



**UNIVERSIDAD NACIONAL
AUTONOMA DE MÉXICO**

**ESCUELA NACIONAL DE ESTUDIOS
PROFESIONALES "ACATLAN"**

EL SERVICIO FIDUCIARIO PRESTADO
INDISTINTAMENTE POR PERSONAS
FISICAS O MORALES EN MEXICO

T E S I S

QUE PARA OBTENER EL TITULO DE
LICENCIADO EN DERECHO
PRESENTA

LUIS OCTAVIO RAMIREZ CORTES

ASESOR: LIC. JUAN CRUZ GOMEZ

ENERO, 2004



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.

Este trabajo lo dedico con especial agradecimiento

A DIOS

Gracias Señor, por hacer que mi vida esté colmada de tantas satisfacciones.

A MAMÁ TETE

Gracias mamá, por forjar de mi lo que soy y enseñarme el valor de la familia.

A SUSY, mi esposa

Amor, gracias por compartir conmigo la experiencia de vivir y por tu maravillosa compañía.

A MAMÁ CARMELA

Gracias por tu cariño y tus cuidados siempre manifiestos.

A mis hermanos SANDRA, JORGE Y LAURA

Gracias por todas las muestras de amor que he tenido de ustedes. Laura, gracias por Nayely.

A toda mi FAMILIA

Gracias a todos mis tíos, primos y sobrinos por estar siempre ahí.

A JESÚS, MARCO, OSWALDO, PACO y VÍCTOR

Gracias por esa fuerte y firme amistad.

A los licenciados Ma. ANTONIETA MONTERO y JOSÉ VILLARREAL

Gracias por su valioso apoyo.

A la UNIVERSIDAD NACIONAL AUTÓNOMA DE MÉXICO

Gracias infinitas por permitir mi realización profesional.

INDICE

Abreviaturas usadas

Introducción

CAPITULO I

ANTECEDENTES HISTORICOS

I.1	Roma	2
I.2	Alemania	7
I.3	Inglaterra y Estados Unidos de Norteamérica	9

CAPITULO II

HISTORIA DEL FIDEICOMISO EN MEXICO

II.1	Proyecto Limantour	18
II.2	Proyecto Creel	20
II.3	Ley General de Instituciones de Crédito y Establecimientos Bancarios de 1924	22
II.4	Ley de Bancos de Fideicomiso de 1926	23
II.5	Ley General de Títulos y Operaciones de Crédito	26
II.6	Diversas disposiciones legislativas sobre el fideicomiso	27

CAPITULO III

CARACTERISTICAS DEL FIDEICOMISO EN GENERAL

III.1	El fideicomiso en México	33
III.2	Clasificación de los fideicomisos	41
	III.2.1. El fideicomiso público	42
	III.2.2. El fideicomiso privado	45
III.3	Elementos personales	47
III.4	Elementos reales	56
III.5	El Comité Técnico	68
III.6	Fines del fideicomiso	71
III.7	Duración legal y Extinción del fideicomiso	74

CAPITULO IV

CARACTERISTICAS DEL FIDUCIARIO EN MEXICO Y EN OTROS PAISES

IV.1	Características del fiduciario en México	83
IV.2	Características del fiduciario en los Estados Unidos de Norteamérica	101

IV.3	Características del fiduciario en Canadá	107
IV.4	Características del fiduciario en América Latina	110
IV.5	Semejanzas y diferencias de las características fiduciarias antes señaladas	113

CAPITULO V

IMPLEMENTACION DE LA FIGURA DEL FIDUCIARIO COMO PERSONA FISICA O MORAL EN GENERAL EN EL FIDEICOMISO EN MEXICO

V.1	Conveniencia de la implementación en México de la figura del fiduciario como persona física o moral en general	119
V.2	La adecuación del fiduciario como persona física o moral en general en la legislación mexicana	121
V.2.1.	Requisitos de las personas físicas o morales en general para que puedan ser fiduciarias	122
V.2.2.	Modificaciones a la legislación mexicana para que las personas físicas o morales en general puedan fungir como fiduciarias	124
V.2.3.	Autorización y vigilancia del gobierno a las personas físicas o morales en general que presten el servicio fiduciarios	126
	CONCLUSIONES	128
	BIBLIOGRAFÍA	134
	LEGISLACIÓN	136

ABREVIATURAS USADAS

BANXICO	Banco de México.
C.C.	Código Civil para el Distrito Federal.
CNBV	Comisión Nacional Bancaria y de Valores.
CONDUSEF	Comisión Nacional para la Defensa de los Usuarios de Servicios Financieros.
CNSF	Comisión Nacional de Seguros y Fianzas.
FOBAPROA	Fondo Bancario de Protección al Ahorro.
LFCE	Ley Federal de Competencia Económica.
LFDA	Ley Federal de Derechos de Autor.
LFEP	Ley Federal de Entidades Paraestatales.
LFIF	Ley Federal de Instituciones de Fianzas.
LFPROFECO	Ley Federal de Protección al Consumidor.
LGTyOC	Ley General de Títulos y Operaciones de Crédito.
LIC	Ley de Instituciones de Crédito.
LMV	Ley del Mercado de Valores.
LOAPF	Ley Orgánica de la Administración Pública Federal.
LOAAC	Ley de Organizaciones y Actividades Auxiliares del Crédito.
SECODAM	Secretaría de Contraloría y Desarrollo Administrativo
SHCP	Secretaría de Hacienda y Crédito Público.
SOFOL	Sociedades Financieras de Objeto Limitado.

INTRODUCCION

En nuestro sistema de derecho y en especial en materia mercantil, se han venido regulando y adaptando figuras que se importaron de otros sistemas jurídicos, como es el caso del fideicomiso, entre otros, lo que ha derivado en realizar diversas adecuaciones a la legislación para que dichas figuras tengan plena ocupación y uso en nuestro país.

Por lo que toca al fideicomiso, la utilización en nuestro país de dicha figura ha sido amplia y en cierto tiempo se ha abusado de ella. Por ejemplo, en el gobierno del Lic. Luis Echeverría Alvarez se crearon una serie de fideicomisos para los fines más diversos.

El uso continuo del fideicomiso se debe a que su naturaleza permite que se cree para lograr objetivos o beneficios de cualquier índole, siempre que ésta sea lícita, y que no se caiga en complicaciones que se pudiesen dar al utilizar las figuras tradicionales.

Sin embargo, la flexibilidad y amplia utilización del fideicomiso se ve limitada con la obligación que impone la Ley General de Títulos y Operaciones de Crédito respecto a que solamente las instituciones financieras podrán manejar los fideicomisos, como es el caso de las instituciones de crédito, principalmente, las casas de bolsa, las afianzadoras, las aseguradoras, los almacenes de depósito y las sociedades financieras de objeto limitado.

Debido a lo anterior, la presente tesis constituye una propuesta, en principio, para que no sean solamente las instituciones financieras antes nombradas las únicas que puedan prestar el servicio fiduciario, sino que, por el contrario, se amplíe esta facultad a cualquier persona física o moral para que, estando en aptitud y actitud, pueda también ser fiduciaria y pueda manejar bienes o derechos ajenos para conseguir un fin lícito y que sea de beneficio para la persona que constituye el fideicomiso o para la persona que ésta última designe.

Para solidificar la propuesta antes señalada, el presente trabajo se estructura en cinco capítulos:

En el capítulo primero se establecen los antecedentes históricos desde la época Romana hasta la figura angloamericana denominada Trust, antecedente directo de nuestra figura de fideicomiso.

En el capítulo segundo se hace referencia al devenir histórico-jurídico que ha tenido el fideicomiso, desde que se importó de los Estados Unidos de Norteamérica a nuestro país, señalándose en consecuencia la gama de leyes que regulan actualmente a la figura de fideicomiso.

En el capítulo tercero se exponen las características que tiene el fideicomiso en México, tales como su clasificación, haciéndose mención respecto de la nueva figura del fideicomiso de garantía, los elementos tanto personales como reales que caracterizan a esta figura, así como la forma en que se puede extinguir el fideicomiso, también se hace mención de la figura poco tratada del Comité Técnico y de los fines del fideicomiso, que a nuestro modo de ver es lo que da la pauta para el propósito de esta tesis.

En el capítulo cuarto se señalan las características que tiene el fiduciario tanto en nuestro país como en otros, y se señalan las semejanzas y diferencia que existen entre éstos, plasmando al efecto la característica que hay en otros países respecto a la figura fiduciaria en cuanto a quienes pueden serlo.

Por último, en el capítulo quinto establecemos la idea de que la figura fiduciaria debe modificarse para que se permita a cualquier persona, ya sea física o moral, el que preste los servicios fiduciarios, proponiendo algunos puntos que deberán cumplir, así como también plasmamos la manera en que se debería de adecuar la legislación aplicable a los fideicomisos para poder estar en condiciones de hacer más ágil y utilizable la figura.

CAPITULO I

ANTECEDENTES HISTÓRICOS

Para hablar de la figura del fiduciario dentro del fideicomiso en México y las características especiales que tiene, como el hecho de ser una institución de crédito o alguna otra de las autorizadas expresamente para fungir como tal, y para poder estar en aptitud de proponer que se adecue nuestra legislación, y así establecer que dicho servicio pueda ser prestado tanto por personas físicas como morales con la suficiente probidad, o bien, con la suficiente confianza para llevar a cabo dicho encargo, hemos de iniciar este trabajo de tesis elaborando algunos antecedentes históricos que nos permitan apreciar la forma en que los usos y costumbres mercantiles para el tratamiento de este tipo de institución se ha venido desarrollando a lo largo del tiempo.

Dentro de la historia trataremos de encontrar, en principio, la naturaleza misma de la existencia del fiduciario, para poder desglosarla totalmente y que nuestra propuesta respecto de que este servicio del fiduciario pueda ser prestado por una persona física o moral, pueda tener una sustentación jurídica que permita su fundamentación.

I. 1.- ROMA

Desde la formación etimológica de la palabra fideicomiso, puede notarse una fidelidad o lealtad en el cargo o comisión que se encomienda a una cierta persona.

Así, la voz **FIDEICOMISO**, proviene etimológicamente de la composición de dos palabras o vocablos que son "**FIDES**", cuyo significado revela una fidelidad o lealtad; y la voz "**COMMISSIUM**", la cual refleja el

encargo o comisión confidencial que se le otorga a una persona para llevarla a cabo, así es como la integración de estas dos voces revelan el encargo de confianza de alguna situación en concreto.”¹

Derivado de lo anterior las circunstancias sobre las cuales se está asentando la idea del fideicomiso revelan invariablemente un compromiso de lealtad y de confianza respecto de las partes que se someten a este tipo de figura.

En la fiducia romana, en principio se llama fideicomitente al que constituye el fideicomiso, o en su caso, al autor de la herencia; al heredero o legatario gravado se le llama fiduciario; y aquel a quien se restituye el bien se le denomina fideicomisario.

Existían dos variantes del fideicomiso o fiducia romana; una era para el derecho sucesorio (acto post mortem) y la otra para los actos ínter vivos.

En el Derecho Romano en materia de sucesiones, esta institución era plenamente conocida y tenía su propia reglamentación; el autor Sabino Ventura Silva nos habla sobre el particular, diciendo lo siguiente: *“El fideicomiso era el acto de voluntad última, expresado bajo la forma de ruego, mediante la cual una persona, llamada fideicomitente encargaba a otra llamada fiduciaria, a transmitir su herencia, una cuota parte de ella, o bien determinado de la misma, a una tercera persona llamada fideicomisario.*

El fideicomiso tuvo gran importancia en el Derecho Romano; en efecto, cuando el testador quería favorecer con su herencia a una persona que carecía de capacidad para recibir bienes por legado o por institución

¹ Mateos, Agustín: “Etimologías Latinas del Español”, Editorial Esfinge, 21ª Edición, México, 1999, pag. 225.

hereditaria no le quedaba otro recurso más que rogar a la persona a quien se le tenía confianza, que podía ser el heredero o cualquier otra persona escogida por el de cuius, que encargase al incapaz su sucesión, una cuota parte de ella o un objeto determinado.”²

Por su parte, en los actos *inter vivos* el fideicomiso se divide en dos:

- **La Fiducia Cum Amico.**- Que consistía en el negocio fiduciario en virtud del cual el adquirente se obligaba a devolver la cosa, o en su caso, a transmitirla a un tercero.
- **La Fiducia Cum Creditore.**- En la cual se transmitían los bienes a fin de asegurar el pago de una deuda, y una vez cumplida ésta, el acreedor retransmitía el bien.

Con lo anterior, vamos a encontrar otra de las particularidades que el fideicomiso pretende ofrecer en su uso; nos referimos a la posibilidad del otorgamiento de una garantía de cumplimiento, a través de la cual se colocan bienes para realizar determinados fines específicos.

Sin embargo empezó a acontecer que el fiduciario incumplía con lo pactado y no transmitía o devolvía el bien a quien se le había encargado, esto es, abusaba de la confianza que se le había dado.

Al respecto el emperador Augusto creó un pretor especial, llamado “*praetor fideicommissarius*”, para ocuparse de los fideicomisos, surgiendo en consecuencia las llamadas “*actio fiduciae directas*” para el fideicomitente y

² Ventura Silva, Sabino: “Derecho Romano”, Editorial Porrúa, S.A., 11ª Edición, , México, 1992, pag. 351.

las "*actio fiduciae contraria*" para el fiduciario, a fin de que a este se le resarcieran los gastos efectuados por la ejecución del fideicomiso.

Así mismo se crearon reglas más estrictas para que una persona pudiera ser fideicomisaria en un fideicomiso, sobre todo en el derecho sucesorio, como por ejemplo para que los incapaces de heredar pudieran ser beneficiados por medio del fideicomiso, sin embargo siguió operando de manera frecuente en la práctica.

De igual manera, bajo el imperio de Adriano se prohibieron los fideicomisos a los peregrinos y a las personas inciertas y tiempo después también se extendió esta prohibición a los célibes y los "orbi".

Otro aspecto interesante que contiene la fiducia romana es la formalidad que se debía revestir al constituir un fideicomiso sucesorio, ya que debía ser por escrito, y en caso de que no existiera escrito alguno se exigía el testimonio de cinco personas para que se pudiera hacer válido el pacto, siendo Justiniano quien permitió al que reclamaba el fideicomiso hacer un juramento de que procedía de buena fe.

El fideicomiso no fue reglamentado en un principio, ya que no había una obligación civil, y el asunto se respaldaba solo en la conciencia y la buena fe del fiduciario, sin embargo fue preciso reglamentarlo cuando empezaron a surgir problemas entre las partes contratantes del fideicomiso.

Como consecuencia de esta reglamentación, las instituciones del legado y el fideicomiso se asimilaron, en virtud de que los objetivos de ambos eran semejantes.

A partir de la época clásica del Derecho Romano se aprecia una tendencia a fusionar las normas de los legados y el fideicomiso a través de un doble expediente, liberando al legado del tradicional rigor formal y sometiendo la validez del fideicomiso a la observancia de determinados requisitos; la fusión de ambos en una forma completa se vio ya en los tiempos de Justiniano.

Ahora bien, el autor Eugenio Petit al hablar de los fideicomisos nos comenta lo siguiente: *"Los fideicomisos particulares solo tienen por objetivo cosas consideradas a título particular, por ejemplo, los legados.*

*"La forma es la misma que los fideicomisos a títulos universales... Justiniano al fundir juntos los fideicomisos y los legados decide que las reglas más amplias aplicables a cada clase de liberalidad fuesen en lo sucesivo comunes a los dos. Por eso fue, especialmente, por lo que el fideicomisario, que sólo tenía un derecho de crédito, como el legatario por donación, tuviese siempre las tres acciones, una real, otra personal y una hipotecaria."*³

Hemos de hacer notar la forma en que las ideas sobre el encargo de confianza se consideraban dentro del contexto del Derecho Romano. Si observamos la semejanza con el legado, vemos que este último se ofrece a través de un encargo testamentario, dirigido especialmente a una persona sobre la cual se tiene confianza y que se tiene fe de que a futuro cumplirá fielmente el encargo, de tal forma, encontramos como se va desarrollando sistemáticamente el fideicomiso, subrayando las dos características que hasta este momento hemos detectado, como es la confiabilidad en el encargo y por otro lado, la garantía que ofrece este tipo de acto jurídico.

³ Petit, Eugenio: "Tratado Elemental de Derecho Romano", Editora Nacional, 3ª Edición, México, 1990, pags. 582-583.

I.2.- ALEMANIA.

En el momento en que sobreviene la gran caída del Imperio Romano, todas las compilaciones Justinianas y las codificaciones elaboradas por los romanos toman dos vertientes como son el derecho anglosajón y el latino, en esté último, la directriz de toda legislación romana, paso a Francia, luego a España y de ahí a nuestro país; en cuanto a la vertiente anglosajona, las codificaciones pasaron a los pueblos nórdicos, incluyéndose en estos a los alemanes.

El autor Rodolfo Batiza, en el momento en que nos ofrece algunas situaciones respecto del antecedente del fideicomiso en Alemania, nos dice lo siguiente: *“Un antecedente importante en Alemania es la figura llamada “TRUEHAND” o “SALMAN”, que significa “mano fiel”, en la legislación germánica se manejó esta figura que permitió que una persona transmitiera sus tierras a otra, para que ésta, a su vez, pudiera transmitirla a la persona que el primer transmitente le pedía dársela; varios juristas dicen que el “SALMAN” o “TRUEHAND” es una variación de la prenda inmobiliaria, ya que su uso se dio para que un deudor transmitiera a su acreedor la posesión de un inmueble con el fin de garantizar una obligación, y para esto le daba una carta con dichas especificaciones, y por su lado el acreedor le hacía entrega de otra carta en la cual se obligaba a devolverle tanto el inmueble como la carta obligación, al momento de liquidar su adeudo.”*⁴

De nueva cuenta la ideología alemana aprecia la finalidad del fideicomiso para ofrecer cierta garantía en el cumplimiento de una obligación.

⁴ Batiza, Rodolfo: "El Fideicomiso: Tratado y Práctica", Editorial Libros de México, 12ª Edición, México, 1993, pag. 30.

Por otro lado se denota claramente el encargo hacia una persona para afectar bienes a un determinado objetivo.

De tal forma, que estas circunstancias permitían, por un lado, garantizar los adeudos, y por otro, disponer de bienes que estarían destinados a ciertas circunstancias específicas.

El mismo autor, Batiza, agrega algunas circunstancias diciendo: *“Una figura también utilizada en Alemania fue la “manus fidelis”, la cual implicaba la transmisión de ciertos bienes por parte de su titular y por medio de una carta a otra persona, como si fuera una donación, pero esta persona al aceptar esa donación se obligaba a transmitir esos bienes a la persona que en verdad quería beneficiar el donante.*

Más, un dato interesante es que el donante se reserva el uso y goce de la cosa donada hasta el momento de su muerte, por lo que el donatario nunca tenía un verdadero derecho sobre el inmueble, sino sólo era el depositario del inmueble al momento del fallecimiento del dueño, y tiene él el deber de entregarlo de inmediato al verdadero beneficiario del inmueble.”⁵

Las variantes que va tomando la utilización del fideicomiso en el Derecho Alemán permanecen con la naturaleza propia del fideicomiso, al utilizar a una tercera persona, que actualmente conocemos como fiduciario, para lograr los objetivos que el fideicomitente requiere.

Dicho de otra forma, se establecieron diversos mecanismos a través de los cuales se daba un contrato mercantil de triangulación en el cual el último beneficiario iba a lograr esa utilidad o beneficio hasta en tanto pudiese

⁵ Batiza, Rodolfo. Op. Cit. pag. 31

cumplir ciertas condiciones, o bien, se liquidaran los adeudos correspondientes.

De acuerdo a lo anterior, se plasma otra de las características, independientemente de la **confiabilidad** y del acto de **garantía**, que es la de la **triangulación** en este tipo de contratos o actos.

I.3.- INGLATERRA Y LOS ESTADOS UNIDOS DE NORTEAMERICA

Definitivamente es en Inglaterra y en Los Estados Unidos de Norteamérica en donde se ha de llevar a cabo una mayor consolidación de esta institución.

El **"use"**, al que después se le dio el nombre de **"trust"** constituye el antecedente inmediato del Fideicomiso en México, ya que en ellos se inspiró el legislador mexicano para adecuarlo a nuestro sistema jurídico.

Se empezó a utilizar por parte del pueblo inglés el "use" para defenderse de las injusticias que surgían por las cargas feudales, esto a diferencia del "fideicommissum" romano que se dio para evadir ciertas reglas en las sucesiones testamentarias; el "use" o "trust" servía para situaciones mucho más flexibles, como es el caso de la emancipación de esclavos, llegando a existir ventas por parte de un Lord a una tercera persona por medio del "use" para emancipar al esclavo.

El "trust" inicialmente se dio por mero convenio verbal, en el cual el **"trustee" (fiduciario)** aceptaba del **"settlor" (fideicomitente)** los bienes en

custodia y permitía que el "*cestui que trust*" (*beneficiario*) tomara las utilidades, así como que el "*trustee*" se obligaba a transmitir la propiedad como se le indicara.

Resultando de lo anterior un beneficio por parte de los propietarios, ya que no tenían la obligación de pagar los impuestos respectivos, o de donar una parte de las tierras al señor feudal, o de participarle de los frutos obtenidos o de darle vasallos o esclavos bajo su propiedad para ir a las guerras, ya que las personas a las que les daba sus bienes en custodia, casi siempre eran vasallos suyos que no eran contemplados como sujetos de pago de los impuestos o demás cargas con respecto al inmueble y que tenían la plena confianza del propietario, como para darles en uso temporal su propiedad.

Otros que también resultaron beneficiados con el "trust" fueron los religiosos, ya que la Ley de Manos Muertas no permitía a los religiosos ni a sus organizaciones poseer tierras, y utilizando el "trust" podían tener el uso y disfrute como "cestui que trust" sobre los bienes que algunas personas les deseaban donar y al no poder hacerlo, constituían el "trust" y así eran poseedores aún cuando no eran dueños.

Algunos tratadistas dicen que quienes utilizaron en demasía el "trust" fueron los propios grupos religiosos, y afirman que en tiempos de Enrique V los "trust" fueron la regla más que la excepción, ya que con esta figura podían engrandecer sus terrenos.

En este momento se considera necesario hacer mención de las características tan especiales que guarda el derecho angloamericano, esto

es, la utilización de los dos tipos de derecho que enmarca, el derecho común (common law) y el derecho-equidad (equity).

El autor Oscar Rabasa al hablar respecto de estas características señala lo siguiente: *"Explicamos ya en los prolegómenos de este estudio que el término common law, en su significado lato, es el nombre que se da al derecho angloamericano en su "totalidad", para distinguirlo del sistema romano de derecho y de todos los demás sistemas jurídicos existentes en el mundo; por tanto; usada en este sentido, la denominación common law comprende a las dos grandes divisiones de: "ley" (law) y "derecho-equidad" (equity), de que se compone este sistema. Pero también precisamos que, en una de sus acepciones restringidas, common law es la designación que se da al cuerpo de derecho angloamericano creado y aplicado en Inglaterra y en los Estados Unidos por los tribunales de "derecho", es decir, de derecho estricto, para distinguirlo y separarlo de esa parte especial del mismo derecho angloamericano elaborada y aplicada por los tribunales de "equidad", o sea aquellos que se rigen por este tipo particular de jurisprudencia llamado derecho-equidad"*⁶

De acuerdo a lo anterior, en la actualidad el sistema jurídico angloamericano se distingue de cualquier otro, ya que al ir evolucionando el derecho común (common law) y al hacerse tan estricto, se buscó la manera de que algunas controversias que versaban más que en el derecho estricto en la conciencia o la justicia se resolvieran con el llamado derecho-equidad (equity), que es en si y conforme a la jurisprudencia angloamericana, en principio, un ideal ético de justicia, de igualdad, es decir, que la ley sea igual e imparcial para todos.

⁶ Rabasa, Oscar: "El Derecho Angloamericano", Editorial Porrúa, 2ª Edición, México, 1982, pags. 136 y 137.

Ahora bien, el derecho-equidad en su propio contexto evolucionó, llegando en la actualidad a ser un cuerpo de derecho de contenido técnico y jurídico análogo al derecho común.

Así pues, es en Inglaterra y los Estados Unidos de Norteamérica donde el fideicomiso llega a consolidarse. El autor Raúl Cervantes Ahumada en el momento en que nos indica estas circunstancias dice lo siguiente: *"En Inglaterra y los Estados Unidos de Norteamérica ha tenido un gran desarrollo y singular importancia la institución del fideicomiso "trust", en su aspecto jurídico el trust ha sido definido como una obligación de equidad, por la cual el "trustee" debe usar una propiedad sometida a su control, para el beneficio de personas llamadas "cestui que trust". Esta definición es en esencia adoptada por los tratadistas de habla inglesa. Esta relación fiduciaria o de equidad ha sido utilizada en Inglaterra y los Estados Unidos para los más diversos fines; y en los Estados Unidos su aplicación se ha incrementado en el último siglo, principalmente en la práctica bancaria. Se utiliza para formar fundaciones de caridad, para administrar bienes con una finalidad determinada, para evitar juicios sucesorios, para formar patrimonios que sirvan de garantía, a la creación de valores inmobiliarios, etc."*⁷

El trust realmente significa un negocio de confianza, derivado de la usanza mercantil, por medio de la cual se garantiza la transmisión de ciertos bienes con la anuencia o intervención del llamado "trustee", que es el fiduciario, una persona profesionalizada que tiene a su cargo las posibilidades financieras a través de las cuales queda reflejada la necesaria confiabilidad y solidez necesarias para responder de las cargas del trust; de esta forma, los bienes que se querían transmitir o que se requería fueran

⁷ Cervantes Ahumada, Raúl: "Títulos y Operaciones de Crédito", Editorial Herrero, 1ª Reimpresión de la 14ª Edición, México, 1992, pag. 293.

objeto de algún gravamen como consecuencia de una obligación diversa iban a quedar protegidos a través del trust.

Ahora bien, una vez constituido el trust, el trustee recibe el dominio legal de los bienes, mientras que el cestui que trust recibe el dominio equitativo, esto es, el fiduciario se convierte en propietario legal de los bienes del trust, y el fideicomisario recibe la calidad de propietario equitativo, quien goza y disfruta del patrimonio constituido a su favor, es decir, recibe los frutos y puede, en determinado momento, disponer de su propiedad en los términos previstos en la constitución del trust.

Por lo que respecta a Los Estados Unidos de Norteamérica, con el devenir histórico se incrementó la necesidad de una mayor expansión y utilización del trust, de hecho se inició la creación de compañías de trust, que fueron haciendo del trust una actividad casi exclusivamente empresarial.

Es por lo anterior, es decir, el carácter de uso mercantil que tiene el fideicomiso en los Estados Unidos de Norteamérica, que en nuestro derecho, al copiarse dicha figura, el fiduciario tiende a ser una institución de crédito o una organización auxiliar del crédito, lo que nos lleva a señalar que no se visualizó correctamente las discrepancias y diferencias entre ambas naciones, ni mucho menos de ambos sistemas jurídicos.

En los Estados Unidos el fideicomiso también es una figura que está sujeta a un acto jurídico celebrado con cierta formalidad.

Así, el sistema contractual pasó a perfeccionar la relación fiduciaria, obedeciendo reglas importantes a través de las cuales se va exigiendo que el

acto que se lleva a cabo tenga cierta formalidad, que debe ser revisada y contemplada por aquéllos que llevan a cabo este tipo de contratos.

Ahora bien, el autor Mario Ramón Beteta, considera la clasificación del fideicomiso de los Estados Unidos, sometida a cuatro reglas específicamente. Dicho autor dice: *"Según las obligaciones impuestas al fiduciario, el fideicomiso es activo cuando el fiduciario tiene obligaciones de hacer cosas concretas, o pasivo en el que el fiduciario no tiene obligaciones concretas, sino que su obligación se resume a ser el receptáculo del título legal."*

"Según sus fines, el fideicomiso puede ser privado o de beneficencia. Según su creación puede ser expreso, resultante de aquel en el cual la ley presume una intención fiduciaria o bien constructivo, como aquel cuya destitución es ordenada por un juez respecto de un bien que fue adquirido por vías lícitas."

*"Según el momento de su creación, el fideicomiso puede ser testamentario o bien, entre vivos."*⁸

Desde el punto de vista del Derecho Estadounidense la clasificación que hace el autor citado, nos parece relevante y concreta, ya que denota la naturaleza misma de la intencionalidad de las partes que intervienen en el fideicomiso y los fines que persiguen.

La formación del fideicomiso debe tener siempre presente la aceptación del fiduciario, para que éste pueda detentar el bien dado al fin

⁸ Beteta, Mario Ramón: "Las Instituciones Fiduciarias y el Fideicomiso en México", Fondo de Cultura Somex A.C., 3ª Edición, México, 1992, pags. 81-82.

determinado, y pueda realizar el fin del fideicomiso; por otro lado las partes del fideicomiso deben ser tres personas (Fideicomitente, Fiduciario y Fideicomisario).

En las reglas fiduciarias de los Estados Unidos se establece la posibilidad concreta de utilizar al fideicomiso como uno más de sus contratos típicos.

Este tipo de reglas se pueden encontrar en las siguientes normas:

- El Uniform Fiduciaries Act, de 1922.
- El Uniform Trust Act, de 1937.
- El Uniform Common Trust Fund Act, de 1938.
- El Uniform Trustees Power Act, de 1964.
- El Capítulo VII del Uniform Probate Code (Del Trust Administration), de 1969.

Definitivamente, las disposiciones legales en los Estados Unidos, respecto del fideicomiso son bastante extensas, toda vez que el sistema angloamericano se basa en el derecho consuetudinario.

Para finalizar se considera necesario apuntar que una diferencia existente entre el trust inglés y el norteamericano es que, en el primero el trustee, que solo podía ser una persona física, no era remunerado por su labor, mientras que en el otro se tenía derecho a recibir un honorario debido a que se trataba de un servicio expreso por parte de una empresa profesional.

De esa forma se empieza a encontrar una nueva característica del fideicomiso, el cual independientemente de que se trate de un contrato de confianza, de garantía y de triangulación, también funciona como una manera de conferirle diversos derechos y obligaciones tanto al fiduciario como al fideicomisario.

CAPITULO II

HISTORIA DEL FIDEICOMISO
EN MEXICO

En este capítulo vamos señalaremos la llegada de la figura del trust anglosajona a nuestro país, y la forma en que en México va a desarrollarse y solidificarse el fideicomiso.

II.1.- PROYECTO LIMANTOUR.

Según el autor Omar Olvera de Luna, la entrada del fideicomiso en México resultó de la siguiente forma: *“Muy a principios del siglo XX, ya se había utilizado en nuestro país una variedad del trust, de importancia reconocida en el desarrollo económico de los Estados Unidos, o sea, como instrumento de garantía en emisión de bonos destinados a financiar la construcción de los ferrocarriles.*

Nuestro Código Civil de 1884 y la Ley de Ferrocarriles de 1899, permitieron que el “trust deed” aunque otorgado en el extranjero, pudiera surtir efectos jurídicos en nuestro país.

Se consideraba que esta variedad del trust, descompuesta en diversos elementos correspondía a los contratos de préstamo, mandato e hipoteca.

Así, el antecedente inmediato del fideicomiso se encuentra en el trust angloamericano.

El término fideicomiso aparece por primera vez en México en el Proyecto Limantour, quien fue Secretario de Hacienda, que envió a la Cámara de Diputados del Congreso de la Unión una iniciativa que facultaba

al Ejecutivo para que expida la Ley por cuya virtud puedan constituirse en la República, instituciones comerciales encargadas de desempeñar las funciones de agentes fiduciarios.”⁹

Conforme a lo dicho por el autor citado, encontramos cómo la influencia de los Estados Unidos va a asentarse fuertemente en nuestro proceso económico nacional, ya que se permitía que los trust estadounidenses surtieran efectos en el país.

El Proyecto Limantour, del cual era autor el Lic. Jorge Vera Estañol, se turnó desde luego a las comisiones que debían estudiarla, pero nunca fue motivo de discusión.

Este proyecto nunca se hizo ley, pero tiene el mérito de constituir el primer intento legislativo en el mundo para adoptar el trust a un sistema jurídico tradicionalmente latino-romanista.

Con lo anterior, vamos a encontrar que el trust deed es una de las formas por la cual se empezaba a generar la evolución del fideicomiso en México, formándose una institución que mezcla los contratos de mutuo, hipoteca y el mandato.

Por su parte el proyecto Limantour pretendía facultar al Ejecutivo para que expidiera una ley por la cual se dieran las bases para constituir instituciones específicas que desempeñaran la función fideicomisaria.

Entre otros, los puntos importantes de este proyecto fueron:

⁹ Olvera de Luna, Omar: "Contratos Mercantiles", Editorial Porrúa, 3ª Edición, México, 1991, pag. 175.

- Que las compañías fideicomisarias sólo serían intermediarias de los fines que se establecieran y ejecutarían los actos necesarios en beneficio de las personas interesadas.
- Que se daba al fideicomiso la concepción de un "encargo" al agente, para que éste realizara los actos, operaciones y contratos con los bienes determinados en cumplimiento de las obligaciones creadas en beneficio de la persona designada por el "encargante".
- Que la relación fideicomisaria se podía originar por una declaración unilateral de la voluntad, por un contrato entre dos o más personas o por mandato judicial.
- Que se debían designar los bienes que serían transmitidos a la agencia, esto debido a que al hacerse la transmisión, el agente obtendría un derecho real sobre ellos.

Así pues, el Ejecutivo tendría la facultad de reformar varias disposiciones de carácter civil, mercantil y procedimental para asegurar que se cumpliera con las obligaciones creadas por el fideicomiso.

El Ejecutivo también debía expedir las reglas y requisitos que deberían de cumplir las agencias para constituirse como fideicomisarias y que estas fueran autorizadas por la Secretaría de Hacienda para poder comenzar su función.

II.2.- PROYECTO CREEL.

Otro de los antecedentes que se citan respecto de la evolución del fideicomiso en México, es el Proyecto Creel, mismo que como punto principal

proponía la reglamentación de cierto tipo de compañías, principalmente bancarias, para llevar a cabo el fomento del fideicomiso en México.

Observemos, además, la enorme influencia económica de los inversionistas estadounidenses, para tratar de impulsar la producción en nuestro país, con la inversión de sus capitales, o en su caso, con los bienes que en su momento los nacionales llegaran a otorgar al extranjero por su explotación.

El autor Rodolfo Batiza, al hablarnos de este proyecto, dice lo siguiente: *"Ya para el año de 1924, durante la Convención Bancaria que se llevó a cabo en el mes de febrero, Enrique C. Creel que estaba interesado en la figura del trust de los Estados Unidos de América, pretendió introducirlo a la legislación mexicana, con la creación de compañías bancarias de fideicomiso y ahorro, las cuales serían una copia fiel del Trust and Saving Banks de ese país, señalando que esas compañías tendrían las características de aceptar hipotecas, emitir acciones, actuar como albacea, administrador y síndico, hacer avalúos de bienes, expedir certificados de títulos de propiedad; por lo que en este proyecto Creel planteaba que esta compañías tendrían una amplia gama de operaciones heterogénea; el proyecto pecaba de heterogeneidad en cuanto a las funciones y actividades encomendadas a las compañías bancarias y de ahorro; además en este proyecto se autorizaba al Ejecutivo Federal a expedir las reglas a las cuales debían circunscribirse estas compañías bancarias y de ahorro"*¹⁰

Este proyecto, al igual que el de Limantour tampoco fue sancionado, pero sentó más bases para la ley que el siguiente año se promulgó.

¹⁰ Batiza, Rodolfo. Op Cit. pag. 103

II.3.- LEY GENERAL DE INSTITUCIONES DE CRÉDITO Y ESTABLECIMIENTOS BANCARIOS DE 1924.

La Ley General de Instituciones de Crédito y Establecimientos Bancarios de fecha 24 de diciembre de 1924 y que fue publicada en el Diario Oficial el día 16 de enero del año siguiente y que tuvo como base la Ley General de Instituciones de Crédito de 1897, la cual no manejaba todos los negocios bancarios añadió a éstos negocios los de depósito, de ahorro y de fideicomiso.

La ley incluyó al fideicomiso como una actividad del crédito, esto es, encuadró al fideicomiso como una operación mercantil y no como una operación civil, haciéndose tajante la distinción entre el trust anglosajón, que así lo manejaba, y el fideicomiso mexicano.

Es importante hacer notar que desde ese entonces se reservó a los bancos la intervención en este tipo de negocios.

Dentro del antecedente de la Ley Bancaria de 1924, también se encuentra el Proyecto Creel, de esto el autor Guillermo Colín Sánchez nos señala lo siguiente: *"A inicios del año 1925, comienza a regir la Ley General de Instituciones de Crédito y Establecimientos Bancarios, en la que se instituyen ya bancos de fideicomiso para la administración de capitales y representación común de tenedores de bonos hipotecarios. En términos generales, podría constituirse entre vivos y por testamento, para fines administrativos, afectación en garantía, o transmisión de bienes determinados, si estos fuesen inmuebles, el fideicomiso sobre ellos impuesto*

viene a constituir un gravamen real oponible a terceros, desde la fecha de su inscripción en el Registro Público de Propiedad.”¹¹

Esta ley sometía a los Bancos de Fideicomiso a un régimen de concesión estatal, y les fijaba un capital mínimo, tanto en el Distrito Federal, como en los Estados y Territorios, además dicha concesión tenía una vigencia de 30 años a partir de la fecha de la ley.

En razón de lo anterior, el trust angloamericano se introdujo en la legislación mexicana, a través de la Ley General de Instituciones de Crédito y Establecimientos Bancarios de diciembre de 1924.

II.4.- LEY DE BANCOS DE FIDEICOMISO DE 1926.

La Ley de Bancos de Fideicomiso, de fecha 30 de junio de 1926, publicada en el Diario Oficial de la Federación el día 17 de julio del mismo año, tomó como base la doctrina del jurista panameño Ricardo J. Alfaro, con el fin de regular los bancos de fideicomiso establecidos en la ley de 1924.

La exposición de motivos de esta ley aclaraba que el nombre de fideicomiso, no significa en manera alguna lo que por él se ha entendido, pues el nuevo fideicomiso es una institución distinta de las anteriores y muy en particular del fideicomiso del Derecho Romano.

¹¹ Colin Sánchez Guillermo: "Procedimiento Registral de la Propiedad.", Editorial Porrúa, 5ª Edición, México, 1992, pags. 246-247.

Los puntos que destacaba esta ley se referían al objeto y constitución de los bancos de fideicomiso, a sus operaciones, al departamento de ahorro y a las operaciones bancarias de depósito y descuento.

La ley en su artículo 6º definía al fideicomiso como un mandato irrevocable en virtud del cual se entregaban al banco, con el carácter de fiduciario, determinados bienes para que disponga de ellos, o de sus productos, según la voluntad del fideicomitente, a beneficio del fideicomisario.

Los bancos de fideicomiso tuvieron por objeto principal la realización de operaciones por cuenta ajena en favor de terceros, cuya ejecución se les confiaba a su honradez y buena fe; asimismo los bancos estaban sujetos a la concesión estatal, a tener un capital mínimo, admitir únicamente fideicomisos con fines lícitos, no aceptar fideicomisos secretos ni constituidos a título gratuito que llegasen a producir sus efectos a la muerte del fideicomitente en favor de personas incapaces de heredar.

Por otro lado, la ley señalaba que los bienes dados en fideicomiso se consideraban salidos del patrimonio del fideicomitente o gravados a favor del beneficiario, siendo estos bienes, por lo tanto inembargables.

La ley también establecía la separación del fiduciario en caso de que hiciera una mala administración de los bienes, y la forma de extinción de los fideicomisos.

Las operaciones que, de acuerdo a la ley en comento, podían realizar los bancos de fideicomiso eran, entre otras, la de intervenir en la ejecución de contratos a plazos y en la emisión de bonos de garantía hipotecaria; y en

virtud de su buena fe y honradez se les facultaba para celebrar operaciones ajenas, tales como la administración de bienes, la realización de cargos de albacea, de síndico, de interventor en concursos; hacer manifestaciones y pagos de impuestos por parte y a nombre de los causantes, y en general, desempeñar por cuenta ajena todas las comisiones que se le confirieran.

La ley también señalaba que los bancos de fideicomiso desempeñarían sus funciones por medio de personas apoderadas, así como que los bancos serían responsables de las gestiones de sus representantes; y por último disponía que el departamento fiduciario tendría un funcionamiento independiente y llevaría su contabilidad especial, sin perjuicio de recabar información junto con la de otros departamentos, en una contabilidad general.

El autor Carlos Arrocha Morton, al hablar de esta ley nos dice lo siguiente: *“La ley de 1926 de Bancos y Fideicomisos introdujo en México, rompiendo la tradición, la institución del fideicomiso. Evidentemente esta institución puede ser de una gran utilidad para la actividad económica del país, y está destinada probablemente a un gran desarrollo, pero desgraciadamente la ley de 1926, no precisó el carácter sustantivo de la institución y dejó, por tanto, gran vaguedad de conceptos en torno de ella. Para que pueda prosperar en nuestro medio se requiere en primer término una definición clara de su contenido y de sus efectos; siendo esta definición materia de la Ley General de Títulos y Operaciones de Crédito, y una regulación adecuada de las instituciones que actuaran como fiduciarias, que dará al fideicomiso concebido como una afectación patrimonial para un fin, cuyo logro se confía a las gestiones de un fiduciario, precisándose así la*

naturaleza y los efectos de este instituto, que la ley actualmente en rigor concibe obscuramente como un mandato irrevocable.”¹²

De lo anterior se desprende que el fideicomiso va a adquiriendo ya una posición dentro de los contratos mercantiles, y sirvió como base para las demás legislaciones que se fueron amoldando para dar pie en México a la estructuración del contrato de fideicomiso.

Sin embargo, esta ley tuvo muy poca vigencia, ya que el 29 de noviembre de ese mismo año se publicó la Ley General de Instituciones y Establecimientos Bancarios, abrogando a la ley en comento, sin embargo reprodujo íntegramente el articulado de ésta en cuanto a la materia que nos ocupa.

II.5.- LEY GENERAL DE TITULOS Y OPERACIONES DE CREDITO

Esta ley fue publicada el 27 de agosto de 1932 y tendió a corregir errores y lagunas de la ley de 1926.

El autor Miguel Acosta Romero, al hablar de la exposición de motivos de esta ley, señala lo siguiente: *“Aun cuando se nos ofrecen peligros evidentes a la importación de figuras jurídicas extrañas, la Ley General de Títulos y Operaciones de Crédito reglamenta el fideicomiso, porque ya desde 1926 la Ley General de Instituciones de Crédito los había aceptado, y porque su implantación sólida en México, en los límites de nuestra estructura jurídica general lo permite, significará de fijo un enriquecimiento del caudal de medios*

¹² Arrocha Morón, Carlos: “El Fideicomiso. Notas sobre América Latina” dentro de “Revista de Investigaciones Jurídicas.”, Escuela Libre de Derecho, Año 7, No. 6, México, 1992, pag. 25.

y formas de trabajo de nuestra economía. Corrigiendo los errores o lagunas más evidentes de la ley de 1926; la nueva ley conserva, en principio, el sistema ya establecido de admitir solamente el FIDEICOMISO EXPRESO, circunscribe a ciertas personas la capacidad para actuar como fiduciarias y establece las reglas indispensables para evitar los riesgos que, con la prohibición absoluta de instituciones similares al fideicomiso, ha tratado de eludir siempre la legislación mexicana. Los fines sociales que el fideicomiso IMPLICITO llena en países de organización jurídica diversa a la nuestra, pueden ser cumplidos aquí, con notorias ventajas, por el juego normal de instituciones jurídicas mejor construidas. En cambio, 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 complicación extraordinaria en la contratación.”¹³

De lo anterior, definitivamente podemos afirmar que el fideicomiso es una figura jurídica a través de la cual el trust norteamericano entró a nuestro país para favorecer, en un principio, la economía de esa nación.

II.6.- DIVERSAS DISPOSICIONES LEGALES SOBRE EL FIDEICOMISO.

Ley General de Instituciones de Crédito de 1932.

Siguiendo con el devenir histórico que se ha citado en la evolución de la legislación mexicana en materia de instituciones de crédito, fue el 22 de junio de **1932** cuando se publica la **Ley General de Instituciones de**

¹³ Acosta Romero, Miguel: "Teoría General del Derecho Administrativo", Editorial Porrúa, 11ª Edición, México, 1993, pag. 429.

Crédito, en cuya exposición de motivos se criticaron algunas lagunas en el contrato del fideicomiso.

Así, algunas situaciones tales como la validez del fideicomiso, lo relativo a que éste sea sobre fines lícitos y determinados, las personas que pueden ser nombradas fideicomisarios, las fideicomitentes, las instituciones que pueden fungir como fiduciarias, los bienes y derechos que pueden ser objeto del fideicomiso, las formalidades y en general las formas por las cuales se generan los derechos y obligaciones de estos contratos, fueron exigiendo una posibilidad concreta más fuerte en relación a su utilización y difusión.

Para apreciar en términos generales estas circunstancias, el autor Roberto Molina Pasquel nos dice lo siguiente: *"Después de algunos intentos, el fideicomiso fue introducido en el ordenamiento mexicano por la Ley de Instituciones de Crédito de 1924, que hizo referencia a él sin reglamentarlo, la ley sobre la misma materia de 1926, que lo reglamentó como un mandato irrevocable, en realidad y en su calidad de negocio típico, se distinguía de otros negocios, por su complejidad; el fideicomiso aparece debidamente regulado para 1932, en lo que fuera la Ley General de Títulos y Operaciones de Crédito. Luego, en la exposición de motivos de la Ley General de Instituciones de Crédito se hizo una grave crítica a las circunstancias bajo las cuales nació el fideicomiso en México. La vigencia y las posibilidades de utilización del fideicomiso, iban alcanzando y logrando una difusión en lo que era básicamente la práctica bancaria"*¹⁴

La naturaleza jurídica que del fideicomiso se formó, está inmersa al apoyo directo de la política bancaria; así, la legislación que aparece en 1932,

¹⁴ Molina Pasquel, Roberto: "Los Derechos del Fideicomiso", Editorial Herrero, S.A., 10ª Edición, México, 1996, pag. 12

considera al patrimonio fideicomitado como un patrimonio afectado a un determinado fin, siendo que el fiduciario va a constituirse como la entidad reconocida que genera la actitud de vigilancia, para que el contrato del fideicomiso se lleve a cabo bajo las circunstancias que el propio contrato provoca en relación a su naturaleza, pero no fue ocupado al grado y con la profundidad que los banqueros hubiesen querido.

Ley de Instituciones de Crédito y Organizaciones Auxiliares de 1941, Ley Reglamentaria del Servicio de Banca y Crédito de 1982, Ley Reglamentaria del Servicio de Banca y Crédito de 1985 y Ley de Instituciones de Crédito de 1990.

El maestro Fernando Serrano Migallón, en el momento que nos señala cuestiones del desarrollo histórico del fideicomiso señala: *"Para el año de 1941, el día 31 de mayo se publicó la Ley de Instituciones de Crédito y Organizaciones Auxiliares, de fecha 3 de mayo del mismo año, en sus artículos 44, 45 y 46 regulaba a las instituciones fiduciarias, estableciendo que las instituciones de crédito estaban autorizadas para realizar operaciones de fideicomiso a que se refiere la Ley de Títulos y Operaciones de Crédito, luego en 1956 se reforma dicha legislación, y se establece en la Ley de Instituciones de Crédito y Organizaciones Auxiliares, autorizando que el fideicomiso requeriría una legislación más adecuada para evitar que a través del mismo se sustrajeran recursos de la acción reguladora del Estado; para el año de 1982, con la nacionalización de la Banca, se va creando y se van aplicando otro tipo de legislaciones, como es la Ley Reglamentaria del Servicio de Banca y Crédito, la que estableció sanciones jurídico administrativas para ubicar al sistema bancario en el nuevo planteamiento del sistema gubernamental; luego en 1985, se va a generar un nuevo cambio,*

para que el 18 de julio de 1990, la Ley de Instituciones de Crédito abroga todo tipo de legislaciones de responsabilidades de los servidores público de Banca y crédito, razón por la cual se volvió a privatizar el servicios de Banca Múltiple, quedando el Estado relegado de la prestación de estos servicios.”¹⁵

Después de señalar el avance cronológico de las instituciones bancarias en el país, es necesario remarcar que con el uso de la figura del fideicomiso se fueron adicionando a diversas leyes y códigos características de debían de prevalecer para todo tipo de fideicomisos que se constituyeran, por lo que al observar el cuadro que abajo aparece, vemos como las diversas disposiciones legislativas sobre el fideicomiso tratan de llevar a cabo un marco jurídico a través del cual se fijan las bases para que éste quede debidamente regulado, aunque es complicado el manejar una figura tan especial en una variedad de leyes.

Legislación

- Ley General de Títulos y Operaciones de Crédito.
- Ley de Instituciones de Crédito.
- Ley del Banco de México.
- Reglamento del Banco de México.
- Ley Orgánica de Nacional Financiera S.N.C.
- Ley del Mercado de Valores
- Ley de Inversiones Extranjeras.
- Reglamento de la Ley de Inversiones Extranjeras.
- Ley de Asociaciones Religiosas y Culto Público.
- Ley Federal de Derechos de Autor.
- Código de Comercio.
- Código Civil para el Distrito Federal.
- Reglamento del Registro Público de la Propiedad en el Distrito Federal.
- Ley Federal de Protección al Consumidor.
- Ley Orgánica de la Administración Pública Federal.
- Ley de Entidades Paraestatales.
- Ley de Presupuesto, Contabilidad y Gasto Público.

¹⁵ Serrano Migallón, Fernando: "La Propiedad Industrial en México", Editorial Porrúa, 2ª Edición, México, 1995, pag. 91

- Ley General de Deuda Pública.
- Código Financiero para el Distrito Federal.
- Ley de Instituciones de Fianzas.
- Ley de Instituciones de Seguros.
- Código Fiscal de la Federación.
- Ley del Impuesto Sobre la Renta.

De acuerdo al cuadro anterior, encontramos como incluso las asociaciones religiosas y del culto público, la LFDA, el C.C. para el Distrito Federal, la LFPROFECO, la LOAPF y varias legislaciones más reglamentan y restringen el uso del fideicomiso, para el fin y efecto de que no queden fuera de la órbita del control del gobierno ciertas actividades, ya sea que estén reservadas para el Estado o que estén contenidas en una regulación especial que les impida la existencia, ya que de lo contrario, a través del fideicomiso algunos bienes pudiesen quedar en manos que la propia ley prohíbe, como es el caso de las asociaciones religiosas o de extranjeros, en sus respectivos supuestos.

CAPITULO III

CARACTERISTICAS DEL FIDEICOMISO
EN GENERAL

III.1.- EL FIDEICOMISO EN MÉXICO.

Como ya se señaló en el cuadro del capítulo anterior, la LGTyOC en su capítulo V regula la figura del fideicomiso, en virtud de esto, se entiende que la figura del fideicomiso en México forma parte de las operaciones de crédito, tal como lo son también el reporto, el depósito bancario, o de mercancías en los almacenes generales, las cartas de crédito, los créditos de habilitación o avío y los refaccionarios y la prenda mercantil, entre otros.

Por lo anterior, se considera al fideicomiso como una figura netamente mercantil, por lo que se rige principalmente para su constitución y operación en lo dispuesto en la ley antes señalada, aunque sin embargo, como ya también se señaló, existen diversas legislaciones que establecen algunos requisitos o limitaciones para la constitución de fideicomisos, esto es, que de acuerdo con la materia y fin del fideicomiso se debe observar las disposiciones respectivas, por lo que pudiese ser que aun cuando el fideicomiso es mercantil, se deban observar reglas de carácter civil, si el fideicomiso es sobre bienes inmuebles, por ejemplo, o de carácter administrativo en los casos de fideicomisos públicos.

Ahora bien, una vez determinado que el fideicomiso en México es una figura mercantil, que hasta la fecha mantiene tal carácter en virtud de su exportación de los Estados Unidos de Norteamérica, y que el legislador mexicano manifestó que debía tener las mismas características con las que manejan los trust en los Estados Unidos para que el gobierno tenga un control más estricto sobre estos actos, es necesario indicar cual es la naturaleza jurídica del mismo.

Al respecto existen diversas doctrinas, de las que destacan la del negocio fiduciario, la declaración unilateral de voluntad y el contrato.

El autor Jorge Alfredo Domínguez Martínez¹⁶ señala que el fideicomiso se constituye por una declaración unilateral de voluntad por parte del fideicomitente, y es ejecutado por medio de un negocio jurídico, mejor llamado contrato, con la fiduciaria.

Para este autor existen dos momentos clave en el fideicomiso, el primero es un acto unilateral, que es el momento de la constitución y después un contrato, segundo momento, por el cual pueda y deba ser ejecutada por el fiduciario la voluntad del fideicomitente.

Por otro lado, en relación a que el fideicomiso es un negocio jurídico, es necesario conceptuar a éste no solamente como una manifestación de voluntad en el sentido de realizar el acto, sino también en el sentido de que las consecuencias jurídicas son las deseadas, esto es, las cuales se quisieron crear.

Lo anterior nos conduce a equiparar al negocio jurídico con el acto jurídico en sentido estricto, por lo que la doctrina del negocio jurídico lo único que hace es cambiar la palabra **acto** por la de **negocio**, sin que esto cambie en nada su concepción y sobre todo no cambia sus consecuencias, existiendo juristas que consideran al negocio jurídico y al acto jurídico en sentido estricto como sinónimos.

¹⁶ Domínguez Martínez, Jorge Alfredo: "El Fideicomiso ante la Teoría General del Acto Jurídico", Editorial Porrúa, 2ª Edición, México, 1975, pag. 188.

Por su parte el autor Jorge Barrera Graf¹⁷, junto con otros juristas a quienes cita, tales como José Manuel Villagordoa Lozano¹⁸ y Manuel Lizardi Albarrán en su tesis Ensayo sobre la Naturaleza Jurídica del Fideicomiso, entre otros, lo consideran un negocio fiduciario, conceptualizando al negocio fiduciario como el acuerdo de voluntades cuya finalidad es la transmisión de ciertos bienes o derechos a una persona, con la obligación adquirida por ésta última de destinar el objeto transmitido a una finalidad que el otorgante le haya señalado, esto es, la fiducia de confianza manejada en el derecho romano.

Por su parte el autor Mario Bauche Garcíadiego¹⁹, citando al jurista Octavio A. Hernández señala que el negocio fiduciario está integrado por un negocio jurídico que fue manifestado públicamente y válido ante terceros, y otro negocio jurídico, que puede ser lícito o ilícito, y que responde a la verdadera finalidad perseguida por las partes, válido sólo entre ellas, sin que los terceros se enteren de cual es la verdadera finalidad para la que se creó el negocio.

El autor Raúl Cervantes Ahumada²⁰ es contrario a la utilización de la figura del llamado negocio fiduciario, para evidenciar la naturaleza jurídica del fideicomiso en México, ya que para él existen dos motivos teóricos:

a) el negocio fiduciario es atípico en el derecho positivo mexicano y el fideicomiso es típico;

¹⁷ Barrera Graf, Jorge. "Temas de Derecho Mercantil", Instituto de Investigaciones Jurídicas, 1ª Edición, México, 1983, pag. 107.

¹⁸ Villagordoa Lozano, José Manuel: "Doctrina General del Fideicomiso", Editorial Porrúa, 12ª Edición, México, 1999, pag. 97

¹⁹ Bauche Garcíadiego, Mario: "Operaciones Bancarias", Editorial Porrúa, 5ª Edición, México, 1985, pag. 348

²⁰ Cervantes Ahumada, Raúl. Op. Cit. pag. 290

b) el negocio fiduciario versa sobre bienes reales, que son dados para un fin aparente, pero que oculta un negocio diverso, mientras que el fideicomiso es un negocio cuyo fin es establecido en el acto constitutivo y no es secreto.

De lo anterior, el mismo autor señala que la naturaleza del fideicomiso es una declaración unilateral de voluntad, ya que puede ser constituido por acto entre vivos o por testamento, y que aún cuando puede el fideicomiso constar en un contrato, no será el acuerdo de voluntades lo que constituye el fideicomiso, sino lo constituye únicamente la voluntad expresa del fideicomitente.

El autor Rodolfo Batiza ²¹ menciona que la naturaleza jurídica del fideicomiso no es la de los negocios fiduciarios, ya que el fideicomiso es un acto jurídico reglamentado por el derecho positivo, existiendo en él un vínculo único con validez y eficacia idénticas entre las partes y frente a terceros y que el negocio fiduciario tiene dos elementos contradictorios entre sí, como lo son, por un lado el efecto exteriorizado, es decir, el fin exterior que se manifiesta, y por otro el fin interno y obligatorio sólo entre y para las partes.

El mismo autor señala que no es una declaración unilateral de voluntad, por ser ésta pretendida naturaleza jurídica carente de bases jurídicas, ya que dicha declaración no pasa de ser una simple oferta o policitud, que puede tener carácter de irrevocable, con lo cual no se altera la forma radical de los principios de derecho común en la materia.

²¹ Batiza, Rodolfo. Op. Cit. pag. 131.

Por el contrario, existe otra vertiente, en la que se ubica al autor Rodolfo Batiza, que agrupa al fideicomiso en la naturaleza jurídica del contrato, entre los participantes de ésta se encuentran, además de Rodolfo Batiza, los juristas Carlos Felipe Dávalos Mejía²² y Miguel Acosta Romero y Pablo Roberto Almazán Alanis²³.

Ahora bien, qué se debe entender por contrato; el C.C. para el Distrito Federal señala que convenio es el acuerdo de dos o más personas para crear, transferir, modificar o extinguir obligaciones; y que los convenios que producen o transfieren obligaciones y derechos toman el nombre de contratos, y que para que exista un contrato debe darse el consentimiento de las partes y que el objeto pueda ser materia del contrato.

Por lo tanto, si el fideicomiso es un acuerdo de voluntades entre las partes, esto es el fideicomitente y fiduciario, por lo menos, o es más, si al constituirse el fideicomiso no se designa fiduciario, entonces surtirá efectos el fideicomiso desde el momento en que se nombre a éste, ya sea por parte del fideicomisario o del Juez de Primera Instancia del lugar donde se ubiquen los bienes destinados al fideicomiso, ya que si no existe quién lleve a cabo los fines del fideicomiso se entiende que estaría en suspenso su ejecución.

Del estudio de las doctrinas antes expuestas, y observando que efectivamente con el fideicomiso se crean y transmiten obligaciones y derechos para cada una de las partes, lo que requiere para su existencia y validez el consentimiento, el objeto, la formalidad y la capacidad de los

²² Dávalos Mejía, Carlos Felipe: "Títulos y Contratos de Crédito, Quiebras, Tomo II, Derecho Bancario y Contrato de Crédito", Editorial Harla, 2ª Edición, México, 1992, pag. 405.

²³ Acosta Romero, Miguel y Almazán Alanis, Pablo Roberto: "Tratado Teórico y Práctico del Fideicomiso", Editorial Porrúa, 2ª Edición, México, 1997, pag. 87.

sujetos, se considera que es totalmente aplicable la naturaleza contractual al fideicomiso, esto es, el fideicomiso es un contrato en virtud del cual el fideicomitente transfiere a una institución fiduciaria la propiedad o titularidad de uno o más ciertos bienes o derechos, para ser destinados a un fin lícito y determinado y la institución fiduciaria se obliga a lograr ese fin, estipulando además ciertas cláusulas que determinen tiempos, formas, honorarios y procedimientos para conseguir el fin deseado a favor del fideicomisario, quien también pudiese adquirir ciertas obligaciones además de los derechos que tiene por ostentarse con tal carácter.

Es más, y como ejemplo práctico, es de utilización reiterada por los bancos el constituir los fideicomisos a través de un contrato, llamado exactamente así "Contrato de Fideicomiso", situación que se da incluso en los fideicomisos públicos, los cuales podrían estimarse como actos obligatorios de autoridad por provenir de leyes, decretos y acuerdos presidenciales o de la SHCP y con carácter de obligatoriedad para las instituciones fiduciarias, que son generalmente instituciones nacionales de crédito, por lo que se supondría una disposición unilateral, más sin embargo estos fideicomisos son también constituidos por un contrato entre el gobierno y la fiduciaria.

En cuanto a que el fideicomiso se puede constituir por testamento como lo mencionaba el artículo 387 de la LGTyOC, antes de las reformas publicadas el 13 de junio del 2003 en el Diario Oficial de la Federación, esto no quiere decir que por la mera declaración de voluntad por parte del testador se constituirá el fideicomiso, al respecto habríamos de hacer una distinción de lo que es un "Fideicomiso con fines testamentarios" y un "Testamento con fines Fiduciarios". En el primer caso, estaremos en presencia de un verdadero fideicomiso en el cual el fideicomitente contrata

con la institución fiduciaria y le transmite bienes o derechos para que ésta cumpla con un fin específico en beneficio de las personas que el primero designe, pero con la condición de que el fideicomiso sea ejecutado sólo después de la muerte del fideicomitente, a pesar de que es de uso bancario el llamar a estos como fideicomisos testamentarios, no congeniamos con ello ya que el fideicomiso mismo fue constituido por acto entre vivos con una condición suspensiva.

El otro caso, el de los testamentos con fines fiduciarios, se da en el momento en que el testador estipula en una de las cláusulas del testamento la obligación del albacea de constituir un fideicomiso con ciertos bienes de la masa hereditaria, por lo que será el albacea como representante de la sucesión el que contrate con la fiduciaria, además de que se debe tomar en cuenta que en ocasiones los bienes que se estipulan en un testamento no siempre son parte del haber hereditario al acontecer el fallecimiento del testador, esto en razón de que los haya enajenado, le hayan sido expropiados, etc., y como último comentario es menester decir que el fideicomiso no se constituyó por el testamento, sino que sólo se sentaron en el bases a las que se debía de manejar el fideicomiso qué como acto de voluntad deseo el testador que se creara, y a pesar de que el autor Domínguez Martínez ²⁴ señala que es en el momento de testar cuando por medio del una declaración unilateral de voluntad se constituye el fideicomiso, y que ese fue el espíritu del legislador, se nos hace mas lógico el pensar que se intentó plasmar la posibilidad que tenía el testador de establecerle al albacea la obligación de crear un fideicomiso para ciertos fines, los cuales sí se plasmaron en el testamento.

²⁴ Domínguez Martínez, Jorge Alfredo. Op. Cit. pag. 50.

De todo lo anterior se considera que, de acuerdo a lo plasmado por el autor Carlos Felipe Dávalos Mejía²⁵ de conformidad con las reformas que se han efectuado en la materia, la naturaleza jurídica del fideicomiso se debe comprender actualmente de la siguiente manera:

- Técnicamente como un **contrato**, porque para su perfeccionamiento debe presentar características coincidentes con el contrato civil.
- Como un **contrato mercantil**, en virtud de que así lo determina el segundo párrafo del artículo primero de la LGTyOC.
- Como un **contrato mercantil fiduciario**, pues se realiza una transmisión de buena fe al fiduciario para que este cumpla con los fines del mismo.
- Como un **contrato mercantil fiduciario** institucional, ya que para su perfeccionamiento legal es indispensable la participación de una institución fiduciaria, esto de conformidad con el artículo 381 de la LGTyOC, ya que de conformidad con las reformas que se han efectuado al respecto, también pueden ser fiduciarias las casas de bolsa, las afianzadoras, los almacenes de depósito, las aseguradoras y las sociedades de objeto limitado, como se verá más adelante.
- De lo anterior se puede concluir que el fideicomiso tiene la naturaleza de **un contrato mercantil, fiduciario y esencialmente financiero**, por el tipo y las características de la institución que puede de conformidad a la ley encargarse de los fideicomisos.

²⁵ Dávalos Mejía, Carlos Felipe. Op. Cit. pags. 405 y 406.

III.2.- CLASIFICACION DE LOS FIDEICOMISOS.

En términos generales el fideicomiso se clasifica en dos grandes rubros como son:

1.- El Fideicomiso Público.

2.- El Fideicomiso Privado, siendo necesario establecer que se ha conformado dentro de los fideicomisos privados una especie llamada Fideicomiso de Garantía.

Se considera necesario aludir a este tipo de fideicomisos por ser de reciente regulación y por tener características especiales que nos obligan a tratarlo en este punto.

Por otro lado, es necesario remarcar que lo que se busca con este trabajo es que se otorgue la posibilidad tanto a las personas físicas como morales de llevar a cabo el servicio fiduciario, esto es, que puedan ser aptos y facultados para fungir como fiduciarios; sin embargo, estamos conscientes que determinados fideicomisos tendrán que ser manejados por las instituciones que a la fecha están facultadas para hacerlo, por ejemplo, las instituciones de banca de desarrollo que administran los fideicomisos públicos de los que hablaremos más adelante.

Sin embargo, consideramos que en los fideicomisos privados sí pueden actuar como fiduciarios tanto las personas físicas como morales que cuenten con características y cualidades especiales.

Con base a lo anterior y de acuerdo a lo que hemos señalado respecto de que los fideicomisos se dividen en públicos y privados, en este trabajo se

trata de estudiar principalmente la figura del fideicomiso privado, ya que es en éste es en el que pudiesen verterse las ideas en las que se basa esta tesis, por lo que es necesario remarcar que cuando se hable en este estudio del fideicomiso nos referimos especial y esencialmente del fideicomiso privado, mientras que cuando se señale al fideicomiso público se hará de forma puntual y específica.

III.2.1.- EL FIDEICOMISO PUBLICO.

Los fideicomisos públicos son constituidos por el estado, el cual al ser una persona moral actúa a través de órganos de representación y administración, entre dichos órganos se encuentra el Poder Ejecutivo, por medio del cual el estado realiza su función administrativa.

Ahora bien, la administración pública, llevada a cabo por el ejecutivo se divide de acuerdo a la ley en centralizada y paraestatal; en la administración centralizada se ubica al Presidente de la República, las Secretarías de Estado, la Procuraduría General de la República, por su parte la administración pública paraestatal se conforma de los organismos descentralizados, las empresas de participación estatal, y los **Fideicomisos**.

De lo anterior, el fideicomiso público se establece por medio de un contrato celebrado entre el gobierno, ya sea federal, estatal o municipal, con el carácter de fideicomitente, a través de sus dependencias centrales o paraestatales, transmitiendo la titularidad de bienes del dominio público, o bien, del dominio privado de la federación, de las entidades federativas o los municipios, o bien afectando fondos públicos, con una institución fiduciaria para fomentar el desarrollo social que requiera la comunidad en general o un

sector de ésta, como uno de los fines primordiales de la administración pública.

El interés que se ha de perseguir en el fideicomiso público será el de impulsar los programas de desarrollo tendientes a un beneficio social, a diferencia de los intereses privados o particulares que se manejan en los fideicomisos privados.

Para el autor Jesús de la Fuente Rodríguez el fideicomiso público se define de la siguiente manera: *"Aquellas entidades constituidas por el Gobierno Federal, a través de la Secretaría de Hacienda y Crédito Público, que tienen como principal objetivo canalizar recursos crediticios a través de la banca de primer piso, con tasas de interés menores que las del mercado, a sectores considerados como prioritarios para el desarrollo económico del país."*²⁶

De lo anterior se considera que el Gobierno ha tomado la figura del fideicomiso como una opción para llevar a cabo ciertas tareas de la administración pública en sus tres niveles. Tomando las palabras del autor Gabino Fraga diremos:

"Los fideicomisos que se establezcan por la Secretaría de Hacienda y Crédito Público, como formando parte de la administración pública paraestatal, se han de regir por el Derecho Administrativo. No se cree fundada esta institución a la administración pública desde el momento en que los fideicomisos constituyen de acuerdo con la legislación mexicana, simples operaciones de crédito en las que sólo pueden intervenir como fiduciaras las

²⁶ De la Fuente Rodríguez, Jesús: "Derecho Financiero y Bursátil Mexicano", Editorial Porrúa, 1ª. Edición, México, 1999, pág. 432.

instituciones expresamente autorizadas para ello, y que en tal carácter son las que tienen la personalidad requerida para llevar adelante fideicomisos. Si por tanto, tales fideicomisos son simples medios para realizar atribuciones del poder público, difícilmente se pueden considerar como órganos de la administración.”²⁷

Por su parte los autores Miguel Acosta Romero y Pablo Roberto Almazán Alanís ²⁸ practican el siguiente concepto del fideicomiso público: *“El fideicomiso público es un contrato por medio del cual, el Gobierno Federal, los Gobiernos de los Estados o los Ayuntamientos, con el carácter de fideicomitente, a través de sus dependencias centrales o paraestatales, transmite la titularidad de bienes de dominio público (previo decreto de desincorporación), del dominio privado de la Federación, entidad federativa o municipales, o afecta fondos públicos, en una institución fiduciaria para realizar un fin lícito determinado, de interés público”*

Además la propia legislación orgánica en su artículo 47 establece lo siguiente: Los fideicomisos públicos a que se refiere el artículo 3º, fracción III, de esta ley, son aquellos que el gobierno federal o alguna de las demás entidades paraestatales constituyen con el propósito de auxiliar al Ejecutivo Federal en las atribuciones del Estado para impulsar las áreas prioritarias del desarrollo, que cuenten con una estructura orgánica análoga a las otras entidades y que tengan Comités Técnicos.

En los fideicomisos constituidos por el gobierno federal, la Secretaría de Hacienda y Crédito Público, fungirá como fideicomitente único de la Administración Pública Centralizada.

²⁷ Fraga, Gabino: “Derecho Administrativo”, Editorial Porrúa, 33ª Edición, México, 1994, pag. 205.

²⁸ Acosta Romero, Miguel y Almazán Alanís, Pablo Roberto. Op. Cit. pag. 107.

De lo anterior, y derivado de lo que la legislación considera, podemos decir que el fideicomiso público presenta básicamente tres elementos, los cuales son:

1. Los establece la Administración Pública, llámese municipal, estatal o federal.
2. Se organizan de manera análoga a los organismos descentralizados y empresas de participación estatal.
3. Su propósito es auxiliar a la administración pública, en áreas prioritarias de desarrollo.

III.2.2.- EL FIDEICOMISO PRIVADO.

Toda vez que como ya se señaló, la materia de este trabajo de tesis es precisamente la figura del fiduciario en los fideicomisos privados, y en ese sentido los capítulos subsecuentes tratan sobre ese tipo de fideicomiso, en este punto únicamente reproduciremos una subclasificación que la Comisión Nacional Bancaria emitió mediante su Circular 14421/75, esto con la finalidad de señalar una de las formas en que se clasifica el fideicomiso privado:

1. Fideicomisos de Garantía
 - a) Créditos
 - ✓ Valores de renta fijo o variable
 - ✓ Inmuebles
 - ✓ Efectivo
 - ✓ Otros
 - b) Depósitos

2. Fideicomisos de Administración

a) Créditos

- ✓ Valores de renta fija o variable
- ✓ Inmuebles
- ✓ Efectivo
- ✓ Otros

b) Testamentarias (en sucesiones)

c) Mandato

- ✓ Tesorería. Pago de Dividendos, modificaciones de capital, libros sociales, etc.
- ✓ De representación común. Emisión de obligaciones, de certificados de participación, etc.

d) Beneficencia o asistencia social

3. Fideicomisos de inversión

a) De crédito

- ✓ A instituciones de Crédito
- ✓ A actividades empresariales y empresas privadas

b) En valores

- ✓ En cuenta Corriente con el Banco de México
- ✓ De renta fija
- ✓ De renta variable

c) En inmuebles

- ✓ Toda clase de situaciones inmobiliarias
- ✓ De inversiones extranjeras

d) De beneficio (para empresas)

- ✓ Fondos de ahorro
- ✓ Planes de pensiones
- ✓ Planes de jubilación

e) Otros

- ✓ Sobre contrato de seguro
- ✓ Sindicatura de quiebra y suspensión de pagos
- ✓ En efectivo.

III.3.- ELEMENTOS PERSONALES.

Para el inicio de este punto, consideramos necesario que para denotar a estos elementos anotemos una definición de fideicomiso, para tal efecto, utilizaremos lo señalado por el autor Roberto Mantilla Molina, quien dice lo siguiente: *"El fideicomiso es un negocio jurídico mediante el cual una persona, el fideicomitente, encarga a otra, el fiduciario, ciertos bienes que destina a un fin lícito determinado, cuya realización encomienda al propio fiduciario, con el fin de que el fideicomitente redunde en beneficio de determinadas personas, tendrán éstas el carácter de fideicomisarias.*

*Esta institución inspirada en gran parte en el trust del derecho anglosajón ha sido introducida en el derecho mexicano, por las leyes mercantiles y su absoluta mercantilidad resulta atenta a lo dispuesto por la propia ley."*²⁹

De lo dicho por el autor citado, se ve como el contrato de fideicomiso es una operación de triangulación, esto es, que en dicho contrato van a intervenir básicamente tres elementos personales, como son: EL FIDEICOMITENTE; EL FIDUCIARIO y EL FIDEICOMISARIO.

²⁹ Mantilla Molina, Roberto: "Derecho Mercantil", Editorial Porrúa, 29ª Edición, México, 1993, pag. 60.

Respecto del **FIDEICOMITENTE**, el artículo 384 de la LGTyOC, cuando especifica sobre el particular establece lo siguiente:

"Solo pueden ser fideicomitentes las personas con capacidad para transmitir la propiedad o la titularidad de los bienes o derechos objeto del fideicomiso, según sea el caso, así como las autoridades judiciales o administrativas competentes para ello."

Asimismo, el autor Rafael De Pina Vara señala que el fideicomitente es *"la personas física o moral que constituye un fideicomiso, esto es, aquella que destina ciertos bienes o derechos a la realización de un fin lícito y determinado, y encarga dicha realización a una institución fiduciaria; solamente pueden ser fideicomitentes las personas físicas o morales que tengan la capacidad jurídica necesaria para hacer la afectación de bienes que el fideicomiso implica, y las autoridades judiciales o administrativas competentes, cuando se trate de bienes cuya guarda, conservación, administración, liquidación, reparto o enajenación corresponda a ellas o a las personas que las mismas designen."*³⁰

En razón de lo anterior, el contexto de la legislación empieza a vertir ya la calidad que deben contener las personas específicas en el contrato de fideicomiso, para que este pueda otorgarse legalmente, es decir, es la persona que transmite la propiedad o la titularidad de los bienes o derechos al fiduciario para el cumplimiento de un fin determinado, en beneficio del fideicomisario, resulta ser la persona que manifiesta su voluntad, así como la

³⁰ De Pina Vara, Rafael: "Elementos de Derecho Mercantil Mexicano", Editorial Porrúa, 25ª Edición, México, 1995, pag. 179.

que pone a disposición de la fiduciaria ciertos bienes de su propiedad o titularidad.

La calidad que exige la ley a este elemento personal del contrato de fideicomiso es que tenga capacidad para actuar, es decir, desde el punto de vista del derecho civil, que dentro de los atributos de la persona, ya sea física o moral, exista la capacidad, en este caso de ejercicio necesaria para transmitir la propiedad o la titularidad de los bienes o derechos que serán objeto del fideicomiso.

En relación a lo anterior se hace necesario citar las palabras del autor Rafael Rojina Villegas, quien al hablar de la capacidad señala lo siguiente:

"La capacidad es el atributo más importante de las personas. Todo sujeto de derecho, por serlo, debe tener capacidad jurídica, ésta puede ser total o parcial. Es la capacidad de goce el atributo esencial e imprescindible de toda persona, ya que la capacidad de ejercicio que se refiere a la persona física, puede faltar en ella, y sin embargo existir la personalidad.

*La capacidad de goce es la virtud para ser titular de derecho y obligaciones... La capacidad de ejercicio supone la capacidad jurídica en el sujeto para hacer valer directamente sus derechos, de celebrar en nombre propio sus actos jurídicos, de contraer y cumplir sus obligaciones y de ejercitar acciones conducentes ante tribunales."*³¹

Derivado de lo establecido por el autor citado, la calidad exigida por la legislación que debe tener el fideicomitente es que sea capaz jurídicamente

³¹ Rojina Villegas, Rafael: "Compendio de Derecho Civil", Editorial Porrúa, 23ª Edición, Tomo I, México, 1992, pags. 158 y 164

para transmitir la propiedad o la titularidad de los bienes o derechos que serán objeto del fideicomiso.

Respecto a lo anterior, con la finalidad de señalar los casos en que no existe capacidad, el artículo 450 del C.C. para el Distrito Federal establece las personas físicas que tienen incapacidad natural y legal, nombrando en principio a los menores de edad y a los mayores de edad disminuidos o perturbados en su inteligencia, aunque tengan intervalos lúcidos y aquellos que padezcan una afección originada por enfermedad o deficiencia persistente de carácter físico, psicológico o sensorial, o por adicción a sustancias tóxicas como el alcohol, los psicotrópicos o estupefacientes; siempre que debido a la limitación o alteración de la inteligencia que esto les provoque no puedan gobernarse y obligarse por si mismos, o manifestar su voluntad por algún medio.

Así pues, el elemento indispensable que la LGTyOC establece a los fideicomitentes, es una capacidad de ejercicio, esto es, debe ser el titular del ejercicio de sus derechos y que pueda disponer de dicho bien que ha de otorgarse al fin lícito y determinado, por tener el dominio o la titularidad del mismo.

Ahora, por lo que se refiere al **FIDEICOMISARIO**, la propia legislación en sus artículos 382 y 383, elabora no sólo una definición, sino las características y requisitos para la existencia de este elemento personal, dichos artículos dicen:

“ARTICULO 382.- Pueden ser fideicomisarios las personas que tengan la capacidad necesaria para recibir el provecho que el fideicomiso implica.

El fideicomisario podrá ser designado por el fideicomitente en el acto constitutivo del fideicomiso o en un acto posterior.

El fideicomiso será válido aunque se constituya sin señalar fideicomisario, siempre que su fin sea lícito y determinado, y conste la aceptación del encargo por parte del fiduciario.

Es nulo el fideicomiso que se constituya en favor del fiduciario, salvo lo dispuesto en el párrafo siguiente, y en las demás disposiciones legales aplicables.

La institución fiduciaria podrá ser fideicomisaria en los fideicomisos que tengan por fin servir como instrumentos de pago de obligaciones incumplidas, en el caso de créditos otorgados por la propia institución para la realización de actividades empresariales. En este supuesto, las partes deberán convenir los términos y condiciones para dirimir posibles conflictos de intereses.”

ARTICULO 383.- El fideicomitente puede designar varios fideicomisarios para que reciban simultánea o sucesivamente el provecho del fideicomiso, salvo el caso de la fracción II del artículo 394.

Cuando sean dos o más los fideicomisarios y deba consultarse su voluntad, en cuanto no esté previsto en la constitución del fideicomiso, las decisiones se tomarán a mayoría de votos computados por representaciones y no por personas. En caso de empate, decidirá el Juez de Primera Instancia del lugar del domicilio del fiduciario.”

De lo anterior, se tiene que la persona que ha de recibir los beneficios derivados del fideicomiso se denomina fideicomisario, el cual puede ser una persona física o moral, misma que deberá tener la capacidad jurídica necesaria para recibir el provecho que el fideicomiso implica.

Se puede señalar en el momento de la constitución del fideicomiso a uno o varios fideicomisarios, sin embargo, hay algunas circunstancias prohibidas en los fideicomisos, por ejemplo, la señalada en el artículo 394, fracción II, que señala que están prohibidos los fideicomisos en los cuales el beneficio se conceda a diversas personas sucesivamente y que deban substituirse por la muerte del anterior, salvo el caso de que la sustitución se realice a favor de personas que estén vivas o concebidas ya, al momento de la muerte del fideicomitente, así pues, en el caso de la figura del fideicomisario, éste debe ser cierto y determinado o determinable.

Ahora bien, para el caso de que se hayan designado varios fideicomisarios, debe de consultarse su voluntad en todo aquello que no está previsto en el contrato de fideicomiso, y las demás decisiones se deberán tomar por mayoría de votos, computados en relación a sus representaciones y no en relación a las personas.

En lo que se refiere a la tercera persona, esto es, a la **FIDUCIARIA**, la cual es en sí el punto principal que estamos comentando en este trabajo de tesis, en virtud de que la propuesta va en el sentido de que el servicio fiduciario pueda ser prestado indistintamente por personas físicas o morales en México, con lo que se podría darle una mayor facilidad y promoción a este tipo de contratos, que como hemos visto en su devenir histórico, ha sido de una cierta necesidad comercial y sucesoria.

Para poder elaborar algunas definiciones de la figura del fiduciario, tomaremos las palabras del autor Rodolfo Batiza, quien señala:

“En el derecho angloamericano, la cuestión de quién puede ser el trustee, implica una variedad de consideraciones, recordemos que para que una persona pueda serlo, debe tener capacidad para adquirir y poseer en propiedad los bienes sobre los cuales se constituye el trust, así como la competencia 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 decisión que impliquen conocimiento del mundo de los negocios, por otra parte el trustee debe estar domiciliado dentro de la jurisdicción del tribunal que supervisa la administración del trust.

Indicamos también que, en principio, el trustee era invariablemente una persona física o un grupo de personas y que 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.

La exposición de motivos de la Ley Bancaria de 1932, indicaba que siguiendo en ello el precedente establecido en la ley entonces vigente, la nueva solamente autorizaba la constitución de fideicomisos, cuando la fiduciaria era una institución especialmente sujeta a la vigilancia del Estado. La exposición de motivos de la ley sustantiva en vigor, concretase a decir que circunscribe a ciertas personas la capacidad de actuar como fiduciarias. Esta limitación de nuestra ley es característica que tiene en común con las legislaciones de diversos países sudamericanos que han consagrado como

versión del trust las llamadas comisiones u operaciones de confianza; prescribe la ley sustantiva que sólo pueden ser fiduciarias las instituciones expresamente autorizadas para ello con forme a la Ley General de Instituciones de Crédito; en la ley de 1941 dispuso que para dedicarse al ejercicio de la Banca y crédito, se requería autorización del gobierno federal, que le competía otorgar discrecionalmente a la Secretaría de Hacienda y Crédito Público, oyendo la opinión de la Comisión Nacional Bancaria y del Banco de México. El decreto del 27 de noviembre de 1970, volvió a la terminología anterior de 1946, al disponer en su artículo 2º, que para dicho ejercicio se requería concesión e introdujo otras reformas. Las concesiones que se otorgan se referirían, entre otras, a las operaciones fiduciarias. Dichas concesiones podían otorgarse bien a sociedades con el objeto de practicarlas o sociedades que se propusieran practicar las operaciones relativas a la Banca de depósito o a las operaciones financieras, a las de crédito hipotecario y a las de capitalización; las concesiones eran por su propia naturaleza intransmisibles. Solamente podrían disfrutar de concesiones las sociedades constituidas en forma de Sociedades Anónimas de Capital Fijo o Variable, con arreglo a la Ley General de Sociedades Mercantiles.”³²

La característica de las instituciones o sociedades que conforman el sistema financiero mexicano está básicamente enfocada a dotarles la calidad de entidades confiables y seguras para llevar a cabo, entre otros, la administración, operación y manejo de los bienes y derechos del público usuario, en este caso, los destinados a un fideicomiso.

Ahora bien, tanto la LOAC, la LMV y otras, han sido modificadas para que las entidades que se regulan bajo ellas, puedan actuar como fiduciarias

³² Batiza, Rodolfo, Op. Cit. pag. 223.

en los negocios directamente vinculados a su propia actividad, de ahí, que se da una apertura a este tipo de contrato, situaciones que se comentarán en el curso de este trabajo.

Para finalizar este punto, consideramos oportuno enunciar las principales obligaciones y derechos que tiene cada uno de los elementos personales del fideicomiso, para lo cual tomamos lo establecido por el autor Humberto Ruíz Torres³³, lo cual aun cuando ya se efectuaron modificaciones a la ley, sirve para efectos doctrinales y objetivos:

DEL FIDEICOMITENTE

Derechos	Obligaciones
<ul style="list-style-type: none"> • Que se le reviertan los bienes al finalizar el fideicomiso. • Dar carácter revocable al fideicomiso. • Designar al fiduciario. • Designar a los fideicomisarios. • Reservarse determinados derechos. • Designar a los miembros del comité técnico. • Establecer derechos a su favor mediante la reserva que se haga de los mismos. 	<ul style="list-style-type: none"> • Transmitir la propiedad de los bienes o ceder los derechos respectivos. • Pagar al fiduciario los honorarios y comisiones que se pacten. • Fiscalmente, en caso de que el fideicomiso sea empresarial, debe responder como contribuyente del impuesto sobre la renta cuando los fideicomisarios sean indeterminados.

DEL FIDUCIARIO

Derechos	Obligaciones
<ul style="list-style-type: none"> • Ejercer la titularidad de los bienes y derechos afectos al fideicomiso. • Recibir del fideicomitente los honorarios y comisiones pactados. • Abstenerse de acatar resoluciones del comité técnico dictadas en exceso de facultades. • Excusarse o renunciar al cargo por causas graves. 	<ul style="list-style-type: none"> • Cumplir con los fines del fideicomiso conforme al acto constitutivo. • Actuar de buena fe "como buen padre de familia". • Mantener separado el patrimonio de cada fideicomiso. • Consultar a los fideicomisarios o al comité técnico, cuando así se prevea en el contrato. • Rendir cuentas de la gestión fiduciaria. • Cumplir con las obligaciones fiscales del fideicomiso. • Responder de los daños y perjuicios que resienta el patrimonio fideicomitado, cuando ello sea su culpa (es la llamada responsabilidad fiduciaria).

³³ Ruíz Torres, Humberto: "Elementos de Derecho Bancario", Editorial McGraw-Hill, 1ª. Edición, México, 1997, pags. 32 y sigs.

DEL FIDEICOMISARIO

Derechos	Obligaciones
<ul style="list-style-type: none"> • Recibir los beneficios del fideicomiso. • Los que se le asignen en el contrato respectivo. • Exigir el cumplimiento al fiduciario. • Atacar la validez de los actos realizados en su perjuicio. • Reivindicar los bienes que a consecuencia de esos actos hayan salido del patrimonio del fideicomiso. • Designar al fiduciario cuando no lo designe el fideicomitente*. • Exigir cuentas a la institución fiduciaria. <p>* Este aspecto ha sido eliminado por las reformas a la LGTyOC del 13 de junio del 2003.</p>	<ul style="list-style-type: none"> • Las que se establezcan en el contrato o acto constitutivo, como pueden ser la conservación de muebles o inmuebles. • Si los fideicomisarios están determinados, ellos serán los contribuyentes del impuesto sobre la renta.

III.4.- ELEMENTOS REALES.

Dentro de los elementos de existencia del contrato de fideicomiso, como lo es la voluntad, el objeto y la posibilidad material de realizarse el mismo, vamos a encontrar al elemento real que lo caracteriza.

En términos generales el objeto del fideicomiso debe cumplir con los ordenamientos comunes para la existencia de los bienes destinados a cierto fin. Al respecto el artículo 386 de la LGTyOC señala:

“Pueden ser objeto del fideicomiso toda clase de bienes y derechos, salvo aquellos que, conforme a la ley, sean estrictamente personales de su titular.

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

que al mencionado fin se refieran, salvo los que expresamente se reserve el fideicomitente, los que para él deriven del fideicomiso mismo o los adquiridos legalmente respecto de tales bienes, con anterioridad a la constitución del fideicomiso, por el fideicomisario o por terceros. La institución fiduciaria deberá registrar contablemente dichos bienes o derechos y mantenerlos en forma separada de sus activos de libre disponibilidad.”

De acuerdo al artículo antes transcrito, notamos que el objeto real del fideicomiso puede serlo todo tipo de bienes y derechos.

Ahora, dentro del concepto genérico de las cosas, vamos a encontrar la idea del BIEN, para poder explicar la situación de éstos en el contrato de fideicomiso.

El autor Antonio de Ibarrola señala lo siguiente: *“Jurídicamente dentro del genero “cosas” encontramos la especie “bienes”.*

*Las cosas se convierten en bienes, no cuando son útiles al hombre, sino cuando quedan apropiadas. El sol es una cosa indispensable a la vida, pero no es un bien porque no puede ser objeto de apropiación. Un campo si es un bien.”*³⁴

En principio, debemos de hacer notar que el contexto que el autor citado nos ofrece, revela en principio, que la cosa debe tener el dominio de su titular. Dicho de otra manera, desde el punto de vista contractual sobre la que hemos basado al fideicomiso, el fideicomitente necesariamente debe ser

³⁴ Ibarrola, Antonio de: “Cosas y Sucesiones”, Editorial Porrúa, 7ª Edición, México, 1991, pag. 75

el titular del bien y tener el dominio necesario y suficiente para afectarlo en fideicomiso.

Por lo tanto los bienes y los derechos deben guardar una íntima relación con su titular. Esa relación es el dominio que la persona debe tener para poder disponer de los bienes para afectarlos a un determinado fin, dándoselos para tal situación al fiduciario.

De lo anterior, el objeto de un contrato cuando recae en un bien debe existir en la naturaleza.

La ley requiere que los bienes, para considerarse como tales, deben de cumplir con ciertos requisitos, tal como lo señala el artículo 1825 del C.C. para el Distrito Federal, y que consisten en:

- 1.- Existir en la naturaleza;
- 2.- Ser determinados o determinables; y
- 3.- Estar en el comercio.

Por otro lado, y distinguiendo el objeto (material) del fideicomiso con el motivo o fin del mismo, el segundo debe ser posible y ser lícito, mientras que el objeto debe existir en la naturaleza, como ya se señaló.

Los derechos que establece la legislación como aptos para ser objeto de contrato, en este caso del fideicomiso, son los derechos reales y los derechos personales; los primeros son aquellos que detentan un poder jurídico que se puede ejercer sobre los bienes, ya sean muebles o inmuebles, para obtener de ellos un provecho o beneficio, mientras que los derechos personales, también denominados derechos de crédito, y que siempre serán muebles, son los que se contraen a la necesidad jurídica que

tiene una persona llamada deudor de cumplir con ciertas prestaciones de carácter patrimonial o moral, para con otra persona denominada acreedor, mismo que tiene la facultad de exigir dichas prestaciones.

En relación con los derechos reales existen diversas clasificaciones; con el fin de dejar más claro este tema enunciaremos la clasificación que hace el jurista Lodovico Barassi, el cual señala que existen tres tipos de derechos reales, los cuales son:

1. Los derechos reales de señorío ilimitado, en este caso lo es la Propiedad, salvo en los casos que la ley señale limitaciones a este derecho (Vg. el caso de causar algún daño en propiedad ajena).
2. Los derechos reales de señorío limitado, en este caso lo son el uso, el usufructo, la servidumbre y la habitación.
3. Los derechos reales accesorios o de garantía, como lo son la prenda y la hipoteca.

Así pues, la naturaleza del bien o del derecho que fija el artículo 386 de la LGTyOC está inmersa a la posibilidad de que ese bien o derecho sea oponible a la universalidad de personas y que puedan afectarse con base a la disponibilidad y dominio que se tiene respecto de ellos.

En los fideicomisos los bienes o derechos deberán ser transmitidos a una institución fiduciaria para lograr un determinado fin, por lo que no podrán ejercitarse otro tipo de acciones sobre dichos bienes o derechos, salvo las que el propio fideicomitente se haya reservado, así como tampoco los terceros podrán afectar ese patrimonio constituido para un fin distinto al que

tiene el fideicomiso, salvo que se trate de fideicomisos de garantía sobre bienes muebles en los que las partes podrán convenir que los fideicomitentes pueden hacer uso de los bienes, combinarlos o emplearlos en la fabricación de nuevos bienes, utilizar los frutos y productos de los bienes fideicomitados y hasta en su momento instruir al fiduciario para llevar a cabo la enajenación de los bienes, siempre y cuando la misma sea acorde al curso normal de las actividades del fideicomitente (Art. 398 de la LGTyOC).

Ahora bien, como ya se dijo, los bienes con los que se constituye el fideicomiso pasan a formar un **patrimonio autónomo**, por lo que haremos un breve estudio del mismo.

Se denomina Patrimonio a todo conjunto de derecho y obligaciones apreciables pecuniariamente que pertenecen a una persona específica y que forman una unidad, es decir, el patrimonio se conforma de un activo y un pasivo, el activo es compuesto por los bienes y derechos apreciables en dinero, mientras el pasivo son las cargas y obligaciones también valorizadas pecuniariamente.

Tanto los bienes y derechos de carácter patrimonial son traducidos siempre a derechos reales, personales o mixtos.

Existen dos corrientes que intentan explicar la teoría del patrimonio, la primera es la denominada **Teoría Clásica**, también llamada Teoría del Patrimonio-Personalidad, la cual resumiremos de la siguiente manera:

- 1.- Solo las personas pueden tener un patrimonio, ya que solo ellas pueden ser susceptibles de tener derechos y obligaciones.

2.- Toda persona tiene necesariamente un patrimonio, esto es aún en el caso de que sea futuro el llegar a tener ese patrimonio.

3.- Cada persona no tiene más que un patrimonio, el patrimonio es indivisible, esto es, el patrimonio es una universalidad derechos y obligaciones, con relación a una persona determinada.

4.- El patrimonio es inseparable de la persona, ya que no puede existir una enajenación total del patrimonio, sino por muerte del sujeto, que es el caso de la herencia.

La otra es la Teoría del Patrimonio-Afectación o **Teoría Moderna**, en la cual se pretende no confundir, como lo hace la teoría clásica, al patrimonio con la personalidad.

Esta teoría define al patrimonio tomando en cuenta el destino que tengan determinados bienes, derechos y obligaciones, con relación a una finalidad jurídica, organizándose legalmente en forma autónoma, por lo tanto, siempre que exista un conjunto de bienes, derechos y obligaciones destinados a la consecución de un fin determinado, ya sea económico o jurídico, estaremos en presencia de un patrimonio autónomo, tal sería el caso del patrimonio de familia, el del ausente, etc.

En virtud de lo anterior, se desprende que una persona puede tener diversos patrimonios, ya que podrá de acuerdo a la ley afectar determinados bienes para lograr diversos fines.

El maestro Rojina Villegas ³⁵ afirma que en el derecho francés así como en el mexicano no es mantenida como pura la teoría clásica, aunque tampoco se acepta en su totalidad la teoría moderna, sino que sigue siendo

³⁵ Rojina Villegas, Rafael. Op. Cit. pag. 82.

eje tanto para el régimen de los bienes como para el de las sucesiones, el concepto clásico del patrimonio personalidad, pero con la modalidad de que no se admiten como principios absolutos la inalienabilidad ni la indivisibilidad del patrimonio.

De cualquier manera la teoría moderna ataca varias inexactitudes de la teoría clásica, como por ejemplo, el que en esta última se confunden las características del patrimonio con las de la personalidad y otro, a nuestro punto de vista más importante, el que pueda existir varias masas de bienes afectos a distintos fines, y se denomina a estas masas como patrimonios independientes aunque sean de una sola persona.

Un ejemplo muy mencionado por los juristas afines a la teoría moderna es el de la transmisión hereditaria de los bienes del de cujus, ya que existe la posibilidad de que el heredero tenga en un momento dado dos masas de bienes, derechos y obligaciones autónomas, y que pueden constituir dos patrimonios diferentes, esto es, uno que sería el personal del heredero, y otro que es el que recibe en herencia, ya que la aceptación de la herencia no constituye una confusión, en razón de que las herencias son aceptadas a beneficio de inventario, aunque no sea esto expresado, lo anterior de acuerdo al artículo 1678 del C.C. para el Distrito Federal, de tal manera que hasta que no se haga la liquidación de la herencia, el patrimonio personal del heredero no se confunde con el que hereda.

Existen en nuestro derecho varias instituciones jurídicas que plasman la idea de que puede haber varios patrimonios de una sola persona, por ejemplo, y citando nuevamente al maestro Rojina Villegas³⁶, el patrimonio de familia, el régimen de la sociedad conyugal, el patrimonio hereditario, el

³⁶ Rojina Villegas, Rafael. Op. Cit. pags. 84-87.

patrimonio del concursado o quebrado, y la misma LGTyOC en su capítulo referente al Fideicomiso maneja la teoría del patrimonio-afectación, tal como lo hace el artículo 381 cuando señala que en virtud del fideicomiso, el fideicomitente transmite la propiedad o titularidad de uno o mas bienes o derechos a una institución fiduciaria, para que los destine a un fin lícito y determinado.

Por el contrario, el licenciado Domínguez Martínez ³⁷ citando a De Ibarrola y haciendo una crítica a la teoría del patrimonio afectación dice que el patrimonio de una persona se puede dividir en varias masas independientes, sin que por esa razón existan varios patrimonios, situación que plantea la teoría del patrimonio-afectación, y que por lo tanto los bienes dados en fideicomiso no forman un patrimonio-afectación sino una masa de bienes que juntos conforman una universalidad jurídica, la cual a su vez forma parte del patrimonio de la persona.

Derivado de lo anterior, tenemos que la UNIVERSALIDAD JURIDICA es el conjunto de bienes, derechos y obligaciones apreciables en dinero, es decir, el patrimonio mismo es una universalidad jurídica, sin embargo, dentro de ésta existen las llamadas universalidades de hecho, las cuales son aquellas masas de bienes destinadas a un fin económico, esto es, constituyen un sector determinado dentro de la esfera patrimonial de la persona. La universalidad de hecho es autónoma por el fin económico de que se trate, pero el derecho reconoce esa autonomía cuando permite que con base en ella se configuren relaciones jurídicas.

³⁷ Domínguez Martínez, Jorge Alfredo. Op. Cit. pag. 200.

Así pues, considerando que los bienes dados en fideicomiso no conforman un patrimonio diferente del que tiene el fideicomitente, sino más bien una masa específica de bienes o derechos transmitidos al fiduciario con un fin determinado y lícito y que regresarán a la titularidad o dominio del fideicomitente o de sus herederos una vez sea extinguido el fideicomiso, si así se contempló, se deja claro que los bienes no salen del patrimonio del fideicomitente, sino hasta el momento en que la fiduciaria, en cumplimiento del fideicomiso, los transmite al beneficiario o a la persona que éste designe, siempre y cuando el fideicomiso sea con fines traslativos de dominio.

Con lo anterior, concluimos que los bienes o derechos afectos a un fideicomiso no conforman un patrimonio diferente al del fideicomitente, sino que, en forma sui generis, es una masa afecta a un fin determinado, es decir, a nuestra manera de ver se conjugan las dos doctrinas antes señaladas para dar paso a un tipo especial de patrimonio autónomo, que si bien pasa a ser su titular el fiduciario, también se establece en su conformación que deberá contabilizarse por separado del patrimonio de éste, con eso se vislumbra que los bienes afectados a un fideicomiso no son propiedad, con la libertad de disposición que por tal característica se tiene, del fiduciario.

Aclarado el punto, pasaremos a estudiar la forma en que esa masa de bienes pasa al fideicomiso y quién es su titular, ya que esto va ligado a la afectación antes señalada y a las posturas doctrinales respecto al manejo de la masa del fideicomiso.

Para hablar de la forma en que quedan los bienes fideicomitados, existen varias vertientes, como lo es el patrimonio sin titular, tesis que es del

agrado del jurista mexicano Landerreche Obregón³⁸, el cual señala que el fideicomiso constituye un patrimonio autónomo que no pertenece a ninguna de las personas que participan en el fideicomiso.

Otra tesis es la llamada del desdoblamiento del derecho de propiedad, con la que comulga Lizardi Albarrán en su Tesis Ensayo sobre la Naturaleza Jurídica del Fideicomiso, señalando que en el fideicomiso concurren sobre una misma cosa dos derechos reales, el primero del fiduciario, el cual no tiene un contenido económico, y el del fideicomisario el cual tiene un valor económico y un interés a proteger los bienes del fideicomiso, esto de acuerdo a la forma en que el derecho angloamericano plasma su idea del trust.

Por otro lado, se encuentra la tesis que menciona que es una simple afectación de bienes determinados, y otra tesis que manifiesta que es por una mera transmisión que hace el fideicomitente a la fiduciaria.

De la vertiente de la afectación es partícipe Lepaulle³⁹, quien señala que el fideicomiso es una afectación de bienes a un fin determinado; mientras que Villagordoa Lozano en su obra Doctrina General del Fideicomiso considera que es una transmisión plena, en el caso de bienes se transmite la propiedad o la titularidad, depende el caso; Cervantes Ahumada⁴⁰ menciona que lo que se hace es una transmisión de la titularidad del derecho al fiduciario; por su parte Rodríguez Rodríguez⁴¹ dice que la

³⁸ Landerrache Obregón, Juan: "Naturaleza del Fideicomiso en el Derecho Mexicano" dentro de la Revista Jus. Tomo X, No. 50, , México, 1942, pag. 18.

³⁹ Lepaulle, Pierre: "Tratado Teórico y Práctico de los Trust", Editorial Porrúa, 1ª Edición, México, 1975, pag. XXV.

⁴⁰ Cervantes Ahumada, Raúl. Op. Cit. pag. 290.

⁴¹ Rodríguez Rodríguez, Joaquín: "Curso de Derecho Mercantil. Tomo II", Editorial Porrúa, 17ª Edición, México, 1983, pag. 120.

transmisión es limitada al fin del fideicomiso, y que el fiduciario es dueño jurídico, pero no económico de los bienes; Domínguez Martínez ⁴² señala que la consecuencia patrimonial de la constitución del fideicomiso es la transmisión del derecho de disposición de los bienes, más no el derecho de propiedad, la cual conserva el fideicomitente en estado latente.

Tomando como base las anteriores aseveraciones, estamos en posibilidad de decir que aún cuando se mencione que la fiduciaria es la propietaria de los bienes fideicomitados, no es del todo cierta esta afirmación, sino que la fiduciaria solo es la titular de los derechos, acciones y obligaciones que recaen sobre los bienes del fideicomiso o sobre los propios fines del fideicomiso, ya que es posible que la masa de bienes transmitida al fiduciario esté constituida por bienes o derechos que no constituyen propiedad sobre ellos, sino solamente un derecho de disposición, como lo señala el maestro Domínguez Martínez.

Dávalos Mejía ⁴³, a su vez, señala que la transmisión de los bienes no se hace en los términos civiles, sino fiduciarios, esto es, que el interés de la transmisión no es ésta misma, sino la consecución de un fin, para lo cual el legislador pretendió quitar al fideicomitente la titularidad del bien y trasladarla al fiduciario para que este pueda llevar a cabo la finalidad del fideicomiso.

Por lo tanto los bienes son afectados o transmitidos a la fiduciaria no de manera plena y total, sino solamente con relación al derecho de disposición que se tiene sobre los bienes, sin descartar, claro, que dependiendo del fin del fideicomiso será la manera de la transmisión.

⁴² Domínguez Martínez, Jorge Alfredo. Op. Cit. pag. 203.

⁴³ Dávalos Mejía, Carlos Felipe. Op. Cit. pag. 421.

Así pues, en el momento en que se fideicomiten los bienes o derechos, se hace un desmembramiento del derecho real o personal de que se trate, esto es, lo que pasa a la titularidad de la fiduciaria no es la propiedad en sí, sino el derecho de disposición que se tiene sobre el bien, y esto es posible porque el fideicomitente propietario de la cosa tiene la facultad de disponer de ella como más le convenga, siempre y que con ello no se causen daños a terceros.

Con la transmisión de la disposición de los bienes a la fiduciaria, ésta se convierte en la titular de los mismo, y por lo tanto está facultada y obligada, a la vez, a ejecutar el fideicomiso por medio de los actos de disposición que sean necesarios para lograr el fin del fideicomiso.

Por otro lado, y como ya lo vimos en la enunciación de los derechos que tiene el fideicomitente, éste puede reservarse derechos con respecto a los bienes fideicomitados, por lo que aun cuando esta transmitiendo la titularidad de los bienes, no se desliga totalmente de ellos, sino que sigue teniendo injerencia en cuanto a la forma de manejar la fiduciaria dichos bienes.

Domínguez Martínez⁴⁴ menciona que si ciertamente la institución fiduciaria es la titular de los bienes fideicomitados, éstos continúan siendo propiedad del fideicomitente, con la salvedad de que por la constitución del fideicomiso dichos bienes quedan destinados a la realización de un fin lícito y determinado, que la propia ley protege al establecer que sólo podrán ejercitarse respecto a ellos los derechos y acciones que se refieren a ese fin; de ello se excluye la posibilidad que se realice cualquier acto jurídico cuyo

⁴⁴ Domínguez Martínez, Jorge Alfredo. Op. Cit. pag. 206.

objeto sean esos bienes y que tengan fines extraños a los dispuestos por el propio fideicomitente.

Ahora bien, las características del fideicomiso de garantía establecen nuevas visiones respecto de la disposición y ejercicio de los derechos o bienes afectos al fideicomiso, ya que el artículo 398 de la LGTyOC establece que en los fideicomisos de garantía sobre bienes muebles se puede convenir que los fideicomitentes pueden hacer uso de los bienes fideicomitados, combinarlos o emplearlos en la fabricación de otros bienes, siempre y cuando con ello no se disminuya el valor de los bienes y que los bienes producidos pasen a formar parte del fideicomiso; con lo anterior se establece mas fehacientemente la facultad del fiduciario de administrar los bienes fideicomitados pero también la posibilidad de que los fideicomitentes efectúen ciertos actos sobre los mismos, actos que al final de cuentas comprenden facultades de disposición sobre los bienes, aclarando que estas características privan para los fideicomisos de garantía sobre bienes muebles.

III.5.- EL COMITE TÉCNICO.

Otro elemento que tiene actividad en algunos fideicomisos es el Comité Técnico, el cual que no se encuentra de todo reglamentado en la legislación, sin embargo, no por esta razón su importancia es escasa en el fideicomiso.

Los autores Miguel Acosta Romero y Pablo Roberto Almazán Alanis, al hablar del comité técnico dicen lo siguiente: *"La ley es totalmente omisa y la jurisprudencia en nuestro país, hasta la fecha, no ha fijado los límites que*

podrían darse mediante interpretación jurisprudencial, a estas cuestiones, en consecuencia, es en los contratos de fideicomiso, que celebran las partes con las instituciones de crédito, en donde se establece el Comité Técnico, se dan las reglas de funcionamiento, se fijan sus facultades, su membresía, la posibilidad de establecer el nombramiento de miembros propietarios y suplentes, las entidades que nombrarán representante, se fijan las facultades para tomar decisiones, la forma de votación y la conveniencia de que en sus sesiones se levanten actas, las que deberán firmar los que en ellas intervienen, o en su caso, quien conforme al uso bancario y mercantil ocupe el cargo de Presidente o Secretario de dicho comité.”⁴⁵

El Comité Técnico, tiene facultades específicas de control y por lo mismo se convierte en el eje rector del fideicomiso, ya que la propia Ley de Instituciones de Crédito, en su artículo 80, último párrafo establece: *“En el acto constitutivo del fideicomiso o en sus reformas, se podrá prever la formación de un comité técnico, dar las reglas para su funcionamiento y fijar sus facultades. Cuando la institución de crédito obre ajustándose a los dictámenes o acuerdos de este comité, estará libre de toda responsabilidad.”*

Conforme a lo comentado por los autores citados así como por lo señalado en el último párrafo del artículo señalado, las circunstancias básicas sobre las que se fija el funcionamiento del comité técnico serán las que se le otorguen al crearlo, el cual se vincula a las partes del fideicomiso, y que toma acciones para regular la vida del mismo.

El Comité Técnico, cuando se instituye, tiende a ser un órgano de importancia en la vida del contrato de fideicomiso, ya que es el que organiza y controla las acciones del fiduciario, en virtud de que es este último quien

⁴⁵ Acosta Romero, Miguel y Almazán Alanís, Pablo Roberto. Op. Cit. pag. 140.

ejecuta directamente las acciones con respecto a los bienes fideicomitidos y tiende a perseguir la realización de los fines.

Así, el Comité Técnico llega a ser un órgano rector y vigilante de las acciones realizadas por el fiduciario, así como del patrimonio del fideicomiso; por su naturaleza se presupone que el Comité Técnico tiende a ser parcial, debido a que el fideicomitente, que es quien normalmente lo nombra tendrá sus propias inclinaciones y preferencias respecto a la vida que debe tener el fideicomiso, por lo que lo mas sano para éste, sería que el nombramiento del comité fuera hecho por todas las partes, y es más, tomando siempre el parecer de todos los que se relacionan en el contrato, con la finalidad de que las facultades que se le otorguen reflejen un verdadero beneficio para el fideicomiso.

Con lo anterior, se observa que el fiduciario deja de ser responsable si ejecuta los acuerdos que haya tomado el comité con respecto al fideicomiso, por lo que sólo sería un ejecutor de lo que le ordene el comité, sin embargo la fiduciaria, aun en ese caso, tiene la obligación de verificar si las órdenes dadas por el comité son las mas favorables para el fideicomiso, si dichas órdenes no son contrarias a la ley o que el comité no se este excediendo de sus facultades, ya que la fiduciaria no puede alegar desconocimiento o ignorancia, ya que es un perito en la materia de fideicomisos, dado que ese es el motivo de que sean las instituciones financieras las únicas que pueden llevar a cabo los fideicomisos.

Por todo lo anterior, y desde el punto de vista contractual, se observa como las necesidades del fideicomiso, con relación a la vigilancia recaen en un órgano, en este caso el comité técnico, que debe tener relación con todas las partes que integran los elementos subjetivos del fideicomiso.

III.6.- FINES DEL FIDEICOMISO.

Otro punto importante, dada la diversidad que se puede encontrar al respecto son los fines del fideicomiso, a través de los cuales se plantea la figura del fideicomiso, éstos deben por principio ser lícitos y determinados y ser constituidos para el beneficio de una persona llamada fideicomisario.

Los fines del fideicomiso deben ser lícitos en virtud de que el bienestar común nunca debe de ser roto y se busca que cualquier figura o institución jurídica se apegue totalmente a lo establecido por las leyes, ya que si se antepone el interés personal al interés común entonces no existiría un estado de derecho, por lo que es la figura del fiduciario quien debe cuidar que dicho equilibrio social sea salvaguardado en cada uno de los fideicomisos en los que participe.

La legislación no establece en ninguno de sus preceptos cuales serán los fines que podrán tener los fideicomisos, por lo que los fines que imponga el fideicomitente en el contrato son ilimitados y como única regla es que deben ser lícitos, esto es, no ir contra las leyes de orden público ni contra las buenas costumbres, además de que deben ser exactamente determinados los fines que se planea obtener con la ejecución del contrato; por lo que al no haber limitación alguna, más que las ya señaladas, el fideicomiso es una figura tan flexible que se puede acomodar a las necesidades diversas del fideicomitente, por lo que, en sí, el fideicomiso no tiene un fin propio, sino que es un medio para conseguir una finalidad.

Por ejemplo, el contrato de arrendamiento tiene como fin el que una persona posea un bien que no es suyo, por el que se pacta un precio de renta; mientras que en el fideicomiso no se realiza su constitución con la sola finalidad de transmitir la titularidad al fiduciario, sino que esa transmisión es el medio por el cual el fiduciario podrá ejercer las facultades que se le confirieron para poder conseguir el fin verdadero del contrato y en beneficio de alguien.

Dentro de los fines del fideicomiso el maestro Omar Olvera de Luna, señala lo siguiente: *"El fideicomiso puede clasificarse en: 1.- Fideicomiso de Inversión; 2.- Fideicomiso de Administración; 3.- Fideicomiso de Garantía.*

1.- El fideicomiso de inversión se entiende como el encargo hecho por el fideicomitente al fiduciario de conceder préstamos con un fondo constituido al efecto. Se celebran así dos o más contratos, en primer término el fideicomiso y después, en su ejecución el del o los mutuos.

2.- El fideicomiso de administración se conoce como aquel en que el fideicomitente entrega bienes al fiduciario para que se encargue de la celebración de contratos de arrendamiento, del cobro de las rentas, de la promoción de juicios de desahucio, de lanzamientos, del pago de diversos impuestos, todo ello en interés del beneficiario, como lo es el fideicomisario.

3.- El fideicomiso de garantía, variedad que fue la primera en practicarse en México, se utilizó inicialmente por las instituciones autorizadas para celebrar diversas clases de operaciones, a efecto de garantizar entre sí mismas los préstamos que concedía su departamento de crédito, procedimiento seguido durante varios años, hasta que fue prohibido por la ley; el fideicomiso de

garantía ha sustituido ventajosamente a la prenda y la hipoteca, haciéndose mas sencillo, flexible y seguro en el manejo del crédito.”⁴⁶

Lo señalado en el tercer punto antes enunciado es tan cierto que por eso se llevó a cabo la reforma de la LGTyOC con respecto a los fideicomisos de garantía.

En cuanto a los fines del fideicomiso público, estos son tan diversos e ilimitados como para el caso de los fideicomisos privados, pero en estos casos se deberá tender siempre a la consecución de un fin de utilidad pública, satisfaciendo necesidades colectivas o para la obtención de mejores rendimientos de los fondos del gobierno ya sea federal, estatal o municipal.

Para este caso, existe una clasificación de los fideicomisos públicos, elaborada por el maestro Miguel Acosta Romero⁴⁷, que es necesario mencionar, la cual es la siguiente:

1. Fideicomisos de Inversión.
2. Fideicomisos de administración, manejo y construcción de obras publicas.
3. Fideicomiso de prestación de servicios.
4. Fideicomisos para la producción de bienes para el mercado.

Además de los cuatro fines anteriores, se puede dar una infinita variedad de ellos, por ejemplo, fideicomisos que promuevan la regularización de propiedades inmuebles, fideicomisos de construcción de unidades habitacionales, escuelas, parques industriales, etcétera, esto es, según las

⁴⁶ Olvera de Luna, Omar. Op. Cit. Pags. 185 y 186.

⁴⁷ Acosta Romero, Miguel. Op. Cit., pag. 439.

necesidades que surjan en un sector específico de la población será la forma que se le de al fideicomiso para que cumpla con su cometido.

Es de hacerse notar que en relación directa a la finalidad que ha de perseguirse con la celebración de un contrato de fideicomiso, será necesariamente la clasificación que en determinado momento pueda tomar dicho fideicomiso.

III.7.- DURACION Y EXTINCION DEL FIDEICOMISO.

Conforme a lo que hemos dicho, la naturaleza jurídica de este tipo de contrato mercantil también presenta una característica en su duración y extinción.

Tratándose de la duración del fideicomiso, en el propio contrato se pueden plasmar dentro de las cláusulas que rigen al contrato de fideicomiso aquellas que establezcan la duración del fideicomiso, esto con relación al tiempo que haya estimado pertinente el fideicomitente para que se logre el fin del mismo.

Por otro lado es la LGTyOC la que, en determinado momento, establece la regla de duración para los fideicomisos.

Así, el artículo 392 de la ley en comento establece las causales de extinción del fideicomiso, a través de las cuales se pueden observar las características de la duración legal del fideicomiso, dicho artículo señala:

"ARTICULO 392.- *El fideicomiso se extingue:*

I.- Por la realización del fin para el cual fue constituido;

II.- Por hacerse éste imposible;

III.- Por hacerse imposible el cumplimiento de la condición suspensiva de que dependa o no haberse verificado dentro del término señalado al constituirse el fideicomiso o, en su defecto, dentro del plazo de veinte años siguientes a su constitución;

IV.- Por haberse cumplido la condición resolutoria a que haya quedado sujeto;

V.- Por convenio escrito entre fideicomitente, fiduciario y fideicomisario;

VI.- Por revocación hecha por el fideicomitente, cuando éste se haya reservado expresamente ese derecho al constituir el fideicomiso; y

VII.- En el caso del párrafo final del artículo 386."

Por su parte el último párrafo del artículo 385 de la misma ley establece: *"... En el fideicomiso podrán intervenir varias instituciones fiduciarias para que conjunta o sucesivamente desempeñen el cargo de fiduciario, estableciendo el orden y las condiciones en que hayan de sustituirse. Salvo lo que se prevea en el fideicomiso, cuando por renuncia o remoción la institución fiduciaria concluya el desempeño de su cargo, deberá designarse otra institución fiduciaria que la substituya. Si no fuere posible esta substitución, el fideicomiso se dará por **extinguido**."*

A su vez, el artículo 394, fracción III de la misma ley señala que: *"Quedan prohibidos:...III. Aquellos cuya duración sea mayor de cincuenta años, cuando se designe como beneficiario a una persona moral que no sea de derecho público o institución de beneficencia. Sin embargo pueden*

constituirse con duración mayor de cincuenta años cuando el fin del fideicomiso sea el mantenimiento de museos de carácter científico o artístico que no tengan fines de lucro."

Contemplemos como el espíritu de esta regla fue limitar la duración de los fideicomisos en los cuales el beneficiario sea una persona moral, a un plazo máximo de 50 años, lo que antes de la reforma de junio del 2003 era de 30 años.

De acuerdo al artículo señalado se puede entender que la limitación es impuesta solamente para el caso de que los beneficiarios sean personas morales, siempre y cuando dicha persona moral no sea de derecho público o instituciones de beneficencia, ya que entonces no cabría la limitación del plazo, pudiendo así el fideicomiso ser de una duración mayor a los 50 años.

Por su parte, en el supuesto de las personas físicas como beneficiarias, no existe ningún mandamiento expreso que limite la duración del fideicomiso en estos casos.

Con la finalidad de dejar más en claro la falta de reglamentación en la duración de los fideicomiso en los que el beneficiario sea una persona física, la fracción II del mismo artículo 394 menciona que: "*Quedan prohibidos:...II.- Aquellos en los cuales es el beneficio se conceda a diversas personas sucesivamente que deban substituirse por muerte de la anterior, salvo el caso de que la substitución se realice en favor de personas que estén vivas o concebidas ya, a la muerte del fideicomitente...*".

Por lo que en tales casos en que el beneficio se concede a diversas personas, sucesivamente, que deban sustituirse por muerte de la anterior,

siempre y cuando la sustitución se realice en favor de personas que estén vivas o concebidas ya a la muerte del fideicomitente, el fideicomiso puede durar durante las vidas de los beneficiarios sucesivos y la del último sobreviviente, en tal razón el fideicomiso puede así durar setenta, ochenta, o más años, dependiendo de la longevidad del último fideicomisario.

Existen casos en que la ley expresa la excepción a la regla; por ejemplo, la propia Ley de Instituciones de Crédito vigente estipula en su artículo 85 que: *“ Cuando se trate de operaciones de fideicomiso que constituya el Gobierno Federal o que el mismo para los efectos de este artículo, declare de interés público a través de la Secretaría de Hacienda y Crédito Público, no será aplicable el plazo que establece el artículo 359 (sic) de la Ley General de Títulos y Operaciones de crédito.”*

De lo anterior, se entiende extendido el plazo a los fideicomisos públicos federales, que sean declarados de interés público, pero por lógica de exclusión no entran en esta característica los fideicomisos públicos que hayan sido creados por entidades descentralizadas, por los gobiernos estatales o municipales o los propios de la federación que no se hayan considerado de interés público.

Por otro lado, tal como se plasmó en el cuadro elaborado en el capítulo anterior respecto a las legislaciones que versan sobre el fideicomiso, existe la Ley de Inversión Extranjera, la cual expresa en su artículo 13 que el plazo máximo de duración en los fideicomisos que tengan inversión extranjera en zonas restringidas, será de 50 años, mismo periodo que podrá prorrogarse a solicitud del interesado, siendo la Secretaría de Relaciones Exteriores la que tiene la facultad de otorgar el permiso de prórroga.

A este punto hay que hacer varios señalamientos; el primero es que, si bien del artículo 394 de la LGTyOC se entendía sin límite el fideicomiso en el que el beneficiario era una persona física, al existir inversión extranjera en el fideicomiso se limitará a 50 años el fideicomiso, aunque se puede prorrogar dicho plazo la cantidad de veces que lo solicite el interesado, ya que no existe un número determinado de prórrogas.

Con relación a la extinción del fideicomiso, éste deberá de terminar con la realización del fin para el que se constituyó, de tal naturaleza que si a través del fideicomiso se destinan bienes a un fin lícito y determinado, será entonces cuando haya sido realizado el fin determinado que el fideicomiso se extinguirá.

Sin embargo existen, de acuerdo al artículo 392 de la LGTyOC, otras formas de extinguir los fideicomisos.

Uno de esas formas es cuando el fin del fideicomiso a pesar de ser lícito fuera imposible de realizarse, lo que estaría contraviniendo uno de los elementos esenciales de los contratos en general, ya que de acuerdo a esto, todo contrato deberá ser posible y lícito, y en caso de que por cuestiones independientes y ajenos al fiduciario, al fideicomitente o al propio fideicomisario, el fin no se pudiera realizar, entonces el fideicomiso deberá extinguirse.

Por otra parte el mismo artículo 392 en su fracción III marca una duración de 20 años como plazo para el cumplimiento de las condiciones suspensivas, o bien, con relación a la verificación del tiempo señalado al constituirse el fideicomiso.

Esta característica es explicada por Miguel Acosta Romero y Pablo Roberto Almazán Alanis, quienes señalan: *"Cumplida la condición, se retrotrae al tiempo en que la obligación fue formada, salvo que por voluntad de las partes o por la naturaleza del acto, los efectos deban ser referidos a una fecha diferente; las condiciones imposibles de dar o de hacer, las prohibidas por la ley o que sean contra las buenas costumbres anulan la obligación que de ella depende. La condición de no hacer una cosa imposible se tiene por no puesta. Será nula la obligación condicional cuando el cumplimiento de la condición dependa de la exclusiva voluntad del deudor. Debiéndose tener por cumplida la condición cuando el obligado impidiese voluntariamente su cumplimiento..."*

*Puede ser que el cumplimiento de la condición no sea posible, pero que no se produzca dentro del término señalado en el contrato, en cuyo caso y en aras de no propiciar un congelamiento de bienes, se obligan a la extinción del contrato. En el caso de que no habiéndose señalado un plazo específico para que la condición se cumpliera, si este cumplimiento no se produce dentro de los 20 años siguientes al momento de constituirse el fideicomiso, este debe extinguirse"*⁴⁶

La trascendencia que se observa respecto a las circunstancias que se consideran dentro de la naturaleza del fideicomiso, en relación con su extinción y la duración del mismo, siempre estarán inmersas a la realización del mismo contrato, esto es, se identificarán con la posibilidad de que dicho contrato pueda realizarse.

ESTA TESIS NO SALE
DE LA BIBLIOTECA

⁴⁶ Acosta Romero, Miguel y Almazán Alanis, Pablo Roberto. Op. Cit. pags. 329 y 330.

Por otro lado, en caso de haberse cumplido la condición resolutoria a que haya quedado sujeto el contrato, también será una de las formas de extinguir el fideicomiso.

También en caso de que exista un convenio expreso entre fideicomitente, fiduciario y fideicomisario pueda llegar a extinguirse el fideicomiso, esto puede hacerse aun cuando el fin no haya sido cumplido.

Siendo el fideicomitente el creador del fideicomiso y el fideicomisario el beneficiario de éste, resulta lógico que el mismo pueda extinguirse si ambas partes manifiestan su voluntad ese sentido, tomando en cuenta claro está la voluntad de quien se encarga de realizar el fin del fideicomiso, esto es, del fiduciario.

Tratándose de fideicomisos en los que no se haya determinado a su inicio el fideicomisario, esto de conformidad con el artículo 382 de la LGTyOC, se van a regir estos tipos de fideicomisos de acuerdo al artículo 390 de la misma ley, el mismo que a la letra dice:

"ARTICULO 390.- El fideicomisario tendrá, además de los derechos que se le concedan por virtud del acto constitutivo del fideicomiso, el de exigir su cumplimiento a la institución fiduciaria; el de atacar la validez de los actos que ésta cometa en su perjuicio, de mala fe o en exceso de las facultades que por virtud del acto constitutivo o de la ley le corresponda, y cuando ello sea procedente, el de reivindicar los bienes que a consecuencia de esos actos hayan salido del patrimonio objeto del fideicomiso.

Cuando no exista fideicomisario determinado o cuando éste sea incapaz, los derechos a que se refiere el párrafo anterior corresponderán al que ejerza la patria potestad, al tutor o al Ministerio Público, según el caso.”

De lo anterior, tenemos como dichos fideicomisos para su extinción requieren también de un convenio expreso entre fideicomitente, fiduciario y fideicomisario, teniéndose que verificar quién representará al fideicomisario para tal efecto, pudiendo hacerlo los que ejerzan la patria potestad, el tutor el Ministerio Público.

En vía de lo anterior, todas y cada una de las situaciones que enmarcan la duración y extinción del contrato se relacionan básicamente con su funcionalidad, su operación y al hecho de que se lleve a cabo el fin del fideicomiso en los términos en que se pactó el mismo.

CAPITULO IV

CARACTERISTICAS DEL FIDUCIARIO EN
MEXICO Y EN OTROS PAISES

Con el fin de poder encontrar el fundamento de nuestra hipótesis, en el sentido de proponer una adecuación al contenido del artículo 385 de la LGTyOC, con relación a que no solamente las instituciones autorizadas para ello conforme a la ley puedan ser fiduciarias, sino que cualquier persona física o moral pueda serlo, con la finalidad de agilizar y flexibilizar el uso de esta figura y mejorar la funcionalidad de los bienes, para lograr que éstos sean más productivos, procederemos a estudiar la figura del fiduciario en la legislación mexicana y en algunos otros países, para poder señalar con mayor firmeza la posibilidad de dicha hipótesis y su implementación en la legislación mexicana.

IV.1.- CARACTERISTICAS DEL FIDUCIARIO EN MÉXICO.

Dice la primera parte del artículo 385 de la LGTyOC que: *“Sólo pueden ser instituciones fiduciarias las expresamente autorizadas para ello conforme a la ley.”*

De acuerdo a lo anterior, el legislador plantea que para que la figura del fiduciario pueda usarse en nuestro país, dependerá siempre de la existencia de una institución financiera autorizada para tal efecto, situación por la que consideramos que la figura fiduciaria está, en principio, monopolizada por las instituciones financieras.

Con este trabajo no se trata o intenta señalar si está mal o bien llevada la figura fiduciaria por las instituciones financieras, especialmente las instituciones de crédito en el país, sino solamente fijar algunos puntos que sustenten que las instituciones financieras no son, por regla general, la única

persona, ya sea física o moral, digna de confianza y viable para manejar los bienes o derechos que se destinan a ciertos fines y por ende se transmiten en fideicomiso al fiduciario.

Asimismo, es menester señalar que la libertad de trabajo esta siendo coartada con la exigencia de que solamente pueden ser fiduciarias las instituciones autorizadas para tal efecto por la ley - entendiendo que el artículo en comento no se circunscribe únicamente a la LGTyOC, sino a toda aquella ley que plantee ciertas características sobre el fideicomiso - excluyendo de dicha labor a las personas físicas o morales que en determinado momento pudiesen ser aptas para realizar la labor de una fiduciaria.

QUIÉNES PUEDEN SER FIDUCIARIOS.

El autor Guillermo Colín Sánchez al hablar sobre las personas que pueden ser fiduciarias dice lo siguiente: *“Sólo pueden ser fiduciarias las personas autorizadas expresamente para ello, conforme a la Ley de Instituciones de Crédito, está es una de las particularidades que sobre la materia tiene nuestro derecho, puesto que el fideicomiso desde su raíz etimológicamente se basa en la confianza depositada por el fideicomitente en el fiduciario. El legislador previendo que en múltiples ocasiones dicha confianza podía ser defraudada, ha dispuesto que sean instituciones autorizadas al efecto por el gobierno federal quienes se encarguen de ejecutar lo que por voluntad expresa del fideicomitente constituye la finalidad del fideicomiso.”*⁴⁹

⁴⁹ Colín Sánchez, Guillermo. Op. Cit. pag. 248.

La trascendencia jurídica que se revela desde el punto de vista de la legislación mexicana, es ofrecer una cierta restricción monopólica a la garantía individual de libertad de trabajo de las personas, ya que si alguna persona desea que se realice a través de un fideicomiso un fin lícito y determinado que con sus bienes y/o derechos, le es inhibido ese derecho, ya que deberá estar siempre sujeta invariablemente a la existencia de una institución de crédito, o de cualquiera otra institución autorizada para tal efecto, dadas las reformas que se han efectuado en la materia en los últimos tiempos, para que ésta pueda realizar lo que de acuerdo a su voluntad será materia y fin del fideicomiso.

Así pues, la práctica monopólica de la figura fiduciaria en México es privativa del sistema financiero mexicano.

Un punto importante relacionado con lo anterior, es que de acuerdo al artículo 46 de la Ley de Instituciones de Crédito se establecen las operaciones que pueden realizar los bancos, estando entre ellas, en la fracción XV, las operaciones de fideicomiso, sin embargo, existen otras operaciones que también pueden realizar las instituciones de crédito, como es el caso de ser albacea en una sucesión, operaciones que pueden ser practicadas igualmente por personas físicas, considerando igualmente que en caso de que alguna persona moral llegase a contar en su objeto con tal facultad, también podría ser albacea.

Entonces, si las instituciones bancarias tienen entre sus facultades el realizar operaciones que también pueden realizar personas distintas a éstas, no vemos la razón de peso que les prohíba a las personas físicas o morales en general el llevar a cabo operaciones de fideicomiso.

Por otro lado, de acuerdo a lo señalado en el inicio de este apartado consideramos que existe la limitante a la garantía individual de la libertad del trabajo con respecto a la prestación de servicios fiduciarios, ya que el artículo 5º de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos señala que:

“Artículo 5º. A ninguna persona podrá impedirse que se dedique a la profesión, industria, comercio o trabajo que le acomode, siendo lícitos.

El ejercicio de esta libertad sólo podrá vedarse por determinación judicial, cuando se ataquen los derechos de tercero, o por resolución gubernativa, dictada en los términos que marque la ley, cuando se ofendan los derechos de la sociedad...”

De acuerdo a lo anterior, consideramos que no debería existir restricción alguna para que cualquier persona pudiera realizar como trabajo la prestación de servicios fiduciarios, siempre y cuando éstos fueran lícitos y no ofendan los derechos de la sociedad, y si bien es cierto existe una ley especial como lo es la Ley General de Títulos y Operaciones de Crédito que señala que los fideicomisos sólo pueden ser llevados por las instituciones autorizadas para tal efecto, las cuales pueden ser los bancos, las casas de bolsa, las afianzadoras, las aseguradoras, los almacenes de depósito, podríamos señalar que no existe un impedimento cierto, claro y de fuerte razón para que se modifiquen las leyes respectivas para que cualquier persona, ya sea física o moral, que fuera apta y que contara con ciertos requisitos, pudiera llevar a cabo dichas operaciones.

Para reafirmar lo anterior y como ya se señaló, el artículo 46 de la Ley de Instituciones de Crédito faculta a los bancos para realizar diversas operaciones que de acuerdo a la legislación en general pueden ser realizadas también por personas físicas o morales, estando entre ellas, y por ser el ejemplo mas fiel de lo que aquí se señala, el caso de ser albacea en una sucesión, operación que puede ser practicada igualmente por personas físicas.

INSTITUCIONES DIFERENTES A LAS DE CREDITO QUE TAMBIÉN SON FIDUCIARIAS.

Dado que en materia de garantías existían ciertas deficiencias en la legislación mercantil, los legisladores se vieron en la necesidad de elaborar ciertas modificaciones a la ley para que las casas de bolsa, las afianzadoras, las aseguradoras, los almacenes de depósito y las sociedades de objeto limitado (SOFOL) pudieran realizar funciones de fiduciarios, ya que no existía una regulación para que manejaran fideicomisos, siendo que les era necesario ya que dan un mejor servicio a sus clientes en cuanto a perfeccionar y resguardar de mejor manera la garantía de obligaciones de sus clientes, dándoles una cierta confiabilidad, además de que por la materia que manejan se les considera aptos para manejar los bienes que se les dan en fideicomiso.

Dentro de la legislación mexicana encontramos algunas instituciones u organismos que tienen facultades para ejercer como fiduciarios, estos son, aparte de las instituciones de crédito, las afianzadoras, las SOFOLES, las aseguradoras, los almacenes de depósito y en últimas fechas las casas de bolsa, que si bien desde hace varios años pueden ser fiduciarias no se les

contemplaba como tales en el apartado de los fideicomisos de garantía de la LGTyOC, sino hasta con la reforma publicada el 13 de junio del 2003.

Las Casas de Bolsa.

De acuerdo con el autor Jesús de la Fuente Rodríguez, las casas de bolsa son: *"las sociedades anónimas de capital variable, inscritas en la Sección de Intermediarios del RNVI con autorización de la SHCP, para realizar en forma habitual operaciones de correturía, comisión o de intermediación entre el público ahorrador e inversionista y los emisores de valores, lo mismo del mercado de dinero que del mercado de capitales."*⁵⁰

Cabe señalar, como mero dato ya que no es tema de la tesis, que ahora el Registro Nacional de Valores e Intermediarios (RNVI) ha sido modificado, quedando únicamente como Registro Nacional de Valores , ya que la materia bursátil en ese aspecto a tenido variaciones.

Ahora bien, la justificación práctica que da el autor en cuestión de la existencia de estas sociedades se basa en dos puntos primordiales, el primero es que da una mayor optimización a la colocación de los títulos valor entre diversos oferentes y demandantes de los mismos; y la otra es que al ser una sociedad especializada en la evaluación de riesgos permite que el inversionista destine el dinero que se hubiera empleado en dicho análisis a la inversión misma.

Como simple antecedente señalaremos que antes de 1975 podían llevar a cabo las operaciones de compraventa de valores los llamados

⁵⁰ De la Fuente Rodríguez, Jesús: "Derecho Financiero y Bursátil Mexicano", Editorial Porrúa, 1ª Edición, México, 1999, pág. 491.

agentes de valores, los cuales eran personas físicas y que por ser socios de la bolsa podían realizar las labores de intermediación bursátil, y no fue sino hasta 1990 que al efectuarse las reformas a la Ley del Mercado de Valores, se requirió que los agentes de valores se agruparan y conformaran sociedades mercantiles, llamadas casas de bolsa, esto con la finalidad de dar un mejoramiento en los servicios y brindar mayor seguridad a los inversionistas.

Ahora bien, las casas de bolsa pueden realizar ciertas actividades permitidas por la ley que las rige, en este caso, la ya mencionada Ley del Mercado de Valores, la cual en su artículo 22 señala entre otras: 1) actuar como intermediarios en el mercado de valores; 2) recibir fondos por concepto de operaciones con valores que se les encomienden; 3) prestar la asesoría en materia de valores; 4) recibir préstamos o créditos de instituciones de crédito o de organismos de apoyo; 5) conceder préstamos o créditos para la adquisición de valores, con garantía de estos; 6) celebrar reportos y préstamos sobre valores; 7) actuar como fiduciaria en actividades que les sean propias; 8) celebrar operaciones por cuenta propia; 9) llevar acabo la guarda y administración de valores; 10) actuar como especialista bursátil; 11) actuar como representante común de obligacionistas; y 12) administrar las reservas para fondos de pensiones y jubilaciones de personal.

Como se ve en el inciso 7) del párrafo anterior las casas de bolsa pueden ser fiduciarias, claro está, solo en actividades que les sean propias, para lo cual deberán celebrar con la clientela respectiva un contrato de fideicomiso.

El citado autor Jesús de la Fuente Rodríguez al hablarnos respecto de los fideicomisos celebrados con las casas de bolsa nos dice lo siguiente:

"...las casas de bolsa podrán operar fideicomisos, en adición a las instituciones de crédito a que se refiere el primer párrafo del citado artículo 350 (esta actividad está en el Art. 103 de la LMV, el cual es coincidente con el texto de la LIC).

Los sujetos del negocio fiduciario serán:

- *Fiduciario (Casa de bolsa)*
- *Fideicomitente (Aportador)*
- *Fideicomisario (No es parte de la cuenta, sólo es beneficiario)*

*Las casas de bolsa podrán ser fiduciaras en fideicomisos que tengan por objeto garantizar el cumplimiento de operaciones que celebren las propias instituciones con o por cuenta de sus clientes, ejemplos: Fideicomisos de inversión, administración y garantía sobre valores inscritos en la Sección de Valores del Registro Nacional de Valores e Intermediarios, o efectivo para la adquisición de dichos valores. En ningún caso podrán participar en fideicomisos cuyo objeto sea el otorgamiento de créditos. Con esto se impide que las casas de bolsa funcionen como bancos."*⁵¹

Existen varias reglas y limitaciones a las casas de bolsa cuando actúan como fiduciaras, como por ejemplo, el que no pueden invertir los bienes del fideicomiso en valores que emita la propia casa de bolsa, la controladora del grupo al que pertenezca la casa de bolsa, o las controladoras o subsidiarias directa o indirectamente de la casa de bolsa.

Respecto a la figura del delegado fiduciario, esto es, la persona física que lleva la práctica del fideicomiso, sólo existe uno por cada casa de bolsa, el cual debe de ser autorizado por la CNBV, ya que debe demostrar a través

⁵¹ De la Fuente Rodríguez, Jesús. Op. Cit., pág. 524.

de exámenes especiales que es una persona apta para llevar a cabo las operaciones del fideicomiso.

Las afianzadoras.

Las instituciones de fianzas son sociedades anónimas de capital fijo o variable autorizadas discrecionalmente por la SHCP, que a través de un contrato de fianza se obligan por un tercero al cumplimiento de una obligación, en el caso de que éste no lo realice.

Las afianzadoras actúan como garantes de los diversos compromisos que otras personas llevan a cabo, así, el hecho de poder afianzar a alguna persona, le permite tener cierta confiabilidad y credibilidad; como prueba de esto citaremos las palabras de los autores Miguel Acosta Romero y Pablo Roberto Almazán Alaniz, quienes sobre las compañías de afianzadoras dicen lo siguiente: *“Las leyes mexicanas con buen criterio han homologado el régimen jurídico en todas las sociedades anónimas que integran el Sistema Financiero Mexicano, partiendo de la base de que son sociedades anónimas con autorización de la Secretaría de Hacienda y Crédito Público para realizar su objeto que... es diferente de las Instituciones de Crédito; pues el de las fianzas es otorgar fianzas mercantiles para el cumplimiento de obligaciones mediante el cobro de primas; el de las aseguradoras, cobrar riesgos futuros, y también el cobro de primas; y el de las casas de bolsa, intermediar en el mercado de valores”*⁵²

La Ley Federal de Instituciones de Fianzas (LFIF) en su artículo 16 señala las operaciones que pueden realizar las instituciones de fianzas, y la fracción XV de dicho artículo establece la posibilidad de las instituciones de

⁵² Acosta Romero, Miguel y Almazán Alaniz, Pablo Roberto. Op. Cit. pags. 90, 91.

fianzas de actuar como fiduciarias sólo en los fideicomisos de garantía, lo que le da una limitante muy especial a esta figura, ya que antes de las reformas hechas a la LGTyOC, no existía la clasificación expresa del fideicomiso de garantía, y dicha clasificación era meramente doctrinal y práctica.

Asimismo el artículo en comento establece que las afianzadoras pueden ser fiduciarias y fideicomisarias en el mismo fideicomiso, siempre y cuando los bienes que se hayan transmitido a la fiduciaria constituyan la garantía de obligaciones que tenga el fideicomitente con la propia afianzadora.

Al parecer, el principio lógico que sigue la composición de la naturaleza del fiduciario, serán la credibilidad, la confianza y la garantía que pueda éste ofrecer para el manejo de los fondos que puedan en su momento ser puestos a su disposición.

Sin embargo, realmente todas y cada una de estas instituciones tienen que someterse a los lineamientos de la SHCP, y por lo tanto la confiabilidad emerge de esta situación de vigilancia y control.

Por último las instituciones de fianzas deberán apegarse a la LGTyOC en todo lo que no sea contemplado por su ley específica con relación a la materia de fideicomisos que les está permitido llevar a cabo.

Las aseguradoras

Las instituciones de seguros también pueden fungir como fiduciarias, esto de acuerdo al artículo 34 de la Ley General de Instituciones y Sociedades Mutualistas de Seguros, la cual señala en su fracción IV que las instituciones de seguros podrán actuar como fiduciarias en el caso de fideicomisos de administración en que se afecten recursos relacionados con el pago de primas por los contratos de seguros que se celebren, así como cuando se trate de fideicomisos privados complementarios de seguros obligatorios a que se refiere el artículo 52 bis 2 de la misma ley; asimismo podrán fungir como fiduciarios 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, con la administración de reservas para fondos de pensiones o jubilaciones del personal, complementarias a las que establecen las leyes de seguridad social y de primas de antigüedad.

Este mismo artículo establece que los fideicomisos se deberán constituir mediante contratos para que se pueda llevar a cabo la administración de los bienes que se afecten a él.

De acuerdo a lo anterior, las aseguradoras o instituciones de seguros podrán ser fiduciarios siempre y cuando las operaciones que deba realizar sean acordes con las actividades inherentes a su funcionamiento normal, esto es, las aseguradoras al tener un campo de acción delimitado por la propia ley de su materia no puede en cumplimiento de un fideicomiso excederse de esas atribuciones, tan es así que del estudio del artículo antes señalado se vislumbra que los fideicomisos que puede llevar a cabo la aseguradora son solamente los de administración.

De lo anterior, se tiene que las instituciones financieras diferentes a las de crédito solo podrán ser fiduciarias en el ámbito de sus atribuciones y funciones específicas; por ejemplo las afianzadoras pueden ser fiduciarias solamente en los fideicomisos de garantía y las aseguradoras en los fideicomisos de administración, además de que con las reformas publicadas el día 23 de mayo del 2000 pueden ser también fiduciarias en los fideicomisos de garantía.

Los almacenes generales de depósito.

La LGTyOC de acuerdo a las reformas publicadas el 23 de mayo del 2000 a las que se hizo alusión anteriormente permite a los almacenes generales de depósito el fungir como fiduciarias en los fideicomisos de garantía.

Los almacenes generales de depósito se encuentran regulados por la Ley General de Organizaciones y Actividades Auxiliares de Crédito (LGOAC), la cual clasifica a los almacenes de depósito dentro de las organizaciones auxiliares del crédito, ahora bien, para que los almacenes puedan fungir como organizaciones auxiliares del crédito, deberán contar con la autorización respectiva por parte de la SHCP.

La función que tienen los almacenes de depósito se encuentra regulada en el artículo 11 de la LGOAAC, que señala: *“Los almacenes generales de depósito tendrán por objeto el almacenamiento, guarda o conservación, manejo, control, distribución o comercialización de bienes o mercancías bajo su custodia o que se encuentren en tránsito, amparados por*

certificados de depósito y el otorgamiento de financiamientos con garantía de los mismos..”

De acuerdo a lo anterior, se ve favorablemente que los almacenes generales de depósito puedan fungir como fiduciarios en los contratos de fideicomiso de garantía que celebren con su clientela, respecto de los bienes que para garantizar una obligación, o varias si es el caso, les son transmitidos para tal efecto, y es más, posiblemente el cliente le garantiza al mismo almacén el cumplimiento de obligaciones para con él con los mismos bienes.

AUTORIZACION Y VIGILANCIA DE LAS INSTITUCIONES FIDUCIARIAS.

Para hablar sobre la autorización y vigilancia por parte del Gobierno Federal que pesan sobre las instituciones que de acuerdo a lo que hemos visto pueden ser fiduciarias, tenemos que señalar en principio que estas instituciones tienen como característica principal que son actividades que se encuentran controladas por el Estado, ya que son actividades estratégicas de la economía nacional.

Al respecto el propio artículo 4º de la Ley de Instituciones de Crédito señala que el Estado ejercerá la rectoría del sistema bancario mexicano, con la finalidad de: **1)** buscar que el sistema bancario oriente sus actividades a apoyar y promover el desarrollo de las fuerzas productivas del país y el crecimiento del desarrollo nacional; **2)** que el sistema bancario fomente el ahorro; y **3)** que el sistema bancario procure la adecuada canalización de recursos hacia las diversas regiones del país, esto con apego a las sanas prácticas bancarias y a los usos.

Ahora bien, al ejercer el Estado la rectoría del sistema bancario, en el cual se comprenden las instituciones de banca múltiple, las instituciones de banca de desarrollo, el antes llamado Patronato del Ahorro Nacional y que se convirtió en el Banco Nacional de Servicios Financieros (BANSEFI) y los propios fideicomisos públicos constituidos por el Gobierno Federal para el fomento económico, también ejerce dicha rectoría a todo el sistema financiero mexicano. El sistema financiero mexicano se conforma de las instituciones del sistema bancario y de los intermediarios financieros no bancarios (entre los que se comprenden las casas de bolsa, las afianzadoras, las aseguradoras y las organizaciones y actividades auxiliares de crédito, entre ellas, los almacenes generales de depósito).

Para el ejercicio de la rectoría que se ha mencionado, el Estado establece reglas de operación, vigilancia e inspección a las instituciones que conforman el sistema financiero mexicano, así mismo ha establecido sanciones para aquello que transgredan lo dispuesto por la ley.

De lo anterior, el Estado, o mejor dicho el Gobierno, y entendiéndose al Poder Ejecutivo como el ejecutor de la rectoría del sistema financiero mexicano, a través de la Secretaría de Hacienda y Crédito Público (SHCP), es quien en forma directa regula las actividades de las instituciones financieras tanto bancarias como no bancarias.

Además de la SHCP, existen otros órganos gubernamentales que también tienen injerencia en la vida, actividad y control de las instituciones financieras, tales órganos son la Comisión Nacional Bancaria y de Valores (CNBV), la Comisión Nacional de Seguros y Fianzas (CNSF), el Banco de México (BANXICO), la Comisión Nacional para la Defensa de los Usuarios de Servicios Financieros (CONDUSEF) y el Instituto para la Protección al Ahorro

Bancario (IPAB), que vino a sustituir a los llamados Fondos de Protección al Ahorro Bancario y Fondo de Apoyo al Mercado de Valores (FOBAPROA y FAMEVAL), que eran precisamente fideicomisos en los que el Banco de México era el fiduciario.

Cada uno de los órganos antes mencionados tiene establecidas sus facultades respecto a su grado de actuación y funcionamiento que tendrán respecto de las instituciones financieras, contando entre estas a las que pueden llevar a cabo funciones de fiduciarias en los fideicomisos.

A muy grosso modo se señalan las facultades y funciones que tienen las dependencias gubernamentales para con las instituciones financieras.

La SHCP es el órgano encargado de autorizar a los solicitantes, sociedades mercantiles, casi siempre sociedades anónimas, para que funjan como instituciones financieras y puedan operar como tales, así como vigilar su exacta funcionalidad y operatividad.

El BANXICO tiene entre sus funciones y en el ámbito de su competencia la de promover el sano desarrollo del sistema financiero, pudiendo por ejemplo imponer sanciones a los intermediarios financieros por las operaciones que realicen en contravención a la ley o a las disposiciones que éste expida.

La CNBV, como órgano desconcentrado de la SHCP, es el encargado de llevar a cabo la supervisión y regulación, en el ámbito de su competencia, a las entidades financieras, como lo son las instituciones de crédito, los almacenes generales de depósito y las casas de bolsa, a fin de procurar su estabilidad y correcto funcionamiento, así como mantener y fomentar el sano

y equilibrado desarrollo del sistema financiero mexicano en su conjunto, en protección de los intereses del público; así mismo la CNBV tiene su reglamento en materia de inspección, vigilancia y contabilidad, en el cual se establecen las facultades que tiene la misma para actuar como órgano de vigilancia.

La CNSF es el órgano encargado de vigilar e inspeccionar a las instituciones de seguros y de fianzas, con las mismas facultades, en el ámbito de su competencia, que tiene la CNBV.

El IPAB es el órgano encargado de proporcionar un sistema de protección que garantice el pago de las obligaciones a cargo de las instituciones de banca múltiple, así como administrar los programas de saneamiento en beneficio de los ahorradores y usuarios de las instituciones.

La CONDUSEF es el órgano encargado de promover, asesorar, proteger y defender los intereses de los usuarios de los servicios que otorgan las entidades financieras, así como también puede actuar como arbitro en los conflictos que se sometan a su intervención, y promover la equidad en las relaciones entre los usuarios y las instituciones que prestan sus servicios.

Lo anterior lo vemos como una forma que busca el gobierno federal de vigilar, controlar y dar confiabilidad a las personas que realizan operaciones con las instituciones financieras, entre éstas las de fideicomisos, ya que en la actualidad la utilización de las instituciones financieras es medular para el acrecentamiento de la riqueza particular, así como para la vinculación de negocios.

Por otro lado, no obstante la vigilancia y control que existe sobre las instituciones financieras, realmente, estos no han resultado como debería, citando solamente un ejemplo, bastaría hablar del caso Fondo Bancario de Protección al Ahorro, cuyas siglas son el puntilloso FOBAPROA.

Ahora, como comentario complementario es necesario señalar la vigilancia y supervisión que ejercen ciertos órganos de gobierno a los fideicomisos públicos, esto, en virtud de que dichos fideicomisos al ser creados por el gobierno (ya sea Federal, Estatal o Municipal) tienen un tratamiento especial.

Para el caso de los fideicomisos públicos que crea el gobierno federal los órganos que realizan dicha supervisión son la SHCP, la CNBV, la antes llamada SECODAM, ahora Secretaría de la Función Pública y la antes llamada Contraloría Mayor de Hacienda de la Cámara de Diputados.

La SHCP tiene las facultades necesarias para resolver la creación, modificación o disolución de los fideicomisos públicos, ostentando la figura de fideicomitente del gobierno federal, asimismo tiene la facultad de autorizar las operaciones en las que se haga uso del crédito público y la valuación y vigilancia de las instituciones de crédito mediante su participación en el comité de crédito de los fideicomisos públicos federales.

A la CNBV, al igual que en los fideicomisos privados, se le otorga la facultad de supervisar y regular a las personas físicas y morales cuando realicen actividades relativas al sistema financiero mexicano, por ende, al conceptualizarse al fideicomiso público constituido por el gobierno federal para apoyar el fomento económico, entonces la CNBV deberá vigilar y supervisar dicha institución.

Un órgano que no tiene injerencia en los fideicomisos privados, pero sí en los públicos es la Secretaría de la Función Pública (antes SECODAM), la cual también supervisa en lo que sea compatible a las empresas de participación mayoritaria a los fideicomisos, lo anterior de acuerdo al artículo 63 de la LFEP.

Por último, dentro del control a que se somete a los fideicomisos públicos se encuentra el realizado por la Contaduría Mayor de Hacienda, la cual es un órgano técnico-administrativo bajo la supervisión de la Cámara de Diputados, la cual se encarga de revisar que las dependencias y entidades de la administración pública, así como los poderes legislativo y judicial hayan realizado sus operaciones de manera correcta, es decir, verificar la cuenta pública; así pues, al realizar las funciones de contraloría antes señalada, también le corresponde verificar que los fiduciarios de los fideicomisos públicos federales hayan actuado de acuerdo a los lineamientos requeridos. Dicha función corresponde a la ahora llamada Auditoría Fiscal de la Federación.

En relación a todo lo antes contemplado, consideramos que, si una persona es titular de ciertos bienes o derechos y es su voluntad el colocarlos o afectarlos a un fin determinado, utilizando los servicios de un tercero para que los opere, y ejerza facultades de dominio sobre ellos, con la salvedad de que debe de hacerlo sólo para conseguir el fin deseado por la persona que afecto sus bienes, lo puede hacer con cualquier persona capaz, apta y de su entera confianza y no sólo con una institución financiera facultada para ello, aunque claro, para llevar a cabo este tipo de actos, deberá existir un cierto tipo de reglamentación, vigilancia y control para que las operaciones de fideicomiso marchen correctamente y que con esto no se dependa

exclusivamente de las instituciones financieras, sobre todo las de crédito, para llevar a cabo la finalidad buscada.

IV.2.- CARACTERISTICAS DEL FIDUCIARIO EN LOS ESTADOS UNIDOS DE NORTEAMÉRICA.

Anteriormente se trató la injerencia que tiene el trust angloamericano en el fideicomiso en México, por lo que ahora señalaremos cual es el papel que juega el fiduciario en los trust de los Estado Unidos de Norteamérica, con la finalidad de equiparar dicha figura con la que contempla nuestra legislación, y poder así establecer una base que nos permita afirmar la hipótesis que se busca con este trabajo, esto es, que puedan ser fiduciarios tanto las personas físicas como las morales.

En el sistema jurídico angloamericano existe la característica del doble derecho, esto es, el "*common law*" y el "*equity*", por lo que tanto el derecho común como el derecho-equidad tienen influencia en la vida del trust, siendo el derecho común quien otorga al trustee o fiduciario la propiedad o titularidad legal de los bienes que fueron afectados al trust, mientras que el derecho-equidad aun cuando reconoce la propiedad legal del trustee de los bienes y la característica de que es el titular del dominio sobre los bienes, también lo coloca en una posición subordinada a los derechos que tiene el beneficiario o propietario equitativo, tal situación se refleja en la posibilidad que tiene el fideicomisario de solicitar que se le transmita la propiedad legal de los bienes en el caso de que en él se conjunte el carácter de trustee y beneficiario.

Así pues, para el derecho angloamericano el "trustee" es aquella persona que tiene la titularidad y el dominio legal de los bienes que se dan en trust, cuyo papel es el de lograr los fines para los que se constituyó el trust.

El autor Oscar Rabasa señala que (entre las figuras afines al trust angloamericano) *"el que mayor semejanza guarda (con) el fideicomiso o trust es el contrato de mandato.*

En virtud de estas dos figuras jurídicas se encomiendan tanto a los fiduciarios como a los mandatarios los intereses personales y patrimoniales de otras personas, para que los conserven, administren o transmitan a terceros, en beneficio y provecho de aquellos a quienes pertenecen.

Los fiduciarios y mandatarios, manejan, pues, intereses ajenos que se les confían, y ejercen facultades jurídicas por cuenta siempre de otras personas, gratuitamente o porque del desempeño de la función derivan un beneficio propio... Sin embargo, el mandato se distingue del fideicomiso por la naturaleza jurídica propia de cada una de estas instituciones de derecho y por los distintos efectos que respectivamente producen: el primero solo implica una "representación jurídica", en tanto que el segundo es un acto traslativo de dominio por excelencia."⁵³

Sobre lo antes señalado, citaremos las siguientes notas que aparecen en un compendio de la legislación norteamericana, en el cual se puede leer, en traducción libre, lo siguiente: *"La relación entre el trustee y el beneficiario es de naturaleza fiduciaria, implicando por ello la obligación de actuar para el provecho de otro. Esta relación debe distinguirse de la que es simplemente confidencial, que puede surgir de ciertos nexos, tales como los familiares, o*

⁵³ Rabasa, Oscar. Op. Cit. pág. 296.

los que existen entre el médico y paciente, el sacerdote y el penitente. La relación fiduciaria lleva implícita, como señala Scott, ciertas consecuencias relativas a los actos que las partes pueden celebrar y que se producen automáticamente y de pleno por virtud de la relación misma. Así por ejemplo, el trustee no puede conservar los bienes materia del trust, en caso de enajenarlos a su favor sin el consentimiento del beneficiario, aun cuando la operación haya sido justa... El trust, generalmente, sólo puede constituirse cuando el título legal sobre una cosa está investido en una persona para el beneficio de otra. Si aquella tiene nada más la posesión material, su calidad será de depositario, no de trustee. Tratándose del trust, el trustee tiene siempre algo más que un derecho de posesión, aun cuando no siempre es esencial que le corresponda el título legal sobre la cosa, desde el momento en que un derecho de equidad es susceptible de constituir el objeto de un trust.”⁵⁴

Insistimos nuevamente en que este estudio radica en la situación que guarda la figura fiduciaria para encontrar si ésta, en el derecho mexicano, puede válidamente ser llevada por cualquier persona o si, por el contrario, debe de ser una institución debidamente autorizada por la ley, tal como actualmente lo señala la LGTyOC; de ahí que independientemente de que en los Estados Unidos de Norteamérica las características generales del trust se manejan de diversas formas, ya que se ocupa y establece como un contrato de garantía, como un contrato de mandato e incluso en disposiciones testamentarias, en realidad lo que nos resulta importante, sin que lo anterior no lo fuera, es de forma particular la figura del fiduciario, por lo que se ha considerado necesario establecer un inciso especial para ello.

⁵⁴ United States Code Annotated, Commerce and Trade, Editorial Apleton, Título 15, Número 77ddd, Estados Unidos, 1997, pag 581,582.

QUIENES PUEDEN SER FIDUCIARIOS.

Dentro de la naturaleza jurídica del fiduciario en los Estados Unidos de Norteamérica, existen algunas corrientes doctrinales que sostienen que éste puede ser una persona privada y otras que sostiene que debe ser una institución la que lleve a cabo este tipo de negocios jurídicos.

Robert Field, en el momento que hace algunas observaciones a las teorías de John Scott, habla sobre el particular diciendo: *“El problema de quién puede ser trustee, implica una variedad de consideraciones. Para poder serlo una persona debe tener capacidad para adquirir y poseer la propiedad de los bienes a que el trust se refiere, y la de manejarlos conforme a los términos del instrumento respectivo; por otra parte, la ejecución del trust podrá exigir criterio y conocimiento de los negocios. En general, el trustee debe ser una persona capaz de adquirir y retener el título legal sobre los bienes, estar dotado de capacidad natural y jurídica para desempeñar el trust y tener su domicilio dentro de la jurisdicción del tribunal competente.*

Tal vez, dice Scott, el acontecimiento de mayor importancia en el campo del trust durante el siglo XIX haya sido la aparición del trustee institucional, persona moral. En los primeros tiempos el trustee era una persona física o un grupo de personas y se negaba o ponía en duda la capacidad de una sociedad para este encargo. Con el tiempo, sin embargo, se llegó a reconocer que no había nada en la naturaleza de una entidad jurídica que le impidiera el desempeño del trust; la idea alcanzó un desarrollo extraordinario en los Estados Unidos, por más que la circunstancia de haber

correspondido la función a las instituciones bancarias se considere accidental, ya que pudo haber sido a las compañías de seguros."⁵⁵

Teniendo en cuenta la equidad que sigue el derecho angloamericano con relación a la posibilidad de llevar a cabo un negocio, y tomado en cuenta también la libertad comercial tan especial que se vive en los Estados Unidos, pues simple y sencillamente la calidad del trust adquiere un dinamismo fundamental, a través del cual se van a lograr los objetivos que persigue el trust.

Dentro de la técnica jurídica anglosajona el cargo de trustee o fiduciario no es el de un simple administrador de bienes o derecho ajenos, sino por el contrario, es el legítimo titular del dominio legal sobre dichos bienes o cosas, mientras que el fideicomisario es el titular del dominio equitativo.

De acuerdo a lo anterior, el creador del fideicomiso, en términos generales, puede nombrar como fiduciario a cualquier persona, ya sea física o moral, pudiendo incluso nombrar como tales a los incapacitados, los menores de edad, los enajenados mentales, las personas en estado de quiebra o a los extranjeros; lo anterior de acuerdo a la doctrina jurídica de los norteamericanos.

Basándonos en la posición doctrinal anterior, podemos señalar que si el trustee es una persona física y tiene las posibilidades, la confiabilidad y materialmente puede encargarse del bien que se ha de colocar para un fin determinado, no hay impedimento legal alguno para que éste pueda llevar a cabo el cargo de fiduciario.

⁵⁵ Field, Roberto: "Source of the Field Civil Code: The Civil Law Influences on a Common Law Code", Universidad de Princeton, Editorial Abeledo Perrot, 1ª edición, Estados Unidos, 1993, pags. 54 y 55.

CARACTERISTICAS DEL FIDUCIARIO COMO PERSONA FISICA.

Como resultado de lo antes expuesto, el trustee debe ser capaz de adquirir la propiedad legal del bien que se ha de entregar para que pueda colocarlo al fin determinado en beneficio de otro, en este caso el fideicomisario; para que el trustee pueda recibir la propiedad antes mencionada se le debe considerar confiable y capaz de administrar el bien afectado, el trust se va a llevar a cabo de acuerdo a la aptitud del trustee para conseguir el fin.

En el contexto del Código de Comercio comentado de los Estados Unidos de Norteamérica, en el numeral 77ggg se establecen algunas reglas para que el trustee pueda ser calificado o descalificado.

En principio, el trustee debe de tener el tiempo necesario para serlo, siendo ésta una de las primeras características; por otro lado debe ser una persona de comprobable experiencia en la organización corporativa y que esté haciendo negocios dentro los Estados Unidos de Norteamérica, o de alguna institución o corporación que a pesar de que funcione en el exterior, sea una extensión del comercio estadounidense; que esta persona pueda ser examinada por autoridades federales, estatales o territoriales; las personas morales también pueden estar organizadas para prestar el servicio de trustees, con el requisito de que estén constituidas legalmente en los Estados Unidos y por supuesto que hagan negocios dentro del país, y estén sometidos a las reglas de los Estados Unidos de Norteamérica.

También debe obtener una autorización en la que se demuestre que llevan a cabo el ejercicio del trust, y que tienen el poder necesario y la

infraestructura adecuada para hacerlo; se deben de someter a una cierta vigilancia de las autoridades e incluso, deben de considerar las legislaciones de los demás países para llevar a cabo el servicio de trustee respecto a los bienes que no estén situados en los Estados Unidos.⁵⁶

Las instituciones fiduciarias en los Estados Unidos no presentan la rigidez que existe en México, ya que la figura del trustee puede ser llevada tanto por una persona física o una moral, siendo la cuestión primordial es que demuestre la capacidad jurídica y operacional para que el trust pueda funcionar.

Observamos entonces, como la legislación en los Estados Unidos de Norteamérica busca el interés de que los fideicomisos funcionen, no estableciendo reglas y limitaciones estrictas, sino por el contrario permitiendo que los trust sean una forma de desarrollo económico funcional y flexible.

IV.3.- CARACTERÍSTICAS DEL FIDUCIARIO EN CANADA.

Respecto al fideicomiso en Canadá, éste se regula por la tendencia anglosajona del trust, siendo la Fiducia, denominación que se le da en ese país, una opción jurídica para llevar a cabo la afectación de bienes a fines determinados.

Para conocer el fideicomiso en Canadá citaremos las palabras del autor Pompeyo Claret y Martí, el cual señala: *“El que constituye la fiducia deja de ser el propietario y el beneficiario no lo es todavía. El propietario es el fiduciario hasta el momento de entregar la cosa al beneficiario, momento en*

⁵⁶ Field, Roberto. Op. Cit. pags 590, 591.

que éste se convertirá en propietario, pero es un propietario especial que no recibe la cosa para sí mismo, sino en provecho de otro y a esta función están subordinados todos sus derechos.

La fiducia canadiense es un verdadero trust, una fiducia legal amparada por derechos ergo omnes. Puede ser constituida por toda persona capaz de disponer de bienes... el fiduciario es personalmente responsable frente a los terceros con quienes contrata si no obra de acuerdo con sus poderes.”⁵⁷

Conforme a lo expuesto se observa que la concepción canadiense de la fiducia a pesar de que sigue los lineamientos del trust angloamericano, tiene algunas características diferentes, tal como el hecho de que los bienes no forman parte de la propiedad equitativa del beneficiario, quien sin embargo tiene un derecho oponible frente a terceros, por lo que la figura del fiduciario es especial, ya que tiene mayores responsabilidades con relación a la administración de los bienes que se le dieron en fideicomiso.

QUIENES PUEDEN SER FIDUCIARIOS.

De conformidad con lo que dice Claret y Martí, el artículo 981-A del Código de Comercio y el inciso B de ese mismo artículo establece que:

“Toda persona capaz de disponer libremente de sus bienes, puede transportar las propiedades muebles o inmuebles a fiduciarios, por donación o por testamento, para el beneficio de personas en favor de las cuales puede hacer válidamente donaciones o legados; los fiduciarios para los fines de la

⁵⁷ Claret y Martí, Pompeyo: “De la Fiducia y el Trust”, Editorial Limosa, 3ª Edición, México, 1990, pags. 112 y 113.

fiducia, son tenidos como depositarios y administradores para el beneficio de los donatarios o legatarios de las propiedades mobiliarias o inmobiliarias a ellos transportadas en fiducia, y pueden reivindicar la posesión, aun en contra de los donatarios o legatarios, para el beneficio de los cuales la fiducia fue creada. Esta situación del fiduciario no dura más del tiempo estipulado para la duración de la fiducia; pero mientras ella dura, los fiduciarios pueden demandar o ser demandados y entablar toda clase de procedimientos judiciales por los negocios de la fiducia.”⁵⁸

El nombramiento del fiduciario puede recaer en una o varias personas, las cuales pueden obrar en forma gratuita u onerosa, ya sean personas físicas o morales, instituciones o bancos, la cuestión es que dentro de la fiducia canadiense, la situación más importante es que el beneficiario de dicha fiducia puede allegarse rápidamente de los beneficios que deje la administración de los bienes, y con esto dar manejabilidad a los intereses de la persona que dispuso de sus bienes para el beneficio de otro a través de la fiducia.

CARACTERISTICAS DEL FIDUCIARIO COMO PERSONA FISICA.

Los poderes del fiduciario no pueden extralimitarse de los intereses de los beneficiarios, herederos o sucesores, ya que está obligado a rendir cuentas, y cuando haya varios fiduciarios, la mayoría de ellos puede obrar previniendo y supervisando lo que el otro fiduciario realice o vaya a realizar.

En términos generales, los fiduciarios están obligados a ejecutar la fiducia que han aceptado a menos que se les autorice renunciar, para lo cual deberá ser un juez de la Corte Superior el que lo autorice, sin embargo los

⁵⁸ Claret y Martí, Pompeyo. Op. Cit. pag. 114

fiduciarios que renuncien serán responsables de los daños y perjuicios que por su negligencia o renuncia se cause a los bienes que se les dieron a administrar en fiducia.

Por otro lado, los fiduciarios son personalmente responsables frente a los terceros con los que contraten; y por último, los fiduciarios sin intervención de las partes beneficiarias, administran la propiedad que les fue confiada, por lo que deben disponer totalmente de ella, esto es, manejar, invertir, cuidar, administrar y, en fin, realizar todo lo necesario para que los objetos dados en fiducia surtan el fin que se persigue en beneficio de las personas señaladas al efecto.

IV.4.- CARACTERISTICAS DEL FIDUCIARIO EN AMERICA LATINA.

Con la finalidad de explicar la situación del fideicomiso en diversos países de América Latina, se agrega el siguiente cuadro comparativo para observar el tratamiento que se le da al fideicomiso.

FIDEICOMISOS EN AMERICA LATINA

Como encargos de confianza que pueden desempeñar las instituciones bancarias (enumerados en forma no taxativa)	Chile Bolivia Perú Venezuela Costa Rica Colombia
Como institución jurídica legislada, definida y estructurada- versión latina del trust- patrimonio de afectación	Costa Rica Colombia (1) El Salvador Guatemala Ecuador Venezuela México Panamá (2)

No lo conocen y sólo prevén las prohibidas substitutiones fideicomisarias	Argentina (3) Uruguay Brasil Paraguay
---	--

(1) Llamado también fiducia mercantil

(2) Concebido como mandato irrevocable

(3) El proyecto Michelsen, Ley de Fideicomisos no cristalizó

De acuerdo al cuadro anterior, encontramos que las instituciones bancarias en Chile, Bolivia, Perú, Costa Rica y Colombia realizan un encargo de confianza, aunque como se señala más adelante, en Costa Rica también puede ser fiduciario cualquier persona física.

Por otro lado en México, Panamá, Venezuela, El Salvador, y Colombia sus legislaciones marcan expresamente la figura del fideicomiso como tal, y que debe ser realizado por una institución de crédito o por alguna otra institución de las autorizadas para ello.

Ahora bien, citando algunas características del derecho mercantil en Colombia, país en el que se encuentra la figura del fiduciario como el encargado de llevar a cabo los negocios fiduciarios, el autor Carlos Arrocha Morton, señala: " *El nuevo Código de Comercio de Colombia, publicado en junio de 1991, define a la fiducia mercantil como un negocio jurídico en virtud del cual una persona llamada fiduciante o fideicomitente, transfiere uno o más bienes específicos a otra, llamada fiduciario, quien se obliga a administrarlos y ejecutarlos para cumplimiento de una finalidad determinada por el constituyente, en provecho de este último o de un tercero llamado beneficiario o fideicomisario.*

Una persona puede ser al mismo tiempo fiduciante y beneficiario, y solo los establecimientos de crédito y las sociedades fiduciarias,

*especialmente autorizadas por la Superintendencia Bancaria, pueden tener la calidad de fiduciarias.”*⁵⁹

En el derecho venezolano el fiduciario necesariamente tendrá que ser una institución de crédito, para poder actuar como tal, conforme a la Ley de Fideicomisos.

En Argentina las condiciones son semejantes y los fiduciarios deben de someterse a la aprobación de las autoridades para fungir como tales.

En Costa Rica además de las instituciones bancarias, también las personas físicas pueden ser fiduciarias, situación que definitivamente presenta una mayor garantía al derecho individual de desarrollo y una enorme libertad para llevar a cabo cualquier acto o negocio lícito.

El mismo autor Carlos Arrocha Morton nos comenta algunos puntos respecto al fideicomiso en Costa Rica, diciendo:

*“El fideicomiso en Costa Rica está regulado por el Código de Comercio y presenta grandes analogías con el mexicano, el venezolano y el colombiano, con la novedad de que en este país puede ser fiduciario cualquier persona física o jurídica capaz de adquirir derechos y contraer obligaciones, en el concepto de que en el segundo caso, las personas jurídicas deben estar capacitadas en escritura constitutiva para recibir, en contrato o por testamento, la propiedad fiduciaria.”*⁶⁰

⁵⁹ Arrocha Morton, Carlos. Op. Cit. pag. 118.

⁶⁰ Idem. Pag. 122

De todo lo anterior, se desprende que en América Latina existen diversas maneras de legislar sobre la figura del fideicomiso, y en algunos de estos países llegan a darse las prácticas monopólicas, tal como sucede en México, ya que sus leyes prohíben la posibilidad y libertad de las personas a realizar negocios lícitos, lo que en el caso que nos ocupa, es la prestación de servicios fiduciarios.

IV.5.- SEMEJANZAS Y DIFERENCIAS DE LAS CARACTERÍSTICAS FIDUCIARIAS ANTES SEÑALADAS.

Una característica de semejanza en todas las legislaciones de los países que estudiamos de manera muy breve, es que el fiduciario debe ser una persona capaz y apta para llevar a cabo la finalidad del fideicomiso, esto es, debe ser una persona de calidades y cualidades especiales para que exista la confianza, la cual se entiende como el punto medular y base para que el fideicomiso cumpla su objetivo.

Dicho de otra manera, el fiduciario, ya sea persona física o moral, deberá de contar con la inteligencia y capacidad necesarias para que los bienes o derechos que le son transmitidos, con base en la confianza, no se vean diezmados o alterados y lograr además el fin que se desea.

Existen varias diferencias de la figura del fiduciario en cada país, como por ejemplo que algunos de ellos sí permiten la actuación de personas físicas como fiduciarias; de igual manera existen divergencias con relación al tipo de legislación que regula la actuación de los fiduciarios, ya sea una ley especial la que los regula y rige, como lo es la Ley de Fideicomisos que existe en Venezuela, o la regulación existente dentro del contexto general del Código

de Comercio en Costa Rica; por su parte en México, como lo hemos visto en el transcurso de este estudio, vemos que la ley que regula el fideicomiso es la LGTyOC, sin embargo, para la actuación del fiduciario en los fideicomisos de garantía nos remite a cada ley en especial, la LMV, LGOAC, etc., existiendo además disposiciones regulatorias de las acciones del fiduciario en diversas leyes, como puede ser el Código Fiscal de la Federación, entre otros.

Así pues, consideramos que en México existe un verdadero monopolio, en el sentido que para ser fiduciario se requiere por ley ser una Institución financiera de las permitidas por sus respectivas leyes, por ejemplo, las casas de bolsa, y es este punto en donde creemos que se restringe la facultad del individuo para decidir sobre los destinos o maneras de llegar a ellos de sus bienes y derechos.

Es más, consideramos tan marcado tal monopolio, que el servicio fiduciario está siendo contradictorio a las disposiciones de la Ley Federal de Competencia Económica (LFCE), ya que no solamente atenta contra una garantía de libertad de trabajo y de comercio lícito, sino también contra dicha ley.

Lo anterior en virtud de que la LFCE establece que su objeto es regular a todas las áreas de la actividad económica del país y proteger el proceso de competencia y libre concurrencia de los mercados de bienes y servicios, sujetando a la misma ley a todos los agentes económicos, ya sean personas físicas o morales, dependencias o entidades de la administración pública federal, estatal o municipal, asociaciones, agrupaciones de profesionistas, fideicomisos o cualquier otra forma de participación en la actividad económica.

Encontramos pues, dentro de las personas sujetas a esta ley a las instituciones que conforman el sistema financiero mexicano, las cuales, al concentrar en su exclusivo ámbito de competencia la facultad de llevar a cabo los fideicomisos, realizan una práctica monopólica.

No obstante que se pueda decir que no existe tal monopolio, ya que se permite a cualquier persona o grupo de personas el constituir bancos, afianzadoras, casas de bolsa, etc., no estamos de acuerdo en dicha situación, ya que lo que se cuestiona no es la posibilidad de poder constituir este tipo de sociedades, lo cual si puede realizar cualquier persona o grupos de personas aptas para tal efecto, sino que para llevar a cabo las funciones de fiduciaria sea necesario tener el carácter de institución financiera, lo que no le permite a nadie más el llevar a cabo dichas funciones, a pesar de que pudiese tener las aptitudes, infraestructura, confiabilidad y facultades necesarias para realizar igual o mejor que una institución financiera el servicio fiduciario, claro está, salvo el caso en que el fideicomiso se cree para garantizar al propio fiduciario ciertas obligaciones, esto es, que en esos casos que mejor que el propio fiduciario vigile y maneje el curso de los bienes que le garantizan sus derechos acreedores.

Respecto a la idea de que la actual legislación del fideicomiso, y sobre todo de la figura del fiduciario, atenta contra las garantías individuales, fundamentamos la misma con base a los artículos 5 y 28 de la Constitución de los Estados Unidos Mexicanos, además de que el artículo 133 de la Constitución señala lo siguiente:

"Artículo 133.- Esta Constitución, las leyes del Congreso de la Unión que emanen de ella y todos los tratados que estén de acuerdo con la misma,

celebrados y que se celebren por el Presidente de la República, con aprobación del Senado, serán la Ley Suprema de toda la Unión. Los jueces de cada Estado se arreglarán a dicha Constitución, leyes y tratados, a pesar de las disposiciones en contrario que pueda haber en las Constituciones o leyes de los Estados.”

Por lo anterior, consideramos que ninguna ley, llámese Ley de Instituciones de Crédito, Ley General de Sociedades Mercantiles, o cualquier otra, puede sobrepasar las expectativas que como garantías individuales otorga la Constitución a las personas que habiten el territorio mexicano, para que éstas puedan desarrollarse.

En el comentario que los autores Emilio Rabasa y Gloria Caballero hacen respecto a este punto, mencionan algunas circunstancias que nos parecen fundamentales; dichos autores dicen:

“El poder constituyente, una vez otorgada la constitución desapareció y surgieron los que la ley suprema establece: órganos creados. Por eso, la Constitución es la base de nuestra organización política, jurídica y económica, todas las leyes y actos que dicten las autoridades deben estar en consonancia con ella.

Dos principios de gran importancia contiene este artículo:

1.- La Constitución es la ley primaria y fundamental.

2.- Todas las demás disposiciones, leyes federales, tratados internacionales, leyes locales, etc., en su expedición y aplicación deben ajustarse a esa norma fundamental, es decir, deben ser constitucionales. En otras palabras, para que nazca y viva cualquier ley federal o local, para que cualquier disposición o acuerdo administrativo tenga plena validez, para que

los actos y resoluciones judiciales sean legales, tiene, antes y sobre todo, que encontrar su fundamento en la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos.”⁶¹

Derivado de lo anterior, se puede remediar esta falta, y en consecuencia respetar los derechos de los particulares, otorgándoles la facultad de poder actuar como fiduciarios de los bienes o derechos que por mera voluntad de la persona titular los mismos les sean afectados para determinados fines.

⁶¹ Rabasa, Emilio y Caballero, Gloria: "Mexicano, esta es tu Constitución", Editorial Miguel Angel Porrúa, 8ª Edición, México, 1993, pags. 350 y 351.

CAPITULO V

IMPLEMENTACION DE LA FIGURA DEL
FIDUCIARIO COMO PERSONA
FISICA O MORAL EN EL FIDEICOMISO
EN MEXICO

Para la redacción de este capítulo consideramos necesario retomar algunas ideas vertidas con anterioridad.

Primero, en México el fideicomiso se maneja por un fiduciario que debe ser una institución de crédito o alguna de las otras instituciones que son facultadas para ello, como lo son las afianzadoras, las aseguradoras y las casas de bolsa, entre otras, sin embargo, como se ha señalado anteriormente, el que sea una de estas instituciones la que maneje los bienes fideicomitidos, no revela en la actualidad una garantía, debido a la inestabilidad financiera que se ha suscitado, lo que hace que las instituciones autorizadas para fungir como fiduciarios carezcan hoy en día de la confiabilidad y aceptación por parte del público para transmitirles sus bienes o derechos y que con éstos lleven a cabo las funciones que se les encomiendan, además de los altos costos de honorarios que cobran las instituciones por llevar a cabo los negocios.

V.1.- CONVENIENCIA DE LA IMPLEMENTACION EN MEXICO DE LA FIGURA DEL FIDUCIARIO COMO PERSONA FISICA O MORAL.

Para remarcar la conveniencia, debemos observar lo dispuesto por la legislación canadiense, por ejemplo, ya que esta puede resultar una forma más adecuada de utilizar el fideicomiso, debido a que en ese país cualquier persona moral o física puede recibir bienes afectos a un fin específico, sin la necesidad de estar a expensas de instituciones financieras, como en México, que pudiesen no tener la diligencia y cuidado para con los bienes afectados.

Lo anterior nos lleva a remarcar la grave limitación que existe en México para la prestación del servicio fiduciario, la que hasta el día de hoy se encuentra monopolizada por las instituciones financieras.

Consideramos necesario hacer mención que posiblemente habrá personas que deseen llevar a cabo la afectación de sus bienes a un fiduciario con solvencia económica y una infraestructura específica, como en determinado momento pudiesen ser los bancos o las casas de bolsa, por lo que el motivo de este trabajo no es excluir a los mismos o a las demás instituciones de la prestación de este servicio, sino por el contrario, lo que se plantea es ampliar la utilización de la figura, para que pueda cualesquier personas física o moral ser fiduciario en los fideicomisos que, por expresa voluntad del fideicomitente y por así convenir a sus intereses, no requieran del auxilio de las instituciones financieras.

Ahora bien, y reiterando lo anterior, consideramos que el nombramiento de una persona para ser fiduciaria, debe ser decidido por el propio constituyente del fideicomiso, esto es, por el fideicomitente, ya que sólo él puede saber en quién deposita su confianza y si esa persona en la que la deposita cumple con las características que el fin deseado requiere.

De lo anterior, podemos señalar que posiblemente en la actualidad existan personas que tienen el interés de constituir un fideicomiso para lograr un determinado fin, y sin embargo, consideran que el contratar con una institución financiera, por ejemplo, un banco, es demasiado complejo y complicado, por lo que prefieren no hacerlo, dejando de utilizar una figura jurídica que para nuestro criterio es demasiado flexible, ya que su para su constitución se requiere únicamente que su fin sea lícito y posible y

obviamente tener la libre disposición de los bienes que se deseen transmitir para tales fines.

Por otro lado, es obvio que existen fideicomisos que por su extrema complejidad o por ser constituidos para garantizar ciertas obligaciones requieren del manejo de las propias instituciones financieras, como puede ser el caso de los fideicomisos constituidos con las casas de bolsa, las afianzadoras, las aseguradoras, etc., pero también puede darse el caso de que en algunos fideicomisos no sea tan complicada su operación, los cuales consideramos que podrían ser llevados por personas físicas o morales fiduciarias, un simple ejemplo puede ser aquel en el cual el fideicomitente afecta sus bienes, consistentes en un conjunto de locales comerciales para que la fiduciaria se encargue de administrarlos y cobrar las rentas respectivas y lograr el fin del fideicomiso que pudiese ser la entrega de dichas rentas a algún familiar del fideicomitente o a sus acreedores, en caso de tenerlos.

El anterior ejemplo denota que no se requiere la presencia de una institución financiera "ampliamente calificada" para conseguir el fin que desea el constituyente del fideicomiso.

V.2.- LA ADECUACION DEL FIDUCIARIO COMO PERSONA FISICA O MORAL EN GENERAL EN LA LEGISLACION MEXICANA.

De acuerdo a lo que se ha venido señalando, para que se pudiera efectuar la ampliación de la figura del fiduciario a las personas físicas y morales, consideramos necesario plantear cual debe de ser la adecuación

que se tendría que plasmar en la legislación para que en los fideicomisos puedan éstas llevar a cabo los servicios fiduciarios, así como establecer ciertas características y requisitos que deberán tener y cumplir estas personas.

V.2.1. REQUISITOS DE LAS PERSONAS FÍSICAS O MORALES EN GENERAL PARA QUE PUEDAN SER FIDUCIARIAS.

Como toda institución jurídica el fideicomiso tiene ciertas características concretas, cuya finalidad es poder establecer de manera cierta y eficaz su utilización; actualmente en México la prestación de los servicios fiduciarios recae singularmente y de manera monopólica en las instituciones financieras.

Sin embargo, la tarea de esta tesis es establecer la posibilidad de que las personas físicas o morales puedan también prestar servicios fiduciarios, por lo que deberán contar con ciertas características que les imponga la legislación para llevar a cabo su función.

Así pues, consideramos que la persona física o moral que ejerza la figura de fiduciario en los fideicomisos deberá sujetarse a los siguientes requisitos:

- 1.- Tener la capacidad jurídica necesaria para llevar a cabo el fin del fideicomiso, así como para ejecutar todos los actos tendientes al mismo.
- 2.- No haber sido condenados por delitos contra la propiedad, ya que de ahí se desprende su confiabilidad para el cargo.

3.- Tener un modo honesto de vivir y ser de reconocida probidad y buena fe.

4.- Todas las demás reglas y requisitos que le impone la legislación a los fiduciarios, ya que su actuación estará siempre sujeta a lo estipulado por la Ley General de Títulos y Operaciones de Crédito, claro está, excluyendo de éstas, las que rigen para los fideicomisos de garantía.

Cabe señalar que en el caso de las personas físicas, éstas deberán tener la plena capacidad de ejercicio, para que puedan llevar a cabo el correcto manejo del fideicomiso; mientras que para el caso de las personas morales, las mismas deberán tener como parte de su objeto social, no necesariamente el principal, la facultad de llevar a cabo fideicomisos.

En capítulos anteriores señalamos las obligaciones y derechos que tiene el fiduciario respecto de las demás partes del fideicomiso, por lo que retomando un poco dichas características, enlistamos las obligaciones que tiene el fiduciario, de acuerdo a lo establecido en el Diccionario Jurídico Mexicano⁶², relacionándolas con las que podrían aplicar también a las personas físicas o morales, estas en su concepto general, que actúen como fiduciarias:

Obligaciones de las instituciones que fungen como fiduciarias actualmente:

- Ajustarse a los términos del contrato constitutivo del fideicomiso.
- Llevar a cabo la contabilidad de cada fideicomiso por separado.

Obligaciones de las personas autorizadas para actuar como fiduciarias (Físicas o Morales):

- Ajustarse a los términos del contrato constitutivo de fideicomiso.
- Llevar a cabo la contabilidad de cada fideicomiso por separado, esto para el caso de personas morales.

⁶² Diccionario Jurídico Mexicano. Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM, Editorial Porrúa, 3ª edición, tomo III, México, pág. 1443.

- | | |
|---|---|
| <ul style="list-style-type: none"> • Cumplir con las obligaciones fiscales derivadas del fideicomiso. • Realizar sus actividades mediante un delegado fiduciario. • Guardar el secreto fiduciario. • Presentar y rendir cuentas. • Invertir los fondos ociosos en valores aprobados por la Comisión Nacional de Valores. • Acatar las órdenes del comité técnico, cuando exista éste. | <ul style="list-style-type: none"> • Cumplir con las obligaciones fiscales derivadas del fideicomiso. • Para el caso de las personas morales, realizar sus actividades mediante un representante facultado para ello. ◦ No aplicaría en caso de que el fiduciario no fuera una institución financiera. ◦ Presentar y rendir cuentas. ◦ Invertir los fondos ociosos en valores aprobados por la Comisión Nacional de Valores o en los que a su mejor entender sean productivos para los beneficiarios. ◦ Acatar las órdenes del comité técnico, cuando exista éste y de no existir, actuar como buen padre de familia. |
|---|---|

V.2.2. MODIFICACIONES A LA LEGISLACIÓN MEXICANA PARA QUE LAS PERSONAS FÍSICAS O MORALES EN GENERAL PUEDAN FUNGIR COMO FIDUCIARIAS

De conformidad con lo anterior, resulta obvio el suponer que la adecuación de la figura del fiduciario conllevaría a reformar una gran gama de leyes que regulan a los fideicomisos, ya que como se vio en capítulos anteriores esta figura se encuentra contemplada en nuestro derecho de una manera diversa y dispersa en varias leyes.

Así pues, por ejemplo, la LGTyOC tal y como se encuentra redactada actualmente, señala en su artículo 381 que la encomienda para llevar a cabo un fideicomiso deberá hacerse a una *institución fiduciaria*, para lo cual nosotros señalaremos que, de acuerdo a lo que buscamos con esta tesis, se

podría plasmar como una encomienda a cualquier **persona que cumpla con los requisitos necesarios para ser fiduciaria.**

La misma ley en su artículo 385 señala que **sólo pueden ser fiduciarias las instituciones expresamente autorizadas para ello conforme a la ley**, a lo cual nosotros exponemos que podría adaptarse, para quedar de la siguiente manera:

Podrán ser fiduciarias, además de las instituciones expresamente autorizadas para ello por la ley, las personas físicas o morales que cumplan con los siguientes requisitos:

- 1.- Tener la capacidad jurídica necesaria para llevar a cabo el fin del fideicomiso, así como para ejecutar todos los actos tendientes al mismo.**
- 2.- No haber sido condenados por delitos contra la propiedad.**
- 3.- Tener un modo honesto de vivir y ser de reconocida probidad y buena fe.**

Quedando los siguientes dos párrafos de dicho artículo tal y como se encuentra plasmados en la actualidad.

Resulta necesario señalar que para el efecto de plasmar dicha modificación en la legislación mexicana no es suficiente lo antes expresado, sin embargo, podría ser un buen inicio para que todas las personas capaces y aptas puedan llevar a cabo el servicio fiduciario, lográndose con esto una apertura a la tan restringida figura del fideicomiso, como una opción clara de realizar una actividad lícita.

De igual manera deberán reformarse las demás leyes que versan sobre el fideicomiso, como por ejemplo, es el caso de la LIC, la cual contempla diversas prohibiciones y delitos en los que incurren actualmente las personas que intentan fungir como fiduciarias.

V.2.3. AUTORIZACION Y VIGILANCIA DEL GOBIERNO A LAS PERSONAS FISICAS O MORALES EN GENERAL QUE PRESTEN EL SERVICIO FIDUCIARIO.

Como ya se vio en el transcurso de este trabajo, existen varias autoridades que autorizan y vigilan la actuación de las instituciones financieras con relación a las operaciones que realizan, entre ellas, las de llevar a cabo fideicomisos, tales autoridades son, entre otras, la SHCP, la CNBV, la CNSF, la CONDUCEF, la SECODAM, el Banco de México y la Contraloría Mayor de Hacienda.

La vigilancia que realizan las autoridades antes mencionadas es con la finalidad de que las operaciones de las instituciones financieras sean llevadas correctamente y con apego a todas las disposiciones legales y normativas que las rigen, sin embargo dicha vigilancia no ha resultado del todo precisa, basta con mencionar como ejemplo el caso del FOBAPROA.

Ahora bien, para la hipótesis que nos ocupa en este trabajo, es necesario señalar que también las personas físicas o morales que presten el servicio fiduciario deberán estar sujetas a una autorización y vigilancia por parte del gobierno, ya que si bien es cierto que estas personas no tendrían que obtener una autorización de la SHCP para fungir como fiduciarios, podría establecerse en la ley que las personas morales al momento de constituirse o modificar su objeto social deben de dar aviso a dicha autoridad al respecto,

sin embargo no tendrían que estar bajo la vigilancia de una CNBV o de una CNSF.

Independientemente de lo anterior, es obvio que no pueden quedar libres de cierta vigilancia, ya que se podría caer en lo que en tiempos pasados sucedió en otros países, en los cuales los fideicomisos fueron incumplidos por su fiduciario, rompiendo al efecto la razón de ser de la figura, por lo que deberá existir cierta vigilancia por parte del gobierno.

Aunado a la vigilancia a la que se harían acreedores los fiduciarios, pudiese existir un tipo de garantía que ayude a salvaguardar los derechos que tengan los fideicomitentes o fideicomisarios para con los fiduciarios, pudiendo expresarse en los contratos de fideicomiso, la constitución de una fianza de cumplimiento por parte del fiduciario a favor del fideicomisario, con lo cual se verificaría un aspecto obligatorio más eficaz para con el fiduciario.

CONCLUSIONES

PRIMERA.- El antecedente histórico y jurídico del fideicomiso en México es la figura jurídica angloamericana denominada Trust, misma que el legislador mexicano transformó y adaptó a nuestro derecho con características especiales.

SEGUNDA.- Las leyes mexicanas que regulan la creación y la operación del fideicomiso, no lo definen, sino se concretan a establecer su funcionamiento.

TERCERA.- Al no existir una definición legal del fideicomiso, se han dado diversas doctrinas que tratan de explicarla, entre éstas destaca la del negocio jurídico, la del negocio fiduciario, la del acto unilateral de la voluntad y la del contrato.

En lo particular, consideramos que la figura del fideicomiso es un contrato, ya que se necesita, para que tenga vida jurídica plena, que concurren, por un lado el fideicomitente, con el propósito de afectar parte de sus bienes y/o derechos para un fin lícito y determinado, y por otra parte, la fiduciaria que se obliga de encargarse de realizar dicho fin en beneficio de un tercero.

CUARTA.- El fideicomiso en la actualidad, se establece como una relación triangular o tripartita, ya que en ella intervienen: El fideicomitente (quien afecta sus bienes o derechos al fideicomiso); el fiduciario (que en la actualidad debe ser una institución financiera, la cual adquiere la titularidad de los bienes o derechos afectados al fideicomiso, para realizar el fin

específico y determinado deseado por el fideicomitente); y el fideicomisario (quien recibe el beneficio del fideicomiso, algunas veces puede ser el mismo fideicomitente).

QUINTA.- El fideicomiso puede ser creado por los particulares (fideicomiso privado) o por el Estado (fideicomiso público).

SEXTA.- Tanto en los fideicomisos privados como en los públicos la naturaleza y los elementos personales son los mismos, con la diferencia básica de que en los fideicomisos públicos el fideicomitente es el Gobierno, ya sea federal, estatal o municipal.

SEPTIMA.- La figura del fiduciario en la actualidad puede ser llevada únicamente por las instituciones financieras, tales como las instituciones de crédito, las casas de bolsa, las afianzadoras, las aseguradoras, los almacenes generales de depósito y las sociedades de objeto limitado.

Únicamente a las instituciones de crédito se les permite el prestar sus servicios fiduciarios respecto a cualquier fin que desee o necesite la persona que constituye el fideicomiso, mientras que las demás instituciones sólo pueden ser fiduciarias en los casos en que el objeto del fideicomiso se relaciona estrechamente con su actividad preponderante o en los fideicomisos de garantía a su favor.

OCTAVA.- En otros países, tales como los Estados Unidos de Norteamérica, Canadá y algunos de América Latina, la figura del fiduciario se contempla de una manera diferente, ya que en algunos casos los servicios fiduciarios pueden ser prestados indistintamente por personas físicas o morales, para lo cual deben observar diversas disposiciones al respecto; no obstante lo

anterior, también en algunos países de América Latina se manejan las mismas características que en nuestro país.

NOVENA.- En los Estados Unidos de Norteamérica puede ser trustee o fiduciario cualquier persona que capaz de adquirir y retener el título legal sobre los bienes que se afectan al fideicomiso, estar dotado de capacidad natural y jurídica para desempeñar el trust y tener su domicilio dentro de la jurisdicción del tribunal competente, asimismo el cargo de trustee o fiduciario no es el de un simple administrador de bienes o derechos ajenos, sino que es el legítimo titular del dominio legal sobre dichos bienes o cosas, mientras que el fideicomisario es el titular del dominio equitativo.

DECIMA.- En Canadá, por medio de la figura de la fiducia, toda persona capaz de disponer libremente de sus bienes, puede transmitirlos a los fiduciarios, para el beneficio de determinadas personas; los fiduciarios para los fines de la fiducia, son depositarios y administradores de los bienes para el beneficio de los cuales la fiducia fue creada.

El nombramiento del fiduciario puede recaer en una o varias personas, las cuales pueden obrar en forma gratuita u onerosa, ya sean personas físicas o morales, los cuales no pueden extralimitarse o actuar en contra de los intereses de los beneficiarios, ya que están obligados a rendir cuentas, y cuando haya varios fiduciarios, la mayoría de ellos puede obrar previniendo y supervisando lo que el otro fiduciario realice o vaya a realizar.

DECIMA PRIMERA.- En varios países de Latinoamérica la figura del fiduciario puede ser llevada a cabo por personas físicas o morales, mientras que existen algunos que, como el nuestro, sólo permiten la figura del fiduciario institucional, por ejemplo en Chile, Bolivia, Perú, Costa Rica y

Colombia las instituciones bancarias realizan un encargo de confianza, sin embargo en Costa Rica el fiduciario puede ser cualquier persona; por su parte en México, Panamá, Venezuela, El Salvador y Colombia la legislación de cada país regula expresamente la figura del fideicomiso y establece que el fiduciario debe ser una institución de crédito o alguna otra autorizada para ello.

DECIMA SEGUNDA.- Aun cuando pudiesen existir diferencias en las legislaciones de los países anteriormente señalados, respecto al tratamiento que se le da a la figura del fiduciario, es necesario concluir que existe una semejanza primordial en todos ellos, la cual es que el fiduciario, ya sea persona física o moral, debe ser una persona capaz y apta para llevar a cabo la finalidad del fideicomiso.

DECIMA TERCERA.- Al advertirse como existen países que permiten la libre concurrencia por parte de personas físicas y morales para prestar servicios fiduciarios, consideramos y concluimos que en México la figura del fiduciario está monopolizada por las instituciones financieras, y que se está coartando la voluntad de las personas que, en determinado momento, desean celebrar un fideicomiso con alguna persona de su entera confianza, y que por no ser ésta una institución autorizada para ello, no puede ser fiduciaria de sus bienes.

DECIMA CUARTA.- Se concluye que es necesario que se implemente la posibilidad de que tanto las personas físicas o morales actúen como fiduciarios, con la finalidad de que la labor y actividad que tiene el fiduciario en la figura del fideicomiso no sea privativa de las instituciones financieras y por lo tanto se le dé una mayor aplicabilidad a dicha institución.

DECIMA QUINTA.- La conclusión anterior no establece el que se le quite la facultad a las instituciones financieras para actuar como fiduciarias, sino por el contrario, que dicha facultad sea ampliada.

DECIMA SEXTA.- Al señalarse que también las personas físicas o morales, en general, pueden ser fiduciarias en los contratos de fideicomiso, es obvio que estas deberán de cumplir con ciertos requisitos.

DECIMA SEPTIMA.- Los requisitos que se deberían manejar para ampliar la figura del fiduciario, deberán basarse en la realización una gran cantidad de reformas a la legislación, no solo a la LGTyOC, que es la que regula a los fideicomisos, sino en todas las demás que por su injerencia pudiesen contravenir con la reforma medular a la LGTyOC.

Dicha reforma medular, siendo que la consideramos así por ser ésta la base para que en consecuencia se reformaran o adicionarán todas las demás, sería la siguiente: El actual artículo 381 de la LGTyOC señala que la encomienda para llevar a cabo un fideicomiso deberá hacerse a una *institución fiduciaria*, para lo cual nosotros concluimos que, de acuerdo a este trabajo de tesis, se podría plasmar como una encomienda a una **persona que cumpla con los requisitos necesarios para ser fiduciaria.**

La misma ley en su artículo 385 señala que *sólo pueden ser fiduciarias las instituciones expresamente autorizadas para ello conforme a la ley*, a lo cual nosotros concluimos que podría reformarse y quedar de la siguiente manera: ***“Podrán ser fiduciarias, además de las instituciones expresamente autorizadas para ello por la ley, las personas físicas o morales que cumplan con los siguientes requisitos: 1.- Tener la capacidad jurídica necesaria para llevar a cabo el fin del fideicomiso, así como para***

ejecutar todos los actos tendientes al mismo; 2.- No haber sido condenados por delitos contra la propiedad, y 3.- Tener un modo honesto de vivir y ser de reconocida probidad y buena fe; Quedando los siguientes dos párrafos de dicho artículo tal y como se encuentra plasmados en la actualidad.

DECIMA OCTAVA.- Concluimos además que en caso de que se llevara a cabo dicha modificación en la LGTyOC, tal reforma no sería basta o suficiente, ya que entre otras legislaciones que tendrían que reformarse, como la LIC, la cual contempla diversas prohibiciones y delitos en los que incurrían actualmente las personas que intentan fungir como fiduciarias.

DECIMA NOVENA.- Resulta obvio que si las instituciones financieras, tal y como quedo plasmado en el cuerpo del trabajo, actúan siempre previa autorización por parte del gobierno y además están bajo la vigilancia y supervisión de éste, ya sea que lo haga a través de la SHCP, la CNBV, la CNSF, la CONDUCEF, la SECODAM, entre otras, también deberán contar con cierta vigilancia por parte del gobierno las personas físicas o morales que pudiesen llegar a prestar los servicios fiduciarios.

VIGESIMA.- Un cierto tipo de seguridad que consideramos que también puede llegar a garantizar y salvaguardar los derechos que tengan los fideicomitentes o fideicomisarios para con los fiduciarios, pudiera ser el que al momento de celebrar los contratos de fideicomiso, se establezca la constitución de una fianza de cumplimiento por parte del fiduciario a favor del fideicomisario, con lo cual se verificaría un aspecto obligatorio más eficaz para éste.

BIBLIOGRAFÍA

Acosta Romero, Miguel: **"Teoría General del Derecho Administrativo"**, Editorial Porrúa, 11ª Edición, México, 1993.

Acosta Romero, Miguel y Almazán Alanís, Pablo Roberto: **"Tratado Teórico y Práctico del Fideicomiso"**, Editorial Porrúa, 2ª Edición, México, 1997.

Arrocha Morton, Carlos: **"El Fideicomiso. Notas sobre América Latina. Dentro de la revista de Investigaciones Jurídicas"**, Escuela Libre de Derecho, Año 7, No. 6, México, 1992.

Barrera Graf, Jorge: **"Temas de Derecho Mercantil"**, Instituto de Investigaciones Jurídicas, 1ª Edición, México, 1983.

Batiza, Rodolfo: **"El Fideicomiso. Teoría y Práctica"**, Editorial Libros de México, 12ª Edición, México, 1993.

Bauche Garciadiego, Mario: **"Operaciones Bancarias"**, Editorial Porrúa, 5ª Edición, México, 1985.

Beteta, Mario Ramón: **"Las Instituciones Fiduciarias y el Fideicomiso en México"**, Editorial Fomento Cultural de la Organización Somex, A.C., 1ª Edición, México, 1982.

Cervantes Ahumada, Raúl: **"Títulos y Operaciones de Crédito"**, Editorial Herrero, 1ª Reimpresión de la 14ª Edición, México, 1992.

Claret y Martí, Pompeyo: **"De la Fiducia y el Trust"**, Editorial Limosa, 3ª Edición, México, 1990.

Colín Sánchez, Guillermo: **"Procedimiento Registral de la Propiedad"**, Editorial Porrúa, 5ª Edición, México, 1992.

Dávalos Mejía, Carlos Felipe: **"Títulos y Contratos de Crédito, Quiebras, Tomo II, Derecho Bancario y Contrato de Crédito"**, Editorial Harla, 2ª Edición, México, 1992.

De la Fuente Rodríguez, Jesús: **"Derecho Financiero y Bursátil Mexicano"**, Editorial Porrúa, 1ª Edición, México, 1999.

De Pina Vara, Rafael: **"Elementos de Derecho Mercantil Mexicano"**, Editorial Porrúa, 25ª Edición, México, 1995.

Diccionario Jurídico Mexicano. Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM, Editorial Porrúa, 3ª edición, tomo III.

Domínguez Martínez, Jorge: **"El Fideicomiso ante la Teoría General del Acto Jurídico"**, Editorial Porrúa, 2ª Edición, México, 1975.

Field, Robert: **"Source of the Field Civil Code: The Civil Law Influences on a Common Law Code"**, Universidad de Princeton, Editorial Abeledo Perrot, 1ª Edición, Estados Unidos de Norteamérica, 1993.

Fraga, Gabino: **"Derecho Administrativo"**, Editorial Porrúa, 33ª Edición, México, 1994.

Ibarrola, Antonio: **"Cosas y Sucesiones"**, Editorial Porrúa, 7ª Edición, México, 1991.

Landerreche Obregón, Juan: **"Naturaliza del Fideicomiso en el Derecho Mexicano"** dentro de la Revista Jus, Tomo X, No. 50, México, 1942

Lepaulle, Pierre: **"Tratado Teórico y Práctico de los Trusts"**, Editorial Porrúa, 1ª Edición, México, 1975.

Mantilla Molina, Roberto: **"Derecho Mercantil"**, Editorial Porrúa, 29ª Edición, México, 1993.

Mateos, Agustín: **"Etimologías Latinas del Español"**, Editorial Esfinge, 21ª Edición, México, 1999.

Molina Pasquel, Roberto: **"Los Derechos del Fideicomiso"**, Editorial Herrero, 10ª Edición, México, 1996.

Olvera de Luna, Omar: **"Contratos Mercantiles"**, Editorial Porrúa, 3ª Edición, México, 1991.

Petit, Eugene: **"Tratado Elemental de Derecho Romano"**, Editora Nacional, 3ª Edición, México, 1990.

Rabasa, Emilio y Caballero, Gloria: **"Mexicano, esta es tu Constitución"**, Editorial Porrúa, 8ª Edición, México, 1993.

Rabasa, Oscar: **"El Derecho Angloamericano"**, Editorial Porrúa, 2ª Edición, México, 1982.

Rodríguez Rodríguez, Joaquín: **"Curso de Derecho Mercantil. Tomo II"**, Editorial Porrúa, 17ª Edición, México, 1983.

Rojina Villegas, Rafael: **"Compendio de Derecho Civil"**, Editorial Porrúa, 23ª Edición, Tomo I, México, 1992.

Ruiz Torres, Humberto: **"Elementos de Derecho Bancario"**, Editorial McGraw-Hill, 1ª. Edición, México, 1997.

Serrano Migallón, Fernando: **"La Propiedad Industrial en México"**, Editorial Porrúa, 2ª Edición, México, 1995.

Ventura Silva, Sabino: **"Derecho Romano"**, Editorial Porrúa, 11ª Edición, México, 1992.

Villagordoa Lozano, José Manuel: **"Doctrina General del Fideicomiso"**, Editorial Porrúa, 12ª Edición, México, 1999.

LEGISLACIÓN

Ley General de Títulos y Operaciones de Crédito, Editorial Sista, México, 2002.

Legislación de Comercio, Editorial Sista, México, 2002.

Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, Compilación Legislativa Mexicana, Tomo I, 1ª. Edición, México, 2002.

Ley General de Organizaciones y Actividades Auxiliares del Crédito, Compendio de Legislación de Banca, Crédito y Actividades conexas, Editorial Delma, 2ª Edición, México, 2002.

United States Code Annotated, Commerce and Trade, Estados Unidos, Editorial Apleton, 1997, Título 15, Número 77ddd.