



UNIVERSIDAD LATINA, S.C.
INCORPORADA A LA UNAM.

**“ANÁLISIS JURÍDICO DE LA
INVALIDEZ DE LOS FIDEICOMISOS”**

T E S I S

QUE PARA OBTENER EL TÍTULO DE:

LICENCIADO EN DERECHO.

PRESENTA:

**GUADALUPE VIANEY OSORIO
SANTIAGO.**

ASESOR: LIC. VERONICA EUSTOLIA
MARTÍNEZ ROMÁN.

MÉXICO, DISTRITO FEDERAL 2006.



Universidad Nacional
Autónoma de México



UNAM – Dirección General de Bibliotecas
Tesis Digitales
Restricciones de uso

DERECHOS RESERVADOS ©
PROHIBIDA SU REPRODUCCIÓN TOTAL O PARCIAL

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

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

ÍNDICE

Pág.

INTRODUCCIÓN.....	I
-------------------	---

CAPÍTULO I

ASPECTOS HISTÓRICOS DEL FIDEICOMISO

1.1. En Roma.....	1
1.2. En la Edad Media.....	2
1.3. Derecho inglés.....	4
1.4. Derecho positivo mexicano.....	7

CAPÍTULO II

DIVERSOS ELEMENTOS DE ESENCIA DE LOS FIDEICOMISOS

2.1. Concepto de fideicomiso.....	18
2.2. Naturaleza jurídica del fideicomiso	18
2.3. Manifestación de la voluntad de las partes entendidas como el consentimiento.....	20
2.4. Objeto o fin.....	24
2.4.1. Objeto directo e indirecto.....	25

2.5. Escritura pública, testamento.....	27
2.6. Autorización administrativa.....	30

CAPÍTULO III
DIVERSOS ELEMENTOS DE VALIDEZ DE LOS FIDEICOMISOS

3.1. Licitud en el objeto en el fin, motivo o dentro condiciones propias del fideicomiso.....	33
3.2. Capacidad en general.....	35
3.3. Formalidad en su constitución y desempeño.....	40
3.4. Ausencia de vicios en la voluntad de las partes.....	41
3.4.1. Error.....	44
3.4.2. Diferentes tipos de error.....	46

CAPÍTULO IV
LA INVALIDEZ PLENA DE LOS FIDEICOMISOS

4.1. Aspectos generales de la invalidez.....	54
4.2. Diversas nociones acerca de su inexistencia.....	55
4.2.1. Situaciones atenuantes.....	56
4.2.2. Concepto genérico.....	56
4.2.3. Desarrollo histórico de la inexistencia.....	57
4.2.4. Particularidad de la inexistencia.....	60

CAPÍTULO V
LA INVALIDEZ DE LOS FIDEICOMISOS EN CONSECUENCIA A LOS
CASOS DE INEXISTENCIA

5.1. Ausencia de voluntad y consentimiento.....	62
5.1.1. Falta de edad de una de las partes	63
5.1.2. Un obstáculo dentro del error.....	65
5.1.3. El sufrimiento de una violencia física.....	66
5.1.4. Una auténtica simulación.....	67
5.1.5. Enajenación mental.....	69
5.1.6. Alteración de documentos.....	70
5.2. Imposibilidad física o jurídica de llevar a cabo el objeto.....	72
5.2.1 Falta de capacidad de goce.....	74
5.2.2. La absoluta simulación.....	79
5.2.3. Cuando la cosa es imposible física o jurídicamente.....	81
5.2.4. Cuando el hecho es imposible.....	83
5.3. Planteamiento genérico de la invalidez.....	85

5.3.1. Efectos jurídicos a consecuencia de algún negocio fiduciario inexistente.....	87
5.3.2. Como interviene el órgano jurisdiccional en los casos de inexistencia.....	91
5.3.3. Confirmación de los actos afectados de inexistencia.....	94
5.3.4. Aparición de la prescripción.....	96
5.3.5. La jurisprudencia en algunos casos donde interviene el Concepto de Inexistencia.....	98
5.4. Nulidad absoluta de los fideicomisos.....	105
5.5. Nulidad relativa de los fideicomisos.....	110
CONCLUSIONES	119
BIBLIOGRAFÍA	125

INTRODUCCIÓN

El análisis adecuado de la figura del fideicomiso, trae consigo aspectos jurídicos trascendentes que a la luz del derecho, nos permiten perfeccionar el funcionamiento óptimo de los mismos.

En tal virtud, es innegable que el desarrollo de las actividades fiduciarias mantiene un respaldo legal que no siempre se encuentra acorde con todos y cada uno de los puntos de esa misma legalidad.

Es así como se logrará con el presente trabajo el estudio minucioso de la invalidez de los fideicomisos, resaltando con base en un criterio jurídico, la ilegalidad de muchos de ellos que se mantienen funcionando dentro del ámbito pragmático, sin que cumplan con los requerimientos de fondo establecidos en la ley.

Las actividades que en nuestros días podríamos llamarlas fiduciarias, en la legislación pragmática romana comienzan con una figura denominada fiducia aunque algunos otros juristas la llaman pacta fiducia.

Esta figura es una de las instituciones que se acerca a lo que conocemos en nuestros días como fideicomiso, mismo que era un negocio jurídico, cuyo cumplimiento quedaba basado en las características de buena fe o en la lealtad de una de las partes, quien generalmente se comprometía a realizar en provecho de la otra parte o de un tercero, la entrega de una cosa o la ejecución de una obligación.

Los negocios jurídicos requieren de ciertos elementos para su completa estructuración, la observación de todos y cada uno de ellos comprenden la integración del negocio dentro de la legalidad.

Con la observación de las diversas figuras jurídicas, encontramos una o varias voluntades, las cuales traen aparejado un objeto determinado. Además existen ciertos negocios jurídicos, en los que al celebrarse, es necesaria la configuración de algunas formalidades específicas, las que debido a su importancia y la manera en que se aplican admiten la denominación de solemnidades.

En el punto de estudio, cabe hacer el paréntesis en virtud de lo establecido por la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, así como de las diversas leyes que de ella emanan, en relación a las prohibiciones que tenían y tienen hasta la fecha los extranjeros para adquirir bienes principalmente inmuebles en el territorio nacional, es importante que sea tomado en cuenta este punto debido a que muchos fideicomisos son manejados de forma oculta o limitada respecto a la injerencia de extranjeros en la relaciones fiduciarias.

Como una opinión particular, se puede afirmar que los actos jurídicos atendiendo a su forma se clasifican en consensuales, formales y solemnes.

Con referencia específica al fideicomiso, cuando el negocio ya fue realizado, no obstante la presencia de un error es el momento oportuno de estudiarlo, pues no tiene sentido ni relevancia jurídica el hecho de analizar el error en un negocio que aún no se celebra.

Cuando en la celebración de un negocio jurídico se encuentran no solamente sus elementos esenciales sino también los que condicionan su invalidez, podemos afirmar que estamos ante un negocio plenamente válido, pero si por el contrario, ese negocio no cuenta con cualquiera de sus elementos que lo estructuran o bien las manifestaciones de voluntad requeridas para ser celebrado provienen de un incapaz, no observan las formalidades requeridas por la ley, no se expresan libre y conscientemente o en todo caso, si su objeto, fin, motivo o condición son ilícitos; el negocio que se lleve a cabo carecerá de validez, esto es que será inválido.

Los razonamientos invocados para hacer prevalecer la inexistencia de los negocios jurídicos, son claros y lógicos, si por una parte, hablar de elementos implica referirse a la parte integrante de una cosa y agregarle la categoría de esencial se traduce en su carácter de invariable e imprescindible para la cosa de que se trata y por la otra parte, se señalan elementos esenciales de los sucesos o mejor dicho actos de voluntad o consentimiento, al objeto y de algunos negocios a la solemnidad.

Debemos en nuestras observaciones, distinguir entre la inexistencia y la invalidez, pues la primera da su razón de ser en el sentido de que no provoca consecuencias jurídicas, esto quiere decir que no hay contrato o acto por no reunir los elementos de esencia que marca la ley. Por el contrario, la invalidez parte del supuesto de que el acto si existe, esto es, que si reunió los requisitos de esencia que la ley enumera, pero que le faltaron o se equivocaron algunos elementos complementarios que hacen que el acto sea nulo pero que exista como tal y además, que tenga consecuencias jurídicas.

Por lo tanto, nos preocuparemos por exponer los casos concretos que en determinadas situaciones no llega a estructurarse algunos de los elementos indispensables para el negocio, es decir, nos permitimos analizar qué fenómenos han sido considerados por algunos autores, como obstáculo para la formación de la manifestación de la voluntad o del consentimiento en su caso, así como también cuando hay posibilidad jurídica del objeto directo e imposibilidad tanto física como jurídica del indirecto.

Ahora bien, si se trata del negocio unilateral constitutivo del fideicomiso, la falta de voluntad impide la existencia del mismo, pero si es bilateral y se da el consentimiento aunque éste se encuentre viciado, se generan obligaciones y consecuencias jurídicas que serán refutadas hasta en tanto se haga valer la nulidad.

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

Toda sociedad que cuente con una libertad de expresión abierta como la nuestra se pensaría que quienes celebran operaciones que generan consecuencias jurídicas, tienen el conocimiento, si no pleno, si mínimo para llevarlos a cabo.

No se pretende ocupar aspectos individuales, de apreciaciones particulares o manifestaciones en contra de la educación en nuestra sociedad, sino abarcar el concepto de invalidez o inexistencia para fines que en determinado momento, evitarán que sigan manejándose negocios jurídicos con ciertas irregularidades que por el desconocimiento de planteamientos específicos se desenvuelven dentro de nuestra sociedad mexicana actual.

La aclaración anterior viene a fortalecer más todavía la irrealidad de la inexistencia, pues según deriva de ella, hay reconocimiento para los efectos producidos y basta con que ello tenga una concepción original según lo manifestamos, en el sentido de tal invalidez.

De la misma forma, se sugerirán algunas alternativas de modificación a la legislación de la materia para la adecuada creación y operatividad de éstos.

CAPÍTULO I

ASPECTOS HISTÓRICOS DEL FIDEICOMISO

1.1. En Roma

Sin duda la figura del Fideicomiso como se conoce hasta nuestros días, ha tenido una evolución histórica, misma que tiene sus orígenes en Roma, es en esa época en que realmente se le presta el interés adecuado y la práctica debida dentro del ámbito especial de la norma jurídica. De tal suerte, que las actividades que en nuestros días podríamos llamarlas fiduciarias, en la legislación pragmática romana comienzan con una figura denominada fiducia aunque algunos otros juristas la llaman “pacta fiducia”.¹

Esta figura es una de las instituciones que se acerca a lo que conocemos en nuestros días como fideicomiso, mismo que era un negocio jurídico, cuyo cumplimiento quedaba basado en las características de buena fe o en la lealtad de una de las partes, quien generalmente se comprometía a realizar en provecho de la otra parte o de un tercero, la entrega de una cosa o la ejecución de una obligación, podríamos tomar como ejemplo las formas en como se transmite la propiedad, para que una vez realizados determinados fines, quien la recibía volviera a transmitirla al propietario original o a una tercera persona.

Posteriormente surge en la misma legislación romana otra figura cuyo nombre en la acepción antigua se conocía como fideicomisum, aunque en el siglo XVII un autor inglés de nombre Sir Francis Bacon lo menciona en su obra “Reading Upon The Estatute Of Uses”, diciendo que la figura que él considera apropiada para la denominación romana de fideicomiso actual, debiera ser el “fidei commissio”. El nombre en este caso sería el único que pudiera discrepar,

¹ CLARET Y MARTI, Pompeyo “De la Fiuducia y del Trust. Estudio de Derecho comparado” Bosh, Barcelona, 1946. p. 8

ya que la institución a que se refieren Bacon y otro autor alemán George Keeton, aunque cambie de nombre, mantiene las mismas características de las diversas opiniones.

Consistían entonces en una especie de encargo y no necesariamente un negocio jurídico, que se delegaba cierta libertad de acción a una persona, en virtud de la cual aquella que se encontraba en sus momentos póstumos, le encomendaba la finalidad de sus bienes que llegarán a integrar la sucesión.

Algunos autores como J. Manuel Villagordoa Lozano, afirman que la figura del fideicomisum no era más que lo que en derecho romano se conocía como el fideicomiso testamentario, en el cual el autor de la sucesión rogaba a su heredero entregar a un tercero, incapaz para heredarle, un objeto en particular o parte del acervo hereditario.

Aunque existen juristas como Rodolfo Batiza, quienes aseguran que el origen de los fideicomisos no es necesariamente romano y constituye uno de los problemas más controvertidos que la historia del derecho no ha solucionado, este autor sostiene que el origen de esta figura jurídica se puede encontrar en el al derecho romano, germánico, aborígen y hasta ninguno en particular, dado que en la misma existe rasgos de tales sistemas jurídicos.

1.2. En la Edad Media

En la Edad Media, con la situación jurídica que guardaban ciertas propiedades y cosas, era muy difícil en este rubro la aplicación de la figura del fideicomiso como tal.

La propiedad inmueble cobraba demasiada importancia en toda familia medieval, debido a esto era preciso conservar el poderío que pudiera verse

desvanecido por alguna situación adversa como era el fallecimiento de un señor feudal o el dueño de una parte del feudo.

La aplicación del derecho en esos tiempos, estaba supeditada en muchas de las veces a las disposiciones dictadas por el Rey, quien hacía y disponía de las propiedades y de las personas como si fueran cosas propias, en tal sentido se buscó la forma de garantizar el patrimonio familiar, tratando de evitar el que varias familias se quedaran en la ruina, por lo que era doblemente importante proteger el patrimonio familiar, que en ocasiones llegaba a perderse, por una mala aplicación de leyes adecuadas para la preservación de derechos post mortem.

Es así como surge una figura que seguiría aplicándose durante muchos años con gran éxito, no solamente por los poseedores de grandes extensiones de tierra, sino por aquellos cuya suerte había sido la de heredar o adquirir por la vía de la donación pequeñas porciones de tierra.

Un ejemplo de ello, lo constituye la figura de propiedad conocida con el nombre de mayorazgo feudal, en cuya virtud, el primogénito tenía derecho a suceder al progenitor en todo lo que de hecho y por derecho le correspondiera, con la condición de heredar en las mismas circunstancias a su primogénito, es entonces cuando ésta figura del mayorazgo feudal, constituye lo más parecido en esa época al fideicomiso.

Esta operación fue utilizada fundamentalmente para conservar las unidades de los feudos, no debilitando con ello su fuerza ante los vasallos, ni ante el Rey, persiguiendo una tradición y abolengo que los identifica con el momento histórico en que tiene vigencia dicha operación.

1.3. Derecho inglés

Dentro del derecho inglés luego de haberse padecido diversas sanciones de carácter económico, como consecuencia de guerras y persecuciones políticas y muchas de las veces para evitar confiscaciones, así como para encontrar la fórmula idónea para que corporaciones religiosas gozarán y poseyeran bienes raíces, eludiendo así la prohibición que para ello imponían las leyes de manos muertas, propició que en Inglaterra durante la Edad Media, se realizara una transmisión directa a cierta persona de confianza, con la que no se corriera ninguno de estos riesgos, en provecho de un tercero quien quisiera beneficiarse.

Surge entonces el “use”, que consistía fundamentalmente en que una persona denominada (settlor), quien era propietario de una tierra, traspasara a otra denominada (feoffe to use) el dominio de ella con el entendimiento entre las partes, de que aún cuando el cesionario sería el dueño legítimo de la cosa, una tercera persona denominado (cestui que use) tendría el derecho de gozar y disfrutar de todos los beneficios y prerrogativas de dicho bien.

El cesionario (feoffe) recibía la plena propiedad de la cosa pero no para que la aprovechara en su propio beneficio, sino con el encargo de que en base a su buena fe le permitiera a la cestui que use los beneficios de gozar y disfrutar de los bienes transmitidos a través de esta figura.

En sus orígenes el cumplimiento de la obligación que por el use adquiría el *feoffe to use*, consistía en destinar los bienes objeto de la transmisión, para beneficio del *cestui que use*, quedando totalmente a su arbitrio, debido a que no eran razones más que de índole moral y religiosa las que lo instaban a ello.

En ese sentido, el Common Law, que eran los jueces comunes del Rey que aplicaban el derecho común inglés, tuvieron diversos problemas para dirimir

controversias entre los diversos elementos personales del “use”, en tal virtud el Rey establece que para dirimir controversias era necesario presentarse a una instancia superior que determinaría la solución, con lo que faculta al canciller del Rey para esa tarea.

Para dirimir la problemática suscitada, por la incompetencia del Common Law, en el sentido de no poder intervenir en asuntos del “use” por no estar regulado dentro del derecho común, se presenta entonces el hecho de incorporarlo dentro de la legislación o equity en el derecho anglosajón y al pasar de un derecho consuetudinario no regulado a regulado, cambia de nombre y en lugar de “use”, pasa a denominarse “trust”, que tenía las mismas funciones del “use”, pero con una regulación más estructurada, a efecto de resolver situaciones que surgieran, así como las diferencias entre las partes.

Los elementos personales que intervienen en la figura del Trust son los siguientes:

a) El settlor.- Es quien realiza el acto de disposición y da los bienes en trust a un segundo sujeto, el sujeto creador del trust es el settlor; a él corresponde, por declaración unilateral de su voluntad manifestada por escrito, afectar determinados bienes para la realización de un cierto fin que encomienda al trustee.

b) El trustee.- A quien se le confía el destino de ciertos bienes y es éste quien debe de realizar los actos tendientes a la consecución de tal fin, que es en provecho de una tercera persona, a quien se le transmite el dominio legal de los bienes afectados a un trust por el settlor, por ese acto; se trata del sujeto obligado a realizar los fines para los que dichos bienes fueron afectados.

Su carácter le permite ejercer los derechos sobre los bienes de que se trate y los derechos que fuere necesario ejercitar, para lograr el fin que se debe de alcanzar. Si bien para el funcionamiento del trust no es necesario designarlo al momento de que éste se constituya, de no hacerlo, corresponde al tribunal hacer esa designación.

Los trustees, están obligados a conducirse en su gestión como si se tratará de bienes propios, son responsables por los daños que cause su negligencia en el desempeño de su cargo y deben acatar todas y cada una de las disposiciones establecidas por el settlor o del cestui que trust, además como se trata de un cargo de confianza, están impedidos para adelgazar sus funciones, salvo que estuvieren expresamente autorizados para ello.

c) El cestui que trust.- La persona en favor de quien se constituyó y funciona el trust, esto es, su beneficiario, lleva el nombre de cestui que trust.

Los derechos de los que es titular, son dos fundamentalmente:

“1.- Obligar al trustee a que cumpla con los fines del trust, y

2.- Perseguir los bienes sujetos al régimen del trust, cuando se encuentren en manos de terceros por actos indebidos del trustee, para reintegrarlos a la masa de la que deben de formar parte”.²

Ahora bien, “el cestui que trust, debe ser una persona definida; sin embargo, existe el charitable trust, en el que no se requiere designación de un

² VEGA CORONA, Dolores, “Breve Esbozo del Trust Anglosajón”, revista de Derecho y Legislación, año 52, Números 626-628. Julio Septiembre 1963. p.138

sujeto de derecho como beneficiario, sino algo tan genérico e imparcial sobre todo, como la paz universal, el alma de un muerto, provecho de animales, para tutelas incapaces, administrar herencias, etc”.³

1.4. Derecho Positivo Mexicano

En México, el fideicomiso no era entendido como tal, sino que con la terminología y aplicación necesaria para el trust. A principios del siglo XX se utilizaba en nuestro país una variedad de trust, de gran importancia dentro del desarrollo de otros países principalmente Estados Unidos, ya que la utilización que se observaba era como instrumento de garantía, en las emisiones de bonos que irán destinadas al financiamiento de la construcción de ferrocarriles, para entonces se encontraba vigente el Código Civil de 1884 y la Ley de Ferrocarriles de 1889, mismas que permitieron la utilización dentro del cuerpo de su legislación, de un instrumento que se llamaba en ese entonces el “Trust Deed” que era el idóneo para garantizar el pago de los financiamientos otorgados, mismos que aún cuando se otorgaban en el extranjero, “tenían efectos jurídicos conforme a la legislación mexicana”⁴ mediante la cual se especifica con la consolidación de Ferrocarriles Nacionales, mediante la colocación de bonos en el extranjero los puntos a seguir para aplicar el Trust.

Fue tan importante la colocación de bonos en el extranjero, que la Industria ferrocarrilera perteneciente y administrada por el gobierno federal, comenzó su evolución hacia el desarrollo que le permitieron las actividades principalmente comerciales, para lo cual había sido creada.

³ CLARET Y MARTÍ, Pompeyo, “De la Fiduciaria y el Trust”, Bosch, Barcelona, 1946. p. 69

⁴ VELASCO, Emilio “Los Instrumentos del Trust y los Ferrocarriles Nacionales”, Revista General de Derecho y Jurisprudencia, México 1932, Tomo Tercero. p.33

Proyecto Limantour

En noviembre de 1905 fungía como secretario de hacienda el Sr. José Y. Limantour, quien envió a la Cámara de Diputados una iniciativa que facultaba al Ejecutivo Federal a expedir una ley, para que dentro de la República, pudieran constituirse instituciones comerciales encargadas de desempeñar las funciones de Agente “fideicomisario”. En realidad el autor del proyecto fue el Lic. Jorge Vera Estañol, pero se conoce como proyecto Limantour por el hecho que dentro de la gestión sexenal, firmó la iniciativa el entonces Secretario de Hacienda, pero se considera como el primer intento legislativo Mundial de Adopción del Trust, a los sistemas nacional de matices profundamente Romanistas

Este proyecto iba dirigido fundamentalmente a las compañías fideicomisarias, cuya función principal consistía en ejecutar actos y operaciones en los cuales no tenían interés directo, sino que obraban simplemente como intermediarios, ejecutando imparcial y de una manera fiel los actos y operaciones en beneficio de las partes verdaderamente interesadas o de terceras personas, dichas compañías funcionaban hasta antes de la iniciativa de esa forma, pero el objetivo principal de la iniciativa era la creación de compañías fideicomisarias que, bajo una rigurosa inspección, aplicará 8 principios básicos que eran:

- 1.- Que en el encargo hecho al fiduciario por virtud del contrato respectivo se le facultará para cualquier acto, operación o contrato lícito, respecto a bienes determinados para beneficio de alguna o todas las partes del contrato o de un tercero o las consecuencias legales del mismo contrato.
2. El fideicomiso importará un derecho propiedad, usufructo, hipoteca respecto de los bienes sobre los cuales se constituya.

3. Para que una institución fiduciaria pueda considerarse legalmente constituida, deberá reunir los requisitos de ley, además ser autorizada por la Secretaría de Hacienda al comenzar sus operaciones.

4. Cuando se autorice el funcionamiento de una institución fiduciaria, se le permitirá ejecutar cualquier otro acto, que no sea legalmente incompatible con cualquier otra de sus funciones fundamentales.

5. La ley fijará los términos en que las compañías fiduciarias deban de garantizar su cumplimiento y el tiempo en el cual la Secretaría de Hacienda supervisará su funcionamiento.

6. Pueden concederse excepciones y privilegios a las compañías fideicomisarias siempre y cuando se sujeten fielmente a lo establecido por la ley.

7. Se faculta al Ejecutivo Federal para realizar las modificaciones necesarias a la legislación vigente ya sea civil, mercantil o de procedimientos en los puntos que estrictamente sean necesarios, para el buen funcionamiento de las instituciones fiduciarias.

8. Se enviaba el mismo día que se firmó para que fuese discutida, pero nunca cobró la categoría de ley, por lo que simplemente se quedó en proyecto, en realidad tiene el mérito de constituir el primer intento legislativo en nuestro país, para adaptar el trust a un sistema de tradición romanista.

Proyecto Creel

Surge en el año de 1924 una vez terminada la revolución, en una convención celebrada en febrero del mismo año, donde el Sr. Enrique C. Creel expuso que se había iniciado en la República la creación de compañías

bancarias de fideicomiso y ahorros, que eran un reflejo de lo que sucedía en esos momentos en los Estados Unidos, manifiesta además que la principal operación de las instituciones de fideicomisos era la aceptación de hipotecas, contratos, propiedades y bonos de ferrocarriles; por lo que era necesaria la aplicación de nuevas reglas en la materia, para lo cual proponía varios puntos:

1. Las compañías bancarias de fideicomiso y ahorro contarían con un capital de \$500,000 en el Distrito Federal y de \$250,000 en los Estados.
2. Podían las compañías, recibir hipotecas en garantía de los bonos que se emitieran de las sociedades y celebrar toda clase de contratos de fideicomiso.
3. Ejecutar funciones de albacea, administrador, tutor o síndico en concursos.
4. Servir como peritos valuadores en toda clase de bienes.
5. Conservar en depósito los bienes de incapacitados.
6. Recibir y guardar los contratos condicionales celebrados por empresas o particulares.
7. Pagar impuestos y gastos de su clientela.
8. Llevar libros de registro para transmisión de acciones.
9. Expedir certificados sobre la invalidez de toda clase de títulos de propiedad.
10. Llevar registros de capitales y notas de su clientela.
11. Hacer operaciones bancarias de depósito y establecer cajas de ahorros.

El Proyecto llevaba el objetivo de reformar la legislación que se aplicaba en la época, adecuándola a los sistemas mercantilistas que se desarrollaban en los Estados Unidos. En esa época los financiamientos otorgados para construcción de ferrocarriles y procesos de infraestructura, llevaban consigo ciertas reglas por las cuales se otorgaban, aplicandose criterios financieros bastante estrictos por parte del gobierno de los Estados Unidos principalmente; esta situación al parecer subsiste hasta nuestros días pero con la participación del Banco Mundial y el Fondo Monetario Internacional.

Ley de Instituciones de Crédito y Establecimientos Bancarios de 1924

En diciembre de este año se dicta la ley que disponía que las instituciones que reglamentaba tenían en común, la función de facilitar las operaciones y el uso del crédito, entre las instituciones objeto de la ley quedaban comprendidos los bancos de fideicomiso a los cuales se les concedía un régimen de concesión estatal, las concesiones tenían una duración máxima de treinta años a partir de la fecha de la ley. Las funciones de los bancos de fideicomiso, consistían en que servían a los intereses del público usuario en varias formas y principalmente administrando los capitales que se les confiaban e interviniendo con la representación de sus suscriptores o tenedores de bonos de hipoteca, la misma ley anunciaba que los bancos se regirían por la ley especial que para tal efecto habría de expedirse.

Proyecto Vera Estañol

El señor Jorge Vera Estañol quien fue el creador del Proyecto Limantour, preparó uno nuevo dirigido a la Secretaría de Hacienda, sobre las compañías fiduciarias y de ahorro en marzo de 1926, en esa iniciativa planteó que los actos, operaciones y contratos que las compañías realizaran en relación a sus

funciones fiduciarias, consistían en adquirir, enajenar, gravar, poseer, explotar, administrar o intervenir los bienes objeto del fideicomiso y en general, en ejercer cualquier otro derecho sobre bienes o respecto de ellos. Podían ser objeto del fideicomiso, también los bienes muebles en general y cualquier derecho exceptuando aquellos que conforme a la ley, no pudieran ser ejercidas sino directa e individualmente por la persona a la cual pertenecieran.

Entre los fines o propósitos para los cuales podía crearse el fideicomiso salvo las limitaciones legales, estaban la venta, la adjudicación, enajenación o gravamen de los bienes materia del fideicomiso; el pago o distribución a otras personas del producto obtenido mediante cualquiera de los actos nombrados, así como la explotación, aprovechamiento y entrega o aplicación de una parte o de la totalidad de los frutos o productos. En este proyecto, si bien trataba de brindar mas amplitud a la aplicación de los fideicomisos en las diversas operaciones financieras comunes, también se protegían las instituciones públicas, poniendo restricciones en algunas operaciones en las cuales intervenía el gobierno.

Ley de Bancos de Fideicomiso de 1926

Esta ley se promulga el 30 de junio de 1926, los temas medulares que se trataban se distribuían en 5 capítulos de los cuales al numerarlos encontramos los siguientes: objeto y constitución de los bancos de fideicomiso, operaciones de fideicomiso, departamento de ahorros, operaciones bancarias de depósito y descuento y por último se trataban disposiciones generales.

La principal acción de estos bienes en materia de fideicomiso, la constituía la celebración por cuenta ajena en favor de terceras personas autorizadas por la ley, cuya ejecución se confiaba a su honradez y buena fe; como objeto secundario tenían el establecimiento de un departamento de ahorro y la práctica

de las operaciones de la banca de depósito y descuento, además de contar con ciertas limitaciones en éste rubro.

Una de las tantas limitaciones la constituía la prohibición que los bancos y compañías del extranjero tuvieran agencias o sucursales cuyo objeto fuera la práctica de operaciones de fideicomiso.

Dentro de las aportaciones importantes en relación al aspecto doctrinario de la ley en estudio, es la definición que en la misma se hace de lo que se consideraba el fideicomiso, diciendo que es un mandato irrevocable en virtud del cual se entregan al banco con carácter de fiduciario, determinados bienes para que disponga de ellos o de sus productos según la voluntad de quien los entrega llamado fideicomitente, a beneficio de un tercero llamado fideicomisario o beneficiario.

Se toman en cuenta también, el hecho de que los fideicomisos sólo podrían constituirse si perseguían un fin lícito; además de que el banco fiduciario podría ejercitar en cuanto a los bienes fideicomitados todas las acciones y derechos inherentes al dominio aunque no se hubieren incluido dentro del cuerpo del convenio constitutivo del fideicomiso, lo que provoca que las funciones del banco fiduciario fueran tan extensas que en ocasiones se extralimitaban en las mismas, en el sentido de observar el mayor cuidado de la administración de los bienes fideicomitados.

Es importante señalar que dentro de las funciones extraordinarias otorgadas a los bancos de fideicomiso, éstos no podrían enajenar ni gravar dichos bienes a menos de tener la facultad expresa de ser indispensables esos actos para la ejecución del fideicomiso. En caso de existir malversación de los bienes fideicomitados por parte de la institución del fideicomiso, ésta sería separada inmediatamente de su cargo a petición del fideicomitente,

fideicomisario, o bien del Ministerio Público en su caso, además de que en caso de dirimirse controversias entre las partes involucradas las mismas deberían de ventilarse en un juicio mercantil ante los tribunales comunes.

Ley General de Instituciones de Crédito y Establecimientos Bancarios de 1926

La Ley de Bancos de Fideicomiso fue abrogada por esta ley, que se publicó el 31 de agosto del mismo año y para evitar la confusión en la aplicación directa de los artículos enumerados en la primera, ésta última se limitó a transcribir íntegramente el contenido de aquélla, logrando con eso la aplicación estricta de su capitulado durante 6 años consecutivos.

Ley General de Instituciones de Crédito 1932

Esta ley aparece en el mes de junio de 1932 y su contenido está basado en la exposición de motivos de la misma, declara que la ley de 1926 se había introducido en México rompiendo con la tradición, pero que de aplicarse podría ser benéfico, pues ello lograría el desarrollo económico del país.

Dentro de esta ley sólo se autoriza la constitución del fideicomiso cuando el fiduciario fuera una institución sometida a la vigilancia del Estado y mantenía todas las prohibiciones pertinentes a efecto de impedir que las relaciones fiduciarias estuvieran alejadas del comercio jurídico normal.

Algo novedoso en el contenido de esta ley lo constituye el hecho que dentro de la contabilidad de las instituciones, los bienes y valores, así como los derechos dados en fideicomiso, lo mismo que sus productos se harían constar en cuenta especial, sin que en ningún caso estuvieran inmersos en otras responsabilidades o al ejercicio de otras acciones que no deriven directamente

del fideicomiso mismo o de las que conforme a la ley correspondieran a un tercero.

Ley General de Títulos y Operaciones de Crédito de 1932

Se promulga el 26 de agosto del mismo año y tomando en cuenta la exposición de motivos de la misma, la nueva ley conservaba el principio de la Ley General de Instituciones de Crédito y Establecimientos bancarios de 1926, en relación a la admisión del fideicomiso expreso y no tácito o verbal, establecía además de que no podía existir alguna otra institución que realizara funciones similares al fideicomiso pues esto acarrearía problemas, en el sentido de querer eludir la legislación mexicana, implantando instituciones o actos comerciales semejantes a los establecidos en nuestra legislación.

Ley General de Instituciones de Crédito y Organizaciones Auxiliares de 1941

Es promulgada el 2 de mayo del mismo año y dentro del rubro encomendado a las instituciones fiduciarias, sufre muy pocas modificaciones sólo en el aspecto de añadir algunos cometidos que son propios de estas instituciones y ciertas normas nuevas, por las cuales deben regirse las operaciones de inversión que realice la institución fiduciaria en apego a lo establecido dentro del convenio de fideicomiso, principalmente cuando se trate del acto de mandato o de comisión cuando la naturaleza de estos no se especifique de una manera precisa.

Se establece en la ley una particularidad importante que desencadena en el punto referente a la notificación que deberá hacerse a los interesados que forman parte integrante del fideicomiso, de todas las operaciones inherentes al

mismo, aún aquéllas que no interesan directamente a algún miembro en particular.

Ley Reglamentaria del Servicio Público de Banca y Crédito de 1985

Esta Ley retoma varios de los elementos plasmados en la Ley General de Instituciones de Crédito y Organizaciones Auxiliares de 1941, tiende a especializar los temas, para encuadrarlos en el ámbito de la competencia de cada uno de los organismos que conforman el sistema financiero mexicano, preparando el camino para la incursión dentro de la globalización.

Ley de Instituciones de Crédito

Esta ley fue publicada en el Diario Oficial de la Federación el día 18 de julio de 1990, la cual a su vez fue modificada por los decretos publicados los días 23 de diciembre de 1993, 22 de julio de 1994 y 15 de febrero de 1995, además de ser modificada por la Ley de la Comisión Nacional Bancaria y de Valores misma que fue publicada el 28 de abril de 1995.

Los elementos más importantes a destacarse dentro de esta ley, son los relativos a los servicios que prestarán las instituciones de crédito, en este sentido se expresa que en las operaciones de fideicomiso, entre otras, las instituciones abrirán contabilidades especiales por cada contrato, de igual manera establece que las instituciones de crédito podrán realizar diversas operaciones entre las que se encuentran la práctica de operaciones del fideicomiso a que se refiere la Ley General de Títulos de Operaciones de Crédito, llevar a cabo mandatos y comisiones, menciona también que las instituciones desempeñarán su cometido y ejercerán sus facultades por medio de delegados fiduciarios.

Otro dato a destacarse dentro de la ley es que las operaciones con valores que realicen las instituciones de crédito en cumplimiento de fideicomisos, la deberán realizar en los términos de lo dispuesto por ésta ley y la Ley del Mercado de Valores.

Un elemento trascendente incluido en esta ley lo constituye el hecho de que el personal que las instituciones de crédito utilice directa o exclusivamente para la realización de fideicomisos, no formará parte del personal de la institución sino que, según los casos se considerará al servicio del patrimonio dado en fideicomiso.

Otro elemento más que se vierte en esta ley, es que a falta de un procedimiento convenido en forma expresa por las partes en el acto constitutivo de los fideicomisos, que tengan por objeto garantizar el cumplimiento de obligaciones, se aplicará el procedimiento establecido en el artículo 341 de la Ley General de Títulos y Operaciones de Crédito, siempre y cuando esta petición sea realizada por el fiduciario. De igual forma, cuando la institución de crédito sea declarada por sentencia ejecutoriada, culpable de las pérdidas o menoscabo de los bienes dados en fideicomiso por negligencia grave, procede su remoción como fiduciario; asimismo, para acreditar la personalidad de los delegados fiduciarios, bastará exhibir una certificación de su nombramiento expedido por el secretario o prosecretario del consejo de administración o consejo directivo.

Otro punto más que se encuentra en esta ley, es el relativo a que las instituciones de crédito tendrán prohibición para dar en garantías sus bienes, cuando se trate de la realización de operaciones en fideicomiso, así como responder a los fideicomitentes.

CAPÍTULO II

DIVERSOS ELEMENTOS DE ESENCIA DE LOS FIDEICOMISOS

2.1. Concepto de fideicomiso

Negocio jurídico mediante el cual el fideicomitente en un acto de voluntad libre transmite, al fiduciario la titularidad de ciertos bienes y derechos, quien esta obligado a disponer de aquellos o ejercer estos, quien está obligado a disponer de los bienes y ejercer los derechos con la finalidad lícita y determinada, para la realización de los fines establecidos en beneficio del fideicomisario.

2.2. Naturaleza jurídica

Es una figura jurídica que puede clasificarse dentro de la categoría de los actos libres, en los cuales se manifiesta plenamente la autonomía del sujeto.

En otros términos, el fideicomiso como negocio jurídico es un acto de voluntad libre, que tiende a un fin sancionado por el ordenamiento jurídico y que en consecuencia de ello, produce determinados efectos jurídicos.

Los negocios jurídicos requieren de ciertos elementos para su completa estructuración, la observancia de todos y cada uno de ellos comprenden la integración del negocio dentro de la legalidad.

En la medida en que se observa la presencia de todos los elementos, podremos contar una o varias voluntades que persigue cada uno de los objetos determinados. Además existen ciertos negocios jurídicos, en los que al

celebrarse, es necesaria la configuración de algunas formalidades específicas, las que debido a su importancia y la manera en que se aplican admiten la denominación de solemnidades.

Todos estos elementos a su vez deben reunir determinados requisitos.

Es cierto que cualquier manifestación de la voluntad, debe provenir de un individuo al que el ordenamiento jurídico le reconozca la capacidad necesaria para poder externar su voluntad, no solamente eso sino además, esa manifestación deberá ser libre, consciente y en apego a la formalidad establecida por la norma jurídica aplicable.

Referente al objeto, este deberá encontrarse dentro del supuesto de la posibilidad, tanto física como jurídica, además de no contrariar a las leyes impuestas de orden público y las buenas costumbres.

Es insustituible el hecho de que la misma observancia deberá contener tanto el fin como el motivo, así como la condición del negocio jurídico que se trate.

A reserva de la explicación que de cada uno se da en líneas posteriores, cabe señalar que son elementos esenciales del negocio jurídico los siguientes: manifestación de la voluntad, objeto y solemnidad, los dos primeros son comunes en todos los negocios, y el último solamente en los asuntos en que el ordenamiento legal lo indique. Si bien es cierto los elementos de validez condicionan en efecto la validez del negocio, también lo es que pueden considerarse como requisito de los esenciales, o sea, el negocio debe ser lícito y la manifestación de la voluntad o el consentimiento requieren venir de una persona capaz para celebrar actos jurídicos.

Para los elementos esenciales existen algunas denominaciones destacadas por determinados autores, quienes los califican como elementos de "Existencia".⁵ algunos otros como elementos de Definición, "Constitutivos o Fundamentales".⁶ sin que sea dicha denominación una enunciación restrictiva.

Independientemente de cual sea la correcta caracterización para los elementos descritos, lo cierto es que la manifestación de la voluntad y el objeto, son elementos esenciales, materiales o de fondo y la solemnidad es un elemento esencial o de forma, por lo que al trasladarse a los fideicomisos estos deberán observarse si es que se ha pactado tal situación.

2.3. Manifestación de la voluntad de las partes entendido como el consentimiento

Para que tenga lugar una plena manifestación de la voluntad, ésta debe ser externada y de una forma consciente. Así, una voluntad sin exteriorizarse, es decir, el fenómeno psicológico que ocurre dentro del individuo como la configuración, la deliberación e inclusive la decisión, es insuficiente para poder celebrar el negocio requerido, ya que en ningún momento se manifiesta. De la misma forma la declaración externa aislada, esto es, con independencia de la voluntad, tampoco configura dicho elemento.

En consecuencia, la manifestación de la voluntad como elemento esencial del fideicomiso, es una declaración concordante con la voluntad interna que la originó, esto es, podríamos decir que es un acto interno del querer, una vez que se ha formado, debe manifestarse al exterior.

⁵ GUTIÉRREZ Y GONZÁLEZ, Ernesto. Derecho de las Obligaciones. Quinta Edición. Editorial Cajica. México 1980. p. 93

⁶ ROJINA VILLEGAS, Rafael, Elementos de Derecho Civil”, T. III, Editorial Porrúa. México 1986. p.121.
BONECASE, Julien, “Elementos de Derecho Civil”, Tomo I, Ed. Cardenas. México 2002. pág. 224

Por lo que al hacerse externa la voluntad y actualizarse el supuesto normativo previsto en el ordenamiento jurídico, se genera la obligación respectiva sin soslayar que el querer interno es fundamento de la voluntad externada.

“La manifestación de la voluntad puede ser expresa o tácita”.⁷ Es expresa cuando su realización es mediante cualquiera de los medios, por los que el ser humano se comunica con sus semejantes, la voz, la escritura, los gestos o ademanes. La voluntad es tácita cuando, aunque no se manifiesta por una declaración formal (voluntad expresa), resulte de los hechos, los cuales revelen un propósito determinado. Es importante en este sentido, recalcar que la voluntad tácita no sólo tiene manifestación cuando se realizan determinados hechos, sino que también al demostrarse determinadas abstenciones.

Ahora bien, la voluntad individual, cualquiera de que se trate, es insuficiente para la integración del elemento esencial del que se comenta, cuando los negocios jurídicos son plurilaterales como el caso de los fideicomisos, precisamente porque el número de voluntades que se necesitan para su realización, deben ser más de una y en ese sentido podríamos ejemplificarla siguiente reflexión: “yo puedo querer sola, pero no puedo consentir sola, porque el consentimiento es un acuerdo de voluntades.”

El consentimiento como elemento esencial de los fideicomisos, así como los negocios jurídicos contractuales es simplemente un acuerdo de voluntades; sin embargo, cabe hacer mención de que dicho acuerdo siempre tiene que observar la concurrencia de dos o más voluntades, como en el caso del fideicomiso en el que por incidir dos o más personas, se habla de de negocios jurídicos plurilaterales.

⁷ BONECASE, Julien, “Elementos de Derecho Civil”, Tomo I, Ed. Cardenas. México 2002. pág. 224

El punto más discutido por parte de los doctrinarios, lo constituye el estudio mismo de la figura del fideicomiso o sea, el intentar de determinar si se trata de un negocio jurídico unilateral, por quedar constituido por la simple manifestación de voluntad del fideicomitente, o bien si al contrario, es plurilateral al requerirse para su constitución la presencia de dos voluntades por lo menos.

Al respecto algunos estudiosos de la figura, como el Maestro Cervantes Ahumada para constituir la declaración unilateral de la voluntad es necesario exteriorizarla, “el fideicomiso se encuentre establecido dentro de un contrato, no será constituido hasta que no se cuente con la voluntad del fideicomitente”.⁸ La anterior teoría la adopta también Molina Pasquel en su libro de los Derechos del Fideicomiso.

Hay quienes difieren del criterio antes citado, como el Maestro Joaquín Rodríguez y Rodríguez para quien “el fideicomiso es normalmente un negocio unilateral al testar, ya que dicha voluntad es obligatoria para quien está destinado en el caso concreto el fideicomisario”.⁹ Sosteniendo dicha opinión en que una vez externada la voluntad no podrá modificarse si así se estipula en el mismo fideicomiso, pero sí admite por otra parte la posibilidad de ser un acto bilateral, cuando en el acto de referencia, tanto fideicomitente como fiduciario manifiestan intereses opuestos que pudieran provocar conflicto y que dirimen, mediante el acuerdo de sus voluntades expresadas en el contrato de fideicomiso.

A manera de glosario y en referencia a la opinión de los anteriores autores, se debe considerar que dentro de su punto de vista cada uno de ellos tiene razón, pues la figura del fideicomiso presenta una gran flexibilidad, además de las múltiples formas en que pueda utilizarse dentro de nuestro derecho.

⁸ CERVANTES AHUMADA, Raúl. “Títulos y Operaciones de Crédito”, Editorial Porrúa. México 1984, p. 305.

⁹ RODRÍGUEZ Y RODRÍGUEZ, Joaquín “Cursos de Derecho Mercantil”, Editorial Porrúa. México 1957, T. II, p. 120.

En el caso testamentario por ejemplo, es bastante visible la presencia de la manifestación unilateral de la voluntad, pero surge también una bilateralidad en el momento en que existen ciertas reglas contractuales que limitan y especifican las funciones de cada una de las partes y para que sean validas esas limitaciones, deberá existir también un acuerdo de 2 o más voluntades que lo provoquen, tal es el caso de los fideicomisos de inversión, donde el fideicomitente, es el mismo beneficiario del fideicomiso pero que deberá establecer cierta normatividad contractual que sin el apoyo y acuerdo de voluntades, con la institución fiduciaria, no sería posible regular además de que no reuniría las características previstas en la ley, lo que provocaría a su vez que se estuviera en la presencia de una figura jurídica ilícita.

Analizadas o expuestas a las dos corrientes podríamos ensayar la siguiente conceptualización, es una declaración unilateral de la voluntad, pero no sólo eso, sino que además el contrato que se celebra entre fideicomitente y fiduciario o juez de primera instancia, según lo expresa el segundo párrafo del artículo 383 del Código Civil para el Distrito Federal por una parte e instituciones fiduciarias por la otra, tiene como objeto definitivo, no la constitución del fideicomiso sino la ejecución del mismo.

Concretamente, uno es el acto unilateral por el que el fideicomiso va a determinar ciertos bienes a un fin lícito determinado y otro, el contrato mediante el cual el fideicomitente o juez de primera instancia del lugar, encomienda la realización del fin a una institución fiduciaria, la que acepta todos los actos tendientes a la realización de tal fin.

2.4. Objeto o fin

Una vez estudiado el punto de la manifestación de la voluntad, es importante distinguir el hecho de ¿Para qué se ponen de acuerdo? ¿Para qué existe un acuerdo de voluntades?, al respecto es pertinente señalar que existe un objeto o una finalidad que es el nacimiento de los efectos jurídicos los cuales consisten en la creación, transmisión, modificación o extinción de relaciones o estados jurídicos.

El acuerdo de voluntades o la manifestación unilateral de la misma, tendrá en todo momento la definición de cual será su finalidad, tomando en cuenta ésta se traducirá en el hecho de realizar una conducta activa o pasiva, esto es, que provocará la función de hacer o no hacer y ello conllevará a afirmar que existirán objetos o fines directos e indirectos que por su naturaleza, difieren uno del otro, pero a su vez se encuentran íntimamente ligados, en el sentido de que la parte sustantiva del mismo objetivo lo constituirá el objeto directo, es decir, que se expresará la obligación de llevarlo a cabo o no hacerlo y por otro lado, el punto principal de dicho objeto lo constituye la situación indirecta, que será el hecho de realizar físicamente o moralmente lo estipulado en el objeto directo o también el no llevarlo a cabo y provocar con ello una conducta pasiva que al final se traducirá en una obligación de no hacer.

Ahora bien, tratándose de objetos directos o indirectos del negocio jurídico que nos ocupa (el fideicomiso) ambos deben reunir ciertas características que la doctrina y la ley, esta última de una manera especial y primordial, les establecen; como lo es el hecho de que el primero habrá de ser jurídicamente posible y en el segundo dicha posibilidad no se limita a ser únicamente jurídica sino física, estar en el comercio y ser determinada y determinable.

2.4.1. Objeto directo e indirecto

Toda manifestación de la voluntad individual o colectiva, tiene un común denominador que será el objetivo a seguir y la conclusión del mismo, de tal suerte que en los negocios jurídicos el objeto directo es, el nacimiento de todas las consecuencias jurídicas o sea la creación, la modificación o extinción de derechos y obligaciones dentro del fideicomiso de situaciones jurídicas concretas; por su parte, el indirecto es precisamente la conducta del individuo en relación a proporcionar la acción ya sea positiva o negativa, la diferencia existe principalmente en el término sustantivo y el objetivo, lo cual provoca que el primero sea la generación concreta de obligaciones el fondo de la situación planteada y el segundo la prestación a cargo del obligado, que puede como ya se mencionaba con anterioridad ser positiva de dar, hacer o negativa en el sentido de abstenerse.

En ese orden de ideas se puede decir, que la cosa como objeto indirecto, deberá estar en el comercio tal y como lo menciona el artículo 1825 del Código Civil, además de existir en la naturaleza, e identificable en cuanto a su especie en este sentido es preciso señalar los lineamientos que deberán seguir los puntos que se tomarán en cuenta dentro del contrato de fideicomiso a celebrar.

Las anteriores ideas, nos son útiles en el tema tratado en este trabajo para lo cual, es importante señalar que los efectos jurídicos creados por la constitución del fideicomiso son en primer lugar el régimen a que se someten los bienes fideicomitidos, los cuales se consideran 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 lo que expresamente se reserve el fideicomitente, los que por el deriven del fideicomiso mismo o los adquiridos con anterioridad a la constitución del fideicomiso, por el fideicomisario o por terceros, esto según lo establecido por la Ley General de Títulos y Operaciones de Crédito en su artículo 386.

En segundo término y en relación al fideicomisario, si es que existe, independientemente de los derechos que nazcan para él con motivo de la celebración del contrato de fideicomiso, tendrá derecho a nombrar a la fiduciaria para que ésta realice el fin u objetivo correspondiente, además de todos los derechos y obligaciones o inclusive limitaciones que el acto constitutivo de fideicomiso le confieren.

Es importante destacar en este sentido, lo que versa el artículo 390 de la Ley General de Títulos y Operaciones de Crédito, en relación a que si el fideicomitente designó en el acto constitutivo del fideicomiso a determinada fiduciaria para encargarle la ejecución el fin del fideicomiso, ello tendrá como consecuencia que la fiduciaria deberá de aceptar el desempeño del cargo, por el mandato contenido en el artículo de referencia.

Los elementos que integran el objeto indirecto del fideicomiso pueden serlo toda clase de bienes y derechos, en consecuencia, es factible que pueda ser objeto cualquier derecho real lo tenga cualquier derecho real o de crédito, bienes corpóreos muebles o inmuebles, títulos de crédito, etc., los cuales deberán existir forzosamente en la naturaleza, para reunir la característica establecida en el concepto de posibilidad jurídica, además de estar en el comercio, así como ser determinados o determinables en cuanto a su especie.

Cabe mencionar en este punto, que uno de los objetivos fundamentales de la fiduciaria, independientemente de que no sean pactados en el contrato constitutivo de fideicomiso, es cumplir el fideicomiso conforme a lo pactado en el mismo, conducirse conforme lo menciona específicamente la Ley General de Títulos y Operaciones de Crédito, como un buen padre de familia y responder de las pérdidas y menoscabo que por su culpa sufran los bienes fideicomitados; objetivo de los anteriores comentarios, se hacen con la finalidad de enmarcar el

punto relativo al fin que deberá perseguir el fideicomiso, ya sea que se haya pactado en el contrato mismo o que derive la ley específica.

a) Escritura pública, testamento

Escritura pública

Tomando en cuenta la opinión respecto a la esencia plena del fideicomiso por parte del derecho angloamericano, es importante destacar que aun cuando la escritura pública es una formalidad en los preceptos consuetudinarios o de hecho dentro de la formación de los fideicomisos, cabe aseverar que la observancia de las reglas establecidas para los mismos, deberán ser observados por quienes intervengan dentro de la relación fiduciaria, lo anterior parece lógico, pero la ley establece la intención de que las estipulaciones se manifiesten de manera apropiada; en ausencia de reglas concretas al respecto, no sólo pueden regirse las relaciones por manifestaciones verbales o por escrito, sino también por actos de conducta.

En el derecho español, existió el Proyecto Alfaro, dentro del cual se manifestaba que el fideicomiso podía constituirse entre vivos, por escritura pública, por documento privado o aún verbalmente salvo en este último caso al tratarse de bienes inmuebles es necesario observar las limitaciones que establece el Código Civil, en el sentido de que tratándose de los bienes que se mencionan o sea el fideicomiso que constituye sobre bienes raíces, deberá obrar en escritura pública registrada, lo anterior es manifiesto según lo dispuesto por el artículo 2320 del Código Civil.

En nuestro derecho, por lo que se refiere a la ley de fideicomisos de 1926 se establecía que el fideicomiso podía realizarse mediante escritura pública o por documento privado.

En la legislación actual del derecho positivo mexicano, prescribe que la constitución de los fideicomisos deberá siempre constar por escrito y ajustarse a los términos de la legislación común sobre transmisión de los derechos o transmisión de la propiedad de las cosas que se den en fideicomiso, esto es importante desde el punto de vista práctico, pues se pueden eliminar un sinnúmero de obstáculos administrativos que conllevan al desarrollo óptimo de la actividad que se pretende desempeñar dentro de los fideicomisos; al referirnos a la legislación actual estaremos aplicando lo que establece el artículo 387 de la Ley General de Títulos y Operaciones de Crédito para interpretarlo en el punto exclusivo de la constitución de los fideicomisos.

Cabe señalar que aplicando un apoyo supletorio de leyes, encontramos a manera de respaldo, lo que dispone el Código Civil en su artículo 2316 en el sentido de que el contrato de compraventa no requiere para su validez formalidad alguna especial que vendría siendo la escritura pública, sino cuando recae sobre un bien inmueble. Al respecto el artículo 2317 establece que la enajenación de bienes inmuebles cuyo valor de avalúo no exceda al equivalente a trescientas setenta y cinco veces el salario mínimo general diario vigente en el D.F. podrá otorgarse en documento privado, por los contratantes ante dos testigos; por su parte el artículo 2320 del mismo Código, establece que si el valor del inmueble excede de trescientas setenta y cinco veces el salario mínimo general diario vigente en el D.F. en el momento de la operación su venta se hará en escritura pública. Para efecto de las donaciones se estipula en el artículo 2345 del Código de referencia, que tratándose de donación de bienes raíces se hará en la misma forma que para su venta exige la ley.

Por lo anterior, es factible asegurar que por el monto del valor de los inmuebles en la actualidad, es necesario que los fideicomisos si se realizan sobre bienes raíces, sean en su totalidad, otorgados mediante escritura pública, no así tratándose de muebles que para su constitución no es necesaria tal formalidad.

Testamento

Por lo que se refería en la antigüedad al fideicomiso testamentario o por testamento, éste debería ser otorgado con las formalidades que le eran características, esto es, que debería estimarse como un acto testamentario, pero cuyos efectos hayan de surtirse después de la muerte del fideicomitente.

Esta aseveración no es válida en nuestro derecho en el sentido de que una vez que se establece el contrato de fideicomiso, el mismo puede aplicarse sin necesidad de esperar a que fallezca el constituyente o los constituyentes salvo en que el mismo contrato así lo establezca.

El testamento como tal, puede no ser siempre por escrito como lo establece el Código Civil, pero para efectos prácticos dentro de la actividad fiduciaria es importante establecer reglas que la regulen, pues al no haber una legislación específica al respecto, se cae en el error de mal interpretar las disposiciones establecidas, cuando el fideicomiso se adquiere de una forma no idónea dentro de un testamento, de los que se enumeran para tal efecto en el Código Civil.

Es preciso pues, establecer los lineamientos, suprimiendo lo establecido en el Código Civil y trasladarlo a la ley aplicable en materia mercantil en el punto específico del fideicomiso testamentario, pues el Código Civil establece en su artículo 1500, que el testamento ordinario puede ser, público abierto, mismo que se otorga ante notario y tres testigos idóneos; público cerrado, que puede ser escrito por el testador o por otra persona a su ruego en papel común. El ológrafo, que es el escrito de puño y letra por el testador, y el especial que puede ser privado, militar, marítimo o hecho en país extranjero.

En este sentido, sí es necesaria la aplicación concreta a la legislación que regula el fideicomiso, puesto que para que tenga validez plena, el fideicomiso

debe de otorgarse en escritura pública, pues el testamento debe de estar elaborado con asesoramiento y participación escrita y formal de los que en él intervienen en el momento, no estipularse por testamento las obligaciones que se contraerán mediante dicho fideicomiso, y con conocimiento pleno de los que en él participan.

2.6. Autorización administrativa

En el punto de estudio, cabe hacer un paréntesis con relación a lo que establece la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, y las leyes reglamentarias relativo al tema de la prohibición que tienen los extranjeros, para adquirir bienes principalmente inmuebles en el territorio nacional es importante que sea tomado en cuenta este punto, debido a que muchos fideicomisos son manejados de forma oculta o limitada, respecto a la injerencia de extranjeros en la relaciones fiduciarias, situación muy común en nuestros días debido a lo avanzado en las formas de relación comercial y la llamada globalización.

Debido a lo anterior, y según lo dispuesto en el decreto de fecha 29 de junio de 1944, se emitió el decreto estableció la necesidad transitoria de obtener permiso para adquirir bienes por parte de extranjeros y sociedades mexicanas que tuvieran socios extranjeros, siempre y cuando antes de todo se hubiere obtenido permiso específico e individual.

Tales atribuciones jurídico-administrativas, las ejerce la Secretaría de Relaciones Exteriores, quien aplica las mismas en la adquisición de negociaciones o empresas o el control sobre ellas, de las ya existentes en el país dedicadas a cualquier actividad industrial, agrícola, ganadera, forestal, de compraventa o explotación con cualquier fin, de bienes rústicos o urbanos, de fraccionamiento y urbanización de los mismos, para la adquisición de bienes inmuebles destinados a la prestación de servicios de las actividades antes

señaladas; la adquisición de bienes raíces urbanos o rústicos, cualquiera que fuera la finalidad a que se dedicaren; la adquisición de tierras y aguas y sus accesorios esto según lo dispuesto por el artículo 27 constitucional en su fracción primera en el sentido de que en primer término el dominio de tierras y aguas será de uso exclusivo de la federación; por último la adquisición de concesiones de minas, aguas o combustibles minerales permitidas por la legislación ordinaria.

Cabe mencionar que para los efectos del decreto, se asimilaba a las adquisiciones que se observan entre los primeros cuatro casos, el arrendamiento por mas de diez años y los contratos de fideicomiso en que el fideicomisario fuera alguna persona extranjera.

En ese decreto se establecía también, que los actos llevados a cabo en contravención a las disposiciones el decreto, no producirían efectos de ninguna especie en favor de las personas que en ellos hubieren intervenido, y en caso contrario los bienes fideicomitados en esa figura, pasarían a ser propiedad de la nación, y se mencionaba que a los notarios, jueces y demás funcionarios no deberían de dar la autorización de elaboración, autorización o inscripción de documentos que contravienen las disposiciones del decreto.

A partir de 1944 y según lo establecía el mismo decreto, era de carácter transitorio, pero la Secretaría de Relaciones Exteriores ha seguido imponiendo su autorización previa a la celebración de fideicomisos sobre inmuebles, sin que para ello exista una justificación legal apreciable debido a que no en todas las operaciones de fideicomisos necesariamente está vinculado siempre a un extranjero.

CAPÍTULO III

DIVERSOS ELEMENTOS DE VALIDEZ DE LOS FIDEICOMISOS

Haciendo referencia respecto al punto que nos ocupa y partiendo del análisis del aspecto de los fideicomisos, es aplicable la división para los contratos en general que se ha estipulado, esto es, para el desarrollo pleno de todas y cada una de las partes que conforman el fideicomiso, es necesario que los mismos se guíen por lineamientos que además de ser regulados por la ley de la materia, marquen la pauta de validez en todas las funciones del fideicomiso.

Es así como la licitud en el objeto, el fin, motivo o condiciones propias del fideicomiso, la capacidad de ejercicio, la forma y la ausencia de vicios en la voluntad o consentimiento; son los elementos que todo fideicomiso deberá reunir para el buen desempeño de sus funciones.

Las características particulares de cada uno de los puntos anteriormente señalados, deberá adecuarse a la función específica de cada fideicomiso, pero con el apoyo a la generalidad de los preceptos establecidos en la ley, de tal suerte que la ausencia de vicios en la voluntad de alguna de las partes, puede no ser de tanta importancia en un fideicomiso de educación, como en un fideicomiso testamentario.

Al igual que los aspectos medulares de cualquier otra figura jurídica, el fideicomiso cuenta con los elementos que lo hacen ser eso (una figura jurídica), por lo tanto, para poder comprenderlo es necesario estudiar y analizar todos y cada uno de sus componentes.

El derecho mercantil protege y tutela todas las figuras que de él emanan, éste mismo derecho es tan cambiante como cualquier otro, debido a que evoluciona de acuerdo a las necesidades y posibilidades que la sociedad reclame. En este sentido, nuestra sociedad se va actualizando y va creando mecanismos que coadyuvan a la globalización mundial.

Los fideicomisos al igual que la sociedad necesitan la actualización en cada momento; desde el punto de vista mercantil el desarrollo social demanda nuevos cambios que vienen encaminados con la creación de bloques económicos a nivel mundial, dichos bloques al igual que las nuevas figuras, que aunque no son nuevas si cobran un auge preponderante en el sistema jurídico y económico de cualquier país, tal es el caso del arrendamiento financiero que no obstante de ser una figura jurídica específica, también tiene relación estrecha con el desarrollo evolutivo de las situaciones mercantiles.

Así como la figura que nombramos con anterioridad, también el fideicomiso tenderá a modificar sus estructuras que no necesariamente de fondo, pero si con un especial énfasis en la modernización de sus componentes, para lograr el crecimiento continuo y acorde con las necesidades de nuestros días. Es preciso entonces, analizar los elementos de validez de los fideicomisos tal y como se enumeraron, para conocer de ellos las particularidades y los alcances de las funciones que cada uno de ellos tiene encomendadas.

3.1. Licitud en el objeto, el fin, motivo o dentro de condiciones propias del fideicomiso

En términos generales, la licitud en el objeto, el fin o motivo de la condición de todo negocio jurídico, consiste en que estos vayan en concordancia a las leyes de orden público y a las buenas costumbres, en este punto es importante recalcar, que las leyes del orden público como lo manifiesta Planiol, correspondientes al derecho público, las relativas a la organización del Estado o a las obligaciones y derechos de los particulares en materia política, son las que perteneciendo al derecho privado, fueron motivadas por un interés general que se menoscabaría si los particulares impidieran su aplicación, en tanto que las buenas costumbres debemos entenderlas, como la concepción que la sociedad de cierto tiempo y lugar tenga respecto a lo que es moral.

La moral desde el punto de vista jurídico, debe tomarse a nuestro parecer como la expresión correcta de las acciones de un individuo que vive en determinado grupo; encaminando dichas acciones al bienestar común. Por ende, todo lo que es moral es legal, es decir, que no se repudia por la sociedad y en consecuencia no veta ninguna ley.

En este orden de ideas, la concepción que adopta Gutiérrez y González respecto a la costumbre es la siguiente: “Son un conjunto de hábitos, prácticas o inclinaciones observadas por una agrupación humana en un lugar y momento determinado y a los cuales deberá atender el juzgador para sancionar el acto”.

Para la mejor comprensión de lo que deberá significar el objeto dentro de los fideicomisos, es necesario apegarse a lo estipulado en el artículo 381, de la Ley General de Títulos y Operaciones de Crédito, que dice lo siguiente:

“En virtud del fideicomiso, el fideicomitente transmite a una institución fiduciaria la propiedad o la titularidad de uno o más bienes o derechos, según sea el caso, para ser destinado a fines lícitos y determinados, encomendado a la realización de dichos fines a la propia institución fiduciaria”.¹⁰

Así como el artículo 382, tercer párrafo de la misma Ley, menciona que:

“El fideicomiso será válido aunque se constituya sin señalar fideicomisario, siempre que su fin sea lícito y determinado”.¹¹

¹⁰ Agenda Mercantil, Ediciones Fiscales ISEF, A.C. México 2005. p 76

¹¹ Idem. p. 76

No obstante lo anterior, en el sentido de que el fin del fideicomiso debe ser lícito, ello o su ilicitud, así como la del objeto, la del motivo o la condición, habrán de ser calificadas particularmente en cada acto constitutivo de un fideicomiso, como en el de cada contrato que se celebre para su ejecución.

En este sentido, existe una afirmación de que nos establece “que la autoridad judicial, como intérprete de las concepciones de orden público y de las buenas costumbres prevalecientes en la colectividad, será la que resuelva en cada caso si el fin de un fideicomiso está o no en la pugna con tales concepciones”.¹²

La conclusión entonces sería que el motivo o fin será determinado por las condiciones dadas para cada efecto siempre y cuando estén establecidas en la ley, encontrándose reguladas en el consenso social existente, en el momento en que se crea el fideicomiso.

3.2. Capacidad en general

Como sabemos, la capacidad en general se divide, por un extremo surge la capacidad de goce y la capacidad de ejercicio.

En ese sentido podemos definir a la capacidad de goce, como una aptitud del sujeto de ser titular de obligaciones y derechos. Si bien, dicha capacidad es atribuida al individuo por los preceptos legales, también es cierto, que en la actualidad y en virtud del desarrollo del hombre que vive en sociedad, cada vez es más amplia la gama de derechos que le son atribuidas a ese individuo.

¹² BATIZA, Rodolfo. “El Fideicomiso Teoría y Práctica”. Editorial Porrúa, México 1987. p.335

No obstante que el Estado se encuentra en una situación superior a los particulares, estos lo crearon o como lo menciona la Carta Magna, es el depositario de la soberanía, pues ésta radica en el pueblo y en consecuencia lo crearon para que por medio de él, les sean reconocidos sus derechos inherentes.

El Estado es creación del hombre y su finalidad al crearlo fue para ponerlo al servicio del mismo y regular su conducta mediante lineamientos jurídicos establecidos.

Han quedado atrás determinadas figuras e instituciones jurídicas como la esclavitud y la muerte civil (quitar cuanto derecho inherente tuviera el individuo), en este punto cabe hacer mención lo que nos expone el autor Rojina Villegas, en su compendio de Derecho Civil, nos establece que el embrión humano tiene capacidad antes de nacer para ciertas consecuencias de derecho y principalmente tiene capacidad para heredar, para recibir legados y para recibir en donación, opiniones que compartimos por que es una buena forma explicativa sobre la teoría de la personalidad.

La capacidad de ejercicio o de obrar como la llaman algunos autores, podemos identificarla como “la aptitud reconocida del sujeto para ejercitar válidamente manifestaciones de voluntad dirigidas a modificar la propia situación jurídica”.

El reconocimiento a que nos referimos puede restringirse o inclusive suprimirse, prevaleciendo la capacidad de goce; así por ejemplo un bien puede pertenecer a un menor de edad (capacidad jurídica) pero por esa minoría no puede disponer libremente de él, por lo que en ese supuesto se le coarta su o capacidad de ejercicio.

Por otro lado, tomaremos en cuenta una definición que en concepto reúne las características generales, de lo que entendemos por capacidad de ejercicio, es la que nos expone el Maestro Rojina Villegas, para quien “la capacidad de ejercicio, supone la posibilidad jurídica en el sujeto de hacer valer directamente sus derechos, de celebrar en nombre propio actos jurídicos, de contraer o cumplir sus obligaciones y de ejercitar las acciones conducentes ante los tribunales”.

Aunque no todos están de acuerdo, pensamos en lo personal que es la adecuada, otra opinión nos la anota Trabucchi, diciendo que la capacidad de obrar sustancial es una y la capacidad de obrar procesal o formal es otra, la primera se refiere a la aptitud de obligarse, para celebrar negocios y actos jurídicos, cumplir personalmente las obligaciones, administrar y disponer libremente de los bienes, etc., pero la segunda, que en sentido estricto es la que nos interesa, le denota la posibilidad de comparecer en juicio sin necesidad de hacerlo mediante representantes legales.

De acuerdo con los artículos del Código Civil que regulan lo concerniente a la capacidad de ejercicio, los mayores de edad cuentan con la aptitud que les permite disponer libremente de sus bienes, mediante la celebración de negocios jurídicos.

Conforme lo dispuesto por el Código Civil en su artículo 24 nos establece que “el mayor de edad tiene la facultad de disponer libremente de su persona y de sus bienes, salvo las limitaciones que establece la ley”. Precepto que guarda similitud con el artículo 647 del mismo Código, en el sentido que el mayor de edad dispone libremente de su persona y de sus bienes.

Para ahondar más en el asunto, el artículo 450 del ordenamiento de referencia nos establece que son incapaces tanto natural como legalmente los

menores de edad, los mayores de edad que por causa de enfermedad reversible o irreversible, o que por su estado particular de discapacidad, ya sea de carácter físico, sensorial, intelectual, emocional, mental o varias de ellas a la vez, no puedan gobernarse, obligarse o manifestar su voluntad, por sí mismo o por algún medio que la supla.

De tal suerte que podemos desprender que podrá ser fideicomitente, por encontrarse en aptitud legal para afectar sus bienes, todo mayor de edad que no esté incapacitado por alguna de las causas señaladas en el artículo 450 del Código Civil, asimismo, para que sea válido un fideicomiso que tuviere como objeto determinados bienes o derechos propiedad de un incapacitado, deberá llevarse a cabo por medio de sus representantes, quienes a su vez deberán solicitar la autorización judicial que nos menciona el Código Civil, en el artículo 561, entre otros; ahora bien, la incapacidad de ejercicio que impide celebrar negocios jurídicos a un menor de edad, aún en los momentos lúcidos tienen algunas excepciones, como ejemplo mencionaremos que la fracción primera del artículo 1306 del Código Civil, establece que el menor que no ha cumplido 16 años tratándose de hombre o mujer, está incapacitado para testar, podemos entender entonces que podrá hacerlo en caso de contar con la edad mínima establecida, situación aplicable al tema objeto de este trabajo.

Además el artículo 1307 del mismo Código Civil declara válido el testamento que se otorga por un demente en determinados momentos de lucidez, por lo tanto, con los requisitos señalados en el Código de referencia, nada impide que en cualquiera de los estos casos mencionados se pueda constituir un Fideicomiso ya que este va a surtir efectos después de la muerte y además, fije las bases sobre las cuales se ejecutará.

Sí se toma en cuenta el contenido de los preceptos relativos, podemos afirmar que para el otorgamiento del acto constitutivo del fideicomiso y para la

celebración del contrato por el que se acuerde su ejecución, deben tenerse en cuenta a nuestro parecer las siguientes circunstancias:

En primer lugar se trata de negocios formales en oposición tanto a consensuales como a solemnes, pues si bien el artículo 387 de la Ley General de Títulos y Operaciones de Crédito, nos remite a la legislación civil para la solución de estos aspectos y el Código Civil nos establece que, los contratos se perfeccionan por el mero consentimiento, excepto aquellos que deban de reunir una forma establecida por la ley y además la excepción legal se presenta sólo en negocios mediante los que se enajena un inmueble, podemos afirmar que la constitución del fideicomiso deberá constar siempre por escrito.

La constitución del fideicomiso, así como la celebración del contrato en el que se deban establecer las bases para su ejecución, deben llevarse a cabo en escritura pública, cuando el valor convencional de los bienes que son su objeto indirecto, exceda de treinta mil pesos, debiendo ser inscritos, en su caso, en la sección correspondiente del Registro Público de la Propiedad, esta deducción obedece a lo establecido en el artículo 78 de la Ley de Notariado, así como en los artículos 387 y 388 de la Ley General de Títulos y Operaciones de Crédito, además en la fracción XII del artículo 48 del Reglamento del Registro Público de la Propiedad.

3.3. Formalidad en su constitución y desempeño

En algunas observaciones anteriores se estableció que los requisitos que debe reunir la manifestación de la voluntad o consentimiento en su caso, es expresarse en observancia a la forma que la ley establece para tal declaración, la

cual, bien puede no exigirse, pudiendo la voluntad en este caso ser manifestada tácitamente, o bien por el contrario ser por escrito; ya sea privado o en escritura pública, o bien revestirse de ciertas formalidades esenciales que se han considerado en más de las veces como solemnidades, parece muchas veces impropio afirmar que los negocios consensuales no requieren de forma si por ella entendemos los medios utilizados para la materialización del negocio jurídico, todo acto jurídico la tiene; así cabe hablar de forma consensual; lo que no requieren los actos consensuales son formalidades.

Como una opinión y a manera de resumen, podemos afirmar que los actos jurídicos atendiendo a su forma, se clasifican en consensuales, formales y solemnnes.

Los consensuales son actos para cuya validez no se requiere de ninguna formalidad; por lo tanto cualquier manifestación de voluntad será válida, ya sea verbal, por escrito, por señas o se desprenda por actos que hagan presumir la voluntad.

Por lo que respecta a los formales, en estos es necesario, que la voluntad se exprese por escrito para que tenga validez, por lo tanto, sólo se acepta el consentimiento expreso y de forma escrita, dentro de esta formalidad la expresión existen dos variantes. El documento público y el privado, entendiéndose a grandes rasgos como público el que se realiza ante un fedatario investido de fe pública con una instancia que cuente con fe pública y el privado aquél que se realiza entre particulares.

Como última circunstancia los actos pueden ser solemnnes y son aquellos actos en los que debe observarse una formalidad especial y por escrito,

otorgándose ante funcionario determinado, bajo la sanción de declarar inexistente el acto si no se cumple.

3.4. Ausencia de vicios en la voluntad de las partes

La problemática que se genera y las reflexiones que se hagan respecto a una voluntad viciada, deben tener precisamente a ésta como punto de partida, pues de ninguna manera podemos afirmar que la voluntad cuyo titular o de quien emana, cuente con dolo o bien mala fe, sea víctima de un vicio, esto es, mediante el dolo se vicia una voluntad ajena la que incurre o permanece en error, y por medio de la mala fe se disimula un error que existe en posterior momento.

Con lo anterior desde un punto de vista particular, sólo el error es un vicio de la voluntad, el dolo y la mala fe son elementos que propician el error.

Podemos entenderlo si tomamos en cuenta la definición de cada uno de los elementos mencionados, así tenemos que: “Se entiende por dolo de los contratos, cualquier sugestión o artificio que se emplee para inducir a error, o mantener en él a alguno de los contratantes; y por mala fe, la disimulación del error de uno de los contratantes una vez conocido”. (Definición legal prevista en el artículo 1815 del Código Civil).

Cabe agregar, que si en un momento dado el dolo y la mala fe no logran su propósito, es decir, que se frustra su intención de provocar o disimular el error, surge un negocio jurídico liberado de nulidad por esa causa, en consecuencia, no se afecta de nulidad por el hecho de que se mantenga el dolo y la mala fe.

Partiendo de la misma base la voluntad, que ejerce violencia no es una voluntad viciada; en realidad, la violencia es un medio para viciar una voluntad ajena infundiéndole temor o desesperación.

Desde el punto de vista victimológico, esto es en el ámbito penal, la palabra violencia designa el medio de coacción empleado y no el efecto producido sobre el espíritu de la víctima.

En este sentido existen algunas aseveraciones como “el temor experimentado por la víctima de la violencia es el que constituye el vicio del consentimiento, más que los actos exteriores que le dieron origen”.¹³ En el mismo orden de ideas otro tratadista nos establece en sus tesis, El error vicio de la voluntad, motivo de la invalidez de los actos jurídicos, lo siguiente: “Que un elemento psicológico como es la voluntad, no puede ser viciado por un hecho físico (la violencia) sin caer en una ficción jurídica no sólo innecesaria sino perjudicial”.¹⁴

Ahora bien, lo expresado en el sentido de que el temor es vicio de la voluntad cuya provocación está a cargo de la violencia sea física o moral, según consista en vías de hechos o amenazas, debemos considerar que la primera no sólo puede infundir temor en una voluntad, sino también es factible que mediante ella se provoque dolor físico, el cual, a su vez se traduce en temor ya que este último es de algún mal futuro y el mal producido por el dolor es actual; se sufre al momento. Este sufrimiento físico, se proyecta mentalmente transformándose en desesperación, como vicio de la voluntad.

En consecuencia, se debe afirmar que la violencia física que coarta la libertad de una voluntad, lo puede hacer bien mediante un mal futuro que ocasiona temor o también desesperación causada por el dolor físico, logrado por esa clase de violencia.

¹³ BORJA SORIANO, Manuel “Teoría General de las Obligaciones”, T. I. 16ª Edición. Editorial Porrúa. México 1998. p. 415

¹⁴ BEJARANO SÁNCHEZ, Manuel. “El Error Vicio de la Voluntad, Motivo de la Invalidez de los Actos Jurídicos”, 5ª edición. Editorial Oxford. México 2003. p. 180

Es de reconocerse también que no obstante la categoría de los vicios en la voluntad que tienen el temor y la desesperación que mediante la violencia se provocan, su regulación implica una serie de dificultades en muchas de las veces por lo subjetivo de su contenido. Es por eso que nuestro Código Civil regula a la violencia, pues ésta se encuentra más al alcance de su fácil apreciación, debido a lo evidente de sus manifestaciones.

La lesión ha sido considerada por algunos autores como vicio de la voluntad, por lo que debe considerarse inexacta la apreciación de esas personas, ya que la lesión se encuentra en la desproporción exagerada, que puede haber entre las prestaciones recíprocas de un negocio en el que se conmute a una cosa por otra, esto es, que existe el otorgamiento de derechos y obligaciones de las partes, independientemente a la libertad, conciencia o condición de la voluntad en la que se encuentran los otorgantes.

La meditación anterior es independiente a lo que nos establece el Código Civil en su artículo 17, nos establece que la desproporción de las prestaciones aunque se origine por el abuso del ganancioso quien se vale de la miseria, ignorancia o inexperiencia de otro contratante, pues cualquiera de estas situaciones en que puede encontrarse una persona no implica, por si sola, que su voluntad se dé por falta de libertad o de conciencia.

Podemos advertir que aún en el supuesto de atribuir el carácter de vicios a esas situaciones, de todas maneras la lesión no se confunde con ellas, pues en ese caso viene a ser consecuencia de las mismas en la celebración de un negocio jurídico bilateral (en el que intervengan necesariamente dos o más voluntades). Además, si la parte perjudicada estuviera consciente del perjuicio que iba a sufrir, puede considerarse que su voluntad carecería de libertad, puede ser que dicha carencia haya surgido por una necesidad imperiosa; y si

desconocía tal lesión, la hipótesis puede traducirse en error y este, si es un vicio de la voluntad.

3.4.1. Error

Previamente a la realización de un negocio jurídico, la voluntad de las partes, delibera o medita en su interior en relación a una serie de factores que influyen en la probable celebración del acto jurídico a celebrar. Es decir, toman en cuenta y valoran entre otras cosas, las razones que les induce a crear determinadas consecuencias de derecho, las características de las personas o la persona con quien contratan, la prestación o las prestaciones objeto de las obligaciones creadas, la identidad de la persona beneficiaria de las consecuencias, el contenido y cualidades de la cosa que es materia del negocio, y así valorar todos esos factores, se forma una concepción de lo que cada individuo supone respecto al negocio a celebrar.

Ahora bien, cuando esa noción concebida y meditada por el sujeto coincide con la realidad, el negocio de que se trata se realizará felizmente si es que no adolece de otro defecto; por el contrario, si se tiene una noción inexacta de la realidad, la voluntad será víctima de error y éste, muy probablemente, provoque la nulidad de la figura que se esté negociando.

Por lo anterior, podemos definir al error desde un punto de vista muy simple “El error es una falsa apreciación de la realidad”, coincide en parte de algunas otras definiciones entre ellas la del francés, quien establece que error es la falsa noción que nosotros tenemos de una persona o de una cosa, el jurista italiano, que el error es una falsa representación de la realidad que concurre a determinar la voluntad del sujeto, otra de las aseveraciones respecto al error es la que nos define Von Tuhr, quien establece que “el error existe cuando la idea que el

hombre tiene respecto de algo no corresponde a la realidad”.¹⁵, por último otro autor nos manifiesta “que el error es la noción falsa que tenemos de una cosa”.¹⁶

Tomando en consideración los diferentes aspectos con que es tratado el error en concordancia con las diferentes definiciones, concluimos definiendo al error como al principio manifestamos diciendo que “El error es una noción falsa sobre la realidad”, en ese sentido se estima debe contener dos elementos dentro de los negocios jurídicos; el primero es la concepción psicológica que de la realidad se forma un sujeto, autor o parte del negocio jurídico, ya sea por la identidad de la persona con quien se contrata, la naturaleza del negocio al estar celebrándolo, las cualidades de la cosa objeto del mismo, entre otros y el segundo elemento lo consideramos encaminado a la discordancia entre la realidad y la concepción de los diferentes puntos anotados por parte de quien celebra el acto, por ejemplo: alguien pensó en un inicio determinadas causas que según su apreciación se generaron por parte del acto celebrado y las consecuencias no suceden como las supuso y entonces se pregunta, ¿No lo realicé con quien suponía?.

Por otra parte consideramos que la doctrina en general está de acuerdo con la distinción que prevalece entre el error y la ignorancia. El primero como mencionábamos es una noción falsa de la realidad, mientras que la segunda va más allá debido a que implica la carencia total de noción sobre la realidad. Independientemente de lo anterior, existe identidad entre los efectos externos producidos por el error y la ignorancia, pues uno y otra, se traducen en una deformación reflejada en la estructura del negocio; en el primero o sea el error, porque el sujeto supuso consecuencias distintas y en la ignorancia por carecer de todo elemento que lo adentra a la realidad.

¹⁵ VON TUHR. Tratado de las Obligaciones, traducc.de W. Roces, Madrid, Editorial Reus, S.A., T. I. p. 11

¹⁶ DE GÁSPERI, Luis. Tratado de las Obligaciones en el Derecho Civil Paraguayo y Argentino. Editorial Depalma, T. VI, p. 18

Para efectos de la aplicación de este elemento dentro de los fideicomisos, recapitulamos lo vertido en los planteamientos iniciales y nos permitimos aseverar que todo contrato fiduciario amerita celebrarse entre dos o más personas que conscientes o inconscientes tengan una noción de la realidad comprometida; pues de no llevarse a cabo de esa manera el negocio fiduciario, se estaría invalidando desde un inicio, pues no existe la visión real de las consecuencias de lo pactado, de tal suerte que alguien que carezca del conocimiento de consecuencias las jurídicas, deberá ser representado en el acto por alguien con capacidad.

3.4.2. Diferentes tipos de error

Debido a la variedad de errores que pueden causar problemas a la voluntad de quien intervenga en el negocio jurídico, es necesario clasificarse, según su contenido y por considerar de importancia doctrinal y práctica la conclusión de los resultados, podemos clasificar al error en cuatro grupos.

Primero.- El error de hecho, si recae por ejemplo en la naturaleza del negocio celebrado, sobre la identidad, sustancia, característica o cualidades de la cosa o sobre la identidad o característica de la persona con quien se contrata, o en su caso beneficiaria en el negocio correspondiente.

Segundo.- Error de derecho, definiéndose como “falso entendimiento de la ley que determinó una formación errónea de la voluntad”, en este sentido el autor, establece que “el error de derecho es aquel que tiene lugar cuando la causa determinante del autor o de las partes del acto, se funda en una creencia falsa respecto a la existencia o a la interpretación de una norma jurídica”.¹⁷

¹⁷ ROJINA VILLEGAS, Rafael. “Compendio de Derecho Civil”. Editorial Porrúa. México 2006. p.249

Tercero.- Error de cálculo, producido por un resultado distinto en las ventajas derivadas de la celebración de un negocio.

Cuarto.- Error de cuenta, se desarrolla cuando existe un acto equívoco matemático.

En virtud de este preámbulo, podremos enumerar las características y las subdivisiones de cada uno de ellos de la siguiente forma:

Error de hecho; con sus grados:

a) Error obstáculo

También es conocido como obstativo y consiste entre una divergencia, esto es, una descoordinación entre la voluntad y su declaración, ocasionando una manifestación de voluntad irreal, que puede sufrir de causas internas o externas del sujeto; las primeras surgen por lo general por distracción o negligencia, así como una ignorancia del verdadero significado de la declaración y las segundas surgen cuando el declarante se vale de algún medio de comunicación o de envío para documentar la declaración o comunicarla al destinatario, un ejemplo es cuando un individuo para comunicar o manifestar su voluntad contrata servicio de mensajería o lo hace por medio de telegrama o cualquier otro medio directo.

Con referencia específica al fideicomiso, cuando el negocio ya fue realizado, no obstante la presencia de un error obstativo es el momento oportuno de estudiarlo, pues no tiene sentido ni relevancia jurídica el hecho de analizar el error en un negocio que aún no se celebra.

En este sentido el tratadista parte de que el “error obstáculo y aplicado al fideicomiso puede tomarse como un error sobre la naturaleza del negocio”¹⁸, diciendo que se presenta cuando un sujeto cree haber celebrado una determinada operación y en realidad una persona entiende que la operación que se va a realizar es una compra-venta y la contraparte está en el entendido de que se celebrará un arrendamiento.

Es importante analizar por características trascendentes el aspecto de la cosa que se va a negociar, en el sentido de que a manera de ejemplo, el inmueble es el ubicado en Querétaro, pero fideicomitió el que se encontraba en el Estado de México.

Se estará también en el error obstáculo cuando el mismo recaiga sobre la identidad de la persona con quien se contrató o sobre la que se fideicomitió con alguna persona y en realidad el negocio se realizó con otra distinta, podemos ejemplificar este último hecho, cuando dentro de un fideicomiso cualquiera, se establece como fideicomisario a Juan Israel Vargas y en realidad a quien se pretendía establecer como beneficiario del fideicomiso era a Israel Vargas.

b) Error vicio

Este tipo de error también es considerado por algunos autores como error nulidad entre ellos Rojina Villegas, para mayor abundamiento sobre esta clase de error, se debe tomar en cuenta una definición del mismo, así podemos decir que “el error vicio consiste en una falsa representación que determina al sujeto a que querer en un determinado modo”, esto es, que la voluntad existe y corresponde a

¹⁸ ROJINA VILLEGAS, Rafael. Op. cit. p. 142

la declaración, sin embargo, la voluntad está viciada en su formación; el error en este caso es la parte negativa de la voluntad.

Para explicar lo anterior y como nos lo menciona el tratadista pueden considerarse como especies de error vicio, al que recae sobre la sustancia de la cosa y al que hace lo propio sobre las cualidades de la persona, el que recae sobre el motivo determinante de la voluntad como lo establece el Código Civil en su artículo 1813 que establece:

“El error de Derecho o de hecho invalida el contrato cuando recae sobre el motivo determinante de la voluntad de cualquiera de los que contratan, si en el acto de la celebración se declara ese motivo o si se prueba por las circunstancias del mismo contrato que se celebró éste en el falso supuesto que lo motivó y no por otra causa”.

Para ejemplificación del concepto es muy similar al anterior, podemos decir que el error vicio se da cuando la materia substancial del negocio varía, de esa forma, incurre un error vicio (de sustancia), cuando un individuo creyendo comprar una cadena de oro en realidad adquiere una de plata.

Dentro del aspecto específico del fideicomiso, supongamos que el objeto a fideicomitir es una pintura de Tamayo pero en realidad se trata de la copia de esa pintura.

Otra versión referente al mismo tópico es el siguiente: podría pensarse en un fideicomiso por el que el fideicomitente afectó un bien para fines que beneficiarían a un tercero, por haber creído aquél que obtuvo un premio en cierto concurso que le permitiría comprar un bien de la misma especie y de mejor calidad del fideicomitido, que en realidad no obtuvo un beneficio como lo

esperaba, eso es, que cuenta con el mismo bien sólo que con diferentes características.

c) Error indiferente

Existen algunos negocios jurídicos en cuya creación o desenvolvimiento no se abarcan cuestiones principales o personales de las partes que al omitirlas generan repercusiones secundarias.

En tal virtud podemos considerar al error indiferente, como el que recae sobre aspectos secundarios del negocio jurídico.

Para la aplicación del error indiferente dentro de los fideicomisos a manera de ejemplo podemos decir que para la celebración de un fideicomiso en el que el fideicomisario va a ser determinada persona y se estipuló en la creación del mismo, no es trascendente el hecho de que la persona designada como beneficiario tenga determinado carácter o tenga determinado domicilio ya que esto en esencia no va a afectar la validez del fideicomiso.

Un ejemplo que posiblemente surge en determinadas circunstancias y dentro de cualquier fideicomiso, en el cual estaremos en el error indiferente es el hecho de afectar un bien en fideicomiso designando y encargando su ejecución a una institución de crédito, creyéndola otra, no se puede afectar en este sentido su validez, esto desde nuestro punto de vista, ya que todas las instituciones son reguladas por lo que anteriormente se conocía como la Comisión Nacional Bancaria y de Seguros y que en la actualidad la conocemos como la Comisión Nacional Bancaria y de Valores.

d) Error de derecho

Para entender el objetivo del error de derecho, dentro de los fideicomisos, tomaremos en cuenta algún antecedente que nos maneja un tratadista, cuando nos establece que los romanos eran muy apegados a derecho y por lo tanto si alguien desconocía determinado ordenamiento, existían las instancias y las personas adecuadas para asesorarse, en tal virtud se presumía el conocimiento de ley.

Sentimos que el problema que representa el estudio del error de derecho gira en torno de dos figuras que pudieron verse y entenderse de una manera semejante. En este sentido a veces la ignorancia de la ley se utiliza como pretexto para manipularla y el error de derecho es causa de invalidez cuando acontece en un negocio jurídico.

Por lo tanto, la ignorancia de la ley no implica que ésta deje de tener vigencia en un lugar o en el acto en que se esté aplicando.

El error de derecho difiere del error de hecho, porque el último, recae sobre algún elemento interno del negocio, mientras que el primero, recae sobre un aspecto ajeno al mismo aunque principalmente recae en la intervención equívoca de cierta disposición legal.

Este tipo de error, me permito creer que recae no en la identidad de la persona con quien se contrata, ni sobre las características de la cosa, sino que se asienta en una disposición legal, respecto de la cual se tiene una falsa interpretación y un desconocimiento del sentido legal de la ley.

Aplicando este sentido al fideicomiso pondremos como ejemplo el hecho de que se fideicomitía el beneficio de un inmueble al fideicomisario, pero las características de dicho inmueble según el contrato de fideicomiso será que

contará con cinco niveles de altura; se celebra la operación correspondiente y al ejecutarse, la fiduciaria encuentra oposición por parte de la ley en el sentido de que en lugar sólo pueden construirse edificios que tengan como máximo tres niveles de altura.

Analizando lo anterior el fideicomitente actuó de buena fe y mediante el asesoramiento de la fiduciaria quien al mismo tiempo realizó los trámites para la celebración del fideicomiso, con apego a derecho pero no contó con la oposición en las últimas circunstancias, esto es, al momento de ejecutarse la materia del fideicomiso que la ley lo impediría; por su parte el fideicomisario, dejaría de percibir las ganancias que le provocaría la construcción del edificio y entonces estaría en posibilidades de demandar la invalidez del fideicomiso si es que el fideicomitente no lo hace primero.

A manera de conclusión diremos que el error de derecho afecta de fondo al fideicomiso, por lo tanto este puede ser invalidado en el momento en que surja la falsa interpretación o un desconocimiento de la Ley.

e) Error de cálculo y cuenta

Algunos autores confunde el error de cálculo con el de cuenta, entre ellos Borja Soriano, me permito entonces decir que apoyándonos en lo que nos establece otro tratadista al referirse que cada elemento tiene diferente sentido, pues el error de cálculo se refiere a las suposiciones que un contratante puede crearse respecto a los mayores beneficios que le produzcan la celebración de cierto negocio, y el de cuenta por su parte consiste en el equívoco resultado obtenido de operaciones matemáticas.

En tal virtud, el error de cálculo no provoca la nulidad del negocio jurídico, que se cometa, ya que la buena o mala organización comercial no está contemplada por la ley, esto es, que la ley no se detiene a pensar si el sujeto es bueno o malo para la planeación administrativa encaminada a lograr mayores ganancias, sino que se fija solamente sobre la validez o invalidez de un negocio jurídico. Por lo que se refiere al error de cuenta cabe anotar que a nuestro parecer no anula el negocio jurídico en un principio, pues sólo da lugar a su rectificación, en este aspecto si variaría cuando se presente variación de gran magnitud en las cuentas, por ejemplo, que se llegue a fideicomitir mil costales de harina y no cien mil kilogramos de harina, por lo tanto el contrato puede anularse por error.

C A P Í T U L O I V

LA INVALIDEZ PLENA DE LOS FIDEICOMISOS

4.1. Aspectos generales de invalidez

Cuando en la celebración de un negocio jurídico se encuentran no solamente sus elementos esenciales sino también los que condicionan su invalidez, podemos afirmar que estamos ante un negocio plenamente válido, pero si por el contrario, ese negocio no cuenta con cualquiera de sus elementos

que lo estructuran, o bien las manifestaciones de voluntad requeridas para ser celebrado provienen de un incapaz, no observan las formalidades requeridas por la ley, no se expresan libre y conscientemente o en todo caso, si su objeto, fin, motivo o condición son ilícitos; el negocio que se lleve a cabo carecerá de validez, esto es que será inválido.

Algunos autores, entre ellos Rodolfo Batiza y Jorge Alfredo Domínguez Martínez, Notario del Distrito Federal, manifiestan que la invalidez puede ser de tres diversos grados:

- a)** La inexistencia por falta de alguno de sus elementos esenciales, ya sea la manifestación de la voluntad o el consentimiento en su caso, el objeto, al ser jurídicamente imposible el directo, física y jurídicamente imposible indirecto, o bien la solemnidad. Este concepto sólo será tomado en cuenta para efectos de la invalidez, si el negocio jurídico de que se trate es solemne o exige determinado tipo de solemnidad.
- b)** Nulidad absoluta, en el sentido de que con motivo de la creación de un fideicomiso o dentro de los elementos esenciales para su constitución, se contraríen disposiciones de orden público o de buenas costumbres.
- c)** Nulidad relativa, cuando se lesionan intereses particulares y estos no invaden de alguna forma los Derechos tutelados dentro del interés público.

Adhiriéndose a estas manifestaciones, expresando que si bien es cierto, los negocios jurídicos en general y más aún los celebrados ante una institución fiduciaria con todas las seguridades de respaldo que esto implica llegan a ser inválidos o nulos; también lo es el hecho de que para la constitución de cualquier fideicomiso siempre se presume la buena fe y eso conlleva al hecho de fundamentar la constitución de fideicomisos de todo tipo, pues en el caso de la

celebración de un fideicomiso hereditario, el fideicomitente actúa con toda buena fe y con la mirada puesta en el beneficio de dicho fideicomiso provocará al fideicomisario que por lo general es alguien a quien quiere y estima.

Ahora bien, el hecho de que se actúe con buena fe, no quiere decir que estarán subsanados todos los actos ilícitos realizados, irregularmente, se puede pensar en el fideicomiso ideal, pero si entender hasta que punto puede resaltar pleno de validez el fideicomiso y en que momento se afecta definitiva o relativamente la nulidad del mismo.

4.2. Diversas nociones acerca de su inexistencia

La problemática principal para describir la invalidez, es precisamente la discrepancia de ideas doctrinales que su explicación genera, así pues se nos manifiesta que “no existe otra materia de las que componen la teoría general de los actos y negocios jurídicos”.¹⁹, que iguale en opiniones encontradas y los puntos de discrepancia entre la determinación de la validez de los negocios o la falta de realidad en la noción misma.

4.2.1. Situaciones atenuantes

Se pretende explicar de manera un tanto doctrinal el hecho de que existen diferentes corrientes que toman o dejan a un lado el concepto o la aplicación de la inexistencia de los actos, pues algunos le dan realmente importancia a la inexistencia que establece que es la “Verdad de los Siglos”²⁰ con la que pretende poner de relieve no sólo su realidad sino su importancia, pues para él la inexistencia de los actos realmente afectan la constitución de los fideicomisos o

¹⁹ GUTIÉRREZ Y GONZÁLEZ, Ernesto. Derechos de las Obligaciones. Quinta Edición. Editorial Cajica, México 1980 p. 135

²⁰ BONNECASE, Julien Elementos del Derecho Civil. Tomo I. Editorial Cárdenas. México 2002. p. 285

su aplicabilidad. Por su parte Mazcud, en su obra “Lecciones de Derecho Civil”, toma a la noción de inexistencia como una situación inútil y falsa en la que se le niega por todas partes un mínimo de verdad.

Desde el punto de vista particular, dichas situaciones atenuantes son las que surgen en el sentido netamente doctrinario en relación a los conceptos que por criterio se pueden manejar, pues para algunos la noción de inexistencia de los actos dentro de los fideicomisos tendrá relevancia según su criterio y para otros no lo tendrá.

4.2.2. Concepto genérico

Los razonamientos invocados para hacer prevalecer la inexistencia de los negocios jurídicos, son claros y lógicos, si por una parte hablar de elementos implica referirse a la parte integrante de una cosa y agregarle la categoría de esencial, se traduce en su carácter de invariable e imprescindible para la cosa de que se trata y por la otra parte, se señalan elementos esenciales de los sucesos o mejor dicho actos de voluntad o consentimiento, al objeto y de algunos negocios a la solemnidad.

Con lo anterior, podemos afirmar que la falta de un elemento esencial para la existencia de un negocio, se traduce en que no sea real dicho negocio, es decir que no exista, tomando en cuenta la opinión de algunos autores que afirman, que los elementos esenciales también se les caracteriza como “elementos de existencia”.²¹ otro autor en este sentido afirma que si un acto se califica como tal, no puede ser inexistente, y si lo es no puede ser acto, en ese

²¹ ROJINA VILLEGAS, Rafael. Op. Cit.. p.269

sentido nos sugiere que debe hacer referencia a la “inexistencia del acto y no al acto jurídico inexistente”.²²

En tal virtud, podemos conceptualizar a la inexistencia como “la falta de un elemento esencial en la celebración de un acto jurídico” aunque existen diversas aseveraciones que concuerdan con determinados puntos de definición propuesta por nuestra parte, entre ellas la que expresa que el acto inexistente es aquel que no se ha formado, en razón a la ausencia de un elemento esencial para su existencia, por su lado afirma que “El acto es inexistente cuando le hace falta uno de sus elementos orgánicos”.²³

4.2.3. Desarrollo histórico de la inexistencia

Para realizar un análisis coordinado referente a las diferentes etapas que cruzó el fideicomiso para entenderlo como hasta ahora, es preciso remontarnos a lo establecido en el Código de Napoleón, dentro del cual en situaciones concretas relacionadas con el derecho civil y en concreto del derecho familiar omitió algunas formas, en especial cuestiones que se vinculaban al matrimonio, pues mucho de lo que sucedía en este tópico estaba íntimamente estructurado al derecho canónico, en tal virtud era difícil explicar en qué momento se estaba frente a un matrimonio inexistente o nulo desde el punto de vista civil. La relación con el fideicomiso surge en el momento en que la figura equiparable a éste en aquella época. Tenía consecuencias vinculadas muchas de las veces al derecho canónico.

Para esos tiempos regía un principio consagrado en el derecho francés que establecía “No hay nulidad sin texto”.

²² GUTIERREZ Y GONZÁLEZ, Ernesto. Op. cit. 1980. p. 133

²³ BONNECASE, Julien. Op. cit. p. 435

Las variaciones motivo de lagunas en la ley pusieron de manifiesto, la preocupación de legisladores para poder evitar las nulidades o por lo menos definir las y con ello ayudar a no caer en las mismas.

Se atribuye por parte de Rojina Villegas, el descubrimiento de la inexistencia al francés Zachariae, cuando pone un ejemplo práctico haciendo algunas consideraciones referentes al supuesto matrimonio celebrado por personas del mismo sexo; manifiesta que un matrimonio entre dos personas del mismo sexo, no tiene por que declararse nulo por la ley, pues de la misma naturaleza del matrimonio deriva la diversidad de sexos como requisito para su existencia, en esas condiciones, no es nulo el matrimonio celebrado entre dos personas del mismo sexo, toda vez que los requisitos básicos para que se pueda contraer, es precisamente que sean de sexo contrario, ahora bien, en el momento en que no se encuentra contemplado dentro de la ley no puede entenderse como nulo, sino como inexistente.

En el supuesto anterior es aplicable el principio de la ley que establece que “No hay nulidad sin texto,” pues no puede ser nulo algo que no existe.

Para Planiol los casos de inexistencia los relaciona con pensamientos de él y nos dice a manera de ejemplo que no hay que mezclar los casos en que el matrimonio no existe y aquéllos en que puede ser destruido, pues será confundir los casos en que puede ser anulado, esto es con base en la legislación actual y que finca su antecedente en el Código de Napoleón en que establecía que no hay matrimonio cuando falta el consentimiento.

Planiol aquí manifiesta que si se ha escrito que la mujer ha dicho sí, cuando ha dicho no, si la mujer habiendo dicho sí, sostiene que lo ha dicho por violencia, hay matrimonio, pero puede ser anulado.

Por lo que respecta a la doctrina francesa expone que ante la falta de consentimiento objeto y causa, el acto no llega a ser tal, es decir, no alcanza a formarse, es un acto carente de juridicidad, por no traer aparejadas consecuencias legales es inexistente, es la nada jurídica.

Para la declaración de la inexistencia en alguno apuntes de Lacantinerie, nos manifiesta que no es necesaria la intervención del órgano jurisdiccional, pues como lo sabemos y adoptamos el mismo pensamiento del referido autor, no produce efectos jurídicos, por lo tanto, no necesitamos órgano jurisdiccional para hacer saber que es inexistente el acto.

Aplicado lo anterior a los aspectos relacionados con los fideicomisos, podemos manifestar que si para que se constituya el mismo, necesitamos en primer término el consentimiento de ambas partes, el objeto o fin y la causa, en consecuencia, si faltare cualquiera de ellos, el acto constitutivo del fideicomiso es inexistente, esto es, que nunca se llevó a cabo ni tuvo consecuencias jurídicas, por lo que no necesitamos la intervención del órgano jurisdiccional para declarar la inexistencia del mismo. En consecuencia, nada de lo estipulado en el contrato tendrá validez, pues no puede ser válido o inválido algo que no existe.

Debemos en nuestras observaciones distinguir entre la inexistencia y la invalidez, pues la primera da su razón de ser en el sentido de que no provoca consecuencias jurídicas, esto quiere decir, que no hay contrato o acto por no reunir los elementos de esencia que marca la ley. Por el contrario, la invalidez parte del supuesto de que el acto si existe, esto es, que si reunió los requisitos de esencia que la ley enumera, pero que le faltaron o se equivocaron algunos elementos complementarios, haciendo que el acto sea nulo pero que si exista, como tal y además que tenga consecuencias jurídicas.

4.2.4. Particularidades de la inexistencia

Para enumerar las particularidades de la inexistencia de los actos y negocios, debemos tener en cuenta lo que con anterioridad afirmamos, en el sentido de que un supuesto negocio inexistente se traduce en la nada. Así, de ello debe desprenderse que la inexistencia de un acto cuenta con características como:

a) No produce efectos jurídicos.- Por lo que se refiere a la carencia de efectos jurídicos, estos son resultado de un algo, pero al traducirse en la nada el negocio jurídico es inexistente, debe concluirse que la nada, por razón natural, no produce más que nada. Ahora bien, ante la producción de ciertos efectos jurídicos por actos considerados como inexistentes, la característica en análisis ha sido discrepante, pues hay algunos autores como “Bonnetcase” que manifiestan que si bien hay producción de efectos jurídicos, estos no provienen de un acto inexistente sino de un hecho jurídico.

b) Es inconfirmable.- No podemos confirmar algo por su naturaleza o por no encontrarse establecido dentro de la ley, es inexistente, pues como manifestamos lo inexistente es la nada y la nada no puede ser confirmada.

c) Es imprescriptible.- Queda fuera de duda el mero transcurrir del tiempo, pues no puede crear algo la nada, dado que está seguirá siendo siempre la nada.

d) Puede oponerse por cualquier interesado.- La inexistencia de un acto jurídico puede hacerse valer por cualquier interesado.

Ahora bien, si es comprensible que dicha afirmación se funda en que a nadie puede oponérsele la nada desde un punto de vista jurídico, que no es necesariamente en la vía de acción o la vía de excepción, sino que únicamente se denuncia, para ser comprobada y declarada por el juez.

e) Para que tenga lugar no se requiere de la intervención judicial, más cuando la haya, el juez se limitará a declararla.- Sobre esta última característica, varios autores coinciden en afirmar que es innecesaria e inútil cualquier intervención judicial provocada por los conflictos que a su vez nacen de un acto inexistente, por lo que nos unimos a su criterio manifestando que, resulta innecesario distraer el órgano jurisdiccional para declarar lo que de antemano sabemos que no existe. Pues en el supuesto de que alguna de las partes intervinientes en el acto de que se trate (inexistente), podrán en su caso celebrar otro y con eso resuelven el problema sin que para ello haya tenido que intervenir el órgano jurisdiccional.

C A P Í T U L O V

LA INVALIDEZ DE LOS FIDEICOMISOS EN CONSECUENCIA A LOS CASOS DE INEXISTENCIA

Con las reflexiones realizadas hasta el momento, solo nos hemos referido a un aspecto general y descriptivo de la inexistencia, en el sentido de que a cualquier “negocio jurídico” le falta alguno de los elementos esenciales.

Por lo tanto, nos preocuparemos por exponer los casos concretos en que por determinadas situaciones, no llega a estructurarse algunos de los elementos indispensables para el negocio, es decir, nos permitimos analizar qué fenómenos han sido considerados por algunos autores como obstáculo para la formación de la manifestación de la voluntad o del consentimiento en su caso, así como también, cuando hay posibilidad jurídica del objeto directo e imposibilidad tanto física como jurídica del indirecto.

Trataremos entonces de ilustrar tal situación con una referencia a las circunstancias que pueden presentarse tanto en el acto unilateral del fideicomiso, como en relación con el contrato por el que se pacta su ejecución.

5.1. Ausencia de la voluntad y consentimiento

Debe tomarse en cuenta que para que pueda darse una buena manifestación de voluntad, deberá existir una interdependencia coherente entre lo interno del sujeto y su declaración. Además la voluntad al manifestarse puede hacerlo de dos formas: esto es, de una manera expresa y/o tácita. Es importante mencionar que tratándose de un negocio plurilateral, su primer elemento esencial es el consentimiento, siendo este en última instancia, el acuerdo de dos o más voluntades mediante el asentamiento de una voluntad a lo que quiere otra.

En virtud de lo anterior, estaremos en posición de afirmar que, en tanto no se cumpla alguno de los supuestos manejados en nuestras aseveraciones anteriores, no habrá manifestación de voluntad en el negocio a realizar, concretamente en el momento de llevar a cabo el acto constitutivo del fideicomiso; con lo que faltaría un elemento esencial del mismo contrato, en consecuencia dicho “fideicomiso” no existiría, a su vez no podrá generar obligaciones ni derechos de ningún tipo, pues cabe señalar como lo manifestamos anteriormente, que la nada no puede generar ninguna

consecuencia jurídica pues no existe y lo que no existe, no se puede tomar en cuenta para la celebración de circunstancias jurídicas.

Ahora bien, el hecho de que exista la falta de consentimiento además de generar la problemática de la inexistencia, también provoca el surgimiento de diversos elementos que a continuación se enumeran y que con posterioridad trataremos de explicar en el aspecto netamente vinculado al fideicomiso.

5.1.1. Falta de edad de una de las partes

De ninguna manera puede pensarse que la declaración realizada por un “Infans”.²⁴, se traduce en una manifestación de voluntad como elemento esencial de un negocio, pues éste no comprende los elementos ni las consecuencias de un negocio.

En tanto, un joven de 17 años si tiene la voluntad para poder realizar el negocio correspondiente aunque esta voluntad se encuentre viciada, pues la ley nos estipula que es menor de edad aunque de alguna forma comprende las obligaciones y los derechos que genera determinado negocio jurídico; en el niño de 5 a 7 años, no habrá una voluntad capaz de poder formar un acto jurídico. Como ejemplo a establecer ¿Sería posible sostener, si un menor de 5 años, obsequia una alhaja que estamos frente a una verdadera donación? ¿Qué es una donación afectada de nulidad relativa porque se trata de un menor?. No compartimos esos supuestos como reales y nos unimos a lo que nos manifiesta Rojina Villegas, en el sentido de que dentro de nuestro derecho el infante no tiene voluntad para formar un acto jurídico.

²⁴ TORRES PARTIDA, Manuel Historia del Fideicomiso en Derecho Romano. Editorial Porrúa, México p. 55.

Por lo que hace al tema del fideicomiso, podremos establecer que si un fideicomitente no tiene edad en la cual pueda comprender el negocio y la cosa fideicomitada ni tampoco las consecuencias jurídicas que la misma determina, no puede tomarse el acto como si se tratara de uno celebrado en términos estrictamente apegados a derecho.

En tal circunstancia, podemos afirmar que si no existe el consentimiento estará faltando un elemento esencial del acto constitutivo del fideicomiso y la circunstancia consecuente para que el “negocio” no exista; pero al estar frente al hecho de que haya un consentimiento de alguien que no cuente con la edad suficiente marcada por la ley, entonces dicha voluntad o dicho consentimiento estará afectada de nulidad y consecuentemente, el acto constitutivo de fideicomiso tendrán operatividad en tanto alguien a quien afecte dicha nulidad la demande.

Cabe hacer mención de que dentro de cada individuo existe una voluntad, pero cada voluntad interna tendrá aplicación concreta hasta el momento en que se manifieste mediante un acto jurídico para generar consecuencias de la misma índole.

Así las cosas, en base a las consideraciones anteriores, para algunos autores entre ellos y de una manera principal Rojina Villegas, sustentan la doctrina de la inexistencia al cual nos unimos, ésta tiene lugar cuando en un supuesto fideicomiso un niño es el fideicomitente, estaremos en este caso en una carencia de la voluntad mientras no se hayan cumplido los 10 años; quiere decir que los menores de 10 años no cuentan con la visión necesaria para poder manifestar que algo sea bueno o malo o por no tener una noción real de lo que para la gente en general algo signifique malo o no malo, pero acogiéndonos al principio que nos determina Rojina Villegas, podremos decir que los mayores de

10 años podrán establecer su voluntad para crear un acto jurídico, esto es para que no pueda declararse inexistente, pero, dicha voluntad podrá declararse nula.

Ahora bien, si se trata del negocio unilateral constitutivo del fideicomiso, la falta de voluntad impide la existencia del mismo, pero si es bilateral y se da el consentimiento aunque éste se encuentre viciado, se generan obligaciones y consecuencias jurídicas que serán refutadas hasta en tanto se haga valer la nulidad.

5.1.2. Un obstáculo dentro del error

En aseveraciones anteriores, cuando nos referíamos a los vicios de la voluntad, mencionamos que entre los diversos grados el error, se encuentra el obstáculo, el cual, consiste en una divergencia total entre la voluntad y su declaración, ocasionando una manifestación de voluntad carente de contenido y en consecuencia, no se llega a configurar el consentimiento.

En este sentido, el error obstáculo deforma a tal grado la manifestación de la voluntad que la desaparece, provocando en su caso, la falta de integración del consentimiento y eso a su vez genera la inexistencia del acto puesto que carece de un elemento esencial.

Pero puede ser que dicho obstáculo no afecte necesariamente el consentimiento o el objeto, en consecuencia, no se podría hablar de una inexistencia, sino de una invalidez, pues el obstáculo podría ser encaminado a situaciones que recaen sobre la identidad de la persona contemplada, pues se puede contar con el consentimiento y el objeto pero el fideicomisario por ejemplo puede ser Juan Vargas cuando se tiene el entendido de que es Israel Vargas, de la misma forma el obstáculo podría recaer en algunos otros puntos como la identidad de la cosa que forma el objeto, del fideicomiso la identidad de la

declaración de las partes, así como del valor socialmente contemplado de la cosa o el objeto, pues se puede establecer o tener el consentimiento de que algo tiene determinado valor cuando por error se establece otro muy distinto.

5.1.3. El sufrimiento de una violencia física

Uno de los problemas al que nos enfrentamos frecuentemente es el relativo a la determinación de los efectos que producen diversas especies de violencia ejercida sobre la voluntad de la víctima, pero entre algunos autores como Rojina Villegas, Gutiérrez y González y Borja Soriano; afirman que mediante la violencia puede en ciertos casos provocarse temor, viciando la voluntad en otros, la violencia es tan contundente que no se puede hablar de manifestación de voluntad minada, sino de una manifestación de voluntad arrancada; en cambio las opiniones varían cuando el problema abordado es determinar cuál de las violencias inspira temor en la voluntad violentada y cuál, en su caso, llega a erradicarla.

Para algunos el hablar de violencia, provoca el sinónimo de hablar de violencia física y por medio de ella se anula por completo la voluntad de la parte, reservando la intimidación o violencia moral para inspirar temor.

Recapacitando un poco se debe afirmar lo siguiente: si violencia física supone todavía su ejercicio sobre bienes jurídicos de alguien, lógico es que ésta pueda tener diversos grados en su intensidad y en consecuencia, se violenta la voluntad a tal grado que se detente por completo por un individuo o varios, mismos que toman, controlan y conducen la mano de otro de tal forma que quede estampada su firma o huella en un documento exigible.

Lo anterior al aplicarlo en los fideicomisos, encontramos que puede existir una violencia tanto física como moral, partiendo del supuesto que la violencia sea

física y que la firma por ejemplo del acta constitutiva del fideicomiso, en el que el fideicomitente, traslade los bienes de su propiedad al fideicomisario, pero que este último haya firmado por medio de una amenaza física (con una pistola), la conclusión estaría especificada hasta en tanto se haga valer dicha violencia y se nulifique el acto, ya sea mediante la puesta en marcha del órgano jurisdiccional o simplemente el desacato o la omisión de algunas consecuencias jurídica estipuladas.

Al establecerse lo anterior al punto en que la violencia ejercida sobre la víctima sea moral, estaríamos en el mismo supuesto sólo que, para saber si existió o no tal violencia, deberá comprobarse fehacientemente, ya que es más difícil creer que existió la violencia moral por sus propias características.

5.1.4. Una auténtica simulación

Así como hay deudores que no cumplen con sus obligaciones patrimoniales y afrontaron los resultados que surgen de ese incumplimiento o que, para evitar el pago de lo debido ponen a disposición sus bienes de aquél o aquellos a quienes deben, también los hay quienes al presentárseles una circunstancia que pudiera afectarlos con un documento que con carácter de “secreto”, contiene, relata ó regula la realidad de los hechos.

Creemos que algunos de los medios por los cuales un deudor procura defraudar a sus acreedores, son por ejemplo las deudas ficticias, el otorgamiento de documentos cambiarios sin los fondos necesarios, la venta simulada de sus bienes, la constitución de derechos como la hipoteca para garantizar deudas aparentes; sobre todo y para los efectos de nuestro tema la constitución de fideicomisos para la realización de los fines descritos, cayendo todo lo anterior en el campo de una auténtica y absoluta simulación.

De lo anteriormente mencionado se desprende que lo falso o artificioso de las operaciones celebradas en tales condiciones, carecen de toda realidad y lo único pretendido por quien las ejecuta, es aparentar ante sus acreedores una insolvencia lo suficientemente considerable para coartarles sus intenciones de ver saldado sus créditos.

Ante una falsedad de la operación celebrada, la doctrina niega la formación del consentimiento como elemento esencial del acto que se trate.

En ese aspecto, es conveniente afirmar que en un negocio absolutamente simulado, no hay consentimiento y objeto que pueda llegar a ventilarse, no existe el acuerdo de voluntades, porque en realidad aún cuando las partes aparentemente declaren que es su común intención celebrar determinado contrato, esa manifestación queda totalmente destruida por la que expresamente formularon en secreto en el acto de referencia.

Entonces aplicamos el criterio al fideicomiso y decimos que no se puede calificar de inexistente un negocio jurídico que se ha apropiado de determinadas circunstancias simuladas para obtener el consentimiento, ya que se da el consentimiento y al estar formando parte del mismo acto constitutivo, querrá decir que en efecto, existe el acto, pero puede llegar a extinguirse por la declaración que es o no válido, pero no podemos decir que no existe puesto que hubo consentimiento y objeto.

5.1.5. La enajenación mental

Se ha observado en cuestiones anteriores el hecho de que existen varias formas de arrancar el consentimiento de una de las partes que, tratándose del fideicomiso las responsabilidades por lo general recaen en el fideicomitente.

Ahora bien, supongamos que la voluntad del individuo sujeto de la relación contractual que se realizará, fuese obtenida aprovechando la situación mental en que se encuentra. En ese supuesto nos encontraríamos en la incógnita de como resolver el asunto, si como un acto jurídico inexistente o si por otro lado lo tomaríamos como un asunto de invalidez. Es imperioso manifestar en este supuesto, que los enajenados mentales no producen actos como tales, por virtud de carecer de capacidad y en todo caso producen hechos. Pero utilizó esta aseveración para denotar la invalidez de los fideicomisos por esta razón.

La posibilidad a presentarse en la mayoría de los casos según creemos, ya sea en actos constitutivos de fideicomiso o dentro de la celebración de cualquier negocio, es precisamente el desprendimiento del consentimiento cuando no se cuenta con la voluntad de la víctima; especialmente sucede este supuesto, cuando dicha manifestación de voluntad proviene de un enajenado mental, idiota, imbecil, alguien que se encuentre en total estado de ebriedad o bajo los efectos de enervantes o psicotrópicos o de cualquier otro especificado en la ley como vicio de la voluntad.

En consecuencia de lo dicho con anterioridad, manifestaremos por nuestra parte, que al encontrarse cualquier enajenación de la mente como las que se describieron con antelación, diremos que en todo momento se presenta una ausencia de voluntad y por ende, una inexistencia del acto constitutivo del fideicomiso que de ninguna forma podrá generar consecuencia jurídicas.

A su vez podría en determinado momento anularse por existir mala fe, pero en el segundo caso sentimos que de ninguna forma se podrá tachar de inexistente el acto y mucho menos de nulo, pues aunque el individuo sea sordomudo, tiene la capacidad de entendimiento necesaria para obligarse, pues tiene los conocimientos básicos que son leer y escribir.

Por otro lado, puede existir un supuesto más, como lo es el hecho de que en un documento en blanco se haya estampado la huella o la firma de la persona. En esa situación, nos encontraríamos con las mismas circunstancias, las cuales, como hemos venido sosteniendo a lo largo de nuestro estudio, provocan el otorgamiento del consentimiento de la víctima y en consecuencia, si existiría el negocio, por lo que en ningún momento podrá decirse que el acto constitutivo dentro de los fideicomisos es inexistente, pero si estará viciado y eso nos dará la pauta para poder exigir la nulidad del mismo.

5.1.6. Alteración de documentos

Para la participación de las partes en algún acto constitutivo debemos tomar en cuenta que éste, deberá constar por escrito. En tal virtud, podemos saber si existe o no alteración, siempre y cuando aparezca de una forma palpable en dicho documento.

Ahora bien, nuestro punto a tratar partirá del supuesto en que ahora para la celebración de un acto constitutivo de fideicomiso se haya alterado el documento respectivo, independientemente de la sanción penal a que se hace acreedor el actor.

Desde el punto de vista de lo estipulado en la Ley General de Títulos y Operaciones de Crédito, se nos maneja: artículo 382, tercer párrafo

“Que el fideicomiso será válido aunque se constituya sin señalar fideicomisario, siempre y cuando su fin sea lícito y determinado y conste la aceptación del encargado por parte del fiduciario”.²⁵

²⁵ Agenda Mercantil, Ediciones Fiscales ISEF, A.C.. México 2005, p. 76

Y conste la aceptación del encargado por parte del fiduciario”, pero qué pasa si la voluntad del individuo está minada por haberla manifestado alguna persona analfabeta y estampó su huella digital en un documento en el que desconoce las consecuencias o aquélla otra a la que ni siquiera se le leyó el contenido de tal documento y lo firma o estampa su huella en el mismo.

El artículo 382 de la legislación de referencia, nos establece que:

“Pueden ser fideicomisarios las personas que tengan la capacidad necesaria para recibir el provecho que el fideicomiso implica”.²⁶

De tal suerte que, podríamos descartar el hecho de que un sordomudo por ejemplo firmara un documento o estampara la huella si “este es analfabeta”, porque podría presentarse el supuesto en el cual ese mismo sordomudo, supiera leer y escribir y en consecuencia en el primer caso a nuestro parecer existiría un consentimiento viciado, al existir el consentimiento aunque con esa circunstancia, habría negocio jurídico, el cual podría en determinado momento anularse por existir mala fe. Pero en segundo caso sentimos que de ninguna forma se podría tachar de inexistente el acto y mucho menos de nulo, pues aunque el individuo sea sordomudo, tiene la capacidad de entendimiento necesario para obligarse, pues tiene los conocimientos básicos como lo son el leer y escribir.

Por otro lado, puede existir un supuesto más como lo es el hecho de que en un documento en blanco se haya estampado la huella o la firma de una persona. En esta situación nos encontramos con las mismas circunstancias, las cuales como hemos venido sosteniendo a lo largo de nuestro estudio, provocan el

otorgamiento del consentimiento de la víctima y en consecuencia, sí existirá el negocio, por lo que en ningún momento podrá decirse que el acto constitutivo dentro de los fideicomisos es inexistente, pero sí estará viciado y eso nos dará la pauta para poder exigir la nulidad del mismo.

5.2. Imposibilidad física o jurídica de llevar a cabo el objeto

Así como en el apartado anterior, en el que nos permitimos mencionar el concepto de la manifestación de la voluntad o del punto de vista en relación con el segundo principal elemento dentro de los contratos que es aplicable también a los actos constitutivos de fideicomiso, el cual, como la misma doctrina lo estipula, es el objeto.

Para esa finalidad basta tener presente que los negocios jurídicos cuentan con un doble objeto, directo el primero e indirecto el segundo; aquél es la creación según decíamos, transmisión, modificación o extinción de derechos y obligaciones; el último, la conducta realizada por el deudor, esto es, una prestación de dar, hacer o no hacer, el hecho o la abstención.

Así cuando el objeto directo de un negocio sea jurídicamente imposible, dicha situación se traduce en la falta de objeto, como éste es el elemento esencial de los negocios jurídicos, estaremos según nuestro criterio y apegándonos a algunos autores principalmente a Rojina Villegas, frente a la inexistencia de éstos.

Respecto a la imposibilidad jurídica del objeto indirecto, analizaremos los siguientes casos:

- a) Falta de capacidad de goce;

²⁶ Idem, p. 76

- b) La absoluta simulación.

- c) Cuando la cosa es imposible física o jurídicamente, por no existir en la naturaleza, por estar excluida del comercio y por no ser determinada o determinable en cuanto a su especie; y

- d) Cuando el hecho es imposible sea negativo o positivo.

Para determinar la vialidad del objeto de los fideicomisos, nos debemos apegar a lo que se nos especifica en el artículo 386 de la Ley General de Títulos y Operaciones de Crédito, mismo que nos establece:

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

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

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

5.2.1. Falta de capacidad de goce

Hemos comentado que por capacidad en general se entiende la aptitud de ser titular de derechos y obligaciones, de ejercitar los primeros y cumplir los segundos personalmente, así como de comparecer en juicio por propio derecho; decíamos además que este concepto abarca dos aspectos de capacidad, que son la de goce o jurídica y la de ejercicio o de obrar.

La capacidad de goce es la aptitud jurídica de ser titular de derechos y obligaciones, mientras que, por capacidad de ejercicio entendemos, la posibilidad del sujeto de participar directamente en la vida jurídica.

Ahora bien, como la capacidad de ejercicio es ajena a las reflexiones que hacemos respecto a los negocios jurídicos realizados en las circunstancias no propias, manifestaremos que la celebración de un “acto” jurídico por un incapaz de obrar nos hará estar en una nulidad que pudiéramos calificar como relativa. Cabe aclarar que los incapaces no generan actos sino hechos precisamente por su calidad de incapaces

Por lo que respecta a la capacidad de goce desde su aspecto negativo, hace posible jurídicamente el objeto directo de un negocio jurídico en general y particularmente alguno de los que se compone el fideicomiso.

Como lo aprendimos en las aulas, la afirmación es genérica en el sentido de que todos contamos con la capacidad de goce más no todos tenemos la capacidad de ejercicio. Todo ser humano por el hecho de serlo, tiene capacidad de goce o jurídica, pero para ejercerla deben de tomarse en cuenta determinadas circunstancias, como la edad, la nacionalidad, el interés público, entre otros.

Al respecto algunos teóricos del derecho civil suelen citar como “incapaces de goce para el efecto de determinar la imposibilidad de celebrar un negocio jurídico en los siguientes: actos de derecho familiar celebrados por quienes no

alcanzan la edad mínima”.²⁷ Los propios actos jurídicos que celebra un sujeto afectado de sus facultades mentales. La adquisición por un extranjero del dominio directo de tierras y aguas. Cabe hacer mención, que dicha adquisición no la veíamos como hasta estos últimos días en que fue modificado el artículo 27 Constitucional, en relación directa a las facilidades proporcionadas a los inversionistas privados para generar negocios en el agro Mexicano.

a) Los actos de derecho familiar celebrados por quienes no alcanzan la edad mínima jurídica

La mayoría de edad en un derecho como el nuestro, lo estipula el Código Civil, atribuye a quien la alcanza, la posibilidad de celebrar libremente cualquier acto o negocio jurídico. Ahora bien, como nos establece el artículo 148 del propio ordenamiento, la edad mínima para contraer matrimonio que podría ser una salvedad dentro de la mayoría de edad, es de 16 años tanto para hombre como para mujer, siempre y cuando en ambos casos, exista la autorización para poder realizarlo por parte de quienes legalmente ejerzan la patria potestad y la tutela sobre ellos.

Caso contrario sucede con quienes no cuentan con las edades mínimas señaladas, pues en tales supuestos, no solo son incapaces de ejercicio, sino que también lo son de goce respecto al matrimonio, al encontrarse jurídicamente imposibilitados para ser titulares de los derechos y obligaciones que implica el estado matrimonial.

Como los menores de dieciséis años en el hombre y menores de 14 en la mujer son incapaces jurídicamente de contraer matrimonio, los derechos y las obligaciones derivan de la supuesta celebración de dicho acto, no pueden tener

²⁷ BORJA SORIANO, Manuel Teoría General de las Obligaciones. 16ª Edición. México 1998. Ed. Porrúa. p. 146

lugar al ser jurídicamente imposible el objeto directo del mismo y por ende, si a pesar de tal imposibilidad, se llega a verificar éste, sería inexistente por falta de objeto directo.

Lo anterior lo trasladamos a los fideicomisos, nos encontramos en una situación mucho muy parecida, en el sentido de que se fideicomiten bienes a favor de un menor de edad y el objeto directo sea el hecho de que para éste individuo tenga los beneficios del fideicomiso, deberá estar casado. En este supuesto, no podría desarrollar el fideicomiso, ya que estaría fuera de la posibilidad de ejercer sus derechos por sí solo e independientemente de que no cuenta con la capacidad de goce necesaria para realizar el objeto directo del fideicomiso.

De tal suerte que al estar falto de objeto directo, este fideicomiso creado a favor de quien no tiene la capacidad de goce, se entendería nulo o inválido, pero creemos que al faltarle dicho objeto directo, estaremos frente a un fideicomiso inexistente.

b) Los propios “actos” celebrados por un sujeto afectado de sus facultades mentales.

Otra de las hipótesis que si bien no es aplicable al aspecto patrimonial del fideicomiso, si nos permite ver una capacidad jurídica incompleta y por ende, uno de los aspectos que impiden ser titular de ciertos derechos y obligaciones, concretamente para los que derivan de actos correspondientes al derecho familiar, es la situación guardada por aquellos sujetos privados de sus facultades mentales.

El enajenado mental no puede contraer matrimonio, reconocer expresamente a un hijo natural o adoptar, pues como es lógico suponer, quien se encuentre en dichas condiciones está imposibilitado psicológicamente para educar, representar, entre otras. El proceso que genera la inexistencia del acto en términos de lo que anteriormente hemos dicho, tiene lugar por la incapacidad jurídica del que celebra el acto, que debido a la misma, los derechos y obligaciones que van íntimamente ligados a la realización del objeto directo del acto correspondiente, cuenta por lo general con el impedimento principal que es la imposibilidad jurídica de llevarlo a cabo.

c) La adquisición por un extranjero del dominio directo de tierras y aguas

Conforme nos marca el artículo 27 constitucional, los extranjeros se encuentran impedidos para adquirir el dominio directo de tierras y aguas ubicadas en la porción de territorio Nacional, comprendida hasta cien kilómetros de las fronteras y cincuenta kilómetros de las costas.

Dicha limitación implica una incapacidad de goce de los extranjeros para ese efecto, por lo que todo negocio en el que un extranjero pretenda fideicomitir bienes inmuebles ubicados dentro de la franja descrita para adquirirlos en propiedad, sería calificado de inexistente, por carecer del objeto directo del negocio, aunque si de alguna manera adquiere los bienes dentro de esa franja, pero por medio de un tercero, el negocio existiría pero aparecería la posibilidad de calificarlo de inválido.

El Fideicomiso de Inmuebles en las zonas prohibidas en favor de Extranjeros, manifiesta que “uno de los problemas prácticos planteados con más frecuencia en relación con el fideicomiso, ha sido el relativo a determinar si es factible jurídicamente y lícito además que los extranjeros puedan ser beneficiarios cuyos fines, con independencia de otros, sean que la fiduciaria les permita el uso

y hasta el disfrute de bienes inmuebles en la parte del territorio nacional donde se encuentra comprendida la franja prohibida, por el contrario, no hay posibilidad de conferirles esos derechos, por considerar que mediante ellos se ostenta el dominio directo sobre las tierras, aguas y sus accesorios que es precisamente el supuesto prohibido por el artículo 27 constitucional en su aspecto sustancial”.²⁸

En el primer punto diríamos que en efecto, existe la prohibición legal a nivel constitucional del asunto, pero eso no descarta la posibilidad de realizar las operaciones correspondientes y conforme a derecho en el sentido de no utilizar los generales del extranjero que va a realizar la transacción, pues éste únicamente, sería el que proporcionara los medios idóneos para llevar a cabo el fin del fideicomiso.

En el aspecto anterior y a manera de sustanciar lo dicho, se debe creer que el extranjero aunque realice el fideicomiso en zonas prohibidas, puede fungir como fideicomitente sin que se tache de inexistente el acto constitutivo del fideicomiso siempre y cuando los beneficios no estén destinados al goce y disfrute de tierras y aguas, así como de sus accesorios en favor del extranjero que fungió como fideicomitente sino al nacional que tenga la capacidad necesaria para poder aparecer como fideicomisario.

El artículo 27 constitucional, en la parte final de su primera fracción nos establece las prerrogativas que en determinado momento se podrían brindar a los extranjeros cuando estos pretendan residir o estén residiendo en el país y nos dice: “El artículo en cuestión autoriza a las dependencias competentes del Poder Ejecutivo, a otorgar su autorización para que celebren contratos de fideicomiso, en los que sean designados beneficiarios conforme a la ley, extranjeros que como provecho, reciban el uso y goce o disfrute para fines

²⁸ La Revista “El Foro”, cuarta época, número 3, México, enero-marzo 1954. p. 29

residenciales, de inmuebles utilizados en zonas turísticas costeras dentro de límites urbanos que se encuentran comprendidos por tanto, dentro de los 50 kilómetros contados de las playas y tierra adentro”.

Con la reforma al artículo 27 constitucional, se otorgan posibilidades a los extranjeros, para efectos de apertura comercial, a que se les autoricen fideicomisos; por lo que se les ofrece el uso mediante el arrendamiento o adquisición de certificados de participación inmobiliaria, de bienes inmuebles ubicados en la franja prohibida, destinados únicamente a la promoción industrial o turística, que pudiera significar beneficios para el país.

5.2.2. La absoluta simulación

Con anterioridad planteamos el problema relativo a la falta de consentimiento como causa de inexistencia, pero que si este consentimiento y el objeto mismo se daban no podía haber inexistencia del acto, sino en determinado momento la posibilidad de tacharlo de nulo o inválido.

Ahora bien, según deriva del título doctrinal “la situación absoluta que provoca la inexistencia o la invalidez”.²⁹ de los actos o negocios jurídicos, nos manifiesta que el negocio ficticio por las circunstancias que planteamos con anterioridad, como el aparente estado de insolvencia para eludir el aseguramiento de bienes, así como la obtención del documento que relata la versión que bajo ficción se realizó, la expedición de documentos alterados la venta simulada de los bienes, las daciones en pago irreales, la constitución de derechos reales para garantizar deudas aparentes, etc. no sólo se produce por la ausencia del consentimiento, sino también por la imposibilidad jurídica del objeto directo.

²⁹ ROJINA VILLEGAS, Rafael. Compendio de Derecho Civil. Editorial Porrúa. México 2006. p.250-252

La razón suena obvia, pues al no haber ninguna muestra de manifestación voluntaria de los que intervienen en un negocio simulado, los derechos y obligaciones que aparecerían por su celebración, no pueden tener lugar desde el punto de vista jurídico.

Creemos además de que al presentarse el acto simulado, tampoco existe objeto del negocio, que es precisamente el punto principal del mismo y no aparecen mucho menos, las consecuencias de tal acto como lo son la creación, transmisión, modificación o extinción de derechos y obligaciones; pues al declarar de una manera secreta, simulada y ficticia, las partes destruyen el objeto directo del acto, que en los fideicomisos concretamente sería el acta constitutiva que le da vida.

Una vez analizados algunos casos específicos en los que se presenta la posibilidad jurídica del objeto directo del acto y por lo tanto, su traducción en la inexistencia, estaremos en posibilidades de emitir el juicio referente a que, por un lado se establece el número de personas que intervienen en el negocio jurídico, así como el acuerdo de voluntades para realizar el acto constitutivo de fideicomiso, determinan también el objeto o materia del negocio; en ese supuesto estaría teniendo existencia y validez el negocio a tratar, pero que pasa en el momento, en que para la celebración del negocio jurídico, se encuentra simulado el asunto para efecto de sacar un provecho para alguna de las partes; en ese supuesto el consentimiento estaría alterado o el mismo objeto, en ese momento perdería el acto alguno o todos los elementos de existencia que le dieron vida, por lo tanto, no hay tal negocio, porque como se mencionó anteriormente, la nada no puede generar derechos y obligaciones.

Pero si analizamos el hecho de que aunque el consentimiento y el objeto del acto constitutivo del fideicomiso hayan sido simulados, hasta en tanto no se compruebe dicha simulación, el acto tendrá existencia, por lo que si surge alguna

consecuencia del mismo que desencadena algún derecho u obligación, estos pudieran invalidarse, pero en el entendido de que el acto verdaderamente existió con algunos vicios, en consecuencia, los resultados serían inválidos hasta el momento en que se haga sentir tal invalidez.

5.2.3. Cuando la cosa es imposible física o jurídicamente

Lo común es que las cosas objeto de los negocios jurídicos en general y particularmente de los que constituyen el fideicomiso existan en la naturaleza, podemos citar al respecto, los inmuebles o los vehículos, entre otras.

Sin embargo, pudiéramos pensar en que alguien pretendiera el otorgamiento de un fideicomiso cuyo objeto existe solo en su imaginación.

De tal suerte que pudiéramos pensar en una serie de objetos que formarían precisamente la materia del negocio, tales como un dinosaurio, un dragón, una sirena o de una manera más real un inmueble destruido días antes de la celebración del acto de que era objeto.

Pensemos respecto de un supuesto negocio en el que la cosa no existe en la naturaleza, este acto estaría afectado de inexistencia, ya que hay una imposibilidad física respecto a la inexistencia de la cosa; faltando entonces un elemento esencial del contrato como lo es el objeto y por ese motivo es inexistente; pero qué pasa cuando el objeto no existe al momento de contratar pero pueda existir más adelante, en este aspecto no podemos tachar el acto, podría tratarse de extinguir por el lado de la invalidez y no por la inexistencia, pues el acto existió por estar consientes las partes de que la cosa existiría física o jurídicamente algún día.

Por su parte, al requerirse que la cosa se encuentre en el comercio, como un aspecto de su posibilidad jurídica, cabe determinar en el mismo sentido, que si bien gran número de cosas si lo están, existen otras, por el contrario, fuera del mismo.

En fin, lo cierto es que una cosa puede estar fuera del comercio, ya sea por su naturaleza, como el sol, nuestro planeta, por disposición legal como los monumentos históricos o los bienes de uso común, de tal suerte que cuando llegue a tener una operación que repercutirá en un contrato de ejecución de fideicomiso cuyo objeto fuese una de estas cosas, aquel sería inexistente, por la imposibilidad jurídica del objeto directo, que se encuentran excluidos del comercio.

En tal virtud, creemos que el acto del fideicomiso puede tacharse de inexistente en el supuesto señalado, pero hasta en tanto se haga valer la inexistencia, el negocio lo podemos considerar como válido, pues existió un acto en el momento de la celebración de la constitución y generó derechos y obligaciones, pero si se hizo valer la inexistencia estos derechos y obligaciones serán inválidos o nulificados.

Al ser requisito de la cosa objeto de un negocio que sea determinado o determinable en cuanto a especie, para el objeto indirecto (lo que se va a hacer o no con la cosa) sea jurídicamente posible, lógico es que la indeterminación de algo se traduce en una imposibilidad jurídica. En esas condiciones, el objeto indirecto es un acto constitutivo de fideicomiso no podrá serlo genéricamente, una cosa, un animal, una bebida, pues lo anterior implica una indeterminación de la dirección, la razón o el tipo y marca respectivamente, que nada significa estaría condenado a la inexistencia por la imposibilidad jurídica de su objeto indirecto, que sería una cosa indeterminada.

5.2.4. Cuando el hecho es imposible

Partamos desde la caracterización de ¿Cuándo es un hecho? y ¿Cuando es un acto? determinadas circunstancias que generan situaciones jurídicas.

Tomando en cuenta las diferentes opiniones recibidas sobre la nulidad y la inexistencia de los actos regulados en el Código Civil, nos establece los lineamientos a seguir por quienes encuadren en los supuestos marcados, podemos imaginar que solo deberá estarse conforme a lo ahí planteado, pero existe un sinnúmero de circunstancias prácticas que nos pondrían a pensar sobre si realmente sería válido o existente una circunstancia o si no lo es.

Para saber si algo es válido o no, si es inexistente o no, debemos determinar si es un acto o un hecho. Como lo aprendimos en las aulas, un hecho, es un acontecimiento que puede generar consecuencias de derecho y para que surja no es necesario que intervenga la voluntad del hombre, como ejemplo podríamos poner un terremoto. Lo correspondiente al acto fincaría su definición a partir de que existe la voluntad del ser humano para llevarlo a cabo, en ese supuesto el acto generará consecuencias de derecho pero en el entendido para que ocurriera, tuvo que intervenir la acción del ser humano.

Así como la cosa cuando se trata de una obligación de dar, debe ser tanto física como jurídicamente posible, lo mismo acontece en relación con el hecho o la abstención, si son obligaciones de hacer o no hacer en su caso.

Ciertamente, por lo que refiere al hecho positivo (hacer) o negativo (abstenerse), del objeto indirecto de un negocio, cabe hacer mención que su posibilidad debe ser tanto física como jurídica.

En ese orden de ideas, un hecho físicamente imposible, lo mismo sería la abstención de probar alimentos durante siete meses, el viaje a un planeta determinado o la sustracción de una cosa a la ley de gravedad, precisamente porque todo ello es contrario a la naturaleza

Si relacionamos la imposibilidad, ya sea física o jurídica de cierto hecho como objeto indirecto de un negocio, esto es el hacer o dejar de hacer determinada actitud, nos encontramos ante la inexistencia, primero del acto, en segundo término estaríamos si lo hacemos pero no está específicamente ligado al objeto indirecto del mismo, sino por circunstancias anexas al acto en sí, estaremos ante una invalidez del acto jurídico y no ante una inexistencia.

Para efectos del fideicomiso, en el momento del acto constitutivo del mismo, deberá determinar el objeto y consentimiento, que darán creación a los derechos y obligaciones derivado del acto en cuestión. Si estos dos puntos están correctos, no hay ninguna oposición para que el negocio prospere; porque no podría tacharse de inexistente el acto por contar con los dos elementos que son consentimiento y objeto, pero qué pasa cuando lo que se deba hacer o no hacer, sea imposible, como decíamos; supongamos que el objeto del fideicomiso es que el fideicomisario deje de comer 25 días seguidos cada dos meses durante dos años; este objeto de por sí sería inexistente por el hecho a que deberá enfrentarse el fideicomisario, pero supongamos que el objeto sea dejar de comer un día al mes durante 5 años, en este sentido el objeto si sería posible pero estaría viciado de nulidad, por el hecho de que no es beneficio para el fideicomisario.

5.3. Planteamiento genérico de la invalidez

Una vez que en los puntos anteriores analizamos los aspectos positivos de la teoría de la inexistencia, como son, su concepto, la evolución histórica que ha

tenido, sus características y su aplicación a las cosas concretas que se citan con más frecuencia por la doctrina para hacer valer su mecanismo sin desconocer lo sugestivo que es el principio de dicha teoría; por lo claro y lógico de sus líneas que lo dirigen, corresponde mediante un examen detallado, poner de relieve la serie de irregularidades, contradicciones e incongruencias padecidas por la misma a grado tal, que hacen dudar seriamente sobre su realidad.

Las críticas formuladas contra la inexistencia, son de diversa índole, sin embargo, es probable que satisfaga nuestra pretensión con el examen de sus características, pues ello, a su vez, implica una necesaria y constante referencia a los casos particulares señalados como la inexistencia; sin escapar algunos de ellos de su respectiva inexactitud, pues aún en el supuesto de que la inexistencia fuera una realidad jurídica, estos últimos no darían lugar a la misma.

Sin lugar a dudas, la evolución de los conceptos en general dentro del derecho mercantil, así como en otras ramas del derecho, finca su desarrollo en el movimiento constante de la sociedad y en los negocios concretos, que con motivo de actualizaciones económicas y sociales se desenvuelven en todo el mundo.

Cabe aquí el señalamiento de que los negocios jurídicos acordes con el entorno social deberán también de sufrir cambios que no precisamente son sustantivos.

Así pues, la invalidez o validez de un negocio, estará fincado en lo que se estipule dentro de la legislación, misma que a su vez resolverá problemas concretos ubicados en la situación real del ser humano que habite determinado sector del globo terráqueo.

Para efectos no tan teóricos y más específicos dentro de nuestra sociedad la invalidez o inexistencia de un negocio, muchas de las veces no se reclama, pues la cuestión educacional que nos aprisiona, provoca el hermetismo de un sinnúmero de arbitrariedades manejadas por quienes detentan los conocimientos para desenvolverlos a su antojo, de tal suerte que los negocios jurídicos que benefician o perjudican a determinada persona que no posee los conocimientos ni la educación necesaria para hacer valer tal o cual derecho, el cumplir o no determinada obligación; queda en la manifestación unilateral como decíamos, de quienes tienen la opinión de mejorar a su arbitrio los aspectos benéficos en muchos de los casos a su misma persona.

Es sin duda cuestionable la apreciación que manejamos con anterioridad, en toda sociedad que cuente con una libertad de expresión abierta como la nuestra, se pensaría que quienes celebran operaciones generadoras de consecuencias jurídicas, tienen el conocimiento si no pleno, si mínimo para llevarlos a cabo.

No pretendo ocuparme de aspecto individuales, de apreciaciones subjetivas o manifestaciones en contra de la educación en nuestra sociedad, sino abarcar el concepto de invalidez o inexistencia para fines que en determinado momento evitarán que sigan manejándose negocios jurídicos con ciertas irregularidades, debido al desconocimiento de planteamientos específicos se desenvuelven dentro de nuestra sociedad mexicana actual.

5.3.1. Efectos jurídicos a consecuencia de algún negocio fiduciario inexistente

Insistimos por algún momento en que la inexistencia de un negocio para quienes han propugnado por ella, significa situarnos ante “la nada jurídica”, de la cual debido a su misma carencia de contenido, no surgirá más que precisamente nada.

En otras palabras, “el negocio inexistente no producirá efectos jurídicos”.³⁰ en el sentido de que el negocio inexistente produce cuando menos el efecto de “vincular a las partes por las situaciones de hecho que nazcan de su ejecución voluntaria” bastaría para desvirtuar la característica señalada, sin embargo, la falsedad de la mencionada negativa puede ponerse de manifiesto también en el examen de algunos casos específicos, los cuales inclusive, sirvieron de ilustración para mostrar la forma de operar de la inexistencia por quienes la adoptan y fomentan.

De tal suerte que podemos examinar de una manera más detallada, como a continuación se establece:

a) La simulación absoluta.- Hemos visto en su oportunidad que el negocio absolutamente simulado es considerado inexistente, a lo cual, por así convenir en este momento a nuestros propósitos y no sólo eso, sino además, por así afirmarlo la teoría de la inexistencia debemos agregar que, como consecuencia de ello, no produce efecto jurídico alguno.

Ahora bien, para este efecto el tratadista, después de condenarlo a la inexistencia al acto absolutamente simulado, “afirma que está en contra del principio consistente en la no producción de efectos, pues declara que a pesar de la inexistencia de un negocio con tales características, su eficacia se limita, dado que no pueden desconocerse los efectos producidos por un acto inexistente en relación con terceros de buena fe”.³¹

³⁰ LUTZESCO, George, Teoría y Práctica de la Nulidad, Trad.Esp. Editorial.Porrúa, México,1945. p.183

³¹ ROJINA VILLEGAS, Rafael. Op. Cit. p.250

Sin duda las afirmaciones hechas por el autor referido, representan a su pesar un serio ataque a la teoría de la inexistencia, pues con base a sus propios fundamentos, no obstante la modalidad adoptada por quienes defienden la inexistencia en el sentido de que el negocio inexistente no produce efectos “como acto”, no es que los efectos jurídicos provengan de un “hecho”, sino la realidad es que la inexistencia solo opera entre las partes que celebraron un acto de tal naturaleza, siendo perfectamente válido como “acto”, para terceros de buena fe.

Más aún, además de que la simulación absoluta la falta de integración del consentimiento es dudoso, al no poder negarse la existencia de un acuerdo de voluntades para defraudar a acreedores de una de las partes, tampoco se le podrá negar su naturaleza de jurídicos los efectos que en materia penal se producen por la misma o sea, hacerse acreedores de los que en ella intervienen, a la pena prevista por el Código Penal en la fracción X de su artículo 387, además de todas las consecuencias inherentes a la comisión de un delito como es deducible, a pesar de la inexistencia que ataca al negocio jurídico absolutamente simulado, éste, según hemos visto produce efectos jurídicos, lo cual implica un golpe definitivo a la teoría analizada.

b) El fideicomiso constituido y contratado por un enajenado mental.- Similar situación se presenta cuando el problema a examinar se refiere por ejemplo, a un fideicomiso que constituye un sujeto privado de raciocinio, ya sea por enajenación mental, por infancia o completo estado de ebriedad; por ello, parece suficiente aplicarlo al fideicomiso en general; es así: Un loco cuya falta de capacidad ha sido declarada judicialmente y cuya enfermedad muchas personas ignoran, vende una finca que otro compró de buena fe.

El otorgamiento de la escritura de venta es un hecho real, innegablemente, el comprador adquiere un título aparentemente válido y eficaz para transmitirle el dominio de la finca, basándolo con ese título que inscribe sin dificultad en el Registro Público de la Propiedad, celebra contratos de arrendamiento, de hipoteca, de venta, entre otros. Si la primera escritura no existió, así como de la nada no puede existir algo, todos los contratos subsiguientes tampoco existirían, y sin embargo ¿Hay posibilidad de considerarlos como inexistentes?, ¿Pueden despreciarse como si no hubieran existido?.

La respuesta a tales interrogantes creemos que debe ser negativa, pues en caso contrario, todo negocio jurídico estará en peligro de no existir y las operaciones propias de tráfico jurídico mercantil carecerían hasta del mínimo de seguridad, situación que sería además caótica.

Como podemos observar, los actos realizados por un enajenado mental, también producen efectos jurídicos, lo cual está en pugna con la teoría de la inexistencia.

Si partimos que los ataques a la teoría de la inexistencia no fueran tan convincentes, contemplamos también el caso de un seudo fideicomiso, en el cual su objeto indirecto, es decir, el bien material del mismo, hubiere perecido con anterioridad a su constitución y al pacto de su ejecución, o inclusive, coloquemos nuestro criterio en el extremo de que nunca existió y a pesar de ello, el fideicomiso ya hubiere cumplido por su parte con alguna contraprestación a su cargo.

De acuerdo con la teoría de la nada, es inexistente la operación concertada de tales condiciones, pues tiene en su contra la imposibilidad física de su objeto indirecto. Al ser inexistente dicho negocio no produce efectos jurídicos, ya que según hemos afirmado con anterioridad, la nada no puede engendrar otra cosa

más que la nada misma. Entonces ¿La prestación cumplida por el fideicomiso, no es en sí un efecto jurídico?, más aún ¿Al no producir efectos jurídicos dicho contrato inexistente, el fideicomisario debe resignarse y pensar como si hubiere sido una causa incomprensible, se vio privado de una parte de su patrimonio al haberlo entregado al supuesto fideicomitente? Resulta indudable que no; pues resulta lógico que se encuentra en aptitud de reclamar la devolución de la prestación indebidamente pagada, ¿No es un efecto jurídico cuyo origen proviene de un negocio catalogado como inexistente?.

Parece inadmisibile cualquier otro sentido de la respuesta de no ser afirmativo.

Ahora bien, ante el ataque tan fuerte, contra la inexistencia desde el punto de vista de la no producción de efectos, sus partidarios han deformado dicha concepción, arguyendo, como lo planteamos con anterioridad que el acto jurídico como un verdadero acto, sin que para ello no pueda dejar de producirlos como hecho jurídico.

Para especificar más concretamente la estipulación, Rojina Villegas afirma; “Un acto jurídico no puede producir efectos como acto jurídico pero sí como hecho jurídico”. La inexistencia de los actos jurídicos impide que estos produzcan efectos de derecho, o sea, que un acto jurídico como tal pueda producir efectos.

Tiene gran interés hacer esta distinción, porque aquellos que no aceptan la teoría de la inexistencia, dicen que el llamado acto inexistente sí produce ciertos efectos. Quienes así piensan no toman en cuenta que estos efectos no se producen por el acto, sino por el hecho.

La aclaración anterior viene a fortalecer más todavía la irrealidad de la inexistencia, pues según deriva de ella, hay reconocimiento para los efectos producidos y basta con que ello tenga una concepción original según lo

manifestamos, en el sentido de que debido a tal invalidez. El acto no se forma, no entra en contacto con la teoría de las obligaciones y en vínculo contractual no tiene consistencia legal.

Es un hecho sin consecuencias jurídicas.

5.3.2. Como interviene el órgano jurisdiccional en los casos de inexistencia

Partamos del estudio descriptivo que nos da como resultado la definición de un inicio de lo que entendemos por el órgano jurisdiccional y tenemos que, órgano es la parte de un todo que tendrá como objeto, la tarea de llevar a cabo lo indicado por el principal; por jurisdicción entendemos, la potestad para administrar justicia atribuida a los jueces, quienes la ejercen aplicando las normas jurídicas generales y abstractas a los casos concretos que deben decidir. Es también, la actividad del Estado encaminado a la actuación del Derecho Positivo mediante la aplicación de la norma general al caso concreto.

De tal suerte que, el órgano jurisdiccional será el instrumento del Estado que servirá para la aplicación de normas generales a casos concretos en un lugar y tiempo determinados.

Como se ha señalado anteriormente, otra de las características atribuibles a los negocios afectados de inexistencia, es aquella según la cual con base también en que tal acto es la nada, resulta innecesaria la intervención del órgano jurisdiccional, para determinar que algo es irreal, pues éste, no haría más que declarar lo que ya de antemano es evidente o sea, la inexistencia del acto correspondiente.

Ahora bien, aún cuando fuera accidentalmente llevado ante la presencia del acto jurisdiccional, el acto, será calificado absoluta e inmediatamente según

creemos por parte del Juez, como inexistente, haciéndolo costar en el juicio respectivo.

Lo anteriormente afirmado, pudiera ser en determinado momento materia de discusión por quienes no están de acuerdo con la teoría de la inexistencia que maneja principalmente el Maestro Rojina Villegas, como se anotó en algunos otros puntos del presente trabajo.

Para defender lo dicho, es importante suponer ciertos actos que si bien son inexistentes tienen la categoría de actos; como meras suposiciones diríamos entonces que no tendría caso el discutir por ejemplo, si existe como matrimonio la cohabitación de un hombre y una mujer haciendo vida a consecuencia de un acuerdo de voluntades, dicho de otra manera, en concubinato; pues ese supuesto se encuentra fuera de toda discusión, más aún, representa inclusive una situación totalmente ajena al estado civil del matrimonio y se define dentro del lenguaje coloquial como unión libre.

Así creemos que para discutir sobre si un acto es o no inexistente, se requiere que tenga cuando menos una mínima apariencia de acto jurídico.

Pues bien, contra la posición adoptada por quienes defienden la inexistencia, en el sentido de que para su celebración no es necesaria la resolución judicial, existe un sinnúmero de argumentos que podrían condensarse en una frase respecto al matrimonio y dice: “Jamás un matrimonio es nulo de pleno derecho, hay siempre una apariencia y un título que es necesario destruir” (Lo que vendría a entenderse como el divorcio que elimina el documento).³²

³² TRONCHET, Jurista francés, citado por George, Lutzesco, en su libro Teoría y Práctica de las Nulidades, Trad. Esp. Editorial Porrúa. México 1945. p. 189.

Ciertamente, cabe hacer notar que toda controversia suscitada cuya materia sea una serie de derechos o situaciones jurídica para su declaración, debe ser sometida ineludiblemente a la decisión de los órganos jurisdiccionales, ya que actualmente y aún en la época en que creemos que la inexistencia surgió, nadie puede hacerse justicia por su propia mano, lo cual en el tema abordado significa que nadie, a no ser el propio órgano jurisdiccional, le son reconocidas facultades para determinar si un acto es inexistente o no.

En esas condiciones, además de la necesaria intervención judicial para decidir sobre el destino de un acto cuya existencia se ha puesto en duda, el tribunal del conocimiento deberá cumplir con todas las formalidades legales establecidas para cualquier procedimiento, esto es, resolviendo, mediante una demanda, nunca de oficio y estrictamente apegado a las garantías de audiencia y legalidad consagradas en los artículos 14 y 16 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, pues lo contrario o sea, una simple contratación de inexistencia del acto sin cumplir con las formalidades esenciales del procedimiento sería violatorio de garantías y daría lugar a la interposición de un amparo, que en determinado momento podría rebatir el hecho de que tal o cual acto sea inexistente.

Observamos según nuestro punto de vista, aún cuando se trate de un negocio de los considerados inexistentes, es ineludible la intervención judicial para condenarlo de invalidez y no sólo eso, sino además, consideramos que dicha intervención debe ser no únicamente para dejar constancia de la inexistencia de un acontecimiento, sino por el contrario lo es en cumplimiento a todos los preceptos legales que regulan la función jurisdiccional cuando a ella le son sometidos por los particulares sus derechos controvertidos, esto es, que sólo el órgano jurisdiccional podrá en determinado momento dejar constancia de cuando es un acto inexistente o inválido y cuándo no lo es.

5.3.3. Confirmación de los actos afectados de inexistencia

Es sin duda interesante de antemano la mención de este punto, pero para el desarrollo del mismo, debe tomarse en cuenta de una manera inicial la definición del concepto medular del apartado que nos ocupa y tenemos entonces que “La confirmación es un acto jurídico unilateral mediante el cual la persona interesada en la anulación de un acto de esta naturaleza manifiesta tenerlo por válido, expresa o tácitamente, produciéndose, en consecuencia, su convalidación.”

“Es una manifestación de la voluntad hecha por la persona a quien corresponda el derecho de impugnación de un acto anulable que produce el efecto de purificarlo del vicio que adolece, de tal manera que el acto queda tan perfecto que es considerado como si no hubiera tenido nunca imperfección”.³³

Apreciamos necesariamente, la manifestación por nuestra parte de que una de las características preponderantes de la inexistencia es que no admite confirmación. Los razonamientos para deducirla son claros y lógicos, por ende, convincentes, ya que para la procedencia de la confirmación como lo estudiamos en algún tiempo, es requisito que sea respecto de algo existente o dicho al contrario, la nada no puede confirmarse. Pero en el terreno de la realidad jurídica, la característica que apuntamos no es definitiva.

Cuando correspondió tratar los casos particulares en los cuales un negocio jurídico carece de su primer elemento esencial, bien como lo es la manifestación de voluntades que deben intervenir de acuerdo con la naturaleza del negocio, mencionamos como tales entre otros, a la declaración de voluntad de una persona “Infans”, al error de obstáculo u obstativo a que nos referimos anteriormente dentro del presente trabajo, la violencia física radical, a la

declaración de un enajenado mental o de un ebrio, a la firma o huella digital estampada en un papel sin contenido, asimismo, del que se hubiera alterado el mismo al darle lectura.

Lo cierto es que en estos casos no puede hablarse de la coincidencia requerida entre el fuero interno del sujeto o sea, lo que dentro de él siente y piensa, así su declaración, por lo tanto, la manifestación de la voluntad no se estructura.

Ahora bien, a pesar de la anomalía tan trascendente que cada una de estas situaciones representa, debe tenerse en cuenta que tanto el niño, al dejar de serlo y convertirse en un sujeto plenamente capaz, el que padeció un error obstáculo y después conoció la realidad, quien fue víctima de una simulación absoluta, ya librado de ella, el enajenado mental o el ebrio, una vez recuperada su cordura o la sobriedad en su caso, el que firmó o estampó su huella digital en un papel sin sentido todos ellos, en sus respectiva situaciones, pueden aceptar como buenos los efectos de los negocios jurídicos celebrados o sus consecuencias y en base a ello, confirmar no sólo tácitamente, sino inclusive expresamente el acto que se creía inconfirmable por suponer que el mismo se encontraba afectado de inexistencia.

Este criterio podemos analizarlo de una manera particular y de la misma forma concluir en el sentido de que todo lo anterior nos permite poner de manifiesto que un negocio inexistente, admite ser confirmado, pues resulta que si la nada es inconfirmable, ¿Que pasa cuando se repusieron de todo lo que haya provocado la inexistencia?, en ese aspecto pudiéramos decir que no se confirmaría, pues no hay nada que confirmar. Pero si repuestos de sus vicisitudes reafirman lo que se estipuló, confirmarían con ese hecho los actos que se realizaron cuando no estaban en condiciones de llevarlos a cabo.

³³ DE PINA VARA, Rafael, Diccionario de Derecho, Editorial Porrúa, México 1998. p. 181

5.3.4. Aparición de la prescripción

Podría antes de iniciar cualquier comentario especificarse la definición concreta de lo que en primer término se entendería como prescripción, y basados en ese hecho nos permitimos anotar lo que define el Código Civil en su artículo 1135 estipulado lo siguiente:

“Prescripción es un medio de adquirir bienes o de librarse de obligaciones, mediante el transcurso de cierto tiempo, y bajo las condiciones establecidas por la Ley”.

En materia de fideicomisos pueden aplicarse según nuestro criterio los apartados referentes al artículo 1135, del Código Civil para el Distrito Federal y la fracción III del artículo 359 y V del artículo segundo transitorio de la Ley General de Títulos y Operaciones de Crédito.

Para efectos prácticos y a manera de generalizar sobre el asunto de la prescriptibilidad de ciertos negocios jurídicos que en determinado momento pudieran aplicarse al caso concreto de los fideicomisos, en un punto tratado dentro de las características de la inexistencia, señalamos también que una de estas es la prescriptibilidad o sea, que el acto inexistente nunca dejará de serlo independientemente del tiempo que transcurra.

Visto desde ese enfoque, nuevamente aparece la lógica en pro de los razonamientos que fundamentan a la inexistencia, operando según pensamos de la siguiente manera:

Puesto que la muerte es eterna, el acto inexistente deberá seguir su destino; pues ni el olvido, ni el transcurso del tiempo, podrán desaparecer sus defectos o completar sus imperfecciones.

La noción de prescripción le es absolutamente desconocida en diez, veinte o cincuenta años, pues la muerte es la muerte y la nada es la nada.

No obstante la consideración que hacemos, la inexistencia sí es susceptible de prescribir, como lo veremos en los comentarios que nos permitimos desarrollar a continuación.

Cabe mencionar que la prescripción adquisitiva frustra todos los efectos del acto inexistente si éste fue ejecutado, podemos recurrir también al caso específico referido al matrimonio celebrado por un sujeto cuya edad no llegare a la mínima para poder ni aún con la autorización legal correspondiente celebrarlo.

En efecto, mencionábamos en su oportunidad que un supuesto objeto directo jurídicamente imposible, se presenta cuando un menor de trece años de edad por ejemplo, contrae matrimonio, debido a la incapacidad de goce habida en relación con los derechos y obligaciones derivados de tal acto jurídico.

Ahora bien, contra la aseveración hecha por nuestra parte, decíamos, que un matrimonio celebrado en tales condiciones es inexistente, como dentro de un negocio fiduciario pudiera establecerse la similitud y en consecuencia, el mal que sufre nunca desaparecerá.

Puede surgir un negocio fiduciario que haya sido producto de un mal objeto directo, pero si al pasar el tiempo las partes que celebraron tal negocio no hacen valer en favor suyo la inexistencia de las circunstancias que la propiciaron, se entenderá que la aceptan y con ella todas las consecuencias generadas, al

transcurrir del tiempo le dará a los actos que la crearon, el reconocimiento muchas de las veces legal, de los actos constitutivos de fideicomiso como las consecuencias generadas por los mismos.

5.3.5. La jurisprudencia en algunos casos donde interviene el concepto de inexistencia

Indudable e ineludible, debe ser la definición de lo que se entiende por jurisprudencia antes de aplicarla a los casos concretos donde interviene.

En este aspecto una de las definiciones amplias y convincentes de lo que se entiende por jurisprudencia, creemos que es la siguiente: “Jurisprudencia es la ciencia del Derecho”, Justiniano la definió, en el Derecho Romano como *Divinaru, atque humanarum rerum notitia, iusti iniustique scientia*; el consentimiento de las cosas divinas y humanas, la ciencia de lo justo y de lo injusto.

Las primeras palabras de esta definición pertenecen a la definición de la filosofía que consiste en la ciencia de lo justo y de lo injusto. Así pues la jurisprudencia no consiste solamente en el conocimiento de las leyes, usos y costumbres, sino que exige también una noticia general de todas las cosas sagradas y profanas a que pueden aplicarse las reglas de la justicia. Otras defienden la jurisprudencia diciendo ser: el hábito práctico de interpretar rectamente las leyes y de aplicarlas oportunamente a los casos que ocurren. También se llaman jurisprudencia los principios que en materia de derecho se siguen en cada país o en cada tribunal, el hábito que se tiene de juzgar de tal manera una cuestión; y “la serie de juicios o sentencias uniformes que forman uso o costumbres sobre un mismo punto de Derechos”.³⁴

³⁴ ESCRICHE, Joaquín Diccionario Razonado de Legislación y Jurisprudencia, Cárdenas Editor y Distribuidor, Madrid, 1873, Tomo II. p.425

La Ley de Amparo nos señala: “La jurisprudencia que establezca la Suprema Corte de Justicia de la Nación, funcionando en pleno o en Salas, es obligatoria para éstas, en tratándose de la que decreta el pleno, y además para los Tribunales Militares y Judiciales del orden común de los Estados, del Distrito Federal y Tribunales Administrativos y del Trabajo, locales y federales.

Las ejecutorias “constituirán jurisprudencia, siempre que lo resuelto en ellas se sustente en cinco sentencias no interrumpidas por otra en contrario y que hayan sido aprobadas por lo menos por catorce Ministros, si se trata de jurisprudencia de las Salas”.³⁵

La jurisprudencia de la Corte, ha determinado que las diferencias entre la existencia y la nulidad son meramente teóricas, por lo que el concepto de inexistencia nos permitimos manejarla como invalidez o nulidad, en su caso, pues a lo largo del presente trabajo hemos tratado de indicar no solo en un elemento de los “contratos” al aplicarlo al acto constitutivo del fideicomiso, como pudiera ser el objeto del mismo, sino en un número más amplio de elementos que están ligados y que si no ponemos el empeño idóneo conforme a la ley para la (reclamación) de la invalidez de los negocios, las vicisitudes generarán un sinnúmero de consecuencias que darán como resultado la problemática cotidiana y una mayor acumulación de trabajo de tribunales.

“Registro No. 270028

Localización: Sexta Época

Instancia: Tercera Sala

Fuente: Semanario Judicial de la Federación

Cuarta Parte, XCVI

Página: 67

³⁵ DE PINA VARA, Rafael. Diccionario de Derecho, Editorial Porrúa, México, 1998. p. 342

Tesis Aislada

Materia(s): Civil

NULIDAD E INEXISTENCIA. SUS DIFERENCIAS SON MERAMENTE TEORICAS. El artículo 2224 del Código Civil del Distrito no tiene, en cuanto a la base que pretende dar para establecer la distinción entre la inexistencia y la nulidad, sino meros efectos teóricos, ya que el tratamiento que en él reciben las inexistencias es el de las nulidades, como lo demuestra el siguiente análisis de casos de inexistencia tratados como si fueran de nulidad: la falta de objeto **hace inexistente el acto según dicho artículo 2224;** mas sin embargo, **en los artículos 1427, 1422 y 1434, se prevén factiespecies de inexistencia y se les trata como nulidades.** Los contratos sobre cosas que están fuera del comercio, técnicamente carecen de objeto; pero los artículos 1826 y 2950, fracción III, que se refieren a la transacción sobre una sucesión futura, prevén uno de estos casos de falta de objeto y lo tratan por medio de la nulidad. El objeto de la compraventa es, indiscutiblemente, la transferencia del derecho de propiedad, según el artículo 2248; pero ello obstante, a la venta de cosa ajena se le llama nula en el artículo 2270. Y si de la venta de un crédito inexistente se trata, mismo que en el momento de la cesión engendra, según el artículo 2042, el efecto de obligar al cedente a presentar la garantía de su existencia, no hay sino decir que esta situación no se compagina con la institución de la inexistencia, que es la nada jurídica. Lo mismo puede decirse en el caso del contrato de renta vitalicia declarado nulo por el artículo 2779, si el beneficiario muere antes del otorgamiento. Y si a falta de consentimiento se refiere, los artículos 1802 y 2183 que prevén algunos de estos casos, le dan el tratamiento de la nulidad, mismo

que deberá darse por falta de texto adecuado, al caso del acto celebrado por un incapaz en quien la ausencia de consentimiento es absoluta, pues habrá que tratarlo por el sistema de las incapacidades, originadora de la nulidad relativa, según el artículo 2230; el profesor Borja Soriano, que según las "Notas" de García Tellez inspiró la adopción de las inexistencias en el Código Civil vigente, pasa de la inexistencia a la nulidad sin puente alguno al referirse precisamente al artículo 1802: "Cuando una persona, dice (Teoría de las obligaciones, tomo I, páginas 361 y 362, primera edición), celebra un contrato a nombre de otra sin ser su representante, a ese contrato le falta uno de los elementos esenciales: el consentimiento del representado. No hay hasta entonces la oferta del otro contratante; no existe aun contrato por falta de consentimiento. Esta es, pues, la naturaleza de la nulidad a que se refieren los artículos citados en el número anterior". Ahora bien, según los artículos 2162, 2163 y 2164 del Código Civil del Estado de Hidalgo (iguales a los números 2180, 2181 y 2182 del Código del Distrito), es simulado el acto en que las partes declaran o confiesan falsamente lo que en realidad no ha pasado o no se ha convenido entre ellas, siendo la simulación absoluta cuando el acto simulado nada tiene de real, y relativa cuando a un acto jurídico se le da una falsa apariencia que oculta su verdadero carácter, no produciendo ningún efecto jurídico la simulación absoluta, mientras que en tratándose de la relativa descubierto el acto real que la oculta, ese acto no será nulo si no hay ley que así lo declare. Si la simulación planteada es absoluta, naturalmente que también se plantea como herida de nulidad absoluta, según el texto legal correspondiente antes citado, pero que dentro del más riguroso logicismo de **la teoría tripartita de la invalidez podría ser un caso de inexistencia**, por lo que tomando en cuenta que

conforme al citado artículo 2206 y el 2208 del Código Civil, bien que se trate de un caso de inexistencia o bien de nulidad, la acción correspondiente es imprescriptible.

Amparo directo 8286/63. Concretos Premezclados, S. A. 24 de junio de 1965. Unanimidad de cuatro votos. Ponente: Rafael Rojina Villegas. Sexta Epoca, Cuarta Parte: Volumen XI, página 130. Amparo directo 2596/57. Federico Baños Islas. 8 de mayo de 1958. Unanimidad de cuatro votos. Ponente: Gabriel García Rojas.

Nota: En el Volumen XI, página 130, la tesis aparece bajo el rubro "NULIDAD E INEXISTENCIA. PRESCRIPCION DE LA ACCION DE, POR SIMULACION (LEGISLACION DE HIDALGO)."

Véase: Apéndice al Semanario Judicial de la Federación 1917-1965, Cuarta Parte, Tercera Sala, tesis 238, página 751, bajo el rubro "MINUTA FUERZA LEGAL DE LAS".³⁶

Existe una tesis relacionada con la anterior es la que se dicta en el sentido de que los artículos 154 y 163 del Código de Procedimientos Civiles del Distrito Federal, se desprende que la nulidad de lo actuado por juez incompetente, únicamente surte efectos cuando se ha tramitado la contienda jurisdiccional, por los medios que indica la ley, ya sea la inhibitoria o la declinatoria, pero que cuando se inhibe del conocimiento de un negocio, usando la facultad que le confiere la ley, esa inhibición es consentida por las partes, no existe nulidad.

Para la aplicación concreta de la jurisprudencia a los casos específicos de los fideicomisos, es indispensable comprender y estudiar, que nos establece la

³⁶ <http://www.scjn.gob.mx/ius/2005/PanelTesis.asp>

jurisprudencia respecto a diferentes actos relacionados con el tema de los fideicomisos; de tal suerte que partiendo de la base de que solo se expondrán en el presente trabajo algunos negocios que pudieran tratarse de inválidos o inexistentes, pondremos como ejemplo la siguiente tesis jurisprudencial:

“Registro No. 269786

Localización:

Sexta Época

Instancia: Tercera Sala

Fuente: Semanario Judicial de la Federación

Cuarta Parte, CXII

Página: 87

Tesis Aislada

Materia(s): Civil

NEGOCIOS FIDUCIARIOS ILICITOS. La venta en garantía de un préstamo en un negocio fiduciario prohibido por la ley. Sólo es lícito el fideicomiso expreso, con intervención de las instituciones de crédito autorizadas para operar como fiduciarias. El acreedor no puede apropiarse por sí y ante sí los bienes dados en garantía, sin los procedimientos señalados en nuestras leyes y los contratos de compraventa en garantía de operaciones de mutuo, son objeto de una simulación parcial y nulos por lo tanto. En consecuencia, debe declararse la nulidad del contrato aparente y la subsistencia de la operación disimulada, debiendo restituirse las partes las prestaciones que mutuamente se hubieren hecho.

Amparo directo 6897/59. Salvador Ortiz Meza. 31 de octubre de 1966. Unanimidad de cuatro votos. Ponente: Mariano Azuela.

Sexta Epoca, Cuarta Parte:

Volumen LXVIII, página 34. Amparo directo 905/62 Ignacio Landa Gallegos. 20 de febrero de 1963. Unanimidad de cuatro votos. Ponente: José Castro Estrada”.³⁷

Otra tesis jurisprudencial relacionada a los fideicomisos, es la que nos explica la simulación y su distinción con los negocios fiduciarios.

Manifiesta que lo característico del negocio simulado es la divergencia intencional entre la voluntad y la declaración, entre lo interno y querido, así como lo externo y declarado. Quienes simulan hacer aparecer a los ojos de los terceros una relación que no debe existir y de ahí que su declaración sea ficticia, que no represente una voluntad real.

5.4. Nulidad absoluta de los fideicomisos

Para el entendimiento general del término nulidad, es preciso el consentimiento pleno de lo que ello significa, en tal virtud nos atrevemos a anticipar al desarrollo del punto en cuestión, al plantear la definición de nulidad, y tenemos que: “Nulidad, es la ineficacia de un acto jurídico como consecuencia de la ilicitud de su objeto o de su fin, de la carencia de los requisitos esenciales exigidos para su realización o de la concurrencia de algún vicio de la voluntad en el momento de celebración”.³⁸ Esta voz designa a un mismo tiempo el estado de un acto que se considera como no sucedido y el vicio que impide a este acto el producir su efecto. Hay nulidad absoluta y nulidad relativa: Aquella es la que proviene de una ley, sea civil o criminal, cuyo principal motivo es el interés público; y esta es la que no interesa sino a ciertas personas. No debe confundirse la nulidad con la rescisión.

³⁷ http://www.scjn.gob.mx/ius_2005/PanelTesis.asp

³⁸ DE PINA VARA, Rafael. “Diccionario de Derecho”. Editorial Porrúa, México, 1998. p. 383

Hay nulidad cuando el acto está tocado de un vicio radical que le impide producir efecto alguno ya sea que no se haya ejecutado con las formalidades prescritas por la ley, como en el caso de que asista en un testamento el competente número de testigos que se halle en contradicción con las leyes o las buenas costumbres, como la venta de una sucesión futura; ya sea con el fin que se haya celebrado por personas a quienes no puede suponerse voluntad, como un niño o un demente. Hay rescisión, cuando el acto, válido en apariencia, encierra sin embargo un vicio que pueden hacerle anular, si así lo pide alguna de las partes, como el error, la violencia, el dolo, una causa falsa, la minoría de edad, entre otros. La nulidad se refiere por lo general al interés público y no puede por tanto, cubrirse entonces con la ratificación ni con la prescripción.

De modo que los tribunales deben proporcionarla por la sola razón, de que “el acto nulo no puede producir ningún efecto, sin detenerse a examinar si las partes han recibido o no una lesión”.³⁹

Claro que dentro de nuestro punto de vista y en apego específico al tópico que nos ocupa, diremos que la nulidad absoluta en estricto derecho, es la invalidez más drástica, debido a la magnitud de los intereses que mediante su previsión se pretenden tutelar, los cuales no solo son los correspondientes a los particulares, sino también el orden público y a las buenas costumbres, por lo mismo, de su propio cuerpo se supone una invalidez total, una deficiencia que padecen los negocios, que además de grave es sinónimo. En otras palabras, creemos que basados en algunos puntos de la doctrina, la nulidad sugiere de la idea suprema e incondicional de una sanción no restrictiva, pues actúa contra las partes y contra terceros, contra los particulares y en su caso, contra el Ministerio Público como representante del interés público.

³⁹ ESCRICHE, Joaquín “Diccionario Razonado de Legislación y Jurisprudencia”, Tomo II, Cárdenas Editor. México, 1983. p.45

Para ampliar un poco lo razonado en anteriores párrafos, pongamos como ejemplo, lo establecido en el artículo 2225 del Código Civil que nos establece que:

“La ilicitud en el objeto, en el fin o en la condición del acto produce su nulidad, ya absoluta, ya relativa, según lo disponga la Ley”.⁴⁰

Además de tomar en cuenta lo establecido en el artículo 2226 del mismo ordenamiento que nos establece:

“La nulidad absoluta por regla general no impide que el acto produzca provisionalmente sus efectos, los cuales serán destruidos retroactivamente cuando se pronuncie por el Juez dicha nulidad”.⁴¹

En ese orden de ideas y de acuerdo a la disposición segunda creemos que deben tenerse en cuenta dos especies de nulidad, una que permite la producción de efectos provisionales y otra que impide su producción.

Decimos que deben de considerarse dos especies de nulidad absoluta, porque existe en estricto sentido, en la que el negocio correspondiente produce provisionalmente sus efectos y genéricamente su objeto va en contra de las leyes de orden público o de las buenas costumbres, y aquella de pleno derecho correspondiente que desconoce los producidos y consecuentemente, no requiere resolución judicial que la declare. Un ejemplo de lo que planteamos, sería el hecho de la declaración de la nulidad ante un juez incompetente, pues la nulidad

⁴⁰ Agenda Civil del D.F. Ediciones Fiscales ISEF, A.C. México. 2005, p. 229

⁴¹ Ídem, p. 229

es de pleno derecho, en este caso no requiere resolución judicial; así como el anterior existen algunos otros ejemplos, como el negociar cualquier acto que tenga por objeto entre particulares, la explotación directa de yacimientos petroleros y por lo tanto, serán nulos de pleno derecho, sin necesidad de previa declaración judicial.

Creemos pues, que está afectado de nulidad absoluta todo aquel fideicomiso que carezca de su declaración de algún elemento esencial de los que requiere para su estructura, pues ello significa que su objeto es contrario a las leyes de orden público, con excepción de los que pueden ser confirmados.

Es nulo absolutamente, el enumerado en el artículo 382, cuarto párrafo de la Ley General de Títulos y Operaciones de Crédito, en su último párrafo que nos establece:

“Es nulo el fideicomiso que se constituye en favor del fiduciario...”.⁴² (por ir en contra del orden público)

Es nulo aquel también que tenga por objeto derechos o bienes que conforme a la Ley sean personales del titular, (artículo 386, último párrafo de la misma ley); aquel también que conforme al mismo precepto, sea constituido en fraude de terceros, pues en todo tiempo podrá ser atacado de nulidad por los interesados, o cuando el fideicomiso celebrado fuere alguno de los prohibidos por el artículo 394 de la misma ley, como: “Los secretos; los que conceden el beneficio a varias personas sucesivamente que deban sustituirse por muerte de la anterior, salvo el caso de que la sustitución se realice a favor de personas que estén vivas o concebidas y a la muerte del fideicomitente, aquellas cuya duración sea mayor de 50 años, cuando se designe como beneficiario a una persona jurídica que no sea de orden público o institución de beneficencia. Sin embargo,

⁴² Ídem. p.76

pueden constituirse con duración mayor de 50 años cuando el fin del fideicomiso sea el mantenimiento de museos de carácter científico o artístico que no tenga fines de lucrativos”.

Existe tesis jurisprudencial relacionada a los fideicomisos es la que nos explica la simulación y su distinción con los negocios fiduciarios. Manifiesta que lo característico del negocio simulado es la divergencia intencional entre la voluntad y la declaración entre lo interno y querido y lo externo y declarado. Quienes simulan hacer aparecer a los ojos de terceros una relación que no debe existir, es de ahí que su declaración sea ficticia y no represente una voluntad real.

“Registro No. 271330

Localización:

Sexta Época

Instancia: Tercera Sala

Fuente: Semanario Judicial de la Federación

Cuarta Parte, XXXVIII

Página: 242

Tesis Aislada

Materia(s): Civil

SIMULACION. SU DISTINCION CON LOS NEGOCIOS FIDUCIARIOS. Lo característico del negocio simulado es la divergencia intencional entre la voluntad y la declaración, entre lo interno y querido y lo externo y declarado. Quienes **simulan** hacen aparecer a los ojos de los terceros una relación que no debe existir, y de ahí que su declaración sea ficticia y no represente una voluntad real. **La simulación conduce necesariamente a la nulidad, porque o se dirige a defraudar a**

los terceros o a ocultar una violación legal. Pero para que la simulación exista es forzoso que en un mismo acto se presente la divergencia entre la voluntad y la declaración. De los negocios simulados deben distinguirse los fiduciarios. Estos últimos son serios, concluidos realmente entre las partes para obtener un efecto práctico determinado. Los contratantes quieren el negocio con todas sus consecuencias jurídicas, aunque se sirvan del mismo para una finalidad económica distinta, como en la transmisión de la propiedad para un fin de garantía.

Amparo directo 1627/60. Hermenegildo Moreno González. 24 de agosto de 1960. Mayoría de tres votos. Disidente y Ponente: Gabriel García Rojas.

Genealogía:

Apéndice 1917-1985, Cuarta Parte, Tercera Sala, primera tesis relacionada con la jurisprudencia 274, página 779⁴³.

5.5. Nulidad relativa de los fideicomisos

Decíamos que para entender el carácter de relativo o absoluto, es necesario definir lo que se entiende por nulidad relativa; tenemos que por el lado de lo absoluto se contravienen disposiciones de orden público, esto es, que se afecta lo estipulado en la ley y principalmente a la sociedad en su conjunto, misma que da su voluntad para que se establezcan las leyes que habrán de regirlos y personas bajo ciertas condiciones.

⁴³ Ídem

El campo que tutela la nulidad relativa, queda restringido a intereses particulares, es decir, un negocio está afectado por ella cuando fue celebrado, con la violación de una regla que estaba destinada a asegurar la protección de una de las partes, como los incapaces, los titulares de una voluntad viciada, entre otros. En tal virtud, del análisis comparativo entre la nulidad absoluta y relativa, además como se desprende de la denominación que se da a la última, también implica un aspecto de enfermedad del negocio, sin embargo, dicha enfermedad, es menos grave y tiene posibilidades de sanar mediante confirmación o prescripción, para así resurgir a la vida jurídica en toda su plenitud y cumplir su cometido, que es precisamente la regulación de los intereses particulares estipulados en los negocios cuyas consecuencias afecten única y exclusivamente a los interesados en éstos.

Creemos pues, que la nulidad relativa de que puede ser víctima un negocio o la enfermedad ligera que pudiera atacarla, al contrario de la absoluta, desaparece con el tiempo, como las heridas que se sufren en alguna parte del cuerpo, son ligeras, duelen pero con el correr del tiempo quedan subsanadas; manifestamos esto, porque pensamos que prescribe el derecho de invocar la nulidad relativa; pues solo puede ser demandada por aquella parte a quien perjudica, ya sea aquella persona incapaz o el que sufrió el vicio de su voluntad o por ambas partes si no se observó la forma debida en la celebración del negocio.

Puede además confirmarse el negocio correspondiente, por un lado, librándolo del defecto que dio lugar a su nulidad o bien cumpliendo sus disposiciones, dando origen a una convalidación pudiéramos decir tácita (que se entiende realizada), un negocio jurídico viciado de nulidad relativa siempre surte sus efectos de una manera provisional. Los cuales por lo general son destruidos de una manera retroactiva, si el juez que conoce de dicha nulidad lo decide.

Para la regulación de la nulidad relativa, se estipulan los artículos 2227 al 2238 del Código Civil para el Distrito Federal en materia del fuero común y para la República en materia Federal; pero creemos que el más trascendente para nuestro estudio, sin restar la importancia que pudiesen tener los posteriores, es el 2227, estipulando, que basta la presencia de una sola característica de las que correspondan a la nulidad relativa, para que esta sea la que sufra el negocio jurídico en cuestión.

Así creemos que al aplicar los artículos relativos del Código antes mencionado, será relativamente nulo el fideicomiso otorgado por un menor de edad, pues solo este podrá demandar dicha nulidad como nos lo marca el artículo 2230, 2233 y 2234 de dicho Código, nos dan la pauta para que el negocio jurídico en cuestión pueda ser confirmado cuando cese la incapacidad.

De igual forma pudiéramos pensar, sobre los fideicomisos que en su constitución no se haya observado la forma contemplada por los artículos 382 y 387 de la Ley General de Títulos y Operaciones de Crédito que nos establecen:

“Artículo 382. El fideicomiso puede ser constituido por acto entre vivos o por testamento. La constitución del fideicomiso deberá siempre constar por escrito y ajustase a los términos de la legislación común sobre transmisión de los derechos o la transmisión de la propiedad de las cosas que se dan en fideicomiso”.⁴⁴

“Artículo 387. El fideicomiso cuyo objeto recaiga en bienes inmuebles deberá inscribirse en la sección de la Propiedad del Registro Público de la propiedad del lugar en que los bienes estén

⁴⁴ Idem. p. 76

ubicados. El fideicomiso surtirá efectos contra tercero, en el caso de este artículo, desde la fecha de inscripción en el Registro”.⁴⁵

Lo anterior lo afirmamos pues con base en los artículos 2231 y 2232 del Código Civil, la nulidad por falta de forma se extingue al ser observada con posterioridad, y las partes interesadas pueden exigir el otorgamiento de la misma.

Por último, pensamos que si la voluntad se expresó por error, temor o desesperación, independientemente de que tratándose de error sea obstativo o vicio, podrá ser confirmado el negocio correspondiente por quien padecía cualesquiera de ellas, así como el prescribir en sesenta días la acción de nulidad como lo marca el artículo 2336 del Código Civil, en seis meses por temor o desesperación, como lo señala el artículo 2237 del mismo ordenamiento.

A continuación se aprecia una compilación extraída de diversas páginas electrónicas que tiene que ver con la figura del fideicomiso en derecho mexicano.

ORDENAMIENTOS:	DISPOSICIONES:
1. Legislación básica sobre fideicomiso:	
1.1. Legislación institucional del fideicomiso:	
1.1.1. Ley General de Títulos y Operaciones de Crédito	artículos: 228-A a 228-H, 228-J, 228-K, 228-L, 228-M, 228-R, 228-T, 228-V, 381 y 407
1.1.2. Legislación supletoria:	
1.1.3. Ley de Quiebras y Suspensión de Pagos	artículo: 159 (VI-a)2
1.1.4. Reglamento del Registro Público de la Propiedad del Distrito Federal	artículos: 61 (IV), 62 (II)
1.2. Legislación reguladora de las instituciones fiduciarias:	
1.2.1. Ley de Instituciones de Crédito	artículos: 3, 25, 29 último pár., 42, 46 (XV), 79, 80, 81, 82, 83, 84, 85, 85-BIS, 85-BIS 1, 90, 93, 105, 106-b (II, X, XVIII y XIX, a) y c)), 118, séptimo transitorio (XII, último pár.)
1.2.2. Ley Federal de Instituciones de Fianzas	artículos: 5 (V), 15 (II BIS) 16 (XIV, XIV), 24 (I), 29, 124, (III, a)
1.2.3. Ley General de Instituciones y	artículos: 5 (V), 15 (II bis), 16 (XVI y XIV), 34 (IV),

⁴⁵ Idem. p. 77

Sociedades Mutualistas de Seguros	35(IV, XVI-bis), 64, 81, 131, 127, cuarto transitorio
1.2.4.Ley del Mercado de Valores	Artículos: 14 bis 7(II), 16 bis 7 (II), 16 bis 2, 16 bis 3, 16 bis 4, 19 bis 1, 17, 22 (IV-d), 89 (1) y 103
1.2.5.Ley Orgánica de Nacional Financiera	artículos: 5 (X, XI), 6 (I,VIII,IX),11 y 23 (IV)
1.2.6.Ley Orgánica del Banco Nacional de Obras y Servicios Públicos	artículos: 6 y 9
1.2.7.Ley Orgánica del Banco Nacional de Comercio Exterior	artículos: 3
1.2.8.Ley Orgánica del Banco Nacional de Comercio Interior	artículos: 9
1.2.9. Ley Orgánica del Banco Nacional del Ejército, Fuerza Aérea y Armada	artículos: 6 (v), 8 y 10
1.2.10.Ley Orgánica del Patronato del Ahorro Nacional	artículos: 5°. (VII,VIII),21
ORDENAMIENTOS:	DISPOSICIONES:
1.3 Legislación reguladora de la actividad fiduciaria	
1.3.1.Ley del Banco de México	artículos: 7 (VII,XI),26,28,(párs. segundo y tercero),47 (IV,X),58,séptimo transitorio, décimo transitorio
1.3.1.1.Reglamento Interior del Banco de México	artículos:4°,6(último pár.),7,9,17,(V y VII),18 Bis,19 (VI),20 Bis(II), 25 bis1(II)26 (IV y XII),28 y 38
1.3.1.2.Circular 2019/95	numeral: M.31
1.3.1.3.Circular 65/94{Reglas a las que deberán sujetarse las casas de bolsa en el desempeño de fideicomisos	reglas: primera a décima primera y única transitoria
1.3.1.4.Otras circulares	
1.3.1.5.Reglas a las que habrán de sujetarse las sociedades y Fideicomisos que intervengan en el establecimiento y operación de un mercado de futuros y opciones cotizados en bolsa	reglas: octava a décimo segunda, décimo quinta a décimo novena, vigésimo octava a trigésimo tercera, vigésimo
1.3.1.6.Reglas del Banco de México sobre las operaciones de los comisionistas que auxilien a casas de bolsa, casas de cambio, instituciones de crédito y sociedades de inversión	regla: quinta (III)

1.3.1.7.Regulación que deberá integrarse en los contratos de fideicomisos y demás documentación relativa, que instrumentan los sistemas de comercialización a que se refiere el artículo 63 de la Ley Federal de Protección al Consumidor	***4
1.3.2. Ley de la Comisión Nacional Bancaria y de Valores	artículos: 3 (VI)
1.3.2.1.Circular 298{Materia: 5 Se requiere autorización de la Comisión Nacional Bancaria para la emisión de certificados de participación}	***
1.3.2.2.Circular 450 {Materia Obligación de remitir relación desacreditados con recursos recibidos en fideicomiso,, administración, mandato comisión, señalando la clase de préstamos otorgados}	***
ORDENAMIENTOS:	DISPOSICIONES:
1.3.2.3. Reglas a las que deberán de sujetarse las instituciones de Banca Multiple; Casa de Bolsa; instituciones de Seguros, fianzas y sociedades financieras de objeto limitado en las operaciones de fideicomiso.	CB.4. CB.4.1, CB.4.3,CB-4,CB.4.4, CB.4.5,CB.4.6, CB.4.7,CB.4.8, CB 4.9,CB.4.10, CB.4.11
1.3.2.4. Circular 10-195 BIS 5{ Materia: Permite a las casa de bolsa la celebración de operaciones en el extranjero}	Décima séptima, vigésima primera, vigésima quinta
1.3.2.5. Circular 10-179 BIS {Asunto: Operaciones fiduciarias}	Primera, Séptima, décima, décima primera
1.3.3.1. Circular 547{Materia: Actos que los delegados fiduciarios deben desempeñar por si mismos, y aquéllos que pueden delegar}	***
1.3.3.2. Circular 577{Materia: Requisitos para la aplicación de las reservas en fideicomiso de los planes de jubilación}	***
1.3.3.3.Oficio circular 14421-75 {Materia: Información que se debe enviar a la Comisión Nacional Bancaria respecto de fideicomisos, mandatos y comisiones para inversión en créditos, y adiciones al catálogo de cuentas para su control	***

1.3.3.4.Circular 617 {Materia: Criterios para la emisión de certificados de participación inmobiliaria en relación con el Acuerdo Presidencial de 29 de abril de 1971}	***
1.3.3.5.Circular 691 {Materia: Condiciones para que los depósitos a plazo y certificados financieros puedan formar parte de fideicomisos testamentarios}	***
1.3.3.6.Circular 763 [Materia: Se declaran de interés público los fideicomisos cuya finalidad sea otorgar pensiones o jubilaciones y primas de antigüedad]	***
1.3.3.7.Circular 1058 [Materia: Obligación de las instituciones de crédito de informar a la Comisión Nacional Bancaria los nombramientos de sus delegados fiduciarios]	***
1.3.3.8.Circular 1093 [Materia: Actualización por modificaciones al régimen de inversión de cuentas maestras y demás fideicomisos abiertos de inversión en valores]	***
ORDENAMIENTOS:	DISPOSICIONES:
1.3.3.9.Circular 1106 [Materia: Las instituciones de banca de desarrollo deben informar a la Comisión Nacional Bancaria sobre el nombramientos de delegados fiduciarios y servidores públicos que puedan obligarlas con su firma]	***
1.3.3.10.Circular 1279 [Materia: Inversión en títulos de deuda bancarios denominados en Unidades de Inversión (UDIs), por parte de fondos de pensiones o jubilaciones de personal y de primas de antigüedad]	***
1.3.3.11.Circular 1284 [Materia: Criterios contables aplicables a partir del 1 de enero de 1997]	***
1.3.4.1.Otras circulares aplicables a las instituciones de crédito	***
1.3.4.2.Circular 10-179	***
1.3.4.2.1.Circular 10-157 mediante la cual se detallan las disposiciones generales aplicables a los documentos denominados títulos opcionales (warrants)	disposiciones segunda (pár. Segundo), séptima (2), décima primera (2-último pár.), décima séptima (pár. tercero), décima novena)
1.3.5. Disposiciones de carácter general a que se refiere el artículo 115 de la Ley de Instituciones de Crédito.	disposiciones: primera (a), segunda (I,II), cuarta transitoria.

2. Legislación Fiscal en materia de fideicomiso:	
2.1. Legislación federal:	
2.1.1. Código Fiscal de la Federación	artículos: 14 (V,VI), 81 (XIV)
2.1.2. Ley del Impuesto sobre la Renta	artículos: 2,5°,9,13,22,(VII,VIII), 24 (XII), 27,28,47(II),58 (V),67-F (VI),74 (pár. segundo) 77(VIII),93,94 (último pár.),108 (VII,VIII),112 (XIII),119-1 (X),133(XIII),148(último pár.)
2.1.2.1. Reglamento de la Ley del Impuesto sobre la Renta	artículos: 36(I),39(II),100,143-A
2.1.3. Ley del Impuesto al Activo	artículos: 7 Bis, 10 (párs. cuarto y quinto)
2.1.3.1. Reglamento de la Ley del Impuesto al Activo	artículo: 7bis y 10
2.2. Legislación del distrito Federal:	
2.2.1. Código Financiero del Distrito Federal	artículo: 2(XIII), 56 (XIV), 64(III),157 (X),160(III), 161,224(I),265-A,265-V, 393-A y 393-B
2.3. Legislación estatal:	
3. Legislación reguladora del uso del fideicomiso	
3.1. Ley de Inversión Extranjera	Artículos: 6 (último pár.), 11 a 13, 32(I), 33(II D) y séptimo transitorio
3.1.1. Reglamento de la Ley para Promover la Inversión Mexicana y Regular la Inversión Extranjera	artículos: 1(V), 9 (IV y VI),10, 11,12,22,31,41 y 42
ORDENAMIENTOS:	DISPOSICIONES:
3.2. Ley Minera	artículos: quinto transitorio
3.2.Reglamento de la Ley Minera	artículos:8 (II), 10 (VI) ,78 (VII)
3.3. Ley de Sociedades de Inversión	artículos:12 (V), 88
3.4. Ley de Asociaciones Religiosas y Culto Público	artículo: 17 (III, IV)
3.5. Ley Federal de Competencia Económica	artículos: 3, 16
3.6. Reglamento de sistemas de comercialización mediante la integración de grupos de consumidores	artículos: 5 (III-c), 7 (último pár.)
3.7. Decreto por el que se recomienda que las inversiones en valores que realicen los servidores públicos de las Secretarías que se mencionan las lleven a cabo por conducto de fideicomisos constituidos para ese único fin en sociedades nacionales de crédito o en acciones representativas de capitales de inversión	artículo: segundo
3.7.1. Reglas a las que habrán de sujetarse las sociedades nacional de crédito en las operaciones con valores que realicen en cumplimiento de fideicomisos en los que participen los servidores públicos que se mencionan.	Reglas: primera, cuarta a octava, segunda transitoria
4. Legislación inductora del uso del	

fideicomiso:	
4.1. Código Federal de Procedimientos Penales	artículos: 399 (último pár), 412 (pár. Primero), 413 (pár.primer), 416
4.2. Código de Procedimientos Penales para el Distrito Federal	artículos: 562 (V), 573
4.3. Ley de Adquisiciones y Obras Públicas	artículo: 1 (VII),15, 75
4.4. Reglamento de la Ley General de Población	artículos: 163 (III-b), 180 (III)
4.5. Reglas generales para la constitución, operación y funcionamiento de los fondos de aseguramiento agropecuario, de vida campesino y conexos a la actividad agropecuaria	artículo: 44 ^a . (pár. Primero)
5. Legislación sobre fideicomiso público:	
5.1.Legislación federal:	
5.1.1.Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos	artículo: 110 (pár. Primero)
5.1.2.Ley Orgánica de la Administración Pública Federal	artículos: 1, 3 (III), 47 y 38(XXVII)
5.1.3.Ley Federal de Entidades Paraestatales	artículos: 4, 9, 40 a 45, 63
5.1.3.1.Reglamento de la Ley Federal de Entidades Paraestatales	
ORDENAMIENTOS:	DISPOSICIONES:
5.1.4.Ley de Presupuesto, Contabilidad y Gasto Público	artículos: 2 (VIII), 3, 9
5.1.5.Ley General de Deuda Pública	artículo: 1 (VI)
5.1.6.Presupuesto de Egresos de la Federación para el Ejercicio del Gasto en la Administración Pública Federal	artículo: 2(IX),22,53(II),58,59 y 67(VII)
5.1.6.1.manual de Normas para el Ejercicio del Gasto en la Administración Pública Federal	numerales: 2(XVIII), 18, 180, 181, 182, 184, 185, 186, 187, 189(último pár.)
5.1.7.Ley Federal de Responsabilidades de los Servidores Públicos	artículo: 80 (III)
5.1.8.Código Penal para el D.F., en materia de fuero común, y para toda la República, en materia de fuero federal	
5.1.9.Ley General de Bienes Nacionales	artículos: 65 (I) y 84(VII)
5.2.Legislación del Distrito Federal:	artículo: 8 (VII)
5.2.1.Estatuto del Gobierno del Distrito Federal	artículos: 97,98,101
5.2.2.Ley Orgánica de la Administración Pública del Distrito Federal	artículos: 1, 2 (último pár.), 36, 37 (pár, segundo), 39,54 a 59
5.3. Legislación estatal:	
6.Legislación no relevante en materia fiduciaria:	
6.1.Ley Federal de los Trabajadores al Servicio del Estado	artículo: 38(V)
6.2. Circular 10-143 que regula la emisión,	disposición general: cuarta

CONCLUSIONES

Primero.- La Invalidez por falta de algún elemento, una vez teniendo la voluntad para la constitución de un fideicomiso, este deberá contar con el objeto que en primer término lo constituya un bien o derecho que se encuentre en el comercio y por otra parte que este dentro de la naturaleza. En este aspecto muchos de los fideicomisos de acuerdo a la globalización que estamos viviendo, podrán en este momento estar operando en ambientes no específicamente teniendo el segundo aspecto, esto es, pueden existir contratos cuyos derechos o bienes sean virtuales, entendiendo éstos como las transacciones electrónicas y vía internet que en la actualidad se llevan a cabo y que no existen en ese ambiente dentro de la naturaleza, pero que sus consecuencias al materializarlas pueden dar como resultado un bien o derecho real o material; desde un punto de vista particular ese objeto indirecto en si no se encuentra dentro de la naturaleza por ser un impulso electrónico su origen y en consecuencia, un fideicomiso

puede carecer del mismo provocando su invalidez, hasta en tanto exista legislación adecuada que permita su regulación.

Respecto a la formalidad en que deberán constituirse los fideicomisos, la ley actual prescribe que éstos deberán siempre constar por escrito y ajustarse a los términos de la legislación común, sobre la transmisión de los derechos o transmisión de propiedad de las cosas que se den en fideicomiso, por consiguiente, todos los fideicomisos pueden ser susceptibles de constituirse sin necesidad de que se haga constar por escritura pública, salvo cuando se trate de bienes raíces o aspectos de carácter testamentario.

Cabe entonces señalar que en los elementos de validez de los fideicomisos nos encontramos el objeto, fin o motivo, la capacidad, la forma y la ausencia de vicios en la voluntad; el primero de ellos reviste especial interés, debido a que es la base fundamental de la creación de un fideicomiso, puesto que como lo dispone la Ley General de Títulos y Operaciones de Crédito, el fideicomitente destina ciertos bienes a un fin lícito determinado, por otra parte, también dispone que el fideicomiso será válido aunque se constituya sin señalar fideicomisario, siempre que su fin sea lícito y determinado, en virtud de ello el fin debe estar apegado a las disposiciones de orden público y a las buenas costumbres, pero debe tomarse en cuenta que el orden público en cada sociedad, así como las buenas costumbres surgen de una idiosincrasia y convivencia particular que puede dar como resultado precisamente la concepción diferente en cada grupo humano y se estaría en el dilema continuo de en que momento es algo legal o dentro de las buenas costumbres y en que momento nos encontramos un criterio uniforme.

Con respecto a este punto se estima que únicamente debe tomarse en cuenta la aplicación estricta de la ley y no así la interpretación subjetiva para la creación de fideicomisos, que en muchos de los casos funcionan sin contar con un fin estrictamente lícito (entendiendo la licitud como producto de las buenas

costumbres que se hicieron ley), debido a que existen diferentes sociedades y economías en la actualidad que se interrelacionan pero dentro de un ámbito legal que es en su caso el tratado comercial respectivo.

La lesión ha sido considerada por algunas personas como vicio de la voluntad, consideramos que existe en ese supuesto una apreciación errónea, ya que la lesión es una desproporción exagerada que puede haber entre las prestaciones recíprocas de un negocio en el que se conmute una cosa por otra, esto es, que existe el otorgamiento de derechos y obligaciones de las partes, independientemente a la libertad, conciencia o voluntad en la que se encuentran los otorgantes, por consecuencia en el caso de los fideicomisos de cualquier tipo la lesión no debiera ser un vicio de la voluntad como tal sino una consecuencia que provocaría a su vez el menoscabo en el patrimonio de alguien, mas si esa lesión se ignoraba entonces puede existir un error y con ello si se puede provocar un vicio de la voluntad, consecuentemente, una nulidad del acto.

De igual forma, es de concluirse que la falta de un elemento esencial del fideicomiso provoca la inexistencia del mismo, señalamos este concepto por virtud de que estimamos obvio que cada uno de los elementos esenciales como lo son el consentimiento el objeto e inclusive en algunos casos que así se especifiquen en la ley, la solemnidad, si no se reúnen todos los elementos que se mencionan, nos encontramos en un supuesto de no creación.

Deberá existir vinculación y coherencia entre la voluntad y su declaración, pues de lo contrario se deforma la manifestación de la voluntad, provocando en su caso la falta de integración del consentimiento y ello a su vez genera la inexistencia del acto, por virtud de que se carece de un elemento esencial, pero también puede darse el supuesto de que no se afecte necesariamente el consentimiento o el objeto, con ello estimamos que no se puede hablar de una inexistencia sino de una invalidez, para ejemplificar este supuesto podemos

tomar como base un fideicomiso en el cual ya se provocó el consentimiento y el objeto del mismo pero al momento de señalar al fideicomisario por error, se colocó el nombre de una persona distinta a quien se pretendía beneficiar, en este caso nos encontramos en un negocio jurídico que existe, pero que está afectado de nulidad y habría que dirimirlo para su perfeccionamiento.

Que un elemento en la creación del fideicomiso como lo es la voluntad y su alteración por medio del sufrimiento de una violencia física, nos lleva a señalar que la violencia física anula por completo la voluntad de una parte y en el caso de la violencia moral, solamente provoca la anulación parcial por el temor propiciado, ya que no es lo mismo que a una persona por medio de la violencia física se le obligue a estampar su firma o huella en un documento exigible y que a otra se le amenace moralmente, donde esta última tenga la opción entre firmar o estampar la huella o no hacerlo, pues es precisamente su voluntad la que en todo caso prevalecerá.

Para efectos del fideicomiso, al momento de constituirse debe expresarse tanto el consentimiento como el objeto, que darán nacimiento a los derechos derivados del acto, si estos dos elementos no están viciados, el acto existe y por consecuencia, es legal, pues en un supuesto donde el objeto sea por ejemplo el que una persona deje de comer 30 días o cada 6 meses durante 5 años, nos encontramos que existe un vicio inicial en el objeto, circunstancia que da como resultado la inexistencia del negocio, por lo imposible del acto, pero en el caso de que el objeto sea el no comer un día cada seis meses durante 5 años, el objeto es posible, más nos encontramos que tiene un vicio, por lo que en consecuencia es nula, ya que ese hecho no es benéfico para el fideicomisario, lo cual provoca precisamente la invalidez del fideicomiso.

El órgano jurisdiccional debe intervenir en los casos en que se presente la inexistencia, de tal suerte que dicho órgano será el instrumento del Estado que

sirva para la aplicación de las normas generales al caso concreto en un tiempo determinado y en relación a ello, podemos manifestar que aún cuando se trate de un negocio de los considerados inexistentes, es ineludible la intervención judicial para condenarlo a la invalidez, además de que dicha intervención no debe servir únicamente para dejar constancia de la inexistencia de un acontecimiento, sino por el contrario servirá para el cumplimiento de los preceptos legales que regulan su función.

Consecuentemente, el órgano jurisdiccional podrá dejar constancia de cuando un acto es inexistente o inválido y cuando no lo es por otro lado, debe tomarse en cuenta que la confirmación es trascendente cuando se trate de asuntos inexistentes o inválidos, en tal sentido la confirmación de un acto jurídico unilateral, mediante la cual una persona interesada en la anulación de un acto, manifiesta tenerlo como válido, expresa o tácitamente, con el simple hecho de tenerlo como válido, provoca su convalidación, esto es, acepta que el mismo deja de ser inexistente.

Segundo.- La necesidad de adecuar una legislación que regule de manera estricta su organización y operación, las diversas legislaciones mexicanas, contemplan al fideicomiso como una figura aislada dándole un apartado en muchas ocasiones insignificante y otras mas indefinido, resultando difícil la adecuación concreta de un precepto legal en este rubro.

En virtud de lo anterior, surge la necesidad imperante de conjuntar en un solo texto la normatividad relativa a este tema.

Como se especificó al inicio del presente trabajo, la regulación legal que marca a la figura del fideicomiso, se encuentra en un período de desarrollo, es decir, no puede pensarse que la legislación aplicable sea suficiente para regular las relaciones derivadas de esta figura, consecuentemente es de proponerse la

modificación de la legislación, en la cual se abarque disposiciones que permitan regular estrictamente al fideicomiso privado y al fideicomiso público. Recientemente, es decir, en marzo de 1997 y marzo de 1998, se publicaron en el Diario Oficial de la Federación diversas disposiciones que permiten buscar formas de regulación en los fideicomisos privados y elementos de control en los fideicomisos públicos, por medio de los cuales el gobierno federal identifique las inversiones que tiene en todo el sistema financiero por medio de la figura del fideicomiso.

Es innegable que con tales disposiciones lejos de procurar un entendimiento claro de la figura, se complica mucho más el panorama, esto sucede en relación a que el desarrollo económico y comercial de nuestro país, aunado a la falta de aspectos culturales relacionados con las operaciones de fideicomiso, lo que provoca una serie de confusiones que deberán superarse de manera rápida si se pretende incluirnos como país desarrollado comercialmente en el contexto económico actual.

De todo lo anterior, se sugiere que en lugar de que las disposiciones que regulan a la figura del fideicomiso se encuentren dispersas en varias legislaciones, se realice un compendio el cual lleve como título legislación en materia de fideicomisos y en él, adecuar todos los aspectos que regulen tanto de la naturaleza del mismo, como la operatividad y la forma en la cual se deberán de dirimir las controversias provocadas por dicha figura.

Hasta en tanto no se cuente con reglas claras, sencillas y precisas que regulen a esta figura, nos encontraremos ante una visión controvertida por la diversidad de criterios aplicables al fideicomiso, por otro lado no se puede dejar a la zaga el desarrollo económico y globalizador de las relaciones comerciales que requerirán mucho más de la aplicación de esta figura, por lo que la sugerencia, tenderá a resaltar la urgencia para plasmar todas las disposiciones, en todas las

materias tendientes a visualizar de manera amplia al fideicomiso y no como una figura aislada que tiene una disposición escondida en cada legislación.

BIBLIOGRAFÍA

- 1.- Acosta Romero, Miguel. Derecho Bancario, México, Editorial Porrúa.1983.
- 2.- ----- . Las Instituciones Fiduciarias y el Fideicomiso en México, Banco Mexicano Somex, S.A., 1982.
- 3.- Acosta Romero, Miguel y Roberto Almazán Alanís. Tratado Teórico Práctico del Fideicomiso. Editorial Porrúa, México 1997.
- 4.- Batiza, Rodolfo. El Fideicomiso Teoría y Práctica, Editorial Porrúa, México 1987.
- 5.- Barrera Graf, Jorge. Negocios Fiduciarios, Editorial Porrúa, México, 1983.

- 6.- Barrera Graf, Jorge. Naturaleza Jurídica del Fideicomiso, Quiebra del Fideicomiso, Editorial Porrúa, México, 1979.
- 7.- ----- . Las Sociedades en el Derecho Mexicano. México, UNAM.1983.
- 8.- Bonnecase, Julien. Elementos del Derecho Civil. Tomo I. Editorial Cárdenas, México. 2002.
- 9.- Calret y Martí, Pompeyo. De la Fiducia y del Trust, Bosch, Barcelona 1946
- 10.- Carvallo Yáñez, Erick. Nuevo Derecho Bancario y Bursátil Mexicano. Editorial Porrúa. México 1997.
- 11.- Castello G. Trevijano, José. El Fideicomiso en Derecho Mexicano, Su Naturaleza Jurídica, Editorial Porrúa, México, 1986.
- 12.- Cervantes Ahumada Raúl. Títulos y Operaciones de Crédito. Editorial Porrúa, México 1984.
- 13.- Comisión Nacional Bancaria y de Valores. Documentos del Comité de Basilea Sobre Supervisión Bancaria. México, 1992, t.I.
- 14.- Dávalos Mejía, Carlos Felipe. Derecho Bancario y Contratos de Crédito. Harla. México1992.
- 15.- De Pina, Rafael. Diccionario de Derecho, Editorial Porrúa, México, 1985
- 16.- Escriche, Joaquín. Diccionario Razonado de Legislación y Jurisprudencia, Cárdenas Editor y Distribuidor, Madrid, 1973.

- 17.- Fix Zamudio, Héctor. Algunos Problemas Relacionados con el Fideicomiso Mexicano, Editorial. Porrúa, México 1984.
- 18.- Garríguez. Joaquín. Curso de Derecho Mercantil. Editorial Porrúa. México 1993.
- 19.-Gutierrez y González, Ernesto. Derechos de las Obligaciones. Quinta Edición. Editorial Cajica, S.A., México 1980
- 20.- Lutzesco, George. Teoría y Práctica de la Nulidad, Trad. Esp. Quinta Edición. Editorial Porrúa, México 1980.
- 21.- Preciado Hernández Rafael. Lecciones de Filosofía del Derecho. México. UNAM. Facultad de Derecho. 1997.
- 22.- Rojina Villegas, Rafael. Compendio de Derecho Civil, Editorial Porrúa, México 1998.
- 23.- Rosenberg. Jerry M. Diccionario de Banca. (Trad. Héctor G.Terjera). México. Ventura Ediciones. 1995.
- 24.- Ruíz Torres. Humberto Enrique. Elementos de Derecho Bancario, McGraw-Hill, México 1997.
- 25.- Tena. Felipe de J. Derecho Mercantil Mexicano, Editorial Porrúa, México 1996.
- 26.-Torres Partida, Manuel Historia del Fideicomiso en Derecho Romano, Editorial Porrúa, México 1985.

27.- Villoro Toranzo, Miguel. Introducción al Estudio del Derecho. México. Editorial Porrúa, México 1996.

28.- Von Tuhr. Tratados de las Obligaciones, Traduc. de W. Roces, Tomo I, Editorial Reus, S.A., Madrid. 1946

29.- Vega Corona, Dolores. Breve Esbozo del Trust Anglosajón, Revista de Derecho y Legislación, año 52, Núm. 626-628, julio-septiembre 1963.

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

O T R A S C O N S U L T A S

1.-García Estrada, Julio. El Fideicomiso en México, Revista Jurídica Veracruzana, Tomo XXVI, No. 3, julio-septiembre 1975, Jalapa, Ver.

2.-Carreras Maldonado, María. Aspectos Civiles del Fideicomiso, Revista Mexicana de Justicia, Vol. II, No. 2, Abril - Junio 1984, México, D.F.

3.-Espinoza Gómez, Alvaro Marco Legal del Fideicomiso, Boletín del Departamento de Investigaciones Jurídicas No. 7, Julio-Septiembre, 1982, Guanajuato, Guanajuato, México.

4.-Gómez Lara, Cipriano. Aspectos Teóricos y Prácticos de los Fideicomisos, Revista de la Facultad de Derecho de México, Tomo XXII, Noviembre 85-86 Enero-Junio de 1972, México, D.F.

5.- Floris Margadant, Guillermo. Instituciones Afines al Fideicomiso Mexicano, No.6, Enero 1961, Chihuahua, Chihuahua, México.

LEGISLACIÓN

1.-Código Civil para el Distrito Federal, Edit. Porrúa. 2005.

2.-Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, Editorial Mc Graw Hill, México 2005

3.- Código Fiscal de la Federación, Editorial Porrúa. 2005.

4.- Ley de Instituciones de Crédito Editorial Porrúa. 2005.

5.- Ley de Quiebra y Suspensión de Pagos, Editorial Porrúa. 2005.

6.-. Ley del Mercado de Valores, Editorial Porrúa. 2005.

7.- Ley de Notariado.

8.- Ley General de Títulos y Operaciones de Crédito. Editorial Porrúa. 2005.

MEDIOS ELECTRÓNICOS DE INFORMACIÓN

http://www.scjn.gob.mx/ius_2005/PanelTesis.asp

<http://www.legatek.com/mercantil/lpext.dill>