

301809



UNIVERSIDAD DEL VALLE DE MEXICO

67

ESCUELA DE DERECHO
CON ESTUDIOS INCORPORADOS A LA
UNIVERSIDAD NACIONAL AUTONOMA DE MEXICO

20

Importancia de la figura del fideicomiso en el derecho Mercantil Vigente.

• T E S I S •

QUE PARA OBTENER EL TITULO EN:
LICENCIADO EN DERECHO
PRESENTA:

VERONICA HERRERA VAZQUEZ
MEXICO, D.F. 1993

1994

PRIMERA REVISION
LIC. SILVIA LLITERAS ALANIS

SEGUNDA REVISION
LIC. JESUS MORA LARDIZABAL

TESIS CON
FALLA DE ORIGEN



Universidad Nacional
Autónoma de México



UNAM – Dirección General de Bibliotecas Tesis Digitales Restricciones de uso

DERECHOS RESERVADOS © PROHIBIDA SU REPRODUCCIÓN TOTAL O PARCIAL

Todo el material contenido en esta tesis 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.

A MIS PADRES:
POR SU GRAN APOYO Y CONFIANZA EN MI.

A GUSTAVO Y BETO:
POR EL CARÍÑO QUE SIEMPRE ME HAN DEMOSTRADO.

A MIS ABUELOS:
POR SU PACIENCIA Y PREOCUPACION.

A MIS AMIGOS, TIOS Y PRIMOS:
QUE DE UNA U OTRA MANERA ME HAN BRINDADO SU APOYO.

A MIS MAESTROS Y ASESORES:
POR LO QUE DE ELLOS HE APRENDIDO.

INDICE

INTRODUCCION	1
--------------------	---

CAPITULO I

ANTECEDENTES HISTORICOS DEL FIDEICOMISO

1.1.- EN EL DERECHO ROMANO.....	4
1.2.- EN EL DERECHO ALEMAN.....	7
1.3.- EN EL DERECHO INGLES "USE".....	10
1.4.- EN EL DERECHO ANGLOAMERICANO.....	13
a).- "TRUST".....	13
b).- "COMMON LAW".....	16
1.5.- EN EL DERECHO MEXICANO.....	19

CAPITULO II

EL CONTRATO DE FIDEICOMISO EN NUESTRA LEGISLACION MERCANTIL VIGENTE

2.1.- EL CONTRATO DE FIDEICOMISO DENTRO DEL DERECHO MERCANTIL.....	26
2.2.- NATURALEZA JURIDICA DEL FIDEICOMISO.....	32
a).- EL FIDEICOMISO COMO NEGOCIO FIDUCIARIO.....	33
b).- TEORIA DEL ACTO UNILATERAL DE VOLUNTAD.....	36
c).- TEORIA CONTRACTUAL DEL FIDEICOMISO.....	38

CAPITULO III

SUJETOS DEL FIDEICOMISO

3.1.- EL FIDEICOMITENTE.....	44
3.2.- EL FIDUCIARIO.....	47
3.3.- EL FIDEICOMISARIO.....	50
3.4.- ELEMENTOS DEL FIDEICOMISO:.....	55
a).- LOS PERSONALES.....	55
b).- LOS OBJETIVOS O PATRIMONIALES.....	55
c).- LOS FORMALES.....	58

CAPITULO IV

CLASIFICACION DEL FIDEICOMISO EN ATENCION A SUS FINES

4.1.- FIDEICOMISOS TRASLATIVOS.....	64
4.2.- FIDEICOMISOS DE INVERSION.....	65
4.3.- FIDEICOMISOS DE GARANTIA.....	67
4.4.- FIDEICOMISOS DE ADMINISTRACION.....	69
4.5.- FIDEICOMISOS TESTAMENTARIOS.....	72

CAPITULO V

**EL NACIMIENTO Y EXTINCION DE LOS
FIDEICOMISOS**

5.1.- REQUISITOS PARA LA CREACION DEL FIDEICOMISO.....	77
5.2.- INTERVENCION DEL ESTADO EN LA CREACION DE LOS MISMOS.....	89
5.3.- EXTINCION DEL FIDEICOMISO, SUS CAUSAS.....	92
CONCLUSIONES.....	101
BIBLIOGRAFIA.....	104

INTRODUCCION

La figura del fideicomiso es una de las más analizadas y estudiadas que existen dentro de nuestro ámbito jurídico; su origen lo encontramos en nuestro país, en base a sus raíces dentro de marcos jurídicos anglosajones; los cuales tienen grandes antecedentes para nuestro derecho positivo.

Nuestro estudio acerca del fideicomiso sólo es un aspecto pequeño dentro del análisis principal, ya que se enfocará a la importancia de la figura del fideicomiso en el derecho mercantil vigente. Esta figura del fideicomiso en el derecho mercantil va a ser la etapa en la que se va a dar el resultado que se persigue en la constitución del mismo.

Entendiendo que existen múltiples finalidades para la realización del fideicomiso, y que éstos pueden ser primordiales y secundarios que traen como consecuencias, beneficios o provechos. Además de que existen diversas clasificaciones en cuanto a los fines del fideicomiso, en la que podemos tener una visión más clara y precisa de los elementos que intervienen para su realización.

Es por ello que el propósito de nuestro trabajo es el demostrar que la importancia de la figura del fideicomiso en el derecho mercantil vigente, posee características gracias a las cuales puede ser considerada como una figura vigente y visible para la constitución del fideicomiso.

Con ésto podemos mencionar que el objetivo primordial en todo fideicomiso, son las finalidades para el cual fue constituido, ya que un fideicomiso sin fin no tendría valor pleno.

Por lo anterior nos ha parecido conveniente llevar a cabo el estudio de nuestro tema en cinco capítulos.

En el capítulo Primero, nos referimos a los antecedentes históricos del fideicomiso, partiendo de la fiducia Romana, de el fideicomiso en el derecho Alemán, hasta la introducción del fideicomiso en nuestro país, con la Ley de Ferrocarriles de 1897, sin olvidar el Trust Angloamericano , el Common Law y los Tribunales de Equidad.

El Capítulo Segundo, trata sobre el contrato de fideicomiso en nuestra legislación, partiendo de un concepto del mismo dentro del derecho mercantil vigente, siendo ampliamente discutido por los estudiosos, así mismo se menciona su naturaleza jurídica, interpretada de diferentes maneras por los autores plasmados y estableciendo diversas teorías al respecto, su intervención como negocio fiduciario, como acto unilateral de la voluntad y como teoría contractual.

En el Capítulo Tercero, hablamos de los sujetos que intervienen en el fideicomiso, siendo una cuestión de gran importancia ya que sin estas partes y sin sus elementos no se podría realizar un contrato de fideicomiso.

Este sería el punto de partida de nuestro tema , ya que teniendo las partes y elementos , se establece la importancia de la figura del fideicomiso en el derecho mercantil vigente.

En el Capítulo Cuarto, se da a la tarea de analizar qué tanta importancia tiene la figura del fideicomiso en el derecho mercantil vigente, así como su clasificación, estableciendo los fines primordiales y secundarios de cada uno.

En el último Capítulo, mencionamos el nacimiento y extinción del fideicomiso, teniendo como punto primordial la intervención del Estado en la creación de los mismos, en la que podemos decir que en todo fideicomiso es necesario tener en cuenta como se va a crear, las partes que intervienen en él, por eso es de gran importancia la figura del fideicomiso en el derecho mercantil vigente.

Finalmente y con la intención de darle una unidad a nuestro trabajo, haremos de resumir en varios puntos las debidas conclusiones a que hayamos llegado como resultado de nuestro estudio.

Es así pues, que una vez señalados tanto las razones como los puntos y lineamientos a tratar en nuestro trabajo, así como su objetivo específico, nos damos a la tarea de iniciar nuestro estudio en el orden anteriormente citado.

CAPITULO I.- ANTECEDENTES HISTORICOS DEL FIDEICOMISO.

1.1.- EN EL DERECHO ROMANO:

El fideicomiso en Roma se originó por medio de dos instituciones LA FIDUCIA Y LOS FIDEICOMISOS TESTAMENTARIOS.

"La fiducia consistía en transmitir, de forma solemne la propiedad (MANCIPIATIO) o una INJURE CESSIO, que se acompañaba de un PACTO FIDUCIAE, mediante el cual, el ACCIPIENS, quien recibía la propiedad del bien transmitido, se obligaba a su vez frente al TRADENS, de transmitirlo, después de que se realizaran determinados fines, al propio TRADENS o a una tercera persona".(1)

A través del desarrollo del fideicomiso se consideraba que debía de existir alguna forma no solemne de transmitir la propiedad y es así como se originan dos formas de FIDUCIA; LA FIDUCIA CUM CREDITORE Y LA FIDUCIA CUM AMICO.

LA FIDUCIA CUM CREDITORE, fué de gran importancia para acreditar el cumplimiento de ciertas obligaciones, que consistía en un crédito que se le daba al deudor por un pacto fiduciae en el que, para garantizar el pago le transmitía determinados bienes al acreedor y en el momento de pagar la deuda se le regresaban los bienes transmitidos, al deudor.

LA FIDUCIA CUM AMICO, consistía en la transmisión de bienes en forma gratuita para realizar determinados fines, por medio del uso y disfrute de los mismos y una vez concluidos estos fines se devolvían los bienes al dueño original.

Estas formas de transmitir la propiedad se emplearon solo por un tiempo, posteriormente fueron desapareciendo surgiendo una nueva figura, el fideicomiso TESTAMENTARIO el cual era esencialmente, la institución de heredero.

Desde la época de Augusto surgió al lado del testamento el CODICILO " el pequeño testamento, documento firmado por el DE CUTUS y algunos testigos, eran cinco en tiempos del bajo imperio".(2)

"Los primeros fideicomisos ordenados en CODICILOS fueron los dispuestos por Augusto, quien acordó que los fideicomisos con codicilos confirmados para el futuro debían tener una tutela administrativa, pues cuando el grabado no hubiera cumplido con buena fé podría dirigirse al Magistrado para obtener con coacción la ejecución del codicilo, haciendo uso del procedimiento procesal extraordinario (el último de los procedimientos conocidos en Roma) para este menester fueron delegados, primeramente los Cónsules y posteriormente los Pretores, esta institución del codicilo ya no existe en el derecho Mexicano y en algunos países se sigue utilizando pero como documento testamentario y con las mismas formalidades de un testamento.

Posteriormente en la época de Justiniano el fideicomiso sufre ciertas modificaciones que tiene las siguientes características:

" Los Senadoconsultos Trebeliano y Pegasiano (el primero dado bajo Nerón en el año 56 de nuestra era y el segundo bajo el imperio de Vespasiano) concedieron a los herederos fideicomisarios las situaciones de LOCO HEREDIS Y LOCO LEGATARIS, respectivamente para que se les transmitiera las acciones hereditarias a título de útiles y al heredero fiduciario el derecho de retener la cuarta parte del fideicomiso como lo permitía la Ley Falcidia a los herederos gravados con la entrega de los legados".(3)

De lo cual se desprende que ya existía un derecho real sobre los bienes, dejando a un lado un derecho de crédito y teniendo el beneficio el heredero fiduciario de la restitución de los bienes materia del fideicomiso.

Esta etapa histórica del fideicomiso testamentario, tuvo sus bases en el derecho Romano conocido con el nombre de "sustituciones fideicomisarias", las cuales tuvieron un gran auge, hasta que el Código Napoleónico las prohibió porque se llegaron a vincular grandes riquezas en unas cuantas manos, concluyendo así que el fideicomiso en Roma es el antecedente del fideicomiso actual.

1.2.- EN EL DERECHO ALEMÁN.

El fideicomiso en el derecho Alemán, es el sistema mas próximo al fideicomiso Mexicano, en cuanto a su uso e importancia.

Como introducción a su estudio debemos identificar los tres tipos de fideicomiso que se utilizan con la misma frecuencia en aquel sistema.

1.- LA PRENDA INMOBILIARIA:

Constituía un medio por virtud del cual el deudor transmitía a su acreedor un bien inmueble con la finalidad de garantizar su obligación, debiendo entregar aquél una carta venditionis al acreedor quien se obligaba mediante una contra carta a restituir el primer documento, así como el bien dado en garantía, en caso de cumplimiento del deudor.

2.- LA MANUS FIDELIS:

Tiene gran importancia en la sucesión germánica, para contravenir las limitaciones establecidas en las disposiciones legales para determinar la calidad de los herederos. Consistente en lo siguiente: A una persona conocida como manus fidelis, se le entregaba un bien por medio de una carta venditionis, éste con la posesión de la cosa, la transmitía a la persona designada. Quienes desempeñaban el cargo de manus fidelis, eran por lo regular aquellas personas que formaban parte del clero.

3.- SALMAN O TREUHAND:

En la ley germánica equivale, al fiduciario en el fideicomiso en México. Siendo el Salman la persona a quien se le transmitía una determinada porción de tierra que a su vez la transportara a otra según las instrucciones del propietario original.

Es oportuno destacar que en el antiguo derecho germánico, el Salman era elegido por el enajenante de los bienes, obligándose frente a este la forma solemne a entregarlos al último adquirente. Mientras que en la actualidad el Salman es escogido por el último adquirente de los bienes. (4)

Dentro de las características mas importantes del fideicomiso Germánico encontramos las siguientes:

a).- Es un contrato en el cual intervienen como partes el fideicomitente, fiduciario y fideicomisario, al igual que en el fideicomiso Mexicano.

b).- El fiduciario, adquiere independencia del contenido de la convención fiduciaria, plenos poderes de disposición sobre el patrimonio fiduciario sin que se puedan restringir por disposiciones reales de naturaleza obligatoria respecto de terceros.

c).- El fideicomitente, no tiene derechos reales respecto del patrimonio fiduciario, sino que solo tendrá derechos personales respecto del fiduciario.

d).- El fideicomiso alemán es un negocio de naturaleza puramente civil.

e).- La transmisión germánica del bien fideicomitado la convierte en un sistema más próximo al mexicano.

f).- El fiduciario no necesariamente debe ser un banco sino cualquier persona con capacidad mercantil."(5)

Con respecto a la figura del fideicomiso en el derecho alemán nos podemos dar cuenta que es una de las figuras que se asemejan más al fideicomiso en el derecho Mexicano.

13.- EN EL DERECHO INGLES "USE".

Para la evolución del fideicomiso en Inglaterra, encontramos que tiene sus antecedentes en el derecho moderno Estadounidense y es en base a la figura de los "USES".

Los uses consistían en una transmisión de tierras realizada por un acto entre vivos o por testamento a favor de un tercero solo para su uso y a su muerte ese uso se trasmitía al presunto heredero.

El origen preciso de los usos constituye uno de los problemas mas controvertidos de la historia en el derecho Inglés.

Bacon en el siglo XVII, expresaba que lo que más se asemejaba al uso era el fideicommissio, pero no estaba de acuerdo que el uso derivara de la Institución Romana, en cambio en el siglo XIX antes de que surgiera la moderna Escuela de historiadores del derecho Keeton, sostenía que el uso era la contrapartida del usufructo o del fideicomiso romano, sin embargo otros autores como Blackston y Perry en el último tercio del siglo pasado comparten la suposición de que el antiguo fideicomiso había sido el modelo del uso.

No se ha podido determinar en forma satisfactoria, el momento preciso en que los usos hacen su aparición en Inglaterra. A principios del siglo XV la mayor parte de las tierras estaban sujetas al régimen de los usos y consistían en obligaciones de carácter moral cuyo cumplimiento quedaba a la buena fé del prestatario o FEOFFEE.

El beneficiario o CESTUI QUE USE ,carecía de derechos protegidos por el orden jurídico, por lo cual estaba libre de los tributos y cargas que pesaban sobre la propiedad, al no haber intervención por parte de los tribunales ante esta situación, el parlamento, se vió en la necesidad de legislar para impedir que los usos sirvieran como propósitos abiertamente contrarios al orden público y en 1376 prohíbe las trasmisiones en fraude de acreedores por las que una persona se reserva el uso de la cosa.

"De 1535 a fines del siglo XVII, la sociedad había manifestado una fuerte oposición contra los usos, era innegable que constituían un fácil expediente en fraude de acreedores y que las ventajas que representaban en beneficio de ciertas personas traducíanse en perjuicios correlativos contra otras".(6)

En este mismo año se promulgó la Ley de Usos, "Holdsworth, manifiesta que esta ley representa tal vez, la contribución más trascendental realizada por el legislador al derecho privado Inglés. En el preámbulo describía con amplitud los múltiples males originados por el empleo de los usos." (7)

Se buscó una solución para esta ley, que aparentemente era muy sencilla, no decretó la ilegalidad de los usos ni privó al CESTUI QUE USE (beneficiario) de su derecho de equidad, sino que adjudicó a su favor el título legal del bien puesto en uso, ordenó que cuando una persona estuviera en posesión dominical, para el uso de una o varias personas o de alguna entidad política, a ella correspondería en su integridad el derecho a los bienes, cesando la posesión dominical existente sobre los mismos.

Así pues los usos no fueron prohibidos; quedaban solo ejecutados, es decir hacía al CESTUI QUE USE dueño legal que dejaba de tener un derecho de equidad, para convertirse en único dueño, en tanto que el FEOFFEE TO USE (prestanombre) venía a ser por completo eliminado.

" Los acontecimientos posteriores demostraron que la ley no había logrado una expiración total y que a pesar de ella, todavía era factible el desdoblamiento o la separación entre el derecho legal y el derecho del beneficiario."(8)

1.4.- EN EL DERECHO ANGLOAMERICANO.

a).- "TRUST" En su significado jurídico en el sistema angloamericano, se emplea para incluir diversas relaciones fiduciarias, como el depósito, albaceazgo, tutela, el mandato, su relación fiduciaria se debe a su origen y desenvolvimiento a la separación entre Tribunales de derecho estricto (COMMON LAW) y Tribunales de equidad (EQUITY).

Durante la historia de los usos, se desarrolla la integración en Inglaterra.

Las primeras definiciones del trust propuestas por Coke, para quien el uso o trust de tierras consistía en " la confianza depositada en otro, que no emana de la tierra sino como algo accesorio ligado por un vínculo privativo al derecho sobre ella existente y a la persona en posesión, por virtud del cual el beneficiario no dispone de otro recurso que la orden de comparecencia ante la cancellería."(9)

Lo que Coke quiere significar cuando dice que el trust no emana de la tierra sino como algo accesorio a ella, es que difiere de otros conceptos jurídicos como el derecho legal, como las rentas que surgen de la tierra misma y que por eso obligan a cualquier adquirente.

Ahora bien, la otra parte de su definición en la que el trust esté ligado por un vínculo privativo al derecho existente sobre la tierra, quiere decir que su subsistencia está sujeta a la variedad particular de tal derecho, de la cual depende el interés del beneficiario, el trust también está vinculado a la persona, lo que trae como consecuencia que si su cumplimiento tiene que exigirse judicialmente contra el dueño del derecho legal, debe probarse en alguna forma que él está obligado por el conocimiento de la equidad del beneficiario, de ahí que el adquirente de buena fé y a título oneroso reciba la cosa libre de todo gravámen.

Hart expresó la siguiente definición acerca del trust:

1.- Que es una obligación que puede ser impuesta expresamente o por implicación de la ley.

2.-Es la restitución de la obligación al manejo de bienes sobre los cuales el obligado tiene control.

3.-Es la separación entre el control de los bienes y la integridad del derecho beneficiario sobre éstos, en el concepto de que el obligado puede ser una de las personas que gocen de tal derecho.

4.-Es la capacidad de cualquiera de las personas interesadas beneficiariamente para exigir la obligación.

Los elementos anteriormente mencionados se integran y se establece la siguiente definición:

"El trust es una obligación impuesta ya sea expresamente o por implicación de la ley en virtud de la cual el obligado debe manejar bienes sobre los que tiene el control para beneficio de ciertas personas que indistintamente pueden exigir la obligación"(10)

Esta definición se considera que es una de las más completas que hasta ahora se han elaborado.

El trust , además de ser una relación de naturaleza fiduciaria con respecto a bienes, implica también obligaciones de carácter personal, es decir que presupone la existencia de obligaciones de equidad impuestas sobre la persona investida del título legal a efecto de que, al manejar los bienes, se conduzca en beneficio de otra.

Desde el punto de vista del beneficiario, se le ha definido como una cierta clase de derecho que le asiste respecto a los bienes del trust; así mismo existe una relación que liga a las partes con referencia a bienes determinados que son su objeto y que comprende, no tan solo obligaciones del TRUSTEE (fiduciario) frente al beneficiario y frente a terceros, sino también los derechos y privilegios, las facultades del beneficiario frente al TRUSTEE y a terceros.

La relación entre TRUSTEE y Beneficiario, es pues de naturaleza fiduciaria, implicando por ello la obligación de actuar para el provecho de otro.

Scott señala que esta relación fiduciaria es relativa a los actos que las partes celebran y que este acto no debe ser anulado sólo por que las partes estaban en una relación confidencial, a menos que se demuestre que el factor determinó una ventaja debidamente aprovechada en perjuicio de alguna de ellas.

Otra de las definiciones del trust como concepto de relación fiduciaria es "el beneficiario está obligado a depositar su entera confianza en el trustee (fiduciario) en virtud de la relación tan estrecha e íntima que une a ambas partes porque el segundo tiene gran influencia y control sobre los bienes e intereses del primero"(11)

En el trust existe además de una relación con respecto a bienes, lo asemeja también a ciertas relaciones jurídicas como el depósito, mandato, tutela y el albaceazgo, en el trust siempre va haber un bien o cosa que constituye su objeto y cuya propiedad corresponde al trustee para emplearla en provecho del beneficiario, es decir implica una obligación por parte del trustee de utilizar bienes determinados en beneficio del beneficiario.

La naturaleza jurídica de trust es el resultado de que en Inglaterra en el siglo XV y durante los cuatro siglos siguientes, los tribunales de derecho estricto y los tribunales de equidad existían como entidades separadas e independientes.

b).- COMMON LAW.

Para la administración de justicia en Inglaterra, aparecen dos sistemas de justicia, el de equidad (Equity) y el derecho común (Common Law).

"El Common Law fué utilizado por los ingleses , independientemente del derecho civil que ya existía y estaba administrado por todas las Cortes del Real Tribunal de Justicia y los juzgados de Primera Instancia, de ahí su denominación de las Cortes del Derecho Común y tuvo la finalidad de dar justicia a todos".(12)

Este sistema surge de una manera muy rígida y formal por lo que trae como consecuencia las innumerables quejas contra los FEOFFEES (prestanombres) quien era el que recibía el bien y lo transmitía a terceros.

Por otro lado se consideraba que era un sistema inadecuado para las necesidades de una Nación dedicada a la industria y comercio, los juicios aún hasta el siglo pasado comprendían solo tres objetos:

- 1.- Restituir la posesión de propiedad personal.
- 2.- Remediar, concediendo la recuperación de la propiedad.
- 3.- Sentenciar la recuperación de los daños y perjuicios, en caso de incumplimiento del contrato”(13)

Para el primer caso se podía obtener a través de la reivindicación del inmueble, ejercitando ciertas acciones y en el segundo y tercero se podían hacer valer ante la autoridad judicial.

Scott manifiesta que si los jueces del Common Law, en lugar de los Cancilleres, hubieren ejercido la jurisdicción de los usos, quizá los habrían declarado inválidos como contrarios a la ley, pero en la etapa de desarrollo de los usos fueron exclusiva competencia de la equidad.

Los Cancilleres consideraban a los usos como derechos reales de equidad y no como simples derechos de crédito, aplicándoles algunas reglas del Common Law relativas a la propiedad y se sostuvo que el interés o derecho del beneficiario se transmitía a su muerte a favor de los herederos conforme a las normas del Common Law aplicables a la transmisión hereditaria de los inmuebles.

El trust implica relaciones de equidad exigibles jurídicamente ante un tribunal.

"La equidad (Equity) se define como el sistema de jurisprudencia basado en buena razón, buena conciencia e introducida y desarrollada por los Cancilleres de Inglaterra, por autoridad del rey con el asentimiento del Parlamento, para hacer justicia donde era denegada por el derecho común Common Law o para hacer una justicia mas perfecta que la que podía hacerse através del derecho común."(14)

En este sistema existía la situación de que una persona a la que le correspondía el título legal en bienes determinados pudiera ejercitar sus derechos en beneficio de otra.

En tal virtud, los tribunales de equidad fueron más allá de la simple imposición de deberes u obligaciones personales a quien tenía el título sobre la cosa, confirieron a favor del beneficiario un derecho sobre ella, protegiéndolo en su goce, en consecuencia resulta una forma dual del derecho de propiedad en que, de una parte está el trustee (fiduciario) a quien le corresponde el título legal y de otra parte el beneficiario quien tiene la propiedad de equidad.

En el siglo XVII se aceptó en general el principio de que "la equidad sigue al derecho estricto", dicho principio determinó que el derecho de trust fuera progresivamente sistematizado y se hiciera más difícil la evasión de normas legales.(15)

Además los tribunales de equidad tuvieron que precisar con mayor exactitud hasta que grado las doctrinas del derecho estricto interpretaban con fidelidad una política realista reconocida.

1.5.- EN EL DERECHO MEXICANO.

Esta institución fue introducida en nuestro derecho, por la Ley de Ferrocarriles de 1897, por medio de la cual se colocaron las emisiones de obligaciones y bonos en el extranjero, lo que origina la consolidación y fusión de los ferrocarriles de México. Con este primer antecedente si introduce esta figura en nuestro derecho, con cortos rasgos del trust angloamericano, aunque a medida que transcurrió el tiempo fué tomando características propias, que la convirtieron en una figura sui generis."(16)

Fué el Secretario de Hacienda, Lic. José Ives Limantour, quien presentó una iniciativa de Ley al Congreso de la Unión, el 21 de noviembre de 1905, en la que se facultaba al Ejecutivo para expedir una Ley por la que pudieran constituirse en la República Mexicana, instituciones Comerciales encargadas de realizar las funciones de los agentes fiduciarios.

Se argumentó en la exposición de motivos, la necesidad de regular y crear esta institución, cuya principal función fuera de la ejecución de cortos actos y operaciones en los que no tuvieran interés directo, los mencionados agentes fiduciarios considerados como intermediarios, de las personas interesadas.

Sin embargo, por razones políticas este proyecto no fue aprobado por el Congreso, fue conocido como " Proyecto Limantour", pero en realidad el principal inspirador lo fué el Lic. Jorge Vera Estañol."(17)

No es sino hasta 1924 año en que fue celebrada la primera Convención Bancaria, cuando se presentó nuevamente un proyecto sobre Compañías Bancarias de Fideicomiso y Ahorro, cuyo autor fué Don Enrique C. Creel.

En este proyecto se corrigió la terminología del anterior que hacía referencia a las "Instituciones Fideicomisarias", por el concepto de "Compañías Bancarias de Fideicomiso y Ahorro", en dicho proyecto se propuso la autorización otorgada al ejecutivo para expedir una Ley sobre la materia que detallara las bases constitutivas operaciones de las citadas Compañías Bancarias de Fideicomiso y Ahorro basando su funcionamiento en los "Trust and Saving Banks Norteamericanos."

Las principales operaciones reguladoras en este proyecto, eran la aceptación de hipotecas en contratos de fideicomiso, de toda clase de propiedades y bonos de compañías Ferrocarrileras entre otras; el proyecto en cuestión, se formaba de 17 bases o artículos que regulaban el capital con el que deberían contar, su objeto y el tipo de operación que podía realizar.

Es importante señalar que debido al proyecto que se comenta, el 24 de Diciembre de 1924 se promulga la "Ley General de Instituciones de Crédito y Establecimientos Bancarios"; (publicada en el Diario Oficial el 16 de Enero de 1925), disponiendo ésta que las instituciones que reglamentaba tenían en común la función de facilitar el uso de crédito, distinguiéndose por la naturaleza de los títulos de crédito puestos en circulación ó los servicios prestados al público."(18)

El 30 de Junio de 1926 se promulgó la Ley de Bancos de Fideicomiso (publicado en el Diario Oficial el 17 de Julio del mismo año), regulando en forma más completa la figura del fideicomiso.

En la exposición del fideicomiso, era nueva en México y en consecuencia, la Ley relativa era importante para su creación en otros países, se practicaba desde hace largo tiempo, produciendo fecundos resultados haciendo que las operaciones financiera y comercial se hagan sin las trabas tradicionales del derecho."(19)

La referida Ley constó de 86 artículos divididos en 5 capítulos que eran los siguientes:

- 1.- Objeto y constitución de los Bancos de Fideicomiso.
- 2.- Operaciones de Fideicomiso.
- 3.- Departamento de Ahorro.
- 4.- Operaciones Bancarias de Depósito y Descuento.
- 5.- Disposiciones Generales.

En principio, esta Ley establecía que los Bancos de Fideicomiso, tenían por objeto principal realizar operaciones por cuenta ajena y en favor de terceros cuya ejecución se le confería debido a la honradez y buena fé que las caracterizaban.

Esta Ley fué abrogada por la "Ley General de Instituciones de Crédito y Establecimientos Bancarios" al 31 de Agosto de 1926; aunque en realidad esta última regulaba los mismos aspectos que en la anterior.

Del 28 de Junio de 1932 es la "Ley General de Instituciones de Crédito" en cuya exposición de motivos, se decía que la misma sería complementada por la Ley General de Títulos y Operaciones de Crédito, dejando para la primera las prescripciones adjetivas que se refieren al régimen y funcionamiento de las instituciones y para la última, las disposiciones referentes a la organización jurídica de las operaciones de banca y crédito, así como a la creación y circulación de títulos de crédito."(20)

Debido a que la Ley de 1926, no precisó en realidad el carácter sustantivo de la Institución dejando por consiguiente gran vaguedad conceptual, la Ley General de Títulos y Operaciones de Crédito, define y lo concibe como una afectación patrimonial a un fin, cuyo logro se confía a un Banco en gestiones de Fiduciario. También se estableció que sólo serían Fiduciarías, las Instituciones creadas al efecto bajo un régimen especial, evitando sustituciones prácticas comerciales no permitidas por la Ley.

Se les encomendó esta función exclusivamente a los Bancos; a diferencia del Trust Anglosajón, en donde esta actividad la podían realizar los particulares. Para dotar a la figura del Fideicomiso con elementos de protección y seguridad en beneficio de los sujetos que intervienen en ella se dictaron las siguientes reglas:

a.- El cargo de fiduciario, sería desempeñado por una institución de reconocida solvencia.

b.- Se exigía permanencia y continuidad en la labor fiduciaria, ya que las corporaciones tenían una vida limitada.

c.- Además el trabajo de la fiduciaria, será realizado por instituciones técnicamente especializadas.

d.- Finalmente el control y vigilancia de la fiduciaria, sería ejercida por el organismo gubernamental correspondiente."(21)

Por otra parte la fiduciaria posee la facultad de aceptar mandatos y comisiones de todo tipo, albaceazgos, sindicaturas, tutelas, liquidaciones y en general la de admitir la administración de bienes y el ejercicio de derechos por cuenta de terceros.

En 1932, el 26 de Agosto se promulga "la Ley General de Títulos y Operaciones de Crédito", que regula en forma sustantiva a esta figura. Enuncia en su exposición de motivos, que aunque resulta peligroso el importar figuras extranjeras, el fideicomiso ha sido contemplado desde 1926 en la Ley General de Instituciones de Crédito y por que su establecimiento en los límites de nuestra estructura jurídica, significa un enriquecimiento del caudal de medios y formas de trabajo de nuestra economía, así como en otros ámbitos, corrigiendo los errores o lagunas más evidentes de la Ley de 1926.

Esta Ley establece que en virtud del fideicomiso, el fideicomitente destina ciertos bienes a su fin lícito y encomendando ésta a una Institución Fiduciaria. Por lo tanto, dicho ordenamiento solo admite el fideicomiso expreso y limita a ciertas personas, la actividad para ser fiduciario.

El 3 de Mayo de 1941 se promulga la Ley General de Instituciones de Crédito y Organismos Auxiliares, que añaden en la parte relativa a Instituciones Fiduciarias sus propios objetivos y las nuevas disposiciones sobre operaciones de inversión, sin desvirtuar su naturaleza. Así mismo se prescribe en la misma, la notificación obligatoria hecha por los interesados, para hacer más real la responsabilidad de estas instituciones, en el cumplimiento de sus obligaciones.

Las reformas de 1978 al artículo 2º de la citada Ley General de Instituciones de Crédito y Organizaciones Auxiliares, vino a integrar los servicios en una sola institución (Banca Múltiple) ya que la concesión de ahorro y de fiduciario, está condicionada a los servicios de depósito, financiera e hipotecarias.

- 1.- VILLAGORDOA LOZANO, José Manuel.- "DOCTRINA GENERAL DEL FIDEICOMISO"
Editorial Porrúa, México.-1982.- P.2.
- 2.- FLORIS MARGADANT, Guillermo .-"DERECHO ROMANO" .- Editorial Esfinge
S.A, México.-1986 .- p. 506.
- 3.- VILLAGORDOA LOZANO.- Op Cit.- p.p. 3, 4.
- 4.- DAVALOS MEJIA, Carlos Felipe .-"TITULOS Y CONTRATOS DE CREDITO, QUEBRAS
TOMO II, DERECHO BANCARIO Y CONTRATOS DE CREDITO" .- Editorial
Harla, México.-1992.- p.p 274, 275.
- 5.- IDEM, p. 276.
- 6.- BATIZA, Rodolfo.-"EL FIDEICOMISO TEORIA Y PRACTICA" .- Editorial Jus,
México.- 1991 p. 40.
- 7.- IDEM, p.40.
- 8.- IDEM, p. 41.
- 9.- IDEM, p. 44.
- 10- IDEM, p. 47.
- 11.- VILLAGORDOA LOZANO.- Op Cit.- p. 18.
- 12.- IDEM, p. 7.
- 13.- IDEM, p. 8.
- 14.- IDEM, p.p. 11, 12.

- 15.- BATIZA, Op Cit. - p. 47.
- 16.- MUÑOZ, Luis.-"EL FIDEICOMISO" .- Cardenas Editores, México .-1980 .- p. 3.
- 17.- BATIZA, Rodolfo, " PRINCIPIOS BASICOS DEL FIDEICOMISO Y DE LA ADMINISTRACION FIDUCIARIA".- Editorial Porrúa, México.- 1985 .- p.15.
- 18.- BATIZA, Rodolfo.- " EL FIDEICOMISO TEORIA Y PRACTICA".- Editorial Jus, México.-1991.- p. 107.
- 19.- IDEM, p. 108.
- 20.- IDEM, p. 118.
- 21.- IDEM, p.p. 109 a 111.

CAPITULO II.- EL CONTRATO DE FIDEICOMISO EN NUESTRA LEGISLACION.

2.1.- EL CONTRATO DEL FIDEICOMISO DENTRO DEL DERECHO MERCANTIL:

La clasificación de los contratos la encontramos en la doctrina y en el derecho positivo, desde diversos puntos de vista..

"El contrato es una especie de convenio. Convenio es el acuerdo de dos o más personas para crear, transferir, modificar o extinguir obligaciones"(1)

(ART.1792 DEL C.C.)" Ahora bien los convenios que producen o transfieren las obligaciones y derechos toman el nombre de contratos."(2)

(Art. 1793 del C.C.) " El contrato (lo mismo que todo convenio) es un acto jurídico bilateral una manifestación exterior de voluntad tendiente a la producción de efectos de derecho sancionados por la ley. Es una doble manifestación de voluntad: La de los contratantes que se ponen de acuerdo. Como acto jurídico es pues bilateral (o plurilateral), pero a fin de evitar confusiones debemos de advertir desde ahora que ya como contrato podrá ser bilateral o unilateral según genere obligaciones a cargo de ambos contratantes o sólo a uno de ellos "(3)

Dentro de la clasificación del contrato de fideicomiso encontramos que es:

UN CONTRATO MERCANTIL, porque las partes que intervienen están realizando un acto de comercio y se encuentra especificado en el artículo 75 fracción XIV del Código de Comercio. "La ley reputa actos de comercio" XIV las operaciones de bancos".

BILATERAL O SIGNALAGMATICOS.- Porque existen obligaciones recíprocas para ambos contratantes, hay un acuerdo de voluntades.

ONEROSO.- El fideicomiso es oneroso porque se estipulan provechos y gravámenes recíprocos." Solo los contratos onerosos pueden tener naturaleza mercantil.

ALEATORIO.- Es una subdivisión de los contratos onerosos. El contrato de fideicomiso es aleatorio porque cuando los provechos y gravámenes dependen de una condición o término, o suceso imprevisible, de tal manera que no es posible determinarse el resultado económico del acto en el momento de celebrarse. Las partes no conocen de antemano si les producirá ganancia o pérdida.

CONSENSUAL.- Porque en la celebración del contrato de fideicomiso existe el consentimiento y la voluntad de las partes para celebrarlo.

FORMAL.- Se requiere de una forma legal para su validéz en el contrato, la falta de forma legal no impide la existencia del acto, pero los afecta en su eficacia,, únicamente con las estipulaciones pactadas y en beneficio de un tercero que es el fideicomisario."

PRINCIPAL.- El contrato de fideicomiso es principal, porque tiene su razón de ser y surge en forma independiente, es único, cumple autónomamente su función jurídico económica.

DE TRACTO SUCESIVO.- Porque el fideicomiso, es un contrato que va a producir sus efectos a través del tiempo.

NOMINADO.- El fideicomiso y todos los contratos son nominados, porque se encuentran instituidos en las leyes y sus consecuencias están prefijadas en tales normas generales, es también llamado "Típico", es decir que tiene su molde estampado en la ley.

Encontramos diversos conceptos del contrato del fideicomiso:

En 1932, no se había dado una definición de lo que es el fideicomiso por la carencia que existía de experiencia en torno al fideicomiso y por los cambios legislativos en nuestro país.

El artículo 346 de la Ley General de Títulos y Operaciones de Crédito establece:

" En virtud del fideicomiso, el fideicomitente destina ciertos bienes a un fin lícito determinado encomendando la realización de ese fin a una institución fiduciaria." (4)

" El fideicomiso será válido aunque se constituya sin señalar fideicomisario" (artículo 347 de la Ley General de Títulos y Operaciones de Crédito) (5)

Estos dos artículos no definen, ni clasifican al fideicomiso sino que expone sus consecuencias técnicas "IN CAUSAM", se destinan ciertos bienes a un fin.

Existen diversas definiciones del fideicomiso que a continuación señalaremos:

El Lic. José M. Villagordoa, nos define al fideicomiso como: " El fideicomiso es un negocio de carácter fiduciario, por medio del cual el fideicomitente transmite la titularidad de ciertos bienes o derechos al fiduciario, quien está obligado a disponer de los bienes al ejercer los derechos de acuerdo únicamente con las estipulaciones pactadas y en beneficio de un tercero que es el fideicomisario."(6)

Ahora bien existe otra definición importante del fideicomiso establecida por Carlos Dávalos Mejía. "El fideicomiso, es un contrato mercantil fiduciario, institucionalmente bancario, ya que para su perfeccionamiento legal es indispensable la participación de una institución de crédito autorizada para fungir como fiduciaria (arts.46 XV LIC y 346 LGTOC.)" (7)

"El fideicomiso es un negocio fiduciario que toma el nombre de contrato mercantil, fiduciario y bancario." (8)

De esta definición se desprende que el fiduciario, siendo una institución bancaria es una parte fundamental para que exista el fideicomiso, ya que su actividad principal es de realizar el fin del fideicomiso, en virtud de que es el titular del patrimonio constituido por los bienes o derechos; pueden ser materia del fideicomiso toda clase de bienes o derechos, con la única limitación de que los bienes estén dentro del comercio y los derechos puedan ser transmisibles.

Otra definición del fideicomiso, en base al proyecto para el nuevo Código de Comercio, al respecto el Dr. Raúl Cervantes Ahumada nos dice:

"Por el fideicomiso (dice el art. 838 del proyecto) el fideicomitente transmite la titularidad de un derecho al fiduciario, quien queda obligado a utilizarlo para la realización de un fin determinado." y el art. 839 agrega que "los bienes fideicomitidos constituirán un patrimonio autónomo que estará afectado al fin del fideicomiso."

"En relación con dichos bienes, sólo podrán ejercitarse las acciones y derechos que deriven del fideicomiso o de su ejecución. Con estos elementos, podemos decir que el fideicomiso es un negocio jurídico por medio del cual el fideicomitente constituye un patrimonio autónomo, cuya titularidad se atribuye al fiduciario, para la realización de un fin determinado."(9)

" Pueden ser materia del fideicomiso cualquier clase de bienes que se encuentren dentro del comercio. Es necesario que en dichos bienes y derechos no se encuentren afectos a un derecho de tercero, así mismo pueden ser materia del fideicomiso cualquier especie de derechos, siempre y cuando no sean estrictamente personales de su titular, como lo son las garantías individuales, los derechos de familia, etc." (10)

"El fideicomiso, es un contrato mediante el cual una persona física o moral transfiere la propiedad sobre parte de sus bienes a una institución fiduciaria, para que con ellos se realice un fin lícito, que la propia persona señale en el contrato respectivo."(11)

Por otro lado, es importante hacer mención de lo que significa la palabra fideicomiso, que viene de "latín FIDEICOMMISSUS, formada de FIDES (FE) y COMMISSIS (CONFIADO) el cual tiene para nosotros una antigua tradición que nos llega del derecho romano y tiene que ver con la transmisión testamentaria cuando el testador manda al heredero que la herencia o parte de ella la transmita a otro. La palabra Trust sólo tiene la analogía etimológica de CONFIAR ALGO A OTRO." (12)

2.2.- NATURALEZA JURIDICA DEL FIDEICOMISO:

La naturaleza jurídica del fideicomiso es uno de los temas más debatidos de la institución que nos ocupa. Y a decir verdad, es que tratar esa parte del fideicomiso se presta para tomar partido según se tenga la convicción por alguna de las teorías que se han planteado y que a continuación se tratará, se le ha considerado como un negocio fiduciario, como un acto unilateral, como un contrato o bien que se encuentra dentro de la teoría del patrimonio afectación.

En nuestro derecho, el legislador pretendió regular al fideicomiso como un contrato, y en otras lo considera como un acto unilateral e igualmente en la práctica comercial bancaria se ha tomado partidos diferentes en cuanto a considerar al fideicomiso como cualquiera de las figuras antes señaladas.

Por otra parte, "Batiza considera que la naturaleza jurídica del fideicomiso en México es a través de sus doctrinas y se presenta normalmente como un acto unilateral cuando el fideicomitente establece su voluntad en un acto intervivos, y su declaración es inmediatamente obligatoria para él, ya que no puede revocarla si no se reserva expresamente tal facultad, ni puede modificarla sin el consentimiento del fideicomisario." (13)

La Corte establece la definición del fideicomiso ante su naturaleza:
"Fideicomiso Naturaleza de el fideicomiso. Es un negocio jurídico por medio del cual el fideicomitente constituye un patrimonio autónomo, diverso de los patrimonios propios de las partes que intervienen en el contrato respectivo, cuya titularidad se concede a la institución fiduciaria para la realización de un fin determinado." (14)

El fideicomiso es una forma reglamentada del NEGOCIO FIDUCIARIO, que por razones prácticas se resuelve en la transmisión de los bienes o derechos sin que se busque un beneficio a los inmediatos adquirentes, con las consecuencias o finalidades que son propias de otros negocios tradicionales, como la compraventa, depósito, mandato, comisión etc.

En otras palabras en el fideicomiso se da una transferencia temporal, limitada en el tiempo, al cumplimiento de las finalidades sin que el bien aumente el patrimonio del fiduciario al disminuir el del fideicomitente." (15)

a).- EL FIDEICOMISO COMO NEGOCIO FIDUCIARIO:

El fideicomiso no es sólo un negocio fiduciario, sino que es un negocio jurídico indirecto en cuanto éstos se caracterizan por el empleo de un negocio para la realización de fines obtenidos normalmente por otro.

Los fines del fideicomiso podrían conseguirse mediante negocios reglamentados por la legislación positiva (compraventa, mandato, comisión, prestación de servicios, hipotecas etc.) máxime que a todos estos negocios pueden dárseles las más variadas estructuras, dada la libertad de contratación que es la base de nuestro sistema privado." (16)

Con lo anteriormente expuesto, cabe mencionar que es lo que se entiende por negocios fiduciarios.

"Los negocios fiduciarios, en un principio se presentan como negocios atípicos e inominados y posteriormente se van reglamentando por parte del legislador."(17)

"Negocio fiduciario es aquél en virtud del cual una persona transmite plenamente a otra ciertos bienes o derechos, obligándose ésta a efectarlos a la realización de una finalidad lícita y determinada y, como consecuencia de dicha finalidad, obligándose a retransmitir dichos bienes o derechos a favor de un tercero o a revertirlos al transmitente." (18)

"Son aquéllos mediante los cuales una parte, el fiduciante, da un amplio poder jurídico a otra llamada fiduciario para que alcance un fin determinado, asumiendo esta última la obligación personal para con el fiduciante, de usar de su posición jurídica real, sola y exclusivamente para la obtención y dentro de los límites de tal fin." (19)

El Dr. Raúl Cervantes Ahumada nos define el negocio fiduciario "estableciendo que es, un negocio complejo, atípico, compuesto de dos negocios típicos cuyos efectos son contradictorios. El primer negocio es real, exteriorizado, efectivamente realizado por las partes y el segundo negocio que destruye entre las partes los efectos del primero, es un negocio oculto que solo tiene eficacia interna entre las partes." (20)

El Licenciado José M. Villagordoa, se inclina por considerar al fideicomiso como un negocio fiduciario, y así nos dice:

"El fideicomiso es un negocio fiduciario por medio del cual el fideicomitente transmite la titularidad de ciertos bienes y derechos al fiduciario, quien está obligado a disponer de los bienes para la realización de los fines establecidos en beneficio del fideicomisario." (21)

El maestro Barrera Graf, quien realiza el análisis del fideicomiso expone la forma en que considera que la naturaleza del fideicomiso es un negocio fiduciario. De las causas propuestas consideramos interesante transcribir las siguientes:

"El fideicomiso es un negocio fiduciario; Porque se trata de un negocio que atribuye a alguien un derecho patrimonial en interés de otro (que puede ser el fideicomitente o el fideicomisario) y a nombre propio. Existe pues, la doble relación: transmisión de bienes o derechos al fiduciario (relación real) y obligación asumida por dicho fiduciario de afectar a una determinada finalidad, dichos bienes o derechos (relación obligatoria o personal)." (22)

Dentro del negocio fiduciario, encontramos las siguientes características:

1.- Unidad del Negocio.- Es decir que " el negocio fiduciario es un negocio único, formado por dos relaciones, una real, que hace posible la transmisión de un bien o un derecho del fiduciante al fiduciario, y una relación obligatoria, por la que el fiduciario se encuentra constreñido frente al fiduciante de retransmitir ese bien o derecho o de transmitirlo a un tercero."

2.- Transmisión plena de bienes y derechos.- " Es la que se realiza en virtud de la relación real del negocio fiduciario, del fiduciante al fiduciario, es una transmisión plena.

"Si se trata de bienes se transmite la propiedad, y si se trata de derechos, la plena titularidad."

3.- Afectación a un fin.- " La relación personal en el negocio fiduciario implica la obligación impuesta al fiduciario de afectar los bienes o derechos recibidos a un determinado fin de carácter lícito."(23)

Entendido así el negocio fiduciario, consideramos que dentro de él, no es posible encuadrar al fideicomiso, en atención en cuanto a su celebración. (el negocio fiduciario es secreto y el fideicomiso no lo es) y en cuanto a su finalidad, que por lo general, la del negocio fiduciario, no es reconocida por el derecho y la del fideicomiso debe reconocerla el ordenamiento jurídico.

Al respecto el Maestro Raúl Cervantes Ahumada nos dice: "Si el negocio fiduciario es atípico por principio queda excluida la equiparación. En el negocio fiduciario como vimos, los efectos del negocio aparente se destruyen por el negocio oculto; el fideicomiso es un negocio único, no compuesto de dos negocios y cuyos efectos derivan del acto constitutivo o de la ley, no de realaciones internas y secretas, que en el fideicomiso deben considerarse prohibidos." (24)

b).- TEORIA DEL ACTO UNILATERAL DE VOLUNTAD:

Algunos autores consideran y afirman que el fideicomiso se constituye por la declaración unilateral de la voluntad del fideicomitente, y por lo general fundan su afirmación en virtud de que, el fideicomiso nace de un acto constitutivo del mismo, proveniente de declaración del fideicomitente, y se considera en cuanto a la intervención del fiduciario y del fideicomisario no son esenciales para el nacimiento del fideicomiso, sino exclusivamente para su ejecución.

Consideramos que en apoyo de esta teoría podrán citarse los siguientes artículos de la Ley General de Títulos y Operaciones de Crédito ;

Art. 346.- En virtud de un fideicomiso, el fideicomitente destina ciertos bienes a un fin lícito determinado encomendando la realización de ese fin a una institución fiduciaria." (25)

Art.350 2º párrafo.- En caso de que al constituirse el fideicomiso no se designe nominalmente la institución fiduciaria, se tendrá por designada la que elija el fideicomisario, o en su defecto, el juez de primera instancia del lugar en que estuvieren ubicados los bienes, de entre las instituciones expresamente autorizadas conforme a la ley." (26)

Estos artículos, dan lugar a seguir la teoría que analizamos, ya que de su lectura se desprende, que es el fideicomitente el que destina, o sea él es quien realiza el acto constitutivo del fideicomiso y no se sabe aún quién será la fiduciaria, mucho menos que haya necesidad de que manifieste su voluntad en dicha constitución.

Es importante mencionar que tanto en el acto jurídico en sentido estricto, como en el negocio jurídico, en ambos interviene en la voluntad al verificarse su celebración, pero la diferencia radica en que la manifestación de la voluntad que se da en el negocio, se enfoca concretamente a la realización u obtención de los efectos jurídicos prescritos, mientras que en el acto la manifestación de la voluntad se da lisa y llana sin ver más allá las posibles consecuencias a originarse.

Ahora bien esta teoría, el Dr. Raúl Cervantes Ahumada nos dice: " El acto constitutivo del fideicomiso es siempre una declaración de voluntad." Puede ser que el fideicomiso se contenga dentro de un contrato: pero no será el acuerdo de voluntades lo que constituya al fideicomiso, sino que éste se constituirá por la voluntad del fideicomitente." (27)

Otro autor acepta la teoría de la declaración unilateral de la voluntad como fuente del fideicomiso, es el Lic Joaquín Rodríguez y Rodríguez, quien nos expresa que:

" Normalmente el fideicomiso se presenta como un acto unilateral, cuando el fideicomitente establece su voluntad en un acto intervivos, o en testamento. En este caso su declaración es obligatoria inmediatamente para él, puesto que no puede revocar el fideicomiso, si expresamente no se reservó esa facultad (art. 357 F.VI), no puede modificarse, si no es con el consentimiento del fideicomisario (art. 45 F.IV Párrafo 3º) y produce efectos frente a terceros por su publicación (art. 353 y 354) todo ello independientemente de las aceptaciones del fiduciario y del fideicomisario, que por lo mismo no son manifestaciones de voluntad esenciales para integrar el negocio jurídico." (28)

c).- TEORIA CONTRACTUAL DEL FIDEICOMISO:

De acuerdo a esta teoría, el fideicomiso es un contrato, al igual que las teorías antes analizadas, ésta tiene fundamentos, válidos según el punto de vista que se sostenga, para afirmar que el fideicomiso tiene naturaleza contractual. El principal argumento en que esta teoría se apoya para considerar al fideicomiso como un contrato, es que ésta nace de un acuerdo entre la voluntad del fideicomitente y la del fiduciario a efecto de crear o transmitir derechos y obligaciones, circunstancia por la cual es característica de los contratos.

El maestro Batiza, "considera que la pretendida naturaleza unilateral que se quiere dar al fideicomiso, carece de base jurídica y la declaración correspondiente no pasa de ser una simple oferta o policitación, que puede tener carácter de irrevocable, modalidad que no altera en forma radical los principios del derecho común, afirma que la naturaleza contractual del fideicomiso mexicano, incluso categoría específica en el género contrato bilateral, sinalagmático perfecto, se confirma por la existencia de la condición resolutoria tácita según la cual el pacto promisorio se entiende implícito en las obligaciones recíprocas." (29)

Por su parte el Lic. Dávalos Mejía nos indica lo siguiente:

"En virtud del fideicomiso, cuando menos dos personas quedan vinculadas en términos de un escrito que en mayor o menor grado contenga ciertas obligaciones y derechos por cada una de las partes. La fijación conceptual de aquéllos a lo que se concluye que se obligaron las partes, solo es accesible con la consideración que se haga de ella como un contrato.

No hay reglas de conducta específicas para los negocios, los asuntos ni aún para las obligaciones, estas modalidades de denominación que circunstancialmente, pueden ser utilizadas por autores que elaboran argumentos doctrinales, a fin de explicar la conformación de esta figura, pero no por ello debe pensarse, que tales denominaciones gozan de conocimiento consensual y universal. Ante un problema o diferencia, es necesario acudir a un parámetro estructural que pueda calificar la buena o mala celebración de dicho acto. El único parámetro susceptible de proporcionar reglas estáticas y universales, en el caso del fideicomiso, es el contrato." (30)

Rodolfo Batiza, al referirse a la exposición de motivos de la Ley a las operaciones de Crédito, manifiesta que " Se reconoce indirectamente la naturaleza contractual del fideicomiso, señalando que no es sólo una necesidad analítica la que ha hecho incluir en la nueva ley diversas formas contractuales , y que no se limitan por supuesto, las formas particulares de contratación, aparte de que aludiendo el fideicomiso expreso, afirmaba que 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." (31)

Por último el maestro Barrera Graf, nos expresa también muy claramente que considera al fideicomiso como un contrato ya que afirma: " El encomendar la realización del fin del negocio a la institución fiduciaria exige la aceptación por ella tácita o expresa de tal encomienda máxime que dicho encargo lleva anexa una transmisión de propiedad de un bien o la cesión de un derecho, así como asumir ciertas obligaciones." (32)

Con esta teoría concluimos diciendo que el fideicomiso tiene la forma o naturaleza de cualquier contrato bilateral, sinalagmático perfecto, con obligaciones entre las partes. De la cual se desprende la siguiente definición propia.

" El fideicomiso, es un contrato por virtud del cual el fideicomitente transmite ciertos bienes al fiduciario para que éste los destine al fin lícito determinado por el primero recibiendo los beneficios derivados de dicho contrato un tercero denominado, el cual es el fideicomisario."

- 1.- BEJARANO SANCHEZ, Manuel.- "OBLIGACIONES CIVILES".- Editorial Harla, México, 1984.- p.31.
- 2.- BEJARANO, Op.Cit.- p.31.
- 3.- BEJARANO, Op.Cit.- p.32.
- 4.- "LEY GENERAL DE TITULOS Y OPERACIONES DE CREDITO".- Editorial Porrúa, México.- p.330.
- 5.- IDEM, p.330.
- 6.- VILLAGORDOALOZANO, José Manuel.- "DOCTRINA GENERAL DEL FIDEICOMISO".- Editorial Porrúa, México, 1982.- p.161.
- 7.- DAVALOS MEJIA, Carlos Felipe.- "TITULOS Y CONTRATOS CREDITO, QUIEBRAS TOMOII, DERECHO BANCARIO Y CONTRATOS DE CREDITO".- Editorial Harla, México, 1992.- p.406.
- 8.- DAVALOS, Op.Cit.- p.406.
- 9.- CERVANTES AHUMADA, Raúl.- "TITULOS Y OPERACIONES DE CREDITO".- Editorial Herrero, México, 1982.- p. 289.
- 10.- "REVISTA MEXICANA DE JUSTICIA".- Nueva Epoca, número 1.- Enero-Marzo 1993.- p. 29.
- 11.- INSTITUTO DE INVESTIGACIONES JURIDICAS.- "DICCIONARIO JURIDICO".- Editorial Porrúa, México, 1989.- p.1441.
- 12.- BERNAL MOLINA, Julián.- "PRACTICA Y TEORIA JURIDICA DEL FIDEICOMISO".- Editorial Porrúa, México, 1988.- p.9.

- 13.- BATIZA, Rodolfo.- "FIDEICOMISO TEORIA Y PRACTICA".- Editorial Jus, México, 1991.- p.159.
- 14.- "TESIS DE LOS MAESTROS DOMINGUEZ MARTINEZ Y CERVANTES AHUMADA".- A.R. 769.- Pleno Informe, 1986.- p. 675.
- 15.- BERNAL MOLINA.- Op.Cit. p.16.
- 16.- RODRIGUEZ Y RODRIGUEZ, Joaquín.- "DERECHO MERCANTIL TOMO II".- Editorial Porrúa, México, 1988.- p.119.
- 17.- "REVISTA MEXICANA DE JUSTICIA".- Nueva Epoca, número 1, Enero-Marzo, 1993.- p. 20.
- 18.- IDEM, p.20.
- 19.- PINTADO RIVERA, José.- "DERECHOS Y OBLIGACIONES DEL FIDUCIARIO".- Tesis Profesional, Facultad de Derecho de la Unam, México, 1952.- Cap.II.- p.42.
- 20.- CERVANTES AHUMADA, Raúl.- "TITULOS Y OPERACIONES DE CREDITO".- Editorial Herrero, México, 1982.- Cap.XI.- p. 311.
- 21.- VILLAGORDOA LOZANO, José Manuel.- "BREVE ESTUDIO SOBRE EL FIDEICOMISO".- Publicación del Seminario de Derecho Mercantil de la Facultad de Derecho de la Unam, México.- p.109.
- 22.- BARRERA GRAF, Jorge.- "ESTUDIOS DE DERECHO MERCANTIL".- Instituto de Investigaciones Jurídicas, Unam, México.- Editorial Porrúa, México, 1991.- p.p.317,353.
- 23.- 'REVISTA MEXICANA DE JUSTICIA'.- Nueva Epoca, número 1, Enero-Marzo 1993.- p.p.21,22.

- 24.-CERVANTES AHUMADA.- Op.Cit.- p.305.
- 25.- "LEY GENERAL DE TITULOS Y OPERACIONES DE CREDITO".- Op.Cit.- p.330.
- 26.- IDEM, p.331.
- 27- CERVANTES AHUMADA.- Op.Cit.- p.309.
- 28.- RODRIGUEZ Y RODRIGUEZ.- Op.Cit. p.120.
- 29.- BATIZA.- Op.Cit. p.400.
- 30.- DAVALOS MEJIA, Op.Cit.- p.401.
- 31.- BATIZA, Op.Cit.- p. 165.
- 32.- BARRERA GRAF.- Op.Cit.- p.363.

CAPITULO III.- SUJETOS DEL FIDEICOMISO:

En la integración de la relación jurídica del fideicomiso, por lo general intervienen tres elementos subjetivos, pero pudiendo intervenir unicamente dos cuando en una sola persona puedan reunirse los caracteres de fideicomitente y fideicomisario.

3.1.- EL FIDEICOMITENTE:

Es la persona que por su voluntad constituye un fideicomiso aportando bienes o derechos determinados, de su patrimonio lo que supone la libre disposición de su patrimonio. Si no se reserva el fideicomitente, en el acto constitutivo, el derecho de revocar el fideicomiso, éste se entenderá irrevocable.

Del artículo 346 de la Ley General de Títulos y Operaciones de Crédito habla de la definición del fideicomiso diciendo que el fideicomitente es quien destina ciertos bienes a un fin lícito determinado. Y de conformidad con la teoría del acto unilateral de la voluntad como naturaleza del fideicomiso, es el fideicomitente quien viene a constituir el fideicomiso.

El maestro Cervantes Ahumada, nos manifiesta, " que si en el acto constitutivo no se le asignó a los bienes fideicomitados un destino ulterior al extinguirse el fideicomiso, el fiduciario revertirá estos al fideicomitente."(1)

Las condiciones para poder ser fideicomitente, se reducen a tener la capacidad para llevar a cabo el acto jurídico por un lado, y la facultad de disponer de los bienes que va a integrar el patrimonio del fideicomiso, lo anterior se deduce de lo que nos dice el art.349 de la LGTOC.

"Para que el fideicomitente, sea titular de los bienes o derechos que transmite a la fiduciaria, para el cumplimiento de una finalidad lícita debe tener desde luego la capacidad jurídica para obligarse y para disponer de los bienes."(2)

" Respecto de las obligaciones del fideicomitente, podemos destacar como la principal, la de transmitir al fiduciario los bienes y derechos materia del fideicomiso. Así mismo, el fideicomitente asume las obligaciones recíprocas que haya contraído por el ejercicio de los derechos que expresamente se haya reservado." (3)

El Lic. Carlos Dávalos Mejía, establece que, " por lo general es a cargo del fideicomitente el pago de los honorarios que cobrará la fiduciaria por fungir como tal."

Esto es que la fiduciaria va a cobrar sus honorarios al fideicomitente de acuerdo al monto del negocio, no existe una tarifa específica.

En cuanto a las obligaciones convencionales, establece el Lic. Carlos Dávalos Mejía , el siguiente comentario."Por el exorbitado poder y presencia paraestatal que los bancos tuvieron durante ocho años (desde la estatización en 1982 hasta la Ley de Instituciones de Crédito en Julio de 1990), durante ese lapso fueron muy frecuentes los fideicomisos en los que la fiduciaria establecía condiciones contractuales altamente gravosas para todos excepto para ella.

Por ejemplo, tuvimos conocimiento de que la fiduciaria establecía que si el fideicomitente no cumplía con todas y cada una de las cláusulas del fideicomiso, la fiduciaria se reservaba el derecho de revocar, rescindir y ejecutar el fideicomiso siendo que, desde luego no es posible hacer todo eso en un sólo momento y menos por no haber cumplido alguna, la que sea de las cláusulas."(4)

Joaquín Rodríguez y Rodríguez, establece lo siguiente respecto del fideicomitente:

" Si el fideicomitente desea, puede convertirse en sujeto de esenciales derechos en el funcionamiento del fideicomiso. Así puede establecerse":

PRIMERO.- La reserva de diversos derechos para ejercerlos directamente sobre los bienes afectados (art.351 párrafo 2º)

SEGUNDO.- La facultad de revocación del fideicomiso (art.357 fracción VI) y pedir la remoción del fiduciario (art.138 LIC.)

TERCERO.- El nombramiento de nuevo fiduciario, en los casos anteriores.

CUARTO.- El obtener la devolución de los bienes al concluir el fideicomiso.

QUINTO.- Exigir la rendición de cuentas (art.138 LIC.)

SEXTO.- Ejercer la acción de responsabilidad contra el fiduciario.(art.138 citado)

SEPTIMO.- Todos los que expresamente se quieren reservar y no sean incompatibles con los derechos legales mínimos del fiduciario y del fideicomisario o con la estructura de la institución.(5)

3.2.- EL FIDUCIARIO:

Podemos decir que el fiduciario es la persona moral que realiza el fin al que fué destinado, el patrimonio fideicomitado y el Licenciado Villagordo Lozano nos lo define de la siguiente manera: " Es la persona que tiene la titularidad de los bienes o derechos fideicomitados y que se encarga de la realización de los fines del fideicomiso.

El fiduciario lleva a efecto la realización o cumplimiento de los fines por medio del ejercicio obligatorio de los derechos que le ha transmitido el fideicomitente.

El artículo 350 de la LGTOC., establece que " Solo pueden ser fiduciarias las Instituciones expresamente autorizadas para ello conforme a la LGTOC."(6)

En virtud de que el fideicomiso mexicano, únicamente pueden ser fiduciarias las Instituciones de Crédito, esta figura que estudiamos viene siendo una actividad Mercantil, Bancaria y consecuentemente, como acto de comercio.

Ahora bien, las Instituciones de Crédito como personas morales, desempeñan su función de fiduciarias representadas por personas físicas, denominados "Delegados Fiduciarios." éstos va a ejercer sus facultades a través de ciertos funcionarios designados especialmente al efecto y de cuyos actos responden civilmente.

"Dichos funcionarios por primera vez aparecen mencionados en las leyes de 1926, al disponer que los bancos de fideicomiso desempeñarían sus funciones y ejercerían sus facultades por medio de las personas a quienes correspondiera su representación conforme a la ley, sus escrituras constitutivas y estatutos, y que tendrían el derecho de nombrar apoderados en quienes delegaran sus facultades, siendo los bancos responsables de la gestión de tales representantes y apoderados."(7)

El Maestro Joaquín Rodríguez, menciona lo siguiente respecto a la posición jurídica del fiduciario. "Desde el punto de vista del fiduciario es básico el artículo 356, que dispone lo que sigue:"

"La institución fiduciaria tendrá todos los derechos y acciones que se requieran para el cumplimiento de fideicomiso (V. art. 45, fr. XI, L. Inst. Cr.), salvo las normas o limitaciones que se establezcan al efecto, al constituirse el mismo; estará obligada a cumplir dicho fideicomiso conforme al acto constitutivo; no podrá excusarse o renunciar su cargo sino por causa grave a juicio de un juez de Primera Instancia del lugar de su domicilio y deberá obrar siempre como buen padre de familia, siendo responsable de las pérdidas o menoscabos que los bienes sufran por su culpa."(8)

Respecto a este artículo, al decir que la fiduciaria deberá obrar siempre como buen padre de familia consideramos que este concepto es uno de los más antiguos en el derecho Mexicano y además que lo que es un buen padre nada tiene que ver con un contrato mercantil, en tal virtud en desacuerdo a lo anterior este concepto debe desaparecer del texto legal, ya que el fiduciario para que realice un buen papel dentro del fideicomiso, sólo basta que cupla con las normas y limitaciones al constituirse el mismo y defenderlo ante la autoridad competente.

"Por lo que se refiere a los derechos y obligaciones del fiduciario, diremos que el cumplimiento de sus obligaciones es correlativo al ejercicio de los derechos que se transmiten, pues está obligado a ejercitarlos para alcanzar los fines del fideicomiso. Estas obligaciones pueden ser de dar, hacer y no hacer."(9)

De conformidad con la LGTOC, el Lic. Carlos Dávalos Mejía establece que las principales obligaciones, facultades y prohibiciones de la fiduciaria son las siguientes:

a).- "La más importante obligación consiste en el exacto y fiel cumplimiento del fin pactado con el fideicomitente en el acto constitutivo".

b).- "Se pueden designar varias fiduciarias para que conjunta o sucesivamente desempeñen el fideicomiso."

c).- "Debe realizar su gestión, además de con apego al contrato, la ley y los reglamentos aplicables, con apego a prácticas sanas que propicien la seguridad del negocio y procuren una adecuada atención tanto al fideicomitente como a los fideicomisarios".

d).- "No puede excusarse ni renunciar a su cargo sino por causas graves a juicio del juez de primera instancia".

e).- "Debe rendir cuentas dentro de los quince días hábiles siguientes a aquel en el que se le hayan pedido".

f).- "No podrá utilizar las cosas fideicomitidas para fines distintos a los pactados."

g).- "Debe de responder por las pérdidas cabos, daños y perjuicios que sufran los bienes o los fideicomisarios por su culpa o por su negligencia grave".

h).- "Si a la extinción del fideicomiso, la fiduciaria tiene en su poder cosas remanentes del patrimonio fiduciario deberá transmitirlos al fideicomitente o a sus herederos y en su caso al fideicomisario".(10)

Con lo anteriormente expuesto nos podemos dar una idea más clara del lugar tan importante que desempeña el fiduciario dentro del contrato de fideicomiso.

Otra de las cuestiones importantes del Fiduciario es la designación de los delegados funcionarios, es discrecional por parte de la fiduciaria, pero su nombramiento debe ser ratificado o aceptado por la Comisión Nacional Bancaria, quien además podrá vetar la designación o acordar que se proceda a la remoción de los mismos, responderán dichos delegados solidariamente respecto a su gestión sobre la administración de los bienes fideicomitados.

3.3.- EL FIDEICOMISARIO:

Respecto de las obligaciones del fideicomisario, sólo podemos decir que éstas existen según se presenten dos situaciones:

" Cuando se designa fideicomisaria a una persona a quien se desea beneficiar por un acto de liberalidad del fideicomitente."

"Cuando el fideicomiso se celebró por mutuo acuerdo entre el fideicomitente y fideicomisario y, como consecuencia del mismo, el fideicomitente transmite al fideicomisario ciertos bienes o derechos y, a cambio de esta enajenación, el fideicomisario debe pagar una contraprestación al fideicomitente, que en la generalidad se traduce en dinero."(11)

Ya analizadas estas dos cuestiones, llegamos a la conclusión de que el fideicomisario debe de cumplir con las cargas que le imponga el fideicomitente y además de obligarse a dar la contraprestación pactada, pues en caso contrario el fideicomitente podrá demandar la rescisión del contrato de fideicomiso por el incumplimiento del fideicomisario.

En forma general podemos decir que fideicomisario, es la persona física o moral designada para recibir los beneficios del fideicomiso, y su designación corresponde al fideicomitente.

Pueden ser fideicomisarios las personas físicas o jurídicas que tengan la capacidad necesaria para recibir el provecho que el fideicomiso implica y el fideicomitente puede designar varios fideicomisarios para que reciban simultáneamente o sucesivamente el provecho del fideicomiso.

El Maestro Joaquín Rodríguez, establece lo siguiente respecto de la posición jurídica del fideicomisario. Para el fideicomisario la norma básica es el artículo 355, según el cual: "El fideicomisario tendrá además de los derechos que se le concedan por virtud del acto constitutivo del fideicomiso, el exigir su cumplimiento a la institución fiduciaria; el de atacar la validez de los actos que ésta cometa en su perjuicio, de mala fe o en exceso de las facultades que por virtud del acto constitutivo o de la ley le corresponda.

Quando ello sea procedente, el de reivindicar los bienes que a consecuencia de estos actos hayan salido del patrimonio objeto del fideicomiso. Cuando no exista fideicomisario determinado o cuando éste sea incapaz, los derechos a que se refiere el párrafo anterior corresponderán al que ejerza la patria potestad, al autor o al Ministerio Público, según , el caso."(12)

En cuanto a los derechos legales del fideicomisario al respecto el Lic. Carlos Dávalos Mejía menciona los siguientes:

a).-"Cuando el fideicomitente no haya designado fiduciaria, corresponde al fideicomisario esa facultad de designación.(art.350, 2o. párrafo.LGTOC.)"

b).- " En todo lo no previsto en el fideicomiso, se debe consultar la voluntad del fideicomisario y cuando sean dos o más, se consultará su voluntad y las decisiones se tomarán por mayoría de votos computados por representación y no por persona.(art.348,3o. Párrafo. de la LGTOC.)"(13)

Por cuanto a los derechos convencionales consisten en, "los beneficios que el fideicomiso procura que necesariamente, son diferentes en cada contrato tambien es frecuente que se pacte de manera convencional algunos derechos que anteriormente eran considerados institucionalmente."(14)

Esto es que los derechos se encontraban coferidos por la ley y al reformarse el contrato de fideicomiso se va a requerir el consentimiento del fideicomisario, siendo necesario que exista el consentimiento para la formación, de un comité técnico quien dará la distribución de fondos, las reglas de operación y facultades del mismo.

De conformidad con el último párrafo del art. 348 de la LGTOC, es nulo el fideicomiso que se constituye en favor del fideicomisario", disposición que resulta comprensible por las ventajas que los fiduciarios podrían obtener.

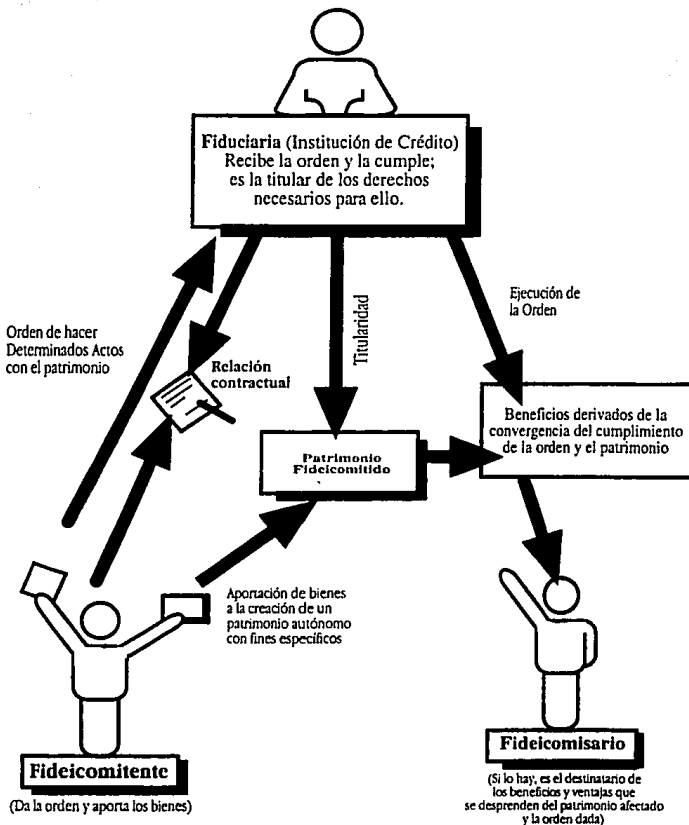
" En resumen puede decirse que el fideicomisario tiene todos los derechos que se establezcan en el propio acto o contrato de fideicomiso, según la naturaleza de éste y además legalmente queda legítimado para exigir a la institución fiduciaria el estricto cumplimiento de lo convenido, pudiendo incluso llevar a reivindicar los bienes que el fiduciario hubiere hecho salir del patrimonio especial, con mala fe o exceso de sus facultades."(15)

Para terminar diremos que el fideicomisario no es parte necesaria en la constitución del fideicomiso y así se desprende de lo que el art 347 de la LGTOC consigna.

A este respecto nos explica el Maestro Cervantes Ahumada lo siguiente :
" El fideicomisario no es un elemento esencial del fideicomiso, ya que pueden darse fideicomisos sin fideicomisarios."(16)

Así pues en general, podemos afirmar que el fideicomisario es el elemento que menos requisitos necesita para intervenir como tal en el fideicomiso, pues inclusive puede ser una persona concebida, no nacida incluso como vimos anteriormente, puede no existir al crearse el fideicomiso.

MONTAJE DEL FIDEICOMISO



3.4.- ELEMENTOS DEL FIDEICOMISO:

Para la existencia del fideicomiso se requieren de tres elementos:

- a).- LOS PERSONALES.
- b).- LOS OBJETIVOS O PATRIMONIALES, Y
- c).- LOS FORMALES.

a).- LOS PERSONALES:

Los elementos personales del fideicomiso, son, el fideicomitente, el fiduciario y el fideicomisario, que son los sujetos de derecho que intervienen en el fideicomiso, mismos que ya han sido analizados anteriormente.

Sólo agregaremos que los sujetos de referencia no implican necesariamente la existencia de tres personas, toda vez y de acuerdo con las disposiciones de nuestra legislación, que las calidades de éstos pueden encontrarse en una sola persona, es decir que pueden confundirse fideicomitente y fideicomisario, pues una sola persona puede reunir las calidades de estos sujetos de derecho.

b).- LOS OBJETIVOS O PATRIMONIALES:

Los elementos objetivos o patrimoniales, son en realidad un solo elemento que es el patrimonio del fideicomiso es decir, es el patrimonio cuya titularidad se transmite a la fiduciaria, y está constituido por aquellos bienes o derechos que el fideicomitente destina para la realización del mismo a cuya titularidad transmite a la institución fiduciaria.

De acuerdo con nuestra ley vigente, el artículo 351 de la LGTOC, " pueden ser objeto del fideicomiso toda clase de bienes y derechos, salvo aquellos que conforme a la ley sean estrictamente personales de su titular", consideramos al respecto que el artículo antes mencionado debería igualmente señalar como limitación a ciertos bienes que no pueden ser objeto de apropiación, y los cuales ,por lo mismo, tampoco pueden ser objeto del fideicomiso.

La Suprema Corte establece la siguiente posición de las acciones del fideicomisario, en protección del bien fiduciario.

" A pesar de que el fideicomisario es el beneficiario del fideicomiso, el único que tiene las acciones necesarias para defender al patrimonio es la titular, es decir la fiduciaria que cumpla adecuadamente con el fin."(17)

El Lic. Joaquín Rodríguez, considera que , "en caso de que la autoridad cause perjuicio a persona alguna por que el patrimonio es autónomo, la acción de amparo corresponde a la fiduciaria , la fideicomisaria carece de legitimación para promover el juicio de amparo en representación del fideicomiso."(18)

Esto es que, aunque la fideicomisaria siendo beneficiaria del patrimonio fideicomitado, si sufre perjuicio en el mismo, únicamente la fiduciaria podrá ejercitar que se cumpla con la reparación del daño causado, a través del amparo.

Para el estudio del Patrimonio fideicomitado, Dávalos Mejía establece lo siguiente:

" Cuando el fin de un fideicomiso fue transmitir la cosa al fideicomisario, se verifican dos transmisiones., la primera institucional (de fideicomitente a fiduciario) y la segunda convencional (de fiduciario a fideicomisario) Cuando esta última sucede, el fideicomiso queda cumplido y por tanto se extingue (art.357 LGTOC),entonces, el patrimonio autónomo simplemente deja de serlo y pasa a formar parte del patrimonio del fideicomisario."(19)

El artículo 346 de la LGTOC, nos dice: " En virtud del fideicomiso, el fideicomitente destina ciertos bienes a un fin lícito..." es decir, afecta dichos bienes a un fin, para lo cual se requiere tener la capacidad necesaria para disponer de ellos, los bienes que el fideicomitente afecta en fideicomiso salen del patrimonio del mismo, para formar el patrimonio autónomo del fideicomiso.

Casi todos los autores coinciden en que el patrimonio de un fideicomiso va de acuerdo con la teoría del patrimonio afectación.

Al respecto el Dr. Raúl Cervantes Ahumada nos dice:" Los bienes fideicomitados salen del patrimonio del fideicomitente para colocarse en situación del patrimonio de afectación. El fiduciario, repetimos, tendrá la titularidad del patrimonio fideicomitado, es decir el poder sobre dicho patrimonio en la medida que sea necesario para la consecución del fin del fideicomiso."(20)

La institución fiduciaria solo tiene sobre los bienes objeto del fideicomiso la titularidad de los mismos, más no la propiedad en virtud de que al constituirse el fideicomiso el fideicomitente destina ciertos bienes de su propiedad o la totalidad de ellos, ya que la propiedad de los mismos se la reserva para él o bien para el fideicomisario.

c).- LOS FORMALES.-

Nos remontaremos hasta el derecho Romano, en el cual las palabras solemnes y los actos se consideraban la forma.

Uno de los contratos, que se utilizaban fue el contrato de "Stipulatio" que era el contrato de compraventa más puro con un contenido obligacional para ambas partes.

El Lic. Mario Ramón Beteta, establece: " En el derecho moderno se ha consagrado el llamado principio espiritualista, donde ha triunfado la libertad de forma y en el cual cada uno puede obligarse adoptando la forma que desee."(21)

El art.352 de la LGTOC. nos señala al respecto que: " La constitución del fideicomiso deberá siempre constar por escrito y ajustarse a los términos de la legislación común sobre transmisión de las cosas que se den en fideicomiso."

Por lo anterior, establecemos que la fórmula básica para constituir un fideicomiso, es por escrito, como cualquier contrato mercantil ordinario con sujeción a la legislación común sobre la transmisión de los bienes fideicomitados.

Rodríguez y Rodríguez Joaquín, establece que: " La redacción por escrito no es un elemento esencial sino un requisito de prueba," la falta de forma debe estimarse como un elemento para la validez del negocio, que puede ser objeto de convalidación."(22)

La forma en que se constituye el fideicomiso por acto entre vivos, debe ser el acuerdo expreso de las partes ajustándose a los términos de la legislación común, si se trata de bienes inmuebles, se transmiten al fiduciario para el cumplimiento de los fines del fideicomiso en escritura pública, para que tengan efectos contra terceros, el primer testimonio deberá inscribirse en el Registro Público de la Propiedad.

Ahora bien, la falta de inscripción, produce nulidad en el fideicomiso.

Podemos llegar a la conclusión de que el fideicomiso no es, en sí mismo un acto solemne y por ello los vicios de forma de cualquier contrato privado que se subsana y el acto constitutivo por regla general tiene existencia, validez y eficacia desde que se produzca.

Como se observa, la forma del fideicomiso puede ser la que sea precisamente la que deba respetarse en atención al tipo de bien y el negocio que será su consecuencia.

El único requisito formal establecido por la Ley es que conste por escrito.

- 1.- CERVANTES AHUMADA, Raúl.- "TITULOS Y OPERACIONES DE CREDITO".- Editorial Herrero, México, 1982.- Cap.XI.- p.291.
- 2.- DICCIONARIO JURIDICO MEXICANO.- Instituto de Investigaciones Jurídicas UNAM.- Editorial Porrúa, México,1987.- p.1441.
- 3.- "REVISTA MEXICANA DE JUSTICIA".- Nueva Epoca, número1.- Enero-Marzo,1993.- p.25.
- 4.- DAVALOS MEJIA, Carlos Felipe.- "TITULOS Y CONTRATOS DE CREDITO, QUIEBRAS TOMOII, DERECHO BANCARIO CONTRATOS DE CREDITO".- Editorial harla, México,1992.- p.443.
- 5.- RODRIGUEZ Y RODRIGUEZ, Joaquín.- "DERECHO MERCANTIL".- Editorial, Porrúa, México,1988,Cap.XIII p.p. 128,129.
- 6.- "LEY GENERAL DE TITULOS Y OPERACIONES DE CREDITO".- Editorial Porrúa, México, 1993.- p. 330.
- 7.- VILLAGORDOA LOZANO, José Manuel.- "DOCTRINA GENERAL DEL FIDEICOMISO".- Editorial Porrúa, México, 1982.- p.115.
- 8.- RODRIGUEZ Y RODRIGUEZ, O.p. Cit. p. 126.
- 9.- "REVISTA MEXICANA DE JUSTICIA".- Nueva Epoca, número 1.- Enero-Marzo, 1993.- p.26
- 10.- DAVALOS MEJIA, Op. Cit.- p.p. 435,436.
- 11.- REVISTA MEXICANA DE JUSTICIA.- Op. Cit.- p. 28.
- 12.- RODRIGUEZ Y RODRIGUEZ, Op. Cit.- p.p. 127,128.

- 13.- DAVALOS MEJIA, Op. Cit.- p. 446.
- 14.- IDEM.- P.446.
- 15.-BATIZA, Rodolfo.- "FIDEICOMISO TEORIA Y PRACTICA".- Editorial Jus, México, 1991.- p. 238.
- 16.-CERVANTES AHUMADA, Op. Cit.- p. 295.
- 17.- "PLENO, SEPTIMA EPOCA".- Informe, México, 1986.- Sección pleno.- p. 674.
- 18.- RODRIGUEZ Y RODRIGUEZ, Joaquín.- " DERECHO MERCANTIL".- Editorial Porrúa, México, 1988.- Cap.XIII. p. 128.
- 19.- DAVALOS MEJIA, Carlos Felipe.- " TITULOS Y CONTRATOS DE CREDITO, QUIEBRAS TOMO II, DERECHO BANCARIO CONTRATOS DE CREDITO".- Editorial Harla, México, 1992.- p. 409.
- 20.- CERVANTES AHUMADA.- Op. Cit.- p. 312.
- 21.- BETETA, Mario Ramón.- " LAS INSTITUCIONES FIDUCIARIAS Y EL FIDEICOMISO EN MEXICO".- Bnco Mexicano Somex 1a. edición Cap.XIV Fomento cultural de la Organización Somex, México, 1982 .- p.245.
- 22.- RODRIGUEZ Y RODRIGUEZ.- Op. Cit.- p. 126.

CAPITULO IV.- CLASIFICACION DEL FIDEICOMISO EN ATENCION A SUS FINES.

En general no debemos confundir el objeto con el fin, que aplicados al fideicomiso el objeto es la cosa o materia sobre la cual se constituye el fideicomiso; en tanto que el fin es el resultado que se persigue con su constitución.

Primeramente explicaremos que entendemos por fin, y nos remitiremos a lo que sobre el fin nos dice el Lic. Rodolfo Batiza:

" Todo acto jurídico, por principio debe de tender a un fin lícito, esto es, que no sea contrario a la ley ni al orden público por lo cual en el derecho angloamericano se sanciona con nulidad el trust que no se ajuste a este principio fundamental."(1)

En el caso de la institución que se estudia una persona se propone alcanzar un fin, y para ello realiza un acto jurídico al cual se le ha denominado fideicomiso; ese fin es siempre el alcance de un beneficio o provecho, el que recae necesaria e invariablemente en el fideicomisario.

El artículo 346 de la LGTOC; establece que : " En virtud del fideicomiso, el fideicomitente destina ciertos bienes a un fin...."(2)

Esto quiere decir, que es el fideicomitente , al transmitir la titularidad de ciertos bienes o derechos al fiduciario, el que señala los fines que deban darse al patrimonio que afecta en fideicomiso; el fin es pues el destino que se le da al patrimonio.

Además el fin del fideicomiso debe ser posible ya que el artículo 357 de la LGTOC nos dice:

II.- "Por hacerse éste imposible" refiriéndose al fin para el que fué constituido el fideicomiso.(3)

De acuerdo a las disposiciones mencionadas, podemos determinar que existe una gran variedad de fines por los cuales se puede constituir un fideicomiso.

Ahora bien, teniendo en cuenta que el fin del fideicomiso debe ser lícito, posible y determinado, son infinitas las aplicaciones del fideicomiso por la gran variedad de fines que al mismo puedan darse, pero para posteriormente hacer una clasificación de los fideicomisos en atención a sus fines, haremos una división en cuanto a éstos y así tendremos que en cada fideicomiso, habrá un fin primordial y otros que serán fines secundarios, que en última instancia estarán subordinados al fin primordial o principal.

Con el propósito de aclarar esta idea, diremos que en un fideicomiso traslativo de dominio el fin primordial o principal será aquel consistente en la transmisión de los bienes o derechos materia del fideicomiso, y los fines secundarios serán todas aquellas otras instrucciones que sobre los bienes materia del fideicomiso, dé el fideicomitente al fiduciario.

Hemos visto que los fines del fideicomiso pueden ser tantos y tan variados que sería poco menos que imposible hacer una clasificación de éstos, más sin embargo, en atención a sus fines, y así hablaremos de cinco grandes grupos que son:

- 1.- Fideicomisos Traslativos.
- 2.- Fideicomisos de Inversión.
- 3.- Fideicomisos de Garantía.
- 4.- Fideicomisos de Administración.
- 5.- Fideicomisos Testamentarios.

Las finalidades o fines de un fideicomiso, repetimos pueden ser múltiples pero seguramente que la finalidad primordial se puede encuadrar en cualesquiera de los fideicomisos de la clasificación antes señalada.

Ahora pasaremos a analizar cada uno de los fideicomisos apuntados, así como señalaremos sus fines y las ventajas que reportan cada uno.

4.1.- FIDEICOMISOS TRASLATIVOS.

El Licenciado Jose Manuel Villagordo nos define a los fideicomisos traslativos: " Son aquellos que tiene como fin que el fiduciario transmita la titularidad de los bienes o derechos fideicomitados al fideicomisario o a la persona que éste señale, una vez que se hayan reunido los requisitos previamente establecidos."(4)

El fin primordial de los fideicomisos traslativos es la de transmitir los bienes o derechos materia de los mismos, de acuerdo con las instrucciones que al efecto reciba el fiduciario del fideicomitente, y serán fines secundarios, aquellas otras instrucciones que deba cumplir el fiduciario, en tanto se ejecuta el fideicomiso, como pueden ser éstas, que dé en arrendamiento de los bienes fideicomitados, etc.

Este tipo de fideicomisos tienen mucha utilidad práctica, ya que subsana múltiples lagunas de la legislación común y a la vez hacen más accesibles algunas operaciones que presentan algunas dificultades de carácter legal o de tipo práctico que se pueda realizar, la operación mediante otras formas jurídicas de transmitir la propiedad, como lo son la compraventa, la donación etc.

Es incuestionable que otra utilidad que nos reportan los fideicomisos traslativos es de carácter fiscal pues si la persona que va a adquirir lo hace para posteriormente vender, se ahorra, una cantidad considerable por concepto de impuesto de traslación de dominio; o bien si adquiere para sí, y en el momento de la operación no cuenta con el capital suficiente para pagar dicho impuesto, puede entrar en posesión del bien y posteriormente pagar el impuesto al escriturarse a su nombre dicho bien.

"Esta clase de fideicomisos pone de manifiesto el carácter de negocio fiduciario que tiene el fideicomiso mismo, pues transitoriamente se requiere de este medio para suplir las deficiencias que se presenten antes de que se celebren los contratos o los actos jurídicos tradicionales."(5)

4.2.- FIDEICOMISOS DE INVERSION.

Por fideicomiso de inversión se entiende aquel que consiste en el encargo hecho por el fideicomitente al fiduciario para conceder préstamos o invertir en determinados tipos de valores, con un fondo constituido al efecto.

Se celebran así dos o más contratos: en primer lugar el fideicomiso y después, en ejecución del mismo, el de o los de mutuo.

" En el contrato de fideicomiso debe de indicar el tipo de fideicomiso de que se trate, así como el nombre, la razón social o denominación de las partes. La suma de dinero que constituye el fondo fideicomitente, el fin del fideicomiso, disponiéndose que consistirá en el otorgamiento de préstamos a interés, así como las demás cláusulas integrantes del contrato, tales como la irrevocabilidad del fideicomiso durante la vigencia del mutuo, la obligación del fiduciario de actuar como buen padre de familia, su responsabilidad por pérdidas y menoscabos del fondo causados, por su culpa, el monto de sus honorarios o comisiones, la sumisión de las partes contratantes a los tribunales del lugar de la celebración del contrato."(6)

La utilidad que presta este tipo de fideicomiso es variada, podemos decir que la oportunidad que dá al inversionista de obtener rendimientos satisfactorios en operaciones que puedan liquidarse en cualquier momento, toda vez que el conocimiento y manejo del mercado bursátil mexicano es complicado y por ello requiere preparación y experiencia en la materia, así como de conocimientos profesionales éstos son requisitos que reúnen las instituciones fiduciarias y es por ello que están capacitadas para orientar y aconsejar a los fideicomitentes, en cuanto se refiere a la inversión que más convenga a los intereses de éstos, en relación a plazo, productividad, seguridad, garantía etc.

Otra utilidad que presenta este tipo de fideicomiso, podemos decir que es la comodidad que representa para el fideicomitente, ya que éste se olvida de los problemas y preocupaciones que toda inversión implica pues es el fiduciario quien resolverá los problemas y evitará las preocupaciones, ya que por su propia actividad está constantemente al corriente en las variaciones del mercado bursátil, y modificaciones a nuestra legislación.

El fideicomitente cuando éste tiene también la calidad de fideicomisario o bien un tercero nombrado como tal, puede limitarse únicamente a recibir los productos de la inversión.

Otra aplicación para el fideicomiso de inversión, es la que prevee la Ley General de Población y su Reglamento al disponer que los extranjeros que vengan a radicar dentro del Territorio Nacional en la calidad de inmigrantes rentistas, deben garantizar a satisfacción de la Secretaría de Gobernación la disposición de una suma mensual de dinero durante los 5 años de permanencia en tal calidad migratoria, con el propósito de asegurarse, se encuentren los inmigrantes rentistas en condiciones de cubrir sus gastos diarios y todos cuantos su repatriación pudiera ocasionar; para el efecto los ordenamientos antes citados autorizan a constituir un fideicomiso de inversión con el objeto de que el inmigrante obtenga un rendimiento líquido suficiente para asegurar la subsistencia del extranjero en nuestro país, fideicomiso que para su constitución deberá contar con la aprobación de la Secretaría de Gobernación.

4.3.- FIDEICOMISO DE GARANTIA.

· Julián Bernal nos define este tipo de fideicomiso: " Es un contrato mediante el cual el deudor o un tercero como fideicomitente, transmite al fiduciario determinados bienes o derechos para garantizar con ellos el cumplimiento de una obligación como puede ser el pago de un crédito al acreedor, que quedará como fideicomisario."(7)

· Los fideicomisos de garantía tienen como finalidad primordial el que el fiduciario reciba los bienes o derechos fideicomitados para garantizar con ellos el cumplimiento de una obligación principal a cargo del fideicomitente; y serán fines secundarios aquellas otras instrucciones que sobre los bienes fideicomitados dicte el fideicomitente y que desde luego no afecten o disminuyan la propia garantía, por ejemplo, que la institución fiduciaria rente el bien dado para asegurar la obligación , el destino que deba darse a las rentas que produzca etc.

El fideicomiso de garantía substituye al mutuo con interés y garantía hipotecaria y la mejor definición es la que dispone la Corte.

"En el fideicomiso en garantía se transfiere, como es necesario por ley, la titularidad de ciertos bienes a la institución fiduciaria, para que si el fideicomitente deudor o un tercero no cumple con lo pactado, la institución proceda a la venta del inmueble y satisfaga las prestaciones acordadas en favor del fideicomisario." (FIDEICOMISO EN GARANTIA CONCEPTO DE.).(8)

" En efecto el fideicomitente garantiza preferentemente el pago del crédito solicitado (aunque en general la obligación que se garantiza es el pago de un crédito, en ocasiones también es útil para garantizar otras obligaciones como la entrega puntual de mercancía, la conclusión sin vicios de una obra civil, la devolución de un título reportado etc.)"(9)

"Por su propia naturaleza, los fideicomisos de garantía son contratos accesorios, porque se ligan a un contrato principal que los motiva."(10)

José Villagordo Lozano, nos establece lo siguiente respecto de los fideicomisos de garantía:

"No debemos considerar a estos fideicomisos como contratos reales en vista de que en ningún caso generan un derecho real a favor del fideicomisario acreedor, quien tiene el derecho personal de exigir al fiduciario, en caso de incumplimiento del fideicomitente deudor, que proceda a la venta o realización de los bienes o derechos fideicomitados, para que de su producto se le haga pago de su crédito."

"La actividad del fiduciario que se desarrolla a través del ejercicio de los derechos fideicomitados, puede tener dos aspectos diferentes en los fideicomisos de garantía; el fiduciario ejercitará tales derechos, en el supuesto de que incurra en mora el deudor, o bien, desde un principio y como medio de pago, el fiduciario ejercitará esos derechos, para dar cumplimiento a la obligación garantizada."(11)

Si el fideicomitente cumple con las obligaciones garantizadas se extingue el fideicomiso y el fiduciario debe devolver los bienes o derechos fideicomitados al fideicomitente.

Con respecto a este tipo de fideicomiso, creemos necesario apuntar un problema que en torno a él se ha creado, pues se ha dicho que pugna en contra del sistema constitucional mexicano, ya que la facultad de vender concedida al fiduciario por no haberse cumplido la obligación contraída implica atribuciones jurisdiccionales así, el Dr. Raúl Cervantes Ahumada nos dice al respecto:

" Creemos que la facultad que se pretende conceder al banco, para ejecutar la venta del bien dado en garantía en caso de que el deudor no pague no se ajusta a nuestro sistema constitucional, ya que se trata de una verdadera atribución jurisdiccional. Si el deudor no demuestra el pago, pero tiene excepciones que oponer a su acreedor , el banco no puede estar capacitado para juzgar y decidir la controversia. En estos casos debería establecerse un procedimiento judicial, previo a la subasta que el banco haga de los bienes fideicomitidos, solo en esta forma se representarían los principios de nuestra estructura constitucional."(12)

"El artículo 341 de la Ley General de Títulos y Operaciones de Crédito contiene el procedimiento por medio del cual el acreedor puede pedir al juez que autorice la venta de los bienes o títulos dados en prenda, cuando se venza la obligación garantizada. Este procedimiento se aplica a la venta de los bienes inmuebles que forman parte de la garantía de los créditos de habilitación o avío o refaccionarios, en el que se transmite la propiedad de los bienes materia del fideicomiso al fiduciario, quien, como se ha mencionado, tiene la obligación de ejercitar las facultades sobre los mismo para hacer efectiva la garantía en caso de incumplimiento del deudor, debiéndose ajustar al procedimiento que se haya pactado en el fideicomiso y que, en materia mercantil, por ser de carácter convencional, tiene plena validez."(13)

Otros autores consideran inadmisibles lo anterior, ya que el fiduciario no resuelve controversia alguna, sino que solo se limita a comprobar una situación de hecho, que es la falta de pago por parte del deudor, supuesto previamente convenido por las partes para la ejecución del fideicomiso, y desde la constitución del mismo, es decir, poner a la venta el bien y poder hacer el pago con su producto, al acreedor fideicomisario y el remanente, si lo hay, entregárselo al deudor fideicomitente.

4.4.- FIDEICOMISOS DE ADMINISTRACION.

Mediante esta clase de fideicomisos, el fideicomitente encomienda a la fiduciaria el manejo de ciertos bienes generalmente inmuebles para que los administre, y los frutos los entregue al fideicomisario que puede ser el propio fideicomitente o terceras personas.

El fin primordial de estos fideicomisos, será la administración que sobre determinados bienes inmuebles o sobre bienes muebles deba hacer el fiduciario en provecho del fideicomisario, y serán fines secundarios aquellas otras instrucciones que el fideicomitente dé al fiduciario respecto de los bienes fideicometidos o sus productos.

La utilidad que representa el fideicomiso de administración, principalmente es la comodidad que dá al fideicomisario, ya que se concreta a recibir el producto de sus rentas sin que tenga que intervenir en la solución de todos los problemas que implica toda administración como son, tratándose de inmuebles, el cobro de rentas, el pago de impuesto predial y derechos de agua, los pagos especiales como las reparaciones del inmueble, mantenimiento del mismo, tramitación de juicios en contra de los inquilinos etc., ya que de todo esto se encarga el fiduciario.

Si se trata de administración de valores igualmente el fideicomisario o el fideicomitente cuando también tenga este carácter, se concreta a recibir los productos de dichos valores, encargándose el fiduciario de cobrarlos y entregárselos lo que implica el cobro de cupones, vigilancia de sorteos etc.

Refiriéndose a esta categoría, hay autores que no aceptan que sea un verdadero fideicomiso.

Así el maestro Cervantes Ahumada nos dice : " En realidad se trata en este caso de un poder para administrar , sin especial afectación de bienes, y por tanto sin que exista fideicomiso."(14)

Respecto a lo anterior, estamos en desacuerdo con lo dispuesto por el autor mencionado, toda vez que si bien es cierto que pueda otorgarse un poder para administrar o bien un mandato de administración, igualmente puede constituirse un fideicomiso de administración sin que se confunda con las figuras jurídicas antes anotadas, en atención a las características propias de los fideicomisos que lo diferencia de otras figuras jurídicas, ya que en el fideicomiso hay una transmisión del dominio de los bienes o derechos del fideicomitente, ya que estos salen de su patrimonio y pasan a formar el patrimonio del fideicomiso.

Dichos bienes no pueden ser embargados al fideicomitente y éste no puede disponer de ellos en tanto dure y esté vigente el fideicomiso, y en el mandato por ejemplo, no hay tal transmisión, pues el mandante conserva dentro de su patrimonio, los bienes o derechos materia del mandato, aún habiéndolos entregado al mandatario, y sí puede disponer de ellos, y se los pueden embargar.

José Villagordoa Lozano, menciona dos actividades que se presentan en los fideicomisos de administración.

"a).- La actividad de inversión que consiste en que el fiduciario adquiera, con cargo al patrimonio fideicomitado, los bienes que le señale el fideicomitente."

"b).- La actividad de administración propiamente dicha, que consiste en que el fiduciario como titular del patrimonio del fideicomiso, se encargue de la guarda y conservación de los bienes que integran dicho patrimonio, efectúe el cobro de los productos y transmita dichos productos al fideicomisario."(15)

"Dentro de los fideicomisos de administración, cabe destacar aquéllos que se utilizan para que, a través de los mismos, los extranjeros puedan usar y disfrutar de los bienes inmuebles ubicados en zona prohibida, o sea dentro de una faja de 100 km. a lo largo de las fronteras y de 50 km en las costas, ya que de acuerdo con las disposiciones constitucionales no pueden adquirir el dominio directo sobre tierras y aguas dentro de dicha zona. La Ley para promover la Inversión Mexicana y Regular la Inversión Extranjera faculta a la Secretaría de Relaciones Exteriores para que estudie en cada caso la conveniencia de conceder a las instituciones de crédito permiso para adquirir como fiduciarias el dominio de bienes inmuebles destinados a las actividades industriales o turísticas en la faja de 100 km. a lo largo de las fronteras y en la zona de 50 km. en las playas del país, siempre que el objeto de la adquisición sea el de permitir la utilización y el aprovechamiento de dichos bienes a los fideicomisarios extranjeros, sin constituir derechos reales sobre ellos."(16)

4.5.- FIDEICOMISOS TESTAMENTARIOS O SUCESORIOS.

El fideicomiso testamentario, consiste en que el fideicomitente ya sea en vida o por testamento, destina ciertos bienes en fideicomiso para que el fiduciario cumpla con el fin propuesto.

La Ley sustantiva en vigor dispone que " El fideicomiso puede ser constituido por acto entre vivos o por testamento." (art.352 LGTOC.)(17)

El Lic.Rodolfo Batiza, establece lo siguiente respecto de los fideicomisos testamentarios;"Por lo que se refiere a nuestro derecho el Proyecto Vera Estañol admitía que el fideicomiso se constituyera en virtud de última voluntad o de acto que produjera sus efectos después de la muerte del otorgante, por mandamiento judicial, o por contrato o acto entre vivos."(18)

En virtud de que este fideicomiso puede revestir dos formas ya que el fideicomitente en vida transfiera los bienes a la fiduciaria o bien, puede suceder que se establezca que los bienes objeto del fideicomiso se entreguen a la fiduciaria a la muerte del fideicomitente, los fines propuestos pueden ser diversos según cada caso ya que, si el fideicomiso sucesorio, es establecido en vida del fideicomitente este podrá dar algunas de las siguientes instrucciones al fiduciario; entregar sus bienes para que los administre en beneficio de él, de sus herederos o de terceras personas, y a su fallecimiento entregar estos bienes a sus herederos o legatarios según instrucciones recibida, es decir, se reúnen dos especies de actividades que son la de administración y la testamentaria, y por ende, aquí habrá dos fines primordiales en este fideicomiso, uno que se daría en vida del fideicomitente y que sería el de administrar los bienes fideicomitados, y el otro, se presentaría a la muerte del fideicomitente y que sería entregar dichos bienes a los herederos o legatarios de conformidad con las instrucciones que al respecto haya dado el fideicomitente.

Si el fideicomiso sucesorio se estableció por testamento, el fiduciario a la muerte del fideicomitente recibirá el patrimonio fideicomitado y cumplirá sus instrucciones en el reparto del patrimonio fideicomitado a sus herederos y legatarios en determinada forma, que será en este caso el fin primordial de este fideicomiso testamentario o sucesorio.

Serán fines secundarios de esta clase de fideicomiso, aquellas otras instrucciones que el fideicomitente dé al fiduciario como son, que con cargo al patrimonio fideicomitado sufrague los gastos de inhumación etc.

La utilidad que representa este tipo de fideicomisos es la seguridad de que, a la muerte del interesado, sus bienes y derechos serán manejados, administrados y vigilados, en una forma productiva, sana, segura, competente y profesional, en beneficio de la o las personas que designe el propio interesado y de acuerdo con instrucciones precisas de éste.

Otra utilidad que representan los fideicomisos testamentarios o sucesorios, es la de que mediante éstos se evitan las molestias de seguir un juicio sucesorio, que bien es sabido que pueda durar varios años.

El Licenciado Carlos Dávalos Mejía, manifiesta respecto de los fideicomisos testamentarios que " Este tipo de fideicomiso es recomendable sólo en casos especiales y no en lo general. Por ejemplo, por la complejidad de la masa de bienes (acciones societarias, inmuebles sujetos a litigio, sociedades en liquidación, etc.) por falta de homogeneidad o afinidad entre los fideicomisarios, por la ausencia de albaceas, tutores o curadores idóneos, por que la cuantía de la masa sea tal, que amerite la tramitación y costo de un fideicomiso o por razones similares o equivalentes."(19)

Con esto podemos observar las múltiples utilidades en este tipo de fideicomiso, así mismo debemos de llenar los requisitos que establece el Código Civil en lo relativo a la forma de los testamentos y demás disposiciones relativas, ya que de no llenarse estos requisitos, se podría invocar una nulidad.

Hasta aquí hemos estudiado los cinco grandes grupos de tipos de fideicomisos que hemos podido clasificar en atención a sus fines primordiales que indudablemente saltan a la vista y sobre los cuales en una o en otra forma, en menor o mayor grado, otros tipos de fideicomisos encuadran en cualesquiera de los tipos aquí apuntados.

- 1.-BATIZA, Rodolfo.- " EL FIDEICOMISO TEORIA Y PRACTICA".- Editorial Jus, México, 1991.- p.232.
- 2.- "LEY GENERAL DE TITULOS Y OPERACIONES DE CREDITO".- Editorial Porrúa, México 1993.- p.330.
- 3.- IDEM., p. 333.
- 4.- VILLAGORDOA LOZANO, José Manuel .- "DOCTRINA GENERAL DEL FIDEICOMISO".- Editorial Porrúa, México, 1982.- p. 142.
- 5.- " REVISTA MEXICANA DE JUSTICIA".- Nueva Epoca. Número 1, Enero-Marzo, 1993.- p.32.
- 6.- BATIZA, Op. Cit.- p.p. 173,174.
- 7.- BERNAL MOLINA, Julián.- "PRACTICA Y TEORIA JURIDICA DEL FIDEICOMISO".- Editorial Porrúa, México,1988.- p. 53.
- 8.- "FIDEICOMISOEN GARANTIA CONCEPTO DE".- AD 45/77.- SALA AUXILIAR, 7a Epoca Vol. Semestral 97-102 7a parte.- p.107.
- 9.- DAVALOS MEJIA, Carlos Felipe.- "TITULOS Y CONTRATOS DE CREDITO, QUIEBRAS TOMO II DERECHO BANCARIO CONTRATOS DE CREDITO".- Editorial Harla, México, 1992.- p. 410.
- 10.- "REVISTA MEXICANA DE JUSTICIA", Op. Cit.- p.32.
- 11.- VILLAGORDOA LOZANO, Op. Cit. p.190.
- 12.- CERVANTES AHUMADA, Raúl.- "TITULOS Y OPERACIONES DE CREDITO".- Editorial herrero, México, 1982.- p. 312.

- 13.- "REVISTA MEXICANA DE JUSTICIA ", Op.Cit.- p.33
- 14.-CERVANTES AHUMADA, Op. Cit.- p. 313.
- 15.- VILLAGORDOA LOZANO, Op. Cit.p.195.
- 16.- "REVISTA MEXICANA DE JUSTICIA", Op.Cit.- p. 35.
- 17.- "LEY GENERAL DE TITULOS Y OPERACIONES DE CREDITO", Op. Cit.- p. 332.
- 18.- BATIZA, Op. Cit.- p. 234.
- 19.- DAVALOS, Op.Cit.- p.414.

CAPITULO V.- EL NACIMIENTO Y EXTINCION DE LOS FIDEICOMISOS.

5.1.- REQUISITOS PARA LA CREACION DEL FIDEICOMISO.

Para la creación del fideicomiso, esencialmente se requieren de tres sujetos: FIDEICOMITENTE, FIDUCIARIO Y FIDEICOMISARIO.

Aunque no siempre es necesaria la existencia del fideicomisario, al respecto el art. 347 de la Ley General de Títulos y Operaciones de Crédito establece:

"El fideicomiso será válido aunque se constituya sin señalar fideicomisario, siempre que su fin sea lícito y determinado. (1)

Bernal Molina, nos dice respecto de la creación del fideicomiso .

"Se discute en la doctrina si el fideicomiso se puede crear sólo por un contrato y por el contrario que no puede serlo por el acto o declaración unilateral de la voluntad y que se expresaría mediante una estipulación a favor de terceros. Se llegó incluso a señalar que no es posible porque no podría haber transmisión de bienes, pues aunque esté designado el fiduciario, no habiendo éste aceptado, no podría haber recibido los bienes y menos podría inscribirse, en el Registro Público de la Propiedad." (2)

En tal virtud, con lo anterior podemos decir que este tipo de contrato es creado de forma bilateral, ya que debe de existir acuerdo entre las partes obligándose recíprocamente para que produzcan sus efectos, interviniendo por lo menos el fiduciario y el fideicomitente por lo que con estos dos sujetos se va a originar la transmisión de bienes que constituyen el fideicomiso.

El art. 352, 2a. parte de la LGTOC; establece: "La constitución del fideicomiso deberá siempre constar por escrito y ajustarse a los términos de la legislación común sobre transmisión de los derechos o la transmisión de propiedad de las cosas que se den en fideicomiso." (3)

En materia fiduciaria, no hay pactos tácitos ni verbales. El Lic. Carlos Dávalos Mejía, establece lo siguiente:

"Cada fideicomiso debe cumplir además de la regla genérica de forma escrita, con los requisitos de cada género de transmisión debe agotar de conformidad con la legislación común sobre transmisión de derechos de propiedad."(4)

Julián Bernal Molina, señala los requisitos para la constitución del fideicomiso:

1.- ESCRITURA PUBLICA O ESCRITO PRIVADO.

1 "El art. 60, de la Ley del Notariado, define a la escritura Pública como el instrumento público que en original se asienta en el libro autorizado del notario para hacer constar un acto jurídico, o bien el documento original donde conste éste, que ya firmado por las partes se agregue al apéndice con sus anexos y en el libro del notario se asiente un extracto donde se contenga los elementos esenciales."

"Sobre la forma escrita el art. 1834, del Código Civil, expresa que deben firmar todas las personas a las cuales se les imponga esa obligación y, si no saben, lo hará otra persona a su ruego y estampará su huella digital, en todo caso firmarán testigos del acto, cuando menos dos." (5)

Al respecto todo contrato, en este caso el contrato de fideicomiso debe constar por medio de la Escritura Pública, ya que al estar asentada en el libro del notario va a tener valor probatorio pleno de que se constituyó el fideicomiso.

En cuanto al requisito de forma escrita, las partes que se obligan a firmar son, el Fideicomitente, Fiduciario y Fideicomisario.

El Código Civil en su art. 1833, establece: " Cuando la ley exija determinada forma para un contrato, mientras que éste no revista esa forma no será, válido, salvo las disposición en contrario, pero si la voluntad de las partes consta de manera fehaciente cualquiera de ellas puede exigir que se dé al contrato la forma legal." (6)

Con esto podemos afirmar que sólo se requiere la voluntad de las partes para que exista el requisito formal en la constitución de los contratos.

"Cuando el fideicomiso conste en testamento, se debe sujetar a la legislación común que corresponda a las formalidades propias del tipo especial del testamento. La falta de forma en este caso provoca la nulidad (art. 1491 C.C.)" (7)

2.- ANTECEDENTES O DECLARACIONES.

"Se deben mencionar los datos relativos a la propiedad y las declaraciones de las partes que indiquen los motivos o fines del fideicomiso."

En este caso los fines del fideicomiso, serán la transmisión de los bienes de manera lícita y determinada, a la institución fiduciaria. Al decir de forma lícita, es que no sea contrario a la ley ni al orden público.

3.- IDENTIDAD DE LAS PARTES.

"Nombre, domicilio social, razón social, domicilio del fideicomitente o fideicomitentes, fiduciario o denominación del fideicomisario, nacionalidades."

En cuanto a los atributos de las personas, el nombre va a ser el del fideicomitente o fideicomitentes, del fiduciario, dependiendo de cuantas Instituciones Bancarias intervengan y fideicomisario o fideicomisarios, si se designó en el contrato.

Respecto del domicilio social el art. 29 del C.C. establece: "El domicilio de las personas físicas es el lugar donde residen habitualmente, y a falta de éste, el lugar del centro principal de sus negocios, en ausencia de estos, el lugar donde simplemente residan y en su defecto, el lugar donde se encontraren. Se presume que una persona reside habitualmente en un lugar cuando permanezca en él por más de seis meses." (8)

El art. 30 del C.C. "El domicilio legal de una persona física es el lugar donde la ley le fija su residencia para el ejercicio de sus derechos y el cumplimiento de sus obligaciones, aunque de hecho no esté allí presente."

El art. 32 del C.C. establece: " Cuando una persona tenga dos o más domicilios se le considerará domiciliada en el lugar en que simplemente resida, y si viviere en varios, aquel en que se encontrare." (9)

Haremos referencia al art. 33 del C.C. en cuanto al domicilio de las personas morales." Las personas morales tiene su domicilio en el lugar donde se halle establecida su administración. Las que tengan su administración fuera del Distrito Federal, pero que ejecuten actos jurídicos dentro de su circunscripción, se considerarán domiciliadas en el lugar donde los hayan ejecutado, en lo que a esos actos se refiera. Las sucursales que operen en lugares distintos de donde radica la casa matriz, tendrá su domicilio en esos lugares para el cumplimiento de las obligaciones contraídas por las mismas sucursales." (10)

El art. 34 "Se tiene derecho de designar un domicilio convencional para el cumplimiento de determinadas obligaciones." (11)

" Cabe la pluralidad de los tres elementos personales. Se puede omitir la designación del fiduciario. La nacionalidad tiene importancia, si se trata de extranjeros, requerirá permiso de la Secretaría de Gobernación para adquirir bienes, y tratándose de Sociedades Anónimas, que no tenga la cláusula de exclusión de Extranjeros, la autorización de la Secretaría de Relaciones Exteriores." (12)

4.- ENCOMIENDA A UN FIDUCIARIO.

"Se dice en el art. 346 de la LGTOC, que es indispensable expresarlo para que exista el fideicomiso, aunque no se señale específicamente la institución fiduciaria. Sería causa de extinción si no fuera posible sustituir al fiduciario cuando no aceptara el designado, aplicando el art. 357 fr. VII de la LGTOC, que remite al párrafo final del art. 350 de la misma ley."

El art. 350, 2o. párrafo nos dice: "En caso de que al constituirse el fideicomiso no se designe nominalmente la institución fiduciaria, se tendrá por designada la que elija el fideicomisario o en su defecto, el juez de primera instancia del lugar en que estuvieren ubicados los bienes, de entre las instituciones expresamente autorizadas por la ley." (13)

Y en el caso del art. 350 párrafo final nos establece que: "El fideicomitente podrá designar varias instituciones fiduciarias para que conjunta o sucesivamente desempeñen el fideicomiso, estableciendo el orden y las condiciones en que hayan de sustituirse. Salvo lo dispuesto en el acto constitutivo del fideicomiso, cuando la institución fiduciaria no acepte, o por renuncia o remoción cese en el desempeño de su cargo, deberá nombrarse otra para que la sustituya. Si no fuere posible esta institución cesará el fideicomiso." (14)

Con esto nos damos cuenta que es de gran importancia la designación del fiduciario, ya que sin éste se daría una causal de extinción del fideicomiso.

Otro punto importante que menciona el Lic. Julián Bernal Molina respecto a la creación del fideicomiso.

6.- REVOCABLE O IRREVOCABLES.

" Los fideicomisos pueden ser total o parcialmente revocables y debe establecerse la forma y términos de revocación. Por supuesto corresponde hacerla el fideicomitente y siempre que se tome en consideración los derechos a favor del fideicomisario, según la naturaleza o los fines del fideicomiso." (15)

El art.357 de la LGTOC, párrafo VI, el fideicomiso se extingue:" Por revocación hecha por el fideicomitente cuando éste se haya reservado expresamente ese derecho al constituir el fideicomiso." (16)

El Lic. Rodolfo Batiza, establece lo siguiente respecto a la revocación en el fideicomiso. "El derecho de revocación es el de alcance mas radical que el fideicomitente pueda reservarse. Según el Proyecto Vera Estañol el fideicomiso terminaría en los casos de revocación y en los previstos en el acto constitutivo del fideicomiso y condicionaba dicha revocación a la conformidad de todos los que lo hubieren constituido o de sus causahabientes, necesitándose, además la conformidad del beneficiario, si éste ya hubiere aceptado el fideicomiso." (17)

Es importante señalar que para la creación del fideicomiso se requiere de un Comité Técnico, "que será el que establezca el fideicomitente, y es conveniente señalar quienes lo integran, cómo se suplen las ausencias temporales, definitivas, facultades, quórum, votación y todo lo relativo a los actos, designación de secretario, juntas, etc." (18)

7.- DELEGADO FIDUCIARIO.

Se puede establecer que la institución señale un delegado fiduciario especial para atender los asuntos relacionados con el fideicomiso.

"Estos Delegados Fiduciarios, son funcionarios que van a ejercer sus facultades por medio de las personas a quienes correspondiera su representación conforme a la ley, sus escrituras constitutivas y estatutos que tendrán el derecho de nombrar apoderados en quienes delegaran sus facultades siendo los bancos responsables de la gestión de tales representantes y apoderados." (19)

Carlos Dávalos Mejía, nos menciona la forma de acreditar la personalidad del Delegado Fiduciario. "El delegado acredita su personalidad con la simple exhibición de una certificación de su nombramiento expedida por el secretario o prosecretario del consejo directivo o de administración según se trate de una banca de desarrollo o de una múltiple, respectivamente (art. 90 1er. párrafo de la LIC.) siempre que su nombramiento se haya inscrito en el Registro Público del Comercio, previa ratificación de firmas ante fedatario público." (20)

RODOLFO BATIZA, nos menciona lo siguiente respecto de los Delegados Fiduciarios:

"La circular núm. 274 de 26 de junio de 1944, dirigida por la Comisión Nacional Bancaria a las instituciones y departamentos fiduciarios, disponía que tan pronto como se nombre a los delegados fiduciarios se dará aviso a la Comisión para que resuelva si ejercita o no el derecho de veto que la ley le concede y que, a fin de contar con todos los elementos de información necesarios para fundar la resolución, debe enviarse con la notificación los siguientes datos respecto a la persona designada:"

a).- Su nacionalidad, con indicación si es Mexicano por nacimiento o por naturalización y, en este último caso, cuánto tiempo lleva de radicar en el país;

b).- Su edad.

c).- Si es bien conocido y reputado en los círculos financieros y si tiene experiencia y aptitud necesaria para la administración de empresas y negocios de cualquier clase, con las explicaciones necesarias sobre los antecedentes del interesado.

d).- Sus ingresos necesarios aproximados y si puede considerarse que tiene la independencia económica necesaria para la mayor garantía del eficaz cumplimiento de las comisiones que se le confieran.

e).- Todos los demás datos complementarios y referencias que puedan servir para integrar la información." (21)

8.- DIRECTORES, GERENTES, SECRETARIOS TECNICOS O EJECUTIVOS.

Los directores, gerentes, secretarios técnicos o ejecutivos intervienen en fideicomisos que tienen cierta complejidad y un trabajo intenso, en estos se previene la designación de un funcionario de tiempo completo, que también puede ser Delegado Fiduciario quien tendrá ciertas obligaciones determinadas en el contrato.

9.- HONORARIOS, COMISIONES Y GASTOS.

Es conveniente señalar la cuantía fecha de cobro, revisión periódica, efecto de su falta de pago, quién debe hacerlo, facultad de cargarlo al patrimonio fiduciario, etc.

La institución fiduciaria es una entidad de lucro y la operación fiduciaria es un acto de comercio, tiene siempre para el Banco una percepción de una comisión, honorario o cuota, además de los beneficios indirectos que puedan derivarle.

Existe la regla especial sobre la venta de los bienes del fideicomiso, tienen importancia, si se trata del fideicomiso de garantía, que como se mencionó anteriormente, la titularidad de los bienes a la institución fiduciaria, para que en el caso de que si el fideicomitente deudor o un tercero, no cumple con lo pactado, la institución proceda a la venta del inmueble y satisfaga las prestaciones acordadas en favor del fideicomisario.

Mencionamos también que dentro de los contratos debe de establecerse la cláusula de responsabilidad en la que, "el fiduciario no incurre en responsabilidad por el incumplimiento de los deudores con motivo del otorgamiento de créditos de las inversiones que en títulos hubieran efectuado con los recursos del fideicomiso." (22)

10.- DEFENSA DEL PATRIMONIO." En general se establece la obligación del fiduciario de notificar al fideicomitente o fideicomisario de cualquier acto que pueda dañar a los bienes fideicomitados y para efecto de que éstos designen apoderados que se encarguen de su defensa." (23)

El Lic., Rodolfo Batiza, hace referencia, " En nuestro derecho establecían que cuando los bienes fideicomitidos estuvieren en peligro de pérdida o menoscabo en poder del banco fiduciario , el fideicomisario, el fideicomitente o el Ministerio Público, cuando se trate de menores, incapaces, o desvalidos, podrían promover judicialmente las providencias necesarias para la seguridad de los bienes." (24)

11.- PODERES ESPECIALES PARA PLEITOS Y COBRANZAS. En ciertos fideicomisos se le otorga al fiduciario mandatos para el ejercicio de determinados derechos.

Encontramos también que otra de las formas importantes de creación de los fideicomisos es mediante la rendición de cuentas la cual mencionaremos en el siguiente punto.

12.- INFORMACION Y RENDICION DE CUENTAS.

"El trustee está en la obligación hacia los beneficiarios de llevar cuentas claras y exactas que deben mostrar lo que ha recibido y erogado, las utilidades obtenidas y las pérdidas sufridas por el patrimonio, cuando el trust es a favor de beneficiarios sucesivos, las cuentas deberán reflejar cuales ingresos, gastos fueron aplicados a rentas y a capital." (25)

Por lo anterior nos damos cuenta que es necesario tener un buen control sobre la rendición de cuentas.

13.- JURISDICCION Y COMPETENCIA. En todo contrato se debe de señalar el domicilio y los jueces que han de conocer, ya que es importante porque en caso de que una de las partes no cumplan con el contrato de fideicomiso se podrá tener el derecho de demandar ante los tribunales según su jurisdicción y competencia.

14.- TERMINO Y CONDICION. Esto es al plazo en que se sujeta el fideicomiso y a la condición resolutoria o suspensiva. El art. 359 Fr. III de la LGTOC. establece " que, aquellos cuya duración sea mayor de treinta años cuando se designe como beneficiario a una persona jurídica que no sea de orden público o institución de beneficencia. Sin embargo pueden constituirse con duración mayor de treinta años cuando el fin del fideicomiso sea el mantenimiento de museos de carácter científico o artístico que no tengan fines de lucro." (26)

15.- CAUSAS DE EXTINCION. Es otro punto importante que se debe mencionar en la escritura constitutiva del fideicomiso. Generalmente se señalan como causas de extinción las que están en el art. 357 de la LGTOC. que posteriormente haremos referencia.

16.- CLAUSULAS ESPECIALES. Estas cláusulas especiales son las que pueden convenir las partes, en caso de nombrar varios fideicomitentes, fiduciarios y fideicomisarios.

Con lo anteriormente expuesto, podemos concluir diciendo que son esenciales estos requisitos para la creación del fideicomiso, entendiendo así que el de mayor importancia, es el de la constitución del mismo a través de la Escritura Pública.

A continuación veremos como interviene el Estado en la creación del fideicomiso.

5.2.- INTERVENCION DEL ESTADO EN LA CREACION DE LOS MISMOS.

"El fideicomiso en nuestro régimen jurídico comienza a figurar a partir del año de 1925. La necesidad de que en nuestro sistema legal tomara carta de naturalización la institución anglosajona del trust. Se vio palpable, cuando se empleó esta misma institución en los arreglos de la deuda pública exterior de México y especialmente en la emisión de obligaciones para la consolidación de la deuda de los Ferrocarriles Nacionales varios años antes de que nuestra legislación diera cabida al fideicomiso como una típica operación de crédito." (27)

Dentro del fideicomiso se pueden observar diversas posturas que adopta el Estado. En la Ley General de Instituciones de Crédito y Establecimientos Bancarios de 1924, en su capítulo VIII se refiere a los bancos dentro de un fideicomiso., fungen en la posición de fiduciarios ya que siguen los intereses del público en varias formas y principalmente administrando los capitales que se les confían e interviniendo con la representación común de los suscriptores o tenedores de bonos hipotecarios, al ser emitidos estos o al tiempo de su vigencia.

La consagración de la Institución bancaria como elemento fiduciario dentro del fideicomiso fue el resultado que se tuvo en la primera convención bancaria llevada a efecto en el año de 1924, donde a iniciativa del Sr. Enrique C. Creel llevó a cabo el primer intento para implantar en nuestro medio jurídico el fideicomiso.

En tal virtud podemos mencionar lo que establece el art. 350 de la LGTOC: "La facultad de desempeñar el cargo de fiduciario, es privativa de las instituciones expresamente autorizadas por la ley general de instituciones de crédito." Esta ley en su art 2o. párrafo IV, establece que para la realización de operaciones fiduciarias se requiere CONCESION DEL GOBIERNO FEDERAL." (28)

El Lic. Jesús Silva Herzog, nos dice " El hecho de que el Estado utilice el fideicomiso para atender a intereses de la colectividad otorga a éste el carácter de público, y al emplearlo para propiciar, promover y reforzar determinadas actividades económicas, lo sitúa como instrumento para el desarrollo." (29)

Así podemos decir que el fideicomiso va a ser Público porque su utilización permite al Estado sea el rector de la actividad económica del país."Por su gran capacidad y facilidad de adaptación, el instrumento fiduciario ha sido utilizado, cada vez con mayor frecuencia por el Gobierno Federal como un versátil mecanismo de servicio público que se presta para llevar a cabo acciones concretas enfocadas hacia fines específicos y constituye un medio adecuado para contribuir a la solución de grandes problemas nacionales." (30)

El Lic. Carlos Dávalos Mejía, menciona lo siguiente: " La justificación económica del fideicomiso público, como aparato paraestatal(es decir, de soporte a la actividad central del Estado) se materializa cuando ciertas necesidades sociales o económicas necesitan un tipo de solución o apoyo que reúna las siguientes características.

a).- Por la naturaleza propia del fideicomiso, su utilización es por lo general aplicable a actividades temporales, fáciles de identificar y de aislar de cualquier otro tipo de relación administrativa, pues, por tratarse de un contrato, permite centrar la actividad a desarrollar con la especificación de su plazo y objeto, en el texto mismo de la convención.

b).- Por la misma razón, el fideicomiso permite como ninguna otra figura concentrar e independizar los bienes que la administración pública dispone y afecta a la realización de un objetivo que, como dijimos, es temporal.

c).- Por el carácter de patrimonio autónomo sujeto a reglas diferentes que adquieren la masa de bienes fideicomitidos y por lo mismo, su fácil consideración en un presupuesto de egresos e ingresos, los fines de los fideicomisos públicos son principalmente de financiamiento y en algunos casos de asesoría respecto a la aplicación que debe darse a dicho financiamiento.

d).- Por último por la estructura del fideicomiso, la responsabilidad del cumplimiento del objetivo que tuvo la administración Pública al crearlo es exclusivamente de la fiduciaria y no del sector central.(31)

De lo anterior, se desprende que pueden ser fideicomisos públicos como otros, emanados como ya sabemos del derecho mercantil, que por sus ventajas y características ya institucionalizadas, le permite al Ejecutivo una solución para necesidades sociales y económicas que por diversas razones no puede cometer de modo directo por la vía centralizada ni con un organismo descentralizado o una empresa de participación estatal. Es decir el fideicomiso público es un recurso.

Para finalizar este punto decimos que para la creación de los fideicomisos el Estado va intervenir para darle concesión al fiduciario; por ejemplo para crear fideicomisos constituidos en Instituciones nacionales de crédito, enfocados al estímulo y apoyo de actividades económicas, por medio del otorgamiento de crédito, sin tener que recurrir a la intervención financiera.

Esto podría ser el fondo de las habitaciones populares constituido en BANOBRAS, el fondo para obras de infraestructura en el medio rural y el agroindustrial manejado por BANRURAL.

5.3.- EXTINCION DEL FIDEICOMISO, SUS CAUSAS.

Para terminar con este trabajo, hemos dejado precisamente para finalizarlo las causas por las cuales el fideicomiso se extingue, toda vez que ya hemos analizado respecto del mismo, sus antecedentes Históricos, sus antecedentes en nuestra legislación, los sujetos que en él intervienen, su clasificación en atención a sus fines, por lo que repetimos, dejar para el final el nacimiento y extinción de los mismos.

La LGTOC, en su art. 357, nos señala siete causas por las cuales el fideicomiso se extingue.

Dicha enumeración opina el Lic. Rodolfo Batiza," no tiene carácter limitativo, si se considera que admite algunas causales que por su propia naturaleza producen la terminación del fideicomiso ya sea que se consignent o no expresamente en la ley, tales son relativas a la destrucción de la cosa, la renuncia del fideicomisario y la resolución del derecho del fideicomitente sobre la cosa." (32)

Por lo anteriormente expresado y de conformidad con el artículo y ordenamiento legal antes citado, son causas de extinción del fideicomiso las siguientes:

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

Al concluir el encargo dado al fiduciario es decir, al ejecutar el fideicomiso, termina éste pues es lógico pensar que todo fideicomiso que consista en hechos a ejecutar, al cumplir con dicho fin previamente establecido, el fideicomiso se extinguirá ; este sería el caso como el pagar una deuda en un fideicomiso de garantía, entregar al fideicomisario la propiedad de determinados bienes en un fideicomiso traslativo de dominio etc.

"La idea de que el Trust se extingue por la realización de su fin, es ajena al derecho angloamericano, o, por lo menos no es objeto de especial consideración de los tratadistas." (33)

Así manifiesta su opinión el Lic. Rodolfo Batiza, respecto a la realización del fin.

El Lic. Carlos Dávalos Mejía dice: "Porque la fiduciaria llegue y obtenga el fin para el que fue constituido y celebrado, es decir por cumplimiento." (34)

Otra causa de extinción que menciona nuestra LGTOC:

"II.- Por hacerse éste imposible."

Así como la realización del fin para el cual fue constituido, extingue el fideicomiso, así también la imposibilidad de su cumplimiento debe producir la extinción

Hay una diversidad de causas por la que se puede hacer imposible el fideicomiso. El art. 1827 del C.C. establece: "El hecho positivo o negativo objeto del contrato debe de ser; posible ,lícito." El art. 1828 ." Es posible el hecho que no pueda ejecutarse por el obligado pero sí por otra persona en lugar de él." (35)

Un ejemplo podría ser, cuando el fin sea la modificación de un inmueble que se derrumbó.

En cuanto a la imposibilidad de realizar el fin, el Lic. Rodolfo Batiza nos dice: "El proyecto Alfaro disponía que el fideicomiso se extingue: por hacerse imposible su cumplimiento (art. '6 , Inciso 2o.) En el comentario relativo, su autor indicaba que así como el cumplimiento debe producir su extinción, porque el fiduciario no podría ejecutar encargo alguno ni el fideicomisario recibir el beneficio específico que se dispuso en su favor. El contrato no tendría razón de ser." (36)

"III.- Por hacerse imposible el cumplimiento de la condición suspensiva de que dependa o no haberse verificado dentro del término señalado al constituirse el fideicomiso, o en su defecto, dentro del plazo de 20 años siguientes a su constitución."

Un ejemplo sería, cuando la modificación del inmueble depende de que se obtenga autorización municipal de uso de suelo.

"En la actualidad, como resultado de ampliaciones sucesivas, el término máximo durante el cual es lícito suspender el ingreso de un bien en el patrimonio de una persona , es de una vida o vidas en existencia, más 21 años, más el periodo de la gestación."(37)

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

Un ejemplo sería; Cuando la modificación no se realizara si la zona dejaba de ser residencial y se convertía en comercial.

"V.- Por convenio expreso entre el fideicomitente y el fideicomisario."

Al realizar el convenio se va a extinguir el fideicomiso, ya que el convenio es el acuerdo que existe entre las partes para crear, modificar o extinguir derechos y obligaciones.

"En el derecho angloamericano esta posibilidad mas bien se expresa diciendo que el settlor no puede revocar el trust si no es con la conformidad del beneficiario, en la hipótesis, por supuesto, de que no se haya reservado la facultad respectiva."(38)

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

En opinión del Lic. Rodolfo Batiza, nos dice respecto a la revocación:
"Sólo podrá revocarse un fideicomiso con la conformidad de todos los que lo hubieren constituido o de sus causahabientes además de la conformidad del beneficiario, si éste ya hubiere aceptado el fideicomiso."(39)

"VII.- En el caso del párrafo final del art. 350, Cuando la institución fiduciaria no acepte, o por renuncia o remoción cese en el desempeño de su cargo, deberá nombrarse otra para que la sustituya. Si no fuere posible esta substitución, cesará el fideicomiso."

"En este caso la excusa o renuncia sólo podrá hacerse por causas graves a juicio del juez de primera instancia del lugar de su domicilio."(40)

"Si la renuncia sobreviene después de haber comenzado a ejecutarse el fideicomiso, este se extingue aunque haya substitutos, porque éstos sólo remplazan al fideicomisario en el caso de que no hubiera podido o no hubiera querido aceptar. Si se remplace al fideicomisario después de haber disfrutado éste por un tiempo el fideicomiso el substituto vendría a recibir el beneficio directamente del instituido y no del fideicomitente y como esto es ajeno a la esencia del fideicomiso y tendiente a contrariar la voluntad del que lo creó, debe ser prohibido."(41)

La extinción del fideicomiso trae consigo ciertos efectos que son:

La devolución al fideicomitente o a sus herederos de los bienes fideicomitados que queden en poder de la institución fiduciaria al extinguirse el fideicomiso de conformidad con lo que nos señala el art. 358 de la LGTOC. que agrega que para la devolución surta sus efectos, "deberá la institución fiduciaria asentarlo así en el documento constitutivo del fideicomiso y que esta declaración, tratándose de inmuebles o de derechos reales impuestos sobre ellos, se inscriba en el Registro Público de la Propiedad en que aquél hubiere sido inscrito."

En conclusión a éste último capítulo diremos, que un fideicomiso no siempre se constituye por la expresa voluntad del fideicomitente, en un acto contractual o por testamento.

Algunas ocasiones pueden realizarse por disposición expresa de la ley, esto es cuando se va a crear un patrimonio que satisfaga las necesidades de un grupo o clase social, así con esto el fideicomiso deja de ser una simple forma contractual y, a través de una disposición legislativa, desempeña esa función para proteger los intereses de ciertas clases o grupos sociales que se van a encontrar impedidos de llevar a cabo un normal desenvolvimiento como miembros de una comunidad.

A este tipo de fideicomisos como ya vimos en este capítulo lo constituye generalmente el Estado a través de la Secretaría de Hacienda y Crédito Público quien aporta los fondos o en su caso, los bienes que constituyan el patrimonio del fideicomiso, en los cuales se va a determinar los fines para los cuales se van a destinar dichos bienes, señalando la intervención de fideicomisarios y finalmente se van a constituir los comités técnicos quienes son encargados de regular la inversión de los bienes fideicomitados para que el fiduciario pueda dar fiel cumplimiento a las finalidades previstas en la ley que crea el fideicomiso correspondiente.

- 1.- "LEY GENERAL DE TITULOS Y OPERACIONES DE CREDITO" .- Editorial Porrúa México, 1993.- p. 330.
- 2.-BERNAL MOLINA, Julián.- "PRACTICA Y TEORIA JURIDICA DEL FIDEICOMISO ".- Editorial Porrúa, México, 1988.- p. 22.
- 3.- "LEY GENERAL " .- Op. Cit.- p.332.
- 4.- DAVALOS MEJIA, Carlos Felipe.- "TITULOS Y CONTRATOS DE CREDITO, QUIE BRAS TOMO II , DERECHO BANCARIO CONTRATOS DE CREDITO" .- Editorial Harla, México, 1992.- p.431.
- 5.- BERNAL MOLINA, Op. Cit.- p.31.
- 6.- "CODIGO CIVIL" .- Editorial Porrúa, México, 1993 p.330.
- 7.- IDEM .- p. 279.
- 8.- IDEM .- p. 48.
- 9.- IDEM .- p.48.
- 10.- IDEM .- p. 49.
- 11.- IDEM .- p. 50.
- 12.- BERNAL MOLINA, Op. Cit. - p. 26.
- 13.- "LEY GENERAL ", Op. Cit.- p. 331.

- 14.- IDEM .- p.331.
- 15.- BERNAL MOLINA, Op. Cit. -p.27.
- 16.- "LEY GENERAL", Op. Cit. p. 333.
- 17.- BATIZA, Rodolfo.- "FIDEICOMISO TEORIA Y PRACTICA ".- Editorial Jus, México, 1991.- p.378.
- 18.- BERNAL MOLINA, Op.Cit.- p. 27.
- 19.- BATIZA, Op. Cit.-p. 238.
- 20.- DAVALOS MEJIA, Op. Cit.- p. 434.
- 21.- BATIZA, Op. Cit.- p. 239.
- 22.- BERNAL MOLINA, Op. Cit.- p. 28.
- 23.- IDEM .- 28.
- 24.- BATIZA, Op. Cit.- p. 274.
- 25.- IDEM .- p. 323.
- 26.- "LEY GENERAL", Op. Cit.- p. 334.
- 27.- VILLAGORDOA LOZANO, José Manuel.- " DOCTRINA GENERAL DEL FIDEICOMISO." Editorial Porrúa , México 1982.- p. 38.
- 28.- VILLAGORDOA, Op. Cit.- p. 162.

- 29.- SILVA HERZOG FLORES, Jesús.- "EL FIDEICOMISO PUBLICO COMO INSTRUMENTO DE DESARROLLO".- Ponencia presentada en el primer ciclo de conferencias sobre el fideicomiso público en México,1981.- p. 2.
- 30.- BETETA, Mario Ramón.- "EL FIDEICOMISO PUBLICO COMO INSTRUMENTO PARA EL DESARROLLO INDUSTRIAL".- Ponencia presentada en el primer ciclo de conferencias sobre el fideicomiso público en México,1981.- p. 125.
- 31.- DAVALOS MEJIA, Op. Cit.- p.456.
- 32.- BATIZA, Op. Cti.- p. 445.
- 33.- IDEM .- p. 446.
- 34.- DAVALOS MEJIA .- p. 450.
- 35.- "CODIGO CIVIL", Op.Cit.- p. 330.
- 36.- BATIZA,Op.Cit.- p. 451.
- 37.- IDEM .- p.456.
- 38.- IDEM .- p. 449.
- 39.- IDEM, Op.Cit.- p. 448.
- 40.- DAVALOS MEJIA,Op.Cit.- p.450.
- 41.- BATIZA,Op.Cit.- p. 450.

CONCLUSIONES

1.- El fideicomiso tuvo como antecedentes más remotos a figuras practicadas en el derecho Romano, pero es indudable que el "Trust Angloamericano constituye el antecedente inmediato del fideicomiso en nuestro País.

2.- En nuestro fideicomiso, lo debemos considerar como una institución diferente a sus antecesores extranjeros, por virtud de sus características muy propias como son: que sólo puede ser expreso y sólo puede ser ejecutado por instituciones de crédito debidamente autorizadas para ello.

3.- Las obligaciones que nacen por virtud del fideicomiso, tienen su fuente en la declaración unilateral de la voluntad, pues para que nazca el fideicomiso, sólo es indispensable la declaración en ese sentido del fideicomitente, la fiduciaria sólo se encargará de la ejecución del mismo de acuerdo a las instrucciones que le dé el fideicomitente.

4.- El elemento objetivo del fideicomiso, o sea el conjunto de bienes y o derechos que constituyen el patrimonio fideicomitado, da un nuevo concepto de desmembración de la propiedad, al crearse la titularidad como mera función al servicio de un interés ajeno.

5.- El fiduciario es de gran importancia y además necesaria en el fideicomiso, pues él es indispensable para la ejecución del mismo, y tiene también la característica de que podrá participar en nombre propio sobre bienes ajenos, pero nunca en su provecho.

6.- El fideicomisario es aquél a quien se actualiza el fin del fideicomiso pues en todo fideicomiso debe existir alguien que reciba el provecho del mismo, y éste será siempre el fideicomisario, sólo que no se haya designado éste en el contrato, el beneficio pasará para el fideicomitente.

7.- Los derechos y obligaciones de las partes que intervienen en el fideicomiso, derivan de las disposiciones legales de la materia y de las múltiples que se pueden señalar en el acto constitutivo que serán las inscritas en la Escritura Pública.

8.- Las finalidades del fideicomiso son múltiples, pero debemos distinguir el primordial de los secundarios, siendo el primero cuya realización deba asignarse al patrimonio fideicomitido, y los segundos, aquéllos que por la naturaleza misma del fideicomiso nazcan, o por las instrucciones del fideicomitente o del fideicomisario, y que deba de ejecutar el fiduciario, y que en última instancia estarán subordinados al fin primordial.

9.- Es necesario mencionar la importancia que tiene el dar a esta figura jurídica mayor difusión, así como el idear más y mejores posibilidades de beneficio al alcance de los particulares, de manera que recurrir a éste tipo de operaciones, sea para la persona una solución eficiente, accesible y acorde a sus necesidades.

10.- Finalmente diremos que es importante el Estado para la creación de los fideicomisos ya que éste va a dar protección y seguridad al constituirse, a un grupo social que tiene pocos recursos para adquirir un patrimonio, y con la ayuda y aportación de los fondos que otorga el Estado se encontrarían en una mejor situación estos grupos sociales.

11.- En mi opinión considero que deben de reformarse las Leyes al referirse al contrato de fideicomiso, ya que la mayoría de la gente no conoce bien esta figura, que es de gran importancia, y además pienso que debería de darse una visión más amplia, para poder utilizarlo en la realización de algunas operaciones.

12.- Así mismo considero que las instituciones de crédito deben proponer conferencias respecto algunas modificaciones o consideraciones del contrato de fideicomiso, así con esto se daría una mejor visión y funcionamiento en éste, al público en general, que desconoce el uso y beneficios de ésta institución legal.

BIBLIOGRAFIA

- 1.- BARRERA GRAF, Jorge.- "Estudios de derecho Mercantil". UNAM, Instituto de Investigaciones Jurídicas; México 1991.- Editorial Porrúa.
- 2.- BATIZA, Rodolfo.- "El fideicomiso teoría y práctica." 5a. edición, México 1991.- Editorial Jus.
- 3.-BATIZA, Rodolfo.- " Principios básicos del fideicomiso y de la administración fiduciaria". 2a. edición, México 1985.- Editorial Porrúa.
- 4.- BEJARANO SANCHEZ, Manuel.- " Obligaciones Civiles." 3a. edición, México, Editorial Harla.
- 5.- BERNAL MOLINA, Julián.- "Práctica y teoría jurídica del fideicomiso".-1a. edición, México 1988.- Editorial Porrúa.
- 6.- BETETA, Mario Ramón.- "Las instituciones fiduciarias y el fideicomiso en México", Banco Mexicano Somex S.A. 1a. edición, Fomento Cultural de la Organización Somex A.C. México 1982.
- 7.- BETETA, Mario Ramón.- "El fideicomiso Público como instrumento para el desarrollo industrial". Ponencia presentada en el primer ciclo de conferencias sobre el fideicomiso Público en México, 1981.

- 8.- CERVANTES AHUMADA, Raúl.- "Títulos y Operaciones de Crédito". Cap IX, México, 1982.- Editorial Herrero.
- 9.- DAVALOS MEJIA, Carlos Felipe.- "Títulos y Contratos de Crédito Quiebras Tomo II, Derecho Bancario y Contratos de Crédito," 2a. edición México 1992.- Editorial Harla.
- 10.- "DICCIONARIO JURIDICO MEXICANO".- Instituto de Investigaciones Jurídicas, UNAM, México 1987.- Editorial Porrúa.
- 11.- DOMINGUEZ MARTINEZ, Jorge Ramón.- "El fideicomiso ante la teoría del negocio jurídico." 3a. edición, México 1982. Editorial Porrúa
- 12.- FLORIS MARGADANT, Guillermo.- "Derecho Romano". 14a edición, México 1986.- Editorial Esfinge.
- 13.- MUÑOZ, Luis.- "El fideicomiso".- 1a. edición, México 1974.- Cárdenas Editores.
- 14.- PALLARES, Jacinto.- "Diccionario de Derecho".- México, Editorial Porrúa.
- 15.- PINTADO RIVERA, José.- "Derechos y Obligaciones del fiduciario". Tesis Profesional, Facultad de Derecho de la UNAM, México 1952, Capítulo III.

16.-PLENO DE LA SUPREMA CORTE DE JUSTICIA DE LA NACION.- 7a. época, Sección pleno, "Acciones del Fideicomisario", Informe 1986.

17.-"REVISTA MEXICANA DE JUSTICIA".- Nueva época Núm.1 Enero- Marzo,1993.

18.-RODRIGUEZ RODRIGUEZ, Joaquín.- "Derecho Mercantil", Tomo II, México 1988.- Editorial Porrúa.

19.-ROJINA VILLEGAS, Rafael.-" Compendio de Derecho Civil",tomo III, México 1980.- Editorial Porrúa.

20.- SILVA HERZOG FLORES, Jesús.- "El fideicomiso Público como instrumento de desarrollo." Ponencia presentada en el primer ciclo de conferencias sobre el fideicomiso público en México,1981.

21.-"TESIS DE LOS MAESTROS, DOMINGUEZ MARTINEZ Jorge R. y CERVANTES AHUMADA, Raúl".- AR. Informe México 1986.

22.-VILLAGORDOA LOZANO, José Manuel.-" Doctrina General del Fideicomiso",1982.- Editorial Porrúa.

23.-VILLAGORDOA LOZANO, José Manuel.-"Breve estudio sobre el Fideicomiso".- publicación del Semanario de derecho Mercantil de la Facultad de Derecho de la UNAM, México.

LEGISLACION CONSULTADA

1.- CODIGO CIVIL, para el Distrito Federal.- Editorial Porrúa, México 1993.

2.- CODIGO DE COMERCIO Y LEYES COMPLEMENTARIAS.- Editorial Porrúa, México1993.

3.- LEY GENERAL DE TITULOS Y OPERACIONES DE CREDITO.- Editorial Porrúa, México 1993.