

24 80



UNIVERSIDAD NACIONAL AUTONOMA DE MEXICO

ESCUELA NACIONAL DE ESTUDIOS PROFESIONALES "ACATLAN"

EL FIDEICOMISO CONSTITUIDO POR PERSONAS FISICAS, SU INEXISTENCIA Y NULIDAD

T E S I S

QUE PARA OBTENER EL TITULO DE LICENCIADO EN DERECHO PRESENTA:

JOSE MIGUEL DIAZ HERRERA

Asesor Lic. Olvera González Nava



Santa Cruz Acatlán, Méx.

1989

TESIS CON FALLA DE ORIGEN



Universidad Nacional
Autónoma de México

Dirección General de Bibliotecas de la UNAM

Biblioteca Central



UNAM – Dirección General de Bibliotecas
Tesis Digitales
Restricciones de uso

DERECHOS RESERVADOS ©
PROHIBIDA SU REPRODUCCIÓN TOTAL O PARCIAL

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

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

I N D I C E

EL FIDEICOMISO CONSTITUIDO POR PERSONAS FISICAS, SU INEXISTENCIA Y NULIDAD

	Pág.
Introducción	1
CAPITULO PRIMERO	
ANTECEDENTES HISTORICOS	
Derecho Romano	3
Derecho Inglés	9
Derecho Anglosajón.	14
Derecho Mexicano	19
CAPITULO SEGUNDO	
NATURALEZA JURIDICA DEL FIDEICOMISO	
Generalidades	32
Definición del Fideicomiso	32
Elementos del Fideicomiso	40
Fideicomitente	47
Fiduciario	49
Fideicomisario	51
Fideicomiso como Acto Jurídico	52
Fideicomiso como Acto de Comercio	54
Fideicomiso como Acto Unilateral o como Contrato	56
Fideicomiso como Servicio Bancario	62
Fideicomiso como Negocio Fiduciario	64
CAPITULO TERCERO	
ELEMENTOS ESENCIALES Y DE VALIDEZ DEL FIDEICOMISO	
Generalidades	69
Elementos Esenciales del Fideicomiso	70

Manifestación de Voluntad	71
Objeto del Fideicomiso	73
Elementos de Validez del Fideicomiso	76
Licitud en el Objeto, en el Fin, Motivo o en la Condición del Fideicomiso	76
Capacidad de Ejercicio del Fideicomitente, Fiduciario y Fideicomisario	79
Forma	82
Ausencia de Vicios en la Voluntad	83

CAPITULO CUARTO

LA INEXISTENCIA Y NULIDAD DEL FIDEICOMISO

El Fideicomiso, la Inexistencia y Nulidad en la Ley General de Títulos y Operaciones de Crédito	89
La Inexistencia del Fideicomiso	90
Falta de Consentimiento del Fideicomitente y Fiduciario	91
Falta de Objeto	93
Características de la Inexistencia, por falta de consentimiento y objeto	96
La Nulidad Absoluta y Nulidad Relativa del Fideicomiso	100
La Ilícitud en el Objeto, en el Motivo, en el Fin y en la Condición	102
Vicios del Consentimiento	106
Falta de Formas	125
Conclusiones	125
Bibliografía	128

INTRODUCCION

EL FIDEICOMISO MEXICANO

A pesar de que nuestro derecho es uno de los más completos en el mundo, debido a la gran variedad de figuras jurídicas que reglamenta en sus diversos cuerpos de leyes, hasta hace cuatro décadas aproximadamente, empezó a tomar en cuenta al Fideicomiso; y ésto, es debido al gran desarrollo alcanzado en otros países, tanto en su aspecto jurídico como económico, por lo que, ante tales circunstancias, el legislador tuvo la necesidad de reglamentarlo, ayudado por las circunstancias de que con sus antiguos contratos, el procedimiento para alcanzar su perfección y ejecución, era demasiado lento y prolongado el término, por lo que, el legislador tuvo que idear nuevas formas, entre las que nos encontramos al Fideicomiso, ya que gracias a éste, se han agilizado las operaciones, principalmente, en lo que se refiere a las bancarias, ya que, siendo las Instituciones Bancarias las únicas que podrán ser fiduciarias, de conformidad, tanto a la Constitución Política, como de las Leyes que lo reglamentan, con excepción de algunas Organizaciones, a las cuales se les ha otorgado el privilegio de ser fiduciarias, en sus propios fideicomisos.

Como ya lo apuntamos en líneas anteriores, de que siendo una de las figuras jurídicas más recientes en nuestra legislación, el mismo fideicomiso ha alcanzado límites insospechados, pero debemos hacer una pequeña aclaración en cuanto a su desarrollo, toda vez que el mismo ha sido en la práctica Bancaria, en la que se han hecho un sin fin de operaciones, a través de un solo fideicomiso. Es así como tenemos que la mayoría de las operaciones bancarias que hoy se realizan, son por

Por lo que se refiere al aspecto jurídico, es decir, a su naturaleza jurídica, aún hoy en día los estudiosos del derecho, que han elaborado sus tesis de la presente figura, no se han puesto de acuerdo, ni aún en los principios más elementales del fideicomiso, por lo que, no encontramos dos tesis iguales o que compartan los mismos criterios.

Por nuestra parte, al intentar hacer el presente estudio del Fideicomiso, tanto en el aspecto de su naturaleza jurídica, así como su nulidad e inexistencia, no pretendemos que lo escrito en el presente trabajo sea la verdad pura, sino un pequeño esbozo del fideicomiso; toda vez que por un lado, la Doctrina es contradictoria, y por el otro lado, la misma Ley es vaga e imprecisa, aún cuando a nuestro parecer, dicha vaguedad e imprecisión, se debe a dos circunstancias, siendo la primera que a la fecha no se ha efectuado modificación alguna o complementaria a las diversas leyes que lo reglamentan, y la segunda, a que si el legislador le ha otorgado cierto margen de libertad a la autonomía de la manifestación de los contratantes, a efecto de realizar cualquier tipo de operaciones, donde su única limitante es que los fines no sean contrarios a las leyes y buenas costumbres, por lo que, a continuación, desarrollaremos nuestras ideas con respecto al fideicomiso.

CAPITULO PRIMERO

ANTECEDENTES HISTORICOS

CAPITULO PRIMERO

ANTECEDENTES HISTORICOS DEL FIDEICOMISO

Aún antes de que se legislara en Materia de Fideicomisos, los mismos ya habian hecho su aparición en el país, debido al desarrollo económico que se pretendía alcanzar, pero estos fideicomisos no podrian surtir efectos legales como tales, por no existir disposiciones jurídicas que los regulara, ya que se habían celebrado en el extranjero, y los mismos se adaptaban a figuras jurídicas existentes en nuestro país, a efecto de que se pudieran ejecutar dentro del mismo.

No obstante lo anterior, y dadas las necesidades imperantes dentro del ámbito económico social, aunadas al auge alcanzado por los mismos en el extranjero, se hizo necesario su ajuste a figuras establecidas en el cuadro legal mexicano, con el objeto de que pudieran surtir sus efectos legales y así impulsar la economía mexicana.

"Un caso muy importante, ya que marcó el sendero tanto para el desarrollo de los ferrocarrileros mexicanos como para la economía mexicana, es el fideicomiso que se constituyó para el financiamiento de los Ferrocarriles Nacionales de México, siendo este el primer fideicomiso en nuestro país, y que consistió en la emisión de bonos en el extranjero, gravando inmuebles ubicados dentro del país a favor de los fiduciarios, como acreedores hipotecarios y en beneficio de los tenedores de obligaciones emitidas, con lo que se consolidó Ferrocarriles Nacionales de México, dándose así el primer paso para que los fideicomisos surtieran sus efectos dentro de la República Mexicana." (1)

Ahora bien, pasaremos a estudiar los orígenes del Fideicomiso Mexicano.

1.- DERECHO ROMANO

El fideicomiso en el Derecho Romano surge de la necesidad que tenían ciertas personas de transmitir sus bienes a otros que no poseían - la capacidad jurídica necesaria para recibirlos, utilizándose además pa - ra garantizar un crédito, y en el supuesto de encontrarse en peligro de perder la vida y sus bienes. Ante tales circunstancias, el ciudadano - romano tuvo que idear la forma de transmitir sus bienes a ciertas personas en propiedad, con la salvedad de que se le reinvirtiera cuando se cumpliera la condición a que estaba sujeta, por lo que el fi - du - ci - ar - io tenía que ser una persona de toda su confianza, ya que se - corría el riesgo de que el fiduciario no cumpliera con su obligación, debido a que en esa época no existía reglamentación alguna al respecto, ni forma alguna para obligarlo a cumplir su promesa.

Según Julián Bojalil, la palabra Fideicomiso proviene del latín fides fe y commissus-comisión, encargo. La fides se apoya en la pro - piedad moral que, atribuida a una persona, dá lugar a la confianza de otra (1)

Durante este período surgen dos figuras a saber, La Pacta Fiduciae que se dividía en Pacta Fiduciae Cum Creditore y Pacta Fiduciae Cum Amico; y el Fideicommissum, que es la que más se asemeja al Fideicomiso Mexi - cano.

1.- Pacta Fiduciae:

a). La Pacta Fiduciae Cum Creditore consistía en la transmisión de un bien en garantía, dándose éste en propiedad al acreditado, mismo que

(1) Bojalil Julián. Fideicomiso. Editorial Porrúa. 1ª Edición. México 1962. Pág. 13

se obligaba a devolverlo una vez que el acreedor hubiese cumplido con la obligación materia del Pacto Cum Creditore. Como se puede observar, existía una inseguridad en dicha figura, toda vez que el acreditado podía no reintegrar la propiedad, debido a que la operación en cuestión se realizaba en forma verbal; lo cual daba por resultado que con frecuencia el acreditado se quedara con los bienes, sin que existiera el peligro de que se le demandara la devolución de los mismos, aún cuando se hiciera el pago del crédito, debido a que dichos bienes pasaban en propiedad al acreedor. (1)

El objeto principal de la presente figura, era la garantía de créditos, y no el pago de los mismos con dichas propiedades.

b). La *Pacta Fiduciae Cum Amico*, "se originó de la necesidad que tenían ciertas personas que eran perseguidos por el Emperador, a los cuales se les consideraba traidores al Imperio, por lo que ante el inminente peligro de que les confiscaran sus propiedades, las transmitían en propiedad a una persona de su entera confianza, el que tenía la obligación de retransmitirlos al primer requerimiento que le hiciera el perseguido una vez que éste estuviera en posibilidad de hacer tal requerimiento, o bien, de entregárselos a un tercero que en el momento en que se suscitaba dicha situación no tuviera capacidad jurídica de recibirlos; en este caso, al igual que el anterior, se originaban muchos riesgos para el transmisor de la propiedad, debido a que si en un momento determinado el que la recibía optaba por no reintegrársela, no existía forma alguna para obligarlo a ello, y aún más, en el caso de que la propiedad fuera a ser entregada a un tercero, ya que en muchos de los casos esta persona no estaba enterada de que se le deberían de transmitir o entregar determinados bienes, era frecuente

que la persona que recibía los bienes se quedara con ellos, debido a que los mismos eran entregados en propiedad." (1)

Debido a esta situación, los transmisores entregaban sus propiedades a personas de su entera confianza, para que tuvieran la seguridad de que se cumpliría con lo pactado, y así no fueran defraudados, como acontecía por lo regular.

2.- El Fideicomisum:

"Esta figura servía para eludir determinadas leyes como era el hecho de que ciertas personas no podían heredar por incapacidad jurídica, entre los que se encontraban los hijos póstumos, los casados sin hijos, los esclavos, los solteros, las mujeres, los peregrinos y dediticios.

Ante tales circunstancias el testador transmitía la propiedad a una tercera de su entera confianza que tuviera la debida capacidad, persona que sería el enlace entre el testador y el incapaz, esta persona, que era el supuesto heredero, pasaba a ser propietario absoluto de los bienes, por lo que el testador debía escoger de entre sus allegados al que le tuviera mayor confianza, o de lo contrario podría éste no cumplir con el cargo conferido, y por lo tanto, los bienes nunca llegarían a manos de los incapaces beneficiados, ya que tan sólo dicho encargo era una súplica en mortis causa del testador para el heredero, quedando éste comprometido en conciencia para cumplir el encargo del testador." (2)

En la mayoría de los casos, el heredero no cumplía con la promesa hecha al testador, careciendo de coercibilidad el incapacitado para poder reclamar dichos bienes, debido a la incapacidad que tenía, y a

que dichos bienes eran entregados en propiedad, ante esta situación, el Emperador Augusto, dictó ciertas disposiciones en las que se daba el derecho al incapacitado de recurrir ante los Cónsules para que por medio de éstos pudieran recobrar los bienes del testador y cumplir así la voluntad del mismo. (1)

Con posterioridad surgió el Praetor Fideicomisario, que tenía la función de obligar al heredero a cumplir con la promesa hecha al testador de transmitir los bienes que se le habían entregado en propiedad, al incapaz.

Por otro lado, también se dotó al beneficiario o incapacitado de una acción persecutoria para que pudiera recuperar los bienes motivo de la promesa, dicha acción era de crédito en contra del fiduciario a fin de poder adquirir los bienes que se le habían dejado en fideicommissum.

Como podemos observar, el fideicommissum se cumplía por la buena fe del heredero, por lo que posteriormente se le motivó para que cumpliera con su promesa hecha, por medio de la entrega de una cuarta parte de la herencia, en pago de su servicio.

Esta figura tuvo un rápido desenvolvimiento debido a que se podía dar tanto en testamento como en codicillo, y aún por alguna persona muerta que no hubiese dejado testamento, pero que hubiera hecho antes de su fallecimiento un fideicommissum.

Hemos hablado del fideicomiso en el cual el fideicomisario tenía el derecho de exigir la entrega de los bienes dados en fideicomiso, dejando a un lado las obligaciones o deberes que tenía en el caso de

que la totalidad de la herencia se hubiere dejado en fideicommissus, y el testador tuviera adeudos al momento de morir, mismos que pasaban al heredero, el cual no podía transmitirlos al fideicomisario, debido a que las mismas eran personales, y ante tales circunstancias el heredero, en algunas ocasiones optaba por no aceptar la herencia, o solicitar la nulidad del testamento, a pesar de que le correspondía, como ya lo hemos dicho, una cuarta parte del total de la herencia, para el caso de aceptarla, y ésto se debía a que podía darse el caso de que eran mayores los adeudos del testador, que lo que recibía como compensación, por lo que convenían las partes una indemnización recíproca, consistente en que se prometían pagar los adeudos en forma de indemnización recíproca, es decir, el heredero entregaba los créditos pendientes, y el fideicomisario pagaba los adeudos que se tenían, ésto no resultaba, ya que se exponía a las partes a una insolvencia recíproca, por lo que el Legislador decidió que las acciones se transmitieran de pleno derecho a título de acciones útiles, de manera que puede obrar contra los deudores y ser perseguidos por los acreedores de la sucesión.

"Otra de las figuras que se dieron en esa época, fue la Substitución Fideicomisaria, en la que el fideicomiso podría darse a término o bajo condición. Una de las aplicaciones más importantes del fideicomiso condicional, es aquella donde, tratándose de un Fideicomiso Universal, se fija el tiempo de su ejecución que era a la muerte del fiduciario, la misma tendría que pasar al fideicomisario y ésta a su vez cuando muriera, a un nuevo fideicomisario que era designado por el fideicomitente. Esta disposición ha sido llamada por los tratadistas Substitución Fideicomisaria, ya que presenta analogía con la substitución pupilar, en la que el fideicomisario permanece heredero por su propia

cuenta hasta su fallecimiento y en seguida, el fideicomisario viene en su lugar, tal como el sustituto popular viene a suceder al impúbbero." (1)

En el siglo II se usó la Substitución Fideicomisaria para transmitir el patrimonio heredado a una persona por mediación de otra, para transmitir el patrimonio o al menos una parte de él dentro de una familia , a través de varias generaciones. La forma adecuada para este fin, era la substitución que obligaba al instituido a dejar el patrimonio recibido después de su muerte, a una determinada persona de su familia. Repitiendo esta disposición a favor de una serie de individuos de la misma familia, con lo que se obtenía una fideicomiso familiar o de vinculación, con lo que no se permitía que dichos bienes salieran del patrimonio familiar, con lo que se crearon los latifundios, que más tarde fue disuelto y prohibido dicho fideicomiso familiar.

2.- DERECHO INGLES

No ha sido factible precisar la época en la que hicieron su aparición los Usos en Inglaterra, por lo que se considera que los mismos surgieron durante los siglos XII y XIII, en los que los Frayles Franciscanos, al no poder obtener bien alguno a título de propiedad debido a que tenían un voto de pobreza que les impedía recibir todo tipo de bienes, se los entregaban a un tercero que en este caso sería un presta nombre, al cual más tarde se le conoció con el nombre de Feoffee o Fiduciario, quien era el que se hacía cargo de los bienes con el carácter de Administrador, mismo que tenía la obligación de entregar los frutos obtenidos a dichas corporaciones religiosas. (2)

(1) Cfr. Piña Medina Jorge. Las Instituciones Fiduciarias y el Fideicomiso en México. Edit. Fomento Cultural de la Organización Sonex A.C. México 1962 D.F. Pág. 6.

(2) IDEM Pág. 9 y 10

También acontecía lo que en el Derecho Romano, debido a que el presta nombre solamente estaba obligado moralmente para cumplir con su promesa, sin que existiera precepto legal que lo obligara a cumplir con la misma, por lo que, se corrían muchos riesgos tanto para el transmitente como para el fideicomisario, debido a que los Tribunales del Derecho Común no podrían intervenir, aún cuando los mismos Usos fueran con el objeto de defraudar a los acreedores o a terceras personas, siendo que los únicos que podían intervenir eran los Tribunales de Equidad para resolver los problemas suscitados en los Usos, aún cuando los fines fueran contrarios al orden público. Por lo que en el año de 1376, prohibieron la transmisión de bienes dados en Usos en fraude de acreedores, en el que el transmitente se reservaba el uso de la cosa, y un año más tarde el mismo Parlamento dictó una Ley en la que se consideraban nulos todos los actos cuando el transfiriente de los bienes se había apropiado de las tierras de otro y éstas eran dadas en Usos a una tercera persona incierta, con lo que se acarrearía el problema y la imposibilidad de que su verdadero dueño pudiera readquirir las propiedades nuevamente. (1)

"En el año de 1391, el Parlamento ante la inmensa cantidad de propiedades que las corporaciones religiosas tenían en su poder, y viendo que por este concepto no tenía beneficio alguno, ya que dichas propiedades no pagan tributo alguno, la Corona promulgó la Ley de Manos Muertas, la que decretaba a su favor, por medio de la confiscación, las tierras transferidas a corporaciones religiosas. Por lo que se considera que los Frayles Franciscanos fueron posiblemente los inventores de dicha figura y los encargados de darle auge, debido a que como ya lo mencionamos, dicha corporación tenía un voto de pobreza que les impedía el recibir por cualquier título, propiedad alguna, y en dicho caso, le

eran transferidos a un tercero llamado Feofee o Fiduciario, quien los administraba y entregaba sus frutos a dicha corporación." (1)

Dicha Ley no surtió los efectos deseados debido a que no era posible confiscar los bienes a las corporaciones religiosas, ya que el propietario en estricto sentido era el Feofee o Fiduciario, aún cuando éste en realidad era única y exclusivamente un Administrador de los bienes o presta nombre; así pues, los Tribunales Comunes sustentaban el criterio de considerar al Feofee como verdadero propietario, debido a que a éste le eran transmitidos en propiedad los inmuebles; no así los Tribunales de Equidad, que consideraban al Feofee como un intermediario o administrador de los bienes dados en Usos.

Ahora bien, podían suscitarse diversos problemas al momento de ejecutar los Usos, debido a que si en un momento determinado el Feofee no entregaba los bienes o los frutos, los Tribunales del Derecho Común no podían obligarlo, debido a que tenían que aplicar las leyes sin importarles las circunstancias morales que rodeaban al asunto, por lo que en ese momento los beneficiarios del Usos podían recurrir a los Tribunales de Equidad que eran representados por los Cancilleres, y los que sí tomaban en consideración las circunstancias morales que rodeaban el caso, basándose en las evidencias del problema para poder dictar una resolución a favor de los verdaderos beneficiarios, por lo que podemos considerar que en cierta forma esta era una segunda instancia, la de los Cancilleres.

Asimismo, en la medida en que fueron tomando auge los Usos y ante el grado superior de personas que transmitían sus propiedades en Usos con el fin de defraudar a terceros, hicieron su aparición en dicha materia

los Tribunales Comunes para resolver los conflictos y por lo tanto se legisó en el Derecho Común para efectos de regular y reglamentar al Usos, por lo que hasta antes de esta situación se consideraban a los Tribunales de Equidad más importantes, debido a que éstos sí tenían capacidad para resolver los problemas que se les planteaban en materia del Usos.

No podemos dejar de reconocer que no existía paralelismo o división de Derecho, aún cuando se daban puntos de vista diferentes por razones obvias, ya que por un lado los Tribunales Comunes se encargaban de aplicar el Derecho en forma literal, tal como estaba escrito, y por el otro lado los Cancilleres se encargaban de resolver los problemas equitativamente sin perjudicar los derechos de las partes, resultando una dualidad de Derecho en la que se complementaba uno al otro, prevaleciendo uno que hacía desaparecer el conflicto por resolver, ya que los Tribunales de Derecho Común no reconocían la figura del Usos, por lo que para ellos era una donación o legado en la que el Testador le trasladaba la propiedad al fiduciario para sí mismo, y no tenía obligación alguna de transmitir dicha propiedad a terceras personas, pues al no ser reconocido el Usos por los Tribunales Comunes, no existía obligación alguna de transmitirlos a un tercero, así como el hecho de tener que entregar los frutos o rendimientos que generaban las propiedades. (1)

Pero la obligación de conciencia o de confianza creaba un derecho verdadero ante los Tribunales de Equidad, ya que éstos sí podían imponer sanciones tanto corporales como pecuniarias sobre los bienes del infractor.

(1) Cfr. Batiza Rodolfo. El Fideicomiso Teoría y Práctica. Editorial Porrúa. 4ª Edición. México 1960 D.F. Pág. 39.

Como hemos visto, la relación entre los Tribunales del Fuero Común y los de Equidad, no consistía en saber cual de ellos tenía más poderío, sino simple y llanamente se complementaban, y tan es así, que los Tribunales de Equidad no negaban el derecho de propiedad legal que podía tener cualquier persona sobre los inmuebles que se hubieren dejado en herencia o legado, y por otra parte, los Tribunales del Derecho Común tampoco podrían negar el hecho de que en un testamento se podía dejar un legado con el objeto de beneficiar a un tercero, obligando en estos casos a los Tribunales del Derecho Común al heredero a entregar los bienes dejados, o en su caso, los frutos o rendimientos de los mismos.

"En el año de 1535 y tras larga lucha, Enrique VIII promulgó la Ley de Usos, al darse cuenta de los múltiples casos en que servían para violar alguna ley, por ejemplo, cuando al hijo que le correspondía heredar, su herencia era transmitida por el padre a un tercero, a efecto de que con posterioridad le fuera entregada la misma a su hermano menor por medio de un Usos; la cesión secreta en fraude de acreedores y adquirentes; la privación a los señores de sus derechos de guarda matrimonial; la burla al Rey de su derecho a los bienes de los condenados por felonía, y la usurpación del goce de las tierras inglesas por extranjeros, siendo estos dos últimos casos los que más molestaban al Rey, quien declaró que el beneficiario o fideicomisario pasaba automáticamente a tener la propiedad legal, quitando al fiduciario de la relación del Usos, con lo que se tuvieron por ejecutados, dejando al descubierto a todos los fideicomitentes que pensaban que por medio del Usos y con el respaldo del Tribunal de Equidad, podrían burlar las Leyes a fin de poder disfrutar de las propiedades sin peligro de que se les confiscaren, o los extranjeros para disfrutar de

tierras Inglesas." (1)

3.- DERECHO ANGLOSAJON

El Trusts surge como consecuencia del desarrollo que tuvieron los Usos, ya que al no poder encuadrar todo tipo de negocios dentro de los Usos, y principalmente por el auge de la riqueza mobiliaria, hicieron inevitable que el Canciller viniera a dar efectos jurídicos a negocios semejantes a los Usos, conocidos más tarde por Trusts, que en un principio se dieron para nuevas formas de propiedad, pero a través del tiempo sirvieron como otra forma de adquisición de los Inmuebles hasta arraigarse por completo en el Sistema Inglés, que más tarde pasaba al Derecho Anglosajón.

"Uno de los autores que definió al Trusts de Tierras, fue Coke, indicando que consistía "En la confianza depositada en otro, que no emana de la tierra sino como una cosa accesoria ligada por un vínculo privado al derecho sobre ella existente y en la persona en posesión, por lo cual el beneficiario no dispone de otro recurso que la orden de comparencia ante la Cancillería." (2)

Dicha definición, es un tanto cuanto complicada, además de que no establece las características propias de un fideicomiso, sino más bien a aspectos secundarios.

(1) Cfr. Batiza Rodolfo. El Fideicomiso. Teoría y Práctica. Editorial Porrúa, S.A. 4ª Edición México 1980. D.F. Págs. 40 y 41.

(2) Autor Cit. por Batiza Rodolfo. El Fideicomiso. Teoría y Práctica. Editorial Porrúa, S.A. 4ª Edición. México 1980. D.F. Pág. 46

El Trusts a partir de su nacimiento recibe el apoyo de Lord Nottingham, durante los años de 1673 a 1682, estableciendo que el Derecho del Trusts fuera sistematizado, con lo que terminaría la evasión de normas legales a través de subterfugios de las partes, así pues, Lord Nottingham quien partiendo de principios sencillos y con la colaboración del Legislador construye desde entonces a través del desenvolvimiento del Trusts, un sistema jurídico uniforme racional y noble.(1)

Aún cuando se ha pretendido que el Trusts proviene de la sistematización de los derechos del Usos, y con la ayuda del Legislador, el mismo es creación de equidad, ya que éste nunca se hubiera creado, sino es por la existencia en Inglaterra de dos tipos de Tribunales, el de Derecho Estricto y los de Equidad, ya que al no estar reglamentado el Trusts en el Derecho Común, los Tribunales no podían constreñir al heredero o trustee al cumplimiento de sus obligaciones, pero en cambio el Derecho de Equidad imponía deberes al trustee que consistían en el cumplimiento de lo pactado en beneficio de un tercero.

Gracias a que existían los Tribunales de Equidad, pudieron surgir y desarrollarse los Trusts, pues no nada más absorvieron al Trusts, sino también a figuras como el depósito, el albaceazgo y algunas otras figuras afines, y más aún, los mismos Tribunales de Equidad fueron más allá de la simple imposición de deberes u obligaciones personales a quien tenía el título sobre la cosa, y confiaron a favor del beneficiario un derecho sobre la misma, creando un derecho dual de la propiedad del trustee, como títulos de propiedad, y al beneficiario un derecho de equidad, por lo que si el trustee deseaba vender o trasladar su derecho de propiedad a un tercero, nadie se lo podía impedir ya que de hacerlo se estaría en contra de los Tribunales del Derecho Común,

que al efecto le reconocían el derecho de propiedad del truste, pero por el lado de los Tribunales de Equidad podían castigarlo debido a que ante el Canciller o los Tribunales de Equidad, sólo tenían derecho de administrarlos, correspondiéndole la propiedad al fideicomisario. En el siglo XV los Cancilleres del Derecho de Equidad, anunciaron la protección de los derechos del beneficiario frente a los compradores, con conocimiento de que los bienes estaban en Trusts, así como aquellos adquirentes a título gratuito, mismos que eran anulados.

Sin embargo, y a pesar de toda la protección que le daba el Derecho de Equidad al beneficiario, no podían modificar los derechos legales de una de las partes, como aconteció en determinados casos en que el Truste podría ejercer su derecho de propiedad otorgado por los Tribunales Comunes, para poder vender los bienes en el caso de que el comprador no tuviere conocimiento del Trusts que pesaba sobre la propiedad motivo de la compra-venta, pues de lo contrario se podría anular la traslación de dominio si el comprador sabía que los bienes servían para la realización de un Trusts, así como que en el siglo XVI "... fue anunciada la protección de los derechos del beneficiario frente a los compradores que tuvieran conocimiento de su derecho frente a los herederos del trustee, así como frente a los adquirentes a título gratuito." (1)

Como ha quedado señalado, si el comprador sabía de antemano que la propiedad que compraba estaba dada en trustee, la misma era nula debido a la protección que ya existía respecto a los derechos del Cestui Que Trusts.

(1) Batiza Rodolfo: El Fideicomiso, Edit. Porrúa, S.A., 4a. Edición, México 80, D. F., Págs. 53 y 54.

Podemos decir que los Cancilleres crearon un derecho de propiedad similar al establecido o defendido por los Tribunales Comunes, sin embargo le faltaban algunos atributos de la propiedad legal, como el poder transmitirla a cualquier persona, o disponer de los bienes a conveniencia, dando lugar a contradicciones entre el Derecho de los Tribunales Comunes y el de Equidad. Al no existir una reglamentación correcta o igual entre ambos Tribunales, existiendo una dualidad de derechos, ya que el trustee no podía disponer de la propiedad como legítimo dueño según los lineamientos del derecho, sino que estaba sujeto a las condiciones que le dictara el Derecho de Equidad, entre los que resaltaba el fundamentar cualquier derecho legal que se tuviese sobre una cosa para poder transmitirlo en alguna forma a terceras personas, pues al hacerlo se aplicaba el Derecho de Equidad al grado de que podían imponer sanciones tanto pecuniarias como corporales.

Los sujetos que integraban el Trusts eran el Settlor, Trustee y por último el Cestui Que Trusts, quienes formaban la Trilogía del Fideicomiso, aún cuando en un momento determinado podrían existir únicamente dos personas: el Settlor y el Trustee, ya que la figura del Cestui Que Trusts, podría recaer en el mismo Settlor.

En esta época el Trusts no servía nada más para evadir las leyes, sino más bien para proteger las inversiones sin el temor de perder los bienes del Settlor, por lo que se creó un verdadero cuadro jurídico para regular el Trusts, siendo de suma importancia precisar a las personas que intervienen en un Trusts, para que en el momento que pasemos a estudiar al Fideicomiso Mexicano, podamos comparar y diferenciar estas figuras, determinando si en efecto el Fideicomiso Mexicano tiene sus antecedentes en el Trusts.

En relación al Settlor, la Doctrina Anglosajona señala que "puede establecerse la regla general de que toda persona capaz de disponer de un derecho legal o de equidad puede, si así lo desea, transferirlo a un trustee a efecto de cumplir sus propósitos." (1)

A lo anterior, puede desprenderse que la única limitación para poder ser Settlor, consiste en que éste sea capaz de transmitir un derecho, ya sea legal o de equidad, existiendo la excepción, como aconteció a partir de mediados del siglo pasado, en que las Corporaciones Municipales Iglesias, les fue prohibido el ser Settlor, ya que desde ese instante, pasaron a ser trustee de sus propios bienes y con la obligación de solicitar permiso a los Lores del Tesoro para el caso en que quisieran enajenar algún bien.

Respecto al Trustee, se consideraba que única y exclusivamente podrían ser Trustee las personas físicas encargadas de llevar la administración de los bienes objeto del fideicomiso, y realizar los fines para los cuales eran transmitidos dichos bienes, por lo que dicha persona debía tener la capacidad jurídica para poder adquirir y poseer la propiedad de los bienes, al igual que tener capacidad natural para poder realizar una buena administración de los mismos. Pero a medida que transcurrió el tiempo, fue imposible sujetar a una vigilancia a estas personas, por lo que en el siglo XIX se estableció que las personas morales, en este caso a las Instituciones Bancarias, se les otorgara la concesión de ser los encargados de fungir como Trustee, aún cuando esta concesión pudo haberseles dado también a las Compañías

(1) Batiza Roblfo: El Fideicomiso, Edit. Porrúa, S. A., 4a. Edición. México 80, D. F., Pág. 58

de Seguros, debido a que sobre ambos se podía ejercer una eficiente vigilancia, siendo lo anterior quizás, lo más sobresaliente.

Como tercer elemento, tenemos al Cestui Que Trusts, quien es la persona que recibe los beneficios del Trusts, no existiendo limitación alguna, a excepción hecha como ya lo manifestamos, de la Corporaciones Municipales Iglesias, mismas que automáticamente pasaban a ser Trustee, así como en aquellos casos en los que "las sociedades no pueden constituirse a su favor un Trusts de Tierras sin permiso oficial o sin la facultad legal expresa al respecto ..." (1)

4.- DERECHO MEXICANO

Nos toca analizar los antecedentes del Fideicomiso Mexicano en los diferentes Proyectos de Leyes, así como las Leyes que se dictaron para definir y regular a esta figura, hasta llegar a la Ley que hoy en día lo reglamenta, haciendo un análisis en primer término del Proyecto Limantour.

PROYECTO LIMANTOUR

Este proyecto fue enviado a la Cámara de Diputados con fecha 21 de noviembre de 1905, por el entonces Secretario de Hacienda, señor Limantour, el cual constaba de ocho artículos de los cuales estudiaremos los tres primeros, debido a que éstos tratan al fideicomiso

(1) Batizá Rodolfo: El Fideicomiso, Edit. Porrúa, S. A., 4a. Edición, México 80, D. F., Pág. 58

propiamente dicho, ya que los cinco restantes señalan la reglamentación a las Instituciones Fiduciarias, para efectos de saber que tipo de tributos tendrían que pagar, concediendo excepciones y privilegios especiales en materia de impuestos.

El artículo primero define al fideicomiso "en el encargo hecho al fideicomisario, por virtud de contrato de entre dos o más personas de ejecutar cualesquiera actos, operaciones o contratos lícitos respecto de bienes determinados, para beneficio de alguna o de todas las partes en este contrato, o de un tercero, o para hacer efectivos los derechos o cumplir las obligaciones creadas expresamente en el contrato o que sean consecuencia legal del mismo." (1), de lo que podemos desprender la tendencia del señor Limantour de considerar al fideicomiso como un mandato al considerarlo como un encargo, siendo éste incorrecto, ya que tanto el mandato como el fideicomiso son figuras diferentes, por lo que también podemos desprender de dicha definición que no establece la naturaleza jurídica, la situación de los bienes dados en fideicomiso y no precisa a las partes que intervienen.

Por lo que respecta a su artículo segundo, establece "en el encargo hecho al fideicomisario, por parte interesada o mandamiento judicial de ejecutar cualesquiera actos, operaciones o contratos lícitos respecto de bienes determinados, en beneficio de un tercero que tenga o a quien se confiera derecho a una parte o a la totalidad de dichos bienes o de sus productos, o a cualquier ventaja o aprovechamiento sobre los mismos." (2); el presente artículo establece una segunda

(1) Batiza Rodolfo: El Fideicomiso, Edit. Porrúa, S. A., 4a. Edic., México 80, D.F. Pág. 100

(2) IDEM

definición del fideicomiso, cayendo nuevamente en el error de considerar a dicha figura como un mandato, error muy común que se dió entre los autores de esta época debido a que como era nueva la presente figura, no habían precisado los alcances de la misma, y al establecerla como un mandato, era con el objeto de que entendiera realmente los alcances del fideicomiso, no por ésto aceptamos que estuviera o que esté bien el considerar al fideicomiso como un mandato, otro de los errores en que incurre este autor, es el no precisar nuevamente la naturaleza jurídica, así como el de no señalar en calidad de qué pasaban los bienes a la fiduciaria.

Ahora bien, con lo que respecta al tercer artículo, el mismo establece "el fideicomiso importará un derecho real respecto de los bienes sobre los que se constituya. La Ley definirá la naturaleza y efectos de ese derecho y los requisitos para hacerlos valer." (1); dicho artículo es un cuanto tanto impreciso, debido a que ni el mismo autor establece los alcances del derecho real que se tiene respecto a los bienes, sino que señala que el mismo derecho lo establecerá la Ley, por lo que como lo hemos señalado, el mismo es impreciso, además de vago.

Dicho proyecto no pasó a ser más que eso, aunque el mismo fue sometido a la Sesión de la Cámara de Diputados y a pesar de haberse turnado a las Comisiones Unidas, Primera de Justicia y Segunda de Hacienda, el mismo no fue aprobado debido a que se avecinaba una época difícil para el país, como fueron los hechos acaecidos en 1910 en que se inició la Revolución Mexicana, y más aún, a que dentro de la Cámara de Diputados hubo oposición principalmente por el señor Diputado

(1) Batiza Rodolfo: EL Fideicomiso, Edit. Porrúa, S. A., 4a. Edic., México 80, D. F., Pág. 100

Rosendo Pineda, debido a que consideraba que se iba a crear la substitución fideicomisaria, en la que los bienes de una determinada persona no saldrían nunca de su familia, y se podría dar la creación de nuevos latifundios, a pesar de que en la Exposición de Motivos que precedía a dicho Proyecto, la cual señalaba que el mismo serviría para desarrollar el país, en cuanto a su economía con esta nueva figura, como acontecía en los Estados Unidos de América, con el Trusts, y para lo cual se estaban dando los presentes artículos, cuyo objeto es la garantía y protección de los intereses confiados, así como el impedir el estancamiento de la riqueza general y único peligro que se podría dar en el fideicomiso, en alguna de sus aplicaciones como es en el caso de la substitución fideicomisaria.

PROYECTO CREEL
(1924)

Este proyecto constaba de 17 disposiciones, siendo éstos el resultado de la observancia hecha por el señor Enrique C. Creel, de la práctica del Trusts que se manejaba en los Estados Unidos de América, con ciertas modificaciones a efecto de que se pudieran adaptar y poner en práctica en nuestro país. Dichas disposiciones reglamentaban más bien a las Instituciones Fiduciarias, y no propiamente al fideicomiso, debido a que no lo definían ni señalaban sus elementos, tanto de existencia como de validez, y únicamente se concretaban, como ya lo señalamos, a regular las funciones de la Institución Fiduciaria, mismo proyecto que establecía entre otras disposiciones, las de realizar operaciones consistentes en recibir en fideicomiso los bienes de las viudas, de los huérfanos y niños, y es así como los bienes muebles e inmuebles quedaban asegurados y administrados por

una Institución de Crédito prestigiada, siendo lo más importante en cuanto al fideicomiso, debido a que en sí todas las disposiciones - se concretaban a establecer los elementos para que las Instituciones pudieran ser Fiduciarias.

Dicho proyecto nunca fue sancionado como Ley; sin embargo, es innegable el precedente que sentó y que en cierta forma influyó en el ánimo del Legislador ya que sin dichos precedentes, los mismos no hubieran podido elaborar una Ley que contuviera todos los elementos del fideicomiso, y que gracias a dichos proyectos es como ha normado su criterio a efecto de elaborar la Ley que hoy en día nos rige, y que es la más apegada al fideicomiso.

LEY GENERAL DE INSTITUCIONES DE CREDITO Y ESTABLECIMIENTOS BANCARIOS DE 1924

La presente Ley regula a los fideicomisos en su Capítulo 7º, denominando Los Bancos de Fideicomiso. Dicha regulación la establece en los artículos 73 y 74, los cuales eran vagos, debido a que no establecían nada del fideicomiso, como más adelante lo veremos.

En el artículo 73, instituye "que la función de los bancos de fideicomiso servirá principalmente para administrar los capitales que les confían, los particulares"; asimismo, el artículo 74 decreta "que se expedirá una Ley Especial para los Bancos de Fideicomiso" misma que fue dictada hasta el año de 1926, y de la cual hablaremos con posterioridad.

Ahora bien, en dichos artículos no nos hacen una regulación del fideicomiso propiamente dicho, sino que simplemente se concretan a mencionar de un modo superficial las características de los bancos de fideicomiso, y no en sí a la figura jurídica que el mismo representa.

La importancia de la presente Ley, estriba en que fue la primera en mencionar al fideicomiso como una figura jurídica, a efecto de que el mismo surtiera sus efectos legales dentro de nuestro país, a pesar de que en dichos artículos no define ni precisa los elementos del fideicomiso.

El comentario que podemos hacer respecto de esta Ley, es en el sentido de que introduce a nuestras Leyes, la figura del fideicomiso, hecho que hasta esa fecha no había acontecido, por lo que, a pesar de que sólo lo enuncia en dos artículos, los mismos son importantes por ser la primera reglamentación que se refiere al fideicomiso, como figura jurídica mexicana; asimismo, dentro de su artículo 74, establece que con posterioridad se daría una Ley que iba a reglamentar y definir al fideicomiso.

PROYECTO VERA ESTAÑOL

El Lic. Jorge Vera Estañol, también preparó un proyecto presentado a la Secretaría de Hacienda, en 1926, en el que se refería en su capítulo segundo, a las operaciones fideicomisarias, mismo que se tituló Ley de Compañías Fideicomisarias y de Ahorro.

Definiendo en su artículo décimo al fideicomiso, como "en el encargo que por virtud de un contrato hicieran dos o más personas a la

compañía, de ejecutar cualesquiera actos, operaciones o contratos lícitos respecto a bienes determinados, en beneficio de algunos o de todos los contratantes, o en el de hacer efectivos los derechos o cumplir las obligaciones estipuladas en dicho contrato, o que sean su consecuencia legal." (1)

En dicha definición no establece las características que tiene el fideicomiso, así como la naturaleza jurídica del acto que se realiza, la situación jurídica de los bienes dados en fideicomiso y la calidad con que son transferidos, tampoco define a los elementos, tanto de existencia como de validez. Más que una definición, enumera las operaciones que se pueden ejecutar con el fideicomiso.

Ahora bien, en los siguientes artículos, habla de los fines del fideicomiso, encuadrando todos éstos en diversos artículos sin que deje que los fines los establezcan las partes, debiéndose apegar el fideicomitente así como el fiduciario, a lo establecido por dichos artículos, limitando el libre albedrío del fideicomitente en cuanto a los fines del fideicomiso, característica esencial de este tipo de negocios, en la que la voluntad de las partes es la que constituye el fideicomiso, ya que son ellos los que establecen los fines del mismo.

Dentro de su artículo 12, destaca los tipos de contratos que podía celebrar la fideicomisaria, siendo entre otros el de adquirir, enajenar, gravar, poseer, explotar, administrar o intervenir los bienes objeto del fideicomiso, y, en general, en ejercer cualquier otro derecho sobre dichos bienes.

(1) Batiza Rodolfo; El Fideicomiso, Edit. Porrúa, 4a. Edic. México 80, D. F. Pág. 105

La novedad es que al fiduciario se le denomina Fideicomisario, siendo ésto intrascendente, debido a que en sí en nada afecta a la figura propiamente, y por otra parte, establece las diversas operaciones que puede ejecutar la fiduciaria, aún cuando las mismas las podemos encuadrar dentro de los fideicomisos que hoy en día conocemos, como son de administración, inversión, traslativo de dominio y garantía, ya que dicha clasificación que nos da, la toma de la finalidad de los fideicomisos.

También nos habla de los bienes que pueden ser objeto de fideicomitirse, estableciendo que todos son objeto del fideicomiso, a excepción de aquellos que conforme a la Ley no puedan ser ejercidos, sino directamente por las personas a quien pertenecen, como acontece hoy en día que los bienes estrictamente personales no pueden ser objeto del fideicomiso, además de los que conforme a la Ley no sean física y jurídicamente posibles.

Dicha reglamentación es más completa, ya que de algún modo establece más propiamente al fideicomiso. A pesar de que el mismo no pasa de ser un proyecto, es bastante completo y claro en algunos conceptos; asimismo, podemos señalar que a medida de que transcurre el tiempo, es más completa la reglamentación del fideicomiso.

LEY DE BANCOS DE FIDEICOMISO
(30 de junio de 1926)

La exposición de motivos de la presente Ley, manifiesta que es la misma a la que se refería la Ley de 1924, en su artículo 74, encomendándose su estudio a la Comisión Permanente de la Comisión Nacional

También habla de que la Ley a promulgarse era totalmente diferente a lo que señalaba el Derecho Romano en relación al fideicomiso, debido a que se trataba de una nueva figura, y muy similar a la práctica en el Derecho Anglosajón, con ciertas variantes para su adaptación en nuestro Derecho, debido principalmente a que en nuestro vecino país, existen dos tipos de Tribunales, los de Derecho Estricto y los de Equidad, cosa que no sucede en nuestro país.

En lo que se refiere al fideicomiso, dicha Ley se dividía en dos partes, el primer capítulo trataba el objeto y constitución de los bancos de fideicomiso; y el segundo, de las operaciones de fideicomiso, en su Sección I, del Fideicomiso Propiamente Dicho, siendo este último el que nos interesa, debido a que en él se hace una reglamentación del fideicomiso.

Ahora bien, haremos un breve comentario de los artículos que consideramos más importantes, debido a que éstos definen y reglamentan al Fideicomiso:

Su artículo 6º, establecía la definición del fideicomiso, de la siguiente manera: "el fideicomiso propiamente dicho, es un mandato irrevocable, en virtud del cual se entregan al Banco con el carácter de fiduciario, determinados bienes para que disponga de ellos o de sus productos, según la voluntad del que los entrega, llamado fideicomitente, a beneficio de un tercero, llamado fideicomisario o beneficiario."

La anterior definición, es una réplica de la dada por el Lic. Ricardo J. Alfaro, ya que ambas consideran y caen en el error de señalar al fideicomiso como un mandato, debido a que no tendría caso crear una nueva figura jurídica, al amparo de otra ya establecida, como es en este caso el mandato, además de que se pretendía crear una nueva figura que serviría no nada más para efectos de que la fiduciaria fuera un mandatario, sino que ésta tuviera otras características y sirviera para impulsar la economía del país.

Su artículo 18º, trataba de las formas de extinción del fideicomiso en 5 incisos: por el incumplimiento del objeto; por imposibilidad del mismo; por no haberse cumplido dentro de los 20 años; por haberse cumplido la condición resolutoria y por convenio expreso del fideicomitente y fideicomisario.

Como podemos ver, la presente Ley es más completa y muy parecida a la que hoy en día nos rige, estableciéndose pequeñas diferencias debido al perfeccionamiento que se le ha hecho a la Ley General de Instituciones de Crédito, en su capítulo El Fideicomiso, misma de la que más adelante hablaremos.

Dicha Ley, a pesar de la variedad de conceptos con que fue elaborada, es muy interesante, debido a que en sí fue la primera reglamentación hecha del fideicomiso, en todas sus partes, tanto elementos, personas, objetos, fines y constitución.

En relación a la Ley General de Títulos y Operaciones de Crédito, que es la que hoy en día reglamenta al fideicomiso, es muy similar, ya que tan

sólo se le han hecho pequeñas modificaciones, debido principalmente a que se han introducido variantes según lo va aconsejando la práctica.

LEY DE INSTITUCIONES DE CREDITO Y
ESTABLECIMIENTOS BANCARIOS

Esta Ley fue dada el 31 de agosto de 1926, y publicada en el Diario Oficial el 29 de noviembre del mismo año, la cual abrogó a la Ley de Bancos de Fideicomiso, el 30 de junio del mismo año, incorporando su texto a la nueva Ley, sin sufrir modificación alguna; por lo que cualquier comentario al respecto, sale sobrando, debido a que se trata de la misma Ley comentada anteriormente.

LEY GENERAL DE TITULOS Y OPERACIONES
DE CREDITO
(1932)

Esta Ley es la que hoy en día nos rige, misma de la que más adelante hablaremos, a efecto de comentarla en sus partes.

Dicha Ley fue elaborada y aprobada para que el país se desarrollara económicamente en sus operaciones mercantiles, siendo ésta la causa principal de su aprobación.

LEY GENERAL DE INSTITUCIONES DE CREDITO
Y ORGANIZACIONES AUXILIARES
(31 de mayo de 1941)

La Ley General de Instituciones de Crédito y Organizaciones Auxiliares.

publicada en el Diario Oficial el día 31 de mayo de 1941, reglamenta en los artículos 44, 45 y 46, al Fideicomiso.

Establecía en su artículo segundo, "Para dedicarse al ejercicio de la Banca y Crédito, se requerirá concesión del Gobierno Federal, y compete otorgar discrecionalmente a la Secretaría de Hacienda y Crédito Público, oyendo la opinión de la Comisión Nacional Bancaria, y del Banco de México . . . "; no estableciendo al respecto limitación alguna, como hoy en día acontece, en la que únicamente el Gobierno Federal podrá dedicarse al ejercicio de la Banca y Crédito.

Asimismo, en su Fracción VI, establece: "Las Operaciones Fiduciarias". Mismas que son reglamentadas en los artículos 44, 45, 45 bis y 46, - del mismo ordenamiento; refiriéndose dichos preceptos, más bien a las características o elementos que deberá contener éste, y la comisión por el pago de sus servicios, sin que en sí realice una reglamentación y definición, propiamente del Fideicomiso, al no entrar al estudio de su naturaleza jurídica. Dicha situación, es debido a que en esta época ya se había expedido la Ley General de Títulos y Operaciones de Crédito, la cual si efectúa, aún cuando en forma imprecisa, el estudio de la naturaleza jurídica del Fideicomiso.

Con fecha 31 de diciembre de 1982, se publica en el Diario Oficial de la Federación, la Ley Reglamentaria del Servicio Público de Banca y Crédito, que vino a completar la Ley de estudio, debido a las modificaciones que sufren las Instituciones de Crédito, al ser expropiadas, siendo dicha Ley Reglamentaria del Servicio Público de Banca y Crédito, más bien una Ley Orgánica para regular a las nuevas Instituciones Nacionales de Crédito.

LEY REGLAMENTARIA DE SERVICIO PUBLICO DE
BANCA Y CREDITO
(14 de enero de 1985)

La Ley Reglamentaria del Servicio Público de Banca y Crédito, abroga tanto a la Ley General de Instituciones de Crédito y Organizaciones - Auxiliares, del 31 de marzo de 1941, como a la Ley Reglamentaria del Servicio Público de Banca y Crédito de 1982.

Estableciendo dicha Ley, en su artículo 30.- "Las Instituciones de Crédito sólo podrán realizar las operaciones siguientes": Fracción - XV "Practicar las operaciones de Fideicomiso, a que se refiere la Ley General de Títulos y Operaciones de Crédito..."

Dicha Ley encuadra al Fideicomiso, dentro de su Capítulo V, de los Servicios, y hace una reglamentación del Fideicomiso, como operación en sus artículos 60, 61, 62, 63, 64, 65 y 66; pero, no hace una regulación de su naturaleza jurídica propiamente, y en ciertos casos, remite a la Ley General de Títulos y Operaciones de Crédito, por lo que, para efectos del presente trabajo, creimos conveniente invocarla, para efectos de establecer la evolución del Fideicomiso, dentro de nuestro marco legal, sin que consideremos importante las modificaciones sufridas en cuanto al fideicomiso propiamente dicho, ya que - estas Leyes se han dado, debido a la expropiación sufrida por las Sociedades de Crédito, y al no existir reglamentación para las nuevas, se han creado una serie tanto de Leyes, como de Circulares, para el funcionamiento de estas nuevas Instituciones Nacionales de Crédito, Leyes y Circulares que son un tanto oscuras; por lo que, para efectos de subsanarlos, remiten a la Ley General de Títulos y Operaciones de Crédito.

CAPITULO SEGUNDO

NATURALEZA JURIDICA DEL FIDEICOMISO

CAPITULO SEGUNDO

NATURALEZA JURIDICA DEL FIDEICOMISO

Como hemos podido apreciar en nuestro Capítulo Primero, en el que nos referimos a los diferentes proyectos de leyes formulados, así como a las leyes que se dictaron para definir y reglamentar al fideicomiso, y de la reglamentación que hace hoy en día la Ley General de Títulos y Operaciones de Crédito en sus artículos 346 al 359, todos estos intentos han sido vagos e imprecisos, debido a la complejidad de dicha figura, ya que si bien en la práctica el fideicomiso sirve para substituir casi todo tipo de contratos reglamentados en las diferentes leyes, desde una donación, administración, enajenación, etc., de derechos, muebles e inmuebles en teoría nos encontramos precisamente ante la figura más compleja y problemática del derecho actual, ya que al no encontrarse totalmente reglamentada en nuestra legislación, esto es debido a que el Legislador le ha dado un margen de autonomía, respecto de la voluntad de la persona o personas que intervienen en el mismo, en cuanto a la finalidad que se persigue, siendo su única limitación que sus fines no estén fuera de lo lícito y que no sean contrarios a la moral y buenas costumbres.

I.- DEFINICION DEL FIDEICOMISO

Aún hoy en día, no nos atrevemos a establecer que el Fideicomiso Mexino tenga sus orígenes en el Derecho Romano o en el Derecho Anglosalón, independientemente de que por una parte nuestro Derecho, desciende de del Derecho Romano, en el que no existen dos propietarios para una

sola cosa, toda vez que se excluyen entre sí, ya que en el fideicomiso una vez que se ha transmitido la propiedad al fiduciario, éste obtiene la propiedad de dicho bien y más aún, en el caso de los inmuebles, en el que para que surta efectos frente a terceros, deberá inscribirse en el Registro Público de la Propiedad, la operación de fideicomiso a que han quedado sujetos, a efecto de que la fiduciaria pueda ejercer todo tipo de acciones, encomendadas al logro de los fines para los cuales - fueron dados.

Por lo que se refiere al Derecho Anglosajón, el cual es innegable la gran influencia que ha tenido sobre nuestro fideicomiso, en cuanto a que en aquél se ha alcanzado un notable desarrollo y perfeccionamiento, tanto en su constitución como en su ejecución, no podemos establecer que nuestro Fideicomiso desciende de él, ya que en dicho país existe la duplicidad de dueños debido al manejo de los Tribunales de Equidad y de Estricto Derecho, pudiendo darse el propietario económico y jurídico. Aún más, existen grandes diferencias entre las que destacan los hechos de que en el Derecho Anglosajón puede constituirse en forma expresa o por ministerio de Ley, o sea implícito, y aún puede celebrarse en forma oral, y cualquier persona moral puede ser fiduciario; en cambio el Fideicomiso Mexicano debe ser por escrito, y única y exclusivamente las Instituciones Bancarias con autorización, pueden ser Fiduciarias.

Aún cuando diversos autores que han elaborado estudios del Fideicomiso, establecen que sí existe una duplicidad de dueños, que sería el dueño económico y el de estricto derecho, pero nuestra legislación no regula a la fecha algún dueño económico, ya que dicha regulación es más bien para efectos contables o administrativos del fideicomiso.

Nuestros legisladores, han adaptado al fideicomiso ciertas características de ambos Derechos, a efecto de encuadrarlo a nuestras disposiciones vigentes, por lo que, no podemos establecer que desciende de un solo Derecho de los ya mencionados.

El Fideicomiso ha sido objeto de numerosos estudios por diversos autores, sin que a la fecha se haya dado una definición, regulación y consolidación de criterios que reúna todas las características de los diferentes fideicomisos que hoy en día se elaboran en nuestro país. A pesar de los esfuerzos loables de dichos autores, no han podido establecer una definición y reglamentación que enfoque todas las características que contienen los fideicomisos, como lo hemos expresado en líneas anteriores, el fideicomiso atiende al querer de las partes en cuanto a su finalidad, y no está sujeto a una reglamentación, siendo su única limitación, que los fines que se persiguen no estén fuera de la Ley, o vayan en contra de la moral y buenas costumbres.

Al respecto, señalaremos algunas de las definiciones que se han elaborado por eminentes juristas, que han estudiado al fideicomiso.

LIC. RICARDO J. ALFARO

Nos dice que "el fideicomiso es un mandato irrevocable en virtud del cual se transmite al fiduciario, determinados bienes, para que disponga de ellos y de sus productos, según la voluntad del que los entrega, llamado fideicomitente, en beneficio de un tercero llamado fideicomisario". (1)

(1) Autor Cit. por Batizá Roxolfo. El Fideicomiso. Edit. Porrúa. 4a. Edic. México 1980

De dicha definición, más que una crítica, haremos un breve comentario y análisis, ya que es lógico que siendo una de las primeras definiciones que se dieron del fideicomiso, ésta no reúna todas las características que otros autores le han dado al fideicomiso. Por principio, no podemos considerar al fideicomiso como un mandato, aún cuando éste sea irrevocable, ya que no tendría sentido el crear una nueva figura jurídica al amparo de otra que se encuentra debidamente reglamentada dentro de nuestro marco legal; además de que por un lado, el mandato se termina con la muerte del mandante, éste puede ser verbal, los bienes no pasan a ser propiedad del mandatario, y en cambio en el fideicomiso, no se termina por la muerte del fideicomitente, el mismo debe ser escrito y los bienes pasan a ser propiedad del fiduciario, entre otras características.

El mismo autor, señor Lic. Ricardo J. Alfaro, realiza una segunda definición, estableciendo que "el fideicomiso es un acto en virtud del cual se transmiten determinados bienes a una persona llamada fiduciario, para que disponga de ellos conforme lo ordena la persona que los transmite, llamado fideicomitente, a beneficio de un tercero llamado fideicomisario". (1)

Esta definición es más completa, y sin embargo, da la idea de que se trata de un mandato igual que la anterior, debido a que a pesar de que no señala que el fideicomiso sea un mandato, tampoco establece la naturaleza jurídica de dicha figura, no definiendo la situación de los bienes dados en fideicomiso, ni a los fines de éstos, dejando vaga y obscura esta segunda definición.

(1) Autor cit. por Villagordoa Lozano José Manuel. Doctrina General del Fideicomiso. Editorial Porrúa México 1992. 2ª Edición. Páa.89

LEY DE BANCOS DE FIDEICOMISO
(1926)

La presente Ley, en su artículo 6º, define y señala que "el fideicomiso propiamente dicho, es un mandato irrevocable, en virtud del cual se entrega al Banco con el carácter del fiduciario, determinados bienes para que disponga de ellos o de sus productos, según la voluntad del que los entrega, llamado fideicomitente, a beneficio de un tercero llamado fideicomisario o beneficiario".

Como podemos ver, dicha definición se trata de una réplica de la que dió el Lic. Ricardo J. Alfaro, en la que considera al fideicomiso como un mandato, siendo ésto totalmente erróneo, debido a que no podemos considerar al fideicomiso como un mandato, ya que son figuras diferentes en cuanto a su estructura y contenido, y no tendría caso alguno el estudio y regulación de una figura que ya se encuentra debidamente reglamentada y definida, y crear otra al amparo de ésta.

Otro autor que define al fideicomiso, y hace un estudio del mismo, es el:

LIC. RAUL CERVANTES AHUMADA

Nos señala que "el fideicomiso es un negocio jurídico por medio del cual, el fideicomitente constituye un patrimonio autónomo, cuya titularidad se atribuye al fiduciario, para la realización de un fin determinado". (1)

Este autor, por principio, no considera al fideicomiso como un negocio fiduciario, cayendo en un error, debido a que el fideicomiso reúne las características de dichos negocios, en la que se establece un doble negocio, uno de carácter real y el otro de carácter de interpartes.

Asimismo, dentro de la definición que nos dá, habla del patrimonio autónomo, que es constituido por el fideicomitente, estableciendo - que los bienes salen del patrimonio del fideicomitente, pero sin que éstos ingresen dentro de los bienes de la fiduciaria, lo que consideramos un error, debido a que en la actualidad no existe un patrimonio - sin titular; aún cuando no se ha definido la situación exacta de los - bienes fideicomitados, consideramos que dichos bienes pasan a la fiduciaria en propiedad, ya que si en un momento determinado la fiduciaria los vende sin que éstos se hayan dado para tal fin, y los compradores son de buena fe, tanto el fideicomitente como el fideicomisario no tendrán una acción persecutoria de dichos bienes, y si una de pago de daños y perjuicios, o como lo establece la Doctrina, les corresponderá una Acción Pauliana.

Por lo demás, y a pesar de que en dicha definición se maneja el término de titularidad, consideramos que está incorrecto, debido a que en la actualidad, sólo se conoce un solo tipo de propiedad, la que recae en un solo individuo.

Otro de los autores que han definido al fideicomiso, es el señor:

LIC. RAFAEL DE PINA VARA

Dicho autor nos manifiesta que "el fideicomiso es un negocio jurídico

en virtud del cual una persona física o moral, denominada fideicomitente, designa bienes o derechos a la realización de una finalidad lícita y determinada, y encarga la realización de esa finalidad a una institución fiduciaria, que se convierte en titular del patrimonio integrado por aquellos bienes o derechos". (1)

Apreciamos de dicha definición, que es más completa en cuanto a que se establecen los fines de dicho negocio, así como la situación jurídica de los bienes dados en fideicomiso, debido a que éstos pasan a integrar el patrimonio fiduciario, teniendo la titular la institución fiduciaria; aún cuando no estemos muy de acuerdo en el aspecto de la titularidad, ya que más bien se debería de hablar de propietario de dichos bienes, consideramos que es aceptable la definición, toda vez que contiene todos los elementos de existencia y validez del fideicomiso, así como la naturaleza jurídica y la situación de los bienes, aún cuando considera a la fiduciaria como titular y no propietaria de los mismos.

Otro autor que define al fideicomiso, es el Maestro:

LIC. JOAQUIN RODRIGUEZ RODRIGUEZ

Nos dice "que es un negocio jurídico, en virtud del cual se atribuye al fiduciario la titularidad dominical sobre ciertos bienes, con la limitación de carácter obligatorio, de realizar sólo aquellos actos exigidos para el cumplimiento del fin para la realización del cual se destinan". (2)

(1) Diccionario de Derecho Privado, Editorial Labor, S.A. 1950, Tomo II, Pág. 3815.

(2) Autor cit. por Villagorda Lozano José Manuel. Doctrina General del Fideicomiso. Edit. Porrúa, S.A. 2ª Edición. México 1982. Pág. 111

Respecto a esta definición, lo que consideramos un error por parte del autor, es el hecho de establecer la existencia de dos dueños para una sola cosa, como es el caso de manifestar que el fiduciario tiene la propiedad o titularidad dominical, y el fideicomisario la propiedad económica, debido a que en gran parte dicho autor, está influenciado por la Doctrina Anglosajona en la práctica del Trusts, en la que sí se puede dar dicha dualidad de propietarios, por la simple razón de la existencia de los Tribunales de Equidad y de Estricto Derecho, mientras que en nuestro Derecho, sólo existe un propietario para una sola cosa.

Por lo demás, dicha definición es acertada, ya que es clara y precisa al establecer la doble relación existente dentro del fideicomiso, y al establecer los fines del mismo.

LEY GENERAL DE TITULOS Y OPERACIONES DE CREDITO

Ahora bien, nos toca analizar la definición que establece la Ley General de Títulos y Operaciones de Crédito, la que nos dice en su artículo 346: "En virtud del fideicomiso, el fideicomitente destina ciertos bienes a un fin lícito determinado, encomendado la realización de ese fin a una Institución Fiduciaria".

De lo que podemos desprender de esta definición, es que la misma es vaga e imprecisa, al no establecer qué tipo de acto se realiza, así como si únicamente los bienes son afectos al fideicomiso, y en qué calidad pasan al fiduciario, por lo que, a simple vista podríamos establecer que es una definición de un mandato, aunque hemos establecido que cuando se dió esta definición, el Legislador dió un margen a

la autonomía de la voluntad de las partes, en la constitución del fideicomiso, para que se pudiera establecer sus fines como mejor les conviniera y así subsituir todo tipo de contratos en uno solo en es te caso en el Fideicomiso, limitando únicamente a sus fines los cuales no deberán ser contrarios a la moral y buenas costumbres.

2.- ELEMENTOS DEL FIDEICOMISO

De los artículos 346 al 359 de la Ley General de Títulos y Operaciones de Crédito, podemos desprender los elementos que debe contener el fideicomiso, para que éste sea existente y válido, pudiendolos dividir en los siguientes: Elementos Personales, Materiales, Formales y Fines. Existen diversos autores que consideran que también la publicidad se puede estimar como otro elemento, con razonamientos fundados.

Por lo que, a continuación pasaremos a referirnos a cada uno de dichos elementos.

Los Elementos Personales, se dividen a su vez en tres: a). Fideicomitente; b). Fiduciario; y c). Fideicomisario. Los cuales estudiaremos y señalaremos en forma somera, debido a que en inciso por separado y en los subsecuentes capítulos, los estudiaremos de una forma más completa y a fondo.

a). El Fideicomitente.- Según la Ley General de Títulos y Operaciones de Crédito, establece en su artículo 349: "Sólo pueden ser fideicomitentes las personas físicas o jurídicas que tenga la capacidad necesaria para hacer la afectación de bienes que el fideicomiso implica."

De lo anterior, desprendemos las características que debe tener el Fideicomitente: cualquier persona con capacidad de ejercicio, pueden constituir un fideicomiso, siempre y cuando tengan aunada a la anterior la propiedad o titularidad, entendiéndose ésta, el poder para actos de dominio, de los bienes que se den en fideicomiso. Dentro de las personas físicas, que no pueden ser fideicomitentes por su propio derecho son: los menores de edad, los enfermos mentales, los ebrios consuetudinarios y los farmacodependientes, y demás que señala el Código Civil, en su artículo 450.

b). El Fiduciario.- El artículo 350 de la Ley General de Títulos y Operaciones de Crédito, establece que: "Sólo pueden ser Fiduciarias, las Instituciones de Crédito expresamente autorizadas para ello, conforme a la Ley General de Instituciones de Crédito"; es decir, es la Institución encargada de ejecutar el fideicomiso, y es a quien se le atribuye la propiedad de los bienes dados en fideicomiso, teniendo como requisito indispensable para la sociedad, contar con la autorización otorgada por la Secretaría de Hacienda y Crédito Público.

Esta medida se adoptó debido al problema que podría suscitarse, para el caso de que cualquier persona física o moral pudiera ser fiduciaria, con lo que se evitaron muchos problemas, debido a la transmisión de bienes que se dan, ya que éstos pasan a propiedad de la fiduciaria, aún cuando esta propiedad sea "fiduciaria", pues de lo contrario, se cometerían muchos fraudes en perjuicio del fideicomitente y del fideicomisario, ya que al momento de que quisieran disponer de los bienes del fideicomitente, la fiduciaria lo podría hacer en provecho propio, debido a que no se podría tener control alguno si cual -

quier sociedad pudiera ser Fiduciaria, y en cambio, consideramos a nuestra forma de ver acertada, que únicamente las Instituciones de Crédito fueran las fiduciarias, debiendo éstas manejar dicho patrimonio, como buen padre de familia, además de que sobre éstas, la Comisión Nacional Bancaria y de Seguros, ejerce un estricto control, a efecto de que no pueden defraudar, en perjuicio del fideicomitente o fideicomisario; estableciéndose que para cada uno de los fideicomisos que manejen, deben de llevar contabilidad por separado, tanto de los bienes dados en fideicomiso como de las operaciones que se realicen; por eso, consideramos que es de importante trascendencia, el haber adoptado dicha medida, y más aún, reforzarla con la situación de que la fiduciaria no puede ser a la vez fideicomisario, a excepción y en los casos de las Instituciones de Crédito y Desarrollo, en las que si es factible dicha situación, como es el caso del Banco de Obras y Servicios Públicos, Banca de Pesca y Fomento etc.

Aún cuando dicho artículo comentado, hoy en día ha quedado obsoleto, debido principalmente a que la Ley General de Instituciones de Crédito ha quedado a la fecha abrogada debido a la Nacionalización de la Banca.

Por lo que respecta a sus derechos y obligaciones, los mismos los estudiaremos y señalaremos en inciso por separado.

c). El Fideicomisario.- Es la persona que recibe el provecho que del fideicomiso deriva, el artículo 347 de la Ley General de Títulos y Operaciones de Crédito, señala quién o quienes pueden ser fideicomisarios, y éstas pueden ser tanto personas físicas como morales, y que tengan la capacidad jurídica necesaria para recibir el beneficio

que el fideicomiso implica.

Existen diversos autores que consideran que el fideicomisario no es un elemento de existencia, debido a que en el momento de la constitución de un fideicomiso, no es indispensable señalarlo o mencionarlo, sino que éste se podrá dar con posterioridad, apeándose dichos autores a que esta figura es un contrato en el que intervienen dos voluntades, y no un acto plurilateral, en el que se requiere la concurrencia de las tres voluntades, para su perfeccionamiento. Por otra parte, el mismo fideicomisario puede recaer en ciertos objetos inanimados, como conservación de museos, obras artísticas, para el pago de alimentación de animales, etc.; por lo que, no es requisito que al momento de la perfección del fideicomiso, se mencione al fideicomisario, pero sí definirlo con certeza, conforme lo previene el Código Civil.

Aún cuando es aceptada dicha teoría, debemos hacer incapié a que si en un momento determinado, el fideicomisario no acepta los beneficios del fideicomiso, éste se puede extinguir, así como en el caso de un fideicomiso en el que el fideicomitente destina ciertos bienes inmuebles a la administración por parte de la fiduciaria, para que con su provecho se pague un adeudo que tenga el fideicomitente, y si esta forma de pago no es aceptada por el fideicomisario, quien sería el que recibe el provecho del fideicomiso, éste no podría darse, debido a que no se cumplirían los fines del Fideicomiso para el cual fue constituido.

Elementos Materiales.- Dentro de esta categoría encontramos al objeto, estableciendo el artículo 351 de la Ley General de Títulos y Operaciones de Crédito, que "pueden ser objeto del fideicomiso, toda cla

se de bienes y derechos, salvo aquellos que conforme a la Ley, sean estrictamente personales de su titular."

Respecto a este punto, podemos señalar por principio que los bienes deben de tener, entre otras características, el que estén dentro del comercio y que sean física y jurídicamente posibles, y como única excepción establecida por dicho artículo, que estos bienes no sean estrictamente personales del fideicomitente.

Ahora bien, uno de los principales problemas que se han dado respecto a los bienes objeto del fideicomiso, es en el sentido de que diversos autores, consideran que los bienes salen del patrimonio del fideicomitente y que ingresan al fiduciario como propietarios de los mismos, criterio que es compartido por nosotros, debido a que no podemos considerar que existan dos tipos de propietarios respecto de una sola cosa, porque, si bien es cierto que dichos bienes pasan en propiedad fiduciaria, a efecto de que con los mismos se realicen los fines para los cuales fueron destinados, al momento de la constitución del fideicomiso, estableciéndose dicha limitación a la fiduciaria, no por ésto diremos que no se de una verdadera transmisión de bienes en propiedad a la fiduciaria, apoyándonos en que al momento de ser transmitidos a la fiduciaria los bienes, tratándose de inmuebles, es requisito que el mismo se inscriba en el Registro de Propiedad, a efecto de que por principio, surta efectos ante terceros, y por otra parte, el mismo fideicomitente, no podrá disponer de los mismos, teniendo la fiduciaria la responsabilidad de ellos, ya que si bien dichos bienes serán única y exclusivamente para los fines encomendados, la fiduciaria puede disponer de ellos para fines diversos a los señalados, aún cuando a ésta se le pueden reclamar los daños y -

perjuicios ocasionados, pero no se podrá seguir acción alguna, en contra de terceros adquirentes de buena fe; por lo que, salta a la vista la propiedad que ejerce sobre dichos bienes la fiduciaria, aún cuando la misma sea limitativa.

Otro criterio que se ha seguido, es en el sentido de que dichos bienes salen del patrimonio del fideicomitente, para formar un patrimonio autónomo, criterio que no compartimos, debido a que a la fecha no existe un patrimonio sin titular.

Por otra parte, el artículo 351 de la Ley General de Títulos y Operaciones de Crédito, establece que: "... sólo se podrán ejercitar los derechos y acciones que el mencionado fin se refiere ..."

Por lo que el fiduciario no podrá comprometer ni ejercitar derechos y acciones diferentes de las establecidas en el fideicomiso, estableciendo el mismo artículo en su parte final, que: "El fideicomiso constituido en fraude de terceros, podrá en todo tiempo, ser atacado de nulidad por los interesados".

De lo anterior, desprendemos que dichos bienes tendrán que estar libres de todo gravamen que impidan el fin del fideicomiso, y de que él que los transmite, los puede afectar a dicho fin, ya que de lo contrario, sería nulo el fideicomiso, y en el caso de los bienes inmuebles, los mismos se deberán de inscribir en el Registro Público de la Propiedad, así como aquellas acciones que se den en fideicomiso, para que surta efectos frente a terceros.

Pero no debemos olvidar que el fideicomitente puede reservarse expre-

samente diferentes acciones o derechos, respecto de los bienes dados en fideicomiso, pero ésto sería en cuanto a sus fines, y no en sí enajenar o gravar dichos bienes, en cuanto al objeto materia del fideicomiso.

El fin del fideicomiso se refiere a la finalidad que se persigue con la constitución de éste, para lo cual, la Ley General de Títulos y Operaciones de Crédito, en su artículo 356 establece que: "éste debe ser lícito y determinado".

Por lo que se establece, que mientras no sea ilícito e indeterminado y contrario a la moral y buenas costumbres, todos serán permitidos.

En cuanto a los fines, el legislador no quiso establecerlos dentro de la Ley, con lo que, pretendió darle autonomía a las voluntades de la parte o partes que intervienen en el fideicomiso, con el objeto de que el fideicomitente y la fiduciaria los manejara como mejor les conviniera, pues de lo contrario, al momento de regularlos a un número determinado de fines, retrasaría el desarrollo de dicha figura, como podemos ver en los diferentes fideicomisos, los cuales se entrelazan, los cuatro fideicomisos originales que son: de Garantía; Administración; Inversión y Traslato de Dominio, a efecto de darle un mayor dinamismo a dicha operación.

Formalidades.- La Ley General de Títulos y Operaciones de Crédito, establece en su artículo 352, que el fideicomiso puede ser constituido por acto entre vivos o por testamento, la constitución del mismo debe constar por escrito y ajustarse a los términos de la legislación común, sobre transmisión de los derechos o de la propiedad de las cosas

que se den en fideicomiso, así por ejemplo, cuando se trate de bienes inmuebles, éste surtirá sus efectos desde la fecha en que el fideicomiso se inscriba en el Registro Público del lugar de ubicación de los inmuebles; y, si se trata de cosas corpóreas, muebles o de títulos al portador, desde que esté en poder de la institución fiduciaria; y si se trata de títulos nominativos, desde que éstos se endosen a la institución fiduciaria, y se haga constar en el registro de la emisora, en su caso, y por último, los títulos de crédito no negociables, desde que el fideicomiso sea notificado al deudor.

2.1. FIDEICOMITENTE

De la relación de los artículos 346 y 359 de la Ley General de Títulos y Operaciones de Crédito, podemos definir al fideicomitente como la persona física o moral, que tenga la capacidad necesaria para destinar ciertos bienes o derechos a la realización de un fin lícito y determinado, además, dicha persona deberá tener la titularidad o ser propietaria de los bienes dados en fideicomiso, exceptuando de ser transmisibles los bienes o derechos estrictamente personales.

De entre los derechos que tiene el fideicomitente, mismos que se encuentran reglamentados en diferentes leyes, son los siguientes:

- 1). Señalar los fines del fideicomiso, (mismos que no deberán ser ilícitos o contra la moral y las buenas costumbres).
- 2). Designar a una o varias fiduciarias.
- 3). Designar a uno o a varios fideicomisarios.
- 4). Modificar el fideicomiso, si se reservó ese derecho en el momento de la constitución.

- 5). Exigir la contraprestación al fideicomisario, a que tenga derecho en su caso, (en ciertos tipos de fideicomiso).
- 6). Designar al Comité Técnico.
- 7). Derecho a que se le devuelvan los bienes dados en fideicomiso, en caso de imposibilidad de ejecución del fideicomiso.
- 8). Revocar o terminar el fideicomiso. (Si se reservó ese derecho).
- 9). Requerir cuentas a la fiduciaria y exigir la responsabilidad de la fiduciaria.
- 10). Derecho a que le sean entregados los remanentes, una vez ejecutado el fideicomiso, o a que se le reinviertan los mismos, cuando se reserve ese derecho.
- 11). Derecho a que se le reintegre la propiedad.

Obligaciones del Fidelcomitante:

- 1). Transmitir los bienes o derechos a la fiduciaria.
- 2). Pagar los gastos que origine la constitución.
- 3). Pagar los honorarios del fiduciario, por el manejo del fideicomiso.
- 4). En caso de transmisión de inmueble, estará obligado al saneamiento para el caso de evicción.
- 5). Pago de los derechos correspondientes, en caso de transmisión de inmuebles.
- 6). Colaborar con la fiduciaria al cumplimiento del fin, cuando para ello sea necesaria dicha colaboración.

2.2 FIDUCIARIO

La Ley General de Títulos y Operaciones de Crédito, en su artículo - 350, establece que los únicos que pueden ser fiduciarios, son las Instituciones de Crédito con autorización otorgada por el Estado, pa ra poder efectuar el o los fines que el fideicomiso implique.

De lo anterior, podemos desprender que ninguna persona física o moral, puede prestar dicho servicio, a excepción de las personas morales que tienen autorización para tal efecto, y hoy en día, las únicas que es tán facultadas para ello, son las Sociedades Nacionales de Crédito, - ya que como lo hemos estado estudiando, a pesar de que el fideicomiso ya no es un contrato que se realice con la buena fe de las partes, hoy en día se trata de proteger al máximo al fideicomitente, así como al fideicomisario, de las pérdidas o menoscabos que sufran los bienes o derechos dados en fideicomiso, respondiendo de los mismos la Institución de Crédito, con sus propios bienes.

Dentro de las obligaciones y derechos del fiduciario, encontramos los siguientes:

Obligaciones del Fiduciario:

- 1). Aceptar el cargo.
- 2). Realizar el fin para lo cual fue encomendado.
- 3). Rendir las cuentas propias de su gestión.
- 4). Guardar el secreto propio de esta clase de operación.
- 5). Conservar y mantener los bienes dados en fideicomiso.

- 6). Llevar por separado, la contabilidad de cada fideicomiso.
- 7). Cumplir con las obligaciones fiscales, derivadas del fideicomiso.
- 8). Invertir los fondos ociosos, en valores aprobados por la Comisión Nacional de Valores.
- 9). Acatar las órdenes del Comité Técnico.
- 10). Realizar sus actividades, a través de un Delegado Fiduciario, únicamente podrá delegarse aquellas funciones que se consideren secundarias, que no impliquen facultad de mando, decisiones, o actos discrecionales.

Facultades del Fiduciario:

- 1). Tendrá las facultades necesarias que se señale en el acto constitutivo, y que pueden ser para realizar actos de dominio, para enajenar, permutar, transferir (donar) la propiedad, administrar u obtener créditos y gravar, en su caso, arrendar y realizar reparaciones y mejoras.
- 2). Disponer lo necesario para la conservación del patrimonio.
- 3). Actuar en los juicios relativos al fideicomiso, y otorgar en ellos, mandato para pleitos y cobranzas.
- 4). Tiene facultades para cobrar, desde luego, sus honorarios, y para erogar los gastos inherentes al fideicomiso.

Asimismo, podemos desprender de lo anterior, que el fiduciario tiene la propiedad de los bienes dados en fideicomiso, aún cuando éstos son por cierto tiempo, y para el cumplimiento del fin.

2.3 FIDEICOMISARIO

El fideicomisario, es la persona que designa el fideicomitente, para que reciba el provecho del fideicomiso, o los remanentes del mismo, algunos autores han señalado que es el que tiene la propiedad económica de los bienes dados en fideicomiso, siendo esto una equivocación, ya que en el Derecho Mexicano, aún no existe éste como figura jurídica de propiedad económica; pero, sin embargo, consideramos que dicha denominación es para los efectos contables, que en un momento dado, podrían establecer los economistas juristas, aún cuando sin un apoyo jurídico, debido principalmente a que no pueden subsistir dos tipos de propietarios, el económico y el legal, sobre una sola propiedad.

Entre los derechos y obligaciones del fideicomitente, tenemos los siguientes:

- 1). Estos son limitados, y van a depender del acto de constitución del fideicomiso, a recibir los beneficios derivados de los fines para los cuales fue creado el fideicomiso, o remanentes que queden a la extinción del fideicomiso, salvo pacto al contrario si así lo estableció el fideicomitente.
- 2). Exigir rendición de cuentas (a la Fiduciaria).
- 3). Modificar el fideicomiso en su caso, (si está establecido en el acto constitutivo del fideicomiso).
- 4). Facultad para transferir sus derechos de fideicomisario.
- 5). Derecho a revocar, y dar por terminado anticipadamente el fideicomiso, si así se prevé en el acto constitutivo.
- 6). Obligación de pagar los impuestos, derechos y multas que se causen con la ejecución del fideicomiso.

7).- Obligación de pagar los gastos, que se causen en la ejecución y extinción del fideicomiso.

8).- Obligación de pagar los honorarios fiduciarios.

Como nos podemos percatar, de las diversas facultades y obligaciones del fideicomisario, éstas quedan sujetas a lo que se establezca en el acto constitutivo del fideicomiso, y, en sí derivan sus derechos y obligaciones, dependiendo de los fines del fideicomiso.

3.- EL FIDEICOMISO COMO ACTO JURIDICO

De la clasificación que hoy en día se ha hecho del acto jurídico, diremos que el acto jurídico proviene del hecho jurídico lato sensu. Por otra parte, el mismo acto jurídico, en su acepción más amplia, es factible de dividirse en actos jurídicos stricto sensu y negocios jurídicos, definiendo al primero como "toda manifestación de voluntad que tiende a la realización de un acontecimiento, al cual el ordenamiento legal ya le ha señalado las consecuencias de jure que por su verificación se actualizarán." (1)

Es decir, que el individuo únicamente se encarga de manifestar su voluntad, para que las consecuencias jurídicas se den, mismos que el ordenamiento legal ya le dió un encuadramiento; es decir, sus derechos y obligaciones del sujeto, se las dá el ordenamiento legal, sin que el sujeto pueda incluir cláusulas adicionales o quitar alguna de las que el ordenamiento legal señale; situación que no acontece en el

(1) Domínguez Martínez Jorge A. El Fideicomiso ante la Teoría General de Negocio Jurídico, 3a. Edición, Edit. Porrúa, México 1982 D.F. Págs. 21 y 22.

fideicomiso, toda vez que el propio ordenamiento legal que reglamenta - al fideicomiso, es bastante incompleto, en el cual el sujeto si podrá - incluir cláusulas adicionales, por lo que no podemos encuadrarlo den- tro de los actos jurídicos Estricto Sensu.

Por lo que, respecto al Negocio Jurídico, se han elaborado diferentes definiciones, dentro de las que nos encontramos la de Betti, quien define al negocio jurídico como: "El acto con el cual el indivi- duó regula por sí los intereses propios, en las relaciones con otros - (acto de autonomía privada), y al que el Derecho enlaza los efectos - más conformes a la función económica-social, que caracteriza su ti po (típica en este sentido)." (1)

Otro de los autores que también define al Negocio Jurídico, es De Gaspe ri, que nos dice; "Una declaración de voluntad, o complejo de decla- raciones de voluntad, encaminadas a la producción de determinados efec tos jurídicos, que el ordenamiento reconoce y garantiza." (2)

Definición en la que juega un papel importante, la autonomía de la li bertad del sujeto creador, en la que el ordenamiento reconoce y garanti- za por conducto de los ordenamientos ya establecidos, situación que acontece en el fideicomiso, al momento mismo de que la Ley no regla - menta todas las consecuencias o fines del fideicomiso, y en el que el fideicomitente, al momento de celebrar el fideicomiso, conjuntamen- te con la fiduciaria, realizan una serie de cláusulas adicionales, que el ordenamiento no tiene previsto, y en las que su única limitación es

(1) Autor Cit. por Domínguez Martínez Jorge A. El Fideicomiso ante la Teoría General del Negocio Jurídico, 3a. Edición, Edit. Porrúa, México 1982. Págs. 24 y 25

(2) IDEM Pág. 25

que las mismas sean lícitas, para que no contravengan el espíritu de la propia Ley.

Por lo que, derivado de la función económica y social que hoy en día tiene el fideicomiso, como medio para impulsar la economía del país, consideramos que por dicho motivo, el Legislador mismo le ha dado cierto margen al acto, de autonomía de la libertad, a efecto de regular sus propios intereses hacia con otros.

4.- EL FIDEICOMISO COMO ACTO DE COMERCIO

El Fideicomiso como Acto de Comercio, existen dos métodos para determinar que actos son considerados como de comercio, siendo éstos el Sistema Objetivo y Subjetivo, o bien el de Definición y el Enunciativo.

Nuestro actual Código de Comercio, establece un sistema mixto, ya que por una parte establece el Sistema Objetivo o de Definición, en su artículo 1º: "Las disposiciones de este Código, son aplicables sólo a los actos comerciales.", estableciéndose la objetividad del sistema, a efecto de clasificar el acto, debido a la aplicabilidad del articulado de dicho Código, mismos que sólo serán aplicados a los actos de comercio.

Por su parte, el Sistema Subjetivo o Enunciativo, se basa esencialmente, en que para ser considerado como acto de comercio, que el mismo se encuentre encuadrado dentro de los 25 supuestos que establece el artículo 75º, el cual establece: "La Ley reputa Actos de Comercio:", y es así como señala diversos actos, donde encontramos que en su Fracción XIV, establece: "Las operaciones de Bancos;", por lo que, considerando

que los Únicos capaces de celebrar fideicomisos en calidad de fiduciarias, serán los Bancos, o Instituciones Nacionales de Crédito, diremos que el Fideicomiso es un Acto de Comercio.

Ahora bien, es prudente considerar que no todos los actos realizados por las Instituciones Nacionales de Crédito, entran dentro de los actos de comercio, debido principalmente, a que al momento de que dichas Instituciones efectúen actos que son complementarios de su objeto social, no podemos considerar a estos actos como actos de comercio, además de que los actos realizados por éstos en forma aislada, no son operaciones de crédito, como consecuencia, no se pueden catalogar dentro de la categoría de actos de comercio, los contratos de trabajo celebrados entre las Instituciones de Crédito y su personal, debido a que dicha relación está regulada por el Derecho Laboral.

Asimismo, también existen otras características que deberán contener los actos, para considerarlos como de comercio; características que son esenciales, siendo el: lucro, la especulación en función del sujeto que las realiza, definiendo dichos conceptos el Lic. Luis Muñoz: "Debe entenderse el propósito de lucro en su sentido más amplio; es decir, tanto el deseo de obtener una ganancia o un provecho con la adquisición, enajenación o alquiler realizados, como el servir la cosa o las cosas, muebles, que se adquieran para el propósito económico y comercial (especulativo)" (1)

(1) Muñoz Luis. Derecho Bancario Mexicano, Editorial Cárdenas. Editor y Distribuidor. Primera Edición. México 1974, D.F. Pág. 26

Debemos considerar, aunado a las características, la de la empresa, definiendo: "... Son actos de comercio, los actos en masa realizados - por empresas". (1); de lo que concluimos, por principio, que estos actos sean en masa, es decir, que el fideicomiso es la repetición constante y en masa, como contrato. Un tercer, es que el mismo es celebrado o creado por Bancos, peculiaridades o características que se dan en el fideicomiso, por lo que, además de que esta reglamentado en la Ley General de Títulos y Operaciones de Crédito, así como el hecho de ser considerado como acto de comercio por el Código de Comercio, al momento de que son realizados por los Bancos, apegándose y conteniendo las características peculiares de todo acto de comercio, ya para concluir, desde el momento de que el fideicomiso es una operación que única y exclusivamente podrán celebrar como fiduciaria los Bancos, debido a la restricción existente, respecto de quien o quienes - pueden ser fiduciarios, por las diversas leyes que reglamentan al fideicomiso, diremos que es un verdadero acto de comercio en oposición a los actos civiles, o a cualquier otro tipo de acto .

5.- EL FIDEICOMISO COMO UN ACTO UNILATERAL DE LA VOLUNTAD O COMO CONTRATO

Hoy en la actualidad, existen diversas doctrinas que pretenden establecer la naturaleza jurídica del fideicomiso, como un acto unilateral de la voluntad, como contrato o bien, como un acto plurilateral de la voluntad. Las dos primeras son las más socorridas por los diversos tratadistas que han estudiado al fideicomiso.

(1) Muñoz Luis, Dr. El Fideicomiso, Editorial Cárdenas. Editor y Distribuidor Za. Edición. México 1960, D.F. Pág. 74

Por su parte, los diversos autores que tratan de explicar al fideicomiso como acto unilateral, se basan a que con sólo la voluntad del fideicomitente, se constituye el fideicomiso, aunado al hecho de que será éste, el que dé los bienes para el fideicomiso, estableciendo además que la voluntad del fiduciario como del fideicomisario, serán verdaderas adhesiones a la voluntad del fideicomitente, y por lo tanto, los mismos no serán considerados como elementos de existencia del fideicomiso.

Ahora bien, no son pocos los autores que defienden dicha postura, ya que se basan en diversos puntos, tanto legislativos, como doctrinales, uno de ellos es el Lic. Raúl Cervantes Ahumada, el que establece "El acto constitutivo del fideicomiso, es siempre una declaración unilateral de la voluntad". La Ley dice que puede constituirse "por actos intervivos o por testamento (Art. 352), con tal de que conste siempre - por escrito y se ajuste a los términos de la legislación común, sobre la transmisión de los derechos o la transmisión de propiedad de las cosas que se den en fideicomiso. Puede ser que el fideicomiso se constituya dentro de un contrato; pero no será el acuerdo de voluntades. lo que constituye al fideicomiso, sino que éste se constituirá por la voluntad del fideicomitente. Por ejemplo: en un contrato de préstamo se pacta, como garantía, un fideicomiso. El antecedente de la constitución será el pacto entre prestamista y prestatario; pero el fideicomiso se constituirá por la declaración de voluntad del prestatario. (1)

(1) Cervantes Ahumada, Raúl. Títulos y Operaciones de Crédito. Editorial Herrero, S.A. Undécima Edición. México 1979, D.F. Pág. 289

Otro de los autores que también apoyan esta teoría, es el Lic. Manuel Villagordo, quien establece "Antes de seguir adelante en el estudio de los elementos del fideicomiso, es oportuno hacer notar que el único elemento personal indispensable para la constitución del fideicomiso, es el fideicomitente, pues en ese acto no puede concurrir la fiduciaria y el fideicomisario."; sigue diciendo dicho autor que: "En esta forma queda establecida una expectativa, una promesa que hace el fideicomitente y que no se perfeccionará hasta que el fiduciario acepte el fideicomiso, pues en este acto ocurre la transmisión del patrimonio del fideicomitente al fideicomiso, de los bienes y derechos que constituyan su materia". Concluyendo: "Este caso se encuentra previsto en los artículos 347 y 350, párrafo segundo de la Ley General de Títulos y Operaciones de Crédito; en el último precepto legal invocado, se dan las bases para designar a la fiduciaria, en aquellos casos en que se anota dicha designación, en el acto constitutivo". (1)

Si bien es cierto que de la simple lectura de diversos preceptos de la Ley General de Títulos y Operaciones de Crédito se desprende que al efecto, el fideicomiso se constituye mediante la manifestación de la voluntad del fideicomitente, preceptos que fueron invocados por estos dos autores, para apoyar su teoría, con lo que básicamente la defienden teorías con las que no estamos de acuerdo, debido a que para nosotros es un acuerdo de voluntades entre el fideicomitente y la fiduciaria, lo que va a crear al fideicomiso como acto existente, debido esencialmente a que aún cuando el fideicomitente manifieste su voluntad de constituir un fideicomiso, la misma no basta para que se constituya como tal el fideicomiso, ya que sus efectos no producirán consecuencias de derecho, hasta en tanto no sea aceptado por la fiduciaria, y como para nosotros, un acto que no produce consecuencias no podemos hablar por lo tanto de constitución del fideicomiso, al no darse dicho acto.

(1) Villagordo Lozano, José Manuel. Doctrina General del Fideicomiso. Editorial Porrúa. México 1962, D.F. 2ª Edición. Pág. 177

Ahora bien, por lo que respecta al fideicomiso como contrato, por su parte el Lic. Rodolfo Batiza ha establecido: "La naturaleza contractual del Fideicomiso Mexicano, incluso su categoría específica dentro del género como un contrato bilateral, sinalmagnático perfecto, se confirma toda vía más, por la existencia de la condición resolutoria tácita según la cual, conforme al Artículo 1949 del Código Civil, establece que: "la facultad de resolver las obligaciones se entiende implícita en las recíprocas, para el caso de que uno de los obligados no cumpliere lo que le incumbe". El perjudicado podrá escoger entre exigir el cumplimiento o la resolución de la obligación, con el resarcimiento de daños y perjuicios en ambos casos. También podrá pedir la resolución aún después de haber optado por el cumplimiento, cuando éste resultare imposible" (1).

Idéntico criterio de principio, sustenta rugeiro cuando expresa "que la consecuencia fundamental que deriva de este criterio, es que sólo en los contratos bilaterales opera la condición resolutoria tácita, por virtud de la cual si uno de los contratantes falta a su propia obligación, puede el otro pedir la resolución del contrato o el constreñimiento a su cumplimiento "La exceptio non adimpleti contractus", que da derecho a cada contratante, a rehusar su propia prestación si el otro la reclama sin haber cumplido la suya, sólo es aplicable a esta clase de contratos; ya en su oportunidad, señalamos los derechos y obligaciones de cada una de las personas que intervienen en el fideicomiso, según las cuales si alguna de ellas es violada en su perjuicio, puede darse tanto el resarcimiento y el pago de daños y perjuicios, derivado de la resolución tácita que se da en el fideicomiso.

(1) Batiza Rodolfo. El Fideicomiso. Editorial Porrúa. México 1980. Pág. 135

Otro de los autores que también consideran al fideicomiso como contrato, es el Lic. Acosta Romero, el que establece: "Consideramos que el fideicomiso es un contrato y en seguida vamos a dar los razonamientos en que se basa esta afirmación.

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

"Para calificar el Fideicomiso Mexicano como contrato, nos basamos en que es una relación jurídica entre dos o más personas, puesto que siempre debe haber un fideicomitente y una Institución Fiduciaria; esa relación establece derechos y obligaciones entre dos partes, y, por lo tanto, no puede concebirse como una manifestación unilateral de voluntad"; agrega dicho autor.

"El contrato de fideicomiso, no es un contrato tipo ni uniforme, ni tampoco inmutable, es por ello que da origen a que la doctrina divague al tratar de precisarlo, puesto que es tan amplio y puede abarcar tantas posibilidades, que además entraña una serie de actos de administración, de dominio, de pleitos y cobranzas, que debe desempeñar el fiduciario, pues no siempre el contrato de fideicomiso es simple, sino que a veces su complejidad es mucha por la característica de su gran flexibilidad, por ello hay que entenderlo como uno de los pocos contratos que todavía se redactan y se discuten entre las partes, y cuya gama de posibilidades para establecer derechos y obligaciones, es enorme." (1)

(1) Acosta R. Miguel. La Naturaleza Jurídica del Fideicomiso. Las Instituciones Fiduciarias y El Fideicomiso en México. Edit. Porrúa. Págs. 157 y 158

Consideramos que la teoría contractualista del fideicomiso, es la más acertada, pero sin dejar de reconocer que en ciertos fideicomisos se puede constituir, por la sola declaración unilateral de voluntad.

Ahora bien, el por qué nos inclinamos en considerar que el fideicomiso reviste la forma contractual, ya que si el fideicomitente hace su declaración unilateral y destina ciertos bienes a un fin, en ese momento no podemos considerar que se haya constituido y perfeccionado, y que sea existente el fideicomiso, ya que dichos bienes en ese momento si son susceptibles de ser embargados, en cambio, cuando la Institución Fiduciaria ha aceptado su cargo y por lo tanto se ha celebrado el contrato de fideicomiso, por ese hecho, dichos bienes ya no serán susceptibles de embargo, ya que si consideramos que el fideicomiso se constituye con la sola voluntad del fideicomitente, entonces estaríamos ante la incertidumbre de que aún cuando no fuere cierto, todas las personas, al momento en que se les quisiera embargar determinados bienes, con el simple hecho de señalarles que los mismos fueron transmitidos en propiedad a una Institución Fiduciaria, para la constitución de un fideicomiso, no se podrían embargar.

Por otra parte, existe el criterio de que al efecto, el fideicomiso se puede catalogar como acto unilateral, al momento de que el fideicomitente manifiesta su voluntad de constituir el fideicomiso, y hace la afectación de los bienes, por lo que al momento tanto de que la fiduciaria manifiesta su voluntad de aceptar el fideicomiso, y por lo tanto, los bienes pasan a ésta, se efectúa la forma contractual del fideicomiso, situación que al efecto, no se encuentra tan alejada de la realidad, y en si, de la práctica del fideicomiso, y no de la teoría.

Aún cuando dicha teoría tiene bastantes aciertos al considerar que se pueden dar los dos tipos de actos, tanto unilateral como bilateral, por nuestra parte, nos paegamos a la teoría de que de considerar al fideicomiso como un acto bilateral de la voluntad, debido que hasta en tanto no acepte la fiduciaria, hasta ese momento se constituye el - fideicomiso, es decir, por el acuerdo de voluntades existentes entre el fideicomitente y la fiduciaria, ya que es cuando empieza a surtir sus efectos como acto.

6.- EL FIDEICOMISO COMO SERVICIO BANCARIO

El fideicomiso como servicio bancario, conforme lo establecemos en - nuestro apartado o inciso 4 del presente capítulo, el fideicomiso es un acto de comercio, por ser realizado por una empresa en masa, y con fines lucrativos; ahora bien, nos toca analizar si al efecto, el fideicomiso se puede clasificar como operación o como servicio banca - rio. (Dentro de las operaciones bancarias, se dividen en tres grupos a saber: Activas, Pasivas y Neutras o Servicios Bancarios).

Desde el punto de vista objetivo, considera al fideicomiso operación bancaria, debido a que la fiduciaria únicamente podrán ser las Instituciones Nacionales de Crédito, con lo que podríamos concluir el pre sente apartado, debido primordialmente, a que con fundamento en el Artículo 75, Fracción XIV, del Código de Comercio, es catalogado como operación bancaria, ahora bien, las operaciones bancarias serán opera ción de crédito, que debemos entender como operación de crédito. Cabanellas define a éstas como "aquellas en la cual una de las partes se obliga a una prestación futura, que por lo general se funda en la

confianza que inspira o en la solvencia de que goza". (1); por otra parte, define dicho autor a la operación bancaria como "cualquiera de las transacciones o negocios en que una entidad bancaria interviene, ya como parte principal o accesoria". (2)

Por su parte, el Lic. Rodríguez Rodríguez, establece las características que deberán contener las operaciones de crédito, y al respecto dice "una transacción actual de propiedad de dinero o de títulos por el acreedor, para que la contrapartida se realice tiempo después por el deudor"; y, define a la operación bancaria como "toda aquella operación de crédito practicada por un banco, con carácter profesional y como eslabón de una serie de operaciones activas y pasivas similares". (3)

Ambas definiciones son acertadas, en cuanto al definir a la operación de crédito, por principio, existe una transmisión actual de bienes, de lo que deriva una contraprestación futura, a efecto de que se realice la finalidad del crédito.

Ahora bien, en cuanto a la operación bancaria, no encontramos objeción de considerar a dicha operación, por principio, a las efectuadas por las instituciones, sobre todo, con carácter profesional, siendo primordial la característica de profesionalidad de como se efectúan. Por otra parte, es necesario definir a las operaciones bancarias, tanto activas como pasivas.

Entendemos como operaciones pasivas, todas aquellas en las cuales el banco se hace de capital para invertirlo, lucrativamente, en las

(1) Autor Cit. por Domínguez Martínez, Jorge A. El Fideicomiso ante la Teoría General del Negocio Jurídico. 3ª Edición. Edit. Porrúa. México 1962, D.F. Pág. 161

(2) IDEM

condiciones y términos previstos por la Ley; ejemplo: el depósito bancario, emisión de bonos, inversiones, etc., mismos que son de vital importancia para el desarrollo de las propias instituciones, debido a que por medio de ellas se captan recursos, a efecto de que los bancos estén en la posibilidad de prestar dichas captaciones a favor de terceros.

En cuando a las operaciones activas, son aquellas por las cuales el banco realiza todo tipo de préstamos o inversiones, es decir, otorga créditos a personas, tanto físicas como morales, y demás que tengan la solvencia necesaria, con fines lucrativos, a efecto de que en un futuro le sean entregadas las contraprestaciones a dicha institución.

Las operaciones neutras, se ha dado en llamar en diversas formas, sin que ésto tenga importancia o relevancia alguna, dichas operaciones, son aquellas en las que el banco no recibe ni otorga créditos, sino que es una mera función de mediación o servicios a sus clientes, por lo que consideramos al fideicomiso, dentro de estas operaciones neutras, debido a que la fiduciaria (banco), no recibe ni otorga crédito alguno. Asimismo, la Ley de Instituciones de Crédito, ha clasificado al fideicomiso dentro de los servicios bancarios, en sus artículos 60, 61 y 62, y siguientes, Capítulo V, de los Servicios, por lo que, no nos cabe la menor duda de su clasificación dentro de los servicios bancarios.

7.- EL FIDEICOMISO COMO NEGOCIO FIDUCIARIO

Otro de los puntos debatidos entre la doctrina, es en torno al fidei-

comiso, es que si el mismo es o no un negocio fiduciario, por lo que, a continuación nos pasaremos a referir a las tres diversas doctrinas que existen hoy en día.

Autores que consideran que el fideicomiso no es un negocio fiduciario entre los cuales nos encontramos al Lic. Raúl Cervantes Ahumada, al respecto manifiesta: "Negocio fiduciario, es un negocio complejo o típico, compuesto de dos negocios típicos, cuyos efectos son contradictorios, el primer negocio es real, exteriorizado, y el segundo que destruye entre las partes, los efectos del primero ..."; estableciendo además "si el negocio fiduciario es atípico por definición, y el segundo es un negocio típico, por principio queda excluida la equiparación. En el fideicomiso como vimos, los efectos del negocio aparente se destruyen por el negocio oculto. El fideicomiso es un negocio único, no compuesto de dos negocios cuyos efectos derivan del acto constitutivo o de la Ley, no de la relación interna y secreta que en el fideicomiso deben considerarse prohibidos". (1)

La mayoría de los autores que sostienen dicha tesis, se basan al hecho mientras el fideicomiso es típico, derivado de que se encuentra reglamentado en la Ley General de Títulos y Operaciones de Crédito, así como en otras leyes, el negocio fiduciario no se encuentra reglamentado, aún cuando los dos negocios que se dan en el negocio fiduciario, si se encuentran reglamentados.

Otra de las tesis que trata de explicar la naturaleza jurídica del fideicomiso, como negocio fiduciario, es la eclíptica; dicha tesis es sostenida por el Lic. Serrano Trasviño, el que establece: "Los elementos

(1) Cervantes Ahumada Raúl. Títulos y Operaciones de Crédito. Edit. Herrero, S.A. Edición Décima Primera. México 1979, D.F. Pág. 290

esenciales de tales negocios, son idénticos, si bien los extremos estrínsecos, son concomitantes de dichas instituciones, varían en razón de que las últimas (fideicomiso y trust) tipificados en su respectivo ordenamiento normativo". (1)

En cuanto a dicha tesis, es interesante debido a que si bien en cuanto a los elementos que componen al fideicomiso son idénticos al negocio fiduciario, y que sólo el hecho de que mientras el fideicomiso está debidamente reglamentado, el negocio fiduciario no lo está.

Y por último, nos encontramos con la tesis que si considera al fideicomiso como negocio fiduciario.

El Lic. Joaquín Rodríguez Rodríguez, ha establecido "El fideicomiso debe considerarse como una variedad de los negocios fiduciarios. Estos se caracterizan por la discrepancia entre el fin perseguido y el medio elegido para realizarlo, para la consecución de un fin determinado ..." (2)

Otro autor que sigue dicha tesis, es el Lic. Barrera Graff, el que define al negocio fiduciario como "aquel en virtud del cual una persona transmite a otra ciertos bienes o derechos, obligándose éste a afectarlos a la realización de una finalidad lícita determinada, y como consecuencia de dicha finalidad, a retransmitir dichos bienes o derechos, a favor de un tercero, o reinvertirlos a favor del transmitente." (3)

-
- (1) Autor cit. por Villagorda Lozano José Manuel. Doctrina General del Fideicomiso. Editorial Porrúa, México 1962. 2ª Edición. Pág. 82
- (2) Rodríguez y Rodríguez Joaquín. Curso de Derecho Mercantil. Tomo II. Editorial Porrúa, México, D. F. Pág. 119
- (3) Autor cit. por Villagorda Lozano José Manuel. Doctrina General del Fideicomiso. Edit. Porrúa, S.A. 2ª Edición. México 1962, D. F. Págs. 55 y 56

Una vez que hemos señalado las tres diversas teorías que hoy en día se han dado, estableceremos las diferencias que existen entre el fideicomiso y el negocio fiduciario, así como su similitud.

1). En el negocio fiduciario, los efectos del negocio aparente se destruyen por el negocio oculto, en tanto en el fideicomiso, es un negocio único, cuyos efectos derivan del acto constitutivo o de la Ley.

2). El negocio fiduciario puede tener como finalidad actos ilícitos, el fideicomiso no podrá tener como finalidad actos ilícitos, debido a que acarrearía su nulidad absoluta.

3). El negocio fiduciario puede ser secreto, en cambio, en el fideicomiso nunca podrá ser secreto.

4). En el negocio fiduciario, debido a la excedencia de uno de sus negocios, la propiedad de los bienes pasa a la fiduciaria en plena propiedad, en el fideicomiso, dicha propiedad es restringida.

5). El negocio fiduciario es atípico, mientras el fideicomiso es típico.

Así pues, también debemos señalar las semejanzas entre el negocio fiduciario y el fideicomiso:

1). En ambos existe la doble relación de negocios, una externa y la otra interna, en la que, debido a la excedencia de una de ellas, es como se dan los fines.

- 2). Los elementos personales son idénticos.
- 3). Existe en ambos la transmisión de la propiedad.
- 4). En ambos, la fiduciaria tiene la libertad de aceptar o rechazar el cargo.

Ahora bien, el punto más debatido para no considerar al fideicomiso como negocio fiduciario, es en cuanto a que mientras el fideicomiso es típico (regulado por leyes), y el segundo es atípico por definición, basados en el hecho de que mientras en el negocio fiduciario existe la buena fe de los contratantes, en el fideicomiso dicha buena fe es substituida por la tutela de la Ley que hace de dicha figura.

No consideramos que por el simple hecho de que el fideicomiso está reglamentado en nuestro ordenamiento legal (L.G.T.O.C.), sea la diferencia radical que determine que el fideicomiso no sea una especie de negocio fiduciario, debido a que por principio, si bien es cierto que el negocio fiduciario es atípico, como una unidad, también es cierto que los dos negocios que se dan en éste, si esten reglamentados. Situación que también aconteció en el fideicomiso, en sus orígenes en nuestro Derecho, y en cuanto a la buena fe que se da como principio básico en el negocio fiduciario, éste también deberá existir en el fideicomiso, independientemente de la tutela jurídica que sobre él se ejerce por el derecho, ya que dicha buena fe es un principio general de cualquier contrato que se encuentre reglamentado en nuestras leyes.

Por lo que, a nuestro modo de ver, el fideicomiso si es una especie de los negocios fiduciarios.

CAPITULO TERCERO

ELEMENTOS ESENCIALES Y VALIDEZ DEL FIDEICOMISO

CAPITULO TERCERO

ELEMENTOS ESENCIALES Y DE VALIDEZ DEL FIDEICOMISO

La Doctrina, así como el Código Civil, han hecho una clara distinción de los diversos elementos que componen a los actos jurídicos, situación que también acontece con el fideicomiso, el cual tendrá tanto - elementos de existencia como de validez. Dicha situación, es con el objeto de precisar, a nuestra forma de ver, tanto los diversos pasos o procedimientos para la integración y constitución del fideicomiso, así como de precisar en qué momento existe un acto, y para establecer su va lidez. Dentro de los elementos de existencia del fideicomiso constitu do por personas físicas, podemos decir que son dos: el consentimiento y objeto.

La Ley ha establecido que la solemnidad, será elemento de existencia para determinados actos, situación que no acontece en el fideicomiso, por lo que, no es elemento de existencia, puesto que no se requiere solemnidad alguna para su constitución. Siguiendo este orden de ideas, estableceremos la o las personas que deberán manifestar su consentimien to, siendo este el primer elemento de existencia, por lo que el fidei comitente y la fiduciaria deberán dar su consentimiento, ya que como - lo hemos precisado, para nosotros el fideicomiso es un contrato bilate- ral en el que se necesita la concurrencia de la voluntad de ambos; ahora bien, como segundo elemento, aunado al consentimiento, tenemos al objeto, el cual deberá reunir ciertos requisitos, como la Ley lo es tablece, y por lo tanto nacerá a la vida jurídica el fideicomiso.

Dentro de los elementos de validez, nos encontramos con la licitud en el objeto, en el fin, motivo, o en la condición, capacidad del fideicomitente, fiduciario, la forma y la ausencia de vicios, en el consentimiento o voluntad. Elementos que deberán contener a su vez ciertos requisitos, como lo hemos dicho, aún cuando el fideicomiso contenga sus elementos de existencia, también es preciso que sus elementos de validez se den en forma perfecta, debido a que no basta que él mismo nazca a la vida jurídica, sino que surta sus efectos legales, dentro del ámbito del derecho, para considerarlo un contrato perfecto.

1.- ELEMENTOS ESENCIALES DEL FIDEICOMISO

Todo contrato o acto unilateral, la Ley como la Doctrina, han establecido que para que existan, deberán contener sus elementos esenciales, por lo que el fideicomiso no podrá existir si no se han dado dichos elementos, a los cuales se les conoce de muy variadas formas: esenciales, de definición, de existencia, constitutivos o fundamentales, refiriéndose a la voluntad o voluntades, al objeto, y en ciertos casos a la solemnidad. Las dos primeras, comunes en la mayoría de los negocios, y sólo en ciertos casos, en que la Ley así lo establece determinada solemnidad, la cual pasará lista de presente, pero bien, en el presente estudio, nos olvidaremos de la solemnidad, debido a que la Ley que reglamenta al fideicomiso no establece solemnidad alguna para su constitución.

Tanto la voluntad o voluntades, así como el objeto, deberán cumplir ciertos requisitos, a efecto de que sean válidos dichos elementos.

1.1.- MANIFESTACION DE VOLUNTAD

La voluntad, se ha dicho, es: "el proceso volitivo habido en el fuero interno del sujeto, debe preceder a una declaración externa coincidente con aquél" (1); para que la voluntad del sujeto sea válida, deberá existir el proceso volitivo en el que el querer interno, deberá ser igual a lo manifestado, ya que si no se da dicho proceso volitivo perfecto, sus consecuencias serían la inexistencia hasta la nulidad del fideicomiso.

Conforme al Código Civil, se ha definido el consentimiento, en su Artículo 1803, "El consentimiento puede ser expreso o tácito..."; por lo que el consentimiento podrá ser tácito, debido a que conforme lo previene el Artículo 352 de la Ley General de Títulos y Operaciones de Crédito, ha establecido que: "...la constitución del fideicomiso deberá siempre constar por escrito ...", por lo que, es imposible que el mismo se constituya por hechos o abstenciones, tanto del fideicomitente como de la fiduciaria, aún cuando por dichos hechos o abstenciones, no exista la menor duda de que lo que se pretenda es constituir un fideicomiso.

La manifestación de la voluntad de los sujetos que constituyen el fideicomiso, deberá contener el proceso volitivo en forma perfecta, además de ser expreso y deberá constar por escrito.

Ahora bien, una vez que hemos dejado clara la idea de las características que contiene la manifestación de la voluntad, pasaremos a

(1) Domínguez Martínez, Jorge A. El Fideicomiso Arte la Teoría General del Negocio Jurídico, Edit. Porrúa, 3ª Edición, México 1952, D.F.

establecer, quien o quienes de los sujetos que integran el fideicomiso, deberá hacer dicha manifestación de voluntad, a efecto de que se dé en forma completa el primer elemento de los llamados de existencia.

En cuanto a los sujetos que deberán expresar su voluntad, para que se constituya el fideicomiso, al respecto diremos, que si consideramos al fideicomiso como un contrato bilateral, es de suponerse que deberán ser dos los sujetos que tendrán que manifestar su voluntad, en este caso el fideicomitente como la fiduciaria; por lo que, a continuación señalaremos las características o atributos de uno y de otro, a efecto de que su voluntad sea perfecta.

El Fideicomitente: Conforme lo previene la Ley General de Títulos y Operaciones de Crédito, ha establecido en su artículo 349, que: "Sólo pueden ser Fideicomitentes las personas físicas o jurídicas, que tengan la capacidad necesaria para hacer la afectación de bienes que el fideicomiso implica ..."; desprendiendo dos tipos de capacidad, la primera, que sería la de obrar, y la segunda, de disposición. En cuanto a la primera capacidad, conforme lo previene el Código Civil, ha establecido en su artículo 1798, que: "Son hábiles para contratar, todas las personas no exceptuadas por la Ley", refiriéndose dicho precepto a los enumerados por el Artículo 450 del mismo ordenamiento, el que establece que: "Tienen incapacidad natural y legal:

- I.- Los menores de edad.
- II.- Los mayores de edad, privados de inteligencia por locura, - idiotismo o imbecilidad, aún cuando tengan intervalos lúcidos.
- III.- Los sordo-mudos que no saben leer ni escribir.
- IV.- Los ebrios consuetudinarios, y los que habitualmente hacen uso inmoderado de drogas enervantes."

Interpretando a Contrario Sensu, podremos establecer que mientras no se tenga alguna de las referidas incapacidades, podrá ser fideicomitente toda persona, claro, aunado al hecho de que además tenga la capacidad de disposición de los bienes que se pretendan fideicomitir.

La Fiduciaria: En cuanto a la fiduciaria, la misma deberá dar su consentimiento de aceptar el cargo conferido, aún cuando existen autores que han considerado que la aceptación de la fiduciaria, es una adhesión a la voluntad del fideicomitente, concepto que a nuestro modo de ver es erróneo, debido a que si al efecto se diera una simple adhesión por parte de la fiduciaria a la manifestación de la voluntad del fideicomitente, con el objeto de constituir el fideicomiso, no se darían derechos y obligaciones entre sí; ahora bien; puede existir el hecho de que la fiduciaria no acepte el cargo conferido, ya sea porque no se alcancen a cubrir sus honorarios, y, derivado de ese supuesto, el fideicomiso se termina, más bien, estaríamos hablando de la inexistencia del pretendido fideicomiso, por la falta de la manifestación de la voluntad de la fiduciaria, por falta de aceptación de ésta.

En cuanto a las características que deberá contener la fiduciaria para poder ostentarse como tal, los mismos los veremos al momento de estudiar la capacidad de la fiduciaria, en este mismo capítulo.

1.2.- OBJETO DEL FIDEICOMISO

El segundo elemento de definición del fideicomiso, es el objeto, el cual es reglamentado con toda claridad, en la Ley General de Títulos y Operaciones de Crédito, en su Artículo 351, que dice: "Puede ser objeto del fideicomiso, toda clase de bienes y derechos, salvo aquellos que conforme a la Ley, sean estrictamente personales de su titular".

Asimismo, el Artículo 353, también nos habla del objeto, estableciendo que: "El fideicomiso, cuyo objeto recaiga en bienes inmuebles, deberá inscribirse en la Sección de la Propiedad del Registro Público ..."; es decir, el objeto del fideicomiso es en sí la cosa que se fideicomite. Dicha Ley, para efectos de confirmar y no dejar duda alguna en lo que respecta al objeto, establece en su Artículo 354 que: "El fideicomiso cuyo objeto recaiga en bienes muebles ..."

Por otra parte, dicho objeto deberá contener, además, ciertas características o requisitos que establece el Código Civil en diversos preceptos, de los cuales al hacer una interpretación a Contrario Sensu, desprendemos los siguientes:

- 1). Que dicho objeto deberá existir en la naturaleza.
- 2). Ser determinado o determinable, en cuanto a su especie, y
- 3). Estar en el comercio.

Condiciones que deberá tener además, el objeto del fideicomiso:

- 1). Que dicho objeto deberá existir en la naturaleza, es decir, que al momento mismo en que se celebra el fideicomiso, es requisito que los bienes ya existan; por otra parte, también se ha establecido que las cosas futuras que sean susceptibles de existir, puedan ser objeto del contrato, en este caso del fideicomiso, con su salvedad como nos lo indica el Código Civil, el cual nos dice en su artículo 1826, párrafo segundo, "Las cosas futuras pueden ser objeto de un contrato. Sin embargo, no pueden serlo la herencia de una persona viva, aun cuando ésta preste su consentimiento ..."; misma regla que debemos seguir en el fideicomiso, en cuanto a que, las cosas futuras que sean susceptibles de llegar a existir, si podrán ser objeto del fideicomiso (condición suspensoria), con excepción de los bienes dados en testamento, aún cuando al efecto, el testador exprese o dé su conformidad para que

con dichos bienes se pueda crear, con respecto a ellos, un fideicomiso, hecho que para la Ley está prohibido.

2).- Como segunda característica del objeto, es que éste deberá ser determinable o determinado, en cuanto a su especie, en el momento de la celebración del fideicomiso; es decir, que se deberá especificar y precisar los bienes que se dan en fideicomiso, a efecto de que no se caiga en el error, tanto de considerar bienes que no se fideicomiten como a la inversa, de considerar bienes que se han fideicomitado, no sean considerados como tales.

3). Que los bienes estén dentro del comercio, de conformidad con el Código Civil, que ha establecido en su Artículo 749, que: "Están fuera del comercio por su naturaleza, los que no pueden ser poseídos por algún individuo exclusivamente, y por disposición de la Ley, los que ella declare irreductible a propiedad particular ...". De lo establecido en dicho precepto, existen dos limitaciones a los bienes, siendo dichas limitaciones aquellas que por su naturaleza no puedan ser poseídas por algún solo individuo, como sería el caso del aire, la atmósfera, que por su misma naturaleza, no se pueden fideicomitar; por otra parte, también tenemos a aquellos bienes que por disposición de la Ley, son irreducibles o irreductibles a propiedad particular, como serían los parques públicos, monumentos históricos, etc.

En el caso del fideicomiso, no debemos olvidar una característica, y es que los mismos bienes no sean personales del fideicomitente, en el sentido que dispone la propia Ley General de Títulos y Operaciones de Crédito, en su artículo 251, que dice: "...Pueden ser objeto del fideicomiso, toda clase de bienes y derechos, salvo aquellos que conforme a la Ley, sean estrictamente personales de su titular..."

Por lo que podremos establecer, que el objeto del fideicomiso es en sí el bien o derecho que se pretende fideicomitir, pero siempre y cuando contenga las características que establece el Código Civil.

2.- ELEMENTOS DE VALIDEZ DEL FIDEICOMISO

No basta sólo el hecho de que en el fideicomiso se dé sus elementos de existencia perfectos, para que el mismo sea considerado existente, y por lo tanto, produzca sus efectos, sino que es requisito indispensable de que el mismo contenga sus elementos de validez, para que surta en plenitud sus efectos legales deseados, y como consecuencia, sea considerado como un contrato perfecto el fideicomiso, por lo que a continuación, pasaremos al estudio de cada uno de estos elementos de validez.

LICITUD EN EL OBJETO, EN EL FIN, MOTIVO O EN LA CONDICION

La Ley General de Títulos y Operaciones de Crédito, ha establecido como únicas limitaciones dentro de los fines del fideicomiso, que éstos sean lícitos y determinados, al respecto, nos dice en su artículo 346, que: "... El fideicomitente destina ciertos bienes a un fin lícito y determinado..."; por otra parte, también en su artículo 347, nos habla de sus fines al establecer que: "El fideicomiso será válido aunque se constituya, sin señalar fideicomisario, siempre que su fin sea lícito y determinado...", por lo que si dichos fines son conforme a derecho, los mismos serán válidos.

Debido a que a la fecha no se ha definido a la licitud, tenemos que el

Código Civil estudia a la ilicitud, misma que establece en su artículo 1830, que nos dice: "Es ilícito el hecho que es contrario a las leyes de orden público o a las buenas costumbres", por lo que, haciendo una interpretación a contrario sensu del referido artículo, diremos que es lícito todo hecho que se dé conforme a las leyes de orden público o a las buenas costumbres, situación que debemos aplicar al fideicomiso, por lo que si sus fines son concordantes con las leyes de orden público o a las buenas costumbres, serán válidos.

Otro punto que debemos establecer, es quién es el encargado de establecer y determinar si los fines de un fideicomiso son ilícitos o lícitos ya que si los fines no son concordantes con las leyes de orden público o bien que no sean conforme a las buenas costumbre, el Lic. Rodolfo Batiza ha definido dicha situación, estableciendo que: "Será entonces la autoridad judicial como interprete de las concepciones del orden público y de las buenas costumbres prevalecientes en la colectividad, la que resuelva en cada caso si el fin de un fideicomiso está o no en pugna con tales concepciones". (1)

Por su parte, el Lic. Ernesto Gutiérrez, ha definido a las buenas costumbres como "El conjunto de hábitos, prácticas o indicaciones observadas por un grupo humano en un lugar y momento determinado, y a los cuales deberá atender el juzgador para sancionar o no el acto ..." (2)

Debido a que vivimos un régimen de derecho en el que a los encargados de la impartición de justicia y aplicación del derecho, les corresponde el decidir

(1) Batiza Rodolfo. El Fideicomiso. Teoría y Práctica. Edit. Porrúa. 4a. Edición. México 1980. Pág. 180

(2) González y Gutiérrez, Ernesto. Derecho de las Obligaciones. Edit. Cajica. 5a. Edición. México 1974. Pág. 266

si un determinado fin del fideicomiso es concordante con el derecho, y no sólo eso, sino que además deberá tener en cuenta a las costumbres para determinar la licitud en los fines. La complejidad a que se enfrenta el juzgador para determinar si determinados fines se apegan - realmente a las costumbres, radica en que dichas costumbres son cambiantes, tanto de tiempo en tiempo, como de lugar a lugar; por lo que, el juzgador no únicamente deberá atender a los conceptos de derecho, sino que deberá ir aún más lejos, al momento de aplicar a dichos fines las costumbres, para dictaminar al respecto.

Cuando la Ley establece que los fines del fideicomiso deberán ser determinados, se refiere a que no serán éstos vagos u oscuros, o bien, confusos, sino que se deberán precisar cuáles son los fines del fideicomiso, a efecto de que no recaiga en el error de tales interpretaciones.

En cuanto al motivo o fin, el Lic. Gutiérrez y González, ha definido - que: "...es la razón contingente, subjetiva y por lo mismo variable, de individuo a individuo, que lo induce a la celebración del acto jurídico..." (1)

Con lo que concluimos que el motivo y fin, serán por lo tanto, el querer que induce al sujeto para celebrar determinado acto, motivos que serán diferentes, debido a que cada sujeto tendrá diversos intereses, y que a su vez ese querer o razón, se materializa al establecer los fines, en este caso en el fideicomiso.

(1) Gutiérrez y González Ernesto. Derecho de las Obligaciones, Edit. Cajica 5ª. Edición. México 1974. Pág. 257.

CAPACIDAD DE EJERCICIO DEL FIDEICOMITENTE, FIDUCIARIO Y FIDEICOMISARIO

La capacidad de los elementos personales del fideicomiso, siendo éste variado de elemento a elemento, debido a que mientras que para alguno se requiere tanto la capacidad de goce como de ejercicio, para otro - posiblemente sean innecesarios, conforme a la Ley General de Títulos y Operaciones de Crédito, la fiduciaria deberá tener cierta autorización, a efecto de poder desempeñar su cargo, por lo que, a continuación nos pasaremos a referir a cada uno de los elementos personales, como son fideicomitente, fiduciario y fideicomisario, en forma por separado, - aún cuando este último no sea elemento de definición.

Capacidad de Ejercicio del Fideicomitente.- Según ha establecido la Ley General de Títulos y Operaciones de Crédito, en su artículo 349, "Sólo pueden ser fideicomitentes las personas físicas o jurídicas que tengan la capacidad necesaria para hacer la afectación de bienes que el fideicomiso implica...". Debemos entender como capacidad necesaria, a la capacidad tanto de goce como de ejercicio, así como a la de - disposición de los bienes.

Por su parte, el Código Civil ha establecido las diversas capacidades de los sujetos, en su artículo 22, que a la letra dice: "La capacidad jurídica de las personas físicas, se adquiere por el nacimiento y se pierde por la muerte; pero desde el momento en que un individuo es concebido, entra bajo la protección de la Ley ...", dicho precepto establece que todo individuo tiene capacidad jurídica los concebidos y aún no nacidos; la importancia de dicho precepto radica en que en la actualidad toda persona física tiene derechos, así como obligaciones, aún cuando éste último no es aplicable a los no nacidos, pero concebidos, debido a que si bien pueden tener derechos como el

ESTA TESIS NO DEBE
SALIR DE LA BIBLIOTECA

recibir herencias, legados y donaciones, son incapaces para obligarse, por lo que, interpretando este precepto, podemos decir que por el momento son los únicos que no pueden constituir fideicomisos, ya que tienen una mínima capacidad de goce, y por lo tanto, son incapaces de ser fideicomitentes, derivado de la incapacidad de ejercicio que padecen, ya que no pueden obligarse.

En segundo término, tenemos a las personas físicas que no pueden ejercitar sus derechos o contraer obligaciones, a que alude el Código Civil en su artículo 23, el que a la letra dice: "Los menores de edad, el estado de interdicción y las demás incapacidades establecidas por la Ley ...", sigue diciendo dicho precepto, pero los incapaces - pueden ejercitar sus derechos o contraer obligaciones por medio de su representante. Por lo que a pesar de la incapacidad de ejercicio que tienen, podrían en un momento determinado constituir fideicomisos, pero siempre por medio de su representante legal, previa autorización - del Juez de la jurisdicción de los bienes.

De la redacción e interpretación del citado artículo, establece - que existen algunas otras incapacidades que establece dicha reglamentación, por lo que conforme a lo establecido tanto por el artículo 23, así como por el artículo 450, que también indica algún otro tipo de incapacidad, el cual establece que: "Tiene incapacidad natural y legal: I.- Los menores de edad; II.- Los mayores de edad privados de intelligencia por locura, idiotismo o imbecilidad, aún cuando tengan intervalos lúcidos; III.- Los sordo-mudos que no sepan leer ni escribir, y; IV.- Los ebrios consetudinarios y los que habitualmente hacen uso inmoderado de drogas y enervantes". Dichas personas no podrán ser fideicomitentes

por su propio derecho, pero si lo podrán hacer por medio de un representante legal, con la aprobación del juez de la jurisdicción de los bienes que se pretenden fideicomitir.

La capacidad máxima de todo sujeto, derivará de dos situaciones: que sea mayor de edad y que no tenga alguna incapacidad de las previstas por el Código Civil, por lo que, cualquier sujeto que tenga capacidad de goce así como de ejercicio, podrá ser fideicomitente, claro aunado a que los bienes que se den en fideicomiso sean de dicho sujeto.

Por lo que respecta a la capacidad de ejercicio y representación de las personas físicas, el Lic. Rojas Villegas la define: "Esta capacidad supone la posibilidad jurídica en el sujeto de hacer valer directamente sus derechos de celebrar en nombre propio actos jurídicos, de contraer y cumplir sus obligaciones y de ejercitar las acciones conducentes ante los tribunales..." (1); refiriéndose a que toda persona mayor de edad y que no tenga alguna incapacidad a que se refiere el artículo 450 del Código Civil, podrá celebrar todo tipo de contratos y convenios, y efectuar actos jurídicos por su propio derecho, en el que se establezcan derechos y obligaciones, o puras obligaciones o derechos. Por lo que, para los fines que nos proponemos, diremos que la persona que tenga capacidad de ejercicio, podrá ser fideicomitente y destinar ciertos bienes de su propiedad a un fin lícito y determinado, para la consecución de un fideicomiso. También de dicha definición se desprende otro tipo de capacidad, que es la procesal, y que se refiere a la capacidad de comparecer en juicio sin necesidad de hacerlo mediante representante legal.

(1) Rojas Villegas, Rafael. Compendio de Derecho Civil. Introducción, Personas y Familia, Décima cuarta Edición. Editorial Porrúa. México 1977, D.F. Pág. 164.

Y ya para concluir con el presente punto, diremos que el fideicomitente deberá contener tanto capacidad de goce como de ejercicio, así como para actos de dominio y de administración, cuando los bienes que éste transfiera al fideicomiso, no sean suyos, deberá tener como principal atributo, pleno dominio sobre dichos bienes, toda vez que en el fideicomiso se hace una verdadera transmisión de la propiedad, aún cuando está propiedad, como lo han querido decir ciertos tratadistas, es una "propiedad fiduciaria".

La Fiduciaria.- Conforme a la Ley General de Títulos y Operaciones de Crédito, establece en su artículo 350 que: "Sólo pueden ser fiduciarias, las Instituciones expresamente autorizadas para ello, conforme a la Ley General de Instituciones de Crédito ..."; a la fecha, y debido a la nacionalización de la Banca, el referido artículo ha quedado obsoleto, ya que en la actualidad serán las Instituciones Nacionales de Crédito, las encargadas de efectuar las operaciones fiduciarias, por conducto de su Departamento Fiduciario, conforme lo previene la Ley Reglamentaria del Servicio Público de Banca y Crédito, en su artículo 30, que a la letra dice: "Las Instituciones de Crédito sólo podrán realizar las operaciones siguientes ..." Fracción IV.- "Practicar las operaciones de fideicomiso a que se refiere la Ley General de Títulos y Operaciones de Crédito...".

A la fecha la Ley General de Instituciones de Crédito, ha quedado abrogada por la Ley antes citada, por lo que consideramos que el artículo 350 de la Ley General de Títulos y Operaciones de Crédito, deberá sufrir ciertos cambios, en cuanto se refiere a Ley General de Instituciones de Crédito, por lo que el citado precepto deberá quedar de la siguiente forma: Artículo 350 "Sólo pueden ser fiduciarias las So

ciudades Nacionales de Crédito, expresamente autorizadas para ello, con forme a la Ley Reglamentaria del Servicio Público de Banca y Crédito..."

Ahora bien, en cuanto a la capacidad que deberán tener las Sociedades - Nacionales de Crédito, para poder ser Fiduciarias se traduce en la auto rización que les deberá otorgar la Secretaría de Hacienda y Crédito Pú- blico, para fungir como tal.

En cuanto a las características o atributos que deberán contener las Sociedades Nacionales de Crédito, las mismas son conforme a la Ley Re- glamentaria del Servicio Público de Banca y Crédito, la que dispone en su artículo 9º, que: "Las Sociedades Nacionales de Crédito, son Insti- tuciones de derecho público, con personalidad jurídica y patrimonio pro pios. Tendrán duración indefinida y domicilio en territorio nacional. Serán creadas por decreto del Ejecutivo federal, conforme a las bases de la presente Ley...."; elementos que son comunes a la mayoría de las sociedades.

Entendemos que son Instituciones de Derecho Público, derivado de la relación existente entre el organismo descentralizado (Banco), con los particulares, por lo que dicha relación se regirá por el Derecho Públi- co.

Entendemos que al hablar de personalidad jurídica, estamos hablando de la capacidad de ejercicio, la cual está limitada en razón de su objeto social, naturaleza y fines. Es decir, que no podrán comprometerse a adquirir bienes o derechos que no tengan relación con su objeto y fi- nes propios, debido a que en el presente caso, como lo ha establecido - la Ley Reglamentaria del Servicio Público de Banca y Crédito, las Socie- dades Nacionales de Crédito, serán las únicas que podrán ejercer las -

funciones de fiduciarias (Artículo 30º Fracción XV), estableciendo además en el Artículo 61º que: "En las operaciones a que se refiere la Fracción XV del Artículo 30º de esta Ley, las Instituciones desempeñarán su cometido y ejercerán sus facultades por medio de sus delegados fiduciarios...".

El capital social, tal como lo previene el artículo 11º de la referida Ley, deberá constar en títulos denominados Certificados de Aportación Patrimonial, como lo refiere el citado precepto que a la letra dice - que: "...dichos títulos se denominarán certificados de aportación patrimonial, deberán ser nominativos y se dividirán en 2 series: la serie "A", que representará en todo tiempo el sesenta y seis por ciento de capital de la sociedad, y sólo podrá ser suscrito por el Gobierno Federal, y la serie "B", que representará el treinta y cuatro por ciento restante ...", como vemos, el Gobierno Federal tiene y tendrá en todo tiempo el control de dichas Instituciones, por lo que, la autorización de que habla la Ley General de Títulos y Operaciones de Crédito, para poder ser fiduciario, queda reducido a la nada, por el simple hecho de que el mismo Gobierno Federal es el que ejerce el mando y control de las Instituciones de Crédito, estando por demás que el mismo Gobierno se autorizará para prestar un servicio.

El artículo 16º, también nos habla del capital mínimo de dichas sociedades, a efecto de poder fungir como tal, estableciendo que: "El capital mínimo de las sociedades nacionales de crédito, será el que establece la Secretaría de Hacienda y Crédito Público", como máxima Institución del Gobierno, en lo concerniente a la Política Bancaria.

En cuanto al término de la duración de dichas instituciones, será por

tiempo indefinido, o por el tiempo que se crea conveniente, ya que esto es una facultad discrecional del Ejecutivo Federal.

La Ley Reglamentaria del Servicio Público de Banca y Crédito establece que las Sociedades Nacionales de Crédito tendrán su ..." domicilio en - territorio nacional..." , mismo que se deberá especificar en el acta - constitutiva de dichas sociedades, y en defecto de esta el Código Civil ha establecido en su artículo 33 que: "Las personas morales tienen su domicilio en el lugar donde se halla establecida su administración..." por lo que para el caso de que no se especifique el domicilio de di - chas sociedades se entenderá que será el lugar donde se halla estable - cida su administración de conformidad con el Código Civil.

Por lo que podemos establecer que una vez salvado el problema de la - creación para poder fungir como fiduciaria, debido principalmente a que en la actualidad el Gobierno Federal es el único que puede prestar los Servicios de Banca y Crédito, (Artículo 28º Constitucional), y como consecuencia de la fiduciaria, no creemos que a la fecha exista por este aspecto inexistencia de los fideicomisos que hoy día se mane - jan en el país, ya que las instituciones nacionales de crédito, consti - tuídas con tal carácter, ya sean como Instituciones de Banca Múltiple o como Institución de Banca y Desarrollo, no cumplan con los requisitos exigidos por la Ley Reglamentaria del Servicio Público de Banca y Crédito, y por lo tanto, tendrán la facultad de ser fiduciarias.

Volviendo al tema principal, diremos que la fiduciaria podrá ser una o varias, según se haya establecido en la constitución del fideicomiso, por su parte el artículo 350 de la Ley General de Títulos y Operaciones de Crédito, establece ..."En caso de que al constituirse el fideicomiso

no se designe nominalmente la Institución fiduciaria, se tendrá por designada la que elija el fideicomisario, o en su defecto, el Juez de primera instancia del lugar en que estuvieren ubicados los bienes..."

Capacidad del Fideicomisario.- Al hablar de capacidad del fideicomisario, la Ley General de Títulos y Operaciones de Crédito, ha establecido quien o quienes pueden ser fideicomisarios, estableciendo en su artículo 348, que: "Podrán ser fideicomisarios las personas físicas o jurídicas que tengan la capacidad necesaria para recibir el provecho que el fideicomiso implica.

Por su parte, el Lic. Rodolfo Batiza al referirse a dicho precepto, ha establecido que: "El exigir capacidad a los fideicomisarios, este artículo debe interpretarse en el sentido de no aludir a la capacidad activa para ser fideicomitente, sino más bien a la consecuencia de alguna incapacidad especial derivada de la Ley ..." (1); es decir, que toda persona podrá ser fideicomisario, salvo aquellas que por disposición de la Ley tengan alguna incapacidad. Otro de los artículos que nos habla respecto a qué personas o en que caso no pueden ser fideicomisarios es el Artículo 359 de la Ley General de Títulos y Operaciones de Crédito el que nos dice a la letra: "Quedan prohibidos..." fracción II aquellos en los cuales el beneficio se conceda a diversas personas sucesivamente que deban substituirse por muerte del anterior..." . Estableciéndose por otra parte en la misma fracción..." salvo el caso de que la substitución se realice en favor de personas que estén vivas o concebidas ya, a la muerte del fideicomitente, ..." el cual, es muy parecido al Artículo 22 del Código Civil en cuanto se refiere a los concebidos, al que les concede capacidad de goce, al momento mismo en que pueden ser fideicomisarios.

(1) Batiza, Rodolfo, El Fideicomiso. Teoría y Práctica, Editorial Porrúa. 4a. Edición México 1980, D.F. Pág. 171

Por su parte, el Artículo 347 de La Ley General de Títulos y Operaciones de Crédito establece "...El fideicomiso será válido aunque se constituya sin señalar fideicomisario...", o sea persona determinada, pero también podrán ser fideicomisarios, los animales o las cosas inanimadas, por lo que sus derechos los ejercerá el Ministerio Público. Otro de los artículos que también nos habla respecto a las cosas que pueden ser fideicomisarios, es el Artículo 359, Fracción III, que a la letra dice: "Aquellos cuya duración sea mayor de treinta años, cuando se designe como beneficiario a una persona jurídica que no sea de orden público o institución de beneficencia; sin embargo, pueden constituirse con duración mayor de treinta años cuando el fin del fideicomiso sea el mantenimiento de museos de carácter científico o artísticos, que no tenga fines de lucro ...", por lo que más bien, la Ley General de Títulos y Operaciones de Crédito debió establecer los casos de excepción o incapacidades que no se puedan constituir, las personas como beneficiarios o fideicomisarios, debido a que no se necesita capacidad determinada para fungir como fideicomisarios.

FORMA DEL FIDEICOMISO

De conformidad con la Ley General de Títulos y Operaciones de Crédito, ha establecido la forma del fideicomiso en su artículo 352, que nos dice "...La constitución del fideicomiso deberá siempre constar por escrito ..."; por lo que diremos que es un contrato de los denominados formales, en oposición a los consensuales y solemnes, debido a que los primeros se perfeccionan con el sólo consentimiento de las partes, ya siendo ésta en forma oral o tácita, sin que se requiera formalidad alguna.

Mientras que para los solemnes, se requiere una forma especial y por escrito, otorgados ante funcionario determinado, y bajo la sanción de ine

xistencia si no se cumple, determinando su diferencia con los formales, en cuanto a que para éstos, el único requisito es que sean por escrito, mientras los solemnes se requiere tanto de una formalidad especial, como que sean otorgados ante funcionario público, si bien es cierto que - para el caso de que se enajenen bienes inmuebles, los mismos deberán inscribirse en el Registro Público de la Propiedad, con lo que se termina con - los posibles fraudes a terceras personas.

Por lo que diremos que el fideicomiso es un contrato formal en el que se requiere únicamente que éste sea por escrito, conforme al artículo - 352 de la Ley General de Títulos y Operaciones de Crédito, o ajustarse a los términos de la Legislación Común, para el caso de bienes inmuebles.

AUSENCIA DE VICIOS EN LA VOLUNTAD

Como último elemento de validez, es la ausencia de vicios en la voluntad, el Código Civil ha establecido en su artículo 1821, que: "El consentimiento no es válido si ha sido dado por error, arrancado por violencia o sorprendido por dolo ..."; por lo que; diremos que si la vo - luntad de las partes no es dada por error, así como arrancada por violencia o sorprendida por dolo, la misma voluntad es válida, por lo que el estudio de dichas figuras, error, dolo, mala fe, y el hecho que alguna voluntad sea arrancada por violencia lo estudiaremos en el capítulo siguiente, por lo que diremos respecto de la voluntad de las partes, que si esta ha seguido el proceso volitivo, perfecto en el que el querer - interno del sujeto, es concordante con su manifestación, estaremos ante una voluntad perfecta, aunada al hecho de que no sea dada por error, y señalamos a este vicio, ya que es el único que realmente afecta en forma directa a la voluntad del sujeto, debido a que tanto la violen - cia como el dolo, son formas de afectar la voluntad de otras personas, o sea alguno de los contratantes, y no que la voluntad del sujeto se encuentre afectada.

CAPITULO CUARTO

LA INEXISTENCIA Y NULIDAD DEL FIDEICOMISO

CAPITULO CUARTO

1.- EL FIDEICOMISO, SU INEXISTENCIA Y NULIDAD, EN LA LEY GENERAL DE TITULOS Y OPERACIONES DE CREDITO

Conforme a la Ley General de Títulos y Operaciones de Crédito, hoy en día no se ha establecido y definido la inexistencia y nulidad del fideicomiso, dejando el estudio de dichas figuras al Código Civil; asimismo, y por su parte, el Código de Comercio ha establecido en su artículo 81 que: "Con las modificaciones y restricciones de este Código, serán aplicables a los actos mercantiles, las disposiciones del Derecho Civil, acerca de la capacidad de los contrayentes y de las excepciones y causas que rescinden o invalidan los contratos ..."; aún cuando no establezca dicho artículo que la inexistencia será materia civil, por el solo hecho de que la misma Ley no lo regula, deberemos estudiarlo conforme lo previene el Código Civil, por otra parte, al referirse el citado precepto "a la invalidez de los contratos", se refiere a las nulidades. La Ley General de Títulos y Operaciones de Crédito, se ha referido a dos casos concretos de nulidad, y así nos los define en el párrafo final del artículo 348º, al establecer que: "Es nulo el fideicomiso que se constituye en favor del fiduciario ...", pero dicha nulidad es en razón de una medida proteccionista que la misma Ley le ha querido otorgar, tanto al fideicomitente como al fideicomisario, debido a que en el momento de la constitución del fideicomiso, los bienes transmitidos a la fiduciaria pasan en propiedad a ésta, con lo que sería más factible defraudar a dichos elementos, al momento mismo de la transmisión.

Por otro lado, el último párrafo del artículo 351 dispone que: "El fideicomiso constituido en fraude de terceros, podrá en todo tiempo,

ser atacado de nulidad por los interesados, para el caso de que el fideicomiso se realice en perjuicio de éstos ...", ya que es sabido que una vez que los bienes transmitidos a la fiduciaria, cuando se trata de inmuebles, los mismos quedan inscritos a favor de ésta en el Registro Público de la Propiedad y por lo tanto no se podrán ejecutar en contra de dichos bienes acto alguno.

Por lo que es necesario estudiar a la inexistencia, así como a las nulidades, al amparo del Código Civil, así como en las diversas Doctrinas que hoy en día se han dado.

2.- LA INEXISTENCIA DEL FIDEICOMISO

Se han elaborado diversas definiciones de inexistencia, dentro de las que nos encontramos la de Julián Bonnecase, que la define: "La hay - cuando al acto jurídico le falta uno o todos sus elementos orgánicos o específicos, o sean los elementos esenciales, de definición". (1), aún cuando esta definición es para los actos en general, en materia civil, también la podemos aplicar al caso concreto del fideicomiso.

Otro de los autores que también define a la inexistencia, es Baudry-Lacantinerie, diciendo que: "el acto inexistente, es aquel que no se ha formado, en razón a la ausencia de un elemento esencial para su existencia." (2)

Por su parte, otro de los autores que define a la inexistencia, es el Lic. De Pina y Vara, quien establece que: "El acto jurídico es inexistente

(1) Autor citado por Gutiérrez y González Ernesto. Derecho de las Obligaciones-Edit. Cajica, S.A., Puebla México 1978. 3ª Reimpresión de la 5ª Edición. Pág. 150

(2) Autor citado por Domínguez Martínez Jorge A. El Fideicomiso ante la Teoría General del Negocio Jurídico, Edit. Porrúa, S.A. México 1982 D.F. 3ª Edición Pág. 101

tente, cuando carece de algún elemento para su formación." (1). Por su parte, el Código Civil ha definido a la inexistencia, estableciendo en su artículo 2224, que: "El acto jurídico inexistente por la falta - de consentimiento o de objeto que pueda ser materia de él, no producirá efecto legal alguno. No es susceptible de valer por confirmación, ni por prescripción; su inexistencia puede invocarse por todo intersado."

A dichas definiciones, solo podremos criticarles el hecho de que consideran que "el acto es inexistente", término mal empleado, debido a que si es acto, en parte se han dado sus elementos de definición, - por lo que no podrá ser inexistente, y por el contrario, si hablamos de inexistencia es que el acto no se ha configurado como tal al momento mismo que no cuenta con alguno o todos sus elementos de definición, por lo que se da la inexistencia, es decir, la nada jurídica; por lo que diremos que si es acto es inexistente, si hablamos de inexistencia no será acto.

De las definiciones, así como del artículo transcrito del Código Civil, podemos establecer como elementos de definición, a la voluntad o voluntades y al objeto, y en ciertos casos, a la solemnidad, las dos primeras comunes en la mayoría de los contratos, en cuanto al último, pasará lista de presente cuando así lo disponga la Ley, por lo que para la Constitución del Fideicomiso no se ha establecido solemnidad alguna.

2.1.- FALTA DE CONSENTIMIENTO DEL FIDEICOMITENTE; FIDUCIARIO Y FIDEICOMISARIO

Si hemos dicho que el acuerdo de voluntades del fideicomitente y de la fiduciaria, conjuntamente con el objeto, da como resultado la existencia del fideicomiso, por lo que al momento de constituirse el fideicomiso, si falta alguno de estos dos elementos, es decir, consentimiento y a

(1) Autor citado por Domínguez Martínez Jorge A. El Fideicomiso ante la Teoría General del Negocio Jurídico, Edit. Porrúa, S.A. México 1982, D.F. 3ª Edic. Pág. 101

sea por el fideicomitente o por la fiduciaria, amén de que el objeto lo estudiaremos en el siguiente apartado. diremos que no se da el acto, en este caso, por lo que respecta a la voluntad del fideicomisario, ésta no es indispensable como elemento de definición, como consecuencia, está por demás su estudio en el presente apartado, por lo que nos concentraremos al estudio de la falta de consentimiento por parte del fideicomitente como de la fiduciaria, elementos que a nuestro parecer son esenciales en el fideicomiso.

Como primer elemento del consentimiento, nos encontramos con el proceso volitivo del sujeto; es decir, que deberá existir una debida concordancia de voluntad del sujeto entre su fuero interno y su declaración, es decir, su aspecto negativo, a efecto de que no se dé ese proceso volitivo será que entre el querer del sujeto y su declaración, existan discrepancias, con lo que se daría la inexistencia del fideicomiso, aspecto que en su momento veremos, al estudiar al error, y en concreto al error obstativo.

También debemos recordar que dicha manifestación se presenta como expresa y tácita, en el Código Civil, pero en la Ley General de Títulos y Operaciones de Crédito ha establecido que dicha "manifestación - deberá obrar por escrito y ajustarse a la Legislación Común". (Art. 352), en lo referente al fideicomiso.

Ahora bien, para que se de la inexistencia del fideicomiso, es por la falta de alguna de las voluntades, ya sea del fideicomitente o fiduciario, amén del objeto.

Con respecto al error obstativo, el mismo lo veremos cuando estudiemos los tipos de errores en la voluntad, a efecto de que exista una debida

relación en el presente trabajo, por lo que nos concretaremos por el momento a establecer la inexistencia del pretendido fideicomiso, con respecto a su elemento de la voluntad, diremos que ya sea que falte o bien que no exista una debida concordancia entre el querer interno del sujeto y su manifestación, para que no exista dicha voluntad, y como consecuencia la inexistencia del fideicomiso.

2.2.- FALTA DE OBJETO

La falta de objeto en todo contrato, traerá aparejada la inexistencia del pretendido acto, situación que también acontece en el fideicomiso, aún cuando tengamos a las voluntades del fideicomitente y fiduciario. De conformidad a lo establecido por el Código Civil en su artículo 2224, "El acto jurídico inexistente por falta de consentimiento o de objeto ...". El objeto del fideicomiso lo define por su parte con toda claridad la Ley General de títulos y Operaciones de Crédito, en diversos artículos, mismos que ya vimos al momento de hablar del objeto como elemento de existencia del fideicomiso.

Pues bien, nos toca analizar el aspecto negativo de dicho objeto, para establecer la inexistencia del fideicomiso. Conforme a lo establecido por el Código Civil en su artículo 1825, plantea las características - que deberá contener todo objeto, siendo éstas de tres formas: a). Existir en la naturaleza; b). Ser determinado o determinable en cuanto a su especie; c). Estar en el comercio; por su parte la Ley General de Títulos y Operaciones de Crédito, establece que el objeto no puede consistir en derechos que sean estrictamente personales de el titular (fideicomitente).

a).- Que no exista en la Naturaleza.- Si al momento de celebrado el fideicomiso el objeto no existe en la naturaleza, como sería que el fideicomitente entregara a la fiduciaria determinado número de bienes inmuebles para su enajenación, siendo que estos se encuentran destruidos, el fideicomiso es inexistente por falta de objeto toda vez que al momento de querer celebrar dicho contrato, le falta el objeto por no existir dentro de la naturaleza; aún cuando también en contraposición a lo aseverado en líneas anteriores, el Código Civil habla del supuesto en que aún cuando las cosas no existen al momento de celebrarse, pero que sean factibles de llegar a existir en cierto término, se establece que respecto de ellos sí se puede contratar; exceptuando así el caso de "la herencia de una persona viva, aún cuando ésta preste su consentimiento ...". (Art. 1826, Código Civil). No podrá ser objeto de contrato alguno.

b). Que no sea determinado o determinable en cuanto a su especie.- Si bien es cierto que aún cuando el objeto materia del fideicomiso debe existir en la naturaleza, es requisito necesario poder identificarlo - con toda precisión, en cuanto a su especie, debido a que si por cualquier motivo, no se identifica con precisión, se podría caer en el error de considerar bienes que no son materia del fideicomiso, y como consecuencia no habría objeto, con lo que se daría una inexistencia - por esa causa.

c). No estar en el comercio.- En cuanto a esta característica, así como lo hemos dejado precisado, puede ser que el objeto se encuentre dentro de la naturaleza y que el mismo sea debidamente identificado en cuanto a su especie, no por ello, el objeto sería válido como elemento de existencia ya que aunado a las anteriores características, es preciso

que el objeto se encuentre dentro del comercio. El Código Civil ha distinguido con precisión dicha característica, al establecer en su artículo 749 que: "Están fuera del comercio por su naturaleza, las cosas que no puedan ser poseídas por algún individuo exclusivamente, y por disposición de la Ley, las que ella declara irreductible a propiedad particular ..."; por lo que, si se pretendiera celebrar un fideicomiso con algún bien que contenga cualesquiera de estas características, es decir, con algún objeto que no pueda ser poseído por algún sujeto, casos como el aire, la atmósfera, el mar, estaríamos ante la inexistencia por no estar dicho objeto dentro del comercio, así como en aquellos casos en que la Ley ha declarado que por disposición de ésta, de terminados objetos están fuera del comercio.

No pueden ser objeto del Fideicomiso los derechos estrictamente personales de su titular.- Como cuarta y última característica, la establece la Ley General de Títulos y Operaciones de Crédito, en su artículo - 351: "Pueden ser objeto del fideicomiso toda clase de bienes y derechos, salvo aquellos que, que conforme a la Ley, sean estrictamente personales de su titular ...". por lo que, conforme a dicho precepto no pueden darse en fideicomiso bienes o derechos que sean estrictamente personales del fideicomitente pues en este caso se establecería la inexistencia del pretendido fideicomiso, debido a que el objeto no estaría conforme lo previene el numeral invocado, independientemente de que se cumplieran con las anteriores características del objeto que hemos mencionado.

Dentro de los bienes que podemos considerar como personales de su titular y por lo tanto no son factibles de fideicomitirse, sean aquellos - que derivan del patrimonio familiar, de conformidad con el Código Civil

el que estalece en su artículo 723 ... "Son objeto del patrimonio de la familia: I.- La casa habitación de la familia. II.- En algunos casos la parcela cultivable". Por otra parte el artículo 727 del mismo ordena -- miento nos establece ... " Los bienes afectos al patrimonio de la familia son inalienables y no estarán sujetos a embargo ni gravamen alguno." Asimismo en cuanto a los derechos nos encontramos con el "uso" y ciertas autorizaciones o concesiones administrativas.

El por qué de la inexistencia del fideicomiso como consecuencia de la falta de alguno o de todos los elementos de definición, consideramos que la inexistencia deriva propiamente de que no existe la constitución del fideicomiso, ya que el sujeto no tiene una libre manifestación de voluntad, debido a que el proceso volitivo no se dió o no existe dicha manifestación de voluntad, independientemente de que el objeto no fue factible de darse, debido a que el derecho se encarga de tutelar los intereses de los particulares, por medio de normas que al momento de ser violadas, las consecuencias no se hacen esperar.

2.3.- CARACTERISTICAS DE LA INEXISTENCIA, POR FALTA DE CONSENTIMIENTO Y OBJETO

Conforme al Código Civil, ha establecido la característica de la inexistencia, refiriéndose a ésta en su artículo 2224, el cual establece que: "El acto jurídico inexistente por la falta de consentimiento o de objeto que pueda ser materia de él, no producirá efecto legal alguno. No es susceptible de valer por confirmación, ni por prescripción; su inexistencia puede invocarse por todo interesado.", conforme al precepto invocado, podemos desprender cuatro características peculiares de la inexistencia, pero antes debemos criticar dicho artículo, en cuanto establece que "el acto jurídico inexistente", criterio que no compartimos por las razones expuestas en líneas anteriores y que re producimos.

Las cuatro características a que nos hemos referido en el párrafo anterior son: a). El que no produce efecto alguno; b). No es susceptible de valer por confirmación; c). Ni por prescripción; d). Su inexistencia - puede invocarse por todo interesado.

a). No producirá efecto legal alguno.- Si bien la característica de todo acto jurídico es la de engendrar consecuencias de derecho, como son los derechos y obligaciones que en todo acto jurídico se dan, ya sean sólo derecho o bien obligaciones para las partes en todo acto, es de suponerse que la nada, no traerá aparejada consecuencia legal alguna; sin embargo, existen ciertas teorías como la que establece Julian Bannecase, quien nos dice que: "...que si bien es cierto que - esos pretendidos actos jurídicos a los que les falta algún elemento de existencia, no pueden considerarse actos jurídicos, nada impide que se les considere como hechos materiales y resulta innegable que, como hechos materiales, si pueden producir ciertas consecuencias de derecho ..." (1), teoría aceptable debido a que como hemos dicho, la inexistencia no produce ni engendra consecuencias jurídicas, pero también es cierto que se dieron hechos materiales y como consecuencia de estos si se engendran obligaciones o derechos para las partes que pretendieron efectuar el primer acto jurídico.

Como ejemplo, diremos que en el caso del fideicomiso, si el fideicomitente afectó en fideicomiso ciertos bienes inmuebles para que se vendieran por medio de la fiduciaria, y ésta a su vez efectuó la venta de dichos inmuebles a los fideicomisarios, pero al momento de entregarlos a los adquirentes fideicomisarios, estos inmuebles se encuentran destruidos, ya sea por incendio o por alguna otra causa, el pretendido fideicomiso se encuentra afectado de inexistencia por falta de objeto, por lo que el fideicomisario podrá demandar al fideicomitente de los daños y

(1) Autor citado por Gutiérrez y González, Ernesto. Derecho de las Obligaciones. Editorial Caifra. 5ª Edición. Puebla México. 1974. Pág. 152.

perjuicios que le ocasionó dicha compra-venta, ya que le impidió adquirir otro inmueble que le ofrecían en esa época, dando como consecuencia en primer lugar, la inexistencia del pretendido fideicomiso por falta de objeto, como ya lo mencionamos, y la acción del fideicomisario para reclamar los daños y perjuicios derivará de las acciones materiales que llevó a cabo el fideicomitente para la venta de los bienes inmuebles, pero no podrá pretender que la responsabilidad se deba a la Fiduciaria debido a que ésta únicamente realizó el fin del Fideicomiso.

b). No es susceptible de valer por confirmación.- Cuando establecimos que la inexistencia es la nada, derivamos consecuentemente que no se puede confirmar algo que no existe y en cambio si se trata de algún acto afectado de nulidad relativa este sí se podrá confirmar.

c). No es susceptible de valer por prescripción.- Respecto a este tercer punto, consideramos interesante lo sustentado por el Lic. Ernesto Gutiérrez y González, quien establece que el término de prescripción para convalidar un acto, es mal empleado estableciendo que el término que debió utilizar el Legislador al momento de redactar el Código Civil, fue y es el de "caducidad", debido a que, como lo establece el Código Civil, refiriéndose a la prescripción en su artículo 1135, nos dice que: "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 ..."; por su parte, dicho autor define a la caducidad como: "la sanción que se pacta o se impone por la Ley, a la persona que dentro de un plazo convencional o legal, no realiza voluntaria y conscientemente las conductas positivas para que nazca o para que se mantenga vivo un derecho sustantivo o procesal, según sea el caso ..." (1), por lo que el Código Civil

(1) , Gutierrez y González Ernesto. Derecho de las Obligaciones. Edit.

debió haber establecido que la inexistencia no es factible de convalidarse ni por confirmación ni por caducidad, ya que si estuviéramos hablando de un acto que sea susceptible de convalidarse, no sería la prescripción el medio para dicha convalidación, ya que dicha figura se refiere al hecho de no ejercitar una acción dentro de cierto plazo o término, para efectos de prescribir un derecho a su favor, por lo que, consideramos acertada la opinión del Lic. Ernesto Gutiérrez y González, al considerar que no se podrá convalidar un acto por caducidad, cuando el mismo sea inexistente.

d). Su inexistencia puede invocarse por todo interesado.- En cuanto a esta cuarta característica de la inexistencia, diremos que podrá ser invocado por todo interesado, por otra parte, debemos comprender el efecto y papel de la intervención del Juez, que para el caso de que el interesado demande la inexistencia del fideicomiso, el Juez se concretará a confirmarla, ya que el estudio de la inexistencia nos traería como consecuencia la nada, el problema que han considerado de la inexistencia, es en cuanto a que no se puede demandar en vía de acción, criterio sustentado por Julián Bonnacase, que establece que: "... improcedente demandarla en vía de acción, y según él, debe ser opuesta como excepción ..." (1); por su parte, Rojas Villegas establece que: "...que la inexistencia no puede tener lugar ni por acción ni por excepción, sino sólo se denuncia, para ser comprobada y declarada por el Juez." (2); consideramos que si alguno de los interesados invoca la inexistencia, no podrá hacerla valer como acción, ni por excepción, y sólo solicitará por parte del Juez su comprobación a efectos de declararla.

(1) Autor citado por Domínguez Martínez Jorge A. El Fideicomiso ante la Teoría General del Negocio Jurídico, Edit. Porrúa, S.A. 3ª Edición. México 1962, D.F. Pág. 108

(2) IDEM

3.- LA NULIDAD ABSOLUTA Y RELATIVA DEL FIDEICOMISO

El Código Civil ha manifestado los casos o condiciones para que se dé la nulidad, ya sea relativa o absoluta, y en esa forma indica en su artículo 2225º, 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."; es decir, las nulidades del fideicomiso se dan en el momento que su fin sea ilícito, pudiéndose establecer de conformidad con el artículo 2226º, que a la letra dice: "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 la nulidad. De ella puede prevalecer todo interesado, y no desaparece por confirmación ni por la prescripción ." Dicho artículo no hace una definición de nulidad absoluta, así como tampoco establece en que momento el acto será nulo, y se concreta a establecer las características de la misma.

Por su parte, el Lic. Ernesto Gutiérrez y González, si nos dá una definición de ésta, al establecer que: "Nulidad absoluta se origina con el nacimiento del acto, cuando el acto va en contra del mandato o de la prohibición de una Ley imperativa o prohibitiva, esto es, una Ley de Orden Público." (1); por lo que diremos, aplicando dicha definición al fideicomiso, que si los fines de éste se encuentran en contra de las leyes de orden público, el mismo será nulo absoluto.

Por lo que respecta a la nulidad relativa, el Código Civil ha establecido en su artículo 2227º, que: "La nulidad es relativa cuando no reúne todos los caracteres enumerados en el artículo anterior. Siempre

(1) Gutiérrez y González Ernesto . . . Derecho de las Obligaciones. Edit. Cajica, S.A. Puebla México 1977 5ª Edición Pág. 134

permite que el acto produzca provisionalmente sus efectos."; podríamos decir que el fideicomiso es factible de convalidarse, ya sea por confirmación o prescripción (término que ya vimos que ha sido mal empleado, porque en realidad debería decir por caducidad).

Dicho artículo, además no es y no hace una definición al igual que el artículo 2226º de nulidad absoluta, y ésto es debido a que en artículos posteriores hace una enumeración de los diversos vicios que puede adolecer los actos, y como consecuencia, acarrearán la nulidad en cualesquiera de sus dos formas.

Por su parte, el Lic. Gutiérrez y González, define el concepto de nulidad relativa, al establecer que: "al igual que la absoluta, nace con el acto y lo vicia desde su nacimiento, pero ese vicio proviene de que va contra una disposición legal establecida en favor de persona determinada ..." (1); a dicha definición, consideramos que para que realmente este completa, debería insertarse lo previsto en el artículo 2227º, del Código Civil, en cuanto es posible de convalidarse.

Una vez que hemos visto en términos generales a la nulidad de los actos, nos pasaremos a referir a las diversas doctrinas y al propio Código Civil, para establecer tanto los casos de inexistencia así como a las nulidades que se pueden dar, por encontrarse viciado alguno de sus elementos, en este caso, del fideicomiso, y nos tendremos que basar en la referida Ley, debido a que el Código de Comercio, - así como la Ley General de Títulos y Operaciones de Crédito, no hacen un estudio de las nulidades, y tan sólo en dos artículos se concreta a establecer dos situaciones de nulidad, las cuales ya hemos visto en

(1) :Gutiérrez y González Ernesto .- Derecho de las Obligaciones. Edit. Cajica, S.A. Puebla México 1977 5ª Edición. Pág. 134.

líneas anteriores y que nos señala tanto el Artículo 348 y 351 de la referida Ley.

3.1.- LA ILICITUD EN EL OBJETO, EN EL MOTIVO, EN EL FIN
Y EN LA CONDICION, COMO CAUSAS DE NULIDAD DEL FIDEICOMISO

El Código Civil, ha establecido como causa de nulidad la ilicitud en el objeto, en el motivo, fin o en la condición, como lo prevee en su artículo 2225º, que a la letra dice: "La ilicitud en el objeto, - en el fin o en la condición del acto, produce su nulidad ..."; por principio debemos establecer qué es la ilicitud. El artículo 1830º, nos dice: "Es ilícito el hecho que es contrario a las leyes de orden público o a las buenas costumbres.", dos puntos importantes se desprenden del referido artículo primero, hechos ilícitos que van en contra de una Ley, y segundo, en contra de las buenas costumbres.

Respecto a los hechos que van en contra de la Ley, debemos distinguir los tipos de Leyes, ya que existen casos en los que a pesar de que un hecho sea contrario a una Ley, no se puede declarar su nulidad, como son aquellas llamadas supletorios o permisivas; por lo que, si en algún fideicomiso se establecen dentro de sus fines hechos contrarios a este tipo de leyes, no podremos declarar la nulidad del fideicomiso.

Por su parte, las Leyes prohibitivas, tienen diferentes grados de infracción respecto del acto, dependiendo del interés que afecten. El Lic. Ernesto Gutiérrez y González, ha hecho una clara distinción al respecto, estableciendo que: "En efecto, hay normas de tipo prohibitivo que impiden realizar ciertos actos, pues de verificarse éstos,

se afectaría el interés de la colectividad; otras normas se dictan en interés de determinadas personas, y finalmente, otras disposiciones prohibitivas, aunque los particulares las ataquen, por conveniencia social, se dejan subsistir las consecuencias del acto, y se aplica a los infractores una sanción, no de nulidad de su acto, sino de orden administrativo a ellos." (1); por lo que debemos suponer, que si se establecen dentro de los fines del fideicomiso alguna cláusula que vaya en contra del interés colectivo, el mismo adolecerá de una nulidad absoluta.

Con respecto al segundo tipo de leyes, se establece una nulidad relativa, ya que la misma, al no afectar a la colectividad, - sino única y exclusivamente a determinada persona, pero dicha nulidad relativa será a petición de parte, quien la solicite.

Y como tercer punto, tenemos a aquellos casos en que debido a - que si se estableciera la nulidad del fideicomiso, se acarrearán consecuencias mayores que si se deja al acto subsistir, en este caso el fideicomiso, por lo que la Ley ante tales situaciones, en lugar de establecer su nulidad, tan sólo la sanciona.

Por último, tenemos los hechos ilícitos cuando se establecen contra de una Ley preceptiva, estableciéndose que: "Las leyes preceptivas, en donde ordena la observancia de conductas determinadas; preceptúa un orden, lo que se debe hacer en atención al orden social, y si los particulares celebran un contrato que - tenga por objeto una conducta contraria o que tienda a alterar

(1) Gutiérrez y González Ernesto.- Derecho de las Obligaciones, Edit. Cajica, S.A. 3ª Reimpresión de la 5ª Edición. Puebla México 1978. Pag. 261

la situación tutelada por esa Ley, estarán realizando una conven
ción con objeto ilícito." (1)

Como es el caso del párrafo final del artículo 348º, de la -
Ley General de Títulos y Operaciones de Crédito, el que esta -
blece que: "Es nulo el fideicomiso que se consituya en favor
del fiduciario.", ya que al establecer que los beneficios serán
a beneficio de la institución fiduciaria, contravienen una Ley
preceptiva.

Como segundo caso de nulidad, por ir en contra de las buenas
costumbres, diremos que al establecer el legislador y sancionar
con nulidad los fines o el objeto (entendiendo por objeto el
fin para el cual fue creado) que vaya en contra de las buenas
costumbres, es debido a que por principio, las buenas costumbres
son fuente del derecho, y como segundo supuesto, es debido a que
existen determinados hechos que son reprobables en una sociedad,
y que debido a que la misma ley no los regula, ya que pa
ra poderlo hacer se tendría que estar modificando a la misma
a cada momento, situación que no podría darse, porque posiblemente
te al momento de efectuarse la regulación de determinada conduc
ta en nuestro cuerpo de leyes, posiblemente dicho hecho, sería
ilícito, debido principalmente a que las buenas costumbres serán
determinadas, según una determinada colectividad, un determinado -
tiempo y lugar, ya que posiblemente ahora es considerado como -
un hecho que va en contra de las buenas costumbres, y por lo
tanto, como un hecho ilícito, posiblemente en un x tiempo sería
considerada esa misma costumbre como buena.

Debemos entender por buenas costumbres, "Son el conjunto de hábitos; prácticas o inclinaciones observadas por un grupo humano en el lugar y momento determinado, y a los cuales se deberá atender el juzgador para sancionar o no el acto." (1)

Por lo que si al momento de establecer los fines del fideicomiso y a pesar de que no se contraviene disposición alguna, el juzgador será el que determine si dichos fines chocan con las buenas costumbres para declarar su nulidad.

En cuanto al motivo o fin para ser considerados como ilícitos, se ha establecido que: "El motivo o fin, es la razón contingente, subjetiva, y por lo mismo variable de individuo a individuo, que lo induce a la celebración del acto." (2); podemos establecer que será ilícito el motivo o fin cuando el fideicomitente, al celebrar el fideicomiso pretenda efectuar hechos contrarios a la ley, como sería el caso de que dicho fideicomitente, entrega determinadas propiedades a la fiduciaria para su venta, pero dicho fideicomitente sabe de antemano que con ello está defraudando a otros individuos, con los que se comprometió a venderseles, por lo que su motivo será ilícito al estar defraudando a terceros, ajenos al fideicomiso, no siendo estos los fideicomisarios.

(1) Gutiérrez y González Ernesto.- Derecho de las Obligaciones.
Edit. Cajica, S.A. Puebla, México 1978. 5ª. Edición. Pág. 266

(2) IDEM

3.2.- VICIOS DEL CONSENTIMIENTO

De la definición que hace el Código Civil de los vicios del consentimiento, en su artículo 1812º, nos dice que: "El consentimiento no es válido si ha sido dado por error, arrancado con violencia o sorprendido por dolo ...", vicios que por su naturaleza sólo el primero de los mencionados es considerado como vicio de la voluntad, propio del sujeto que la manifiesta, y los segundos como medio para viciar una voluntad, por lo que empezaremos a estudiar el error de la voluntad. Se han elaborado diversas definiciones del error en el consentimiento, entre las que tenemos las elaboradas por el Lic. Jorge A. Domínguez Martínez, que nos dice: "error como una noción falsa sobre la realidad ..." (1); así también otro de los autores que han definido el error, es el lic. Ernesto Gutiérrez y González, que establece: "El error es una creencia sobre algo del mundo exterior, que está en discrepancia con la realidad, o bien, es una falsa e incompleta con sideración de la realidad ..." (2)

De ambas definiciones, desprendemos que existe una concepción psicológica que de la realidad se forma el sujeto, concepción psicológica, que no concuerda con la realidad, y en ese momento queda afectada la voluntad del sujeto, pudiendo ser este error de diversas formas, es decir, que al momento de tomar en cuenta y valorar, entre otras cosas, las razones que les induce a crear determinadas consecuencias de derecho, las características de la o las personas, etc., así como dependiendo de la circunstancia o sobre la situación de la persona, se dará el tipo de error y sus características, se han dado en la Doctrina, como en la Ley una serie de clasificaciones del error, y como

-
- (1) - Domínguez Martínez, Jorge A. - El Fideicomiso ante la Teoría del Negocio Jurídico, Editorial Porrúa, S.A. 3ª Edición, México 1962, D.F. Pág. 67
- (2) - Gutiérrez y González Ernesto. - Derecho de las Obligaciones, Edit. Cajica, Puebla México 1989. 5ª Edición. Pág. 273

primera división, nos encontramos con el error: a). Fortuito; y b). Provocado o inducido por dolo.

Aún cuando es un tanto imposible que se den todos estos tipos de errores, debido primordialmente a la estrecha vigilancia y control que sobre la fiduciaria se ejerce, por parte del Gobierno, encomendando dicho control a la Secretaría de Hacienda y Crédito Público, y ésta a su vez por conducto de la Comisión Nacional Bancaria y de Seguros, además de que como lo hemos precisado, la fiduciaria deberá actuar como un buen padre de familia, al realizar su gestión, por lo tanto, y para el caso de que al efecto el fideicomitente estuviese en algún error, será obligación de la fiduciaria hacérselo saber.

A). EL ERROR FORTUITO

Es aquel que se produce en la mente del sujeto, de una manera espontánea, en la que su contraparte no interviene en forma alguna. Este tipo de error se divide en: 1). Error Común, y 2). El mantenido por mala intención. El segundo de los referidos, es aquél, en el que a sabiendas que su contraparte cae en algún error, en lugar de sacarlo, lo mantiene en el mismo, a efecto de verse beneficiado. En cuanto al error común, se divide en cuatro acepciones a saber: I.- Error de Cálculo o Aritmético. II.- Error de Derecho. III.- Error de Hecho, y IV.- Error de Transmisión. Dichos errores, van a afectar al fideicomiso en diferentes formas, creando por lo tanto, desde su nulidad relativa hasta la inexistencia del mismo, por lo que, a continuación pasaremos a desarrollar cada uno de ellos.

I.- ERROR DE CALCULO O ARITMETICO

Conforme a lo establecido por el Código Civil, en su artículo 1814, el error de cálculo sólo da lugar a que se rectifique, dicho error consiste en el caso de que el fideicomitente al realizar diversas operaciones aritméticas, tiene una equivocación, resultando por lo tanto, menor la cantidad fideicomitida, da como consecuencia, a que se hiciera una rectificación de dichas operaciones. Por su parte, el Lic. Jorge A. Domínguez Martínez, establece "que si el error es de tal magnitud, éste si puede anular el negocio". (1) refiriéndose a la proporcionalidad de la cantidad afectada al fideicomiso.

II.- ERROR DE DERECHO

El error de derecho, se presenta cuando una persona tiene una falsa creencia sobre la aplicabilidad de una norma legal, o sobre su interpretación, esto es respecto de una regla jurídica aplicable a un contrato; es decir, no es la ignorancia de la norma que hace posible su anulación del contrato, sino la falsa creencia o mala interpretación que haga de la norma jurídica aplicable al contrato, ya que la ignorancia de las normas, como establece el Código Civil, en su artículo 219, el cual nos dice que: " la ignorancia de las leyes no excusa su cumplimiento; ..." situación en la que los contratos no son factibles de anularse. El caso del error de derecho, se refiere a que aún conociendo de determinada norma, el sujeto que da su consentimiento, basado en la falsa interpretación que haga de la misma, tiene como resultado la nulidad del contrato, pero además, deberán reunir ciertas características al momento de la celebración del fideicomiso entre las que nos encontramos que deberá declararse en forma expresa, a menos que se desprenda de la misma declaración, como lo establece el Código Civil en su artículo -

(1) Domínguez Martínez, Jorge A. - El Fideicomiso ante la Teoría General del Negocio Jurídico, Editorial Porrúa, S.A. México 1962, D.F. 3ª Edición.

1813 así como de las circunstancias del mismo contrato. De dicho error, el Lic. Jorge A. Domínguez Martínez, da un ejemplo del error de derecho, y dice: "Si se llega a celebrar un contrato de ejecución de fideicomiso, cuyo fin es que la fiduciaria destine ciertos fondos para la construcción de un edificio de 8 pisos, con el que se cubra un crédito al fideicomisario, desconociendo que en esa zona están gubernamentalmente prohibidas las construcciones de más de 5 pisos, no se liberará quien corresponda de la obligación de demoler su excedente, hasta el límite máximo, pre-textando ignorar la disposición correspondiente, pero el fideicomisario sí estará facultado a demandar con base de tal desconocimiento, la nulidad del contrato del que su deudor es fideicomitente, pues de haber conocido la disposición, no hubiera aceptado que mediante esta construcción lo garantizare o cubriera el crédito a su favor..." (1)

Consideramos que no es un error de derecho, ya que el fideicomisario desconocía la norma gubernamental que prohibía las construcciones de más de 5 pisos, por lo que, no se puede considerar como tal, ya que en primer lugar, no es un desconocimiento de la norma, sino un conocimiento de la misma, y esta a su vez, es una falsa interpretación o aplicación de la misma. Al caso concreto, más bien, como ejemplo, diríamos, que el fideicomitente entrega a la fiduciaria determinados bienes inmuebles, con el objeto de que los transmita en donación al fideicomisario, comprometiéndose al mismo tiempo, al pago del saneamiento para el caso de evicción, y para lo cual, declara en el fideicomiso que se obliga a ello, por determinarlo así la Ley, en el presente caso, concurren todos y cada uno de los supuestos que hemos venido manejando, o elementos del error de derecho,

(1) Domínguez Martínez Jorge A. - El Fideicomiso ante la Teoría General del Negocio Jurídico, Edit. Porrúa, S.A. México 1968, D.F. 3ª Edición Pág. 81.

ya que por un lado cree que la Ley lo obliga al saneamiento para el caso de evicción en los contratos de donación, y por otra parte, así lo manifiesta y lo pacta en el fideicomiso, dándose el segundo elemento del error de derecho. Con lo que, consideramos entendible que es el error de derecho, además de que el mismo nunca atacará, sobre la identidad o cualidades de la persona con quien se contrata, ni sobre la identidad o características intrínsecas de la cosa, sino es una falsa interpretación de las normas, y así lo manifiesta al momento de celebrar el fideicomiso o se desprende del mismo.

III.- ERROR DE HECHO

El error de hecho, es aquel que afecta de algún modo, o recae sobre la naturaleza del negocio celebrado, sobre la identidad, sustancia, características o cualidades de la cosa, etc., siendo su primera división, error obstáculo; error nulidad, y error indiferente, pudiendo ser sus consecuencias, desde un ajuste del precio, hasta la inexistencia del fideicomiso, pasando por la nulidad del mismo.

III.- a). Error Obstáculo

El error obstáculo u obstativo, lo define el Dr. Luis Muñoz como: "... La representación falsa en virtud de la cual se atribuye a la conducta o al comportamiento propios (declaración, manifestación), un significado diferente del que objetivamente tiene ..." (1)

(1) MUÑOZ, Luis.- El Fideicomiso, Editorial Cárdenas Editores y Distribuidores. 2ª. Edición México 1980, D.F. Pág 525

Otro de los autores que también lo define, es Pugliatti, quien establece: "... en una divergencia inconciente entre la voluntad y su declaración, ocasionando así una manifestación de voluntad irreal..." (1); de lo que, desprendemos una voluntad en la que existe una divergencia entre su querer interno y su declaración, por su parte Gutiérrez y González Ernesto, a pesar de no dar una definición, establece los efectos de dicho error obstativo, manifestando: "Impide la existencia del contrato, pues es tan grave y de tal magnitud, que en verdad no se puede decir se haya integrado el consentimiento, y al no integrarse este, falta uno de los elementos de existencia del contrato" (2), debido a que no se da la concordancia de las voluntades en el contrato.

Estableciendo la Doctrina, que el error obstativo, a su vez, se subdivide en a). Error sobre la naturaleza del acto que se debe ejecutar; y. b). El error sobre la identidad de la cosa objeto del acto.

En cuanto al primero, se ha dicho cuando el fideicomitente cree haber celebrado un fideicomiso determinado, como sería de administración, y la fiduciaria cree que celebró un fideicomiso traslativo de dominio, es decir, no existe concordancia en las voluntades del fideicomitente y la fiduciaria, en cuanto al tipo de fideicomiso que celebran, ya que cada uno realiza diferente acto, con lo que no se da la concordancia de las voluntades de las partes, provocando la inexistencia del fideicomiso derivado del error obstáculo.

En cuanto al segundo error mencionado (error sobre la identidad de las cosas materia del fideicomiso), lo tenemos cuando no se hace una verda-

(1) Autor citado por Domínguez Martínez Jorge A. El Fideicomiso ante la Teoría General del Negocio Jurídico, Edit. Porrúa, S.A. 3ª Edición. México 1982. Pág. 68

(2) Gutiérrez y González Ernesto. Derecho de las Obligaciones, Edit. Cajica, S.A. 5ª Edición. Puebla México 1978. Pág. 275.

dera identificación del objeto materia del fideicomiso, es decir, cuando el fideicomitente cree estar transmitiendo un objeto y la fiduciaria cree que el objeto es otro, debido a que no se hizo una verdadera identificación de éste. En este caso, como en el anterior, se da una causa de inexistencia del fideicomiso, por discrepancia en el objeto materia del mismo.

Dentro del error de hecho, también tenemos como subdivisión, al error - nulidad.

III.- b). Error-Nulidad

El error nulidad, o error vicio, según Pugliatti, lo define: "Consiste en una falsa representación que determina al sujeto a querer en un determinado modo; la voluntad existe, y corresponde a la declaración: - sin embargo la voluntad está viciada en su formación; el error en este caso es un vicio de la voluntad ..." (1)

Concluimos, que dicho vicio se limita a constreñir la declaración del sujeto, toda vez que dicho error también recae sobre las personas y cosas, pero sin que se llegue a dar la inexistencia debido a que no afecta a la identidad de los mismos, el Código Civil establece en su artículo 1813º, que: "El error de derecho o de hecho, invalida el contrato cuando recae sobre el motivo determinante de la voluntad de - cualquiera de los que contraten ...", ahora bien, dicho error también a su vez se subdivide en dos: el error en la substancia, y el error en la persona, mismos que a continuación estudiaremos.

(1) Autor citado por Domínguez Martínez Jorge A. El Fideicomiso ante la Teoría General del Negocio Jurídico. Editorial Porrúa, S.A. 3ª Edición. México 1982. Pág.72.

III.- b b') Error de Hecho Nulidad en la Substancia

El Lic. Ernesto Gutiérrez y González. establece como punto de partida, la definición de substancia, y al efecto manifiesta que: "Substancia es la cualidad de la cosa, cuya existencia ha sido considerada por las partes como requisito del contrato ..." (1). por su parte, Baudry Lacantinerie y Bardi, define a la substancia como: "en las cualidades substanciales de la cosa ..." (2), podemos decir que existe una discrepancia entre lo querido y lo obtenido en cuanto al objeto, además - que dicha discrepancia deberá ser de una magnitud tal, que modifique la calidad de la cosa, como ejemplo, en un fideicomiso, la fiduciaria cree que el objeto del fideicomiso es un número de candelabros de plata, - cuando en realidad son platinados, es decir, que a pesar que al efecto se fideicomitieran candelabros como así lo creía la fiduciaria, pero - los mismos son de material diverso al querido por ésta, estableciendo - la discrepancia en el objeto, en base, no al objeto, sino a la substancia del mismo, y por lo tanto, los rendimientos obtenidos serán me- nores, debido al error en que se encuentra la fiduciaria.

III.- b b''). El Error de Hecho Nulidad en la Persona

Como su mismo nombre lo establece, es aquél cuando creyendo el fideicomitente que celebra un fideicomiso con una institución x, en realidad realiza dicha operación con otra diversa, aún cuando al efecto se ha da do su manifestación de voluntad, no existe una debida concordancia en - tre su voluntad interna con la externa, en relación a la fiduciaria por lo que la misma está afectada de nulidad, debido a que en el momento de realizar dicha operación con una fiduciaria no querida la efectúa con - la misma, así como también, podríamos, a manera de ejemplo en el

(1) . Gutiérrez y González Ernesto. Derecho de las Obligaciones. Edit. Cajica, S.A. Puebla México 1978. 5ª Edición. Pág. 277

(2) Autor citado por Domínguez Martínez Jorge A. El Fideicomiso ante la Teoría del Ne gocio Jurídico. Editorial Porrúa, S.A. México 1962, D.F. 3ª Edición Págs. 72 y 73.

presente caso, decir que: el fideicomitente, queriendo beneficiar a una persona determinada, beneficia a otra, mediante un fideicomiso de inversión, donde el beneficiario recibirá los frutos o pro-
vechos del fideicomiso, dicho fideicomiso es nulo, debido a que los beneficios los recibirá otras personas, a quienes nunca se qu
so beneficiar, toda vez que el verdadero fideicomisario le inspira un sentimiento especial, y al no haberse beneficiado éste, existe como lo establecimos, la nulidad del fideicomiso.

III.- c). Error de Hecho Indiferente

Como último error de hecho, tenemos al indiferente, es aquél que de al
guna forma afecta a las causas o circunstancias incidentales del objeto, por lo que, no afecta la validez del negocio, éste no pasa a mayores cosas, debido a que no afecta a la voluntad de los sujetos.

Por lo que al momento de recaer sobre aspectos secundarios del negocio jurídico o accesorios, no perjudica en nada al fideicomiso, a modo de ejemplo, podremos decir que se fideicomiten x número de departamentos, para que la fiduciaria los venda, estableciendo que todos tienen puertas color café, pero existen algunos de los departamentos que en realidad -
tienen puertas color azul, es decir, el error cae sobre cosas secundarias y que en nada afecta al fideicomiso, toda vez que lo que se da en fideicomiso son departamentos, y todos con puertas, que el color de algunos no corresponda, en nada afecta al fideicomiso, y como consecuencia, a los fideicomisarios que son los que los adquieren.

Existe un último error, el de transmisión, el cual muchos de los autores lo clasifican como una especie del error obstáculo, y otros establecen que dicho error es independiente al de obstáculo. Consideramos poco impor -

tante definir si al efecto es o no una especie del error obstativo mismo que estudiaremos a continuación.

IV.- EL ERROR DE TRANSMISION

El Código Civil no reglamenta dicho error, pero se deriva del hecho de que al momento de celebrar un fideicomiso este es transmitido (el contrato) por cualquiera de los conductos de comunicación que se conocen, como el telégrafo, pero el mismo se distorsiona o se equivoca, ya sean los fines o el objeto del fideicomiso, y, por lo tanto, la destinataria fiduciaria realiza actos diversos a los que verdaderamente quería el fideicomitente, pero por causas ya sean imputables o no a él.

IV.- 1). Error en la Transmisión Imputable al Fideicomitente

Como lo apuntamos en líneas anteriores, aún no se ha dado una definición clara de dicho error, debido a la simpleza del mismo, por lo que diremos, que en nuestro concepto es cuando alguno de los contratantes, lee el contrato de fideicomiso a celebrar, y a pesar de que se encuentra con ciertos errores que no afectan la validez del mismo, lo firma, pudiendo éste ser anulado en caso de que su contraparte acepte o solicite dicha anulación, pero debemos suponer que si lo acepta también va a solicitar el pago de daños y perjuicios que le ocasionaron, cuando ha realizado díversos actos para la ejecución del mismo.

IV.- 2). Error de Transmisión no Imputable al Proponente

El error de transmisión no imputable al oferente, se da cuando una persona se vale de medios diversos no controlables por él. Un ejemplo claro sería cuando el fideicomitente se vale del telégrafo para celebrar un fideicomiso, pero al efectuar dicha transmisión, el telegrafista incurre en un equívoco de los bienes que se pretenden fideicomitir, y por lo tanto, el oferente no tiene culpa alguna, situación que da lugar a una rec-

tificación, o a solicitar la nulidad del fideicomiso, debido a que no le fue posible controlar o verificar el medio por el cual fue transmitido - realmente el contrato, en este caso igual que el anterior el aceptante - puede o no aceptar la nulidad del fideicomiso, y dicha aceptación considera ramos que es ligada al pago de daños y perjuicios que deberá pagar el oferente (fideicomitente).

B).- EL ERROR MANTENIDO POR MALA FE

Como lo dejamos establecido, el error fortuito se divide en error común, al que ya hemos estudiado y expuesto nuestras ideas en líneas anteriores, por lo que, a continuación, nos pasaremos a referir al error mantenido - por mala fe, que es la especie del fortuito, y al efecto, el Código Civil ha establecido a la letra en su artículo 1815º "...Se entiende por dolo - en los contratos cualquiera 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..", desprendiéndose de dicho artículo que cuando alguna de las partes (fideicomite o fiduciario), al celebrar el fideicomiso, se encuentra en error respecto a la substancia o a la persona, o a cualquiera de los diversos - elementos que se dieron con anterioridad, y su contraparte en lugar de sa carlo de su error, simplemente se abstiene de manifestarlo, y así celebra el fideicomiso, con lo que se daría una nulidad relativa o absoluta del mismo, dependiendo de la magnitud, tanto del daño como del error en sí - mismo.

2. EL ERROR PROVOCADO O INDUCIDO POR DOLO

De lo establecido en el Código Civil, que nos dice en su parte primera - del Artículo 1815º, que: "Se entiende por dolo en los contratos, cualquiera sugestión o artificio que se emplee para inducir a error o mantener en él, a alguno de los contratantes: ...", refiriéndose a dos tipos de error por dolo, el primero que sería cuando alguna de las partes, por medio de

sugestión o artificios, que se empleó para inducir al error a su contra - parte, y el segundo supuesto, es cuando a sabiendas que alguna de las partes, se encuentra en error, por medio de maquinación o artificios lo mantiene en él.

En el segundo tipo de error señalado, la doctrina no es muy clara, ya que por un lado lo considera como error dolo, y por el otro como un error fortuito mantenido por mala intención. Ahora bien, en cuanto al primero de los referidos, el error dolo es aquel que se induce por alguna de la partes, por medio de maquinaciones o artificios.

El error dolo, es una actividad positiva, la que realiza alguna de las partes para que su contraparte caiga en el error, para cuyo efecto realizó sugerencias o artificios, pudiendo clasificarse a este tipo de error dolo en dos: dolo bueno y dolo malo.

El error como dolo bueno, lo define el Código Civil, en su artículo 1821º, "Las consideraciones generales que los contratantes expusieren sobre los provechos y perjuicios que naturalmente pudieren resultar de la celebración del contrato, y que no importen engaño o amenaza alguna de las partes, no serán tomadas en cuenta al calificar el dolo o la violencia..."; así también, el Lic. Ernesto Gutiérrez y González, nos define al dolo bueno: "Se entiende por éste las consideraciones o artificios más o menos hábiles de que se vale una persona para llevar a otra a la celebración de un contrato ..." (1), es decir, que las maquinaciones que no importen una determinación definitiva de la voluntad del que celebra el acto, serán considerados como dolo bueno, debido a que en sí, no afectan a la de terminación de efectuar el fideicomiso, debido a que el sujeto que manifiesta su voluntad, así lo deseaba, y tan sólo dichos artificios sirvie-

(1) -Gutiérrez y González Ernesto.-. Derecho de las Obligaciones. Editorial Cajica, S.A. Puebla México 1978 5ª Edición. Pág. 299.

ran para acelerar su determinación o para que si se encontrara indeciso - de celebrar el fideicomiso, lo celebre.

En cuanto al dolo malo, podemos concluir, derivado del dolo bueno, como - aquél en el que el sujeto por medio del conjunto de maquinaciones empleadas para inducir al error y que determinase a la persona para dar su vo luntad en situación desventajosa a él, en la celebración de un acto jurídico, pudiendo ser éste dolo malo principal e incidental, el primero se re fiere a aquél conjunto de maquinaciones empleadas para inducir al error, y que determinan a la persona para dar su voluntad, es decir, en el supuesto caso de que el fideicomitente se le proponga un fideicomiso, y la fiduciaria realiza ciertas maquinaciones encaminadas a la realización, y por supuesto aceptación del fideicomitente, para realizarlo, cuando este no lo deseaba, y que de dichas maquinaciones obtendrá ciertos beneficios - la fiduciaria, que a la postre no se dan, dando como resultado que el único beneficiado sea el fideicomitente, en cambio, el dolo incidental, es - aquél que se dá cuando el fideicomitente tiene la intención de constituir un fideicomiso, y debido a las maquinaciones realizadas por la fiduciaria, recibe menos frutos que los que realmente debió recibir, y como consecuencia, la fiduciaria es la que obtendrá buenas comisiones dando como consecuencia la nulidad relativa, debido a que el mismo fideicomiso se podrá mo dificar si así lo desea el fideicomitente.

LA VIOLENCIA E INTIMIDACION, COMO VICIOS DE LA VOLUNTAD

El Código Civil define a la violencia e intimidación, en su artículo 1819, como: "Hay violencia cuando se emplea fuerza física o amenazas que imponen peligro de perder la vida, la honra, la libertad, la salud, o una par te considerable de los bienes del contratante, de su cónyuge, de sus ascen dientes, de sus descendientes o de sus parientes colaterales, dentro del segundo grado". La violencia como la intimidación, no podemos catalogarla-

dentro de los vicios de la voluntad, sino como medios para viciarla, ya que al momento de viciar una voluntad, nos estamos refiriendo a un aspecto material, y no al psicológico, como sería el caso de la violencia; por lo que, al momento de sancionarse dicho ilícito, es debido a la falta de la libre manifestación de la voluntad del fideicomitente o fiduciaria, - ya que se están ejecutando hechos materiales sobre éstos o sobre terceras personas que se encuentran vinculadas con los contratantes.

Por otra parte, consideramos que dicho artículo contiene un error, debido a que no se debió establecer el grado de parentesco sobre de quien se ejerza la violencia, ya que se podría dar el caso de que se efectuarán actos de violencia en contra de algún pariente dentro del cuarto grado - del fideicomitente, y debido al aprecio que éste siente por aquel, efectúa un fideicomiso que nunca quiso realizar, por lo que debemos entender, en cuanto al grado de los parientes sobre los que se pueda ejercer violencia, por lo que el Código Civil debió ser enumerativo y no limitativo, debiéndose establecer en dicho precepto que cualquier pariente que se le tenga un sentimiento tal que con la violencia o amenaza de causarle un daño, se lleve a coaccionar el ánimo del contratante, para que éste acepte determinado acto jurídico, con lo que se estaría en el supuesto de que se estuviera viciando su voluntad por medio de la violencia.

La Doctrina ha establecido, que el temor podrá ser de tres diversas formas: a). Temor Reverencial; b). Advertencia de ejercitar un derecho; y c). Temor Fortuito. Vicios que por su naturaleza no implican la nulidad del contrato.

A). Temor Reverencial

El Código Civil ha definido al temor reverencial, estableciendo en su artículo 1820º, "El temor reverencial, éste es, el sólo el temor de desagradar a las personas a quienes se debe sumisión y respeto, no basta pa

ra viciar el consentimiento ...", por si sólo se explica dicho precepto, al referirse al temor reverencial, el que deberá contener para que se dé, la sumisión y respeto que se deba a otra persona, aunado al temor de desagrado, casi de manera general la doctrina ha establecido que dicho temor reverencial se da por lo regular en contratos celebrados entre familiares, claro, ésto no es en forma definitiva ya que existen casos o situaciones, en los que dos personas por la estrecha relación que tiene una de ellas le deba respeto y sumisión a la otra y comine esta última, a celebrar determinado fideicomiso, como sería en un fideicomiso en el que el fideicomitente celebre un fideicomiso traslativo de dominio a favor de otra, pudiendo el fideicomitente simple y sencillamente celebrar un contrato de compra-venta con otra persona diversa al fiduciario, pero debido a la obediencia que le deba el fideicomitente al fideicomisario, ya que éste es su padre, se ve en la necesidad de celebrar el fideicomiso traslativo de dominio en su favor realizándose en pagos mensuales, con lo que a pesar del temor reverencial que se advierte en dicho fideicomiso, es imposible declarar su nulidad absoluta o relativa, o más bien dicho dicho solicitarla, ya que dicho temor no alteró en forma definitiva la voluntad del fideicomitente.

B). Advertencia de Ejercicio de un Derecho

Temor causado por la advertencia de ejercicio de un derecho, el Lic. Ernesto Gutiérrez y González, lo define: "... cuando se amenaza a una persona con ejercitar un derecho que se tiene contra ella, si ésta no celebra un determinado acto ..." (1), mientras que exista una acción a ejercitar en contra de una determinada persona (deudor) es válido que el acreedor lo comine a celebrar determinado acto, pues de lo contrario, - ejercerá la acción que contra de ella se puede tener. En forma de ejemplo, diremos: cuando la fiduciaria gracias a la amenaza que puede ejercer en contra del fideicomitente, debido a que éste le debe ciertos cré

(1) Gutiérrez y González Ernesto. - Derecho de las Obligaciones. 5ª Edición. Editorial Calica, S.A. 2ª Reimpresión, Puebla México 1978. Pág. 308.

ditos, lo obliga a afectar determinados bienes en fideicomiso para garantizar adeudos, y éste se ve en la necesidad de afectarlos, debido a que si no lo hace la fiduciaria ejercerá la acción correspondiente ante los tribunales, con lo que le ocasionaría un mayor menoscabo en su patrimonio, en este caso, el fideicomiso no se ve afectado de nulidad, debido a la naturaleza lícita de su origen, aún cuando exista la advertencia del ejercicio de un derecho.

C). Temor Fortuito

Aún cuando el temor fortuito es considerado como una especie del temor por algunos autores, con los que no estamos muy de acuerdo, por creer que tanto en el temor reverencial como en el temor por advertencia de ejercer un derecho, en los mismos interviene su contraparte, que en cierto modo lo obliga a celebrar un determinado acto en beneficio propio, en cambio, en el temor fortuito son las circunstancias prevaletientes en torno del sujeto las que obligan a dicha persona a celebrar un fideicomiso, por lo tanto no intervienen otras personas para forzar su ánimo; sin embargo, creímos importante desarrollar en el presente inciso dicho temor, a efecto de no perder la coherencia, además de que como lo expusimos, existen diversos autores que si lo consideran como una especie de temor.

Por último, consideramos que gracias a la celebración de determinado negocio, el sujeto, en lugar de sufrir un daño, lo subsana al celebrarlo, además de que el sujeto fue libre de apreciar y juzgar por sí mismo las circunstancias de su propio temor, y por lo tanto, su voluntad fue dada libremente y no se ve constreñida a la voluntad de otro sujeto como acontece con el temor reverencial y en el temor de ejercicio de un derecho.

LA VIOLENCIA FISICA

El Artículo 1819º, del Código Civil, mismo que ya fue transcrito, nos habla de la violencia física como vicio de la voluntad, término mal empleado, debido a que más bien, es un medio para viciar otra voluntad. Se le ha dado en nombre a la violencia física, por la vía de derecho, como vis absoluta, consistiendo ésta en hechos materiales de tal magnitud, que se traduce en una fuerza física irresistible, al grado tal de arrancar la voluntad de quien padece dicha violencia, por lo que, la voluntad se desvincula del querer interno del sujeto, con la manifestación exterior, con lo que no se da el proceso volutivo de la voluntad, teniendo ésto trascendental importancia, debido a que toda voluntad deberá venir precedida de la adecuación que exista en un sujeto entre su fuero interno y su fuero externo, por lo que, el sujeto ante tales circunstancias es un mero instrumento sometido al querer del sujeto que ejercitó dicha vis absoluta, traduciéndose ésto en una nulidad absoluta del acto.

LA LESION COMO VICIO DE LA VOLUNTAD

El Código de Comercio nos habla de la lesión en su Artículo 385, el que a la letra dice: "...Las ventas mercantiles no se rescindirán por causa de lesión; pero el perjudicado, además de la acción criminal que le compete, le asistirá la de daños y perjuicios contra el contratante que hu**biere** procedido con dolo o malicia en el contrato o en su cumplimiento".

Aún cuando el fideicomiso no es una venta mercantil, dicho artículo le es aplicable debido a que como lo dispone el Artículo Primero del Código de Comercio "Las disposiciones de este código son aplicables sólo a los actos comerciales" y más aún en la Ley Reglamentaria del Servicio Público de Banca y Crédito ha establecido la supletoriedad de las Leyes en su Artículo Quinto "En las operaciones y servicios bancarios las Ins

tituciones de Banca Múltiple se registrarán por esta Ley, por la Ley Orgánica del Banco de México, y en su defecto, en el orden siguiente por: La Legislación Mercantil ..."

Ahora bien, del análisis que podemos hacer de dicho artículo que más que una definición de la lesión, nos dice las consecuencias del acto viciado, aún cuando a decir verdad no parece ser el acto constitutivo, sino el contrato cuando en sí ya se dió y más aún confunde la lesión con el dolo o mala intención cuando estas son figuras diferentes en cuanto a su forma de darse, ya que ambos son vicios de la voluntad.

Por otra parte emplea el término de rescisión cuando debió de hablar de nulidad debido a que la rescisión opera en los contratos que se han dado, es decir, no nace con el acto, además que opera por incumplimiento en las obligaciones ya contraídas y sus efectos son válidos. En cambio si hablamos de la lesión como vicio de la voluntad, la misma se dá con el nacimiento del acto, además de que no surge por el incumplimiento de las obligaciones y sus efectos al ser declarada se retrotraen al momento mismo de la constitución.

Aún cuando por razones económicas el legislador le pretendió dar un trato especial a la lesión, consideramos que se encuentra totalmente errado dicho artículo, por las razones antes expuestas.

Aún cuando ya lo establecimos que para el caso de lesión será aplicable lo establecido en el Código de Comercio, creímos conveniente establecer lo que dice el Código Civil respecto a la lesión en su artículo 17: "Cuando alguno, explotando la suma ignorancia, notoria inexperiencia o extrema miseria de otro; obtiene un lucro excesivo que sea evidentemente desproporcionado a lo que él por su parte se obliga y el perjudicado

tiene derecho a elegir entre pedir la nulidad del contrato o la reducción equitativa de su obligación, más el pago de los correspondientes daños y perjuicios". De lo señalado en este artículo, podemos inferir que existen diversos supuestos a efecto de que se de la lesión, como sería el celebrar un fideicomiso, el Fidelcomitante el cual es notoriamente inexperto o sumamente ignorante o bien su extrema necesidad, condiciones que son indispensables para efecto de poder establecer la lesión pero a estas características deberá ir unida la de lucro excesivo que deberá obtener el fideicomisario, ya que aún cuando el Fidelcomitante se encuentra en alguno de los tres supuestos a que nos referimos, pero el fideicomitente no obtiene dicho lucro excesivo, el mismo fideicomiso no se encontrará viciado por lesión.

CONCLUSIONES

- 1). El Fideicomiso Mexicano, desciende de la Fiducia Romana, en cuanto a la teoría, más no así, en la práctica, debido a que es muy parecida en este aspecto, al trust-anglosajón.
- 2). El Fideicomiso, es un acto de comercio, ya que, por principio así lo contempla el Código de Comercio, y más aún, por sus mismas características, como acto, ya que el mismo es una repetición constante con fines lucrativos y ejecutado por una empresa (Banco), lo que le da la característica de acto de comercio.
- 3). En el fideicomiso, se dan derechos y obligaciones para las partes, (fideicomitente y fiduciario), se dá el pacto comisariado, por lo que, lo consideramos un contrato bilateral.
- 4). El fideicomiso es una especie de los negocios fiduciarios, debido a que en ambos se establece la doble relación, una externa y la segunda interna, y sólo sus extremos son intrínsecos. Esto último, como consecuencia de que cualquier figura que desciende de otra, tendrá sus propias peculiaridades o características.
- 5). Para la constitución del fideicomiso, es requisito para que se dé éste como tal, la voluntad del fideicomitente, así como la de la fiduciaria, aunado al objeto materia del mismo.
- 6). La voluntad de las partes en todo tipo de contratos, es de suma importancia, por lo que, el Legislador ha tenido mucho cuidado al respecto, estableciendo que la falta de la voluntad de alguna de las,

partes, traen como consecuencia la inexistencia del pretendido acto, circunstancia que también acontece en el fideicomiso; pero a éste se le auna otro pequeño detalle, y es que la voluntad deberá obrar por escrito.

7). Dentro de las características primordiales del fideicomiso, es que sus fines no sean contrarios a las leyes y buenas costumbres, debido a que el Legislador no limitó a éstos, con el objeto de no entorpecer su desarrollo.

8). Como consecuencia de la expropiación de la banca, el Estado es el único que puede ser fiduciario.

9). La inexistencia del pretendido fideicomiso, no es factible de confirmarse, ni por prescripción o caducidad, y la misma puede invocarse por cualquier interesado, debido a que nunca existió dicho fideicomiso.

10). La inexistencia del pretendido fideicomiso, no se puede hacer valer, ni como acción ni por excepción, sino que basta la declaración del Juez.

11). Al darse la inexistencia del pretendido fideicomiso, sus efectos se retrotraen al momento mismo de su constitución, y por lo tanto, no es factible de que se engendren consecuencias; sin embargo, si se pueden dar consecuencias derivadas de que como hecho surtió efectos, el fideicomiso.

12). La inexistencia del pretendido fideicomiso, no se puede subsanar ni por confirmación o caducidad.

13). Todo interesado puede solicitar la inexistencia del pretendido fideicomiso, cuando le falte algún elemento de definición.

14). Sólo el error es vicio de la voluntad del oferente, ya que tanto la lesión como la violencia, son medios para viciar una voluntad.

15). Existen diversos tipos de error en la voluntad de los contratantes, y al momento de verificarse alguno de ellos, pueden acarrear desde la inexistencia del pretendido fideicomiso, hasta su nulidad relativa.

16). El error obstativo, es de tal magnitud, que acarrea la inexistencia del fideicomiso, debido a que no se da el proceso volutivo, en forma perfecta en el oferente, o recae sobre el objeto del fideicomiso dicho error.

17). Cuando se da la nulidad absoluta en el fideicomiso, el mismo si surte sus efectos legales, hasta antes de ser declarada, aún cuando después sus efectos se retrotraen al momento de su ejecución.

18). Al verificarse la nulidad relativa del fideicomiso, el mismo si surte sus efectos, y es factible el mismo de confirmarse.

19). El fideicomiso puede estar afectado de nulidad relativa por falta de forma, pero la misma es factible de convalidarse si el fideicomitente y fiduciario realizan el fideicomiso, conforme lo previene la Ley General de Títulos y Operaciones de Crédito, o sea, por escrito.

BIBLIOGRAFIA

ACOSTA ROMERO MIGUEL.- Derecho Bancario. Primera Edición. Editorial Porrúa. México 1978, D.F.

ACOSTA ROMERO MIGUEL.- La Naturaleza Jurídica del Fideicomiso, Las Instituciones Fiduciarias y el Fideicomiso en México.

ALFARO RICARDO J.- El Fideicomiso. Imprenta Nacional. Panamá 1920.

BATIZA RODOLFO.- El Fideicomiso (Teoría y Práctica). Cuarta Edición. Editorial Porrúa. México 1980, D.F.

BATIZA RODOLFO.- Tres Estudios sobre el Fideicomiso. Imprenta Universidad. México 1954, D.F.

BOJALIL JULIAN.- Fideicomiso. Editorial Porrúa. México 1962, D.F.

CERVANTES AHUMADA RAUL.- Derecho Mercantil. Cuarta Edición. Primera Reimpresión 1986. Editorial Herrero, México 1984, D.F.

CERVANTES AHUMADA RAUL.- Títulos y Operaciones de Crédito. Décima Edición. Editorial Herrero, S.A. México 1979.

DOMINGUEZ MARTINEZ JORGE A.- El Fideicomiso ante la Teoría General del Negocio Jurídico. Tercera Edición. Editorial Porrúa. México 1982.

GEORGIANO FRUTOS VICTOR M.- Curso de Derecho Bancario y Financiero. Primera Edición. Editorial Porrúa. México 1984.

GONZALEZ Y GUTIERREZ ERNESTO.- Derecho de la Obligación. Quinta Edición. Editorial Cajica. México 1974, D. F.

LEGISLACION BANCARIA.- Secretaría de Hacienda y Crédito Público, Dirección General de Crédito. Tomo II. México 1957, D. F.

MARTINEZ Y FLORES MIGUEL.- Derecho Mercantil Mexicano. Primera Edición. Editorial Pax-México-Librería Carlos Cesarman, S.A. México 1980.

MUÑOZ LUIS.- Derecho Bancario Mexicano. Primera Edición. Editorial Editor Cárdenas, Editor y Distribuidor. México 1974, D.F.

MUÑOZ LUIS.- El Fideicomiso. Segunda Edición. Editorial Cárdenas, Editor y Distribuidor. México 1980, D. F.

PERALOZA SANTILLAN DAVID.- El Fideicomiso Público Mexicano. Primera Edición. Editorial Cajica, S.A. Puebla, Puebla 1983.

PUEENTE Y FLORES ARTURO Y OCTAVIO CALVO MARROQUIN.- Derecho Mercantil. Trigésima Prmera Edición. Editorial Banca y Comercio, S. A. México 1985, D. F.

RODRIGUEZ RODRIGUEZ JOAQUIN.- Derecho Bancario. Sexta Edición. Editorial Porrúa. México 1970, D. F.

RODRIGUEZ RODRIGUEZ JOAQUIN.- Derecho Mercantil. Sexta Edición. Tomo II. Editorial Porrúa. México 1966, D. F.

ROJINAS VILLEGAS RAFAEL.- Comradia de Derecho Civil. Introducción. Personas y Familia. Décima Cuarta Edición. Editorial Romero. México 1977.

ROJINAS VILLEGAS RAFAEL.- Derecho Civil Mexicano. Introducción y Personas. Tercera Edición. Tomo I. Editorial Porrúa. México 1980, D.F.

SALDARA ALVAREZ JORGE.- Manual del Funcionario Bancario. Primera Edición. México 1986, D. F.

VILLAGORDOA LOZANO JOSE MANUEL.- Doctrina General del Fideicomiso. Primera Edición. Editorial Asociación de Banqueros de México, S.A. México 1976, D.F.