedad, en la sección de propiedad, de hipotecas o actos y contratos privados, según el caso.

Aún y con las innovaciones y alcances que presentaba esta legislación, su vigencia marcó su ineficacia ya que solamente vivió en el mundo jurídico, escasos cinco meses.

Finalmente, subrayamos que la función fiduciaria se limitó al concepto de un mero mandatario, cuando sin duda, su función es enormemente más versátil, amplia e independiente.

7.- Ley General de Instituciones de Crédito y Establecimientos Bancarios de 1926.

Esta ley, del 31 de agosto de 1926, abrogó la ley anterior y en ella no se estableció algo verdaderamente innovador, ya que podemos considerarla como una repetición de su antecedente inmediato, en virtud de que retomó casi todas las disposiciones que ya se contemplaban, por lo tanto, presentaba los mismos alcances y las mismas carencias que presentaba la ley del 30 de junio de 1926.

Algo sumamente interesante es que, pese a la celeridad de publicar dos leyes en un plazo muy corto, paradójicamente la sociedad no respondía de ninguna manera a la inquietud del aparato legislativo y más propiamente dicho, del gobierno de esa época, ya que tales legislaciones no tuvieron ningún reflejo práctico, porque no se constituyó durante la vigencia de tales disposiciones ningún fideicomiso, pero más aún, ni siquiera se solicitó concesión alguna a la Secretaría de Hacienda y Crédito Público para realizar la función fiduciaria.

Lo anterior, apoyado en la obra del maestro Roberto Molina Pasquel¹⁷, en la cual comenta que los fideicomisos solamente podrían ser realizados por sociedades legalmente constituidas y que contarán con la concesión respectiva emitida por el Estado, siendo el caso que "...durante la vigencia de la ley de 1926 la Secretaría de Hacienda y Crédito Público no otorgó ninguna concesión para bancos fiduciarios y no se practicó ningún fideicomiso propiamente dicho, según informa la Dirección General de Crédito de la Secretaría".

¹⁷ Roberto Molina Pasquel.- Los Derechos del Fideicomisario.- Ed. Jus. México, 1946, p. 103.

Por lo que respecta a la función fiduciaria, resulta inentendible que desde sus albores, el órgano legislativo haya limitado el desempeño de tal función en determinadas personas, aún y cuando el motivo aparente era su acreditada solvencia económica.

8.- Trabajo del Doctor Ricardo J. Alfaro.

Por la gran influencia que acusó la labor de este jurista panameño en nuestra legislación, es conveniente resaltar sus más importantes estudios. Inspirado en el trust, Alfaro trató vehementemente de implementar esta figura jurídica en toda América Latina y consecuentemente en el derecho contemporáneo.

Este tratadista inspirado en el derecho angloamericano, proponía el rompimiento de la idea civilista romana acerca de la propiedad, ya que mencionaba que esta concepción vetusta y rigurosa debería ser cambiada por una más novedosa que respondiera con mayor claridad a los negocios jurídicos en aras de la modernidad, por lo cual él proponía la aceptación de dos dominios existentes sobre la propiedad; el dominio legal y el dominio de equidad.

Así tenemos que el doctor Alfaro sostenía en su obra Adaptación del Trust Anglosajón al Derecho Civil¹⁸: "... si en el derecho civil el mandato es un contrato por medio del cual una persona encarga a otra la ejecución o dirección de determinado negocio, no hay duda de que el mandato es la institución civil que tiene más estrecha semejanza con el trust; el mandante es en el caso, el fideicomitente y el mandatario el fiduciario.

...Ahora bien, si por una parte vemos que el mandato es la institución jurídica más similar al fideicomiso y por otra vemos que el mandato es ineficaz para explicarlo porque es revocable,

la solución puede encontrarse creando una figura "sui generis", que es el mandato irrevocable. Un encargo que el mandante no puede destruir y mediante el cual se desprenda definitivamente del dominio de las cosas que son objeto del encargo".

Visto lo anterior, resulta de una claridad esencial notar que la labor del maestro Alfaro fue la fuente inspiradora de las comentadas leyes de 1926.

Sin embargo, conviene mencionar, siguiendo al licenciado José Luis de la Peza¹³, que el fideicomiso no puede considerarse como un mandato irrevocable, en virtud de que la figura del fideicomiso es enormemente diferente y más amplia porque establece una transmisión de propiedad, por lo tanto se diferencia del mandato irrevocable por lo siguiente:

1.- El mandato por su propia naturaleza es un acto revocable, ya que se trata de que una persona cumpla con la voluntad de otra, por lo tanto, nadie puede ser representado contra su voluntad en la celebración de un acto, además, en caso de que acudiera el mandante a la celebración del acto o revocara el mandato, lo más que se podría demandar son daños y perjuicios.

2.- Mediante el mandato, la cosa nunca sale del patrimonio del mandante, de tal virtud que el mandante sigue con la titularidad de la cosa y únicamente faculta a otra persona para que pueda hacer lo mismo que él.

3.- En la figura del mandato solamente existen dos sujetos y no se dice en beneficio de quién se hará tal mandato, mientras que en el fideicomiso existe la figura del fideicomisario, que es la

¹² Alfaro Ricardo J. "Adaptación del Trust Anglosajón al Derecho Civil" cursos monográficos de la Academia Interamericana de Derecho Comparado e Internacional. Cuba 1948, p.40 y siguientes.

¹³ José Luis de la Peza. "Ensayos sobre el Patrimonio en fideicomiso y la Posibilidad de su Quiebra". Escuela Libre de Derecho. México, 1951.p.11.

persona que puede exigir el cumplimiento de los fines de fideicomiso.

4.- El mandato contempla la posibilidad de otorgarse como poder y, en consecuencia, sería un acto unilateral de voluntad, mientras que el fideicomiso siempre es un negocio jurídico en virtud del cual los derechos y obligaciones surgen por el acuerdo de voluntades.

9.- Ley General de Instituciones de Crédito de 1932.

Esta ley que abroga a la anterior, se publicó en el Diario Oficial de la Federación el 29 de junio de 1932, en su exposición de motivos emitió una severa crítica a la ley de 1926, estableciendo que su antecedente inmediato no encontró dentro del marco de la realidad social una sola aplicación, en virtud de su ineficacia, la cual principalmente adolecía de no definir el concepto del fideicomiso, ya que según los expositores sustentaban que para la propia concepción y vigencia de nuestra sociedad, una figura jurídica de este tipo debe definirse, por lo que establecía que: "...siendo esta definición materia de la Ley General de Títulos y Operaciones de Crédito y una reglamentación adecuada de las Instituciones que actúen como fiduciarios. Quedará el fideicomiso concebido como una afectación patrimonial a un fin, cuyo logro se confía a las gestiones de un fiduciario, precisándose así la naturaleza y los efectos de ese instituto que la ley actualmente en vigor concibe obscuramente como un mandato irrevocable". Sin duda esta definición está inspirada en la obra del maestro Pierre Lepaulle²⁰ quien sustenta que el patrimonio puede existir sin titular como simple afectación, definiéndolo a su decir del trust como: "el trust es una institución jurídica que consiste en el patrimonio independiente de todo sujeto de derecho y en que la unidad está constituida por una afectación

²⁰ Lepaulle Pierre. Tratado Teórico y Práctico de los Trust, traducción de Pablo Macedo, México, Porrúa, 1975.

que es libre dentro de los límites de las leyes en vigor y del orden público".

Sin embargo, esta concepción a mi parecer es errónea en virtud de que no es concebible un patrimonio sin titular, ya que toda relación jurídica presupone sujetos de derechos puesto que no puede haber obligación sin obligado, ni derecho sin titular. Aunado a lo anterior nuestra legislación de forma expresa prohíbe la propiedad yacente en términos del Art. 1288 en relación al 764 del Código Civil Federal.

Esta ley, por otra parte, mantuvo la prohibición de que los bancos extranjeros con sucursales filiales en México, realizaran función de fiduciarios en virtud de que consideraba que esta actividad era exclusiva del Estado, quien la concesionaba a las instituciones de crédito mexicanas; resultando importante precisar que si bien en un principio la función fiduciaria se consideraba una operación bancaria, esta limitación ponía en evidencia que en realidad se trataba de beneficiar sólo a un sector claramente determinado con esta exclusividad.

Igualmente esta legislación contempló las causas graves por las que podía extinguirse el fideicomiso, en suma, reguló su funcionamiento.

10.- Ley General de Títulos y Operaciones de Crédito de 1932.

Este ordenamiento legal que surgió de forma paralela a la comentada Ley General de Instituciones de Crédito, contempló en su contenido lo que ya se había hecho evidente en la exposición de motivos de la Ley de Instituciones de Crédito, regular la estructura del fideicomiso; ya que su funcionamiento había quedado regulado y con ello ambas leyes se complementaban.

La Ley General de Títulos y Operaciones de Crédito, es actualmente la ley en vigor que regula al fideicomiso; por lo tanto, su desarrollo y estudio lo haré a lo largo del presente trabajo.

11.- Ley General de Instituciones de Crédito y Organizaciones Auxiliares de 1941.

Esta ley que fue publicada en el Diario Oficial de la Federación el 31 de mayo de 1941, abrogó el ordenamiento jurídico anterior. Y en lo referente al fideicomiso fue una repetición de la legislación precedente, por lo que se seguía entendiendo que las Instituciones de Crédito disfrutarían de una concesión para llevar a cabo de forma exclusiva, las operaciones de fideicomiso que establecía la Ley General de Títulos y Operaciones de Crédito, por lo que esta legislación seguía entendiendo al fideicomiso como una afectación y regulando su funcionamiento como parte integrante de las múltiples actividades que podían desempeñar las instituciones de crédito.

Por lo que a este ordenamiento le son aplicables las críticas expuestas anteriormente.

12.- Ley Reglamentaria del Servicio Público de Banca y Crédito de 1982.

Esta ley que fue publicada en el Diario Oficial de la Federación el 31 de diciembre de 1982, derogó la legislación anterior.

En su capítulo segundo referente a las sociedades nacionales de crédito se estableció que correspondía a éstas la realización de las operaciones de fideicomiso; con ello se imprimía un cambio significativo a la función fiduciaria, ya que ahora se consideraba una función exclusiva del Estado, en virtud de que esta ley surge para regular lo establecido en el decreto

expropiatorio del 1° de septiembre de 1982 referente a la nacionalización de la banca y en el cual se decretó que todos los servicios de banca y crédito, por ser de orden público, se prestarían en lo consiguiente por el Estado a través de Entidades de Administración Pública Federal.

Sin duda el haber limitado la realización de la función fiduciaria a un solo sector afectaba la propia naturaleza del fideicomiso pues de ser un instrumento netamente del ámbito de los particulares, pasaba ahora al intervencionismo del estado para poder existir.

13.- Ley Reglamentaria del Servicio Público de Banca y Crédito de 1985.

Esta ley fue publicada en el Diario Oficial de la Federación el 14 de enero de 1985 derogando la legislación anterior.

En su título segundo, referente entre otros temas, a los servicios bancarios, incluía las operaciones fiduciarias que eran una mera repetición de los postulados del ordenamiento jurídico anterior, dividiendo las mismas en operaciones activas, pasivas o neutras y reguladas por siete artículos que iban del 60 al 66.

El 18 de julio de 1990 fue publicada en el Diario Oficial de la Federación la nueva Ley de Instituciones de Crédito, que junto con la Ley General de Títulos y Operaciones de Crédito (sin restar mérito a otros ordenamientos jurídicos que analizaré en su oportunidad), vienen siendo las legislaciones financieras que principalmente estructuran y regulan la función fiduciaria.

En virtud de que tales ordenamientos rigen en la actualidad nuestro fideicomiso, su estudio, crítica y análisis se abordará en el capítulo IV del presente trabajo, de forma específica.

CAPITULO II

NATURALEZA JURIDICA DEL FIDEICOMISO

Son innumerables y muy diversos los textos que en torno a este controvertido tema se han escrito y la razón es porque la naturaleza jurídica del fideicomiso ha sido motivo de nutridas discusiones acerca de su contenido. Como consecuencia han surgido varias tesis sin llegar a unificar un criterio e incluso algunos tratadistas han manifestado que hablar sobre la configuración del fideicomiso significa una gran complejidad, así por ejemplo tenemos que el Dr. Acosta Romero²¹ señala que: "...En México la legislación es poco clara para determinar la naturaleza jurídica del fideicomiso;... los pocos artículos... que desde el origen de éste lo regulan, no proporcionan mucha luz acerca de cómo puede ser clasificado..."

Por su parte, el maestro Rodríguez y Rodríguez²² apunta: "...es indispensable determinar la naturaleza jurídica del fideicomiso... Para ello vamos a considerarlo desde un triple punto de vista: el que se refiere a su configuración como negocio jurídico, el que atañe a su estructura como modalidad del derecho de propiedad y el que concierne a su clasificación como operación bancaria..."

Así tenemos que esta figura de grandiosa y variada utilidad, en un principio y como lo señalamos en los antecedentes respectivos, fue considerada como un mandato, posteriormente y aún en la actualidad, muchos autores manifiestan su opinión en el sentido de que tal figura obedece a un desdoblamiento de la propiedad, precisamente como en el derecho inglés. Algunos mas, tratan de

²¹ Miguel Acosta Romero. Las Instituciones Fiduciarias y el Fideicomiso en México, Ed. Somex, México 1982, p.127

²² Joaquín Rodríguez y Rodríguez, Derecho Mercantil, Tomo II. Ed. Porrúa, 15°. Edición, México 1980, P.119

reducir la figura jurídica en estudio a una simple relación jurídica e inclusive de manera general, temeraria e inaceptable se ha pensado que no constituye un acto traslativo de dominio, verbigracia en el fideicomiso testamentario o incluso se llega a exponer la tesis de considerarlo como un contrato con estipulación en favor de un tercero. Algunas opiniones más versan en que la naturaleza jurídica del fideicomiso se determina por las voluntades que intervienen en su constitución y así encontramos enconadas y polarizadas opiniones que configuran al fideicomiso, ya sea como una declaración unilateral de voluntad o como un contrato.

Otros autores, con enorme visión y profundo análisis, señalan que por lo que se refiere a la configuración del fideicomiso, estamos ante un evidente negocio jurídico. Finalmente y apoyados en nuestro sistema positivo vigente, valiosos juristas opinan que la naturaleza de nuestro fideicomiso no es otra cosa que un convenio.

En torno a tan diversos criterios resulta de orden básico abordar el controvertido tema de la naturaleza jurídica del fideicomiso, aclarando que el objeto de este modesto estudio, no es unificar criterios, sino únicamente exponer las tesis más importantes, con miras a un mejor apoyo y comprensión del presente trabajo y con ello plasmar lo que en nuestra sencilla opinión representa la auténtica configuración del fideicomiso.

Para poder explicar la naturaleza jurídica del fideicomiso, es importante tomar en consideración dos puntos vitales: primero, la causa generadora, es decir, los derechos y obligaciones que le son propios y, en segundo término las consecuencias del acto, esto es, las voluntades que intervienen.

Así tenemos que el fideicomiso nace como un negocio jurídico cuyo fin derecho consiste en crear, transmitir, modificar o extinguir derechos y obligaciones.

En virtud de lo señalado, es conveniente resaltar que todo negocio jurídico, es a su vez un acto jurídico *latu sensu* y consecuentemente un hecho jurídico en sentido amplio, en este orden de ideas es indispensable desglosar los siguientes conceptos:

A.- Hecho jurídico en sentido amplio.

A decir de Ernesto Gutiérrez y González²³ en su obra "Derechos de las Obligaciones", significa "...todas las conductas del hombre y algunos fenómenos de la naturaleza a los que el derecho les atribuye consecuencias jurídicas".

B.- Hecho jurídico en sentido estricto.

Son las conductas del hombre que generan efectos de derecho, independientemente de la intención y de la voluntad del autor para que se produzcan esas consecuencias de derecho. Así también son los hechos o fenómenos de la naturaleza a los que la ley les atribuye consecuencias de derecho.

C.- acto jurídico en sentido amplio.

Es la manifestación externa de voluntad del hombre que fundado en una regla de derecho crea, transmite, modifica o extingue derechos y obligaciones y donde se produce el efecto deseado por el autor.

D.- Acto jurídico en sentido estricto.

²³ Ernesto Gutiérrez y González, Derecho de las Obligaciones, Cajica, 1971, p.101

Es toda manifestación de voluntad del hombre que tiende a la realización de un acontecimiento al que la legislación le atribuye determinadas consecuencias de derecho, sin olvidar que la intención y la licitud son elementos esenciales y resultando que el autor de un acto, simplemente se limita a realizarlo porque la ley le atribuye los efectos o consecuencias preestablecidas en ella.

E.- Negocio jurídico.

A decir de Emilio Betti²⁴, en su "Teoría General de Negocio Jurídico", es el "...acto por el cual el individuo regula por sí los intereses propios en las relaciones con otros (actos de autonomía privada) y al que el derecho enlaza los efectos más conformes a la función económica social que caracteriza su tipo...".

Sin embargo, para la mejor precisión de este concepto, conviene tomar en consideración la conceptualización del maestro Jorge Alfredo Domínguez Martínez²⁵, que en su obra "El Fideicomiso ante la Teoría del Negocio Jurídico" establece en comparación al acto jurídico en strictu sensu: "...se producen modificaciones a las situaciones jurídicas que no dependen de la voluntad del sujeto sino a la ley. En cambio el negocio jurídico constituye manifestación de voluntad destinada precisamente a crear determinadas consecuencias de contenido jurídico...".

Claro resulta que en el acto jurídico el autor simplemente se limita a realizarlo y con esta exteriorización de su voluntad, la ley le atribuye los efectos jurídicos preestablecidos en ella; por ejemplo el matrimonio.

²⁴ Emilio Betti, "Teoría General del Negocio Jurídico, Traducción al español a la segunda edición, Revista de Derecho Privado, Madrid, 1959, p.51

²⁵ Jorge Alfredo Domínguez Martínez, "El Fideicomiso ante la Teoría General del Negocio Jurídico", Porrúa 1975, p.2

A diferencia de que en el negocio jurídico, en atención a que la libertad es la esencia, éste tiene enorme libertad para regularse, ya que el estado le reconoce la autonomía de su voluntad privada y en atención a ello cuando hacen exterior su voluntad los que realizan el negocio, no sólo están queriendo un acontecimiento, sino que además están enormemente interesados en el nacimiento de particulares y determinadas consecuencias jurídicas, por lo tanto en el negocio jurídico los particulares dictan las reglas en atención a la obtención de las consecuencias.

En este esquema entraremos a las posturas más representativas en el ámbito de la controvertida y apasionante configuración del fideicomiso.

PRINCIPALES TEORIAS

Por la importancia que revisten y por ser las más representativas en nuestro sistema positivo vigente, entraremos al análisis de las siguientes teorías que consideran al fideicomiso, como:

- A.- Un acto unilateral de voluntad.
- B.- Un acto contractual.
- C.- Un negocio jurídico.

TEORIA DEL FIDEICOMISO COMO UN ACTO UNILATERAL

Los principales defensores de esta tesis en la doctrina mexicana son el Dr. Joaquín Rodríguez y Rodríguez, Raúl Cervantes Ahumada y Roberto Molina Pasquel, quienes sostienen que para que un fideicomiso se constituya, basta con la declaración unilateral de voluntad del fideicomitente y, en consecuencia, no se necesita para la existencia jurídica del mismo la intervención del

fiduciario ni del fideicomisario, en virtud de que tanto el fiduciario como el fideicomisario son personas que, como lo señala el maestro Rodríguez y Rodríguez²⁶, solamente se adhieren a los ordenamientos del fideicomitente; esto es, únicamente intervienen para la ejecución del fideicomiso mas no para su perfeccionamiento jurídico.

Siguiendo este criterio, tenemos que sus defensores, con preocupante temeridad, afirman que el fideicomiso existe desde la declaración del fideicomitente, por lo tanto es de obligatoriedad inmediata y lo cual es extensivo tanto para los fideicomisos celebrados entre vivos, como a los celebrados por testamento. Además son irrevocables, salvo que el fideicomitente se hubiere reservado el derecho de revocarlo.

Tratando de complementar esta tesis, sus exponentes señalan que los efectos del fideicomiso son oponibles a terceros desde el momento de su publicación, sin tomar en cuenta la aceptación del fiduciario ni del fideicomisario.

Como crítica a los argumentos mencionados y en concordancia con las disposiciones del derecho común, podemos señalar que en toda transmisión de propiedad de un bien o la titularidad de un derecho, siempre debe manifestarse la aceptación del adquirente, verbigracia la compraventa, la donación, la permuta, la sucesión, la dación en pago, la adjudicación y la subrogación real.

En consecuencia, hasta que el fiduciario no exteriorice su voluntad, no podrá disponer de ello como propietario, mucho menos ostentarse como tal ante terceros; por lo tanto, el fideicomiso no existirá, si no manifiestan el consentimiento del fiduciario y del fideicomisario, ya sea de forma simultánea o sucesiva, por lo tanto, es un verdadero acuerdo de voluntades, por lo que la tesis

²⁶ Joaquín Rodríguez y Rodríguez, "La Separación de los Bienes en la Quiebra", UNAM, Instituto de Derecho Comparado, México 1951, p.200

anterior resulta inaceptable. Además hay que considerar que el fiduciario podría tener impedimento legal para realizar la función o no tener interés en participar en la celebración del acto.

Como complemento de lo anterior, no se debe pasar por alto que las declaraciones unilaterales de voluntad sólo obligan a quienes las manifiestan y en ese orden de ideas, solamente estaría obligado el fideicomitente; pero toda vez que el fideicomiso supone una transmisión de propiedad, estaríamos ante el absurdo concepto de un patrimonio sin titular, de un obligado sin obligaciones y de un beneficiario sin derechos, en virtud de que para que el fiduciario y el fideicomisario asuman sus respectivas obligaciones, deben exteriorizar su voluntad; de no ser así y sin olvidar el principio general de derechos "res inter alios acta", en el cual los efectos sólo son exigibles entre quienes los celebran, entenderíamos que tanto el fiduciario como el fideicomisario serán terceros ajenos al acto y en este orden de ideas se podría prescindir de ellos. Sin embargo, resulta de una claridad elemental que, tanto el fiduciario como el fideicomisario, son partes integrantes e indispensables para la existencia del fideicomiso, porque de no existir o no otorgar su consentimiento, estaríamos ante la inexistencia del propio acto.

Por lo tanto el fideicomiso debe configurarse como un acuerdo de voluntades que a lo sumo podrán exteriorizarse en momentos sucesivos, pero jamás se podrá prescindir de ellas.

Resulta importante destacar que los postulantes de esta teoría se fundamentan en la vigente Ley General de Títulos y Operaciones de Crédito para defenderla; a través de los siguientes artículos:

- Artículo 347, el cual establece que el fideicomiso será válido aunque se constituya sin señalar al fideicomisario.

LE. IS C'N
FALLA DE ORIGEN

De lo anterior, resulta evidente que el espíritu del legislador al establecer este artículo no es excluir la designación del fideicomisario, sino que está dirigido a que en algunos fideicomisos su aceptación puede ser posterior a la del fideicomitente y la del fiduciario, pero siempre deberá estar señalado porque de no ser así, el acto se volvería imposible, en virtud de que el fiduciario no podría cumplir con sus obligaciones de otorgar al fideicomisario los beneficios; es decir, su consentimiento puede expresarse de manera sucesiva, verbigracia en los fideicomisos de emisión de obligaciones, en los cuales serán fideicomisarios los tenedores de los títulos valor. Inclusive en el caso que el fideicomitente es también fideicomisario, pues se entiende que constituye dos partes contratantes diferentes y tener obligaciones y derechos diversos.

Además, no hay que olvidar que en muchos fideicomisos, el fideicomisario está obligado a realizar determinadas acciones para gozar de los beneficios del fideicomiso; por ejemplo: pagar honorarios al fiduciario o pagar una contraprestación al fideicomitente por los beneficios de haber aportado los bienes o derechos al fideicomiso, por tal razón la manifestación de voluntad del fideicomisario, constituye un elemento imprescindible para la existencia del fideicomiso.

- Artículo 350, que establece que el fideicomiso puede constituirse sin designar nominalmente a la institución fiduciaria, así como que cuando la institución fiduciaria no acepte el desempeño de su cargo cesará el fideicomiso.

Lo anterior resulta inaceptable, en virtud de que el fideicomiso por simple designación que haga el fideicomitente del fiduciario no puede considerarse constituido, ya que únicamente se trata de una policitud u oferta a una persona determinada susceptible de actuar como fiduciaria; porque, en este orden de ideas, estaríamos ante el error ya señalado de conceptualizar un patrimonio sin titular, toda vez que el fideicomiso contempla una transmisión de propiedad, por lo que en consecuencia el

fiduciario sería un tercero ajeno, lo cual es inaceptable, como ya lo expusimos con anterioridad.

Finalmente, no es correcto conceptualizar que cesará lo que en realidad nunca ha existido, es decir, no puede existir fideicomiso sin que el fiduciario acepte desempeñar tal función y, consecuentemente, esté perfectamente determinado y opere la transmisión de propiedad.

- Artículo 356, que establece que la institución fiduciaria no podrá excusarse o renunciar al cargo sino por causas graves a juicio del juez de primera instancia, del lugar del domicilio.

Es comprensible que con esta disposición se piense que las instituciones fiduciarias están obligadas invariablemente a aceptar el cargo; sin embargo, para la correcta interpretación de esta disposición hay que estar pendientes a lo que establece el artículo 352 de la citada ley, la cual establece que toda constitución de fideicomiso deberá ajustarse a la legislación común sobre transmisión de propiedad de un bien o de la titularidad de un derecho; y para que tal transmisión opere siempre se requiere la aceptación del adquirente que, en el caso concreto es el fiduciario, por lo tanto no puede constituirse el fideicomiso por la pura manifestación del fideicomitente.

Aunado a lo anterior y en el caso de que la materia del fideicomiso sea un bien inmueble, con fundamento en el artículo 353 de la Ley General de Títulos y Operaciones de Crédito, debe inscribirse en el Registro Público de la Propiedad y esto no es posible hasta en tanto no otorgue su consentimiento el fiduciario.

Reafirmando lo señalado, obra lo dispuesto en el artículo 5° de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, referente a las garantías individuales y que establece que nade

puede ser obligado a realizar una obligación si no expresa su consentimiento.

- Por último el artículo 352, primera parte, establece que el fideicomiso puede constituirse por testamento.

La primera impresión que causa esta disposición, es que el fideicomiso puede constituirse por testamento y, consecuentemente, considerarse como un acto unilateral de voluntad; sin embargo, tal apreciación es incorrecta, ya que el testamento, como lo establece el artículo 1295 del Código Civil Federal, "...es un acto personalísimo, revocable y libre, por el cual una persona capaz dispone de sus bienes y derechos y declara o cumple deberes para después de su muerte".

En este orden de ideas, el testamento que es un acto jurídico unilateral, no tiene por qué transportarse al cumplimiento de las disposiciones en él inmersas; por lo tanto la disposición de que se constituya un fideicomiso establecido en un testamento, por ese simple hecho, no se puede considerar como la constitución del mismo, en virtud de que únicamente se está estableciendo una carga; es decir, con una condición resolutoria.

Además no hay que olvidar que el testamento es un acto revocable, por lo cual aún cuando el testador establezca en él, que se constituya un fideicomiso irrevocable, se está en la disposición de revocar la expresión testamentaria, en virtud de la propia naturaleza del testamento. Pero aún suponiendo sin conceder, que los bienes o derechos que se dispuso se aportaran al fideicomiso, salgan del patrimonio del testador, antes de la muerte de éste; tal situación iría en contra de la propia institución del testamento y consecuentemente hace imposible la constitución del fideicomiso.

TEORIA DEL FIDEICOMISO COMO UN ACTO JURIDICO CONTRACTUAL

En concordancia con las críticas expuestas a la tesis comentada anteriormente, destacados juristas de la talla de Rodolfo Batiza, Manuel Lizarde y Barrera Graf, entre otros, sostienen que la configuración del fideicomiso en el ámbito jurídico de nuestro país obedece a un contrato, ya que el fideicomiso es un acto jurídico celebrado entre el fideicomitente, el fiduciario y el fideicomisario, los cuales externalizan su voluntad de manera sucesiva o concurrente; es decir, en un perfecto acuerdo de voluntades que generan derechos y obligaciones sinalagmáticas.

Por lo tanto, aún en el fideicomiso en el que el fideicomisario está indeterminado o es al mismo tiempo fideicomisario y fideicomitente, estos supuestos tendrán existencia legal hasta que éste otorgue su consentimiento para gozar del beneficio.

Los defensores de esta teoría afirman que aunque la configuración del fideicomiso no fue establecida de manera eficaz en la vigente Ley General de Títulos y Operaciones de Crédito, sin embargo, si encuentra sustento en su exposición de motivos que atinadamente la contempla como un acto contractual. Así entonces tenemos que en dicha exposición de motivos se reconocer en forma indirecta al fideicomiso como un contrato, al referirse a él como forma contractual o contratación de la siguiente manera: "El fideicomiso expreso puede servir a propósitos que no se lograrían sin él por el mero juego de otras instituciones jurídicas o que exigirían una compilación extraordinaria en la contratación".

Aunado a lo anterior, la vigente Ley de Instituciones de Crédito, de forma clara establece la naturaleza contractual del fideicomiso, en su cuerpo positivo mediante los siguientes preceptos:

"Art. 79.- En las operaciones de fideicomiso, mandato, comisión...las instituciones abrirán contabilidades especiales por cada contrato..."

"Art. 106.- A las Instituciones de Crédito les estará prohibido:

...XIX.- En relación de las operaciones a que se refiere la fracción XV del artículo 46 de esta Ley:

..b) Responder a los fideicomitentes, mandantes o comitentes del incumplimiento de los deudores por los créditos que se otorguen o de los emisores, por los valores que se adquieren, salvo que sea por su culpa, según lo dispuesto en la parte final del artículo 356 de la Ley General de Títulos y Operaciones de Crédito o garantizar la percepción de rendimientos por los fondos cuya inversión se les encomiende.

En los contratos de fideicomiso, mandato o comisión se insertarán en forma notoria los párrafos anteriores de este inciso y una declaración de la fiduciaria en el sentido de que se hizo saber inequívocamente su contenido a las personas de quienes haya recibido bienes para su inversión".

Asimismo, el fideicomiso presenta las características de los contratos porque al producir derechos y obligaciones entre las partes da origen en caso de incumplimiento a dos opciones ya sea optar por el cumplimiento del mismo, o bien, optar por la rescisión del contrato y consecuentemente reclamar daños y perjuicios en contra de la parte que omite su cumplimiento, en atención a lo preceptuado por el artículo 1949 del Código Civil para el Distrito Federal, el cual establece que la facultad de resolver las obligaciones se entiende implícita en las recíprocas para el caso de que uno de los obligados no cumpliera lo que a él incumbe.

Abundando, el artículo 84 de la Ley de Instituciones de Crédito, señala que cuando a la institución fiduciaria le sean requeridas

las cuentas de su gestión y hubiere pérdidas o menoscabo por su culpa o negligencia en perjuicio del fideicomisario o del fideicomitente que se reservó tal derecho podrán removerla de su gestión, sin perjuicio de poder exigir su cumplimiento, atentos a lo dispuesto por el artículo 355 de la Ley General de Títulos y Operaciones de Crédito, además de poder reclamar daños y perjuicios en los términos del artículo 80 de la Ley de Instituciones de Crédito, en el cual se contempla que la institución fiduciaria responderá civilmente de los daños y perjuicios que se causen por la falta de cumplimiento de las condiciones establecidas en el fideicomiso.

Por otra parte, cabe destacar que la Ley de Entidades Paraestatales, publicada en el Diario Oficial de la Federación el 14 de mayo de 1986, en su cuerpo legal establece las siguientes disposiciones:

"Art. 41.- En los contratos de los fideicomisos...se deberán precisar las facultades especiales..."

"Art. 45.- En los contratos constitutivos de los fideicomisos de la Administración Pública Federal Centralizada, se deberá reservar el Gobierno Federal la facultad expresa de revocarlos".

Siguiendo a Batiza²⁷, podemos concluir que ni aún en los fideicomisos federales que provienen de decretos, acuerdos o leyes y en los cuales el Gobierno Federal es fideicomitente, pueden ser considerados como actos unilaterales obligados en los que el fiduciario tuviera subordinación frente al fideicomitente para la aceptación del cargo, ya que estos fideicomisos son de naturaleza contractual, en virtud de que su existencia depende de la celebración del contrato de fideicomiso.

²⁷ Ob.cit.p.135

Ahora bien, como comentamos en su oportunidad, el fideicomiso invariablemente implica la transmisión de propiedad de un bien o la titularidad de un derecho que a su vez requiere la aceptación del adquirente, por lo tanto, se está ante un indiscutible acuerdo de voluntades que evidencia el carácter contractual del fideicomiso.

En este orden de ideas, esta tesis afirma que el fideicomiso se encuentra dentro de la clasificación de los contratos, por las siguientes razones:

a).- En un contrato plurilateral tripartito.- En virtud de que requiere la manifestación de la voluntad de las partes que intervienen; fideicomitente, fiduciario y fideicomisario.

b).- Es un contrato sinalagmático.- Ya que se crean obligaciones recíprocas entre las partes.

c).- Es un contrato oneroso.- En razón de que existen prestaciones y gravámenes recíprocos (Art. 1837 Código Civil para el Distrito Federal).

d).- Es un contrato oneroso conmutativo.- En virtud de que las prestaciones están determinadas desde la constitución del fideicomiso, por lo que se puede apreciar el beneficio o la pérdida (Art. 1838 del Código Civil para el Distrito Federal).

e).- Es un contrato consensual.- Ya que se perfecciona por el acuerdo de voluntades sobre un objeto o derecho cierto sin necesidad de que se entregue.

f).- Es un contrato formal.- Porque se requiere para su perfeccionamiento la forma escrita.

g).- Es un contrato principal.- Puesto que para su validez y cumplimiento no requiere de otro contrato de refuerzo.

h).- Es un contrato que puede ser de formación sucesiva o simultánea.- En virtud de que las partes contratantes pueden manifestar su voluntad en forma concurrente o bien, en momentos sucesivos.

i).- Es un contrato nominado.- Porque está reglamentado por la legislación positiva vigente.

Profundizando en esta teoría y con la evidente claridad que el fideicomiso no solamente puede crear o transmitir derechos y obligaciones, resulta conveniente plantear la teoría que contempla al fideicomiso como un convenio.

Esta tesis sostiene que la figura del fideicomiso es más amplia, ya que a través de ella se pueden crear, transmitir, modificar o extinguir derechos y obligaciones, previo acuerdo entre las voluntades que intervienen, por lo cual si el fideicomiso sólo sirviera para transferir o producir obligaciones, sería conveniente y eficaz denominársele contrato pero, en razón de su amplitud, podría definirse como un convenio, atendiendo al concepto que proporciona el artículo 1792 del Código Civil para el Distrito Federal.

Por estas razones y en complementación con los argumentos de la teoría contractual que le son afines, esta tesis afirma que es el convenio la verdadera configuración del fideicomiso.

Expuestos los argumentos de esta tesis, concordamos en que en el fideicomiso se crean, transmiten, modifican o extinguen derechos y obligaciones entre las partes contratantes; sin embargo, no hay que perder de vista la libertad de las voluntades que intervienen como principal característica del fideicomiso y esta libertad se

refiere no solamente a la creación, modificación, transmisión o extinción de derechos y obligaciones, sino particularmente al interés de las consecuencias de derecho derivadas de la constitución del fideicomiso.

En este orden de ideas, el fideicomiso va más allá de la simple realización de la conducta, por lo que la legislación no puede prever todas las necesidades, alcances y fines de los fideicomisos, verbigracia la Ley General de Títulos y Operaciones de Crédito, en su Art. 356 que establece que el fiduciario está obligado a cumplir todo lo señalado en la constitución del mismo, siempre que no sea contrario a la ley.

Por esta razón la figura jurídica en estudio, no puede circunscribirse a un acto jurídico en estricto sentido al que la ley le atribuye las consecuencias jurídicas. Si no que va más allá, a sus consecuencias, evidentemente ante la configuración de un negocio jurídico.

TEORIA DEL FIDEICOMISO COMO UN NEGOCIO JURIDICO

Analizadas las tesis anteriores y vistas las opiniones esgrimidas, estamos de acuerdo en parte con la teoría contractual, sin embargo, su propia esencia de acto jurídico en estricto sentido marca su límite, en virtud de que únicamente responde hasta el momento de la celebración del acontecimiento, dejando a la deriva las consecuencias que se generan, como si los supuestos legales las regularán de manera determinante y es el caso que los participantes en la celebración del fideicomiso invariablemente están interesados tanto en la constitución del acto como en la regulación de los efectos que se producirán, por lo que estamos ante un evidente negocio jurídico donde cada individuo regula por sí los intereses propios, las consecuencias y la relación con los otros. Siguiendo los conceptos de los maestros Jorge Alfredo Domínguez Martínez, Dr. Joaquín Rodríguez

y Rodríguez, introductor de esta teoría en nuestro país y Raúl Ortiz Urquidí²⁸, considero que la verdadera configuración del fideicomiso no se encuentra en la declaración unilateral, ni en la tesis contractual, sino su verdadera naturaleza jurídica la constituye el negocio jurídico, en virtud y recordando el proemio del presente capítulo, de que el negocio jurídico es el acto por el cual los individuos regulan por sí sus intereses en relación con las otras voluntades que intervienen tanto a la constitución del acontecimiento como en los efectos que se producen.

Así pues, la voluntad de las partes, fideicomitente, fiduciario y fideicomisario, se dirigen tanto a la realización del acto, como a la creación de determinadas consecuencias jurídicas; por lo tanto, es en los fideicomisos donde la autonomía de la voluntad constituye la esencia máxima del acto, donde los particulares tienen la posibilidad de autorregularse al exteriorizar su voluntad con la firme intención de celebrar tanto el negocio, como regular sus efectos. Sin excluir ni violar el sistema jurídico vigente, como inaceptablemente afirman los disidentes de esta teoría. Sino por el contrario la legislación positiva vigente lo contempla, lo regula e incluso lo sanciona de manera general, sin convertirse en obstáculo que limite la intención de los participantes.

Como con singular precisión explicara el maestro Grassetio en cita de Barrera Graf -los negocios fiduciarios no crean un nuevo derecho real sino que solo atribuyen distintos efectos a los derechos reales existentes y admitidos²⁹.

En este orden de ideas y tomando en consideración la enorme variedad de supuestos y consecuencias que pueden surgir al constituirse un fideicomiso, es entendible que la legislación no puede predecir todos los casos, resultando necesaria la autonomía

²⁸ Raúl Ortiz Urquidí, Hechos, Actos y negocios Jurídicos, Revista de la Facultad de Derecho, tomo I, 9°, números 35 y 36, julio-diciembre 1959.p.247 ss.

de la voluntad, que al auspicio del negocio jurídico haga posible su regulación, evidenciando claramente la configuración del instrumento jurídico en estudio.

El fideicomiso entendido como negocio jurídico es el medio por el cual encuentran feliz destino finalidades que los contratos nominados (actos jurídicos en sentido estricto), no pueden conseguir, en razón de que a estos últimos la legislación les atribuye sus consecuencias, alcances y límites de manera directa. Claro resulta que las voluntades que intervienen en la constitución del fideicomiso, exteriorizan su voluntad para conseguir toda clase de objetivos o finalidades lícitas, teniendo en cuenta que el fideicomiso significa una transmisión de propiedad o titularidad (erga homines) de un bien o un derecho que hace una persona a una institución fiduciaria, para que a su vez ésta los administre y tutele con miras a la realización de un fin determinado, obligándose a otorgar los beneficios al fideicomisario.

Finalmente podemos concluir que las exigentes necesidades de la vida social, no pueden quedar satisfechas en su totalidad por las disposiciones legales, razón por la cual los negocios jurídicos, entendidos como verdaderas autonomías derivadas de la voluntad, constituyen el instrumento capaz de resolver las necesidades jurídicas en el ámbito del complicado mundo cambiante, a través de una figura versátil y eficaz denominada fideicomiso.

" Jorge Barrera Graf, "Los Negocios Fiduciarios". Revista Jus. P.144, p.448.

CAPITULO III

CONCEPTO Y ELEMENTOS DEL FIDEICOMISO

En virtud de lo señalado en el capítulo anterior y con la influencia de los criterios expuestos, podemos señalar como concepto de fideicomiso el siguiente:

Fideicomiso es el negocio jurídico en virtud del cual una persona llamada fideicomitente transmite a una institución fiduciaria, legalmente autorizada, la propiedad de un bien o la titularidad de un derecho para que realice un fin lícito determinado en beneficio del fideicomisario.

ELEMENTOS. Tomando en consideración que la naturaleza jurídica del fideicomiso es la de negocio jurídico, resulta lógico entender que de cada fideicomiso surgen derechos y obligaciones muy particulares para cada una de las partes que intervienen en su constitución, sin embargo, el presente subtema tiene por objeto exponer las obligaciones y derechos más representativos de los sujetos que en él intervienen, resaltando evidentemente, la función fiduciaria y dejando con ello de manifiesto los alcances y las limitaciones que nuestro derecho positivo ha impuesto en esta singular figura. Como lo hemos expuesto a lo largo del presente estudio, son tres las personas que constituyen el negocio: el fideicomitente, el fiduciario y el fideicomisario.

1.- FIDEICOMITENTE.- Es la persona física o moral que transmite la titularidad de ciertos bienes o derechos al fiduciario para que éste cumpla con los fines convenidos lícitos y posibles.

Por lo tanto, puede ser fideicomitente toda persona con capacidad y facultades para transmitir en afectación los bienes materia del fideicomiso¹⁰.

Los principales derechos inherentes al fideicomitente son:

- 1.- Señalar los bienes que se aportarán al fideicomiso;
- 2.- Hacer la policitación al fiduciario;
- 3.- Designar fideicomisario;
- 4.- Revocar el fideicomiso;
- 5.- Revocar al fiduciario cuando se reservó este derecho;
- 6.- Nombrar nuevo fiduciario en los casos de renuncia o remoción;
- 7.- Nombrar al comité técnico señalándole las reglas para su funcionamiento; cuando se haya pactado;
- 8.- Exigir al fideicomisario la contraprestación por los bienes aportados al fideicomiso; cuando se haya pactado ese derecho;
- 9.- Ejercitar la acción de responsabilidad contra el fiduciario;
- 10.- Exigir el cumplimiento de las obligaciones a cualquiera de las partes que lo haya incumplido cuando se reserve ese derecho;
- 11.- Reservarse todos los derechos que desee en la constitución de fideicomiso o en sus reformas, siempre y cuando no interfieran con la función del fiduciario para el cumplimiento de los fines;
- 12.- Facultad de ceder los derechos que existan a su favor;
- 13.- Celebrar convenio con el fideicomisario para la extinción del negocio jurídico;
- 14.- Cuando se haya contemplado este derecho o por disposición de la ley, exigir la devolución de los bienes o derechos al extinguirse el fideicomiso.

Sus más importantes obligaciones consisten en:

- 1.- Transmitir la titularidad de los bienes o derechos al fiduciario;
- 2.- Cubrir los gastos y honorarios del mismo;

¹⁰ Cfr. Batiza, Rodolfo.- Principios Básicos del Fideicomiso y de la Administración Fiduciaria.- Porrúa, México, 2ª Ed., 1985.p.46.

3.- Responder con el saneamiento en caso de evicción, tratándose de fideicomisos donde no se reservó el derecho para readquirir los bienes.

2.- FIDEICOMISARIO.- Es la persona física o moral con capacidad para recibir los beneficios del fideicomiso. Por lo tanto es el titular de los derechos personales derivados de la constitución del mismo.

Como dijera el licenciado Alfaro -en cita de Rodolfo Batiza- "El sujeto del fideicomiso es el fideicomisario porque aquél es creado en interés de éste; ya que no puede concebirse un fideicomiso constituido en interés de nadie, sino que tiene que serlo a beneficio directo e inmediato de alguien y ese alguien es el fideicomisario"¹¹.

En este orden de ideas sus principales derechos surgen de lo convenido en la constitución del fideicomiso, ya que éste se constituye en su provecho, por lo tanto, sus derechos son particulares, concretos y transitorios en apego al fideicomiso y, por tal virtud, al generalizarse resultarían innumerables, sin embargo, con un intento de destacar sus derechos más representativos podríamos sugerir que son:

- 1.- Exigir al fiduciario los beneficios y el cumplimiento del fideicomiso;
- 2.- Atacar la validez de los actos que cometa en su perjuicio la Institución Fiduciaria;
- 3.- Ejercer la acción reivindicatoria respecto de los bienes salidos del patrimonio fideicomitado en su perjuicio, en términos del artículo 355 de la Ley General de Títulos y Operaciones de Crédito (aclarando que el concepto de "reivindicación" está mal empleado, en virtud de que la reivindicación es una acción real que sólo se ejerce por el propietario de una cosa que no está en

¹¹ Batiza, Rodolfo.- El Fideicomiso Teoría y Prácticas.- Editorial Jus, México, 1995, 7ª Ed., p.170 y 171.

posesión de la misma y dado que el fideicomisario no es propietario del patrimonio fideicomitado, sino titular de un derecho de crédito, la acción correcta por ejercer es la de nulidad revocatoria, pues los bienes o derechos no se reintegran al patrimonio del fideicomisario sino al patrimonio fideicomitado);

4.- Elegir la Institución Fiduciaria cuando ésta renunciare o fuera removida;

5.- Pedir la remoción del fiduciario cuando fuera precedente;

6.- Exigir responsabilidad civil al fiduciario cuando se violara el secreto profesional; y,

7.- Dar, ocasionalmente, consentimiento para reformar el fideicomiso o para designar la integración del comité técnico.

Y su principal obligación consiste en cubrir al fiduciario los gastos y honorarios convenidos en la constitución del fideicomiso o derivados del cumplimiento de éste.

Finalmente, en los fideicomisos que en su constitución se estableció el pago de una contraprestación al fideicomitente por el beneficio de la aportación del patrimonio al fideicomiso, tal obligación es la preponderante para el fideicomisario.

3.- FIDUCIARIO.- La tercera integrante del fideicomiso y la más importante para efecto del presente estudio, la constituye la institución fiduciaria, surgiendo con ello la necesidad imperante de poner de manifiesto su conceptualización, su análisis y los derechos y obligaciones que la constriñen; aclarando y no por un mero juego repetitivo sino motivado por un verdadero sentimiento de la precisión, que por ser un negocio jurídico el fideicomiso, consecuentemente el mayor número de derechos y obligaciones impuestos al fiduciario se encuentran establecidos en la constitución misma del acto, por lo tanto la pluralidad de los mismos será tan amplia o reducida como la imaginación y las necesidades de las voluntades participantes lo deseen; siempre y

cuando no vayan en contra de disposiciones de orden público o de leyes prohibitivas, en concordancia con el artículo 8° del Código Civil Federal¹².

Sin embargo, resulta importante aclarar que la figura del fiduciario, por lo que se refiere a sus obligaciones y derechos en el ánimo del legislador, siempre causaron un cariz muy especial que van desde una aparente exclusividad en la autorización para realizar tal función, hasta la ambigua idea de la obligatoriedad en la aceptación del cargo¹³.

Por ello resulta necesario exponer los derechos y las obligaciones más representativas de esta polémica figura y que integran los límites y alcances elementales en toda constitución de un fideicomiso.

Así pues, considero al fiduciario como la persona moral legalmente autorizada para realizar operaciones fiduciarias y titular de los bienes o derechos fideicomitados, con la obligación de destinarlos en beneficio del fideicomisario en cumplimiento con el fin lícito convenido y determinado.

Esta figura presenta una perfecta concordancia de facultades que al ejercer su función inviste tanto el ejercicio de un derecho como el cumplimiento de una obligación¹⁴, en virtud de que el fiduciario para cumplir con su cometido, puede ejercer actos de dominio, actos de administración, actos de pleitos y cobranzas, suscribir títulos de crédito, etc., según el fin para el cual se constituyó el fideicomiso, pero no de manera ilimitada, sino con estricto control para el cumplimiento de su máxima obligación, consistente en la obtención de los fines del fideicomiso.

¹² Cfr. Código Civil Federal.

¹³ Cfr. Batiza, Rodolfo.- Principios Básicos del Fideicomiso y de la Administración Fiduciaria.- Porrúa, México 2° Ed., 1985. P.127.

Así, al realizar actos de administración debe obrar como un buen padre de familia que actúa con cuidado y pericia en el manejo de los bienes o derechos; al ejercer actos de pleitos y cobranzas, lo hará en defensa eficaz de los bienes o derechos materia del fideicomiso; y al ejercer actos de dominio y suscribir títulos de crédito, lo hará en estricto apego a lo señalado en el fideicomiso, porque de no ser así responderá de las pérdidas o menoscabo que por su culpa, negligencia o que por exceso de facultades sufra el patrimonio fideicomitado.

Evidentemente, los deberes más representativos del fiduciario pueden clasificarse en obligaciones de dar, de hacer y no hacer³⁵.

Las obligaciones de hacer más representativas son:

1. Cumplir con los fines del fideicomiso previamente establecidos en la constitución del negocio.
2. Al sobrevenir circunstancias especiales que no estén previstas y compliquen la obtención de los fines del fideicomiso, deberá consultar a los fideicomisarios y/o fideicomitentes, (según el caso) para adoptar las medidas correspondientes.
3. En caso de que intervengan varias instituciones fiduciarias para actuar de forma conjunta o sucesiva, dichas instituciones tienen la obligación de coordinarse para la eficaz ejecución de sus actividades.
4. Verificar que los bienes o derechos que se aporten al fideicomiso no sean personalísimos y que los fines perseguidos sean lícitos y posibles, en atención a lo previsto por los

³⁴ Cfr. Villagoroda Lozano, José Manuel.- Doctrina General del Fideicomiso.- Asoc. De Banqueros de México, México 1976, 1ª Ed. P.180 y 181

³⁵ Cfr. Arts. 346-348, 350-356 Ley General de Títulos y Operación de Crédito.- Porrúa, 62ª Ed., México, 1996.

artículos 1827, 1828, 1839 y 1794⁶ del Código Civil Federal, en virtud de que su omisión traería como consecuencia la nulidad o inexistencia de acto.

5. Ejercitar todas las acciones establecidas en la constitución del fideicomiso sin infringir disposiciones de carácter legal y con apego a las sanas prácticas, en concordancia con la seguridad del tipo de operaciones que se pacten en el negocio jurídico⁷.

Sin embargo, en los fideicomisos que contemplen operaciones con valores, el fiduciario además deberá obrar en forma especial, con apego a lo establecido en la Ley de Instituciones de Crédito, Ley del Mercado de Valores y en cumplimiento a las reglas generales que emita el Banco de México.

6. Informar al fideicomisario o al fideicomitente cuando se reservó este derecho, de las limitaciones al patrimonio fideicomitado sobrevinientes a la celebración del acto y que impidan o compliquen el cumplimiento de los fines; verbigracia derechos de terceros adquiridos con anterioridad.

7. Al adquirir los bienes y derechos materia del fideicomiso, tanto la exteriorización de su voluntad como la celebración del acto, deberá hacerla conforme a lo dispuesto en la legislación común sobre transmisión de bienes y derechos.

8. Tratándose de bienes inmuebles, tendrá la obligación de verificar que el instrumento jurídico sea inscrito en el Registro Público de la Propiedad, del lugar donde estén ubicados los mismos, a fin de que el acto surta efectos contra terceros.

9. En este mismo sentido (publicidad del acto contra terceros de buena fe) y en el caso de que los bienes, materia del fideicomiso, sean derechos personales o créditos no negociables,

⁶ Código Civil Federal.

deberá verificar que se le notifique al deudor; cuando sean títulos nominativos solicitar que se endosen los mismos a su favor y constatar que la transmisión sea inscrita en los Registros del emisor; y, cuando los bienes sean títulos al portador o cosas corpóreas, deberá retenerlos en su poder; sin embargo, tratándose de estas últimas, conjuntamente puede pactarse en la constitución del fideicomiso, la celebración de un contrato de depósito, en cuyo caso el fiduciario tendría los derechos y obligaciones del depositante.

10. Tiene la obligación de obrar con cuidado y pericia en el cumplimiento de sus deberes.

11. Deberá abrir registros y cuentas especiales para cada fideicomiso (cuentas de orden), en los cuales detallará los bienes y/o derechos que integran el patrimonio fideicomitado, así como sus incrementos o disminuciones, con el fin de garantizar que el patrimonio no sea afectado a ninguna otra responsabilidad. Resultando conveniente precisar que la excepción a la regla anterior, surge cuando por resolución judicial se le ordena al fiduciario afectar parte del patrimonio fideicomitado para indemnizar al personal que laboraba en forma exclusiva para la obtención de los fines del fideicomiso, en virtud de que dicho personal se considera al servicio del patrimonio fideicomitado, atento a lo dispuesto por el artículo 82 de la Ley de Instituciones de Crédito.

12. Realizar el ejercicio de sus funciones a través de delegados; para lo cual deberá otorgarles los poderes o facultades respectivos.

13. Rendir cuentas de su gestión cuando sea requerida por el fideicomisario, o por el fideicomitente, si se reservó este

¹⁷ Cfr.Arts. 77 y 81 de la Ley General de Instituciones de Crédito.- Porrúa, 43^a Ed. Actualizada, México, 1996.

derecho, en un plazo máximo de 15 días hábiles contados a partir del requerimiento.

14. Tratándose de fideicomisos de inversión o aquellos que garanticen títulos de valor, deberá hacerle saber, tanto al fideicomisario como al fideicomitente, que él no responderá por el incumplimiento en las obligaciones de los emisores u obligacionistas; así como tampoco garantizará determinados rendimientos en la inversión de los fondos fideicomitidos.

Esta obligación, que se encuentra tipificada en el artículo 106, Fracc. XIX, inciso b), de la Ley de Instituciones de Crédito y deberá cerciorarse que se inserte en el contenido del "contrato" que se celebre.

En cuanto a las obligaciones de no hacer tenemos:

1. Deberá abstenerse de realizar cualquier acto de mala fe, en exceso de sus facultades o que vaya en contra de lo establecido en la constitución del fideicomiso¹⁸.

2. No deberá celebrar fideicomisos secretos ni obligarse a la obtención de fines prohibidos.

3. No podrá celebrar operaciones con la propia institución, salvo cuando, mediante disposiciones de carácter general y siempre y cuando no implique conflicto de intereses, lo autorice el Banco de México o tratándose de fideicomisos de garantía (Artículo 348 Ley General de Títulos y Operaciones de Crédito).

4. Tratándose de fideicomisos para el otorgamiento de créditos, el fiduciario no deberá utilizar los fondos para otorgar créditos a sus delegados fiduciarios, a los miembros del consejo de administración o del consejo directivo de la propia institución,

¹⁸ Cfr. Artes. 118, 351, 355 de la Ley General de Instituciones de Crédito. Porrúa, 43ª Ed. Actualizada, México, 1996.

o a sus empleados, funcionarios, comisarios, auditores externos, o a los miembros del comité técnico del fideicomiso o a los ascendientes o descendientes en primer grado o cónyuges de las personas señaladas. Así como tampoco a las sociedades en las que dichas personas tengan mayoría accionaria o a la misma institución y a las personas excluidas por el Banco de México, mediante las disposiciones respectivas:

5. Se abstendrá de administrar fincas rústicas, salvo que integren el patrimonio que tenga que distribuir entre los herederos, legatarios, asociados y/o acreedores, o cuando constituya el patrimonio para pagar o garantizar una obligación; siempre y cuando dicha administración no exceda de un plazo de dos años³⁹.

6. No proporcionar a terceros ajenos información alguna sobre las operaciones fiduciarias a su cargo (secreto fiduciario), salvo que sea requerida por autoridad competente.

Finalmente, por lo que se refiere a las obligaciones de dar, encontramos que el fiduciario deberá:

1. Proporcionar al fideicomisario los beneficios del fideicomiso.
2. Indemnizar al fideicomisario y/o al fideicomitente por daños y perjuicios, cuando por sus actos u omisiones el patrimonio fideicomitado sufra pérdidas o menoscabos o no se cumpliera con las obligaciones en el término pactado⁴⁰.
3. Retransmitir los bienes o derechos fideicomitados al fideicomitente, al fideicomisario o a sus herederos o

³⁹ Cfr. Arts. 85, 206 y 359 de la Ley General de Instituciones de Crédito. Porrúa 43ª Ed. Actualizada, México, 1996.

⁴⁰ Art. 356 de la Ley General de Títulos y Operaciones de Crédito. Porrúa 62ª Ed., México, 1996.

causahabientes, según el caso, una vez cumplidos los fines del fideicomiso⁴¹, o para el cumplimiento de los mismos.

4. Resulta importante precisar que en los fideicomisos constituidos para el otorgamiento de créditos y cuando estos no hayan sido liquidados por los deudores, la institución fiduciaria sólo tiene la obligación de retransmitirlos (al fideicomisario o fideicomitente), pero sin la obligación de cubrir su importe, salvo el caso que se pacte que se rematen los bienes o derechos aportados al fideicomiso y con el importe obtenido se cubra el adeudo.

5. Finalmente, cuando el patrimonio fideicomitado se integre por bienes inmuebles, además de la transmisión o retransmisión (según el caso), el fiduciario, tiene la obligación de informar al Registro Público correspondiente dicha retransmisión.

Y en el ámbito de los derechos, los más significativos son:

1. Posibilidad de aceptar o no el desempeño del cargo, en virtud de ser un negocio jurídico.
2. En caso de incumplimiento de las obligaciones del fideicomitente o del fideicomisario, tiene la posibilidad de renunciar al cargo o de exigirles su cumplimiento.
3. Titularidad de los bienes y/o derechos durante el ejercicio de su actividad fiduciaria.
4. Facultad para ejercer todas las acciones o derechos necesarios para cumplir con los fines del fideicomiso, salvo las

⁴¹ Art. 106 de la Ley General de Instituciones de Crédito. Porrúa 43ª Ed. Actualizada, México, 1996.

limitaciones que se establezcan en el mismo, o en las disposiciones legales aplicables⁴².

5. Recibir la retribución convenida por el desempeño de su función, así como por los gastos erogados⁴³.

6. Cuando el fideicomitente o el fideicomisario establezcan la formación de un comité técnico y el fiduciario obre en cumplimiento de las indicaciones de aquél, se liberará de cualquier responsabilidad y en consecuencia no responderá por daños ni perjuicios⁴⁴.

7. Tratándose de fideicomisos que tengan como finalidad garantizar obligaciones y cuando no se haya establecido ni en la constitución del acto ni en sus reformas el procedimiento de ejecución por incumplimiento del deudor, el fiduciario podrá solicitar al juez que se aplique el procedimiento de ejecución y consecuentemente se rematen los bienes para indemnizar al acreedor, atento a lo establecido en el artículo 341 de la Ley General de Títulos y Operaciones de Crédito, con miras a la extinción del fideicomiso⁴⁵.

8. Contratar al personal que por sus conocimientos específicos, se requiera para la obtención de los fines del fideicomiso⁴⁶.

9. Exigir el saneamiento para el caso de evicción respecto de los bienes transmitidos, cuando el fideicomiso sea oneroso o siendo gratuito si el fideicomitente se hubiera obligado a tal indemnización⁴⁷.

⁴² Arts. 350 y 356 de la Ley General de Títulos y Operaciones de Crédito. Porrúa 62ª Ed., México, 1996.

⁴³ Art. 1949 Código Civil Federal.

⁴⁴ Art. 81 de la Ley General de Instituciones de Crédito. Porrúa 43ª Ed. Actualizada, México, 1996.

⁴⁵ Arts. 57, 83 y 341 de la Ley General de Títulos y Operaciones de Crédito. Porrúa 62ª Ed., México, 1996.

⁴⁶ Art. 82 (a contrario sensu) de la Ley General de Instituciones de Crédito. Porrúa 43ª Ed. Actualizada, México, 1996.

⁴⁷ Art. 2119 del Código Civil Federal.

10. Requerir cuando así se establezca en la constitución del negocio, la entrega de los bienes materia del fideicomiso, para estar en posibilidad de realizar el cumplimiento de los fines.

CAPITULO IV

LA FUNCION FIDUCIARIA Y EL REGIMEN JURIDICO

1.- LA FUNCION FIDUCIARIA Y LA CONSTITUCION POLITICA DE LOS ESTADOS UNIDOS MEXICANOS⁴⁸

El artículo 73 fracción X de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos otorga facultades al Congreso de la Unión para legislar en materia de servicios financieros y en virtud de que la función fiduciaria con mala fortuna ha tenido el tratamiento de un servicio que prestan las Instituciones de Crédito se le considera como tal. Evidentemente este sustento constitucional es el que motiva la regulación en las demás disposiciones especiales que serán objeto de estudio en el presente capítulo.

Con respecto al ejercicio de la función fiduciaria que limita el artículo 350 de la Ley General de Títulos y Operaciones de Crédito, podemos decir que esta restricción podría ser superada ya que el artículo 5° de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos consigna que:

"A ninguna persona podrá impedirse que se dedique a la profesión, industria, comercio o trabajo que le acomode, siendo lícitos."

Como salta a la vista, la restricción de que únicamente podrán actuar como fiduciarias las instituciones que autorice expresamente la Ley de Instituciones de Crédito podría reformarse y consecuentemente liberar la función que actualmente sólo detentan contadas instituciones. Como se precisará a lo largo del presente capítulo y con ello beneficiar a una sociedad necesitada

de personas capacitadas y diligentes en la resolución de los diversos problemas que aquejan su realidad social.

En este orden de ideas y en virtud de que constitucionalmente no existe ningún impedimento para que una persona moral o una persona física pueda realizar la función fiduciaria, cuando dicha función no ofenda los derechos de la sociedad, debería suprimirse ese obstáculo.

Aunado a lo anterior el Art. 1 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, establece: "En los Estados Unidos Mexicanos, todo individuo gozará de las garantías que otorga esta Constitución, las cuales no podrán restringirse, ni suspenderse, sino en los casos y con las condiciones que ella misma establece"

Y puesto que el Art. 5° Constitucional da derecho al trabajo, a nadie debería negarse esta garantía y con ello liberar el ejercicio de la función fiduciaria.

Otro precepto que me parece digno de análisis desde el punto de vista constitucional es el artículo 356 de la Ley General de Títulos y Operaciones de Crédito, ya que en éste se pretende hacer obligatoria la aceptación de la función fiduciaria por las instituciones autorizadas para realizarla, pues señala que el fiduciario no podrá excusarse o renunciar al encargo sino por causas graves a juicio de un juez de primera instancia.

Sin embargo, el referido artículo 5° Constitucional, en su párrafo tercero, establece que: "Nadie podrá ser obligado a prestar trabajos personales sin la justa retribución y sin su pleno consentimiento".

En este sentido el Estado no puede permitir que se lleve a efecto ningún contrato, pacto o convenio que tenga por objeto, la

" Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, Op.Cit.

pérdida o menoscabo de cualquiera de sus derechos políticos o civiles¹⁹.

Y es evidente que si el fiduciario no expresa su consentimiento no puede ser obligado a realizar la función fiduciaria y por lo tanto no habría fideicomiso que tenga que cumplir.

La disposición del artículo 356 de la Ley General de Títulos y Operaciones de Crédito aplicada literalmente anula la libertad de aceptar o no la realización de la función fiduciaria, situación claramente contraria a la Constitución.

Tal vez la confusión viene de que en las primeras leyes bancarias se le consideraba al servicio de Banca y Crédito, como una "concesión", es decir, un servicio público obligatorio.

Sin embargo, esta confusión ha sido superada ya que actualmente el Art. 8 de la Ley de Instituciones de Crédito, considera que para realizar el servicio de Banca y Crédito, únicamente se requiere "autorización" que es el mero permiso que otorga el Estado al particular cuando ha cumplido con los requisitos que establece la Ley.

2. LA FUNCION FIDUCIARIA Y LA LEY GENERAL DE TITULOS Y OPERACIONES DE CREDITO²⁰

La reglamentación del fideicomiso la podemos encontrar en el Título Segundo, capítulo V, sección sexta de la Ley General de Títulos y Operaciones de Crédito, comprendiendo los artículos 346 al 359 inclusive y para una mejor comprensión, iremos analizando los artículos de mayor relevancia para nuestro estudio.

¹⁹ Ibid, p. 3 y 4

²⁰ Cfr. Ley General de Títulos y Operaciones de Crédito, Código de Comercio. 4ª Ed. Actualizada, México, 1999. P. 190 y 55.

En el artículo 346 se pretende definir al fideicomiso y digo se pretende, porque creo que se quedó corta tal definición, "Artículo 346.- en virtud del fideicomiso, el fideicomitente destina ciertos bienes a un fin lícito determinado, encomendando la realización de ese fin a una institución fiduciaria".

En este precepto se omite señalar dos cuestiones sumamente importantes en el fideicomiso:

1. Omite señalar que en la constitución del fideicomiso existe una transmisión de propiedad de un bien o un derecho. Esto como mencioné se atribuye a que el licenciado Pablo Macedo⁵¹ es fiel seguidor de Pierre Lapaulle y quien afirma que existen casos en que hay patrimonio sin titular. Consideración con la que no estoy de acuerdo, pues como lo señala el Código Civil Federal, en su artículo 764, no existen los bienes sin titular pues o son de dominio del Poder Público o de propiedad de los particulares⁵²; y,

2. Pasa por alto a una de las personas que participan en el fideicomiso que es el fideicomisario. Y éste es uno de los elementos que hacen única a esta figura, pues es en beneficio de él por lo que se constituye el fideicomiso.

Hasta antes de la reforma al artículo 348, publicada en el Diario Oficial de la Federación de fecha 24 de mayo de 1996 y que entró en vigor al día siguiente; era en este artículo en su último párrafo, donde encontrábamos la primera limitación, pues establecía la nulidad en caso de que el fiduciario fuera al mismo tiempo fideicomisario, lo que era realmente arcaico, poco práctico y atentaba contra una sociedad necesitada de circulación

⁵¹ El Lic. Pablo Macedo fue quien propuso el articulado de la Ley de Títulos que habría de convertirse en el Título II, capítulo V "Del Fideicomiso": "...que la Comisión antes señalada me hizo el honor de aceptar pero del que soy el único autor y pleno responsable, especialmente en lo que a defectos puedan advertírsele". LEPAULLE PIERRE: Tratado Teórico y Práctico de los Trusts. Traducción y estudio sobre El Fideicomiso Mexicano por Pablo Macedo, 1ª Ed. En español, Porrúa, México, 1975, p. XXV.

⁵² Cfr. Código Civil Federal.

económica, en virtud de que en muchos negocios se necesita la inversión económica, independientemente de quien sea el inversionista; es decir, no importa quien sea el titular de los bienes para efectos de garantizar el pago respectivo si no lo que importa es la inversión para la reactivación del deudor. Verbigracia en la emisión de obligaciones, en que no es trascendente que el fiduciario al mismo tiempo sea el tenedor de las obligaciones.

Sin embargo, la reforma mencionada (de fecha 24 de mayo de 1996), en donde se adiciona este artículo sigue manteniendo una clara limitación a la función fiduciaria, aunque no podemos dejar de reconocer su mérito al permitir que el fiduciario pueda ser fideicomisario en los fideicomisos de garantía celebrados con las instituciones de crédito y más específicamente tratándose de fideicomisos en los que el sector empresarial garantiza el incumplimiento de sus obligaciones constituyendo un fideicomiso de garantía en favor de los bancos.

No obstante lo anterior, no es justificable que no se libere totalmente esta posibilidad y permita que todos los fiduciarios puedan ser al mismo tiempo fideicomisarios.

Otra clara restricción a la función fiduciaria la establece el artículo 350, que por ser una disposición vigente desde 1932, año en que entró en vigor esta legislación, ya no responde a las exigencias de una sociedad totalmente distinta. En dicho precepto se estableció severamente por mucho tiempo la exclusividad en la realización de la función fiduciaria en favor de las instituciones de crédito; ello obedecía a que se fincaba en su reconocida solvencia económica y presumible solvencia moral, más que al objeto de su constitución, que principalmente consiste en realizar operaciones de banca y crédito.

Sin embargo, aún y cuando algunas instituciones de crédito tiene confiable solvencia económica, (característica muy debilitada), ahora la vida práctica ha demostrado que no se encuentra en las instituciones de crédito a las personas más diligentes, capaces, instruidas y eficientes para realizar la función fiduciaria. Por ello, ahora no sólo es importante contar con un capital sólido sino que resulta elemental contar con una capacidad, seriedad y responsabilidad ejemplar, que origine la pronta solución de las exigencias de nuestra sociedad, que necesita de encontrar personas altamente calificadas para responder a los retos de las exigencias actuales. Sin duda tal razonamiento motivó a los legisladores para que en las reformas de 1993 a la Ley de Instituciones de Crédito, se terminara con esta dañina exclusividad, ampliando a diversos sectores la realización de la función fiduciaria.

A pesar de lo expuesto en este artículo también encontramos un buen alcance en cuanto a la función fiduciaria, que es el de la posibilidad de coordinación con otras personas fiduciarias para la realización del fin del fideicomiso; esto trae como consecuencia que cuando los fines a alcanzar contemplan una alta complejidad que requiera la especialidad de diversos sectores que además tengan que actuar con autonomía, el fin establecido puede alcanzarse ya sea por la concurrencia de especialidades o bien que en momentos diferentes y/o sucesivos actúen para la obtención del mejor resultado. Por lo tanto, es evidente la necesidad de que diversas personas puedan realizar la función fiduciaria sin necesitar además realizar otra función para poder contar con la autorización correspondiente.

Otro beneficio que observamos en este artículo, es la posibilidad de no aceptación por parte del fiduciario, pues ésta es una evidente característica de la libertad de la voluntad, indispensable para la celebración de cualquier negocio; es decir, cuando para el fiduciario no es atractiva la propuesta ya sea por

falta de capacidad o de interés, puede negarse a celebrar el acto. Esta disposición se contrapone con el artículo 356 de la Ley General de Títulos y Operaciones de Crédito, como más adelante lo expondremos.

El artículo 352, establece oscuramente el fideicomiso por testamento y digo esto porque para mí parecer éste no es más que una policitación para la celebración del negocio jurídico, pues para su existencia es condición sine qua non la expresión de la voluntad de las demás partes en dicha celebración.

Al respecto podemos decir, que la factibilidad de que otras personas puedan realizar la función fiduciaria abriría la posibilidad a que se celebren en mayor número y con mejor regulación los fideicomisos para el caso de muerte del fideicomitente, específicamente, los mal llamados fideicomisos por testamento, pues se celebrarían con mayor eficacia, en virtud de que por un lado el fideicomitente establecería una protección para su familia, encomendando el patrimonio a una persona que para él fuera un experto y este negocio tendría, para surtir efectos, la sujeción a un término que es la de la muerte del fideicomitente. Por otro lado, el propio fideicomisario ya sea el menor o cónyuge inexpertos en operaciones a las que se destinaría el patrimonio, tendría la posibilidad de conocer, cuestionar y valorar a la persona que administraría, invertiría y cuidaría del patrimonio constituido en su provecho. Beneficios que las actuales instituciones autorizadas no pueden brindar, por manejarse como instituciones bancarias o de bolsa.

En lo que se refiere al artículo 356, resulta de singular importancia exponer que de manera totalmente confusa el legislador plasmó la aparente obligatoriedad del fiduciario para la aceptación del cargo.

Evidente error que trató de limitar la función fiduciaria en el

ámbito del acuerdo de voluntades, pues tomando en consideración que al ser el fideicomiso un negocio jurídico la premisa elemental surge de la libre aceptación en la celebración del acto, así pues, y como lo vimos en su momento, el legislador no solamente se excedió al limitar quiénes podían realizar la función fiduciaria sino que ahora retoma fuerzas e impone que los fiduciarios no pueden negarse a su aceptación, en contra de lo preceptuado por nuestro ordenamiento jerárquico supremo, la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos que en su artículo 5° establece que nadie puede contraer una obligación en su contra sin expresar su consentimiento³¹. De igual forma establece con evidente dureza este artículo 356 de la Ley General de Títulos y Operaciones de Crédito que no se podrá renunciar al cargo salvo por causas graves a criterio de un juez de primera instancia.

En este orden de ideas, el legislador pasa por alto la naturaleza misma del fideicomiso, en virtud de que las partes intervienen no solamente para la celebración del acto sino para regular su vida jurídica, sus efectos, sus consecuencias y evidentemente su rescisión o extinción. Por lo tanto, resulta incomprensible que sea un tercero ajeno (que es el juez de primera instancia) quien decida la aceptación y la posibilidad de la terminación del negocio jurídico.

Pero igualmente importante resulta establecer la obscuridad en lo que el legislador llamó "causas graves", puesto que por las mismas podemos entender la ilicitud, la imposibilidad, pero también la falta de interés en la celebración del negocio.

Como corolario de lo anterior, y tratando de vislumbrar la buena intención del legislador para el caso de la negativa en la renuncia entendemos que tal disposición operaría, siempre y

³¹ Cfr. Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, 43 Edición, México, p.5

cuando no se hubiese previsto en la celebración del fideicomiso, las causas por las que se pudiera negar o renunciar a la realización de la función fiduciaria. Y tal protección podría obedecer a la gran confianza que el fiduciario y que el legislador consideró conveniente tutelar.

Asimismo con gran precisión, este precepto señala las ventajas del negocio jurídico, en cuanto a contenido se trata, pues establece que los límites y alcances, acciones y derechos que tenga el fiduciario serán tantos como las partes los establezcan en la constitución del acto o en sus reformas, poniendo como lógica y necesaria restricción que tales acciones estén encaminadas a la obtención de los fines, pero más aún, aclara que debe obrar como un buen padre de familia que responderá por los daños y perjuicios que sufra el patrimonio por su culpa.

En esta legislación la prohibición que excluye cualquier posibilidad de que otras personas realicen la función fiduciaria, la encontramos en el artículo 350 que establece que sólo pueden realizar la función fiduciaria las personas autorizadas conforme a la Ley de Instituciones de Crédito. En este orden de ideas resulta conveniente poner de manifiesto que esta Ley fue derogada por la Ley del Servicio Público de Banca y Crédito y ésta por la actual Ley de Instituciones de Crédito, además las reformas de 1993 hechas a esta última, establecen la opción de que otras personas puedan realizar tal función. Por lo que el artículo en mención resulta totalmente obsoleto en la actualidad.

3.- LA FUNCION FIDUCIARIA Y LA LEY INSTITUCIONES DE CREDITO⁵⁴

Esta ley fue promulgada el 16 de julio de 1990 y publicada en el Diario Oficial de la Federación el 18 del mismo mes y año.

Con ella se pretendía regular el servicio de Banca y Crédito, la

⁵⁴ Código de Comercio, p.587 y siguientes

organización y funcionamiento de las instituciones, sus actividades y operaciones, su sano y equilibrado desarrollo, la protección de los intereses del público y los términos en que el Estado ejercería la rectoría financiera del sistema bancario mexicano⁵⁵.

Sin embargo, a pesar de las reformas del 23 de diciembre de 1993, 22 de julio de 1994 y 15 de febrero de 1995, en cuanto a la función fiduciaria se refiere continúan existiendo limitaciones importantes, veamos:

El artículo 9° consigna que las instituciones de banca múltiple tienen por objeto la prestación del servicio de banca y crédito de donde se desprende que la realización de la función fiduciaria tanto para las Instituciones de Banca Múltiple como para las Instituciones de Banca de Desarrollo, es una actividad de segundo orden dentro de su objeto; es una facultad que se le adhirió más por su reconocida capacidad económica que por su interés, calidad técnica y experiencia en el desarrollo de este tipo de negocios.

Y es en el artículo 46, fracción XV donde se les otorga esta facultad y que a la letra establece:

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

... XV.- Practicar operaciones de fideicomiso a que se refiere la Ley General de Títulos y Operaciones de Crédito,..."

Debo agregar que esta redacción no es la más adecuada ya que mientras la Ley General de Títulos y Operaciones de Crédito establece en su artículo 350, que sólo pueden ser fiduciarias las instituciones expresamente autorizadas para ello conforme a la Ley de Instituciones de Crédito, el artículo transcrito sólo se

⁵⁵Cfr. BATIZA RODOLFO. El Fideicomiso, Teoría y Práctica. 7° ed., Jus, México, 1995, p. 141 y 142.

limita a señalar las operaciones que pueden realizar tales instituciones pero no establece y mucho menos autoriza expresamente a las instituciones facultadas para llevar a cabo la función fiduciaria.

En el artículo 25 de la ley en estudio, se establece que sea la Comisión Nacional Bancaria la que pueda remover, suspender o hasta inhabilitar a los delegados fiduciarios cuando, a su juicio, tales personas no cuenten con la suficiente calidad técnica o moral para el desempeño de sus funciones, no reúnan los requisitos al efecto establecidos, o incurran de manera grave o reiterada en infracciones a dicha ley o a las disposiciones de carácter general que de ella deriven.

En esta disposición encuentro diversas limitaciones:

- 1'.- Es una limitación que sea la Comisión Nacional Bancaria, la encargada de aplicar sanciones a los delegados fiduciarios y no que sea una autoridad judicial quien la determine, esto debido a la mala interpretación de considerar al fideicomiso como un servicio bancario.
- 2'.- La sanción se aplica únicamente a los delegados fiduciarios, medida que debería ampliarse para la persona que funge como fiduciario, es decir, la sanción debería entrañar la suspensión temporal o definitiva para realizar tal función por parte de la institución fiduciaria.
- 3'.- Establece que la sanción será imputada cuando la Comisión Nacional Bancaria "considere" que tales personas no cuentan con la suficiente calidad técnica y moral para el desempeño de sus funciones. Pero en la realidad las Instituciones Bancarias en general no tienen la suficiente calidad técnica, ni moral para manejar los fideicomisos, por lo que de igual manera que en el caso anterior la sanción debe

HECHO CON
FALLA DE ORIGEN

aplicarse a la institución fiduciaria y no solo a los delegados fiduciarios que dependen de ella.

Es el consejo directivo de la institución, según lo marca el artículo 42 quien podrá acordar la realización de todas las operaciones inherentes a su objeto, encontrándose dentro de sus facultades la de nombrar a los delegados fiduciarios. Con lo que se observa que estos últimos son dependientes completamente de la Institución, que no actúan por su cuenta, por lo que afirmo que la sanción no debe aplicarse únicamente a los delegados sino también a la institución.

Al respecto encuentro otra restricción en la Ley, a pesar de este artículo 42 que se confirma con el 80 que dice que las instituciones desempeñarán su cometido, en cuanto a la función fiduciaria y ejercerán sus facultades por medio de delegados fiduciarios; el artículo 82 señala que el personal que las instituciones de crédito utilicen directa o exclusivamente para la realización de fideicomisos no formarán parte del personal de la institución, sino que se considerarán al servicio del patrimonio dado en fideicomiso y cualquier derecho que les asista a esas personas, las ejercerán contra la institución de crédito, la que en su caso, para cumplir con las resoluciones que la autoridad competente dicte; afectando en la medida que sea necesaria, los bienes materia del fideicomiso.

Aquí surgen interrogantes inquietantes ¿entonces con qué fin se contratan los servicios de la institución? ¿cuál es su responsabilidad?

Abundando, en el propio artículo 80, último párrafo, se prevé que en el acto constitutivo del fideicomiso, se estipule la integración de un comité técnico y cuando la Institución obre ajustándose a los dictámenes o acuerdos de este comité, estará libre de toda responsabilidad.

**ESTA TESIS NO SALE
DE LA BIBLIOTECA**

En estos casos, casi siempre el comité técnico está constituido por personas especializadas en las actividades a realizar para cumplir con los fines del fideicomiso. Entonces si la institución quedará libre de responsabilidad si actúa en cumplimiento de lo señalado por el comité técnico ¿por qué no se puede realizar la función fiduciaria por este comité? ¿por qué se debe tener necesariamente la intervención de una institución?

Con lo que claramente se evidencia que la función fiduciaria se realiza más por imposición que por interés, creándose con tal situación, carencias y limitaciones absurdas en la realización de dicha función.

Por lo que estoy convencido de que debería permitirse la realización de la función fiduciaria a cualquier persona y más específicamente a las personas que integran el Comité Técnico, sin embargo, para evitar o prevenir el mal desempeño de dicha función el Estado podría ejercer la vigilancia a través de un órgano especialmente creado para ello y que se otorgara una caución para garantizar su encargo por parte de los fiduciarios, la que se calcularía a mi parecer, en razón del número y cuantía de negocios que administren. La caución se otorgaría ante el organismo de vigilancia del Estado, quien podría asimismo imponer una sanción a los fiduciarios que no realicen su función en base a los intereses del fideicomitente y/o fideicomisario, sanciones que podrían ser similares a las que actualmente se imponen a aquellas instituciones encargadas de realizar la función fiduciaria.

Por otro lado también podrían crearse sociedades cuyo objeto fundamental sea celebrar negocios fiduciarios, lo que podría plasmarse a través de la constitución de sociedades fiduciarias de objeto limitado, quienes además podrían ser los fiduciarios, sustitutos en caso de muerte de los fiduciarios personas físicas.

Por otro lado, de esta ley también se desprenden algunos alcances dignos de mencionar.

El artículo 30 define a las instituciones de banca de desarrollo, que son aquellas entidades de la administración pública federal, con personalidad jurídica y patrimonio propios, constituidas con el carácter de sociedades nacionales de crédito, en los términos de sus correspondientes leyes orgánicas y de esta ley. Dentro de este rubro encontramos a Nacional Financiera y al Banco Nacional de Obras y Servicios Públicos (Banobras).

Al analizar la Ley General de Títulos y Operaciones de Crédito, no encontramos ninguna disposición que prohíba ser fideicomitente y fideicomisario en el fideicomiso, pero sí la encontramos respecto a que una misma persona pueda ser fiduciaria y fideicomisaria, con la excepción de los fideicomisos en garantía (art. 348 de la Ley General de Títulos y Operaciones de Crédito).

Sin embargo el artículo 11 de la Ley Orgánica de Nacional Financiera, establece que:

"En los contratos de fideicomiso que celebre la sociedad (Nacional Financiera), podrá actuar en el mismo negocio como fiduciaria y como fideicomisaria y realizar operaciones con la propia sociedad en el cumplimiento de fideicomisos, con excepción a lo dispuesto en el último párrafo (ahora párrafo cuarto) del artículo 348 de la Ley General de Títulos y Operaciones de Crédito..."⁵⁶

Por su parte, el artículo 9° de la Ley Orgánica del Banco Nacional de Obras y Servicios Públicos, consigna que:

"Como excepción a lo dispuesto en el último párrafo (ahora

⁵⁶Ley Orgánica de Nacional Financiera. Legislación Bancaria, op. cit. p. 193.

párrafo cuarto), del artículo 348 de la Ley General de Títulos y Operaciones de Crédito en los contratos de fideicomiso que se constituyan para garantizar los derechos del Banco Nacional de Obras y Servicios Públicos, Sociedad Nacional de Crédito, éste podrá actuar en el mismo negocio como fiduciario y fideicomisario".⁵⁷

En las mismas circunstancias se encuentra el Banco Nacional de Comercio Interior (art. 9° de su propia Ley Orgánica); y el Banco Nacional de Comercio Exterior (art. 8° de su Ley Orgánica).

Lo anterior surge por la necesidad de fortalecer la confianza de la eficaz realización de la función fiduciaria, circunstancia que debería ser extendida a los demás, es decir, a todas las personas que realicen la función fiduciaria y no ser exclusiva de estas instituciones.

4.- LA FUNCION FIDUCIARIA Y LA LEY DEL MERCADO DE VALORES⁵⁸

En el año de 1993 se reformó la Ley del Mercado de Valores, permitiendo a las casas de bolsa realizar la función fiduciaria.

Así en su artículo 22, fracción IV, inciso d), se estableció la posibilidad de que las casas de bolsa pudieran actuar como fiduciarias en negocios directamente vinculados con las actividades que les sean propias, dejando sin efecto, en este caso, el primer párrafo del artículo 350 de la Ley General de Títulos y Operaciones de Crédito. Sin embargo, mientras que las instituciones de crédito y las sociedades nacionales de crédito pueden intervenir en cualquier clase de fideicomiso, las casas de bolsa sólo podrán fungir como fiduciarias en fideicomisos cuyo objeto sean valores o efectivo para la adquisición de éstos (art. 103 Ley del Mercado de Valores).

⁵⁷Ley Orgánica del Banco Nacional de Obras y Servicios Públicos, *ibid.*, p. 211.

⁵⁸ Ley del Mercado de Valores

"... por lo que teniendo esos bienes como materia, podrán existir fideicomisos bursátiles de administración, de inversión, de actividades empresariales, con fines testamentarios... no olvidando que en éstos, las casas de bolsa solamente podrán intervenir cuando el objeto sea garantizar el cumplimiento de operaciones celebrados con sus clientes o por cuenta de ellos, lo que excluye otras clases".⁹⁹

El artículo 103 del cuerpo legal en estudio, consigna la forma de actuar, los derechos y obligaciones, de las casas de bolsa en el desempeño de la función fiduciaria; obligaciones y derechos muy similares a los de las instituciones de crédito al realizar esta función, y, en virtud de haberlas estudiado en el apartado anterior, omitiremos aquí su análisis.

Sin embargo, considero importante mencionar que el Banco de México y la Comisión Nacional Bancaria y de Valores, emitieron sendas circulares, instaurando reglas de actuación de la función fiduciaria por parte de las casas de bolsa.

En estas circulares encontramos diversas reglas que limitan la función fiduciaria ejercida por las casas de bolsa, sin embargo, las reglas sexta y séptima determinan lo siguiente:

La regla sexta dicta que las casas de bolsa se abstendrán de intervenir en fideicomisos en los que las sociedades fideicomitentes o fideicomisarias adquieran sus propias acciones, si con ello no se cumple con los siguientes requisitos:

a) .- Que las acciones se encuentran inscritas en el Registro Nacional de Valores e Intermediarios;

⁹⁹CARBALLO YAÑEZ ERICK. Nuevo Derecho Bursátil Mexicano, 1ª ed., Porrúa, México, 1995.

b).- Que la adquisición se realice con fondos provenientes del capital social o reservas provenientes de las utilidades netas de la empresa, denominada reserva para adquisición de acciones propias; y

c).- Que sea la Asamblea General Ordinaria de accionistas la que señale el monto de la recompra accionaria y la cantidad del capital o reservas que se utilizarán, siempre que la suma de ambas cantidades no sea igual al total de utilidades de la empresa.

Por su parte, la regla séptima señala que las casas de bolsa podrán intervenir en fideicomisos cuyo objeto sea garantizar el cumplimiento de operaciones celebradas con sus clientes o por cuenta de ellos.⁶⁰

Con lo que se puede concluir que estas reglas permiten a las casas de bolsa celebrar fideicomisos en los que se constituya no sólo como fiduciario sino también como fideicomisario, lo cual está (parcialmente) prohibido por la Ley General de Títulos y Operaciones de Crédito.

Mientras a las instituciones de crédito se les autoriza la celebración de cualquier tipo de fideicomiso a las casas de bolsa se les limita y sólo podrán participar en aquellos fideicomisos que tengan estrecha relación con su objeto, lo que considero un acierto pues para ello están especializadas, a diferencia con las instituciones de crédito que su actividad principal es la de banca y crédito, no la de ser fiduciaria.

Por lo que reitero, que debería permitirse la existencia a sociedades fiduciarias, constituidas expresamente para cumplir con esta función, para que después no sean reglas particulares las que impidan el buen funcionamiento de estas instituciones,

⁶⁰ Cfr. ibid. p.p. 209 y 210.

sino que sea un ordenamiento jurídico el que disponga tal función, lo que sería sumamente factible si se eliminara del texto del artículo 350 de la Ley General de Títulos y Operaciones de Crédito, la parte conducente a la limitación de la función fiduciaria; limitación que en la realidad ha sido superada, pues no sólo las instituciones de crédito (únicas facultadas por la Ley de Instituciones de Crédito) la pueden realizar en la actualidad, sino, como observamos, también las casas de bolsa y además las instituciones de fianzas y las instituciones y sociedades mutualistas de seguros, como veremos en el apartado siguiente.

5.- LA FUNCION FIDUCIARIA Y LAS LEYES FEDERAL DE INSTITUCIONES DE FIANZAS Y GENERAL DE INSTITUCIONES Y SOCIEDADES MUTUALISTAS DE SEGUROS.

A).- LEY FEDERAL DE INSTITUCIONES DE FIANZAS⁴¹

El artículo 1° de esta ley señala que las Instituciones de Fianzas tendrán por objeto otorgar fianzas a título oneroso.

Desde el principio podemos observar que dentro del fin primordial de una afianzadora, no se encuentra el realizar la función fiduciaria, pero mediante las reformas del 29 de diciembre de 1993 a este ordenamiento, se le autorizó a realizarla, así es como en su artículo 16, fracción XV, autoriza a estas instituciones a actuar como institución fiduciaria pero sólo en el caso de fideicomisos de garantía en que se afecten recursos relacionados con las pólizas de fianza que expidan, como excepción a lo dispuesto por el artículo 350 de la Ley General de Títulos y Operaciones de Crédito.

En este mismo artículo se encuentran contenidas las funciones a

⁴¹ Ley Federal de Instituciones de Fianzas. Seguros y Fianzas, 35 Ed., Porrúa, México 1999, p.133 y sig.

que ha de sujetarse su actuación, que no es más que una transcripción de lo dispuesto por la Ley de Instituciones de Crédito.

Como lo observamos en el artículo descrito, conjuntamente con el artículo 29 del mismo ordenamiento, a estas instituciones sólo se les otorgó la facultad de funcionar como Institución Fiduciaria en los fideicomisos de garantía, con lo que nuevamente se limita la función fiduciaria en razón de su especialidad.

B).- LEY GENERAL DE INSTITUCIONES Y SOCIEDADES MUTUALISTAS DE SERVICIOS⁶²

Igualmente que en el caso anterior, es mediante reforma del 1993, que se autoriza a las Instituciones de Seguros para actuar como institución fiduciaria, haciendo otra excepción al artículo 350 de la Ley General de Títulos y Operaciones de Crédito.

Sin embargo, cabe hacer notar que únicamente se les autoriza su actuación como institución fiduciaria en "el caso de fideicomisos de administración en que se afecten recursos relacionados con el pago de primas por los contratos de seguros... también podrán ser fiduciarias en el caso de fideicomisos en que se afecten recursos relacionados con primas de antigüedad, fondos individuales de pensiones, rentas vitalicias, dividendos y sumas aseguradas, o con la administración de reservas para fondos de pensiones o jubilaciones del personal, complementarias a las que establecen las leyes sobre seguridad social y de primas de antigüedad" (Art. 34-IV).

Existen otros artículos en esta ley como el 35, fracciones IV, XV, XVI BIS, XVII y 63 que al igual que en el caso de la Ley Federal de Instituciones de Fianzas, no hacen más que transcribir la regulación de los fideicomisos, contenida en la Ley de

⁶²Ley General de Instituciones y Sociedades Mutualistas. Ibid. p.p. 1 y ss.

Instituciones de Crédito, la cual analizamos en su oportunidad.

Sin embargo, resulta de vital importancia tomar en consideración que la realidad que motivó a los legisladores del 93, es una historia absolutamente distinta al panorama presente en nuestra sociedad, en virtud de que estas disposiciones, aun cuando incluyen a nuevos sectores (afianzadoras, casas de bolsa e instituciones de seguros), conservan la misma deficiencia anterior, rigiéndose por la aparente capacidad económica y no para el objeto para el cual se constituye, excepto cuando se refiere a los fideicomisos en que pueden intervenir, donde como observamos los limita a su especialidad, es decir, debe prevalecer la especialidad del sujeto y no solamente su aparente solvencia económica.

Ante tal razonamiento estas disposiciones no sólo resultan limitadas, sino que representan una lamentable ancla en la búsqueda del desarrollo de un país, ya que, personas que tienen solvencia económica, acreditada calidad moral, sobrada capacidad y eficiencia técnica para la realización de la función fiduciaria, no la pueden realizar porque lo impide el no ser una de las organizaciones de crédito o auxiliares antes señaladas.

6.- LA FUNCION FIDUCIARIA Y LA LEY ORGANICA DE LA ADMINISTRACION PUBLICA FEDERAL⁴³

La Ley Orgánica de la Administración Pública Federal, en sus artículos 3° fracción III y 47, incorpora a los fideicomisos públicos como entidades de la Administración Pública Paraestatal y que su constitución sea con el propósito de auxiliar al Ejecutivo Federal en las atribuciones que tiene a su cargo.

⁴³ Ley Orgánica de la Administración Pública Federal, 36 Ed., Porrúa, México 1999, p. 7 y sig.

Este artículo 47 citado, establece que los fideicomisos deben contar con una estructura análoga a las otras entidades y además contar con comités técnicos.

Además de que en este tipo de fideicomisos será la Secretaría de Hacienda y Crédito Público, la que funja como fideicomitente único de la administración pública centralizada.

Con lo que no sólo le da una naturaleza diferente al fideicomiso al tratarlo como parte integrante de la administración pública, confundiendo la naturaleza jurídica del mismo, al tratarlo como patrimonio con personalidad jurídica propia y como negocio jurídico en otras, siendo esta última, la verdadera naturaleza del fideicomiso, y en virtud de que este tipo de fideicomiso es de una naturaleza tan diversa y amplia mercería para su estudio otro trabajo totalmente independiente y profundo por esa razón no se abundará en este tipo de fideicomisos, sino únicamente lo mencionamos para poner de manifiesto su existencia y complementar el presente trabajo, ya que el mismo está dirigido al ámbito de los particulares.

7.- LEY FEDERAL DE LAS ENTIDADES PARAESTATALES⁴⁴

Los artículos 2° y 4° de esta ley que se comenta, corroboran que los fideicomisos son entidades paraestatales y su constitución, organización, funcionamiento, control, evaluación y regulación específica, estarán sujetos a este mismo ordenamiento.

Pero es en el capítulo IV "de los fideicomisos públicos", donde se regulan específicamente:

Así tenemos que, para mi punto de vista, redacta de manera imprecisa lo referente a estos fideicomisos ya que lo considera

⁴⁴ Ley Federal de las Entidades Paraestatales. Ley Orgánica de la Administración Pública Federal. 36° Ed., Porrúa, México 1999, p. 67 y sig.

como una entidad paraestatal (art. 40) y a la vez como un contrato (arts. 41 y 44).

Además trata a los delegados fiduciarios como si fueran organismos independientes de la institución fiduciaria, cuando en la realidad las delegaciones fiduciarias son departamentos de la propia institución.

Veamos, el artículo 43 de este ordenamiento establece que, cuando se trate de fideicomisos que requieran controles o informes especiales el delegado fiduciario deberá someter a la consideración de la institución que desempeñe el cargo de fiduciaria, los actos, contratos y convenios de los que resulten derechos y obligaciones para el fideicomiso o para la propia institución.

Asimismo, en sus diversas fracciones, limita el desarrollo de las actividades del delegado fiduciario, sometiéndolo a las instrucciones de la institución fiduciaria, pero, ¿quién dictará las instrucciones?, teniendo en cuenta que, como comentamos, el delegado fiduciario pertenece a la institución y por lo tanto obra como su representante, respecto a la ejecución de los fideicomisos.

A contrario de lo que establece la Ley de Instituciones de Crédito, respecto a que si existe un comité técnico y la institución obra en cumplimiento de lo que éste dicte, ésta estará fuera de toda responsabilidad. Para el caso de los fideicomisos como parte de la Administración Pública Federal, será en los contratos en los que se precisarán las facultades de los comités técnicos, "entendiéndose que las facultades del citado cuerpo colegiado constituyen limitaciones para la institución fiduciaria" (art. 44). Sin embargo, la institución fiduciaria podrá abstenerse de cumplir con lo resuelto por el comité técnico, cuando éste obre en exceso de sus facultades.

Pero si llegara a acatar las disposiciones, la institución deberá responder por los daños y perjuicios que se causen.

Cabe mencionar que la actuación de los comités técnicos y los directores generales de los fideicomisos públicos, deben sujetar su actuación a la regulación impuesta al funcionamiento de las entidades paraestatales en general.

Como ya hemos visto, este tipo de fideicomisos públicos son completamente distintos a los celebrados entre los particulares, por lo que para su estudio en profundidad requerirían de otro trabajo, lo cual no representa el objetivo del presente estudio, por lo que únicamente lo citamos para poner de manifiesto su existencia, sin pretender desglosar su naturaleza y funcionamiento.

8. - LA FUNCION FIDUCIARIA Y EL CODIGO CIVIL FEDERAL

El fideicomiso al ser un negocio jurídico, no se encuentra regulado de manera precisa por nuestra legislación civil, ya que en ella no se distingue este tipo de acto jurídico; sólo habla de los contratos y los convenios por lo que atendiendo a esta división, tendremos que estudiar al fideicomiso como un contrato.

Ahora bien, el Código Civil Federal, en el Art. 1858, establece la voluntad de las partes como Ley Suprema de los contratos, al preceptuar lo siguiente:

"Art. 1858.- Los contratos que no están especialmente reglamentados en este Código, se regirán por las reglas generales de los contratos, por las estipulaciones de las partes..."⁶⁵

Si consideramos que este Código es supletorio en materia mercantil, por ser el fideicomiso una figura típicamente

⁶⁵ Código Civil Federal, p.334

mercantil, en todo lo que no esté regulado en la legislación de la materia, nos remitiremos al Código en estudio, y en consecuencia, en cuanto a su regulación e interpretación se estará a lo que expresamente estipularon las partes, de conformidad con el referido artículo.

Y si es la voluntad de las partes la que registrará el contrato en especial, debería entonces tomarse en consideración para el desempeño de la función fiduciaria que la persona tuviera un conocimiento especializado, orden y diligencia para la resolución de los asuntos y no que ésta sólo se realice de manera secundaria por instituciones cuyo objeto principal es otro.

9.- LA FUNCION FIDUCIARIA Y LA LEY DE INVERSION EXTRANJERA⁶⁶

El 27 de diciembre de 1993, fue publicada en el Diario Oficial de la Federación, la Ley de Inversión Extranjera, la cual entró en vigor al día siguiente.

En el título segundo, capítulo II, "De los Fideicomisos sobre bienes inmuebles en zona restringida", se reguló el único aspecto relativo a los fideicomisos de esa materia, que es sobre bienes inmuebles en zona restringida.

Son cuatro artículos, del 11 al 14, los que contienen esta figura, en ellos se señala que se requiere permiso de la Secretaría de Relaciones Exteriores para que las instituciones de crédito adquieran como fiduciarias, derechos sobre bienes inmuebles ubicados dentro de la zona restringida, cuando el objeto del fideicomiso sea permitir la utilización y el aprovechamiento de tales bienes sin constituir derechos reales sobre ellos y los fideicomisarios sean extranjeros o sociedades mexicanas con cláusula de admisión de extranjeros.

⁶⁶ Código de Comercio

Por lo tanto, fuera de estos casos, si una institución de crédito adquiere como fiduciaria derechos sobre bienes inmuebles, no necesitará ninguna autorización.

Cabe señalar una imprecisión, el artículo 11 señala que puede adquirir derechos sobre bienes inmuebles y no señala que la fiduciaria adquiere la propiedad de tales bienes, característica primordial de esta figura.

Establece también la duración de los fideicomisos, que será de 50 años término que podrá prorrogarse a solicitud del interesado.

Pero al tratarse el fideicomiso de un negocio jurídico se estará a lo dispuesto en él al momento de su constitución o sus reformas. Es decir, si se señala un plazo determinado, se estará a lo dispuesto en dicho acto constitutivo o a sus reformas, pues lo previsto en el artículo 12 de la Ley comentada es ante la falta de lo que al efecto hubiere dispuesto el fideicomitente o el fideicomisario.

Existen en esta Ley de Inversión Extranjera otras disposiciones que reglamentan al fideicomiso, pero sin referirse a los bienes inmuebles.

Efectivamente los artículos del 18 al 22 señalan los medios por los que puede tener lugar la inversión neutra y el fideicomiso está íntimamente relacionado en cuanto a la inversión extranjera con la inversión neutra. Pues el fideicomiso es un instrumento señalado expresamente por la ley como utilizable para esta clase de inversión.

En este articulado se faculta a la Secretaría de Comercio y Fomento Industrial (ahora Secretaría de Economía) a autorizar a dichas instituciones (fiduciarias) a expedir instrumentos de

inversión neutra que otorguen a sus tenedores sólo derechos pecuniarios.

En cuanto a la inversión neutra mediante la adquisición de certificados de participación ordinarios, emitidos por instituciones fiduciarias autorizadas para tal efecto, será la Secretaría de Hacienda y Crédito Público y la Comisión Nacional de Valores la que resolverá sobre tal inversión.

Cabe hacer notar que en este tipo de inversión se incluye tanto a las Instituciones de Banca Múltiple y Casas de Bolsa, como a las Sociedades Controladoras de Grupos financieros, en este caso surge una interrogante ¿podrían, éstas últimas, también constituirse como instituciones fiduciarias?

Además quiero mencionar que en lo referente a los fideicomisos sobre bienes inmuebles en zona restringida, únicamente se faculta a las instituciones de crédito para que adquieran en calidad de fiduciarias, entonces, qué pasa con las demás instituciones facultadas para funcionar como fiduciarias.

Nuevamente nos encontramos con la limitante de que sólo las instituciones de crédito pueden funcionar como fiduciarias, lo que, reitero, va en perjuicio de una sociedad demandante de figuras que sirvan de vehículos eficaces que permitan e impulsen un mejor desarrollo de la vida económica del país.

CAPITULO V

LA FUNCION DE LA INSTITUCION FIDUCIARIA

1.- INSTITUCION FIDUCIARIA

Es importante primero definir que el fiduciario es la persona que tiene la titularidad de los bienes o derechos fideicomitidos y que se encarga de la realización de los fines del fideicomiso.

Como lo señala el maestro Serrano Traviña: "El fiduciario lleva a efecto la realización o cumplimiento de los fines por medio del ejercicio obligatorio de los derechos que le ha transmitido el fideicomitente".⁶⁷

Pero esta persona a lo largo de toda nuestra historia ha tenido que ser una persona moral porque como ya lo hemos expuesto desde la primera implementación de adopción del trust en nuestra legislación, representada por el proyecto Limantour, se ha exigido que el fiduciario sea una persona moral. Tanto los Proyectos Creel y Vera Estañol, como las diversas leyes que han estado en vigor (que comentamos en su oportunidad) han impuesto el requisito de que el fiduciario sea una institución bancaria autorizada especialmente para tal efecto.

Se decía en la Exposición de Motivos de la Ley Bancaria de 1932, que siguiendo el precedente establecido en la ley entonces vigente, la nueva sólo autorizaba la constitución de fideicomisos cuando el fiduciario era una institución especialmente sujeta a la vigilancia del Estado. La Exposición de Motivos de la Ley General de Títulos y Operaciones de Crédito se limitó a manifestar que se circunscribe a ciertas personas la capacidad de

⁶⁷Serrano Traviña, en cita de VILLAGORDOA LOZANO JOSÉ MANUEL, en Doctrina General del Fideicomiso, 2ª Ed., Porrúa, México, 1982.

actuar como fiduciarios.

Además se requiere para ser fiduciario, la capacidad suficiente para que se le puedan transmitir los bienes o derechos materia del fideicomiso. Citemos un ejemplo: aún en el caso de fincas rústicas el fiduciario puede adquirirlas por un plazo de dos años como máximo, toda vez que las instituciones fiduciarias, siendo sociedades anónimas, no pueden adquirir inmuebles de esta naturaleza (fracciones I, IV y V del artículo 27 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos).

Por su parte el artículo 350 de la Ley General de Títulos y Operaciones de Crédito, dispone que sólo podrán ser fiduciarias las instituciones expresamente autorizadas para ello conforme a la Ley de Instituciones de Crédito.

Sin embargo esta disposición, aunque ya tiene un buen número de salvedades, continúa manteniendo la exclusividad para las personas morales; la primera excepción la encontramos en la Ley del Ahorro Nacional de fecha 29 de diciembre de 1950, que en su artículo 26 facultaba al Consejo del Patronato del Ahorro Nacional a actuar como fiduciario, facultad que se le volvió a otorgar en la Ley Orgánica del Patronato del Ahorro Nacional, en el artículo 5° fracción VIII.

Otra excepción está contenida en la Ley Reglamentaria del Artículo 27 Constitucional en Materia Minera de fecha 19 de diciembre de 1975, en su artículo 91 cuando al crear la Comisión de Fomento Minero le otorga, entre otras facultades, la de actuar como fiduciaria en negociaciones minero metalúrgicas dentro de las actividades que señalan sus objetivos.

Estas dos situaciones, todavía excepcionales, hacen reconocer una derogación, aún y cuando sea meramente formal de la orden restrictiva contenida en el citado artículo 350 de la ley

sustantiva.

Pero existen 3 supuestos derogatorios más, y son que a las Casas de Bolsa, a las Instituciones de Seguros y a las Instituciones de Fianzas, a quienes también se les permite operar como fiduciarias, tal y como lo analizamos en el capítulo anterior.

2.- NUMERO DE FIDUCIARIOS

Alfaro en su proyecto, en el artículo 12 concretamente estableció que: "El fideicomitente puede nombrar no sólo uno sino dos o más fiduciarios".

Pero ni las leyes de 1926 ni el proyecto Vera Estaño reprodujeron esta disposición.

La Ley General de Títulos y Operaciones de Crédito no hace limitación acerca del número de fiduciarios que pudieran intervenir en la operación del fideicomiso.

Por el contrario, en el párrafo 3° del artículo 350 de esa ley, se abre la posibilidad para que el fideicomitente pueda designar varias instituciones fiduciarias para que conjunta o sucesivamente desempeñen el fideicomiso, estableciendo el orden y las condiciones en que hayan de sustituirse.

No obstante, esta posibilidad es más apropiada en relación con fiduciarios personas físicas, pues resulta de muy difícil aplicación tratándose de fiduciarios institucionales, dado a la supervisión oficial a que están sometidos y a su duración indefinida.

Pero reafirmo que no hay ninguna imposibilidad para que existan varios fiduciarios a la vez.

3.- QUIENES PODRIAN REALIZAR LA FUNCION FIDUCIARIA

El derecho extranjero nos ha enseñado que cualquier persona que cumpla con las condiciones de capacidad, solidez y eficiencia, deberían realizar tal función, sin embargo, la tarea importante sería prevenir el mal desempeño de la función fiduciaria, para lo cual el Estado tendría que estructurar la vigilancia de los fiduciarios mediante órganos creados para ello y garantizando su manejo mediante un tipo de caución acorde al número y cuantía de los negocios fiduciarios que cada uno realice.

Así históricamente tenemos que en el derecho angloamericano la cuestión de quién puede ser trustee, implica una variedad de consideraciones.

Recordemos que para que una persona pueda serlo debe tener la capacidad de adquirir y poseer en propiedad los bienes sobre los cuales se constituye el trust, así como la capacidad suficiente para manejar el patrimonio conforme a los términos establecidos en el instrumento respectivo o según las instrucciones de los beneficiarios, ya que la ejecución del trust puede requerir criterio y decisiones que impliquen conocimientos especializados.

Además, el trustee era invariablemente una persona física o un grupo de personas y se sostenía, con apoyo en el concepto del uso, que una sociedad estaba imposibilitada para desempeñar el cargo en virtud de que, careciendo de "alma", no era posible que pudiera depositarse confianza en ella.⁶⁶

Estoy parcialmente de acuerdo con esta posición, ya que, considero que para que se pueda realizar la función fiduciaria, puede ser por medio de personas físicas o morales, por ejemplo mediante sociedades fiduciarias de objeto limitado, siempre y

⁶⁶Cfr. BATIZA RODOLFO, El fideicomiso. Teoría y Práctica, 7ª ed., Jus, México, 1995, p.p. 221 y 222.

cuando cumplan con la suficiente solvencia económica, acreditada calidad moral y sobrada capacidad y eficiencia para desempeñar el encargo.

Ya que en la actualidad las personas que realizan la función fiduciaria en mayor número, son las instituciones de crédito, las que tiene como actividad principal las operaciones de banca y crédito, actividades completamente diferentes a la función fiduciaria, por lo que carecen de la suficiente capacidad técnica para llevar a cabo dicha labor.

Haciendo notar que constitucionalmente no hay impedimento alguno para hacerlo, por lo que válidamente podrían realizar la función fiduciaria personas diversas e independientes de las instituciones que en la actualidad pueden ser fiduciarios.

Resulta importante precisar que son los comités técnicos en los que realmente se auxilian las instituciones para el cumplimiento de los fines de los fideicomisos, pero estas personas son totalmente independientes de ellas.

Y dado que son los conocimientos especializados los que se requieren para el eficaz cumplimiento del fideicomiso. Entonces ¿por qué no se deja de triangular el asunto y se acude directamente ante las personas que sí están capacitadas, experimentadas y que realmente realizan la función, convirtiéndose en consecuencia, en los verdaderos fiduciarios?

Además las instituciones de crédito al estar facultadas para llevar a cabo su encargo con auxilio de un comité técnico (verdadero fiduciario de facto) y cuando tal institución actúe en apego a lo dictaminado por él, ya no será responsable por su actuar.

Pero si existiera la posibilidad de que a cualquier persona se le permitiera actuar como fiduciario requiriéndosele únicamente para su desempeño de conocimientos actualizados y especializados para llevar a cabo su función, en caso de que faltara a sus obligaciones se podría sancionar a la persona (fiduciario) y no únicamente a su departamento fiduciario (delegado), ya que sería la propia persona la que es responsable del actuar, a diferencia de las instituciones de crédito que responsabilizan a los delegados y son a ellos a los que se les sanciona, como ya señalamos en el capítulo anterior. Y esto derivaría en mayor confianza por parte de fideicomitentes y fideicomisarios quienes podrían encargar la función fiduciaria a cualquier persona que ellos consideren que cumpliría cabalmente con el fin del fideicomiso, así como en una mayor preparación, diligencia y responsabilidad por los fiduciarios.

CONCLUSIONES

1. Desde las primeras incursiones del fideicomiso en nuestras legislaciones se ha exigido de forma inadecuada que el fiduciario sea una persona moral y más específicamente una institución bancaria, ya que en sus inicios se manifestó que la razón era que se trataba de una institución sujeta a la vigilancia del Estado y que contaba con acreditada solvencia económica y reconocida solvencia moral.
A diferencia con el Trust (anglosajón) que puede ser trustee una persona física; acierto que debería reconocer nuestro Derecho Positivo Mexicano.
2. En mi opinión, el fideicomiso es un auténtico negocio jurídico y no un contrato, declaración unilateral de voluntad, estipulación a favor de tercero y mucho menos un sujeto, como lo tratan las teorías expuestas. En ese orden de ideas si entendemos al fideicomiso como un negocio jurídico en el cual se regulan tanto su constitución, su realización y sus consecuencias, resulta inadmisibile que las partes no puedan libremente regular con quien contratan.
3. En la actualidad a las Instituciones de Crédito, se les atribuye de forma casi exclusiva, la función fiduciaria, en razón de su acreditada solvencia moral y reconocida solvencia económica, supuestas bases para el desempeño de la función, cuando es claro que la figura tiene como soporte fundamental la confianza en el eficaz desempeño de la función que se rige más por la capacidad, diligencia y conocimiento especializado que por la cantidad de dinero que tiene la persona que funge como fiduciario.
4. Actualmente la responsabilidad de la función fiduciaria se evade por que no recae en la propia Institución de Crédito,

sino en sus delegados fiduciarios o en el Comité Técnico, según sea el caso, pero en realidad el fideicomitente con el que está celebrando el negocio es con la Institución y no con sus empleados (delegados fiduciarios). Situación que se evitaría liberando la función por que en el caso de que exista Comité Técnico reconocido como fiduciario colectivo, al ser éste el que realiza realmente la función fiduciaria y no la Institución, respondería por sus actos.

5. En base a lo expuesto es completamente inadecuada la prohibición de que cualquier persona pueda desempeñar la función fiduciaria.
6. El fideicomiso debe renovarse en cuanto a la regulación de la función fiduciaria debido a las exigencias de una sociedad más demandante de servicios especializados, permitiéndosele a cualquier persona, la realización de dicha función, siempre y cuando cuenten con la suficiente capacidad y calidad para realizar el fin del fideicomiso.
7. Podría inclusive ser conveniente la existencia de Sociedades Fiduciarias de Objeto Limitado, cuya única función sea el desempeño de la función fiduciaria y que actuaran como fiduciarios sustitutos, en caso de muerte de fiduciarios personas físicas, en virtud de lo cual el fideicomitente que acudiera a estas personas tendría la confianza de que se trata de instituciones con la capacidad técnica necesaria para desempeñar tal función y tendría la opción de acudir con la que considerara con solvencia moral y económica para el cumplimiento de su encargo.
Siendo conveniente en todo caso, que el Estado regule mediante órganos de vigilancia el eficiente desempeño de la función fiduciaria y la sanción correspondiente en caso de incumplimiento.

BIBLIOGRAFIA

- Acosta Romero Miguel.
Las Instituciones Fiduciarias y el Fideicomiso en México, Edit. Somex, México 1982.
- Alfaro Ricardo J.
Adaptación del Trust Anglosajón al Derecho Civil. Cursos monográficos de la Academia Interamericana del Derecho Comparado e Internacional Cuba 1948
- Batiza Rodolfo.
Principios Básicos del Fideicomiso y de la Administración Fiduciaria, Porrúa, México, 2ª edición, 1985.
El Fideicomiso Teoría y Práctica, Edit. Jus, México, 1995, edit. Porrúa.
- Carballo Yañez Erick.
Nuevo Derecho Bursátil Mexicano, 1ª Edición, Porrúa, México, 1995.
- De la Peza José Luis.
Ensayos sobre el Patrimonio en el Fideicomiso y la posibilidad de quiebra, Escuela Libre de Derecho. México 1951.
- Domínguez Martínez Jorge Alfredo.
El Fideicomiso ante la Teoría General del Negocio Jurídico, Edit. Porrúa 1975
- Gutiérrez y González Ernesto.
Derecho de las Obligaciones, Edit. Cajica, México 1971.
- Hernández A. Octavio.
Derecho Bancario Mexicano Asociación Mexicana de Investigaciones Administrativas México 1986.
- Jaramillo Vélez Lucrecio.
Derecho Romano 7ª edición. Señal Editora.
- Lepaulle Pierre.
Tratado Teórico y práctico de los Trust. Porrúa México 1975.
- Molina Pasquel Roberto.
Los Derechos del fideicomisario. Ed. Jus, México, 1946
- Muñoz Luis.
El Fideicomiso Mexicano, Cárdenas editor y distribuidor. México 1973.
- Petit Eugene.
Tratado Elemental de Derecho Romano. Editorial Nacional.

- **Rabasa Oscar.**
El Derecho Angloamericano Estudio Expositivo y comparado del Cammon Law, Fondo de Cultura Económica México 1983
- **Rodríguez y Rodríguez Joaquín.**
Derecho Mercantil, Tomo II, edit. Porrúa, 15ª edición, México 1980.

La separación de los bienes de la quiebra, UNAM, Instituto del Derecho Comparado, México 1951.
- **Serrano Traviña Jorge.**
Aportación al Fideicomiso. Apuntes inéditos.
- **Soto Sobreyra y Silva Ignacio.**
Ley de Instituciones de Crédito. 6ª Edición, Porrúa.
- **Villagordea Lozano José Manuel.**
Doctrina General del Fideicomiso, Asoc. De Banqueros de México, 1976.

REVISTAS

- Barrera Graf Jorge, Los Negocios Fiduciarios, Revista Jus.
- Batiza Rodolfo Revista El Foro, Cuarta Época No. 1 Julio-Septiembre de 1953
- Betti Emilio, Teoría General del Negocio Jurídico, traducción al español, a la segunda edición, Revista del derecho privado, Madrid,
- Ortíz Urquidí Raúl, Hechos, Actos y Negocios Jurídicos, Revista de la Facultad de Derecho, tomo I, no.35 y 36, julio-diciembre, 1956
- Velasco Emilio, Revista General de Derecho. Los Instrumentos del Trust y los Ferrocarriles Nacionales.

LEGISLACIÓN CONSULTADA

- Código Civil Federal
- Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos.
- Ley de Instituciones de Crédito
- Ley de Inversión Extranjera.
- Ley del Mercado de Valores
- Ley Federal de Instituciones de Fianzas
- Ley Federal de las Entidades Paraestatales
- Ley General de Instituciones y Sociedades Mutualistas de Seguros
- Ley General de Títulos y Operaciones de Crédito
- Ley Orgánica de la Administración Pública