

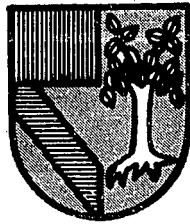
308909

2
K2

UNIVERSIDAD PANAMERICANA

FACULTAD DE DERECHO

CON ESTUDIOS INCORPORADOS A LA
UNIVERSIDAD NACIONAL AUTONOMA DE MEXICO



FUNDAMENTACION JURIDICA DE LA QUIEBRA DEL PATRIMONIO FIDEICOMITIDO.

T E S I S
QUE PARA OBTENER EL TITULO DE:
LICENCIADO EN DERECHO
P R E S E N T A :
GONZALO SANTIAGO BOLIO CASANUEVA

Director de Tesis: Dr. Alfonso Guerrero Martínez

MEXICO, D. F.

1993

TESIS CON
FALLA DE ORIGEN



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 está 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.

INDICE

INTRODUCCION.....1

CAPITULO I. ANTECEDENTES HISTORICOS DEL FIDEICOMISO.

1.1.-DERECHO ROMANO.....	3
1.2.- EL MAYORAZGO DE LA EDAD MEDIA.....	9
1.3.- EL USE.....	12
1.4.- EL TRUST.....	21

CAPITULO II. ANTECEDENTES HISTORICOS Y LEGISLATIVOS DEL FIDEICOMISO EN MEXICO.

2.1.-ANTECEDENTES HISTORICOS.....	25
2.1.1.- INTRODUCCION.....	25
2.1.2.- PROYECTO LIMANTOUR.....	26
2.1.3.- PROYECTO CREEL.....	28
2.1.4.- PROYECTO VERA ESTAÑOL.....	29
2.2.- ANTECEDENTES LEGISLATIVOS.....	30
2.2.1.- LEY GENERAL DE INSTITUCIONES DE CREDITO Y ESTABLECIMIENTOS BANCARIOS DE 1924.....	30
2.2.2.- LEY DE BANCOS DE FIDEICOMISO DE 1926.....	31
2.2.3.- LEY GENERAL DE INSTITUCIONES DE CREDITO Y	

ESTABLECIMIENTOS BANCARIOS DE 1926.....	37
2.2.4.- LEY GENERAL DE INSTITUCIONES DE CREDITO DE 1932.....	38
2.2.5.- LEY GENERAL DE TITULOS Y OPERACIONES DE CREDITO DE 1932.....	41
2.2.6.- LEY GENERAL DE INSTITUCIONES DE CREDITO Y ORGANIZACIONES AUXILIARES DE 1941.....	42
2.2.7.- LEY REGLAMENTARIA DEL SERVICIO PUBLICO DE BANCA Y CREDITO DE 1982.....	45
2.2.8.- LEY REGLAMENTARIA DEL SERVICIO PUBLICO DE BANCA Y CREDITO DE 1985.....	45
2.2.9.-LEY DE INSTITUCIONES DE CREDITO DE 1990.....	45

CAPITULO III.-NATURALEZA JURIDICA DEL FIDEICOMISO.

3.1.- DIVERSAS TEORIAS SOBRE LA NATURALEZA JURIDICA DEL FIDEICOMISO.....	51
3.1.1.- TEORIA QUE IDENTIFICA AL FIDEICOMISO CON EL MANDATO.....	51
3.1.2.-EL FIDEICOMISO COMO NEGOCIO FIDUCIARIO.....	56
3.1.3.- EL FIDEICOMISO COMO DESDOBLAMIENTO DEL DERECHO DE PROPIEDAD.....	64
3.2.- OPINION PERSONAL ANTE EL PROBLEMA DE LA NATURALEZA JURIDICA DEL FIDEICOMISO.....	66
3.2.1.- LA TEORIA DE LOS HECHOS Y LOS ACTOS JURIDICOS.....	67

3.2.2.- OPINION PERSONAL.....	72
-------------------------------	----

CAPITULO IV.-LA QUIEBRA DEL PATRIMONIO FIDEICOMITIDO.

4.1.- INTRODUCCION.....	77
-------------------------	----

4.2.- CLASIFICACION DE LOS FIDEICOMISOS.....	77
--	----

4.3.- DERECHO DE QUIEBRAS.....	81
--------------------------------	----

4.3.1.- INTRODUCCION.....	81
---------------------------	----

4.3.2.- ANTECEDENTES HISTORICOS.....	84
--------------------------------------	----

4.3.3.- LOS PRESUPUESTOS DE LA QUIEBRA.....	88
---	----

4.4.- LA QUIEBRA DEL PATRIMONIO AFECTADO EN FIDEICO MISO.....	91
--	----

4.4.1.- OPINIONES A FAVOR.....	92
--------------------------------	----

4.4.2.- FUNDAMENTOS DE LA OPINION CONTRARIA.....	104
--	-----

4.4.3.- OPINION PERSONAL.....	106
-------------------------------	-----

4.4.4.- PROPUESTA DE ADICION A LA LEY DE QUIEBRAS Y SUSPENSION DE PAGOS.....	113
---	-----

CONCLUSIONES.....	115
-------------------	-----

BIBLIOGRAFIA.....	122
-------------------	-----

INTRODUCCION

El importante desarrollo que el fideicomiso ha tenido en México desde su primera regulación en 1926 y especialmente a partir de la promulgación de la actual Ley General de Títulos y Operaciones de Crédito, lo califica como una figura jurídica eminentemente práctica en nuestro medio, a pesar de su origen extranjero. Lo anterior en la vida diaria se traduce en multitud de problemas concretos que inevitablemente surgen entre las partes contratantes en el fideicomiso. Considero que la cuestión que en esta tesis nos planteamos tiene especial importancia, aún antes de que se plantee como tal en la vida real, pues la mera respuesta afirmativa en el sentido de que sí es susceptible de que se declare en quiebra un patrimonio fideicomitado, modificará la actitud y el comportamiento de quienes lo constituyen, o de los fiduciarios o en fin, de quién por alguna razón tiene contacto con él. Por todo lo anterior, he encontrado interés en el tema, y lo considero como la prueba escrita de mi exámen profesional.

He dividido esta tesis en cuatro capítulos; en el primero, pretendo realizar un esbozo de la historia de la figura del fideicomiso, desde sus posibles antecedentes en el Derecho Romano hasta los tiempos modernos, En el segundo

se revisa la trayectoria del mismo fideicomiso en el ámbito jurídico nacional: proyectos de ley, leyes y posturas doctrinarias en relación a estos. En el capítulo tercero intento (a pesar de no constituir el objetivo central de esta tesis), revisar las principales opiniones de la doctrina acerca de la naturaleza jurídica del mismo fideicomiso, con la finalidad de tomar la más adecuada a nuestro orden jurídico, y con la intención de tener una idea clara que pueda servir como base para el estudio del principal problema que nos hemos planteado. Por último, en el capítulo cuarto, se revisan los tipos de fideicomiso que en nuestro medio existen, el derecho de quiebras, vigente y una somera revisión histórica, para luego examinar si es posible fundamentar jurídicamente una declaratoria de quiebra de un patrimonio fideicomitado.

Toda opinión o comentario, verbal o escrito, acerca de este trabajo, lo agradeceré, pues no pretendo sino iniciar escribiendo en estos temas, y como a todo principiante, el error y la equivocación no deben serme extraños, por lo que toda observación seguramente enriquecerá este esfuerzo.

CAPITULO PRIMERO:

ANTECEDENTES HISTORICOS DEL FIDEICOMISO.

1.1.- DERECHO ROMANO.

Al estudiar una figura como el fideicomiso, es necesario remontarnos a otras épocas para analizar instituciones jurídicas, que pueden o no tener una vinculación directa con nuestro objeto de investigación, pero que sin embargo, como en el caso de el fideicomiso, tienen elementos comunes (inclusive en el nombre) y constituyen un claro antecedente que no es posible dejar de examinar, si queremos tener una visión clara de la evolución del Derecho y de la figura jurídica que pretendemos estudiar.

Aún cuando es controvertido el hecho de que alguna institución de Derecho romano sea origen del trust anglosajón, el cual, sí tiene una conexión con el fideicomiso mexicano siendo esta relación reconocida incluso por el legislador, desde una perspectiva genérica encontramos similitudes, como son la afectación de bienes por parte de una persona, su entrega a otra para la realización de un fin lícito, etc., por lo que no podemos dejar de considerar que dentro de la transmisión en el tiempo de las estructuras del Derecho, es posible pensar que en el Derecho Romano encon-

tramos antecedentes de nuestro fideicomiso.

Dos instituciones jurídicas existieron en Roma que se pueden considerar como antecedentes del fideicomiso: la "fiducia" y el "fideicommissum". Este último, se utilizaba para poder transmitir bienes por herencia a personas que carecían de la "testamenti factio pasiva", es decir, aquellas personas que carecían de capacidad para heredar; pudiendo, de este modo, el testador hacer prevalecer su voluntad frente a la Ley. Básicamente podemos considerar al "fideicommissum" como un encargo que el testador dejaba a otra persona, llamada fiduciario, en provecho de una tercera, denominada fideicomisario.¹

Este tipo de fideicomisos, se realizaban de modo verbal, no requerían una forma especial: se podían hacer, no sólo en un testamento, sino en cualquier tipo de codicilo, hasta de palabra, incluso con un simple gesto; consecuentemente, se podían revocar también de cualquier forma.²

-
- 1.- VILLAGORDOA LOZANO, José Manuel, "Doctrina General del Fideicomiso", México, D.F., 1976, Ed. de la Asociación de Banqueros de México, A.C., p. 11, 12 y 13.
 2. D'ORS, Alvaro, "Derecho Privado Romano", Pamplona, 1983, EUNSA, p. 385.

En sus orígenes, el cumplimiento de lo encargado por el testador, dependía de la buena voluntad del fiduciario, dado que la obligatoriedad del mismo encargo, civilmente hablando, era practicamente nula porque se trataba de un ruego y no de una orden.

Frecuentemente sucedió que los fiduciarios incumplieron sus encargos, provocando gran escándalo en la opinión pública, pues no sólo incumplían, sino que con frecuencia se apropiaban de los bienes que les habían sido transmitidos. Esta situación provocó que el emperador Augusto nombrara cónsules que hicieran ejecutar los fideicomisos cuando el fraude fuera claro. Poco a poco se fue asimilando esta medida en el derecho romano hasta que por su importancia hubo necesidad de establecer un pretor especial, el "pretor Fideicommissarius".³

Posteriormente se introdujeron restricciones equiparando al fideicommissum en este sentido con los legados. Así vemos que en tiempos de Vespasiano se introdujo el principio de la Lex Falcidia al fideicommissum (senadoconsulto Pegasiano), y que las incapacidades resultantes de la legislación caducaria se extendieron al fideicomiso. En la época de Adriano, los peregrinos y las "personae incertae",

3.VILLAGORDOA LOZANO, José Manuel, op. cit., p. 13.

incapaces de recibir herencias y legados, fueron declaradas también incapaces de recibir fideicomisos. Y así poco a poco, el fideicomiso perdió la elasticidad que lo distinguió del legado y de la herencia; quedando sin embargo, algunas personas que no tenían la "testamenti factio pasiva" en aptitud de recibir fideicomisos, aún en tiempos del Bajo Imperio. ⁴

Por otro lado, el fideicomiso otorgaba al testador posibilidades mayores que excedían a las de los legados: en palabras del romanista Alvaro D'Ors:

"Puede servir para encargar al fideicomisario que manumita a un esclavo (fideicommissaria libertas), y varias disposiciones imperiales hicieron coactiva esta manumisión indirecta, que Justiniano equiparó a la testamentaria, aunque el fiduciario se siga haciendo patrono. El fideicomitente puede supeditar el fideicomiso, no sólo a la no-adquisición por parte de otro fideicomisario (a modo de substitución vulgar), sino a la muerte de otro

4. BANCO MEXICANO SOMEX, S.A., (diversos autores), "Las Instituciones Fiduciarias y el Fideicomiso en México", México, D.F., 1982, p. 3.

adquirente, incluso haciendo llamamientos sucesivos, todos ellos suspendidos por una condición o un término, generalmente el "dies" de la muerte del adquirente anterior (substitución fideicomisaria); este llamamiento sucesivo puede referirse también a toda la herencia. Otra variante es la del fideicomiso que tiene por objeto "lo que quede de la herencia", en cuyo caso el fiduciario puede sustituir unas cosas por otras nuevas "subrogación real" y disminuir la herencia según las exigencias de la buena fe; a lo que Justiniano fija el límite de los tres cuartos, para reservar al fideicomisario la cuarta parte. Asimismo, también puede consistir el fideicomiso en la herencia entera o, como ocurre en la "partitio legata", una cuota de la misma (fideicomiso de herencia); esta forma producía los mismos efectos prácticos de una subsstitución de heredero, pero sin sus exigencias formales y con la posibilidad de disponer incluso a favor de personas que todavía no existen. Finalmete, un fideicomiso puede servir para encargar al heredero la ejecución de los legados." ⁵

5.D'ORS, Alvaro, op. cit., p. 386, 388.

Las mencionadas substituciones fideicomisarias se transmitieron a los regímenes jurídicos que surgieron del derecho romano y sirvieron para acumular los bienes de las familias, especialmente en la Edad Media, alcanzando tanta importancia sus consecuencias que incluso, en nuestro derecho positivo, se encuentran prohibidas.

Por otro lado, tenemos a la "Fiducia", contrato de buena fe, que consistía, esencialmente, en una transmisión de propiedad que realizaba una persona a otra, llamada fiduciario, mediante alguna forma solemne, (*mancipatio* o *in iure cessio*), la que iba acompañada de un "pactum fiduciae". El objeto de este pacto, era garantizar un crédito, "fiducia cum creditore", o con fines de varia índole, "fiducia cum amico". El cumplimiento de lo pactado, estaba garantizado por la existencia de una acción civil o pretoria: "actio fiduciae"; y el fiduciario estaba protegido por la "actio fiduciae contraria", para reclamar los gastos hechos en la cosa y resarcirse de los daños que esta le ocasionare.⁶

En los últimos años del derecho romano la fiducia se ha extinguido practicamente, a la vez que las formas solem-

6.VILLAGORDOA LOZANO, José Manuel, op. cit., p. 12.

nes de transmisión de la propiedad (in iure cessio y mancipatio), y se fue sustituyendo por otro tipo de contratos. Alvaro D'Ors nos dice que :

"Ya Gayo se había olvidado de ella al hacer la clasificación de los contratos, y Justiniano sustituyó sistemáticamente la fiducia por el pignus o, en su caso, por el comodato, depósito, etc." ⁷

1.2.- EL MAYORAZGO DE LA EDAD MEDIA.

Para algunos autores esta institución es el segundo antecedente histórico que podemos encontrar en relación con el fideicomiso, sin embargo otros discrepan de esta opinión, y consideran que muy poco es lo que tienen en común, y que por lo tanto, difícilmente se le puede considerar como tal. Es así como se expresan los autores del ensayo sobre las "Instituciones Fiduciarias y Fideicomiso en México", editado por el Banco Mexicano Sómex:

7.D'ORS, Alvaro, op. cit., p. 528.

"El mayorazgo, institución de origen fundamentalmente español y derivada de los odiosos privilegios de la Edad Media; institución de la cual vamos a hacer una somera referencia y desde luego, afirmamos que no tiene nada en común, ni puede ser considerada como antecedente del fideicomiso".⁸

Octavio Hernández define al mayorazgo como la:

"Institución jurídica en cuya virtud el primogénito ("major natu") tiene derecho de suceder los bienes del progenitor, con la condición de heredar bajo la misma condición a su primogénito".⁹

El mayorazgo en la Edad Media cumplía funciones importantes, pues en las relaciones de los señores con sus vasallos importaba mucho la claridad y fuerza del vínculo del vasallaje, de modo que la separación del patrimonio del padre entre muchos hijos, sólo podía contribuir a debilitar y a crear confusión en estas relaciones; sin embargo, para

8. BANCO MEXICANO SOMEX, S.A., op. cit., p.6

9. HERNANDEZ, Octavio, "Derecho Bancario Mexicano - Instituciones de Crédito", México, 1956, tomo II, p.37.

algunos autores esta institución fue nefasta, y en esta línea se expresa Escriche, citado en el volumen ya mencionado, elaborado por la institución bancaria citada:

"No hay pues en las instituciones de los romanos, así como tampoco en las de los griegos, ni en la de ninguno de los legisladores antiguos, sombra alguna de nuestros mayorazgos. Esta institución funesta que abrió una sima insondable donde ha ido sepultando la propiedad territorial, que quitaba a los padres los medios de fomentar la virtud y el mérito de sus hijos; que condenaba a la pobreza, al celibato y a la ociosidad a un número incalculable de individuos del estado, y al mismo tiempo ocasionaba el lujo excesivo y la corrupción de otros; que arruinaba la agricultura, disminuía la riqueza nacional y reducía la población; esta institución, repito, tan repugnante a los principios de una sabia y justa legislación, tan contraria a los intereses de la sociedad, no puede ser sino un aborto del monstruo del feudalismo." 10

En nuestra opinión, el elemento común que podemos

10. BANCO MEXICANO SOMEX, S.A., op. cit., p. 6,7.

encontrar entre el mayorazgo feudal y el actual fideicomiso, es la transmisión de bienes de una a otra persona con la obligación de realizar un fin lícito y con una propiedad limitada, y su relación de antecedente si bien es discutible, no es completamente descartable, y habría que ser valorada independientemente de la función social positiva o negativa que esta institución pudiera haber tenido mientras tuvo vigencia.

1.3.- EL USE.

Es el antecedente inmediato del Trust inglés, y este se formó a partir de la problemática surgida con la aplicación y reglamentación del Use.

El Use era una relación jurídica en la cual existía una persona denominada "settlor", que era quien constituía propiamente la relación, al entregar a otra que era nombrada "feoffee to use", unos determinados bienes, siendo esta última persona la propietaria legal ante el Derecho Civil, pero con la obligación moral o de conciencia de permitir su uso y disfrute a un beneficiario, el cual se denominaba "cestui que use". Los uses se constituían por convenio verbal, el "feoffee to use" convenía en conservar los bienes

en custodia y permitía al "cestui to use" tomar las utilidades y usar los bienes, enajenándolos además, en la forma y condiciones en que fuera instruido.

El Use podía tener, sin embargo, ciertas variaciones, según nos refiere José M. Villagordoa Lozano:

" No era substancial que interviniera una tercera persona porque el use se podía constituir cuando el settlor o feoffee to use, declaraba por sí que empezaba a poseer cierto bien de su exclusiva propiedad en beneficio "to use" de otra persona. También era frecuente que el settlor transmitiera determinado bien al "feoffee to use", "adopus suum", esto es en su propio provecho; en este caso, el "feoffee to use" coincidía con el "cestui to use". En ambos casos apuntados, únicamente intervenían dos personas." ¹¹

El use era una relación jurídica constituida a espaldas del Derecho Civil o Common Law, para burlar sus preceptos, o para obtener una protección o un fin que dada la limitación técnica de este era imposible obtener.

11.VILLAGORDOA LOZANO, José Manuel, op. cit., p. 19.

En última instancia podemos considerar que la existencia de una necesidad social de transmitir determinados bienes a determinadas personas, a las cuales les estaba prohibida su propiedad, o de asegurar un patrimonio, o en fin, de conseguir un resultado que, pudiendo incluso ser fraudulento ante las leyes vigentes, fue el motor que provocó el surgimiento de estos pactos de contenido muy amplio, los cuales yendo más allá de la norma positiva, en un momento dado, por su reiterada práctica y por la situación tan endeble de los derechos surgidos de estas relaciones, provocaron la protección de los contratantes, y por ende el nacimiento a la vida jurídico positiva de los "uses".

Rodolfo Batiza señala que con los uses se lograban varios objetivos:

" ya fueran lícitos, pero que el orden jurídico no reconocía o abiertamente fraudulentos. En la primera categoría estaba la práctica de hacer testamento por vía de "uso", que el régimen feudal no autorizaba; en la segunda figuraban las transmisiones en fraude de acreedores y las realizadas para eludir las acciones reivindicatorias. Otra categoría, considerada intermedia entre las dos anteriores, incluía la evasión a las leyes de manos muertas. El "uso" fue utilizado también por

los cruzados que partían para Tierra Santa, y más tarde para prevenir represalias políticas, como en la Guerra de las Dos Rosas".¹²

Lo anterior nos lo confirma José M. Villagordo Lozano:

"Los acontecimientos más importantes que vinieron a dar auge al empleo del "use", fueron la Ley de Manos Muertas (Statute of Mortmain) de 1217 y las guerras dinásticas, más comunmente conocidas por las Guerras de las Dos Rosas..... Las personas que comprendieron el grave daño ocasionado por esa Ley, al impedir el establecimiento de obras piadosas de trascendencia social encomendadas a la Iglesia, acudieron al empleo del "use ", por medio del cual el "feoffee to use" recibía los bienes destinados a las obras piadosas de la Iglesia, a quién se designaba "cestui que use", a fin de que gozara de los beneficios de dichos bienes conforme a los fines señalados por el "feoffee to use" o "settlor"..... Durante la Guerra de las Dos Rosas, los bienes de los venci-

12. BATIZA, Rodolfo, "Principios Básicos del Fideicomiso y de la Administración Fiduciaria", México, D.F., 1985, Ed. Porrúa, p. 21.

dos estaban expuestos a ser confiscados por los vencedores, como pena por el delito de alta traición que se les imputaba. Para prevenir esas confiscaciones, los que participaban en esas contiendas transmitían sus bienes a una persona, quedando el cesionario en posesión de los mismos para el uso exclusivo del otorgante o de sus herederos. En este caso, cuando el otorgante caía en manos de sus enemigos y era condenado por el delito de alta traición, ya no había bienes que le pudieran ser confiscados, pues el cesionario tenía la legal "ownership" de los mismos y además, era ajeno al delito cometido. Pero en todo caso el cesionario estaba obligado, por su honor, a permitir al cedente y a sus herederos el uso y disfrute de los bienes, por tenerlos confiados a su buena fe (in trust)."¹³

En consecuencia, se empezó a gestar en aquella época un doble sistema de propiedad, existiendo una "legal", que era reconocida por el "Common Law", que detentaba el "feoffee to use", y por otro lado una propiedad no reconocida por este sistema de derecho, pero con una vigencia social y jurídica de primer orden, que era la que contemplaba la misión

13.VILLAGORDOA LOZANO, José Manuel, op. cit., p. 23.

del "feoffee to use" como un deber de orden moral, de conciencia, y que por lo tanto no le atribuía una propiedad estrictamente, esta visión pasó posteriormente a ser adoptada por los tribunales de equidad, instaurandose de este modo, el doble sistema en cuanto a la propiedad, oficialmente.

En la época feudal en que se comenzó a desarrollar el "use" se aplicaba en Inglaterra el Derecho Común (Common Law), peculiar evolución del derecho habido en ese país, el cual sin embargo pudiendo haber sido adecuado para el tipo de sociedad que lo creó, no lo era tanto para una sociedad más dinámica, más compleja, en la que las relaciones sociales, comerciales y jurídicas se empezaron a multiplicar y por lo tanto hicieron surgir gran cantidad de problemas que la justicia había de resolver. El Derecho Común en palabras del ya citado Lic. José M. Villagorhoa Lozano era:

"Demasiado rígido, formal y sólo contaba con las disposiciones elementales, apropiadas a la difícil condición de la gente rural de las primeras etapas de la civilización, pero inadecuado a las necesidades de una nación dedicada a la industria y al comercio. Sus juicios, aún hasta el siglo pasado comprendían sólo tres objetos: (1) restituir la posesión de propiedad personal; (2)

remediar, concediendo la recuperación de la propiedad; (3) sentenciar la recuperación de daños y perjuicios, en caso de incumplimiento del contrato" 14

En muchas ocasiones sucedió que el "feoffee to use" defraudó a la persona que había confiado en él, toda vez que solamente estaba constreñido al cumplimiento del "use" por motivos de conciencia y de moral, y no por un orden jurídico- positivo; en palabras de Pierre Lepaulle:

"el amigo, el "feoffee to use" en quien se había colocado toda la confianza, sintiéndose protegido por la ley, no siempre escuchaba la voz de la conciencia; en ocasiones, se quedaba con todo, expoliando descaradamente a quien había confiado en él." 15

Cuando la víctima también se había querido aprovechar de alguien, no tenía mas remedio que soportar estoicamente el daño sufrido, sin posibilidad alguna de reclamar, sin

14. Ibidem, p. 17.

15. LEPAULLE, Pierre, "Tratado Teórico y Práctico de los Trusts", México, 1975, Ed. Porrúa.

embargo, cuando el "use" se había constituido con un fin lícito, para conseguir algun objetivo que por lagunas del derecho común no era posible alcanzar, el afectado no tenía entonces razón alguna para callar.

Como consecuencia de la poca flexibilidad del derecho aplicado por las Cortes del Derecho Común (Common Law), y de que los convenios por los que se creaban los "uses", no estaban reconocidos por este sistema de derecho, todo aquel que sentía que había sido defraudado por el "feoffee to use", no podía recurrir a los tribunales comunes para reclamar su derecho, lo que provocó grandes escandalos, y los afectados al ver que nada conseguían, acudieron al Rey, considerado como fuente de toda justicia, toda vez que, el concepto de jurisdicción en la edad media, estaba intimamente vinculado con el del estatuto personal y con el de servidumbre, y en última instancia el soberano era quién tenía el poder para dirimir controversias entre sus vasallos.

Además, a diferencia de los tribunales de "Common Law" que estaban ceñidos a reglas técnicas y que no dictaban sus resoluciones a menos que las situaciones planteadas encajaran puntualmente en el supuesto legal, los tribunales del Rey, fundamentalmente la Cancillería decidía los casos de acuerdo con su conciencia, aplicando la "Equidad", como "La corrección de la Ley, en lo que es deficiente por razón

de su universalidad", en la definición de Aristoteles.¹⁶

Los tribunales reales, de los cuales, el mas importante era la cancillería, desarrollaron en base a la equidad un nuevo sistema legal contraponiendolo al "Common Law" y haciéndolo mas adaptable a las necesidades cotidianas. Tuvo la cancillería mucho auge como tribunal, pero los primeros magistrados fueron eclesiasticos y no juristas, por lo que en gran medida resolvieron conforme a conciencia y sin seguir un orden jurídico. Posteriormente en el siglo XVI, la equidad se fue transformando en un sistema legal, mas racional. El use, y en su momento el trust fueron la gran creación jurisprudencial de este sistema; numerosas demandas en contra de "feoffees" infieles fueron presentadas al canciller a fines del siglo XIV y principios del XV, y gracias a la intervención de la Cancillería, el cumplimiento del "use" ya no quedó a merced de la voluntad de una parte, ya que el canciller tenía facultades para ordenar que se hiciera alguna cosa material, constriñiendo al cumplimiento de la obligación debida.

Esta aceptación por parte de la Cancillería de los "uses" provocó una vigorización de la institución, y por lo tanto una mayor cantidad de fraudes a la Corona y a los

16.VILLAGORDOA LOZANO, José Manuel, op. cit. p. 18.

señores feudales: mediante el "use" se violaban constantemente disposiciones reales, y además esto se hacía con seguridad, pues como se ha dicho ya, los tribunales de la cancillería protegían a los beneficiarios o "cestui to use".

Lo anterior tuvo como consecuencia que en el año de 1536 Enrique VIII hiciera promulgar el "statute of uses" o "Ley sobre usos", que marcó el nacimiento del Trust.

1.4.- EL TRUST.

Con esta Ley, lo que pretendía el Rey, era acabar con la práctica de utilizar los "uses" como medio para evadir obligaciones y cargas, para lograrlo señalaba, según Pierre Lepaulle que tenían una serie de inconvenientes, a saber:

1.- Son, dice la Ley, un medio de legar por testamento, bienes inmuebles que el derecho feudal prohíbe legar.

2.- Eluden la necesidad de las formas solemnes de transmisión de la propiedad entre vivos.

3.- Permiten expoliar de sus derechos:

a) Al Rey, que pierde el beneficio de la confiscación de los bienes de los traidores, cuando éstos han tenido la precaución de transferir sus bienes a un tercero, reservándose secretamente el "use".

b) A los lores, que con ello pierden sus derechos de "ward", "marriage", "relif", "harriot", "escheat".

c) A las mujeres, que pierden sus bienes viudales, y a los maridos, que pierden su "curtesy".

4.- Introducen una indebida incertidumbre en las ventas de inmuebles, puestos que los "uses" no están sometidos a ninguna publicidad.¹⁷

La Ley ordenaba que en los "uses" que estaban constituidos en el momento de su promulgación, el beneficiario del mismo sería el unico propietario, de este modo se decía que se "ejecutaba el use", respetando la voluntad encubierta del "settlor" y desapareciendo al "feoffee to use".

Sin embargo, la Ley, debido a la interpretación restrictiva que de ella hicieron los tribunales, no acabo con los "uses". No se consideró que se aplicaba la Ley a algunos

17. LEPAULLE, Pierre, op. cit., p. 15.

casos, especialmente a los siguientes:

- 1.- Los que tenían por objeto bienes muebles.
- 2.- Los que recaían sobre un derecho inmueble distinto de la libre disposición.
- 3.- Aquellos en los cuales el "feoffee to uses" tenía deberes positivos de administración (active use) y no era por tanto un mero biombo.
- 4.- Todos aquellos por los cuales se creaba un doble "use". Es decir en el que, el primer beneficiario se convertía en "feoffee to use" del segundo, y por lo tanto, la regla que indicaba que el "cestui que uses" sería considerado único propietario, no se aplicaba en relación al segundo o ulteriores beneficiarios quedando de este modo, vivo el "use" por lo que a estos últimos concernía.¹⁸

Posteriormente se considero que la palabra "trust" era mas adecuada para nombrar a la institución resultado de la actividad jurisprudencial derivada de de la aplicación de la "Ley sobre Usos", que la denominación de "use", y así se transformó el nombre de esta figura jurídica.

Debido a las excepciones ya señaladas, existió gran

18. Ibidem, p. 16.

número de uses no afectados por la Ley, y hechos ejecutar obligatoriamente por la Cancillería, y a los intereses de equidad tenidos como "use" se les denominó en las sentencias comunmente como "trust"

Posteriormente, el derecho de los "trust" ha sido objeto de una codificación en Inglaterra a partir de 1850, principalmente con la expedición de la Ley de fiduciarios (the trustee Act the public Trustee Act).

CAPITULO SEGUNDO

ANTECEDENTES HISTORICOS Y LEGISLATIVOS DEL FIDEICOMISO EN MEXICO.

2.1.-ANTECEDENTES HISTORICOS.

2.1.1.- INTRODUCCION.

Anticipandose casi veinticinco años a la adopción legislativa en nuestro país del fideicomiso tenemos como antecedente historico primero, a un trust constituido en los Estados Unidos, pero con efectos en nuestro país, cuyo principal objetivo era garantizar emisiones de obligaciones o bonos, destinados financiar la construcción de ferrocarriles de compañías mexicanas de ese ramo. Para algunos autores, este "trust deed" aún cuando fue constituido en el extranjero pudo surtir efectos en nuestro país al amparo del Código Civil de 1884 y de la Ley para Ferrocarriles del 29 de abril de 1899; indicando además, que se constituyó de acuerdo a lo establecido en la Ley de Emisión de Obligaciones y Bonos publicada en el Diario Oficial de la Federación el día 29 de noviembre de 1897, ordenamiento que facultaba a las empresas de ferrocarriles, minas y obras públicas, así

como a las sociedades anónimas o en comandita por acciones, para emitir obligaciones y bonos.¹⁹

2.1.2.- PROYECTO LIMANTOUR.

Cuando empieza a surgir la necesidad de reglamentar una figura que como el "trust" se pretendía importar del sistema jurídico anglosajón, surge el 21 de noviembre de 1905 la iniciativa del entonces Secretario de Hacienda señor José Y. Limantour, la cual facultaba al Ejecutivo para expedir una Ley en base a la cual se pudieran constituir en nuestro país instituciones comerciales encargadas de desempeñar las funciones de "agentes fideicomisarios".

Esta iniciativa, aun cuando lleva el nombre de "Limantour", en realidad su autor fue el licenciado Jorge Vera Estañol, y se afirmó que no se examinó en la Cámara de Diputados debido a la oposición del licenciado Rosendo Pineda, el cual argumentaba que una iniciativa de ese tipo podría resultar en un nuevo impulso para las substituciones fideicomisarias, posición completamente equivocada y que ya había sido refutada en la exposición de motivos de la iniciativa, pero que sin embargo vino a provocar que no se

19. BATIZA, Rodolfo, op. cit., p. 17.

examinase la iniciativa de referencia.

Este proyecto contemplaba la creación de instituciones fiduciarias, y definía al fideicomiso como "el encargo hecho al fideicomisario, por virtud de un contrato entre dos o mas personas, de ejecutar cualesquier actos, operaciones o contratos lícitos respecto de bienes determinados en beneficio de alguna o de todas las partes del mismo contrato, o que fueran consecuencia legal del mismo". Es importante hacer notar el error en que se incurría en la iniciativa al hablar de un encargo hecha al "fideicomisario", cuando lo correcto hubiera sido al "fiduciario" Se consideraba que sobre los bienes materia del fideicomiso se creaba un derecho real que la ley se encargaría de definir.

Se supeditaba la creación de las "instituciones comerciales" a la autorización y vigilancia de la Secretaría de Hacienda, otorgandoles privilegios y exenciones de impuestos.

Aun y cuando no fue aprobado, este proyecto tiene la importancia de ser el primer antecedente existente en nuestro país, y según algunos autores tiene el merito de constituir el primer intento de adaptar a un país con tradición

romanista el "trust".²⁰

2.1.3.- PROYECTO CREEL.

Posteriormente a la agitación que sufrió el país con motivo de la revolución, en la Primera Convención Bancaria celebrada en la capital de la República en el año de 1924, fue presentado el llamado "Proyecto Creel", cuyo autor fue Don Enrique C. Creel.

Este proyecto era sobre compañías bancarias de fideicomiso y ahorro, y según los autores de la obra "Instituciones Fiduciarias y Fideicomiso en México", editada por una institución de crédito, corregía al anterior al sustituir la expresión de "Instituciones Fideicomisarias", que era claramente incorrecta, como ya lo hemos hecho notar, por la denominación de "Compañías Bancarias de Fideicomisos y Ahorro". Este proyecto proponía que se autorizara al ejecutivo para expedir una ley sobre la materia del fideicomiso y se basaba en los "Trusts and Saving Banks" norteamericanos. Según los mismos autores el señor Creel pretendía en su proyecto aplicara ante todo la práctica del fideicomiso en los Estados Unidos, regulando como principal operación la aceptación de hipotecas, de contratos de fideicomiso, toda

20. BANCO MEXICANO SOMEX, S.A. op. cit. p. 29

clase de propiedades, toda clase de compañías, ferro carriles, etc., así como recibir bienes de viudas, huérfanos y niños.²¹

Este proyecto se quedó en sólo eso y no tuvo, por lo tanto, ninguna consecuencia práctica, quedando como antecedente histórico únicamente.

2.1.4.- PROYECTO VERA ESTAÑOL.

Es el último antecedente doctrinario mexicano sobre la materia anterior a la Ley de 1926, fue elaborado por el licenciado Vera Estañol, y presentado a la Secretaría de Hacienda en marzo de ese mismo año, denominándosele "Proyecto de la Ley de Compañías Fideicomisarias y de Ahorro", cayendo en el mismo error que el Proyecto Limantour del cual el mismo Licenciado Vera Estañol, como se ha señalado, fue autor. Este proyecto tuvo muy poca influencia en la doctrina y en legislación mexicanas y se apoya básicamente en las instituciones fiduciarias y en el Proyecto del panameño Doctor Ricardo Alfaro.

21.cfr. ibidem, p. 30, 31.

2.2.-ANTECEDENTES LEGISLATIVOS.

2.2.1.- LEY GENERAL DE INSTITUCIONES DE CREDITO Y ESTABLECIMIENTOS BANCARIOS DE 1924

Esta ley fué promulgada el 24 de diciembre de 1924 y publicada en el Diario Oficial del 16 de enero del año siguiente y es el primer cuerpo legal nuestro que se refiere expresamente al fideicomiso.

Abrogó la Ley de Emisión de Obligaciones y Bonos de 1897 y en su artículo 6, fracción VII estableció a los Bancos de Fideicomiso considerandolos como instituciones de crédito para todos los efectos legales; y en su artículo 73 indica:

"Los Bancos de Fideicomiso sirven los intereses del público en varias formas y principalmente administrando los capitales que se les confían o interviniendo con la representación común de los suscriptores o tenedores de bonos hipotecarios, al ser emitidos éstos o durante el tiempo de su vigencia"

Su artículo 74 deja la reglamentación concreta de los mencionados Bancos a una ley especial ulterior.

Para el licenciado Villagordoa Lozano, la inclusión del fideicomiso en esta ley, fue resultado del Proyecto Creel y de la Primera Convención Bancaria que se llevó a cabo en el año de 1924, y el mismo criterio afirma que sostiene Molina Pasquel al aseverar este: "se recomendó la expedición de un decreto autorizando al Ejecutivo de la Unión para expedir una Ley por la que ha de regirse las Instituciones de Crédito conocidas en el extranjero como Compañías Bancarias de Fideicomiso y Ahorros (Trusts and Savings Banks) conforme a bases que las facultaran para lo que ahora se denominana actividades de instituciones fiduciarias para actuar como cajas de ahorros y practicar toda clase de operaciones bancarias de depósito y descuento".²²

2.2.2.- LEY DE BANCOS DE FIDEICOMISO DE 1926.

Esta ley fue promulgada el día treinta de junio de mil novecientos veintiseis y publicada en el Diario Oficial de la Federación el diecisiete de julio siguiente, y da la primera estructura legal al fideicomiso en el Derecho Positivo Mexicano.

Consta de cinco capítulos y ochenta y seis artículos;

22.apud. VILLAGORDOA LOZANO, José Manuel, op. cit., p. 48, 49.

en su exposición de motivos se señalaba que esa ley venía a legalizar en nuestro país una institución jurídica moderna que tenía excelentes resultados en otros países, de modo preponderantemente en los anglosajones, y que era distinta del fideicomiso de los antiguos romanos.

El legislador pretendía, de conformidad con lo que se menciona en la exposición de motivos de la ley de referencia, adaptar una institución jurídica anglosajona a nuestro derecho, haciendo para ello las modificaciones necesarias en pos de conseguir la mejor inserción de ella dentro de nuestro sistema jurídico.

Para lograr un mejor desarrollo de estos Bancos de Fideicomiso, la ley los autorizó para tener departamentos de ahorro y otros que realizaran operaciones de descuento y depósito, de manera que pudieran allegarse los fondos necesarios para sus operaciones.

Su artículo 1 señala el objeto de estos Bancos al indicar: "Los Bancos de Fideicomiso tendrán por objeto principal y propio las operaciones por cuenta ajena y en favor de tercero, que autoriza esta Ley y cuya ejecución se confía a su honradez y buena fe". En el artículo segundo se establece la necesidad de estar constituido como sociedad anónima para obtener la concesión necesaria para operar como

Banco de fideicomiso; pero el artículo sexto es el que revis-
te capital importancia al definir al fideicomiso diciendo:

"El fideicomiso propiamente dicho es un mandato irrevocable en virtud del cual se entregan al Banco, con carácter de fiduciario determinados bienes, para que disponga de ellos o de sus productos según la voluntad del que los entrega, llamado fideicomitente, a beneficio de un tercero, llamado fideicomisario."

Esta definición es casi idéntica a la del proyecto del Dr. Alfaro que define al fideicomiso como: "un mandato irrevocable en virtud del cual se transmiten determinados bienes a una persona llamada fiduciario, para que disponga de ellos conforme lo ordena el que los transmite, llamado fideicomitente, a beneficio de un tercero llamado fideicomisario"²³. En ambas definiciones se nota el error de identificar al fideicomiso con el mandato, posición totalmente equivocada, puesto que de ser dos figuras con características esenciales iguales no habría razón para hacer distin-

23. MACEDO, Pablo, "El Fideicomiso Mexicano", (introducción en la traducción de la obra de Pierre Lepaulle, "Tratado teórico y práctico de los trusts"), México, 1973, Ed. Porrúa, p.XV

ción entre ellas, denominandolas de modo distinto, y si como en efecto sucede, el fideicomiso tiene diferencias substanciales con el mandato, es completamente erróneo caracterizarlo como tal. Entre las diferencias más notables entre estos contratos tenemos las siguientes:

1.- Los artículos 2595 y 2596 del Código Civil para el Distrito Federal regulan la revocación del mandato, que puede hacerse en cualquier momento que desee el mandante, pero en el fideicomiso, la situación es diferente, pues el artículo 357 fracción VI de la Ley de Títulos y Operaciones de Crédito, indica que el fideicomiso por regla general es irrevocable, y solo como excepción podrá ser revocable, siempre y cuando en su constitución se reserve este derecho de forma expresa.

2.- La muerte del fideicomitente nunca afecta la existencia del Fideicomiso, sin embargo en el mandato, la muerte del mandante sí es una forma de terminación del contrato, de acuerdo con lo establecido en el artículo 2595, fracción II del Código Civil para el Distrito Federal.

3.- En el mandato, el mandatario no es propietario de los bienes que se le hayan entregado en razón del contrato, antes bien, siguen en el patrimonio del mandante, pudiendo este incluso, en el caso del mandato irrevocable vender los

bienes después de haber otorgado el mismo mandato, situación que es diferente en el Fideicomiso, pues siendo los bienes afectos a un fin, el fideicomitente unicamente puede ejercer sobre ellos cualquier derecho que expresamente se haya reservado.

4.-El fiduciario actúa por cuenta propia y como "titular" del patrimonio fideicomitado, y no así el mandatario, que en lo referente al mandato lo hace por cuenta y en representación del mandante.

Lo anterior viene a dejar claro el error que se cometía en esta ley y en el proyecto del doctor Alfaro, al definir al fideicomiso como un mandato irrevocable, pues no existe razón alguna para confundir estas figuras, ya que tanto una como otra tienen notas muy claras y diferentes, siendo, por otro lado, hasta cierto punto comprensible que se hayan manifestado estas ideas, dado que no es fácil trasladar una institución jurídica de un sistema de derecho como es el anglosajón, a otro completamente diferente como el de los países de tradición romano-canónica.

Por otra parte, el artículo trece de la Ley en cuestión, distinguía los efectos del fideicomiso según este implicara o no la traslación de dominio de los bienes fideicomitados, dado que en el caso de los bienes inmuebles

cuando sí la implicaba, existía la obligación de inscribirlo en la sección de propiedad del Registro Público. El artículo catorce demarcaba la amplitud de las facultades que respecto de los bienes tenía el fiduciario, al señalar:

"El Banco Fiduciario podrá ejecutar en cuanto a los bienes fideicomitidos, todas las acciones y derechos inherentes al dominio, aun cuando no se exprese en el acto constitutivo del fideicomiso; pero no podrá enajenar, gravar ni pignorar dichos bienes, a menos de tener facultad expresa, o de ser indispensables esos actos para la ejecución del fideicomiso."

El artículo dieciocho indica las causas por las cuales se extingue el fideicomiso; el veintidós establece las operaciones permitidas a los Bancos de Fideicomiso y el veintitrés señala las que pueden realizar cuando operan por cuenta ajena. La Ley de referencia asimismo regula en los restantes artículos la organización y los requisitos para constituir estos bancos, los cuales no examinaremos uno por uno, pues hacerlo excedería lo límites que pretendemos darle a la parte histórica de esta tesis.

2.2.3.- LEY GENERAL DE INSTITUCIONES DE CREDITO Y ESTABLECIMIENTOS BANCARIOS DE 1926.

Esta Ley incorpora los preceptos de la Ley de Bancos de Fideicomiso ya examinada, abrogándola, y fue promulgada el día treinta y uno de agosto de mil novecientos veintiseis, y publicada el veintinueve de noviembre del mismo año.

Tiene una gran semejanza con la Ley anterior y regula a los Bancos de Fideicomiso en el capítulo VI del Título Primero en los artículos 97 a 150.

Dentro de los artículos mas importantes de esta ley tenemos al tercero, que reiteró la prohibición a las instituciones de crédito extranjeras para llevar a cabo operaciones de fideicomiso en México; el artículo quinto señala a los bancos de fideicomiso como instituciones de crédito; el sexto complementa al quinto al establecer la necesidad de concesión otorgada por el Ejecutivo para su establecimiento. Según el artículo catorce la duración de esta concesión no será mayor de treinta años contados desde el veinticuatro de diciembre de mil novecientos veinticuatro.

Los artículos noventa y siete a ciento uno, regulan el objeto y constitución de los bancos de fideicomiso, mientras

que los artículos del ciento dos al ciento cincuenta, donde se definía la institución en los mismos términos que el artículo sexto de la ley anterior, trataban ya respecto de su organización y funcionamiento, el tipo de operaciones que podían llevar a cabo y las causas de extinción.

Toda vez que en esta ley se encuentran la mayoría de los artículos de la Ley anterior, podemos considerar, que igual que aquella, esta Ley se inspira en el proyecto del jurista panameño Alfaro, teniendo esencialmente sus mismos errores y aciertos, por lo cual no la analizaremos más profundamente, ya que de cualquier modo su vigencia fue corta.

2.2.4.- LEY GENERAL DE INSTITUCIONES DE CREDITO DE 1932.

Esta Ley se promulgó el día veintiocho de junio de mil novecientos treinta y dos. Según Roberto Molina Pasquel, la Secretaría de Hacienda y Crédito Público no otorgó ninguna concesión para Bancos Fiduciarios durante la vigencia de la Ley de 1926 y no se practicó ningún fideicomiso propiamente dicho, de acuerdo a lo informado por la Dirección General de Crédito de la misma Secretaría.²⁴

24. apud, BANCO MEXICANO SOMEX, S.A., op. cit., p. 36.

Esta ley señala en su exposición de motivos: " La ley de 1926 introdujo en México, rompiendo la tradición, la institución jurídica del fideicomiso. Evidentemente esta institución puede ser de muy grande utilidad para la actividad económica del país y está destinada probablemente a un gran desarrollo; pero desgraciadamente, la Ley de 1926, no precisó el carácter sustantivo de la institución y dejó por tanto gran vaguedad de conceptos en torno a ella. Para que la institución pueda vivir y prosperar en nuestro medio, se requiere, en primer término, una definición clara de su contenido y efectos, siendo ésta una definición materia de la Ley de Títulos y Operaciones de Crédito, y una reglamentación adecuada de las instituciones que actúen como fiduciarias. Quedará el fideicomiso concebido, como una afectación patrimonial a un fin, cuyo logro se confía a las gestiones de un fiduciario, precisándose así la naturaleza y los efectos de ese instituto que la ley actualmente en vigor concibe oscuramente como un mandato irrevocable. siguiendo en ello el precedente ya establecido en la ley actual, la nueva ley sólo autoriza la constitución de fideicomisos, cuando el fiduciario es una institución especialmente sujeta a la vigilancia del Estado, y mantiene todas las prohibiciones conducentes a impedir que, contra nuestra tradición jurídica, el fideicomiso de lugar a sustituciones indebidas o a la constitución de patrimonios alejados del comercio jurídico normal. La nueva Ley conserva, también respecto a

las instituciones autorizadas para actuar como fiduciarias, la facultad de aceptar y desempeñar mandatos o comisiones de toda clase, de encargarse de albaceazgos, sindicaturas, tutelas, liquidaciones y en general, de aceptar la administración de bienes y el ejercicio de derechos por cuenta de terceros. Destruye pues, la nueva ley, toda confusión entre el fideicomiso y los actos de administración o de representación de terceros; pero, por la semejanza de funciones y para asegurar a las instituciones fiduciarias, un campo más amplio de acción, las deja autorizadas, como queda dicho, no sólo para encargarse de la ejecución de fideicomisos, sino para desempeñar todas las demás funciones enumeradas antes en términos generales"²⁵

De acuerdo a lo que se señala en la exposición de motivos transcrita, es claro que se deja a un lado el concepto jurídico del fideicomiso sustentado por el doctor Alfaro, para dar entrada a las ideas de Pierre Lepulle sobre el patrimonio afectación, reglamentando de nuevo a las instituciones fiduciarias, y dejando a la nueva Ley de Títulos y Operaciones de Crédito la regulación sustantiva del fideicomiso como institución jurídica.

25. idem.

2.2.5.- LEY GENERAL DE TITULOS Y OPERACIONES DE CREDITO DE 1932.

Esta Ley fué publicada el día veintisiete de agosto de 1932, y entró en vigor el día quince de septiembre del mismo año, y vino a reglamentar de un modo más completo al fideicomiso. El legislador expresa en la exposición de motivos:

"Corrigiendo los errores y lagunas más evidentes de la ley de 1926, la nueva Ley conserva, en principio, el sistema ya establecido de admitir solamente el fideicomiso expreso, circunscribe a ciertas personas la capacidad para actuar como fiduciarias..."

Esta Ley recoge de un modo muy claro, las ideas del profesor Pierre Lepaulle acerca del patrimonio afectación, lo cual se refleja claramente en el artículo 346 de la misma Ley. De acuerdo con lo expresado por el licenciado Pablo Macedo, no se atrevieron los redactores de la Ley a establecer el patrimonio sin propietario, pues esto no hubiera tenido una pácifica aceptación. En cambio, sólo se dispuso, que el fiduciario era el "titular" de los bienes, sin ser propietario.²⁶

26.MACEDO, Pablo, "El Fideicomiso Mexicano", op. cit. p. XXV.

Con la idea de proteger a la institución impidiendo que personas deshonestas o sin preparación fueran fiduciarias, se confirmó la disposición por la que unicamente los bancos pueden actuar como tales.

Se permite, en el artículo 357 establecer la revocación del fideicomiso como causa de extinción del mismo, cuando el fideicomitente se ha reservado este derecho.

En el artículo 359 de la misma Ley se mencionan los fideicomisos prohibidos, con la intención de evitar el surgimiento de las substituciones fideicomisarias, que tanto miedo, por tradición y razones económicas, se les ha tenido en México.

2.2.6.- LEY GENERAL DE INSTITUCIONES DE CREDITO Y ORGANIZACIONES AUXILIARES DE 1941.

Esta ley fue publicada en el "Diario Oficial de la Federación", el día treinta y uno de mayo de mil novecientos cuarenta y uno, y ha sido la que mas tiempo ha estado vigente en nuestro país. Esta Ley fue mejor conocida como Ley de 1941 y en un principio adopto el principio de la especialización, por lo que permitía a los bancos celebrar unicamente un tipo de operación, combinable unicamente con las opera-

ciones de ahorro y fiduciarias

El artículo segundo de la ley en cuestión disponía:

"Artículo 2o.-.....

.....

Las concesiones que otorgue el Gobierno Federal se referirán a alguno de los siguientes grupos de operaciones de banca y crédito:

I.- El ejercicio de la banca de depósito.

II.- Las operaciones de depósitos de ahorro.

III.- Las operaciones de crédito hipotecario con emisión de bonos y garantía de cédulas hipotecarias.

IV.- Las operaciones de crédito hipotecario con emisión de bonos y garantía de cédulas hipotecarias.

V.- Las operaciones de capitalización, y

VI.- Las operaciones fiduciarias.

Las concesiones para realizar las operaciones de depósito de ahorro y para llevar a cabo las operaciones fiduciarias, a que se refieren las fracciones II y VI, podrán ser otorgadas, bien a socieda-

des con el sólo objeto de practicar las operaciones referidas, o bien a sociedades que practiquen o se propongan practicar las operaciones especificadas en las fracciones I, III, IV y V.

En ningún caso podrán otorgarse concesiones a una misma sociedad, para llevar a cabo más de uno de los grupos de operaciones a que se refieren respectivamente, las fracciones I, III, IV y V."

Posteriormente se fueron conformando grupos financieros que controlaron diversos bancos, por lo que el principio de especialización perdió vigencia en la práctica. En 1970 la Ley reconoció esta realidad, y en 1975 se reformó para regularlos mas ampliamente;²⁷ "El proceso concluye en 1978 cuando se reconoce en la Ley un nuevo tipo de institución de crédito, la llamada "banca múltiple"²⁸

27.VIZCAYA RAMOS, Eduardo. "El Desarrollo de la Banca Universal en México", Tesis Profesional, México, 1992, p.42.

28.BORJA MARTINEZ, Francisco. "El Nuevo Sistema Financiero Mexicano", Fondo de Cultura Económica, México, 1991, p.54.

2.2.7.- LEY REGLAMENTARIA DEL SERVICIO PUBLICO DE BANCA Y CREDITO DE 1982.

Esta Ley fue publicada el día treinta y uno de diciembre de 1982 y entró en vigor el primero de enero siguiente. Fue expedida con motivo de la expropiación o nacionalización bancaria, realizada por el entonces Presidente licenciado José López Portillo.

2.2.8.- LEY REGLAMENTARIA DEL SERVICIO PUBLICO DE BANCA Y CREDITO DE 1985.

Esta nueva legislación bancaria fue publicada en el "Diario Oficial de la Federación el día catorce de enero de 1985, y viene a modificar a la anterior. Expedida bajo el mandato presidencial del licenciado Miguel de la Madrid, tenía como finalidad principal permitir la inversión de los bancos nacionalizados en intermediarios financieros no bancarios. No aportó ninguna modificación relevante al régimen del fideicomiso.

2.2.9.- LEY DE INSTITUCIONES DE CREDITO DE 1990.

Esta Ley es la que actualmente nos rige y fue su promulgación producto de la decisión del gobierno federal de

dejar el control de la actividad bancaria permitiendo a los particulares ingresar a ella nuevamente. Fue publicada el día dieciocho de julio de 1990 y entró en vigor al día siguiente. No modificó en nada esencial lo referente al fideicomiso, al igual que las dos leyes anteriormente examinadas.

CAPITULO TERCERO

NATURALEZA JURIDICA DEL FIDEICOMISO.

No cabe duda que el fideicomiso, desde su primera regulación en la legislación mexicana en el año de 1924, cuando la Ley General de Instituciones de Crédito y Establecimientos Bancarios de ese año, introdujo a la vida jurídica nacional a los bancos de fideicomiso como instituciones de crédito, y aún desde antes, ha sido una figura que ha provocado gran debate y controversia entre los estudiosos del derecho de nuestro país y también del extranjero, esto, en nuestra opinión, debido fundamentalmente a las no pequeñas dificultades inherentes a la tarea de introducir en un sistema jurídico como el nuestro, que esta determinado conceptualmente de un modo importantísimo por su herencia románica, una institución jurídica, que como tal implica un reconocimiento de un conglomerado de relaciones que a su vez importan derechos y obligaciones entre las diversas partes, proveniente de un ámbito social que originó en su momento un sistema jurídico, si no completamente diverso (por tener en parte raíces comunes) si lo suficientemente disímolo, como lo es el sistema anglosajón, para provocar una difícil adaptación de esta figura; requiriendo un profundo estudio, una gran apertura y provocando inevitablemente el debate y

la controversia que hemos mencionado, los cuales, en todo caso, son siempre fructíferos, pues la reflexión sobre el tema debe conducir necesariamente a la difusión y mejor conocimiento de las características y la utilidad de una institución, en este caso del fideicomiso, y a promover, si es necesario o preciso, la modificación de la norma positiva mediante el proceso legislativo adecuado, a fin de ir puliendo la complicada introducción de una figura extraña a nuestro sistema jurídico y por ende hacer que sea aprovechada hasta donde sea posible.

El gran debate que ha creado el fideicomiso es reflejado en las muy diversas posiciones que diferentes representantes de la doctrina han asumido al respecto. Cada autor ha observado algún aspecto de modo predominante y ha querido encontrar una "verdadera naturaleza jurídica" de esta figura haciendo énfasis en el aspecto que mas han captado; sin embargo, como observaremos mas adelante, la gran mayoría de ellos no han escogido el camino adecuado para llegar al fin que se han propuesto, pues no han seguido el método indicado para afrontar un problema de esta naturaleza.

De cualquier modo, y en esto si hay consenso entre los doctrinarios, es importante volver a insistir en que el antecedente inmediato de nuestro fideicomiso es el "trust"

anglosajón, aun cuando de acuerdo con Molina Pasquel,²⁹ no de una fuente directa, sino a travez del jurista panameño Alfaro y del francés Lepaulle; también considero pertinente anotar que a pesar de el antecedente mencionado, hoy por hoy, el fideicomiso es una institución que tiene ya carta de naturalización en nuestro país y por lo tanto ha tomado características muy definidas y propias, diferentes a las que puedan tener en otros países figuras afines.

Las diversas tesis que se han sustentado alrededor de la naturaleza jurídica del fideicomiso, con frecuencia no han enfocado adecuadamente el problema, puesto que no se han propuesto descubrir cual es la esencia misma de la figura, es decir, ante que tipo de acto jurídico nos encontramos, como acertadamente afirma Domínguez Martínez:

"O se ha estudiado el problema relativo a la situación jurídica que guardan los bienes fideicomitidos sin hacer alusión al acto que origina esta situación, como sucede con la teoría del desdoblamiento del derecho de propiedad, con la del patrimonio sin titular, o inclusive, con la de la transmisión de bienes de la que es titular la

29. MOLINA PASQUEL, Roberto, "Los Derechos del Fideicomisario", México, 1946, p. 49.

fiduciaria, o, por el contrario, se ha partido no de la especie de acontecimiento jurídico, como puede ser acto o negocio jurídico, sino que, ignorando éstos, se pretende explicar la naturaleza jurídica del fideicomiso ya recurriendo a una figura nominada, como acontece con el "fideicomiso-mandato", o no tan específicamente con el "fideicomiso-operación bancaria", presentando por ello debilidades más claras debido a que pretenden conceptuarlo partiendo de lo particular hacia lo general".³⁰

Sin embargo, estas teorías que tienen una visión un tanto equivocada no por ello dejan de tener cierto valor, pues nos muestran alguna parte del problema y además son símbolos de la evolución del pensamiento de la doctrina, por eso, haremos en las siguientes páginas un resumen de las que en nuestra opinión han tenido mas trascendencia, a fin de pasar posteriormente a tratar de seguir un método que nos conduzca a descubrir la naturaleza jurídica del fideicomiso, partiendo de la teoría general del acto jurídico.

30. DOMINGUEZ MARTINEZ, Jorge A. "El Fideicomiso ante la Teoría General del Negocio Jurídico", México, D.F., 1982, Ed. Porrúa, p. 187.

3.1.- DIVERSAS TEORIAS SOBRE LA NATURALEZA JURIDICA DEL FIDEICOMISO.

3.1.1.- TEORIA QUE IDENTIFICA AL FIDEICOMISO CON EL MANDATO.

Dentro de las teorías de mayor trascendencia, tenemos la formulada por el ilustre jurista panameño Alfaro, quien fue el primero que pretendió la adaptación del trust a los sistemas jurídicos de tradición romana, siendo esta intención su mayor mérito.

La influencia de su pensamiento fue clara en nuestro país, la primera ley que rigió en México regulando al fideicomiso como institución, es decir la Ley de Bancos de Fideicomiso de 1926, así como el ordenamiento que la derogó, la Ley General de Instituciones de Crédito y Establecimientos Bancarios del mismo año, son cuerpos normativos que siguieron e incorporaron en sus preceptos las ideas de este jurista.

La teoría de Alfaro sostiene que entre el fideicomiso romano y el trust anglosajón existe coincidencia en un elemento esencial, que él considera que es el que tanto el "trustee" como el fiduciario ejecutan un encargo solicitado

por una persona en favor de otra tercera, basandose en lo cual afirma:

"De consiguiente, si tanto en el fideicomiso como en el trust, lo que hacen el fiduciario y el trustee es ejecutar un encargo por cuenta del testador o constituyente, y si en el derecho civil el mandato es un contrato por medio del cual una persona encarga a otra la ejecución o dirección de determinado negocio, no hay duda de que el mandato es la institución de derecho civil que tiene mas estrecha semejanza con el trust, puede ser y ha sido asimilado a un mandato en que el fideicomitente es el mandante y el fiduciario el mandatario"³¹.

Posteriormente dandose cuenta de algunas de las situaciones que hacen impráctico calificar al fideicomiso de mandato, lo define como "mandato irrevocable", y nos dice:

"Ahora bien, si por una parte se hallaba que

31. ALFARO, Ricardo J., "Adaptación del trust del Derecho Anglosajón al Derecho Civil", Cursos Monográficos, Academia Interamericana de Derecho Comparado e Internacional, La Habana, Cuba, 1948, p. 41 y 42.

el mandato era la institución más análoga al trust, pero por la otra se observaba que el mandato resultaba ineficaz para los fines del trust por el hecho de ser revocable, que figura surgía ante la mente como la más apropiada para presentar ante la mentalidad latina la institución extraña del trust? Pues la figura antitética y contradictoria de un mandato irrevocable, de una comisión o encargo sui generis, especial, nuevo, un encargo que el mandante no pudiera deshacer y mediante el cual se desprendiera definitivamente del dominio de las cosas objeto del encargo. Sólo así se podría crear un patrimonio independiente cuyo dominio adquiriría el fiduciario en forma definitiva y no precaria, y con la obligación de cumplir con las disposiciones del trust"³².

En base a lo anterior, Alfaro define al fideicomiso como:

"Un mandato irrevocable en virtud del cual se transmiten determinados bienes a una persona llamada fiduciario, para que disponga de ellos conforme a lo que ordene el que los transmite,

32. Idem

llamado fideicomitente, a beneficio de un tercero llamado fideicomisario"³³ .

Como comentario a esta teoría podemos afirmar que ha sido claramente superada y hoy día no tiene no tiene mas importancia que la que le concede el ser la postura que inaugura el debate acerca de la naturaleza del fideicomiso y que impulsa su adopción en muchos países. Desde nuestro punto de vista sus principales defectos son:

1).- Al identificar al mandato con el fideicomiso, no toma en cuenta que el mandatario, en ningún caso, por virtud del contrato que ha celebrado, se convierte en propietario de los bienes que se le pudieran haber entregado por alguna razón relacionada con el mismo mandato, o de los bienes sobre los cuales se le otorgo poder mediante el mismo contrato de mandato, en cambio en el fideicomiso, si se verifica una transmisión de dominio del fideicomitente al fiduciario, con todo lo que esto implica.

2).- El mandato es un contrato que tiene entre sus

33. ALFARO, Ricardo J., "El Fideicomiso, Estudio Sobre la Necesidad y conveniencia de introducir en la legislación de los pueblos latinos una institución nueva semejante al TRUST del derecho inglés", Imprenta Nacional, Panamá, 1920, p. 48.

causas de terminación la muerte del mandante, el artículo 2595, fracción III del Código Civil para el Distrito Federal así lo dispone, mientras que en el caso del fideicomiso, la muerte del fideicomitente no afecta a la existencia del mismo, e incluso en ciertos casos, como el de los fideicomisos testamentarios, puede ser la causa de su nacimiento.

3).- El mandante, aún en el caso del mandato irrevocable conserva pleno dominio de los bienes sobre los cuales se conceda al mandatario poder, lo cual no sucede en el caso del fideicomiso, toda vez que una vez constituido, pasan al fiduciario y mientras no se revoque el mismo fideicomiso, el fideicomitente no puede ejercer sobre ellos los derechos que antes tenía.

4).-El mandatario actúa por cuenta y en representación del mandante, el fiduciario lo hace a nombre propio.

En base a lo mencionado podemos afirmar que la identificación entre mandato y fideicomiso no tiene razón de ser, son figuras de evolución y características distintas, y sólo es comprensible esta teoría entendiendola en el contexto histórico-social en que surgió.

3.1.2.-EL FIDEICOMISO COMO NEGOCIO FIDUCIARIO.

Para poder examinar esta teoría que ha levantado tanta polémica dentro de la doctrina mexicana, primero analizaremos en que consisten los llamados negocios fiduciarios, para después pasar a examinar si es posible decir (dentro del actual marco legal que lo regula) que el fideicomiso es un negocio de este tipo, así como las opiniones más autorizadas de la doctrina al respecto.

Para Barrera Graf el negocio fiduciario es:

"aquel que en virtud del cual una persona transmite plenamente a otra ciertos bienes o derechos, obligándose ésta a afectarlos a la realización de una finalidad lícita y determinada y, como consecuencia de dicha finalidad, obligándose a retransmitir dichos bienes o derechos en favor de un tercero o a revertirlos en favor del transmitente"³⁴.

Domínguez Martínez afirma que el negocio fiduciario es:

34. BARRERA GRAF, Jorge; "Los Negocios Fiduciarios", Revista Jus, julio-septiembre 1950, núm. 144, p. 440.

"Aquel acuerdo mediante el cual, un sujeto transmite la propiedad de un bien o la titularidad de un derecho a otra y éste se obliga a destinar lo transmitido a una finalidad determinada que aquél le señaló, con lo que corresponderá a la confianza que para ello le tuvo el primero"³⁵.

Para el jurista italiano Pugliese, citado por Villagordoa Lozano:

"Se denominan fiduciarios a aquellos negocios, por medio de los cuales una parte transmite a otra la plena titularidad de un derecho, contra la promesa de quien adquiere, de retransmitir el derecho mismo al enajenante o a un tercero, con la modalidad de que se efectúe un cierto fin práctico".³⁶

En el concepto de Octavio Hernández, el negocio fiduciario es:

"negocio indirecto no tipificado por el

35. DOMINGUEZ MARTINEZ, Jorge, op. cit. p. 167.

36. apud, VILLAGORDOA LOZANO, José Manuel, op. cit., p. 65.

derecho integrado por un negocio jurídico manifiesto válido ante terceros, y otro negocio jurídico oculto, que responde a la verdadera finalidad perseguida por las partes, válido sólo entre ellas, negocios jurídicos cuyos efectos no coinciden".³⁷

De las definiciones antes citadas podemos, en mi opinión, extraer algunas ideas que nos ayuden a determinar cuales son las características de estos negocios fiduciarios.

En primer lugar es claro que al hablar de negocio fiduciario estamos hablando de dos relaciones jurídicas diferentes que subsisten en el mismo negocio; una de ellas, la interna, que implica el compromiso que asume la parte adquirente de destinar los bienes que le son transmitidos, a una finalidad específica determinada en el mismo negocio, y otra, la externa que es la propia enajenación; en palabras del Domínguez Martínez:

"La estructura del negocio fiduciario, hace derivar, en efecto, la presencia de una relación

37. HERNANDEZ, Octavio, "Derecho Bancario Mexicano-Instituciones de Crédito", México, 1956, tomo II, p. 245.

jurídica de carácter real, que es la transmisión de dominio del fiduciante al fiduciario, la cual en esas condiciones, al presentarse como una plena transmisión de propiedad, se exterioriza frente a terceros; pero además la relación aludida va acompañada por otra cuyo carácter es obligatorio, conocida sólo inter-partes (sin que se desvirtúe la naturaleza del negocio si esta relación es conocida por terceros), que trae aparejada la obligación adquirida por el fiduciario de afectar los bienes o derechos que le fueren enajenados, mediante su destino, al fin previsto en la celebración del mismo".³⁸

Es importante hacer notar que estas relaciones, para que se de el negocio fiduciario, van necesariamente juntas, si sólo tomamos la externa, unicamente tendremos una transmisión de propiedad, y no podemos pensar en el negocio fiduciario unicamente en base a la relación interna, pues esta necesita de la envoltura de la relación externa para poder darse, ya que normalmente no es posible lograr su finalidad en el marco positivo en que el mismo negocio fiduciario surge, si no la necesitara, debido a que hubiera una figura que fuera idonea para lograr el objetivo perse-

38. DOMINGUEZ MARTINEZ, Jorge, op. cit., p. 170.

guido, se utilizaría esa figura, y por lo tanto no se pensaría en el negocio fiduciario.

Por otro lado, existe en el negocio fiduciario una transmisión de la propiedad de determinados bienes o la titularidad de algunos derechos, esto, con la finalidad de que el adquirente tenga plena capacidad para destinarlos al fin convenido, es decir, para que los pueda afectar.

En el negocio fiduciario, particular importancia reviste su característica de atípico, la cual es ampliamente reconocida y señalada por algunos autores, pero ignorada por otros. Desde nuestro punto de vista, toda vez que la estructura del negocio fiduciario implica dos relaciones, una, la interna, "interpartes" y en la cual está la verdadera finalidad y el motivo del negocio, y otra, la externa, que es el medio para lograr la primera, y tomando en cuenta que el cumplimiento de la obligación interna se deja a la buena fe del adquirente, (pues no hay medio de obligarlo a cumplir), es claro que si la finalidad del negocio se pudiera lograr por algún medio más seguro, no se recurriría al negocio fiduciario, y si el orden jurídico positivo tutelara la relación interna, tipificando al mismo negocio fiduciario, de modo que se pudiera obligar a cumplir al adquirente de los bienes o derechos con la obligación interna, no tendría, en ese caso, relevancia la "fides", es decir la

confianza en su buena fe, y por lo tanto no hablaríamos de negocio fiduciario, Batiza nos dice al respecto:

"En el momento mismo en que el "negocio fiduciario" es tutelado por el derecho deja de ser tal para convertirse en una figura jurídica. GRASSETTI dio la solución correcta. Al examinar la posición del autor de la obra "Il "Trust" nel Diritto Inglese", expresó: "Por otro lado, qué significa decir con Franceschelli, que cuando el negocio fiduciario ha devenido típico, "el derecho lo considera como un organismo que tiene una unidad sustancial diversa de una expresión periférica bien precisa, y como propio y en cuanto negocio fiduciario lo tutela? Significa, si no yerro, que la fiducia ya es legal, y si es legal ya no es fiducia. Así, del "use" originario, a través de una evolución histórica seis veces secular, el trust ha devenido fiducia legal, y no es más negocio fiduciario".³⁹

Otra de las características que se le han atribuido al negocio fiduciario, es la de servir para encubrir un negocio ilícito. Según indica Domínguez Martínez, los autores Bauche

39. BATIZA, Rodolfo, op. cit., p. 23.

Garciadiego y Octavio Hernández, son de esta opinión, es decir la que atribuye al negocio fiduciario un fin ilícito oculto en el negocio aparente.

Por nuestra parte, y siguiendo al autor mencionado, no creemos que la ilicitud de la relación interna sea esencial a los negocios fiduciarios; sin embargo, es importante anotar que hay casos en los cuales sí existe esta ilicitud. Asimismo, para diferenciarlo del negocio simulado, es importante aclarar que este no tiene contenido, no tiene realidad alguna, cosa que no sucede con el negocio fiduciario, pues este sí tiene contenido, y por lo regular tiene, como indica Domínguez Martínez, la finalidad de superar alguna laguna de la ley, es decir, su objeto es superar el déficit legal.⁴⁰

De lo dicho podemos sacar en conclusión que en el negocio fiduciario existen dos relaciones, una, externa que normalmente consiste en una transmisión de bienes o derechos y que es la parte del negocio que surte efectos frente a terceros, y que todo el mundo conoce, y otra, interna, que es en la que se encuentra propiamente la finalidad del negocio, consistente en la obligación "interpartes" que el adquirente asume de afectar a un fin los bienes que le son transmitidos; además, podemos decir que es un negocio nece-

40.cfr. DOMINGUEZ MARTINEZ, Jorge A., op. cit., p. 174-176.

sariamente atípico, y que su finalidad real puede ser lícita o ilícita, siendo diferente del negocio simulado.

En base a lo concluído, en nuestra opinión no es posible decir que el fideicomiso es un negocio fiduciario, entre otras muchas razones, principalmente debido a que el negocio fiduciario es esencialmente atípico, mientras que el fideicomiso es un negocio regulado y tipificado por nuestra legislación. A este respecto nos dice Cervantes Ahumada:

"Si el negocio fiduciario es atípico por definición, y el fideicomiso es un negocio típico, por principio queda excluida la equiparación".⁴¹

Y Rodolfo Batiza afirma:

"Tiene con el negocio fiduciario una diferencia radical de estructura: el fideicomiso es un acto jurídico reglamentado por el derecho positivo, un vínculo único con validez y eficacia idéntica entre las partes y frente a terceros"⁴².

41. CERVANTES AHUMADA, Raúl, "Títulos y Operaciones de Crédito", México, 1966, Ed. Herrero, p. 307.

42. BATIZA, Rodolfo, "El Fideicomiso, Teoría y Práctica", México, 1980, Ed. Porrúa, p. 124.

Además, podemos citar las razones que esgrime Octavio Hernández:

a) el negocio fiduciario es secreto y el fideicomiso, tratándose de bienes inmuebles, es público, al requerir ser inscrito en el registro de la propiedad; b) el primero es regularmente ilícito mientras que el segundo debe de tener un fin lícito; c) el negocio fiduciario carece de reglamentación legal y el fideicomiso cuenta con ella y, d) en aquél puede ser parte cualquier persona contrariamente en tratándose de éste, pues sólo una institución de crédito puede ser fiduciaria⁴³.

3.1.3.- EL FIDEICOMISO COMO DESDOBLAMIENTO DEL DERECHO DE PROPIEDAD.

Con antecedentes en la teoría del italiano Remo Franceschelli, el autor mexicano Manuel Lizardi Albarrán intenta explicar la naturaleza jurídica del fideicomiso con la teoría del desdoblamiento del derecho de propiedad.

En síntesis, Lizardi Albarrán afirma que el fideicomi-

43. HERNANDEZ, Octavio, op. cit., p. 248.

so provoca la escisión del derecho de propiedad y el surgimiento de dos nuevos derechos; uno de ellos, el correspondiente al fiduciario, caracterizado por la facultad de disposición que tiene, (lo que le otorga al fiduciario el carácter de propietario ante terceros), por ser temporal, y por el nulo provecho económico que le reporta. El otro derecho, el del fideicomisario, tiene básicamente un carácter económico válido "erga omnes", y le confiere al fideicomisario la posibilidad de reivindicar y perseguir los bienes fideicomitidos en los casos en que la ley lo permite. En esta última consideración fundamenta Lizardi Albarrán el carácter de real de este último derecho, aunque reconoce que es de "tipo especial".⁴⁴

En mi opinión, esta teoría es totalmente infundada, y siguiendo a Domínguez Martínez, podemos afirmar con él:

"Es jurídicamente insostenible la afirmación de que el derecho de propiedad admite desdoblarse; aseverar tal cosa va en contra de la naturaleza misma de ese derecho real, al tratarse "de un derecho absoluto que excluye la posibilidad de dos

44.cfr. LIZARDI ALBARRAN, Manuel, "Ensayo sobre la Naturaleza Jurídica del Fideicomiso", tesis profesional, México, 1945, p. 200.

titulares diferentes, entre otras razones, porque la existencia de uno necesariamente elimina a cualquier otro" Además, ya en páginas anteriores hemos considerado que el fideicomisario es titular sólo de derechos de crédito".⁴⁵

En adición a lo anterior podemos afirmar que la existencia de un derecho de contenido "puramente" económico, tal y como lo plantea Lizardi Albarrán, es una noción contradictoria, y en todo caso, extrajurídica.

3.2.- OPINION PERSONAL ANTE EL PROBLEMA DE LA NATURALEZA JURIDICA DEL FIDEICOMISO.

De acuerdo con lo señalado previamente, después del exámen de diversas teorías que han sostenido algunos juristas acerca de este punto tan importante, trataremos, en las siguientes líneas de dar una explicación siguiendo a otros autores, y partiendo de la teoría general del acto jurídico que adopta nuestro derecho positivo.

45.DOMINGUEZ MARTINEZ, Jorge, op. cit., p. 157.

3.2.1.- LA TEORIA DE LOS HECHOS Y LOS ACTOS JURIDICOS.

La doctrina ha definido al hecho jurídico, en un sentido amplio, como: "todo acontecimiento, ya se trate de un fenómeno de la naturaleza o de un hecho del hombre, que el ordenamiento jurídico toma en consideración, para atribuirle consecuencias de derecho".⁴⁶

El ordenamiento jurídico-positivo, al estar formado por normas abstractas, requiere de hechos concretos a los cuales, por su trascendencia social, se les atribuyen determinadas consecuencias de derecho. En este sentido, decimos que la norma jurídica consta de dos elementos diferentes pero íntimamente unidos: el supuesto, y su consecuencia normativa. La ley de la causalidad jurídica da lugar a que se realice la consecuencia señalada por el ordenamiento cada vez que la realidad se adapta al supuesto o hipótesis abstracta, en vista de lo cual, de todo el universo de acontecimientos que suceden, sólo algunos son escogidos por el derecho para tener una consecuencia jurídica, y estos hechos, son los que se denominan "hechos jurídicos".

46. GALINDO GARFIAS, Ignacio, "Derecho Civil", México, 1989, Ed. Porrúa, p. 204.

La importancia del hecho jurídico es muy grande, incluso podemos decir que es esencial al ordenamiento jurídico, Galindo Garfias citando a Bonfante, afirma al respecto:

"El hecho jurídico propiamente debe ser considerado como la *conditio sine qua non* o presupuesto lógico jurídico para que se produzcan las consecuencias de derecho".⁴⁷

Cuando un hecho tiene las hipótesis expresadas en la norma, se realiza la consecuencia que el ordenamiento atribuye a la referida hipótesis, y esta consecuencia puede consistir en la creación de una nueva situación jurídica, de obligaciones, de derechos subjetivos, etc.

Este concepto primario de hecho jurídico, según la teoría francesa (la cual seguimos por considerar es la mas acorde con nuestro orden jurídico) admite una división en dos grandes categorías: por un lado están los hechos jurídicos en sentido estricto, que son los fenómenos de la naturaleza o hechos derivados de la actuación del hombre, que producen consecuencias de derecho, independientemente de la voluntad del sujeto, y por otro lado tenemos a los actos jurídicos, que son aquellos acontecimientos que producen

47. Ibidem, p. 206.

efectos de derecho interviniendo la voluntad del hombre, la cual, expresa y deliberadamente quiere producir estos efectos; es decir, se considera el acto jurídico como un medio para producir los resultados que preveé el derecho, en aquellas situaciones en que la persona los desee.

La teoría italiana, por su parte, introduce el concepto de Negocio Jurídico, y Galindo Garfias nos dice al respecto:

"Siguiendo a la doctrina italiana, los actos jurídicos se clasifican en simples hechos jurídicos, actos jurídicos en sentido estricto y negocios jurídicos. En los dos últimos interviene la voluntad humana, pero la relevancia que ésta tiene para la integración del acto desde el punto de vista jurídico, es diversa..... Queda finalmente por analizar, el grupo más importante de actos jurídicos que son los llamados negocios jurídicos en los cuales importa el contenido y además la finalidad de la voluntad. Debemos advertir que en nuestro Derecho Positivo no se establece una distinción entre los actos y los negocios jurídicos.....".⁴⁸

48. Ibidem, p. 215.

Como hemos dicho antes, no utilizaremos esta teoría, pues consideramos que la teoría francesa es mas adecuada a nuestro orden jurídico, toda vez que nuestra legislación no reconoce la expresión negocio jurídico, y el utilizarla solo contribuiría a la imprecisión del lenguaje y no ayudaría a definir la naturaleza jurídica del fideicomiso, propósito de este capítulo.

Volviendo a la teoría francesa, se divide a los actos jurídicos en base a la parte que emite la declaración de voluntad en:

1).- Unilaterales.- En estos actos interviene para su formación una sola voluntad.

2).- Plurilaterales.- Son aquellos actos en que para su formación se requieren de dos o mas voluntades que buscan efectos jurídicos diversos.

Nuestra legislación denomina convenios (en sentido amplio) a los actos jurídicos plurilaterales, el art. 1792 del Código Civil para el Distrito Federal dice:

ART.1792.- Convenio es el acuerdo de dos o mas personas para crear, transferir, modificar o

extinguir obligaciones.

y a su vez los divide en: a).- Contratos, los cuales los define el art. 1793 diciendo:

ART. 1793.- Los convenios que producen o transfieren las obligaciones y derechos toman el nombre de contratos.

y b).- Convenios en sentido estricto, que por exclusión de los efectos que producen los contratos son aquellos convenios (en sentido amplio) que modifican o extinguen obligaciones.

Como ya he mencionado, no tomaremos en cuenta el concepto de negocio jurídico toda vez que este es un concepto derivado de la clasificación italiana de los hechos jurídicos, la cual, como a quedado asentado, no está recogida por nuestra legislación; sin embargo debemos apuntar que gran cantidad de autores consideran que la naturaleza jurídica del fideicomiso es el negocio jurídico, que define Windscheid como:

"Declaración de voluntad de una persona, en virtud de la cual quien la hace se propone crear, modificar o extinguir un derecho o una relación

jurídica".⁴⁹

Entre otros autores, Jorge Alfredo Domínguez Martínez considera que el fideicomiso es un negocio jurídico y nos dice que el fideicomiso es propiamente un "contrato de ejecución de fideicomiso" y este es un negocio jurídico. Al igual que el autor de referencia, otros como Joaquín Rodríguez y Rodríguez y Octavio Hernández afirman que la naturaleza del fideicomiso es de negocio jurídico; pero de acuerdo con lo antes expresado, considero que no es la postura mas correcta, y en todo caso su apoyo radica en el concepto doctrinal ya definido.

3.2.2 OPINION PERSONAL.

Toda vez que en esta tesis se toca este punto acerca de la naturaleza jurídica del Fideicomiso unicamente de un modo preliminar, no constituyendo, por lo tanto el tema central de la misma, no haré un estudio a profundidad de esta cuestión, sin embargo, en mi opinión creo que es claro que el fideicomiso tiene la naturaleza jurídica de un contrato,

49.CABANELLAS, Guillermo, y ALCALA ZAMORA Y CASTILLO, Niceto, "Diccionario Enciclopédico de Derecho", Ed. Heliasta, S. de R. L., p. 535.

pues es un acuerdo de voluntades que crea derechos y obligaciones y por lo tanto se ubica claramente en el supuesto a que se refiere el artículo 1793 ya transcrito.

En apoyo de esta opinión se puede citar a numerosos autores, e incluso a la exposición de motivos de la Ley General de Títulos y Operaciones de Crédito, que nos dice:

"aún cuando ello ofrece los peligros inherentes a la importación de instituciones jurídicas extrañas, la Ley de Títulos y Operaciones de Crédito reglamenta el fideicomiso, porque ya desde 1926 la Ley General de Instituciones de Crédito los había aceptado, y porque su implantación sólida en México, en los límites que nuestra estructura jurídica general permite, significará de fijo un enriquecimiento del caudal de medios y formas de trabajo de nuestra economía. Corrigiendo los errores o lagunas mas evidentes de la ley de 1926, la nueva ley conserva, en principio, el sistema ya establecido de admitir solamente el fideicomiso expreso, circunscribe a ciertas personas la capacidad para actuar como fiduciarias y establece las reglas indispensables para evitar los riesgos que con la prohibición absoluta de instituciones simi-

lares al fideicomiso, ha tratado de eludir siempre la legislación mexicana. Los fines sociales que el fideicomiso implícito llena en países de organización jurídica diversa a la nuestra, pueden ser cumplidos aquí con notorias ventajas, por el juego normal de otras instituciones jurídicas mejor construídas. En cambio el fideicomiso expreso puede servir a propósitos que no se lograrían sin él por el mero juego de otras instituciones jurídicas o que exigirían una complicación extraordinaria en la contratación"

De donde se desprende que el fideicomiso según el legislador es un contrato. Asimismo, podemos citar al licenciado Pablo Macedo redactor de la ley en cuestión en la parte relativa al fideicomiso, quién nos dice refiriéndose al cuarto párrafo del artículo 350 de la ley:

"El último párrafo merece las siguientes observaciones: 1.- Se reconoce la autoridad del fideicomitente, expresada en el acto constitutivo, y sólo supletoriamente se dictan las reglas siguientes; puede negarse a aceptar el encargo o renunciar a él, pues se configura el caso como un contrato que requiere la voluntad de ambas partes, y en esos supuestos o cuando al igual que en el de remoción

se nombrará sustituto. Fuera de esas hipótesis, como es natural, por falta de fiduciaria, "cesará el fideicomiso", es decir, terminará o caducará".⁵⁰

Del mismo modo opina Rodolfo Batiza en su obra "Principios Básicos del Fideicomiso y de la Administración Fiduciaria":

"La lectura de la ley sustantiva revela claramente que la constitución del fideicomiso resulta en un vínculo, en una relación legal que liga a las partes entre sí y de la cual derivan deberes y derechos recíprocos. Jurídicamente, el fideicomiso es una obligación. . . . De ahí se sigue que el fideicomiso constituido por acto entre vivos es la obligación jurídica resultante de un contrato".⁵¹

En base al texto de la ley y con apoyo en los criterios expuestos podemos afirmar la naturaleza contractual del

50.MACEDO, Pablo, op. cit. p. XXVIII.

51.BATIZA, Rodolfo, "Principios Básicos del Fideicomiso y de la Administración Fiduciaria", México, D.F., 1985, Ed. Porrúa, p. 39-40.

fideicomiso, no sin dejar de anotar que, desde nuestro punto de vista, en el fondo, aquellos que opinan que el fideicomiso es jurídicamente un negocio jurídico sostienen la misma posición que nosotros, unicamente que defienden una teoría acerca de la división de los hechos jurídicos, diversa a la que nuestro orden jurídico sostiene.

Por último, es claro que el fideicomiso en todo caso no se puede constituir por declaración unilateral, pues si no hay aceptación por parte de una institución fiduciaria, no hay transmisión de bienes, y es imposible que se empiece a realizar el objeto o fin que es inherente o esencial a todo fideicomiso, lo cual no implica que una manifestación como declaración pre-contractual, que con la aceptación perfecciona el acto jurídico en cuestión, no pueda existir.

CAPITULO CUARTO

4.1.- INTRODUCCION.

Una vez que hemos revisado de un modo somero la historia del fideicomiso, así como de su regulación positiva en nuestro país y las posiciones mas relevantes que la doctrina ha sostenido acerca de su naturaleza jurídica, debemos iniciar el estudio del problema que nos hemos planteado en esta tesis; es decir, debemos buscar las razones que nos conduzcan a apoyar la postura que afirma que el patrimonio que se afecta en fideicomiso es susceptible de ser declarado en quiebra, y en que casos considera que es esto posible, o en su defecto, sino logramos encontrar estas razones o las que halleemos no son del peso suficiente, deberemos admitir que esta tesis es equivocada.

Para lo anterior es necesario que de modo sucinto expongamos algunos puntos básicos acerca del fideicomiso y del derecho de quiebras, doctrina y orden jurídico positivo.

4.2.- CLASIFICACION DE LOS FIDEICOMISOS.

Hemos dicho que el fideicomiso desde nuestro punto de vista y del de muchos autores, es un contrato, consistente

en que, una persona, denominada fideicomitente, transmite ciertos bienes a una institución fiduciaria con el propósito de que esta los destine a un fin concreto, especificado en el mismo contrato y lícito. El fideicomiso puede en su cumplimiento reportar a terceras personas ciertos beneficios, estas personas se denominan fideicomisarias, y pueden o no estar determinadas al momento de contratar, y que en un momento dado podrían ser incluso los mismos fideicomitentes, o en su caso, el mismo fideicomitente.

Como consecuencia de este contrato, normalmente observaremos una transmisión de derechos (si fueran derechos de propiedad, pues habría una transmisión de estos) del fideicomitente al fiduciario, (aunque esto ha sido muy discutido, pero no profundizaremos en el punto, para no desviarnos de nuestro objetivo principal) y el fiduciario se convierte por lo tanto en titular de estos derechos, pero unicamente para realizar los hechos jurídicos y materiales necesarios para la consecución de la finalidad del fideicomiso. Algunos autores como Sánchez Medal prefieren pensar que no es el fiduciario titular ni propietario, sino que solamente está "legitimado" para actuar sobre el patrimonio fideicomitado, y otros mas hablan de una propiedad "fiduciaria" limitada por el objeto mismo del fideicomiso. Sin embargo, lo que es claro es que los bienes aportados al fideicomiso, no se confunden con todo el patrimonio de la institución fiducia-

ESTA TESIS NO DEBE SALIR DE LA BIBLIOTECA

ria, ya que incluso hay obligación para el fiduciario de llevar contabilidad separada, por lo que forman un patrimonio autónomo e independiente del de la institución fiduciaria, y afecto a un determinado fin.

Ahora bien, es claro que de una observación inteligente de la mecánica del fideicomiso se concluye que es un contrato propiamente sin una finalidad en sí mismo, es un contrato al que las partes, de acuerdo con sus intereses, le establecen la finalidad y adecuan su estructura y cláusulado, por lo que existen innumerables tipo de fideicomisos, tantos como finalidades concretas podamos imaginar. Sin embargo es posible, y para nosotros necesario, clasificarlos de algún modo, ya que no a todos los tipos de fideicomisos se les podría ubicar en el supuesto de una quiebra, en el caso de que esto sea posible.

Con esta finalidad podemos afirmar que hay fideicomisos de:

A) GARANTIA.- Aquellos que como contrato accesorio sirven para asegurar el cumplimiento de determinadas obligaciones de un contrato principal, afectando algunos bienes (valores, inmuebles, etc.) y conviniendo que al cumplimiento o incumplimiento de la obligación garantizada, corresponderá res-

pectivamente una conducta de la institución fiduciaria, como puede ser, en vía de ejemplo, la devolución de los bienes al deudor o su transmisión al acreedor.

B) DE ADMINISTRACION.- En este tipo de fideicomisos, los bienes pueden ser variados: dinero, valores, inmuebles etc., y la finalidad de los mismos es que la institución fiduciaria realice los actos necesarios con vista a su conservación, y en todo caso a la obtención de una determinada ganancia por su explotación; como podría ser, el administrar los contratos de arrendamiento de unos edificios de departamentos afectados en fideicomiso, con esa finalidad.

En este punto debemos distinguir de estos fideicomisos de pura administración, en los cuales lo básico es la conservación del patrimonio, aquellos que con características más empresariales, que implican un mayor riesgo para los recursos, y en los que las actividades de la institución fiduciaria tendrían que ser más activas, con mayor incertidumbre, y con la implicación de crear una empresa, desde un punto de vista económico.

C) DE INVERSION.- Estos fideicomisos tuvieron gran auge en nuestro país y su finalidad consiste en captar recursos para ser invertidos adecuadamente, obteniendo beneficios para los fideicomitentes.

Para el objeto de nuestra tesis nos interesan específicamente los fideicomisos de administración que hemos denominado "empresariales", y dentro de estos aquellos que crean ellos mismos la empresa, partiendo de los recursos fideicomitidos, y no así aquellos en que las acciones de una sociedad mercantil son fideicomitidas, pues en este caso, no existe la problemática que nos planteamos, toda vez que esta sociedad es jurídicamente un comerciante, y por lo tanto encaja en los presupuestos subjetivos de la quiebra.

4.3.- DERECHO DE QUIEBRAS.

4.3.1 INTRODUCCION.

La vida económica en un sistema con libertad para el accionar de los particulares, es decir en un orden de mercado libre, requiere necesariamente del comercio, el cual es a fortiori un elemento esencial en la existencia social, pues su papel de conductor de bienes, es en muchas ocasiones impulsor de cambios y desarrollo; por otro lado, el crédito

es un elemento indispensable para el mejor y más eficaz desenvolvimiento de los mismos comerciantes, y del desarrollo de las operaciones mercantiles, por lo que hoy más que nunca, lo usa y lo maneja de mil modos. Este crédito, es posible gracias a que existe una confianza general, un convencimiento social, de que las obligaciones serán cumplidas y en todo caso de que existe un sistema judicial por medio del cual exigir su cumplimiento, y que lo haga efectivo, incluso, por la vía de la fuerza.

Sin embargo, en el caso de los comerciantes (porque en tratándose de sujetos que no lo son, existe el concurso, proceso adecuado para esta situación) cuando se llega a un momento de insolvencia, es decir a "un estado general de impotencia patrimonial de una empresa mercantil, para hacer frente por medios ordinarios a sus obligaciones líquidas y vencidas",⁵² la confianza se rompe y los procedimientos individuales para el cobro de los créditos, se vuelven inadecuados e injustos, y el interes colectivo de la sociedad y de los comerciantes en general, exige la intervención del estado para lograr un pago equitativo para todos los acreedores, y es en este punto donde surge la institución jurídica de la quiebra, como medio para defender a los

52. CERVANTES AHUMADA, Raúl, "Derecho de Quiebras", Ed. Herrero, México, D.F., 1975, p. 36.

acreedores contra la falta de pago del quebrado, y también contra otros acreedores, que pudieran ser favorecidos injustamente por el deudor, por lo que es un procedimiento colectivo y universal.

Esta institución puede ser estudiada o examinada desde un punto de vista material o sustantivo, es decir de derecho mercantil, y entonces tendremos que examinar sus presupuestos jurídicos de fondo, los derechos dimanados de ella que tienen los acreedores, y en fin, el estado jurídico en que, como consecuencia de la misma quiebra, esta el comerciante; o también podemos verla desde un punto de vista mas formal o procesal, y entonces examinaremos la constitución y competencia de sus órganos y la tramitación del procedimiento de la misma como institución procesal.⁵³

Para el objeto de esta tesis, el punto de vista que nos interesa es el material u objetivo, pues necesitamos en nuestra legislación positiva revisar los presupuestos de la quiebra a fin de concluir si es posible o no, que la empresa afectada en fideicomiso pueda ser objeto de una sentencia judicial que la declare en quiebra; es decir que cuando un patrimonio es dado en un fideicomiso en el que, por las

53.cfr. GARRIGUES, Joaquín, "Curso de Derecho Mercantil", Ed. Porrúa, México, D.F., 1987, p. 375.

finalidades particulares de este, (de tipo empresarial) contrae obligaciones, y por lo tanto debe responder de estas, y cae en un estado de insolvencia, puede o no ser objeto de una sentencia judicial que lo declare en quiebra.

Sin embargo, antes de tocar el fondo del asunto revisaremos los antecedentes históricos y legislativos de la quiebra.

4.3.2.- ANTECEDENTES HISTORICOS.

En el derecho romano más antiguo existía un procedimiento terrible denominado "manus injectio" que ponía al deudor a disposición de su acreedor, pudiendo darse el caso de su sacrificio para desmembrarlo y cada parte de él servir como pago para diferentes deudores. Este bárbaro sistema fue sustituido por otro más público, mediante la Lex Poetelia. Esta ley acabó con la posibilidad de apresar al deudor; es decir se sustituyó un procedimiento de ejecución personal por uno de ejecución patrimonial:

"Los acreedores son puestos en posesión de todo el patrimonio del deudor que ha sido condenado o a confesado sus deudas o no ha comparecido por la causa que sea. Esta "missio en bona" del Derecho Romano se asemeja a la quiebra en el dato de que la puesta en posesión de los bienes del deudor no

se hace en beneficio de un sólo acreedor, sino en beneficio de todos los que recurran al procedimiento. Aparece así la institución de la masa de acreedores como colectividad sometida al principio de igualdad de trato (*per conditio creditorum*). Si el deudor no paga se le sustituye por otro que pague, fingiendo una "*successio in universum ius*": un comprador universal (*bonorum emptor*) entra en todas las relaciones patrimoniales del deudor, sucediéndole como un heredero, y se compromete a pagar las deudas en la medida que alcance el producto de la venta."⁵⁴

Posteriormente, se sustituyó la venta en bloque, por la venta de bienes aislados, y los acreedores tenían ambos caminos para elegir. Más tarde, se sustituye la "*missio in bona*" por la "*cessio bonorum*", en la cual, el deudor puede ceder todos sus bienes a sus acreedores, mediante manifestación ante el magistrado, para que con el producto de la venta cobren sus créditos, eludiendo la ejecución personal y la nota de infamia, y de este modo, estas desaparecen; sin embargo, el deudor conserva bienes para sus subsistencia (*beneficium competentiae*), y los acreedores no adquieren

54. *Ibidem*, p. 378.

derecho de propiedad sobre los bienes, sino unicamente el derecho a venderlos y su posesión.

Según Cervantes Ahumada, el derecho moderno de quiebras tiene sus bases en los estatutos de los comerciantes de las ciudades españolas e italianas; sin embargo, en muchos casos, se regresó, por influencia de los pueblos bárbaros, al sistema de la ejecución personal.

En España las siete partidas de Alfonso X el Sabio permiten al deudor liberarse de sus deudas cediendo sus bienes a sus acreedores. Son la primera legislación que organiza en detalle a la quiebra, constituye a la misma en un procedimiento público, y da trato igual a los acreedores.⁵⁵ Un antecedente que no es posible dejar de mencionar es el primer tratado de derecho de quiebras, escrito en 1665 por Don Francisco Salgado de Somoza, y titulado: "Laberynthus Creditorum Concurrentium"; obra amplísima y de gran influencia, incluso hasta nuestra actual legislación, y que hace mucho incapie en el carácter público del procedimiento de la quiebra.

Posteriormente en 1737, son promulgadas las ordenanzas

55. CERVANTES AHUMADA, Raúl, "Derecho de Quiebras", op. cit. p. 24.

de Bilbao que regulan los problemas de la quiebra y que continuaron vigentes en nuestro país hasta después de la independencia; tienen importancia principalmente pues establecen que la quiebra es un procedimiento exclusivo de los comerciantes, regulan de modo completo a la quiebra, en su parte sustantiva, así como en la adjetiva.⁵⁶

Por lo que se refiere a los antecedentes legislativos en México, tenemos que hasta el Código de Comercio de 1884 en la práctica se aplicaron las ordenanzas de Bilbao en materia de quiebras.

El Código de Comercio de 1884 estuvo en vigor cinco años, hasta 1889, año en que se promulgó el que actualmente nos rige, sin embargo, este ordenamiento hoy día sólo tiene vigor en parte. Lo relativo a quiebras fué derogado por la Ley de Quiebras y Suspensión de Pagos, publicada el día 20 de abril de 1943, que entró en vigor tres meses después, y que aún se encuentra vigente. Esta ley, según el presidente de su Comisión Redactora, Joaquín Rodríguez y Rodríguez, tiene influencia del Código de Comercio derogado, de la jurisprudencia mexicana, del derecho italiano y español, y también, pero en menor grado de la ley concursal alemana, y de la legislación de quiebras brasileña; y sigue la corrien-

56. GARRIGUES, Joaquín, op. cit. p. 381.

te que considera a la quiebra un asunto de interes público.⁵⁷ Esta ley ha sido criticada por impráctica y poco adecuada para el medio mercantil y judicial de nuestro país.

4.3.3.- LOS PRESUPUESTOS DE LA QUIEBRA.

Entendemos por presupuestos de la quiebra todos aquellos hechos o situaciones que la ley exige para que sea posible exigir ante los órganos judiciales competentes una sentencia que declare el estado de quiebra.

Cervantes Ahumada los divide en presupuestos de fondo y de forma o precesales.

Los presupuestos de fondo, en la división que este autor propone son:

A) Que se trate de una empresa mercantil; afirma Cervantes Ahumada que lo fundamental es la existencia de la empresa, término no jurídico, pero que nos sirve para indicar que no necesariamente se requiere de un comerciante que sea sujeto de la quiebra, sino que hay situaciones en las

57. RODRIGUEZ y RODRIGUEZ, Joaquín, "Ley de Quiebras y Suspensión de Pagos", Anotaciones, Exposición de Motivos y Bibliografía, p. 48.

que no lo hay, pero siempre debe haber esa entidad humana organizada con fines de lucro que denominamos empresa.

B) Estado de insolvencia y cesación de pagos. Antes de examinar la cesación de pagos como elemento determinante de la posibilidad de una quiebra, debemos examinar el concepto de insolvencia, pues, en todo caso, la cesación de pagos no es mas que una manifestación de esta.

La insolvencia de un posible sujeto de quiebra no debe de ser transitoria, parcial o superable, por lo tanto, debemos entenderla como "un estado general de impotencia de un patrimonio para saldar las deudas líquidas y vencidas del titular", la insolvencia es claramente un fenómeno económico, que tiene una repercusión jurídica en la declaración judicial de quiebra. Por otro lado, la manifestación externa y más común de la insolvencia es la cesación de pagos; esta es el principal indicio de que el acreedor esta frente a un deudor en estado de insolvencia, y en consecuencia puede recurrir al órgano jurisdiccional competente a solicitar la declaración de quiebra. Es importante hacer notar que la cesación de pagos es un efecto de la quiebra, (entendida esta en un sentido económico), pues se puede caer en el error de pensar que es su causa si se toma como único elemento para su manifestación legal, como sucede en el derecho francés.

Garrigues afirma que la cesación de pagos no puede definirse, sino que es necesario ir a cada caso concreto para ver si existe, observando de modo directo (anuncios, circulares, declaración pública) o de modo indirecto, con hechos concluyentes (cierre de caja o huida), o por incumplimientos (protestos cambiarios, ejecuciones infructuosas etc.).⁵⁸ Por su parte Cervantes Ahumada afirma que conceptualmente son conceptos idénticos insolvencia y cesación de pagos.⁵⁹

C) El tercer presupuesto de fondo que considera Cervantes Ahumada es la concurrencia de acreedores, sin embargo, no es este un elemento que maneje la generalidad de la doctrina. Este autor fundamenta su posición, y la hacemos nuestra, al indicar que es necesario que exista una pluralidad de acreedores, toda vez que la quiebra es un procedimiento universal y colectivo, en el que las deudas de todos los acreedores, en general, son tratadas de igual modo.

Solo mencionamos los presupuestos procesales que este mismo autor menciona, sin entrar a su explicación, por no

58. GARRIGUES, Joaquín, op. cit. p. 386.

59. CERVANTES AHUMADA, Raúl, "Derecho de Quiebras", op. cit. p. 36.

ser utiles al objeto de esta tesis.

A) Competencia del Juez.

B) El conocimiento de uno o mas hechos que hagan presumir la existencia de los presupuestos de fondo, por parte del juez.⁶⁰

4.4.- LA QUIEBRA DEL PATRIMONIO AFECTADO EN FIDEICOMISO.

Ya que hemos revisado los principales puntos acerca del fideicomiso y del derecho de quiebras, podemos estudiar concretamente el punto central de esta tesis, es decir: es posible, aplicando el derecho vigente en nuestro país declarar en quiebra un patrimonio fideicomitado?

El estudio de este problema lo haremos examinando en primer lugar las razones de los principales autores que estiman que esto es posible, en segundo lugar los fundamentos que niegan esta posibilidad; para, posteriormente y por último, exponer nuestro punto de vista, es decir, nuestra tesis en cuanto a la cuestión planteada.

60. Ibidem, p. 38.

4.4.1.- OPINIONES A FAVOR.

Son muchos los autores que han abordado el punto, aunque haya sido de modo somero, sin realizar un análisis a fondo, y otros más, incluso no fundamentan su opinión, aún cuando afirman que sí es posible declarar en quiebra al patrimonio fideicomitado. Ejemplos de esta última postura pueden ser:

1) Joaquín Rodríguez y Rodríguez, quién afirma:

"En todos estos casos hay uno o varios sujetos jurídicos comerciantes. No se trata de quiebra de patrimonios o empresas. El único caso auténtico de quiebra de un patrimonio, no imputable a un sujeto jurídico comerciante, es el de los bienes dados en fideicomiso."⁶¹

2) José Manuel Villagordo Lozano:

"El único criterio seguro para reconocer la existencia del patrimonio autónomo es el relativo a la responsabilidad por deudas propias. El patrimonio autónomo es aquel que tiene deudas, en

61. RODRIGUEZ Y RODRIGUEZ, Joaquín, "Derecho Mercantil", Ed. Porrúa, México, D.F., 1985, p. 301.

el que se localizan las obligaciones y las responsabilidades que de él mismo nacen y que no resisten los efectos de las obligaciones diferentes que gravan el resto del patrimonio del sujeto. En las manos de un mismo titular, se tienen dos esferas jurídicas separadas: el patrimonio general de la persona y otro centro patrimonial que tiene sus propios derechos y obligaciones. En consecuencia cada fideicomiso, considerado como una operación individual, constituye un patrimonio autónomo, independiente, cuya titularidad corresponde al fiduciario y que se diferencia de su patrimonio personal. Más aún, dicho patrimonio autónomo, con declarado en quiebra por los acreedores del mismo, sin que esto implique la quiebra del fiduciario. Por último, podemos concluir sosteniendo que el fiduciario será titular de tantos patrimonios autónomos, como fideicomisos en los que intervin- ga".⁶²

Algunos otros autores basan su opinión positiva, respecto de esta cuestión, afirmando que por una analogía con el artículo 3 de la Ley de Quiebras y Suspensión de Pagos, el cual establece que es posible declarar en quiebra a la

62.VILLAGORDOA LOZANO, José Manuel, op. cit., p. 132.

sucesión de un comerciante, como patrimonio autónomo, que como tal, en tanto no es adjudicado, no se confunde con el de los herederos, es posible fundamentar la quiebra del patrimonio fideicomitado, toda vez que en ambos casos nos encontramos ante patrimonios sin personalidad jurídica, los cuales en definitiva no se les puede considerar como comerciantes. Ejemplos de esta postura son:

1) Jorge A. Domínguez y Martínez, quien asienta en su obra titulada "El Fideicomiso ante la Teoría General del Negocio Jurídico":

"No obstante ser jurídicamente factible la quiebra de la masa de bienes dados en fideicomiso, pues se trata de una universalidad jurídica, la LQSP no la regula.

Sin embargo, precisamente debido a la situación jurídica de los bienes fideicomitados, existe un criterio doctrinal respecto a la mencianda posibilidad de quiebra. En efecto, Barrera Graf, califica como grave dicha omisión, máxime que la propia ley sí previó la quiebra de la sucesión de un comerciante (art. 3); RODRIGUEZ RODRIGUEZ apunta también la indudable suceptibilidad que tiene por sí mismo el conjunto de bienes dados en

fideicomiso, para su quiebra, y BATIZA en tanto hace prevalecer la procedencia de dicha quiebra, a pesar de que la masa en cuestión no tiene personalidad jurídica y por ende, no es comerciante."63

2) José Luis de la Peza:

"Frente a la regla general de que la quiebra es el estado jurídico de un sujeto, la LQSP establece como caso especial que habiendo cesación de pagos de la sucesión de un comerciante la quiebra se presenta como el estado jurídico de un patrimonio.

7.- Si analizamos el caso del patrimonio en fideicomiso frente al de la masa hereditaria, vemos que puede establecerse una sinonimia perfecta.

Patrimonio en fideicomiso y masa hereditaria, tienen es común las características siguientes:

I.- Consisten en una universalidad de derecho, en la cual sus elementos activos quedan afectos a la satisfacción de los pasivos.

63.DOMINGUEZ MARTINEZ, Jorge A., op. cit., p. 224.

II.- Como patrimonios que son, tienen un titular que es sujeto de derecho.

III.- Se consideran separados del patrimonio personal de su titular.

IV.- Por su carácter de universalidad de derecho, la posibilidad de insuficiencia de sus elementos activos para satisfacer a los pasivos, hace posible que se vean afectados por un estado de insolvencia económica.

No obstante lo anterior la LQSP establece la quiebra para la masa hereditaria, sin establecerla para el patrimonio en fideicomiso. Cosa que es perfectamente explicable si tomamos en cuenta que frente a las innumerables situaciones de hecho y de derecho que se han producido con relación a la masa hereditaria, nos encontramos la novedad y por consiguiente la escasez en problemas presentados en la práctica con relación al fideicomiso.

Por las razones expuestas, podemos concluir que nuestro sistema vigente en materia de quiebras permite la posibilidad de que un patrimonio en

fideicomiso puede ser declarado en estado de quiebra, por aplicación analógica de la Ley."⁶⁴

Es importante hacer notar que el ilustre tratadista que hemos citado Doctor Jorge A. Domínguez Martínez coincide con el licenciado de la Peza al afirmar que en todo caso, únicamente pueden ser declarados en quiebra aquellos fideicomisos que tengan por objeto el operar como empresas mercantiles, es decir que realicen con regularidad y como ocupación habitual actos de comercio.

Dentro del campo del Derecho Comparado, Joaquín Garrigues autor de Derecho Mercantil Español, afirma que es posible, en ese sistema jurídico declarar en quiebra a una "testamentaria", como patrimonio autónomo, situación que por lo tanto es idéntica a lo que sucede en nuestro sistema jurídico.⁶⁵

Adicionalmente a las posturas ya mencionados, existen otros autores como Cervantes Ahumada que afirman que es posible esta quiebra pues el fideicomiso es una empresa, es decir basan su posición en el hecho concreto de que la

64. DE LA PEZA, José Luis, "Ensayo sobre el patrimonio en fideicomiso y la posibilidad de su quiebra", tesis profesional, Escuela Libre de Derecho, México, D.F., 1951, p. 78-79.

65. cfr. GARRIGUES, Joaquín, op. cit. p. 473.

actividad del fideicomiso es operar como empresa mercantil, sin hacer ninguna otra consideración o razonamiento. Así afirma este autor:

"En efecto, en nuestro sistema legal puede producirse la quiebra de una empresa sin sujeto jurídico quebrado. Otro ejemplo más: podría darse, en nuestro sistema jurídico, la quiebra de una empresa fideicomitida. En tal supuesto no serían considerados quebrados ni el fiduciario, ni el fideicomitente, ni el fideicomisario."⁶⁶

La misma posición sostiene el tratadista Francisco Apodaca y Osuna en su obra denominada "Presupuestos de la Quiebra":

"LA EXISTENCIA DE LA EMPRESA, REQUISITO SINE QUA NONO DE LA QUIEBRA.- En la especie que nos ocupa es perfectamente factible la hipótesis de que una empresa mercantil se encuentre temporalmente sin titular.... Entre ellas encontramos: el comerciante ausente, el comerciante retirado, el comerciante fallecido,... patrimonio comercial en fideicomiso, etcétera. En todos esos casos no hay

66. CERVANTES AHUMADA, Raúl, "Derecho de Quiebras", op. cit. p. 34.

titular de la empresa, es decir no hay persona jurídica comerciante, puesto que por una causa o por otra ha desaparecido, existiendo únicamente, en forma real e indiscutible, la empresa mercantil, y siendo factible, por ese sólo hecho, la aplicación de la quiebra en caso de insolvencia.- Así pues, podemos resumir: mientras exista la empresa mercantil, tenga titular o no, es posible la aplicación del derecho de quiebra, ya liquidando tal empresa o ya conservando su existencia, en su caso."⁶⁷

Por su lado, el tratadista Luis Muñoz, de reconocido prestigio en materia de fideicomiso, únicamente funda su opinión en lo conveniente de aceptar la quiebra de que hemos venido tratando, y en la de la Asociación de Banqueros, la cual en tal sentido redactó su proyecto de Ley Bancaria.⁶⁸ Rodolfo Batiza, otro autor de renombre, procede del mismo modo.⁶⁹

67. APODACA Y OSUNA, Francisco, "Presupuestos de la Quiebra", México, D.F., 1945, p. 256.

68. MUÑOZ, Luis, "El Fideicomiso Mexicano", México, D.F., p. 210.

69. BATIZA, Rodolfo, "Principios Básicos...", op. cit.

Asimismo, debemos apuntar que ha habido quien ha pretendido recorrer el camino contrario, deduciendo del hecho sin fundamentar de la quiebra del patrimonio fideicomitado, otras consecuencias, como pudieran ser la presunta personalidad jurídica del fideicomiso, posición a nuestro modo de ver completamente ilógica; esto es lo que afirma Juan Alejandro Arévalo Lamadrid en su tesis "Hacia la Personalidad Jurídica del Fideicomiso", citado por los autores de "Las Instituciones Fiduciarias y el Fideicomiso en México", editado por el "Banco Mexicano Sómex", S.A. los cuales afirman:

"Existen opiniones teóricas, como la sustentada por Juan Alejandro Arévalo Lamadrid que consideran, fundamentalmente, que en ciertos casos podría atribuirse personalidad a los fideicomisos, sobre todo a aquellos que funcionan como empresas del gobierno federal, o en los que se utilizan bienes para desarrollar actos frente a terceros, caso de los fideicomisos privados; basandose en el hecho de que existe un precedente judicial en el que el juez 15o. de lo civil del Distrito Federal, en el expediente 3737/74, decretó la quiebra del fideicomiso número 194, constituido por Evangelina Escárcega de Cañedo y Promotora y Constructora Inmobiliaria Calitlán, S.A., en el Banco Interna-

Las anteriores opiniones son una muestra de los principales tratadistas que se ocupan del punto central de esta tesis y de las razones que exponen (cuando lo hacen). Existen también algunas resoluciones judiciales en este sentido, en especial haremos mención de la sentencia dictada por el Juez Tercero de lo Concursal del Distrito Federal, al expediente número 61/87, en el que el licenciado Bernardo Alonso Barraza, como promovente y acreedor solicitó la quiebra de un fideicomiso irrevocable traslativo de dominio y de garantía constituido con BANCA SERFIN S.N.C., y de la cual transcribimos sus puntos resolutivos:

"PRIMERO.- Se declara en estado de quiebra al patrimonio afecto al Fideicomiso Irrevocable Traslativo de Dominio y de Garantía constituido el nueve de julio de mil novecientos ochenta y dos, mediante escritura 198000, pasada ante la fé del Notario 87 actuando en el protocolo del notario 10 de esta Capital, modificado el treinta de agosto del mismo año mediante escritura 199116, pasada ante la fe del Notario No 187 de esta, se dice 87 de esta capital y se retrotraen los efectos de la declaración al diecinueve de noviembre de mil novecientos ochenta y dos.

70.apud, "BANCO MEXICANO SOMEX", S.A., op. cit. p. 221.

SEGUNDO.- Se designa como Síndico de la quiebra a BANCA CREMI, S.N.C., designada para ello por la Secretaría de Hacienda y Crédito Público.

TERCERO.- Se apercibe al quebrado para que dentro del término de veinticuatro horas exhiba el balance y los libros de comercio que tuviere en su poder.

CUARTO.- Gírese oficios a los CC. Directores de Correos y Telégrafos para que entreguen al Síndico la correspondencia del quebrado.

QUINTO.- Gírese oficio al C. Director del Registro Público de la Propiedad y del Comercio de esta capital para que inscriba la presente sentencia.

SEXTO.- Gírese oficio a la Procuraduría General de la República para los efectos de la calificación de la quiebra.

SEPTIMO.- Se prohíbe hacer pagos o entregar efectos o bienes al deudor común, bajo apercibimiento de segundo pago en su caso.

OCTAVO.- Asegúrese y dese posesión al Síndico de los bienes del quebrado de cuya administración y disposición queda

privado, que se practicará con intervención del personal del Juzgado en términos del artículo 1775 de la Ley de Quiebras y Suspensión de Pagos.

NOVENO.- Se cita a los acreedores y al quebrado a fin de que presenten sus créditos para exámen dentro de los cuarenta y cinco días siguientes a la última publicación de la sentencia.

DECIMO.- En su oportunidad y en la forma y términos establecidos por la fracción VI del artículo 15 de la Ley de Quiebras y Suspensión de Pagos, convóquese una junta de acreedores para reconocimiento, rectificación y graduación de créditos, señalándose hora y lugar y previa expedición de la orden del día y cumplimiento de los requisitos de publicidad que ordena la ley.

DECIMO PRIMERO.- Se designa interventor provisional a ALONSO BARRAZA BERNARDO a quien se manda hacer saber su designación para los efectos de aceptación y protesta del cargo.

DECIMO SEGUNDO.- Expídanse copias al Síndico, al quebrado, al interventor y cualquier acreedor que lo solicite.

DECIMO TERCERO.- Notifíquese PERSONALMENTE la sentencia al quebrado, el Ministerio Público, el Interventor y el Síndico

y en su oportunidad comuníquese por escrito, por Correo Ordinario, a los acreedores de domicilio conocido. Publíquese un extracto de la sentencia por tres veces consecutivas en el Diario Oficial de la Federación y en el Periódico Novedades de esta Ciudad. Así, Interlocutoriamente juzgado lo resolvió y firma la C. Juez Tercero de lo Concursal Licenciada GRISELDA NIEBLAS ALDANA, A LAS doce horas del día de su fecha. Doy fe."

4.4.2.- FUNDAMENTOS DE LA OPINION CONTRARIA.

Los argumentos principales de quienes no están de acuerdo en que bajo nuestra legislación actual sea posible declarar en quiebra un patrimonio afectado en fideicomiso que opere como empresa, son las siguientes:

1).- De conformidad con el artículo 1 de la LQSP puede ser declarado en quiebra el comerciante que cese en el pago de sus obligaciones, y en el numeral 2 del propio ordenamiento se hace una relación de los casos en que existe una presunción "iuris tantum" de que el comerciante ha cesado en el pago de sus obligaciones. De estos artículos se colige que para ser declarado en quiebra es necesario, antes que otra cosa, tener la calidad de comerciante. Ahora bien solo pueden serlo, (en un sentido jurídico) quienes sean personas

físicas o morales, y por lo tanto sujetos susceptibles de ejercer derechos y contraer obligaciones. Como es claro que dentro de nuestra legislación no es posible atribuirle personalidad jurídica al fideicomiso, sino que en todo caso únicamente es un contrato o un negocio jurídico, no es posible que sea comerciante, en un sentido técnico, y por ende no es posible declararlo en quiebra. Además en nuestra legislación, la personalidad jurídica sólo deriva de una disposición legal, por lo que no se la podemos atribuir mientras el orden legal no lo haga.

2).- No es posible que se aplique analógicamente el artículo 3 de la LQSP en cuanto a la posible declaración de quiebra de una sucesión de un comerciante, toda vez que a todas luces se ve que la norma que esto permite, regula un caso especial, y por lo tanto únicamente es aplicable a ese caso y no a otros, de conformidad con lo que establece el artículo 11 del Código Civil, por lo que no cabe la analogía (aparte de que en nuestro concepto, la analogía como método de integración se maneja de modo diferente) y no es posible resolver la cuestión planteada con ese fundamento.

3).- No es posible afirmar que el patrimonio fideicomitado ha incurrido en una cesación de pagos, ya que únicamente las personas pueden dejar de cumplir obligaciones, es decir quien contrajo esas obligaciones y ahora no las satis-

face es el titular del mismo patrimonio, quien ejercita los derechos y obligaciones que resulten con motivo del contrato de fideicomiso.

4.4.3.- OPINION PERSONAL.

Las posturas de los autores antes citados, por lo general carecen de un fundamento legal o incluso del razonamiento jurídico necesario para apoyarse. La posición mas firme es en nuestro concepto, la vertida por el doctor Jorge A. Domínguez Martínez y por el licenciado José Luis de la Peza, quienes consideran que por aplicación analógica del artículo 3 de la LQSP es posible declarar en quiebra el patrimonio fideicomitado; sin embargo, es claro que lo expresado en el inciso segundo de los argumentos de quien niegan tal posibilidad, descalifica a este razonamiento, ya que el artículo 11 del Código Civil determina que esta norma no es aplicable a casos diversos del expresamente contemplado en ella, por ser una disposición especial, es decir, aquí no cabe la analogía como método de interpretación. Por lo que respecta a los tratadistas que afirman que lo importante para una declaración de quiebra es el carácter de empresa del sujeto, haciendo a un lado la calidad de comerciante que exige la ley, es palpable lo insostenible de esta opinión puesto que nuestro ordenamiento exige la mencionada calidad, y el término "empresa" es notoriamente extra-jurídico, y puede

tener relación con múltiples situaciones, pero no necesariamente encaja con lo exigido por nuestra ley. Puede haber empresas que no sean comerciantes, por no ser personas en sentido jurídico.

De lo anteriormente expuesto se observa que no existe una debida fundamentación de la postura que sostiene esta posibilidad, pues aunque parece ser opinión general de los tratadistas, no se ha hecho una exposición detenida, salvo en el caso de la tesis del licenciado Jose Luis de la Peza, con quién no coincidimos por las razones ya expuestas. Por otra parte en la vida real no sería difícil encontrar una situación en la que el patrimonio fideicomitado cayera en estado de insolvencia que provocara una cesación de pagos, y entonces no cabe la menor duda que lo justo sería aplicarle el procedimiento de quiebras. Afirmamos lo anterior porque precisamente en esas situaciones es donde se encuentra la razón de ser de la quiebra en nuestro sistema jurídico; proteger la confianza y asegurar el pago equitativo de los créditos, mediante un proceso público, estableciendo los grados de responsabilidad de los comerciantes fallidos, son sus funciones, y no es lógico que no le sea aplicable a la empresa fideicomitada un procedimiento que sirve de garantía para todos los que contratan. Sin embargo, como antes asentamos, es indispensable encontrar la razón jurídica que nos permita opinar en ese sentido, y es lo que nos proponemos.

Partiendo de la base de que toda controversia debe ser resuelta por el organo jurisdiccional, aún cuando no haya una disposición jurídica que prevea el caso concreto, tal y como lo mandan los artículos 18 y 19 del Código Civil, es necesario encontrar a este problema una solución apegada a derecho. Para lograr lo anterior, y toda vez que, como ya hemos comprobado, nuestro sistema jurídico no dispone nada en concreto sobre el punto, nos apoyaremos en la obra del ilustre tratadista Eduardo García Maynez, "Introducción al Estudio del Derecho", quién considera, basandose en la opinión del jurista francés Geny respecto a la interpretación de la Ley, y al papel que en ella juega la analogía, que la interpretación estriba en descubrir el pensamiento del legislador, y en consecuencia no puede dirigir o modificar la voluntad del mismo. Este tratadista galo define muy bien la diferencia entre interpretación e integración, siendo aquella unicamente investigar el contenido de la voluntad legislativa, y esta persigue el llenar una laguna de la ley.⁷¹ Al respecto de la integración afirma que la analogía es su principal método, y en consecuencia no se puede considerar a esta como un procedimiento de interpretación, pues se recurre a ella precisamente cuando la misma

71.cfr. apud. GARCIA MAYNEZ, Eduardo, "Introducción al Estudio del Derecho", Ed. Porrúa, México, 1986, p. 366.

interpretación revela que un caso por resolver no ha sido previsto; "En todo caso, la analogía infiere una solución para una cierta situación de hecho, de una semejanza fundamental entre tal situación y aquella otra que la Ley ha reglamentado".⁷²

Afirma García Maynez que: "Si en la ley hay lagunas, en el derecho no puede haberlas".⁷³ En nuestro concepto el legislador al promulgar la LQSP, no pudo preveer el caso en cuestión, y por lo tanto estamos ante una laguna de la ley.

Siguiendo también en esto al texto de García Maynez, podemos afirmar que no es posible en el caso concreto que nos ocupa aplicar estrictamente la LQSP, ya que no encaja adecuadamente a este. Si aplicamos la regla general que prescribe que para ser sujeto del procedimiento de quiebra es indispensable ser comerciante, es incuestionable que no es posible declarar en quiebra al patrimonio fideicomitido. Pero si no se atiende solamente a esta regla, sino al sistema establecido por la ley, y en general por nuestro derecho mercantil, especialmente el principio del procedimiento público de quiebra establecido para garantizar un equitativo

72.Ibidem, p. 343.

73.Ibidem, p. 360.

pago de créditos a los acreedores del sujeto que por las razones que sean es incapaz para satisfacerlos, entonces no hay duda que estamos ante una laguna de la ley, porque el sentido de la legislación, en esta materia, no puede ser sino en dirección de proteger la confianza y por ende el crédito y el comercio. La Ley no ha considerado el caso concreto pues era una situación que el legislador de entonces no observaba en la vida jurídico- económica de su tiempo.

Para llenar una laguna como la que se nos presenta es necesario recurrir a la integración y a sus métodos, especialmente a la analogía, "Si la analogía consiste en aplicar a un caso no previsto la disposición concerniente a una situación prevista, cuando entre ésta y aquél hay semejanza y existe la misma razón jurídica para resolverlos de igual manera, tal procedimiento queda fuera del ámbito de la labor interpretativa, ya que sólo hay interpretación cuando existe un precepto al cual dicha tarea pueda referirse".⁷⁴ En el razonamiento analógico no existe la claridad del silogismo, la conclusión sólo es válida si depende de las notas que ambas premisas comparten, por lo que si no sabemos de que depende la conclusión, esta será un tanto insegura, aún cuando verosímil. De cualquier modo la analogía siempre

74. Ibidem, p. 367.

trae aparejado un juicio de valor, aquel que hacemos al determinar que el caso previsto tiene notas comunes con el no previsto, y que son suficientes para resolverlos igual, por la misma razón jurídica.

Afirma García Maynez que hay analogía de supuestos y de disposiciones. El precepto legal, como es sabido consta de supuesto y de disposición, el primero es la hipótesis de cuya realización depende el nacimiento de determinadas consecuencias de derecho, que la disposición expresa. Si existe un supuesto previsto y otro no, y son análogos, el supuesto no contemplado debe resolverse de modo igual al si expresado por la ley, siempre y cuando el juicio de valor inherente a la analogía nos determine que existe la misma razón para así proceder.⁷⁵

En el caso concreto que debemos resolver, el comerciante que cesa en el pago de sus obligaciones y el patrimonio fideicomitado que realiza normalmente actos de comercio y también cesa en el cumplimiento de sus obligaciones, son análogos, y la diferencia entre ellos estriba en que a este no se le puede atribuir la calidad de comerciante puesto que en principio, ni personalidad jurídica tiene. Sin embargo es correcto resolver una situación como la otra, declarando la

75.cfr. Ibidem, p. 368.

quiebra del patrimonio en fideicomiso pues existe la misma razón jurídica, que consiste en los principios orientadores de la LQSP, es decir la institución de un procedimiento colectivo y universal que procura la defensa de los intereses de los acreedores frente a la falta de pago del quebrado y frente a otros acreedores que pudieran ser injustamente favorecidos por el fallido y que surge cuando por la insolvencia, entendida como "un estado general de impotencia patrimonial de una empresa mercantil para hacer frente por medios ordinarios a sus obligaciones líquidas y vencidas", la confianza, base del crédito, se rompe y los procedimientos judiciales e individuales para el cobro, se vuelven inadecuados e injustos, y el interés de la sociedad exige la intervención del estado para lograr un pago equitativo para todos los acreedores. Los anteriores principios son indudablemente aplicables tanto al comerciante como al patrimonio fideicomitado que opera como empresa y por lo tanto, la laguna que contiene la LQSP al no contemplar este caso debe llenarse en el sentido que hemos asentado, en base a la utilización de la analogía como método de integración, y no usandola en base a un precepto aislado y especial, como lo es el artículo 3 de la Ley en cuestión.

Por otra parte, es claro que la quiebra sólo es aplicable al patrimonio fideicomitado que realiza habitualmente actos de comercio, es decir que actúa como empresa, pues si

los actos que son su objeto tienen una naturaleza civil, estaríamos ante una situación diversa, y en esto coincidimos plenamente con lo que afirman los tratadistas Jorge A. Domínguez Martínez y Jose Luis de la Peza.

En relación a las demás objeciones o argumentos de quién se opone a la posibilidad de la declaración de quiebra de patrimonio fideicomitado, que básicamente se refieren a que no es persona, opino que en vista de lo que hemos afirmado carece de relevancia, pues precisamente es necesario seguir el procedimiento de integración legal, mediante la analogía, que se ha expuesto, por no tener el patrimonio fideicomitado personalidad, cualidad que lo hubiera ubicado en los supuestos generales de la Ley de Quiebras y Suspensión de Pagos.

4.4.4.- PROPUESTA DE ADICION A LA LEY DE QUIEBRAS Y SUSPENSION DE PAGOS.

Independientemente de los razonamientos anteriores, considero que sería muy positivo, para la mayor claridad y precisión de la regulación jurídica del fideicomiso, adicionar la Ley de Quiebras y Suspensión de Pagos en su artículo tercero, en la parte final, con un tercer párrafo que expresara:

"El patrimonio fideicomitado, que por medio del fiduciario, actúe como comerciante, será considerado como tal, para los efectos de esta ley."

Con la adición mencionada, quedaría resuelto el problema. Considero que esta reforma propuesta vendría a actualizar en este punto a la legislación de quiebras, sin dejar de reconocer que sería muy positiva una revisión exhaustiva de toda la ley, mediante una investigación muy concreta de su efectividad en la realidad como instrumento para la protección de la actividad mercantil y del crédito. Si la actuación de los representantes legales del fideicomiso, delegados fiduciarios no se apegara a los establecido en el acto consitutivo del mismo, los fideicomisarios podrían en todo caso, exigir responsabilidad civil o penal a los mismos, independientemente de la quiebra, y esta podría, como cualquier otra, ser objeto de una calificación como fortuita, culpable o fraudulenta.

CONCLUSIONES.

PRIMERA.- No se puede negar la similitud que existe entre las figuras del "fideicommissum", y la "fiducia" del derecho romano, con aspectos del actual fideicomiso mexicano; la transmisión de bienes, de una a otra persona, con el objeto de que quién los reciba cumpla una determinada misión, es en suma, la esencia del concepto jurídico que estudiamos. Sin embargo, es claro que alrededor de esta idea existe una gran cantidad de elementos que completan la regulación de la institución y que por tanto le dan forma y características específicas. Su tipicidad o atipicidad, el que sea un negocio fiduciario o no, o lo ilícito o lícito de su objeto son algunos de estos elementos. De cualquier modo sí se puede, en mi concepto, hablar de estas figuras de derecho romano como antecedentes del actual fideicomiso, regulado en nuestra legislación, específicamente, en la LTOC.

SEGUNDA.- Aún cuando algunos autores lo mencionan como antecedente, desde nuestra óptica no hay duda que el Mayazgo, no tiene conexión con la historia de la evolución del fideicomiso, pues parece ser ante todo una institución feudal y en ese sentido un instrumento para reforzar las relaciones de señorío-vasallaje que existían y cumplían una función social en la Edad Media, pero alejadas del mundo de

la contratación privada, campo natural del origen y desarrollo del fideicomiso, objeto de nuestro estudio.

TERCERA.- Al hablar del "use" ya está fuera de discusión su conexión con el actual fideicomiso, en calidad de antecedente, pues históricamente esto es evidente. Lo interesante es hacer especial mención del proceso de creación de la institución; de su origen producto de la incapacidad de un sistema jurídico denominado "Common Law" de Inglaterra para proporcionar los medios adecuados en vista a lograr ciertos fines que interesaban a determinadas personas. La rigidez de este sistema y la necesidad de obtener justicia en los acuerdos propalados al margen de él (como el "use") aunados al peculiar sistema social del vasallaje que en la época en cuestión imperaba en Inglaterra provocaron que se acudiera al Rey y a sus tribunales (basicamente al de la Cancillería) para resolver las diferencias que entre las partes del "use" se suscitaban. Lo anterior provocó el surgimiento de un doble sistema de derecho y de propiedad: uno en base al "Common Law" y otro de conformidad con los tribunales del Rey o de la Equidad. Inevitablemente esto tuvo como consecuencia que se regulara el "use" y dejara de ser únicamente un negocio fiduciario, para convertirse en el Trust.

CUARTA.- Los denominados "proyecto Limantour", "Creel" y "Vera Estañol" fueron los primeros intentos de adaptar el trust a nuestra legislación, aún y cuando quedaron en categoría de proyectos y tenían evidentes defectos, tienen el mérito del interés en intentar adaptar esta figura a nuestro medio.

QUINTA.- En la evolución del fideicomiso en nuestra legislación, desde la "Ley General de Instituciones de Crédito y Establecimientos Bancarios" de 1924 hasta la actual "Ley de Instituciones de Crédito" pasando por la "Ley de Títulos y Operaciones de Crédito", se observa un proceso de adaptación y adecuación, que incluye una búsqueda de identidad, "naturaleza" del fideicomiso, reflejo de los debates doctrinarios acerca del punto, aunque siempre manteniendo las pautas que ya constituyen parte esencial del fideicomiso tal y como lo conocemos en México, específicamente la norma que dispone que sólo pueden actuar como fiduciarios, en México, las instituciones bancarias.

SEXTA.- En el proceso histórico en que se ha realizado la adaptación del trust a nuestro Derecho, por ser una figura jurídica extraña, es natural que haya surgido confusión y controversia acerca de su naturaleza jurídica. Desde

la opinión de Alfaro, el panameño, que lo definió como un mandato (posteriormente como mandato irrevocable) hasta quién afirma que es un negocio fiduciario, ha habido muchas opiniones. En mi concepto, en base a lo que expresa la regulación positiva y al sistema jurídico que nos rige, está claro que estamos ante un contrato; es decir, si atendemos a su esencia jurídica, estamos obligados a aceptar que hoy por hoy dentro de la clasificación de hechos jurídicos que el Código Civil (norma supletoria) establece, el fideicomiso sólo es factible ubicarlo como un contrato. Quién opine que es un negocio jurídico, doctrinariamente podrá ser aceptable su postura, pero no correspondería a nuestra actual legislación.

SEPTIMA.- El derecho de quiebras es la respuesta del orden jurídico a la necesidad social de proveer los medios procesales justos y equitativos para sostener la confianza entre los comerciantes, confianza que es la base del crédito que estos se prestan entre sí y al público en general. Necesariamente, por ende, el derecho concursal, como además ya es tradición, implica procesos públicos y colectivos, en los que cada acreedor tenga la certeza de que será tratado con equidad y justicia, a la par que los demás, y conforme a normas previamente establecidas.

OCTAVA.- El elemento determinante o propiciador de la declaración de quiebra es el estado de insolvencia, el cual se manifiesta a través de la cesación de pagos. No se debe entender al estado de insolvencia como la falta de cumplimiento de ciertas obligaciones, sino como: "un estado general de impotencia de un patrimonio para saldar las deudas líquidas y vencidas del titular". La manifestación mas evidente del estado de insolvencia es la cesación de pagos, pero ésta es el efecto y la primera la causa.

NOVENA.- Al abordar el problema concreto de esta tesis, la doctrina casi en lo general ha sostenido la opinión favorable a aceptar la declaración de quiebra del patrimonio fideicomitado, sin embargo, en la mayoría de los casos no han fundamentado el punto, o lo han hecho insuficiente o erróneamente. Es importante concluir, que en nuestra forma de ver el problema, la tesis del licenciado José Luis de la Peza es inaceptable toda vez que emplea una analogía, con la sucesión del comerciante, para afirmar que sí es posible declarar en quiebra al patrimonio fideicomitado, indicando que en ambos casos, no se esta ante personas, en un sentido jurídico, siendo que esta analogía no es permitida por el artículo 11 del Código Civil para el Distrito Federal, por tratarse de una norma que regula un caso especial.

DECIMA.- Lo más probable es que la Ley de Quiebras y Suspensión de Pagos no regule el caso en cuestión por tratarse de un supuesto que era prácticamente imposible que el redactor de la ley en cuestión, en 1932 (año de su promulgación) imaginara, por el nulo desarrollo que entonces presentaba el fideicomiso en nuestro país. Sin embargo, mediante la integración de los textos legales es preciso determinar una salida a esta cuestión. Por la naturaleza misma del derecho de quiebras que persigue fundamentalmente la protección de la confianza y el crédito entre los comerciantes, y en base a la utilización de la analogía como método de integración (que no de interpretación como afirma el autor citado, pues no existe una norma que acepte varios sentidos o interpretaciones) se debe admitir la declaración de quiebra del patrimonio fideicomitado, que actuando como empresa, caiga en un estado de insolvencia, toda vez que existe la misma razón jurídica; es decir, este supuesto no contemplado por la ley debe de ser resuelto igual que el sí contemplado, consistente en el caso general del comerciante que cae en el estado de insolvencia mencionado, pues la ley de quiebras procura la defensa de los intereses de los acreedores del comerciante insolvente, y en el caso del fideicomiso que opera como empresa, no hay porque hacer una excepción, aún y cuando estrictamente no se le pueda denominar como comer-

ciante, por no ser persona. Si no se declarara la quiebra, se caería en situaciones muy injustas ya que algunos acreedores podrían ser preferidos sin causa suficiente en el pago de sus créditos, dejando a otros sin ninguna posibilidad de cobro, por haberse acabado los activos del fideicomiso. Independientemente de lo anterior, no aplicar la quiebra es hacer a un lado el sistema colectivo y público establecido, con las graves consecuencias que de esto se desprenden.

DECIMA PRIMERA.- Valdría la pena considerar la adición que como tercer párrafo propongo al artículo tercero de la Ley de Quiebras y Suspensión de Pagos, que al tenor de lo expresado diría:

"El patrimonio fideicomitado, que por medio del fiduciario, actúe como comerciante, será considerado como tal, para los efectos de esta ley."

BIBLIOGRAFIA

- 1.- ALFARO, Ricardo J., "Adaptación del trust del Derecho Anglosajón al Derecho Civil", Cursos Monográficos, Academia Interamericana de Derecho Comparado e Internacional, La Habana, Cuba, 1948.
- 2.- ALFARO, Ricardo J., "El Fideicomiso, Estudio sobre la necesidad y conveniencia de introducir en la legislación de los pueblos latinos una institución nueva semejante al TRUST del derecho inglés", Imprenta Nacional, Panamá, 1920.
- 3.- APODACA Y OSUNA, Francisco, "Presupuestos de la Quiebra", México, D.F., 1945.
- 4.- BANCO MEXICANO SOMEX, S.A. (diversos autores), "Las Instituciones Fiduciarias y el Fideicomiso en México", México, D.F., 1982.
- 5.- BARRERA GRAF, Jorge; "Los Negocios Fiduciarios", Revista Jus, julio-septiembre 1950, núm. 144.
- 6.- BATIZA, Rodolfo, "El Fideicomiso, Teoría y Práctica", Ed. Porrúa, México 1980.

7. - BATIZA, Rodolfo, "Principios Básicos del Fideicomiso y de la Administración Fiduciaria", Ed. Porrúa, México, D.F., 1985.
- 8.- BORJA MARTINEZ, Francisco, "El Nuevo Sistema Financiero Mexicano", Fondo de Cultura Económica, México, 1991.
- 9.- CERVANTES AHUMADA, Raúl, "Derecho de Quiebras", Ed. Herrero, México D.F., 1975.
- 10.- CERVANTES AHUMADA, Raúl, "Títulos y Operaciones de Crédito", Ed. Herrero, México, 1966.
- 11.- CABANELLAS, Guillermo, y ALCALA ZAMORA Y CASTILLO, Niceto, "Diccionario Enciclopédico de Derecho", Editorial Heliasta, S. de R. L.
- 12.- DE LA PEZA, José Luis, "Ensayo sobre el patrimonio en fideicomiso y la posibilidad de su quiebra", tesis profesional, Escuela Libre de Derecho, México D.F., 1951.
- 13.- DOMINGUEZ MARTINEZ, Jorge A. "El Fideicomiso ante la Teoría General del Negocio Jurídico", Ed. Porrúa, México, D.F., 1982.

14.- D'ORS, Alvaro, "Derecho Privado Romano", EUNSA, Pamplona, 1983.

15.- GALINDO GARFIAS, Ignacio, "Derecho Civil", Ed. Porrúa, México, 1989.

16.- GARCIA MAYNEZ, Eduardo, "Introducción al Estudio del Derecho", Ed. Porrúa, México, 1986.

17.- GARRIGUES, Joaquín, "Curso de Derecho Mercantil", Ed. Porrúa, México, D.F., 1987.

18.- HERNANDEZ, Octavio, "Derecho Bancario Mexicano - Instituciones de Crédito", México, 1956, tomo II.

19.- LEPAULLE, Pierre, "Tratado Teórico y Práctico de los Trusts", Ed. Porrúa, México, 1975.

20.- LIZARDI ALBARRAN, Manuel, "Ensayo sobre la Naturaleza Jurídica del Fideicomiso", tesis profesional, México, 1945.

21.- MACEDO, Pablo "El Fideicomiso Mexicano", (introducción en la traducción de la obra de Pierre Lepaulle, "Tratado teórico y práctico de los trusts"), Ed. Porrúa, México, 1973.

22.- MOLINA PASQUEL, Roberto, "Los Derechos del Fideicomisario", México 1946.

23.- MUÑOZ, Luis, "El Fideicomiso Mexicano", México, D.F.

24.- RODRIGUEZ y RODRIGUEZ, Joaquín, "Ley de Quiebras y Suspensión de Pagos", Anortaciones, Exposición de Motivos y Bibliografía, .

25.- RODRIGUEZ y RODRIGUEZ, Joaquín, "Derecho Mercantil", Ed. Porrúa, México, D.F., 1985.

26.- VILLAGORDOA LOZANO, José Manuel, "Doctrina General del Fideicomiso", Ed. de la Asociación de Banqueros de México, A.C., México, D.F., 1976.

27.- VIZACAYA RAMOS, Eduardo, "El Desarrollo de la Banca Universal en México", Tesis Profesional, México, 1992.

LEGISLACION.

- 1.- Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos. (Publicada en el "Diario Oficial de la Federación" el día 5 de febrero de 1917).
- 2.- Ley de Instituciones de Crédito. (Publicada en el "Diario Oficial de la Federación" el día 18 de julio de 1990).
- 3.- Ley Reglamentaria del Servicio Público de Banca y Crédito. (publicada en el "Diario Oficial de la Federación" el día 14 de enero de 1985).
- 4.- Ley Reglamentaria del Servicio Público de Banca y Crédito. (Publicada en el "Diario Oficial de la Federación" el día 31 de diciembre de 1982).
- 5.- Ley General de Instituciones y Organizaciones Auxiliares del Crédito. (Publicada en el "Diario Oficial del Federación" el día 31 de mayo de 1941).
- 6.- Ley de Quiebras y Suspensión de Pagos. (Publicada en el "Diario Oficial de la Federación" el día 20 de abril de 1943).

7.- Ley General de Títulos y Operaciones de Crédito. (Publicada en el "Diario Oficial de la Federación el día 27 de agosto de 1932).

8.- Código Civil para el Distrito Federal en materia común y para toda la República en materia federal. (Publicado en diversos número del "Diario Oficial de la Federación" del día 28 de mayo de 1928 hasta el 31 de agosto del mismo año, y con vigencia a partir del día 1 de octubre de 1932).

9.- Ley General de Instituciones de Crédito y Establecimientos Bancarios. (Publicada en el "Diario Oficial de la Federación" el día 16 de noviembre de 1926).

10.- Ley de Bancos de Fideicomiso. (Publicada en el "Diario Oficial de la Federación" el día 17 de julio de 1926).

11.- Ley General de Instituciones de Crédito y Establecimientos Bancarios. (Publicada en el "Diario Oficial de la Federación" el día 16 de enero de 1925, pero promulgada el día 24 de diciembre de 1924).

12.- Código de Comercio.- (Publicado los días 7 a 13 de octubre de 1889).