



300609
11
2ej

UNIVERSIDAD LA SALLE

FACULTAD DE DERECHO
INCORPORADA A LA UNAM

**"LA SITUACION JURIDICA DE LOS BIENES EN EL
FIDEICOMISO DE GARANTIA"**

TESIS PROFESIONAL

QUE PARA OBTENER EL TITULO DE:
LICENCIADA EN DERECHO
P R E S E N T A :
BLANCA ESTELA GUERRERO PARTIDA

LIC. ALFONSO VELA MORENO

MEXICO, D. F.

1995



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 LA UNIVERSIDAD LA SALLE: Por todo lo que representa como hermandad y casa de estudios.

A MIS MAESTROS: A quienes debo los conocimientos que tengo

A MI ASESOR: Por su apoyo y paciencia en la elaboración de este trabajo. Descanse en paz.

A MIS PADRES: A quienes les debo la vida y todo lo que soy

A MIS HERMANOS:
Por su apoyo en todos los momentos en que los he necesitado

A MI ESPOSO: Por su apoyo en la culminación de este trabajo

A MI HIJO ANDY: Te amo.

I N D I C E

CAPITULO I EL FIDEICOMISO

A)	CONCEPTO Y DEFINICION DEL FIDEICOMISO.	1
B)	ORIGEN Y EVOLUCION DEL FIDEICOMISO	4
C)	LEGISLACION MEXICANA SOBRE FIDEICOMISO	12
D)	EL CARACTER MERCANTIL DEL FIDEICOMISO EN NUESTRO MEDIO.	15

CAPITULO II NATURALEZA JURIDICA DEL FIDEICOMISO

A)	TEORIAS ACERCA DE LA NATURALEZA JURIDICA DEL FIDEICOMISO.	17
	1. El Fideicomiso como Negocio Fiduciario.	18
	2. El Fideicomiso como un Contrato	24
	3. El Fideicomiso como un Acto Unilateral.	27
	4. Conclusión.	31
B)	CONCEPTO DEL FIDEICOMISO MEXICANO.	35

CAPITULO III
EL FIDEICOMISO DE GARANTIA

A)	CLASIFICACION DE LAS DIVERSAS CLASES DE FIDEICOMISO	37
B)	LOS CONTRATOS DE GARANTIA.	45
	1. Generalidades	45
	2. La Fianza	48
	3. La Prenda	49
	4. La Hipoteca	52
	Características de la Hipoteca.	53
	Capacidad para constituir la Hipoteca	58
	La Publicidad de la Hipoteca.	59
C)	EN QUE CONSISTE EL FIDEICOMISO DE GARANTIA	61
	1. Generalidades	61
	2. Definición del Fideicomiso de Garantía.	63
	3. Elementos de la Definición de Fideicomiso de Garantía.	63
D)	FUNCION DEL FIDEICOMISO DE GARANTIA.	67

CAPITULO IV
ALGUNOS PROBLEMAS A QUE EL
FIDEICOMISO DE GARANTIA
DA ORIGEN

A)	CLASIFICACION Y PLANTEAMIENTO DE LOS PROBLEMAS . . .	69
	1. En Relación con los Elementos Personales. . .	70
	2. En Relación con el Elemento Patrimonial . . .	71
B)	LOS ELEMENTOS PERSONALES	71
	1. Respecto del Fideicomitente	71
	2. Respecto del Fiduciario	72
	3. Respecto del Fideicomisario	78
C)	EL ELEMENTO PATRIMONIAL Y LOS PROBLEMAS A QUE DA ORIGEN	86
	1. El Fiduciario, ¿Tiene Propiedad o Titularidad sobre los Bienes Fideicometidos?	86
	2. En el Fideicomiso de Garantía, el Remate de los Bienes Fideicometidos, ¿Encuadra dentro de nuestros Sistemas de Garantías Constitu- cionales.	88
D)	RESUMEN.	89

CAPITULO V
 PROPIEDAD O TITULARIDAD DE LAS
 INSTITUCIONES DE CREDITO Y
 FACULTAD PARA VENDER LOS
 BIENES FIDEICOMETIDOS

A)	EL PATRIMONIO.	90
	1. Generalidades	90
	2. Teorías que Explican el Patrimonio.	93
	3. Nuestro Derecho Positivo.	98
B)	LA PROPIEDAD	99
	1. Generalidades	99
	2. ¿Qué es la Propiedad?	101
	3. Características de la Propiedad en Nuestro Sistema Jurídico.	106
	4. ¿Existe una Prioridad Fiduciaria?	111
C)	¿EXISTEN PATRIMONIOS SIN DUEÑO?	135
	1. Teoría Alemana.	136
	2. En Relación con el Concepto de Titularidad.	138
	a) ¿Qué es Titularidad?	141
	b) ¿Puede Considerarse "Titular" de los Bienes Fideicometidos, al Fiduciario?	145
	c) ¿Qué Clase de Derechos Crea la Titulari- dad?	146

D)	CONCLUSION	149
E)	FACULTAD PARA VENDER LOS BIENES FIDEICOMETIDOS . . .	151
	1. Planteamiento del Problema.	151
	2. Naturaleza del Dominio que Ejerce el Fidu- ciario.	152
	3. ¿Qué es Jurisdicción?	154
	4. Nuestro Sistema Constitucional.	157
	5. Conclusión.	158
	CONCLUSIONES	163
	BIBLIOGRAFIA	171

CAPITULO I

EL FIDEICOMISO

C A P I T U L O 1

E L F I D E I C O M I S O

A) CONCEPTO Y DEFINICION DEL FIDEICOMISO.

El artículo 346 de la Ley General de Títulos y Operaciones de Crédito vigente, define al fideicomiso en los siguientes términos: "En virtud del fideicomiso, el fideicomitente destina ciertos bienes a un fin lícito determinado, encomendando la realización de ese fin a una institución fiduciaria".

Del texto legal se desprende la configuración de nuestro fideicomiso en la siguiente forma:

- a) Se trata de un patrimonio afecto a la realización de un fin lícito y determinado, aún cuando se constituya sin señalar fideicomisario (Art. 347 L.T.O.C.).
- b) La realización del fin para el cual se ha afectado el patrimonio, se encomienda a un fiduciario o institución fiduciaria y ésta sólo podrá serlo una institución de crédito autorizada especialmente para ello en los términos de la Ley de Títulos y Operación de Crédito (Art. 350).

- c) La constitución del fideicomiso deberá ser siempre expresa y por escrito, pudiendo constituirse por acto entre vivos o por testamento (Art. 352 L.T.O.C.).
- d) Pueden ser objeto del fideicomiso cualquier bien o derecho con excepción de los estrictamente personales de su titular (Art. 351 L.T.O.C.) pudiéndose ejercitar respecto a ellos las acciones y derechos encaminados a la realización del fin para el cual han sido destinados.
- e) El fideicomisario tendrá el derecho de exigir el cumplimiento del fideicomiso a la institución fiduciaria, así como de atacar los actos que ésta cometa en su perjuicio y en última instancia el de reivindicar los bienes salidos del patrimonio objeto del fideicomiso, como consecuencia de la comisión de actos ilícitos del fiduciario, para recuperarlos a la operación fiduciaria. (Art. 355 L.T.O.C.).
- f) Por su parte, el fiduciario podrá ejercer los derechos y acciones necesarias para el cumplimiento de los fines del fideicomiso en los términos del acto constitutivo (Art. 356 L.T.O.C.).

- g) El fideicomiso se nulifica cuando se constituye en favor del fiduciario, se prohíben además los fideicomisos secretos, los que se constituyen en favor de personas no concebidas a la muerte del fideicomitente, y aquellos en los que el beneficio se otorga a diversas personas que sucesivamente deban sustituirse por muerte del anterior y los que tengan una duración mayor de treinta años cuando los fideicomisarios no sean personas jurídicas de orden público, instituciones de beneficencia o con el fin de mantener museos científicos o artísticos, sin fines de lucro.
- h) El fideicomiso se extingue: Por realizarse el fin para el que se constituyó, por hacerse imposible dicho fin o el cumplimiento de la condición suspensiva de que dependa, o no verificarse la condición en el término señalado o dentro de un plazo máximo de treinta años posteriores a su constitución; por cumplirse la condición resolutoria a que estaba sujeto; por convenio expreso entre fideicomitente y fideicomisario; por revocación hecha por el fideicomitente si se reservó ese derecho y cuando no fuere posible sustituir al fiduciario (en caso de no aceptación, renuncia o remoción), en el desempeño de su cargo.

Las anteriores constituyen las características principales del fideicomiso, dentro de nuestra legislación positiva.

Con los elementos antes señalados se pueden afirmar, por el momento, que el fideicomiso es una operación de crédito o acto de comercio, en virtud de la cual una persona llamada fideicomitente constituye un patrimonio autónomo cuya propiedad o titularidad se atribuye a una institución fiduciaria, para la realización de un fin determinado y lícito, sin que se requiera necesariamente señalar fideicomisario.

B) ORIGEN Y EVOLUCION DEL FIDEICOMISO.

En Roma⁽¹⁾ se conoció la fiducia como un contrato de confianza o buena fe, que consistió en la transmisión de la propiedad de una cosa para asegurar el cumplimiento de una obligación. Se aplicaba en la adopción, emancipación, como garantía real al acreedor, etc., y estaba sancionada por dos acciones:

- Una directa, en favor del enajenante.
- Una contraria por el perjuicio que le ocasionase la detentación de la cosa.

(1) Diccionario Enciclopédico Salvat, 2ª Edición, Salvat Editores, S.A. Barcelona, 1954, Tomo VI, Pg. 712.

En los últimos tiempos del derecho romano desaparece la fiducia, siendo substituida por la prenda, depósito o como dato.

Es evidente que en la Institución de la Fiducia Romana es difícil si no imposible, encontrar el antecedente remoto de nuestro Fideicomiso; incluso diversos tratadistas han buscado similitudes y relaciones entre estas instituciones romanas y el trust del derecho angloamericano sin que hayan podido encontrarlo, concluyéndose que se trata de instituciones jurídicas distintas.

En México el antecedente legislativo más próximo del fideicomiso se encuentra en la Ley de Instituciones de Crédito de 1924 que lo menciona sin reglamentarlo específicamente; esta Ley puede considerarse su fuente formal de origen, sin embargo, para conocer las fuentes materiales o históricas habrá que remontarse al estudio del trust del derecho anglosajón, análisis que concurrentemente nos proporcionará los caracteres y naturaleza propios de la Institución jurídica que nos ocupa.

El trust, como institución jurídica contemporánea, encuentra su antecedente más remoto en el use (uso), del derecho Inglés, que consistía en "una transmisión de tierra realizada por acto entre vivos o por testamento a favor de un

prestanombre, quien las poseería en provecho del beneficiario o cestui que use".

Afirma MAITLAND⁽²⁾, que contra lo que pudiera pensarse la palabra use no proviene del latín usus, sino que tiene su raíz etimológica en el término opus, y así desde viejos tiempos se conoció ad opus (en su representación), evolucionando al antiguo francés en oes, ues y confundiendo en la fonética inglesa con use; las tierras se ponían "en uso", para diversos fines, lícitos o ilícitos pero que requerían de una tercera persona para su realización.

El génesis de los usos ha dado lugar a un, tanto prolongado como estéril, debate entre los estudiosos del derecho Inglés. Batiza⁽³⁾, menciona las cuatro teorías que tratan de explicar dicho origen:

- a) Romana: Esta tesis encuentra similitudes de los uses ya con la fidei commissio, ya con el usufructo romano; actualmente se estima superada esta teoría.

(2) Citado por Rodolfo Batiza, en "El Fideicomiso, Teoría y Práctica", Librería de Manuel Porrúa, S.A., México, 1958, Pg. 25 y siguientes.

(3) Ob. cit., Pg. 26 y siguientes.

- b) Germánico: Esta hipótesis afirma que los usos encuentran su origen en el derecho germano antiguo, donde existió la figura del treuhand o salman (albacáa), a quien por acto intervivos se le transmitían bienes inmuebles para que al morir el enajenante cumpliera con los fines señalados; más tarde, esa jurisdicción sobre los bienes, la tuvieron los tribunales eclesiásticos, por lo que éstos también podrían ser fuente de los usos.
- c) Aborígen: Los propugnadores de esta corriente, sostienen que los usos, nacen propiamente en el derecho inglés, que vino a reconocer una costumbre jurídica, que constituía una característica del derecho inmobiliario y al que se le aplicaban las reglas del mandato, si bien carente de formalidades. Otras sostienen que el origen de los usos encuentra su antecedente en el sistema jurídico inglés y directamente en la actividad jurisdiccional del canciller (ésto lo veremos más adelante).
- d) Indeterminado: Esta tesis considera que el origen de los usos, responde a las necesidades de cada sistema jurídico, y si bien con características especiales, cada uno de ellos responde a la necesidad de salvar los problemas que presenta el disfrute de las manifestaciones de la propiedad.

En los países de habla inglesa, nos dice el maestro RAUL CERVANTES AHUMADA⁽⁴⁾, el trust jurídicamente se ha definido como "una obligación de Equidad, por la cual una persona llamada trustee, debe usar una propiedad sometida a su control (llamada trust property), para el beneficio de un tercero llamado "cestui que trust".

El trust ha tenido gran práctica e incremento en los últimos tiempos en Estados Unidos e Inglaterra, debido a su diversidad y flexibilidad y mediante él, el titular de un derecho puede ser obligado a usarlo en beneficio de otro o para conseguir un fin determinado; esta institución con sus características primordiales ha sido incorporada a nuestro derecho; veamos pues cuál fue su origen y evolución histórica.

En Inglaterra, los Tribunales de Equidad dieron origen al trust⁽⁵⁾. Estos tribunales de Equidad surgen por razones históricas, ya que hacia el siglo XIII existían los Tribuna-

-
- (4) Títulos y Operaciones de Crédito, 4ª Edición, Editorial Herrero, S.A., México, 1964, Pg. 303.
- (5) PINTADO RIVERO, José, Derechos y Obligaciones del Fiduciario, publicación del Seminario de Derecho Mercantil y Bancario de la Facultad de Derecho en la UNAM, México, 1952, Pg. 15 y siguientes.

les de Derecho Común (common law), por un acto de delegación parcial de la facultad jurisdiccional del Rey que, desde pretéritas épocas, era considerado como la única fuente de justicia. La delegación de poder que hacía el Rey en estos Tribunales era específica para cada litigio y la hacía mediante decreto, expedido por el canciller a nombre del monarca, pero el Rey seguía conservando la jurisdicción residual (residuary jurisdiction), que le reservaba una parte de sus facultades jurisdiccionales y en virtud de ellas podía intervenir, para resolver una controversia, cuando las partes no obtenían una adecuada protección a sus derechos ante los tribunales del derecho común.

Esta función que originalmente realizaba el Rey en persona fue siendo delegada poco a poco en su canciller; éste, que generalmente era persona versada en el derecho canónico, resolvía sin los excesivos formalismos y rutinas del derecho común, adaptando el derecho al caso concreto, esto dió lugar a que la justicia se administrara en dos formas: Justicia otorgada de acuerdo a las reglas de equidad (equity), y justicia otorgada conforme a las reglas de derecho común (common law), es decir, si las normas se originaban de la labor de corrección o suplencia de los tribunales de la cancellería, la norma era de equidad, y si la norma surgía de la mera actividad jurisdiccional de los Tribunales de Derecho Común, era norma de derecho común; sin embargo, más tarde, en

virtud de la ley del precedente, las normas de equidad se convierten en jurisprudencia de aplicación obligatoria y general perdiendo su flexibilidad para aplicarse al caso concreto.

Surge así, en el Derecho Positivo Anglosajón, una división ya meramente formal, entre el Common Law y la Equity, haciendo notar que en un principio la idea dominante de los tribunales de equidad era enmendar las situaciones en los que los tribunales de Derecho Común protegían inadecuadamente un derecho.

Originalmente, decía, los Tribunales de Equidad gozaban de una jurisdicción exclusiva para resolver los casos en que un derecho quedaba desprotegido; es en función de esta jurisdicción exclusiva que el canciller, o los llamados Tribunales de Equidad, realizan una obra de suplencia jurídica, y especialmente en relación con la institución del trust, en la siguiente forma: En el derecho común la propiedad se adquiría mediante la "Livery of Seizin", o Investidura, figura semejante a la tradition romana mediante la cual, y ante testigo, se entregaba en el predio una vara simbólica por el que transmitía, la que adquiría la propiedad, ésto constituía la propiedad libre y absoluta, sin restricciones, pero si un enajenante A le decía al adquirente B, "te doy en trust para un tercero C", existiría el trust o fideicomiso

en forma perfecta, pero no para el derecho común, que sólo reconocía la relación jurídica entre A y B, en que éste último adquiriría el título legal para ser propietario absoluto; la constitución del beneficio en favor de C no contaba con protección jurídica para los efectos del tribunal de Derecho Común, ya que B era el propietario con todos los derechos inherentes, puesto que se habían llenado los rígidos formularios que exigía el Common Law; con ésto se perdía la intención y espíritu de las partes, de ahí que C tuviera que acudir al Rey para que a través de su canciller obligara a B a respetar su derecho, mediante una norma de equidad.

Estas características protectoras de las normas de equidad que llenan las lagunas del Derecho Común, van a conformar una manera sui generis el trust.

Esta institución consiste en que una persona posee y administra una propiedad específica para el beneficio económico de un tercero o de un fin determinado. Así, ante todos el fiduciario (trustee) es el propietario, aún ante el fideicomisario (cestui que trust) y sólo está limitado internamente en que debe cumplir con los fines para los cuales se le transmitieron los bienes; esta obligación para el fiduciario, es un derecho para el fideicomisario.

De lo expuesto se concluye que el trust es producto de la labor jurisdiccional de los tribunales de equidad; la existencia del trust (use originalmente), como tal, fue modificada en diversas ocasiones por razones de tipo económico y político e incluso suprimida por Enrique VIII, para renacer con mayor fuerza en el siglo XVII, pudiéndose considerar que la institución está plenamente admitida y reconocida en la actualidad funcionando con gran éxito en los países anglosajones, proyectando desde ahí su influencia a nuestro país, que lo ha incorporado a nuestro Derecho Mercantil, según veremos enseguida.

C) LEGISLACION MEXICANA SOBRE FIDEICOMISO. (6)

Como apuntamos anteriormente, en México el fideicomiso aparece por primera vez en la Ley General de Instituciones de Crédito y Establecimientos Bancarios de 24 de Diciembre de 1924. Esta ley sólo anunció la expedición de una ley especial de Banco de Fideicomiso que se dedicaría a este tipo de operaciones, pero no reglamentó la Institución. Ello revela que el legislador adoptó la institución anglosajona por considerarla de interés práctico en nuestra vida bancaria,

(6) BATIZA Rodolfo, Ob. Cit., Pg. 100 y siguientes.

creando a los órganos que se encargarían de la función, antes que la función misma, ya que desde un principio el fideicomiso se creó en México como una operación exclusivamente bancaria.

La anunciada Ley de Bancos de Fideicomiso se expidió el 30 de junio de 1926 y definía el fideicomiso como "un mandato irrevocable en virtud del cual se entregan al banco, con carácter fiduciario, determinados bienes para que disponga de ellos o de sus productos, según la voluntad del que los entrega, llamado fideicomitente, a beneficio de un tercero, llamado fideicomisario o beneficiario" (Art. 6º). Del concepto anterior notamos que el fideicomiso se configura como un "mandato irrevocable" y se decía que los bienes se entregaban y no que se "transmitieran", al banco; sin embargo, se exigía la inscripción de los bienes cuando hubiera traslación de dominio (Art. 13). Esta ley contenía variadas contradicciones e impresiones, pues si el fideicomiso era un mandato no requería reglamentarse, puesto que ya el Código Civil lo preveía (Arts. 2995, Frac. 1 y 2596); además en principio todo mandato es revocable y por otra parte si los bienes se "entregaban" y no se "transmitían", no se podía hablar de traslación de dominio de los bienes fideicomitados.

La Ley de Instituciones de Crédito y Establecimientos Bancarios de 31 de Agosto de 1926 abrogó la anterior Ley de Bancos de Fideicomiso pero reprodujo íntegramente entre su texto los preceptos de ésta última.

Quizá el error del legislador de 1926 fue tratar de adecuar la figura nueva del fideicomiso a otra típica y ya existente como el mandato, la cual excedía con mucho, pero en la práctica no tuvieron problemas los jueces y litigantes, pues durante la vigencia de estas obscuras leyes no se otorgaron concesiones para bancos fiduciarios por la Secretaría de Hacienda⁽⁷⁾.

La Ley General de Institución de Crédito y Organizaciones Auxiliares de 28 de Junio de 1932 y la Ley General de Títulos y Operaciones de Crédito del 26 de Agosto de 1932, derogan la Ley de 1926 y permiten bajo su vigencia, la difusión y empleo del fideicomiso en nuestro medio.

La nueva ley de 1932, de Instituciones de Crédito, abandona la idea de considerar al fideicomiso como un mandato irrevocable, para concebirlo como una abstracción, es decir, como un patrimonio de afectación independiente de todo

(7) MOLINA PASQUEL Roberto, Los Derechos del Fideicomisario, Editorial Jus, México, 1946, Pg. 103.

sujeto de derecho; y la Ley de Títulos y Operaciones de Crédito de 1932, admite sólo el fideicomiso expreso, prohibiendo (en principio) los sucesivos y perpetuos, según lo revelan su exposición de motivo y su articulado, respectivamente.

Por último, la actual Ley General de Instituciones de Crédito y Organizaciones Auxiliares de 3 de Mayo de 1941, abroga la anterior Ley de Instituciones de Crédito de 1932, por lo que las disposiciones que contiene esta Ley de 1941, en cuanto a operaciones fiduciarias, así como las que se refieren al fideicomiso en la L.T.O.C. (Arts. 346 a 359), constituyen la actual legislación positiva que tiene por objeto reglamentar la Institución del fideicomiso.

D) EL CARACTER MERCANTIL DEL FIDEICOMISO EN NUESTRO MEDIO.

Hemos ya indicado que el antecedente del fideicomiso Mexicano se encuentra en el trust angloamericano, adaptado a nuestro medio jurídico, lo que le da un carácter especial y típico.

Así, el hecho de que el fideicomiso sólo pueda ser ejecutado por una institución bancaria, especialmente autorizada para ello, lo convierte en operación de crédito y por

consecuencia en acto de comercio (como lo establecen los Arts. 75 Frac. XIV del C. de C. y 1º, párrafo último, de la L.T.O.C.), aplicándose a él las normas generales del Derecho Mercantil y creándose además un sistema especial para regir esta institución. La atingencia de delegar esta labor sólo en los bancos, aparte de darle carácter mercantil al fideicomiso ha permitido su control estatal, a través de la vigilancia que la Secretaría de Hacienda y Crédito Público realiza sobre las Instituciones de Crédito, permitiendo el arraigo, diversidad y crecimiento de esta Institución en nuestro país, con características propias que a continuación analizaré al buscar la más adecuada explicación de la naturaleza jurídica de nuestro fideicomiso.

CAPITULO I I
NATURALEZA JURIDICA
DEL FIDEICOMISO

CAPITULO I I
NATURALEZA JURIDICA
DEL FIDEICOMISO

A) TEORIAS ACERCA DE LA NATURALEZA JURIDICA DEL FIDEICOMISO

Para la determinación de la naturaleza jurídica de nuestro fideicomiso, es necesaria la realización de un breve esboso en derredor de las diversas corrientes que han tratado de explicar la esencia íntima, así como los elementos del fideicomiso; ello nos conduce a estructurar la investigación en los siguientes términos:

- Doctrinas que consideran el fideicomiso como un negocio fiduciario.
- Autores que consideran el fideicomiso como un contrato.
- Autores que consideran el fideicomiso como un acto unilateral.

1. El Fideicomiso como Negocio Fiduciario. (1)

Los tratadistas italianos; con Ferrara a la cabeza, son quienes principalmente han considerado la relación fiduciaria como negocio fiduciario, estos autores sostienen que los negocios jurídicos son manifestaciones de voluntad de una o varias personas cuyas consecuencias jurídicas tienden a realizar un fin práctico de aquellas. así, todo negocio jurídico es una manifestación de voluntad que tiene por objeto la consecución de un fin práctico, independientemente de que dicho fin tenga o no un contenido patrimonial, bastándole con que se encuentre protegido por el derecho. Ahora bien, el hombre para alcanzar dichos fines tiene como medio el derecho, la ley positiva, sin embargo, y debido a la multitud de móviles que el hombre persigue, muchas veces esos medios jurídicos no coinciden exactamente con la voluntad subjetiva de aquél y del derecho, en su frialdad, tiene que concretarse a encauzar jurídicamente las necesidades más comunes, más usuales de la sociedad para la que se dicta.

Así, hay ocasiones en que el que celebra un negocio jurídico típico, por ejemplo, un contrato de compra venta, desea todas las consecuencias jurídicas de su acto, ciñéndose

(1) PINTADO RIVERO José, Ob.Cit., Pg. 47 y siguientes.

a lo establecido por el Código Civil para ese negocio, buscando las consecuencias típicas del contrato.

Pero hay casos en que las partes, para la obtención de sus fines, emplean formas jurídicas que exceden el fin que las mismas se proponen; *verbi gratia*, antiguamente se acostumbraba transferir la propiedad de un bien, que se daba en garantía del cumplimiento de un contrato principal de mutuo; es decir, la transmisión que hacía el deudor era querida sólo en cuanto sirviera para garantizar el adeudo. Aquí había una separación entre el bien jurídico propuesto por las partes, y el fin económico querido por ellas; pues el fin económico no era la transmisión de la propiedad, efecto típico del negocio celebrado, sino que buscaban un efecto atípico en la transmisión, que era la garantía de un crédito.

Hay pues, en estos casos, "una disonancia entre el fin jurídico del negocio típico utilizado como medio y el fin económico buscado y querido por las partes, encontrándose en ese caso con los negocios que la doctrina llama indirectos"⁽²⁾, ésto es, "aquellos por los cuales las partes quieren conseguir, por medio de un negocio, indirectamente, un fin diverso del que es el suyo típico, normal, correspon-

(2) PINTADO RIVERO José, Ob. Cit. Pg. 48 y siguientes.

diente a su naturaleza y a su finalidad", (3) una especie de los negocios indirectos, la constituyen los llamados "Negocios Fiduciarios".

Afirma Carlota Ferrara (4) que en los negocios fiduciarios, "una parte, el fiduciante da un amplio poder jurídico a otra llamada fiduciario, para que alcance un fin determinado, asumiendo ésta 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". Es decir, la relación fiduciaria existirá cuando el propietario de una cosa no tenga interés económico en la misma, sino que debe administrarla en interés de un tercero que puede considerarla como suya, aún sin tener el título de propietario.

De la disección del Negocio Fiduciario se desprende la existencia de dos aspectos, un negocio real, típico, externo y otro atípico, interno y obligatorio mediante el cual se limita en forma determinada el ejercicio del poder jurídico que tiene el fiduciario; el aspecto interno del negocio, que

(3) ASCARELLI Tulio, II Negozio Indiretto e la Società Commerciale, citado por José Pintado Rivero, Ibidem, Pg. 48.

(4) CARIOTA FERRARA Luigi, I Negozi Fiduciari, citado por José Pintado Rivero, Ibidem, Pg. 49.

limita el ejercicio del aspecto externo, es característico en estos negocios.

Se discute⁽⁵⁾, si la existencia de los dos aspectos del Negocio Fiduciario: uno real y otro obligacional, puede traer como consecuencia negocios simulados; ésto por una parte, y por otra la doctrina italiana se ha dividido, al estructurar al negocio fiduciario como un negocio compuesto por dos relaciones, bien considerándolo como un negocio integrado por dos contratos heterogéneos, o bien, como un negocio homogéneo compuesto de dos relaciones vinculadas e inseparables; "Se afirma que en todo caso es el fin perseguido (garantizar, administrar, etc.), lo que da unidad a este tipo de negocios en los cuales existe un vínculo económico patrimonial, basado en la confianza y que tiene como medio un acto completo con una causa atípica que el derecho protege".

Asimismo se afirma que la transmisión de la propiedad que el fiduciante efectúa al fiduciario es plena, no relativa, es decir, no hay una propiedad interna y otra externa, no es una propiedad intermedia el fiduciario es propietario erga omnes, por lo que es incorrecto hablar de una propiedad especial limitada, de una "propiedad fiduciaria". pues el

(5) BARRERA GRAFF Jorge, Los Negocios Fiduciarios, Revista Jus, México, D.F. 1950, No. 144 Pg. 435 y siguientes

limita el ejercicio del aspecto externo, es característico en estos negocios.

Se discute⁽⁵⁾, si la existencia de los dos aspectos del Negocio Fiduciario: uno real y otro obligacional, puede traer como consecuencia negocios simulados; ésto por una parte, y por otra la doctrina italiana se ha dividido, al estructurar al negocio fiduciario como un negocio compuesto por dos relaciones, bien considerándolo como un negocio integrado por dos contratos heterogéneos, o bien, como un negocio homogéneo compuesto de dos relaciones vinculadas e inseparables; "Se afirma que en todo caso es el fin perseguido (garantizar, administrar, etc.), lo que da unidad a este tipo de negocios en los cuales existe un vínculo económico patrimonial, basado en la confianza y que tiene como medio un acto completo con una causa atípica que el derecho protege".

Asimismo se afirma que la transmisión de la propiedad que el fiduciante efectúa al fiduciario es plena, no relativa, es decir, no hay una propiedad interna y otra externa, no es una propiedad intermedia el fiduciario es propietario erga omnes, por lo que es incorrecto hablar de una propiedad especial limitada, de una "propiedad fiduciaria", pues el

(5) BARRERA GRAFF Jorge, Los Negocios Fiduciarios, Revista Jus, México, D.F. 1950, No. 144 Pg. 435 y siguientes

fiduciante al transmitir la propiedad convierte su derecho real sobre la cosa, en un derecho personal contra el fiduciario.

Por último, se discute también el problema de la causa en el Negocio Fiduciario. Al respecto los tratadistas afirman que para que un Negocio Fiduciario tenga validez, debe existir una causa justa del acto de disposición patrimonial, concluyéndose que no importa la causa de origen, sino la causa eficiente del negocio, es decir, cuál es la razón suficiente del negocio, no el porqué, sino el para qué; así, el Negocio Fiduciario se justificará cuando tenga como trasfondo un motivo o razón económico-jurídico, de esta manera se habla de negocios causales y negocios abstractos, sin que importe en esta clasificación, de este último, que el negocio tenga causa, sino que conserve su eficacia jurídica. La causa eficiente o causa fiduciae como le llama en este caso el Maestro BARRERA GRAF, está constituida por el fin económico que las partes buscan al transferir temporal o internamente la propiedad.

En nuestro país, algunos autores han pretendido ver en el Negocio Fiduciario, un género, del cual el fideicomiso mexicano es especie, aduciendo que si el negocio fiduciario se compone de dos relaciones distintas: una real y otra obligatoria, en el fideicomiso también encontramos esas dos

relaciones: La primera constituida por el negocio traslativo de dominio, que otorga un poder real y amplio al fiduciario, relación típica, y la segunda constituida por un negocio personal y obligatorio, relación atípica, que limita el ejercicio del poder jurídico que se otorgó en el negocio real al fiduciario, a la realización de los fines determinados y lícitos.

Haciendo nuestro el pensamiento del Maestro RAUL CERVANTES AHUMADA⁽⁶⁾, podemos afirmar, que por definición el negocio fiduciario es: "Complejo, atípico, compuesto de dos negocios típicos con efectos contradictorios, mientras que el fideicomiso en México es un negocio típico, único y externo".

TÍPICO: Puesto que la ley lo prevé expresamente.

UNICO: Pues en tanto el Negocio Fiduciario contiene una doble relación, una interna y otra externa, en el Fideicomiso el negocio es único y no compuesto de dos negocios.

EXTERNO: Puesto que sus efectos se derivan del acto constitutivo o de la ley, no de otro negocio interno y secreto, que en el fideicomiso no se permite.

(6) Ob. Cit., Pg. 307 y 308.

Así pues, no es de aceptarse la idea de que el Fideicomiso Mexicano es un Negocio Fiduciario que ha sido reconocido por el Legislador, dándole vigencia en calidad de negocio fiduciario legalizado; en todo caso el Negocio Fiduciario podrá existir entre nosotros como un contrato innominado, como pactum fiduciae, entre particulares, en ejercicio del principio de autonomía de la voluntad de las partes, siempre y cuando no sea contrario al derecho, la moral o el orden público; pero lo que sí resulta inadmisibile es tratar de explicar la naturaleza jurídica de la institución que nos ocupa a través de la figura del negocio fiduciario.

2. El Fideicomiso como un Contrato.

En México, el ilustre tratadista JOAQUIN RODRIGUEZ Y RODRIGUEZ⁽⁷⁾, fue quien principalmente sostuvo que el fideicomiso puede ser un negocio jurídico "unilateral o plurilateral", es decir, que puede presentarse bien como un acto unilateral o bien como un contrato; el primer caso se presenta "cuando el fideicomitente expresa su voluntad en un acto intervivos, o en su testamento", pero en ocasiones, afirma el autor, "la estructura del fideicomiso no es la de una declaración unilateral de voluntad, sino que se encuentran representados intereses contrarios coordinados a través de

(7) Curso de Derecho Mercantil, 3ª Edición, Editorial Porrúa, S.A., México, 1957, Pg. 120 y siguientes.

las declaraciones contrapuestas de voluntad, del fideicomitente y del fiduciario".

Afirma el maestro Rodríguez "que no es obstáculo a la concepción del fideicomiso como contrato, la obligatoriedad de la aceptación por parte del fiduciario, porque ella no es ilimitada y porque la obligatoriedad de la contratación es propia de todas aquellas situaciones en las que uno de los contratantes presta un servicio público"; "el aspecto contractual queda subrayado en aquellos casos en que el fideicomitente de acuerdo con el fiduciario se reserva una serie de derechos que lo convierten en titular directo de acciones frente al fiduciario".

De otro lado, aunque la L.T.O.C. dice que el fideicomiso nace de una manifestación de voluntad (Arts. 350, 355 y 356), también es cierto que diversos artículos de la L.I.C.O.A. (45, Fracs. III y VII; 46, Fracs. II y V), califican como contrato al negocio constitutivo del fideicomiso.

Otros autores, como los maestros JORGE BARRERA GRAF⁽⁸⁾ y OCTAVIO A. HERNANDEZ⁽⁹⁾, contemplan también el carácter

(8) BARRERA GRAF Jorge, Estudios de Derecho Mercantil, Derecho Bancario, Derecho Industrial, Editorial Porrúa, S.A., México, 1958, Pg. 363.

(9) Hernández Octavio A., Derecho Bancario Mexicano, México, 1956, Tomo II, Pg. 295.

contractual del fideicomiso, al considerar necesaria la aceptación o consentimiento del fideicomiso por parte de la Institución Fiduciaria, porque de lo contrario no podrían lograrse los fines o efectos del fideicomiso.

Pero del análisis de la L.T.O.C., se desprende que el fideicomiso nace en virtud de una declaración de la voluntad, y que esta declaración (Art. 357, frac. VI), obliga inmediatamente al fideicomitente y no la puede revocar, a menos que se haya reservado expresamente este derecho al constituir el fideicomiso.

La declaración de voluntad surtirá efectos frente a terceros desde el momento de su publicidad (Arts. 353 y 354) así pues, el fideicomiso será válido desde entonces, independientemente de que fiduciario o fideicomisario lo acepten; en todo caso la aceptación será necesaria para el funcionamiento del fideicomiso pero no para su validez y existencia; aún más, los artículos 350 y 357 fracción VII de la L.T.O.C., nos dicen que si la aceptación no se realiza por el fiduciario, el fideicomiso cesa o se extingue, lo que tácitamente está admitiendo que el fideicomiso ya tenía existencia, pues no puede cesar o extinguirse lo que no es, lo que no existe.

Por último, el hecho que la Ley permita al fideicomitente designar al fiduciario y en su caso la institución que lo sustituya, o bien que lo haga el fideicomisario, o en último caso el Juez de Primera Instancia, nos permite reafirmar el criterio de que el acuerdo de voluntades entre fideicomitente y fiduciario no es condición sino que son para la existencia jurídica del fideicomiso.

Como afirma el maestro RAUL CERVANTES AHUMADA⁽¹⁰⁾ "puede ser que el fideicomiso se contenga dentro de un contrato; pero no será el acuerdo de voluntades lo que constituya el fideicomiso, sino que éste se constituye por la voluntad del fideicomitente", así, el hecho de que la práctica bancaria denomine comúnmente "contrato de fideicomiso" a esta operación, no implica que su naturaleza jurídica sea la de un contrato, por lo que pienso que no es a través de la figura de los contratos como puede explicarse la esencia de nuestro fideicomiso.

3. El Fideicomiso como un Acto Unilateral.

Los propugnadores de esta tesis consideran que por la simple declaración de voluntad del fideicomitente, se constituye el fideicomiso.

(10) Ob. Cit., Pg. 305.

El maestro RAUL CERVANTES AHUMADA⁽¹¹⁾, haciendo un análisis de los textos legales de la L.T.O.C., afirma que "el acto constitutivo del fideicomiso es siempre una declaración unilateral de voluntad", agregando que el fideicomiso puede contenerse dentro de un contrato; pero no será el acuerdo de voluntades lo que constituya al fideicomiso, sino que éste se constituirá por voluntad del fideicomitente.

Para conocer el acierto o no de esta teoría, es necesario internarnos en el terreno de las obligaciones, para lo cual nos remitimos a las ideas expuestas por don MANUEL BORJA SORIANO⁽¹²⁾, en su "Teoría general de las Obligaciones".

En materia de obligaciones existe una corriente tradicional que opina que la declaración unilateral de voluntad no puede ser considerada como fuente de aquellas; en contraposición la teoría moderna, sostenida por tratadistas alemanes, opina que uno puede obligarse por la simple declaración de su voluntad, pero sólo en ciertos casos particulares.

En general, las legislaciones (Códigos Civiles de Alemania, Suiza y Brasil), y doctrinas que aceptaron esta idea,

(11) Ibidem., Pg. 305.

(12) Teoría General de las Obligaciones, 3ª Edición, Editorial Porrúa, S.A., México, 1959, Tomo I, Pg. 338 y siguientes.

estiman que la voluntad unilateral es fuente especial, o excepcional, de obligaciones y no una fuente general.

Nuestro Derecho Civil, heredó (en la materia) las ideas de las legislaciones y doctrinas arriba mencionadas; en tal forma, el Código de 1928 considera el contrato como fuente general de obligaciones y la declaración unilateral de voluntad como fuente especial de ellas, sólo admitida en los casos en que la Ley expresamente lo señala.

El Código Civil vigente, en el capítulo "De la declaración unilateral de la voluntad", precisa que son fuentes de esta naturaleza, las siguientes:

- a) Las ofertas al público.
- b) La obligación en documentos civiles a la orden o al portador.
- c) La estipulación en favor de tercero.

Para los efectos de nuestro estudio, nos interesa la última de las especies mencionadas: la estipulación en favor de tercero⁽¹³⁾, mediante ésta, "Un contratante estipula de

(13) Ibidem., Pg. 353 y siguientes.

otro que éste ejecutara determinada presentación en favor de un tercero, al cual no representa el estipulante, sino que éste obra en nombre propio".

Los efectos de la estipulación en favor de tercero son:

Entre el prominente y el estipulante, el que éste último puede exigir el cumplimiento en favor de tercero;

Entre el promitente y el tercero, un derecho de éste de exigir del promitente la prestación a que se ha obligado.

Nuestro Código Civil vigente (Art. 1869) establece, en la estipulación en favor de tercero, salvo pacto escrito por en contrario, una acción directa en favor del tercero y del estipulante para que exijan el cumplimiento de la obligación al promitente, aunque puede convertirse que sólo el estipulante o sólo el tercero puedan exigir el cumplimiento de la obligación, (Art. 1870, segunda parte).

Nuestro Código Civil determina, por otra parte, que el Derecho del tercero nace, en la estipulación, es decir, el tercero podrá rehusar la prestación estipulada en su favor y en ese caso el Derecho se considera como no nacido, pero si la acepta, la estipulación hecha en su favor será irrevocable; sin embargo, los contratantes conservan la facultad de imponer, al derecho del tercero, las modalidades que juzguen convenientes, siempre que consten de manera expresa en

el contrato (Art. 1870 C.C.). Por otro lado, la estipulación puede ser revocada mientras el tercero no manifieste su voluntad de querer aprovecharla.

Como afirmé anteriormente, en nuestro derecho vigente se sitúa la estipulación en favor de tercero dentro del capítulo "De la declaración unilateral de la voluntad"; ésto significa que nuestro Código Civil de 1928, aceptó la teoría según la cual "la fuente de la obligación del promitente para con el tercero es la voluntad unilateral de aquel, que no es de carácter contractual, sin que se deje de reconocer, que esta obligación nace en el contrato celebrado entre el promitente y el estipulante" (14).

4. Conclusión.

De lo expuesto, considero que la tesis del maestro CERVANTES AHUMADA RAUL es correcta, y que puede estimarse que el Fideicomiso Mexicano es en esencia un acto unilateral de voluntad y, en especial, su naturaleza jurídica puede equipararse a la de una estipulación en favor de tercero.

En apoyo de mi afirmación puede citarse el artículo 346

(14) Ibidem., Pg. 356

de la L.T.O.C., que establece: "En virtud del fideicomiso, el fideicomitente destina ciertos bienes (es decir, se obliga unilateralmente como promitente), a un fin lícito determinado, encomendando la realización de ese fin a una institución fiduciaria (que puede considerarse como estipulante)".

Esto es, la fuente de la obligación del fideicomitente (promitente), será una declaración unilateral de voluntad que no es de carácter contractual, si bien, como agudamente señala el maestro RAUL CERVANTES AHUMADA⁽¹⁵⁾, "El fideicomiso puede contenerse dentro de un contrato; pero no será el acuerdo de voluntades lo que constituye el fideicomiso, sino que éste se constituirá por la voluntad del fideicomitente".

Aún más, en la L.T.O.C. (Arts. 355 y 356), se conceden acciones o derechos al fideicomisario (beneficiario o tercero) y al fiduciario (estipulante), para exigir el cumplimiento de las obligaciones pactadas en el fideicomiso.

Vemos también que el fideicomiso, al nacer de una declaración unilateral de voluntad, obliga inmediatamente al fideicomitente, quien no lo puede revocar (a menos que se haya reservado tal derecho), y que la declaración de volun-

(15) Ob. Cit., Pg. 305.

tad surta efectos frente a terceros a partir de su publicidad (Arts. 353 y 354 L.T.O.C.), siendo válido desde entonces, al margen de que el fiduciario o fideicomisario lo acepten, es decir, el derecho de éstos (como sucede en la estipulación en favor de tercero), nace de la declaración del fideicomitente, (estipulación) pero puede extinguirse por la no aceptación de aquellos (Arts. 357 fracs. II y VII L.T.O.C.) lo que es equiparable a la naturaleza de la estipulación en favor de tercero, ya que en todo caso la aceptación será necesaria para el funcionamiento o ejecución, pero no para la validez y existencia del fideicomiso. Así, la estipulación en favor de tercero si el beneficiario rehusa aceptar, (al tener conocimiento de la estipulación), el derecho nacido con la declaración unilateral de voluntad se extingue, pero tuvo anterior existencia en virtud de la mera declaración del promitente, que puede equipararse a la del fideicomitente; y por último, la estipulación en favor de tercero también puede ser revocada después de la aceptación de las partes, si así se pactó, puesto que el artículo 1870 del Código Civil, permite establecer las modalidades que se juzguen convenientes al derecho del tercero.

Para finalizar, considero inadmisibile e infundada la conclusión a que llega RODOLFO BATIZA⁽¹⁶⁾ al considerar "la

(16) Ob. Cit., Pg. 126 a 128.

naturaleza contractual del Fideicomiso" afirmando que ésta se confirma por la existencia de la condición resolutoria tácita (Art. 1949, C.C.), propia de todo contrato bilateral; fundándose en que diversos preceptos legales (Arts. 138 L.I.C.O.A. y 355 L.T.O.C.), permiten al fideicomitente o al fideicomisario exigir bien la resolución o bien el cumplimiento del fideicomiso; pues creo que nada se opone, en la estipulación en favor de tercero, a que en caso de que el estipulante no cumpla con el encargo del promitente, éste o el tercero exijan ya la resolución de la relación jurídica (con el estipulante), o bien el cumplimiento de la obligación (de manera independiente) sin que por ello la estipulación en favor de tercero adquiera carácter contractual, puesto que su fuente es la voluntad unilateral del promitente, aún cuando se contenga en el contrato que celebren promitente y estipulante, creo que de la misma manera opera la voluntad del fideicomitente en el fideicomiso, por lo que insisto que éste surge como una declaración unilateral de voluntad y concretamente como una estipulación en favor de tercero.

De lo argumentado se puede concluir que no será necesario el acuerdo de voluntades entre fideicomitente y fiduciario (y tercero), para la existencia jurídica del fideicomiso, por lo que reafirmo mi criterio de que la teoría que considera al fideicomiso Mexicano como un acto unilateral

de voluntad, es la que mejor explica la esencia y naturaleza jurídica de la institución que ocupa nuestro estudio.

B. CONCEPTO DEL FIDEICOMISO MEXICANO.

Como indiqué con anterioridad, el Fideicomiso es un acto de comercio u operación de crédito (Arts. 75, frac. XIV, del Código de Comercio y 1º de la L.T.O.C.) en virtud del cual una persona llama fideicomitente (Arts. 346 y 350 L.T.O.C. y 1º y 2º frac. VI L.G.I.C.O.A.), constituye un patrimonio autónomo cuya propiedad o titularidad fiduciaria se atribuye a una institución para la realización de un fin determinado y lícito, sin que se requiera señalar necesariamente fideicomisario, (Art. 346 y 347 L.T.O.C.).

Por otra parte, como consecuencia del breve análisis de las teorías más señaladas acerca de la naturaleza jurídica del fideicomiso, podemos proporcionar el siguiente concepto del fideicomiso Mexicano: Se trata de un negocio jurídico de carácter mercantil, de naturaleza esencialmente unilateral mediante el cual el fideicomitente afecta un patrimonio, que adquiere autonomía, en favor de una institución fiduciaria, para que ésta realice los fines determinados y lícitos que se le encomiendan, generalmente en beneficio de

un tercero, llamado fideicomisario, aunque éste puede no existir.

Nos queda pendiente el estudio, importantísimo, de la naturaleza del patrimonio que se afecta al fideicomiso, pero por considerar que, dentro del esquema de este trabajo, encuadra con más lógica y sistema dentro del tema medular en que trataré la propiedad o titularidad de los bienes fideicometidos, reservo su análisis para ese posterior capítulo.

CAPITULO III

EL FIDEICOMISO DE GARANTIA

CAPITULO III

EL FIDEICOMISO DE GARANTIA

A) CLASIFICACION DE LAS DIVERSAS CLASES DE FIDEICOMISO.

Existen diversas clasificaciones del fideicomiso, tantas como autores han tratado el tema en México; la mayor parte de ellas carecen de base científica, pues los criterios de diversificación son arbitrarios, sin armonía lógica, ello es producto de las muy diversas formas que puede adoptar la institución, ya que la ley no enuncia las formas en que puede expresarse el fideicomiso, dejando al criterio de las partes las modalidades a que pueda sujetarse esta figura jurídica, de ahí que se puedan elaborar un gran número de clasificaciones, fundadas en los más heterogéneos criterios.

No obstante, en atención a su utilidad práctica, haré referencia a las más arraigadas clasificaciones, correspondientes a las más usuales formas adoptadas en nuestra práctica bancaria (1).

Fideicomiso Oneroso y Gratuito. El fideicomiso en Mé-

(1) BATIZA RODOLFO, Ob. Cit., Pg. 129 y siguientes.

xico es comunmente oneroso, pero nada se opone a que sea gratuito, será importante distinguir uno del otro; para efectos fiscales.

Fideicomiso Condicional. Dentro de nuestro sistema, el fideicomiso puede existir tanto a condición resolutive como suspensiva, ello se deduce del artículo 357 de la Ley de Títulos y Operaciones de Crédito, que señala como causas de extinción del fideicomiso: "Por hacerse imposible el cumplimiento de la condición-suspensiva de que dependa o nó, haberse verificado dentro del término señalado. . . (frac. III)"; por no haberse cumplido la condición resolutive a que haya quedado sujeto (frac. IV).

Fideicomiso Sucesorio o de Herencia.⁽²⁾ Este puede revestir dos formas:

1. A que a la muerte del fideicomitente se entreguen al fiduciario los bienes objeto del fideicomiso para su administración o inversión en beneficio de los fideicomisarios, o bien, para su entrega a éstos. Esta modalidad del fideicomiso generalmente se establece a través del testamento del fideicomitente.

(2) CERVANTES AHUMADA RAUL, Ob. Cit., Pg. 113

2. Puede ser también que los bienes se entreguen en vida del fideicomitente al fiduciario, para su administración y que los productos se paguen al fideicomitente, hasta su muerte, después de la cual ya los bienes o los productos de éstos, se entregarán a sus herederos.

Fideicomiso para Fraccionamiento o Lotificación de Terrenos. (3) En estos casos, generalmente se encarga al fiduciario la compleja labor que propone un negocio de tal tipo, subrogándose el banco en la titulación de los lotes, el cobro de los bienes, etc.

Fideicomiso para Emitir Certificados de Participación. (4) En estos casos el fiduciario emite certificados de copropiedad sobre la titularidad de los bienes que integran el patrimonio de aquel, y que se venden al público.

Fideicomiso Privado y Fideicomiso Público. Hemos visto que la situación más general que adopta un fideicomiso es la de derecho privado, puesto que la mayor parte de los casos de fideicomiso es una relación particular entre sujetos de derecho privado, regida por la legislación mercantil; sin embargo, al lado de estos fideicomisos, existen creados por

(3) Ibidem., Pg. 113

(4) Idem.

el Gobierno Federal, fideicomisos gubernamentales, con el objeto de impulsar o subsanar las deficiencias de diversos sectores económicos en el campo nacional.

En su tesis profesional "EL FIDEICOMISO ESTATAL EN MEXICO, INSTITUCION DE FOMENTO ECONOMICO", el Licenciado en Economía, señor Cuauhtémoc Cabrera Bretón⁽⁵⁾, hace alusión a este segundo tipo de fideicomisos afirmando: "La forma de operación de los fideicomisos gubernamentales, es como bancos de segundo piso, utilizando los servicios de las instituciones de crédito".

Fideicomiso de Beneficencia. Mediante éstos se entregan bienes de administración al fiduciario con el fin de que los productos se apliquen al sostenimiento de determinadas personas o instituciones, como museos de carácter científico o artístico que no tengan fines de lucro; en estos casos, el fideicomiso puede durar más de treinta años (Art. 359, frac. III de la Ley de Títulos y Operaciones de Crédito).

Fideicomiso de Inversión, Administración y Garantía.⁽⁶⁾
Esta clasificación que atiende específicamente al destino

(5) El Fideicomiso Estatal en México., Tesis Profesional, Escuela Nacional de Economía, UNAM México 1968, Pg. 58

(6) BATIZA Rodolfo, Ob. Cit., Pg. 132 y siguientes.

de los fondos fideicometidos y es eminentemente pragmática, es quizá, la más aceptada en la actualidad y la más interesante para el objeto general de este estudio.

1. Fideicomiso de Inversión. Se entiende "Aquel que consiste en el encargo hecho por el fideicomitente al fiduciario de conceder préstamos con un fondo constituido al efecto. Celébranse así dos o más contratos: En Primer término, el del fideicomiso; y después, en su ejecución el o los de mutuo"(7).

Aquí el beneficiario generalmente es el propio fideicomitente, pero también puede serlo un tercero; en algunos casos se requerirá de la autorización del fideicomitente para hacer determinada inversión, si así se pactó, podrá pedirse asimismo al fiduciario que tramite las garantías necesarias para asegurar la inversión etc., pero en los casos en que las instituciones no son precisas y la inversión queda a criterio del fiduciario, la Ley de Instituciones de Crédito y Organizaciones Auxiliares, exige (Art. 45, frac. VI), que la inversión sea en valores aprobados para ese fin por la Comisión Nacional de Valores.

2. Fideicomiso de Administración. Es aquel en el que el

(7) Idem.

fideicomitente transfiera bienes inmuebles al fiduciario para que éste se encargue de la celebración de contratos de arrendamiento, del cobro de rentas, de la promoción de juicios de desahucio o de lanzamiento, del pago de los impuestos que graven la propiedad raíz, etc., todo ello en interés del beneficiario" (8).

Es notoria la utilidad de este tipo de fideicomiso, puesto que hay multitud de casos en los que los propietarios de inmuebles están incapacitados para administrarlos, bien por el número de sus propiedades, por ahorrarse molestias o por tratarse de ilegalmente incapacitados o menores. No obstante lo anterior, existen críticas acerbas de este tipo de fideicomiso:

BATIZA, por una parte, afirma que es absurdo distinguir entre fideicomisos de inversión y de administración por parte del fiduciario, y que lo único que lo distingue es que lo que en un caso se administra es un fondo económico, y en el otro, bienes inmuebles.

Con mayor profundidad, el maestro CERVANTES AHUMADA (9) señala que en el fideicomiso de administración los bancos

(8) BATIZA Rodolfo, Idem.

(9) CERVANTES AHUMADA Raúl, Ob. Cit., Pg. 313.

se encargan de administrar las fincas, por lo que en la relación no existe un fideicomiso, pues "en realidad, se trata en este caso, de un poder para administrar, sin especial afectación de bienes, y por tanto, sin que exista fideicomiso".

3. Fideicomiso de Garantía. (10) Con excelentes resultados, esta clase de fideicomiso ha operado como sustituto de la prenda y la hipoteca. Consiste en que: "En un contrato de mutuo, se garantiza la devolución del préstamo con una finca o un inmueble, y para evitar el juicio hipotecario, o un largo procedimiento judicial, la finca o inmueble se entregan en fideicomiso a un Banco". Así, si el deudor (fideicomitente), no paga la suerte principal o las acciones legales, el fiduciario procederá a vender la finca o el inmueble y a hacer pago con el producto de la venta al acreedor (fideicomisario).

Por lo general, en el contrato en el que consta el fideicomiso se establece que el banco tendrá un poder jurídico irrevocable, en tanto permanezca insoluta la obligación del deudor, para enajenar el inmueble u otro bien entregado en garantía.

(10) Ibidem, Pg. 312.

Asimismo, se determinan las fechas de vencimiento de pago, de interés, el importe de éstos, las causas de vencimiento anticipado del contrato y del procedimiento de venta del inmueble en caso necesario, estableciendo los detalles relativos a las convocatorias de compradores, precio base de la venta, etc.

Por último, el maestro OCTAVIO A. HERNANDEZ⁽¹¹⁾, enuncia diversas clases de fideicomisos atendiendo a la modalidad con que se realicen, las que reproduzco a continuación:

- a) Fideicomiso con reserva.
- b) Fideicomiso sin reserva.
- c) Fideicomiso revocable.
- d) Fideicomiso irrevocable.
- e) Fideicomiso en vida.
- f) Fideicomiso por testamento.
- g) Fideicomiso individual.
- h) Fideicomiso colectivo.
- i) Fideicomiso gratuito.
- j) Fideicomiso oneroso.
- k) Fideicomiso lucrativo.
- l) Fideicomiso caritativo.

(11) Ob. Cit., Pg. 294.

Esta clasificación atiende a las características o modalidades del fideicomiso que se celebra y contiene varios de los tipos a que ya con brevedad, nos referimos anteriormente.

B) LOS CONTRATOS DE GARANTIA.

1. Generalidades.

En nuestros días el derecho ha perdido el carácter de personal que le particularizó en el derecho romano; de este modo, se afirma que la obligación se ha despersonalizado, pues más que presentar sujetos, presenta patrimonios frente a frente. En Roma, el deudor que no cumplía con las obligaciones, respondía con su persona, pudiendo ser esclavizado o vendido; en el derecho moderno, el deudor, en cambio, responde con sus bienes, con su patrimonio. Así, si en el pasado la garantía de los acreedores era el deudor mismo, en la actualidad es el patrimonio del deudor la garantía de aquellos, puesto que el deudor responde a sus acreedores hasta el límite de su patrimonio.

Ahora bien, el patrimonio como universalidad, está sujeto a flujos y reflujos, variando con las circunstancias económico-personales de su titular, de ahí que los acreedo-

res de tipo general se vean siempre expuestos al peligro de que en un momento dado el deudor caiga en un estado de insolvencia, ya por negligencia, ya por que actúa de mala fe, realizando enajenaciones fraudulentas o que disminuya su patrimonio aumentando su pasivo con exageración al contraer múltiples deudas o aún más actuando de buena fe, pero realizando inversiones improductivas.

Ante los riesgos antes señalados, cualquier acreedor prudente deberá buscar una garantía que le asegura que el deudor cumplirá con sus obligaciones para con él, por sobre cualquier contingencia; en la vida jurídica los conductos adecuados para obtener esa garantía, se obtienen a través del otorgamiento de los llamados contratos de garantía, éstos pueden ser de dos clases: reales y personales.

Los contratos personales de garantía son aquellos en que la garantía la dan las personas mismas, mientras que los contratos reales de garantía son aquellos en que la garantía la constituyen ciertos bienes (12).

Los contratos de garantía son necesariamente accesorios, y ésta es su característica fundamental, es decir, de-

(12) BORJA MARTINEZ Manuel, Apuntes de la Clase de Contratos, Facultad de Derecho, UNAM, México, 1965.

penden para su existencia, y asimismo siguen la suerte, de otro contrato que es principal respecto de ellos; no pueden existir sin otro contrato del cual dependen y se extinguen igualmente, por vía de consecuencia, al extinguirse el contrato principal del cual dependen.

Antiguamente nuestros Códigos consideraban cuatro clases de contratos de garantía:

La Fianza

La Anticresis

La Prenda

La Hipoteca.

Actualmente ha desaparecido la anticresis, que era un contrato que creaba un derecho de retención, derecho real sobre inmuebles y el acreedor (anticresista) podía ocupar el inmueble y hacerse pago con los productos de la cosa no abandonándola sino hasta que se extinguía el pago de su crédito.

Nuestro código vigente reconoce únicamente la fianza, la prenda y la hipoteca. La fianza constituye una garantía o seguridad personal, en tanto la prenda y la hipoteca son garantías reales.

2. La Fianza. (13)

El artículo 2794 del Código Civil vigente, la define diciendo que: "Es un contrato por el cual una persona se compromete con el acreedor a pagar por el deudor, si éste no lo hace".

En la fianza la relación jurídica se establece entre un acreedor y un deudor; éste no es parte en el contrato de fianza, sino que el contrato se celebra entre el acreedor y un tercero que es el fiador, que se obliga frente al acreedor a pagar en caso de que el deudor principal no lo haga.

Hemos dicho que la fianza es una garantía de tipo personal, ello consiste en que el acreedor para disminuir el riesgo de la insolvencia del deudor principal, hace añadir a éste un deudor accesorio aumentando así sus posibilidades de pago, al poder cobrar de cualquiera de los dos o de ambos. Sin embargo, la fianza, en definitiva no elimina los riesgos de la insolvencia del acreedor principal y del fiador o fiadores que existen, puesto que el fiador responde con todo su patrimonio, pero no con algún bien especial que garantice que en caso de insolvencia del deudor, será ex-

(13) LOZANO NORIEGA Francisco, Cuarto Curso de Derecho Civil, Contratos, Asoc. Nal. de Notariado, México, 1962, Pg. 383 y siguientes.

cluido del patrimonio para cobrar separadamente de la masa de acreedores, como sucede en los contratos de garantía real.

En resumen: la fianza aumenta las posibilidades de pago al acreedor puesto que se aumenta el número de deudores, pero ello no es garantía suficiente en general, puesto que no se elimina la posible insolvencia de los fiadores. De ahí que se afirme que en principio, una garantía personal es inferior a una garantía real.

3. La Prenda.⁽¹⁴⁾

El artículo 2856 del Código Civil, la define como: "Un derecho real constituido sobre un bien mueble enajenable para garantizar el cumplimiento de una obligación y su preferencia en el pago".

Aún cuando no es objeto propio de este estudio, considero conveniente consignar la crítica que realiza FRANCISCO LOZANO NORIEGA a la definición legal de la prenda: "La palabra prenda tiene tres aceptaciones principales, con ella denominamos al contrato, al derecho real a que se da nacimien-

(14) Ibidem., Pg. 407 y siguientes.

to el contrato y, por último, nos sirve para designar la misma cosa sobre la que se constituye ese derecho real de garantía llamado prenda".

Afirma LOZANO NORIEGA, refiriéndose a la definición legal, "que ésta no es una definición del contrato de prenda, sino del derecho real a que da nacimiento el contrato de prenda". Por lo tanto, él emite una definición del contrato en cuestión, que sin duda, es más precisa: "ES AQUEL POR VIRTUD DEL CUAL EL DEUDOR AFECTA UN BIEN MUEBLE ENAJENABLE CON EL DERECHO REAL DEL MISMO NOMBRE (derecho real de prenda), PARA GARANTIZAR AL ACREEDOR, EL CUMPLIMIENTO DE UNA OBLIGACION Y SU PREFERENCIA EN EL PAGO".

La característica del contrato de prenda es que recae sobre un bien mueble, existe un caso de excepción en el que el Código Civil establece (Art. 2857), que "También puede darse en prenda los frutos pendientes de los bienes raíces, que deben ser recogidos en tiempo determinado. para que esta prenda surta sus efectos contra tercero, necesitará inscribirse en el Registro Público a que corresponda la finca respectiva". "El que dé frutos en prenda, se considerará como depositario de ellos, salvo convenio en contrario"; esta aparente excepción no es tal, puesto que en el fondo se trata de bienes inmuebles destinados a convertirse en muebles, es decir, los frutos son muebles por anticipación.

En la prenda no hay una desmembración de la propiedad como sucede en algunos derechos reales (usufructo, uso, habitación), en que se afecta una parte del dominio, lo que pasa en la prenda es que la función o fin del contrato es servir de garantía para el cumplimiento de una obligación; así, si el obligado no cumple con su obligación, se podrá, por el acreedor prendario, hacerse vender la cosa y aplicarse su producto en pago; sin embargo, en la prenda (en su sentido clásico), existe siempre una desposesión de un mueble, en contraste con la hipoteca en la cual no hay desposesión del inmueble que sirve de garantía. En México no obstante, se admite la entrega jurídica de la cosa dada en prenda siempre y cuando se inscriba en el Registro Público (Art. 2858 y 2859 del Código de Comercio). Esto desvirtúa en cierta forma la garantía, puesto que de hecho ella no nace exclusivamente de la preferencia en el pago (con exclusión de otros deudores), sino que surge de la posesión misma del bien dado en prenda, lo cual, como situación de hecho, hará más fácil evitar cualquier enajenación, fraudulenta o no, por parte del deudor prendario. De todas formas, el hecho de realizar un contrato de prenda con posesión real, con todos los beneficios jurídicos, una preferencia que la ley concede en favor del acreedor pignoraticio, lo cual le coloca en una situación de privilegio respecto de otros acreedores, incluso por encima de aquellos acreedores que obtuvieron uno o varios fiadores para asegurar el pago de sus créditos; en

resumen, puede considerarse como una forma más adecuada de garantía la prenda que la fianza.

4. La Hipoteca. (15)

El Código Civil de 1928 la define en su artículo 2893 diciendo que: "Es una garantía real constituida sobre bienes que no se entregan al acreedor, y que da derecho a éste en caso de incumplimiento de la obligación garantizada, a ser pagado con el valor de los bienes, en el grado de preferencia establecido por la ley".

En verdad, este artículo de nuestro Código Civil nos da un concepto, más no una definición de la hipoteca.

En consecuencia con el mencionado artículo 2893, el 2894 nos dice que: "Los bienes hipotecados quedan sujetos al gravamen aunque pasen a poder de terceros", el 2895 que "La hipoteca sólo puede recaer sobre bienes especialmente determinados", y el 2919 que "La hipoteca nunca es tácita ni general; para producir efectos contra tercero, necesita siempre de un registro. . ."

la hipoteca podrá ser voluntaria cuando se celebran

(15) Ibidem., Pg. 427 y siguientes.

convenios respecto de ella por las parte, o bien necesaria cuando la ley obliga a alguna persona a realizarla sobre bienes determinados.

FRANCISCO LOZANO NORIEGA estima que la palabra hipoteca puede entenderse en tres formas: Como contrato que da origen al derecho real llamado hipoteca; como derecho real mismo que se establece sobre la cosa objeto de la hipoteca y, en sentido más restringido, se entiende por hipoteca la cosa misma en que se afecta al gravamen.

Características de la Hipoteca. Se afirma que la hipoteca es un derecho real, que nace del contrato; ello es correcto si se estima que el titular del derecho, es decir, el acreedor hipotecario, tiene un derecho de obrar directamente sobre la cosa (sin intervención de tercero), característica propia de todo derecho real, pues frente al titular del derecho real se encuentran los terceros con una obligación general, pasiva, de no hacer, absteniéndose de obstaculizar la realización de aquel derecho por parte de su titular. Tiene asimismo, el acreedor hipotecario, la facultad de persecución de la cosa de quien la tenga, nota también peculiar a todo derecho real; y por último, también este derecho real otorga a su titular un derecho de preferencia en el pago, respecto de otros acreedores, con el valor de la cosa.

De esta manera, el acreedor hipotecario no necesitará concursar, en caso de insolvencia del deudor (Art. 2981 del Código de Comercio) y tendrá acción para hacer vender la cosa hipotecada aplicando su producto al pago de la deuda.

El derecho real de hipoteca en principio es accesorio.

Puesto que supone la existencia de una obligación principal a la cual garantiza y al extinguirse la obligación principal se extingue también la hipoteca (Art. 2941, Código de Comercio).

Como excepción, LOZANO NORIEGA señala ciertos casos en que el crédito (obligación principal), puede estar separado de la hipoteca (obligación accesoria o garantía). Esto puede ser:

- a) Antes del nacimiento de la obligación principal.
 - b) Durante la vigencia de la obligación principal.
 - c) Cuando la obligación principal se ha extinguido.
- a) En el primer caso la hipoteca puede nacer antes que la obligación principal cuando garantiza obligaciones futuras o condicionales (Art. 2921 Código de Comercio) pues entonces la ley establece que: "Surtirá efectos contra terceros desde su inscripción si la obligación llega a realizarse o la condición a cumplirse" (por ejemplo, las obligaciones de un tutor que se garantizan para un posible mal desempeño de su tutela).

b) En plena vigencia de la obligación principal ésta puede estar separada de la obligación accesoria (hipoteca), como en el caso en que un tercero ajeno a la obligación principal, de la cual no es parte, otorgue un bien en garantía hipotecaria (aquí deudor principal y deudor hipotecario son distintos); lo mismo sucede en el caso común de que una persona al originarse la hipoteca reúne la calidad pasiva de deudor principal y deudor hipotecario, pero más tarde enajena el bien hipotecado a un tercero que entonces se transformará en deudor hipotecario, pero desligado de la obligación principal que dió origen a su carácter de deudor hipotecario.

c) Y por último, la hipoteca puede sobrevivir en ciertos casos a la extinción de la obligación principal; éste sería el caso de novación, que al alterar sustancialmente la obligación principal la extingue y da nacimiento a otra nueva, pues el artículo 2220 del Código de Comercio establece: "La novación extingue la obligación principal y las obligaciones accesorias. El acreedor puede por una reserva expresa, impedir la extinción de las obligaciones accesorias que entonces pasan a la nueva".

La hipoteca debe ser especial. Esto quiere decir que la hipoteca no debe recaer sobre la generalidad de los bie-

nes del deudor sino que su especialidad consiste en que debe recaer sobre ciertos y determinados bienes, es decir, la hipoteca no es general pues no puede constituirse sobre la totalidad de los bienes del deudor, presentes y futuros, sino que se otorga sobre ciertos y determinados bienes.

El Código Civil acepta esta especialidad, tanto por lo que hace a los bienes objeto de la garantía (Arts. 2895 y 2919), como respecto de la obligación garantizada -crédito- (Art. 2912).

Existen ciertos casos de excepción a este principio en otras leyes: por ejemplo, la que establece la ley de vías generales de comunicación comprende la concesión; la vía férrea, las máquinas, la maquinaria, el dinero en caja, etc., ésto es una hipoteca general que rompe con el principio de especialidad.

Individualidad de la Hipoteca. Esta característica se expresa de la siguiente forma: "La hipoteca es indivisible por que grava la totalidad de los bienes hipotecados y cada una de sus partes. Pero este principio se refiere no sólo a los bienes gravados con el derecho real de hipoteca, sino también al crédito garantizado con ese derecho real, pues si el crédito se divide, cada parte quedará garantizada por la totalidad de los bienes hipotecados".

La hipoteca recae generalmente sobre bienes inmuebles.

Los Códigos Civiles de 70 y '84, expresamente decían que la hipoteca era un derecho real constituido sobre bienes inmuebles o sobre derechos reales constituidos sobre inmuebles.

Sin embargo, nuestro Código de 1928 en su definición ha omitido tal exigencia; surge entonces el problema de saber si al amparo de la ley civil vigente es posible celebrar una hipoteca sobre muebles, al respecto reproducimos, obviando todo comentario, las ideas del maestro LOZANO NORIEGA quien afirma: "... La reforma a que nos referimos debió haberse tocado en la exposición de motivos, si ella es muda, ésto nos hace suponer, que no se trató de modificar el sistema hipotecario permitiendo la hipoteca mobiliaria, sino que la corrección se hizo no para permitir que cualquier bien mueble fuese hipotecado, sino porque aún dentro del Código de Comercio de 84 como excepción se admitía la hipoteca sobre ciertos bienes muebles: la hipoteca de las embarcaciones o las concesiones de vía férrea por ejemplo, que son bienes muebles"; "...La definición no era congruente, pero no porque la idea haya sido permitir la hipoteca mobiliaria...". "el Art. 2898 nos señala qué bienes no se pueden hipotecar, después vienen los artículos que se refieren a la hipoteca de bienes inmuebles, o a la de derechos reales; pero ninguno se refiere a muebles...".

El Art. 2898 del Código de Comercio se refiere a los bienes que no son hipotecables enumerándolos. El Art. 2896 del Código de Comercio enumera lo que comprende la hipoteca, aún cuando no se exprese. Los Arts. 2899 a 2903 se refieren a los bienes o derechos reales que son susceptibles de hipoteca.

La hipoteca encuentra su fuente no sólo en el contrato, sino que puede constituirse por declaración unilateral de voluntad (Art. 2920 del C.C.) como en el caso de la emisión de las obligaciones hipotecarias o cédulas hipotecarias.

Capacidad para Constituir la Hipoteca. Sólo puede constituirla el dueño de la cosa, o el que tenga facultades de disposición respecto de la misma.

Forma de constitución. Cuando el crédito exceda de 500 pesos, la hipoteca deberá otorgarse en escritura pública (Art. 2917 del C.C. en relación con el 14 de la ley del notario vigente), y cuando no exceda dicha cantidad podrá otorgarse en escritura privada, ante dos testigos, con tantos ejemplares como partes intervengan.

La hipoteca surte sus efectos entre las partes aún sin haberse registrado (Art. 2919 del C.C.), y el Código de Procedimientos Civiles concede la acción ejecutiva (registro,

testimonio de escritura pública, plazo cumplido), o bien, la vía sumaria (cuando la cosa pertenezca aún al deudor hipotecario, aún cuando no esté inscrito), al acreedor.

La Publicidad de la Hipoteca. El Art. 2919 del C.C. vigente establece: "La hipoteca nunca es tácita ni general, PARA PRODUCIR EFECTO CONTRA TERCERO, NECESITA SIEMPRE DE REGISTRO...".

Esta característica de publicidad de la hipoteca, la da su inscripción en el Registro Público; hemos dicho que entre las partes, la hipoteca surte todos sus efectos sin necesidad de registro, luego entonces, la publicidad nacida de la inscripción ante el Registro sólo afecta a terceros, pues en ese caso les es oponible el derecho real y de preferencia nacido del contrato de hipoteca.

Ahora bien, aquí se plantea un nuevo problema, muy controvertido tanto en la doctrina como en la jurisprudencia de la Suprema Corte, ¿QUIENES SON TERCEROS PARA EFECTO DE REGISTRO?, existen dos corrientes principales: a) la que supone que tercero es todo aquel que no interviene en el acto o en el contrato que debe inscribirse; y b) la que considera que tercero para efectos de registro, son sólo aquellas personas que sin haber intervenido en el acto o contrato registrable, tienen al mismo tiempo un derecho real sobre la cosa.

A grandes rasgos, los que sostienen esta segunda tesis (que considero la más aceptable), afirman que la inscripción de un embargo o cualquier otro acto en el Registro no puede producir la transformación de la naturaleza del derecho y así, un acreedor quirografario, no podrá cambiar la naturaleza de su derecho de crédito o personal, por la de un derecho real que se caracteriza por la persecución de la cosa y en consecuencia no podrá considerarse perjudicado ni intervenir en los actos que realiza su deudor, mientras no sea en fraude de acreedores.

Con lo anterior, doy fin a este breve análisis sobre los rasgos característicos de la hipoteca, concluyendo que este contrato da nacimiento a un derecho real de naturaleza accesoria, que no implica un desmembramiento de la propiedad como sucede con otros derechos reales, puesto que en realidad lo que el deudor entrega es un derecho de actuar, a obrar directamente sobre la cosa, pero esta entrega de ese derecho sólo se actualiza cuando el deudor no paga su crédito principal, siendo éste de plazo cumplido, pues entonces el acreedor hipotecario podrá ejercitar su acción real; en ese momento el derecho del acreedor se actualiza impidiendo al dueño de la cosa ejercitar determinados derechos sobre la misma (mediante la fijación e inscripción de la cédula hipotecaria). Así pues, la hipoteca con sus características

de especialidad, de indivisibilidad, de publicidad, de ser un derecho real y un derecho de preferencia, constituye en la actualidad el camino más seguro e idóneo para proteger el crédito de cualquier acreedor prudente y su aplicación en la vida jurídica es la mejor demostración de sus nobles atributos, que ponen a este contrato por encima de otras formas de garantía (fianza y prenda), con un amplio margen.

C) EN QUE CONSISTE EL FIDEICOMISO DE GARANTIA.

1. Generalidades. Hemos visto que el Art. 346 de la Ley de Títulos y Operaciones de Crédito, conceptúa el fideicomiso en estos términos: "En virtud del fideicomiso, el fideicomitente destina ciertos bienes a un fin lícito determinado y encomendando la realización de ese fin a una institución fiduciaria". Del mencionado texto legal se deduce la configuración y caracteres de nuestro fideicomiso. Como resultado del análisis de las teorías que versan sobre la naturaleza jurídica del fideicomiso, así como de diversos preceptos legales que se ocupan del mismo, concluí al terminar el segundo capítulo de este trabajo, afirmando que el fideicomiso mexicano puede definirse como "UN NEGOCIO JURIDICO, DE CARACTER MERCANTIL, DE NATURALEZA ESENCIALMENTE UNILATERAL, MEDIANTE EL CUAL EL FIDEICOMITENTE AFECTA UN PATRIMONIO, QUE ADQUIERE AUTONOMIA, EN FAVOR DE UNA INSTITU-

CION FIDUCIARIA, PARA QUE ESTA REALICE LOS FINES DETERMINADOS Y LICITOS QUE SE ENCOMIENDEN, GENERALMENTE EN BENEFICIO DE UN TERCERO, LLAMADO FIDEICOMISARIO, AUNQUE ESTE PUEDE NO EXISTIR".

Ahora bien, contando con los anteriores elementos, ¿cómo podríamos explicar o definir el llamado fideicomiso de garantía?

Necesariamente habrá que suponer que si hablamos de un fideicomiso de garantía, éste debe ser una especie de fideicomiso en general; creo que nada se opone a ello, pues si bien es un plan estricto, es discutible el criterio empleado para clasificar al fideicomiso, por otro lado, es indiscutible que la mayor parte de las clasificaciones tienen un sentido práctico y gran amplitud; ello como consecuencia de que la ley de la materia al no ser precisa sobre las clases de fideicomiso que pueden realizarse, deja en amplia libertad a los particulares para imponerle las modalidades o condiciones que mejor convengan a sus intereses, sin más reparos o limitaciones que los que se establecen respecto de los fideicomisos secretos, los constituidos en favor de personas no concebidas a la muerte del fideicomitente, aquellos en que se constituye beneficiario el propio fiduciario, algunos de duración de más de treinta años, etc.

Aún más, no sólo teóricamente es aceptable que el fideicomiso de garantía pueda ser considerado como una especie del género fideicomiso, sino como afirma el maestro JOAQUIN RODRIGUEZ Y RODRIGUEZ⁽¹⁶⁾: "El llamado fideicomiso de garantía, no sólo existe en la práctica, sino que es un concepto legal, como se desprende de los Arts. 28, frac. III y 36, frac. IV, inciso a) No. 5, entre otros de la L.I.C. O.A."

2. Definición del Fideicomiso de Garantía. Podemos ensayar una definición del fideicomiso de garantía, diciendo que éste es "un negocio jurídico (forma que adopta el fideicomiso general), en virtud del cual el fideicomitente entrega un bien, generalmente inmueble, al fiduciario, transmitiéndole la titularidad o propiedad del mismo, a fin de asegurar el pago del crédito de un tercero, fideicomisario, teniendo el fiduciario un poder jurídico irrevocable sobre el bien enajenado, en tanto permanezca insoluto el adeudo garantizado, y pudiendo disponerse por el fiduciario del bien haciéndolo vender en los términos pactados, en caso de incumplimiento de la obligación principal del fideicomitente".

3. Elementos de la Definición de Fideicomiso de Garantía. En la anterior definición, encontramos tanto ele-

(16) Ob. Cit.

mentos personales como patrimoniales, que son los propios de todo fideicomiso, pero con ciertos caracteres o matices especiales.

Elementos Personales.

- a) El Fideicomitente.
- b) El Fiduciario.
- c) El Fideicomisario.

a) El Fideicomitente. Es desde luego la persona que constituye el fideicomiso, obviamente debe tener capacidad de disposición sobre los bienes que afecta al fideicomiso y creo que dentro de este tipo de fideicomisos no cabe la posibilidad de que el fideicomitente pueda reservarse el derecho de revocar el fideicomiso, puesto que ello sería contrario al objeto mismo de un fideicomiso de esta naturaleza, que es el de garantizar la solvencia en pago de un crédito que adeuda el fideicomitente al fideicomisario.

b) El Fiduciario. Es la persona encargada de lograr los fines para los cuales se constituyó el fideicomiso, que necesariamente será una institución bancaria autorizada para tal efecto; a esta persona se le entrega la titularidad o propiedad de los bienes que van a constituir

la garantía dentro de este tipo de fideicomiso.

Problemas no por ampliamente controvertidos, menos arduos que determinar, son los relativos al régimen jurídico de los bienes fideicometidos, así como aquellos que surgen de las facultades (poder jurídico irrevocable) de disposición (incluso llevar a la venta) que tiene el fiduciario respecto de dichos bienes. Reservo un más profundo estudio de estos temas para los capítulos correspondientes.

Los derechos y obligaciones del fiduciario, son los mismos que tienen en cualquier otro tipo de fideicomiso: desempeñar su cargo de buena fe, "como buen padre de familia", separar el patrimonio de cada fideicomiso, rendir cuentas al fideicomisario y al fideicomitente, en su caso, cobrar sus honorarios, etc.

- c) El Fideicomisario. Es el beneficiario de todo fideicomiso y si bien en general en todo fideicomiso pueden reunirse las calidades de fideicomitente y fideicomisario, pienso que ésto es contrario a la misma naturaleza del fideicomiso en garantía, ya que éste opera en la práctica como un sustituto de la hipoteca o la prenda, luego entonces de reunirse las calidades de fideicomitente y fideicomisario en una sólo persona se haría inútil este fideicomiso, pues resulta absurdo pensar que una persona vaya a otorgar una garantía ante sí misma.

Por prohibición expresa de la ley, fideicomisario y fiduciario nunca podrán reunirse en una sola persona.

El fideicomisario definirá sus derechos en la constitución del fideicomiso y podrá exigir cuentas así como el exacto cumplimiento de su función al fiduciario; podrá asimismo, perseguir los bienes salidos indebidamente del fideicomiso; podrá también pedir la remoción del fiduciario.

Aquí también surgen varios problemas, que en su oportunidad trataré de resolver, pero requieren el siguiente planteamiento:

¿Cuál es la naturaleza de los derechos del fideicomisario (en general) y especialmente en el fideicomiso de garantía?; ¿Se trata de derechos reales o de derechos personales?; y consecuentemente, el fideicomisario ¿tiene una acción reivindicatoria o no?; ¿qué sucede (en este tipo de fideicomiso), si se produce una remoción del fiduciario, con los derechos del fideicomisario?

Elemento Patrimonial.

Lo constituyen el bien o bienes que se dan en garantía.

Dentro de este tipo de fideicomisos, generalmente los

bienes fideicometidos son bienes raíces, aunque nada se opone a que sean muebles o derechos.

En los capítulos subsiguientes analizaré la situación de los bienes fideicometidos, la naturaleza de su régimen jurídico y los derechos y obligaciones que crean entre las partes.

D) FUNCION DEL FIDEICOMISO DE GARANTIA.

Para concluir: Es innegable el brillante resultado que ha obtenido en la vida bancaria el uso del fideicomiso de garantía, ha operado como sustituto eficaz, más de la hipoteca que de la prenda, y en el hecho mismo de evitar complicaciones derivadas de un largo procedimiento judicial (puesto que se puede prever la venta al constituirse), ha llevado un buen éxito; sin embargo, el que tan amplias facultades tenga el fiduciario, y el buen uso que haga de ellas es discutible; pienso que esta institución en particular, como en toda actividad bancaria en general, tiene un trasfondo económico-social y que la estructura misma de nuestro sistema político exige un gran cuidado para el manejo de aquellas facultades, debiendo evitarse que entren en conflicto con el orden constitucional, en perjuicio de intereses de los particulares; no obstante, es innegable que esta institución fideicomiso de garantía, se ha levantado en nuestro derecho

privado con una personalidad propia matizada con innegables resultados prácticos.

CAPITULO IV
ALGUNOS PROBLEMAS A QUE EL
FIDEICOMISO DE GARANTIA
DA ORIGEN

CAPITULO IV
ALGUNOS PROBLEMAS A QUE EL
FIDEICOMISO DE GARANTIA
DA ORIGEN

A) CLASIFICACION Y PLANTEAMIENTO DE LOS PROBLEMAS.

Durante el desarrollo de este trabajo, he venido esbozando algunos de los problemas a que el fideicomiso da origen y en especial de aquellos que surgen en el fideicomiso de garantía; por su diversidad y trascendencia, he considerado conveniente dedicar un capítulo especial a su planteamiento, estudio y presunta solución. Estimo asimismo, que el estudio de los problemas en cuestión requiere de cierto orden, de cierta estructura lógica, de ahí que me parezca adecuado establecer una clasificación de los mismos con un criterio que atiende a los elementos que integran el concepto del fideicomiso.

En concordancia con las ideas antes expuestas, los problemas se pueden clasificar de la siguiente forma:

1. En relación con los elementos personales que intervienen en el fideicomiso.

2. En relación con el elemento patrimonial del fideicomiso.

Planteemos ahora esos problemas:

1. En Relación con los Elementos Personales.

- a) Respecto del Fideicomitente. ¿Puede éste, en el fideicomiso de garantía, reservarse el derecho de revocación del mismo?
- b) Respecto del Fiduciario. b') ¿Cuál es, en el fideicomiso de garantía, el límite de las facultades que tiene el fiduciario respecto de los bienes fideicometidos?
- b") ¿Qué sucede con los bienes si se remueve al fiduciario?
- c) Respecto al Fideicomisario. c') ¿Cuál es la naturaleza de los derechos del fideicomisario (en general), y en especial en el fideicomiso en garantía? ¿Se trata de los derechos reales o de derechos personales sobre los bienes fideicometidos?
- c") ¿Tiene el fideicomisario una acción reivindicatoria o no?

2. En Relación con el Elemento Patrimonial.

- a) El fiduciario, ¿tiene propiedad o titularidad, sobre los bienes fideicometidos?
- b) El remate de los bienes fideicometidos, por el fiduciario ¿encaja dentro de nuestro sistema de garantías constitucionales?

Pretendo resolver algunos de los problemas planteados dentro de este mismo capítulo y otros en el subsecuente y final, por apreciar que armoniza mejor con el desarrollo de este trabajo.

B) LOS ELEMENTOS PERSONALES.

1. Respecto del Fideicomitente.

Tratándose del fideicomiso de garantía, me pregunto si puede el fideicomitente reservarse el derecho de revocación del fideicomiso; el Art. 351 de la L.T.O.C., en su segunda parte establece que "Los bienes que se den en fideicomiso se consideran afectos al fin que se destinan, y en consecuencia, sólo podrán ejercitarse respecto de ellos los derechos y acciones que al mencionado fin se refieran, salvo los que expresamente se reserve el fideicomitente...", en con-

cordancia con lo anterior, el Art. 357 del mismo ordenamiento señala que "El fideicomiso se extingue..., fracción VI, por revocación hecha por el fideicomitente cuando se haya reservado expresamente ese derecho al constituir el fideicomiso"; de los preceptos transcritos se desprende que el fideicomitente goza del derecho (previa reserva), de revocar el fideicomiso en un momento dado; considero que ello es contrario al espíritu del fideicomiso de garantía, por la naturaleza misma del fin que se persigue con este fideicomiso, que es la de proteger el pago de una obligación principal (de la cual se debe considerar accesorio este acto mercantil). No es posible aceptar que en un momento dado el fideicomitente pudiera revocar el fideicomiso, haciendo volver los bienes fideicometidos a su patrimonio; puesto que se desvirtuaría la finalidad mismas de este negocio, que es la de proteger, la de garantizar el pago de un adeudo u obligación principal por parte del fideicomitente; por ello estimo que en el fideicomiso de garantía, como excepción a la regla, no podrá el fideicomitente reservarse el derecho de revocación sobre el fideicomiso.

2. Respecto del Fiduciario.

- a) ¿Cuál es, en el fideicomiso de garantía, el límite de las facultades que tiene el fiduciario respecto de los bienes fideicometidos?

En el fideicomiso, en general, la actividad del fiduciario tiene como norma suprema la realización u obtención de un fin lícito que se ha encomendado a esa Institución Fiduciaria; para la realización de ese fin lícito que es objeto del fideicomiso, se otorgan al fiduciario una serie de derechos y facultades, pero nos encontramos con el obstáculo de delimitar cuáles son esos derechos, puesto que la ley (Arts. 351 y 356 L.T.O.C.), es muy general y no precisa los actos que el fiduciario está autorizando a realizar ni establece las limitaciones de su actividad.

Desde luego, la fuente primaria de esos derechos o facultades, será el acto constitutivo del fideicomiso (contrato o declaración unilateral de voluntad), pues así se conocerán los términos del fideicomiso y las facultades concedidas, así como los derechos reservados por el fideicomitente y los derivados del fin mismo del negocio.

Sin embargo, el hecho ya señalado de la generalidad de la ley, permite una distinción teórica, como señala JOSE PINTADO RIVERO⁽¹⁾, de las facultades del fiduciario, en expresas y tácitas:

Facultades Expresas. "Son aquellas que expresamente

(1) Ob. Cit., Pgs. 74 y 75.

se otorgan al fiduciario, tal y como aparecen en el documento donde consta el acto fundante del fideicomiso".

Facultades Tácitas. "Son aquellos derechos que no estando consignados expresamente en el acto fundante, le son otorgadas por la ley o la Jurisprudencia, o bien, pueden ser implicadas lógicamente de las facultades expresas".

Por lo que hace a las facultades expresas, el único problema que podría surgir sería el derivado de la falta de precisión gramatical en el documento que contiene el acto constitutivo, o que las facultades fueran contrarias a la ley o al orden público.

El problema se agudiza cuando hay que determinar cuáles son las facultades tácitas o implícitas del fiduciario, sobre todo en los casos en que existen lagunas en la ley o ausencia de jurisprudencia y consecuentemente, dificultad en precisar los alcances de los derechos del fiduciario.

Estos derechos implícitos suponen en muchos casos actos de Dominio y actos de Administración, que permiten inclusive a la Institución Fiduciaria disponer de los bienes fideicometidos poniéndolos a la venta.

En especial en el fideicomiso de garantía, el fiducia-

rio desde el acto mismo de constitución está autorizando a llevar a la venta los bienes fideicometidos, en caso de no cumplirse con la obligación derivada del crédito que se garantiza; en la creación del fideicomiso se establece generalmente el procedimiento de venta a seguir; sin embargo, pueden no preverse estos detalles, ello es sumamente peligroso, pues el fiduciario en ejercicio de tan amplias facultades puede actuar arbitrariamente, perjudicando los intereses de la partes, principalmente del fideicomitente, sin que el Estado pueda intervenir, creo que en estos casos, ni siquiera la Comisión Nacional Bancaria puede exigir cuentas a la Institución Fiduciaria, que se ampara en la generalidad de la ley; estimo pues, conveniente que se legisle con una mayor precisión (sobre todo por lo que hace al fideicomiso de garantía), respecto de las facultades del fiduciario en cuanto a la disposición de los bienes fideicometidos y quizá debiera establecerse una intervención directa de la Comisión Nacional Bancaria en estos actos de los bancos, lo cual permitiría una orientación en cada caso concreto, delimitando las facultades de la Institución Fiduciaria.

- b) Respecto del fiduciario se nos ocurre una segunda interrogante, ¿Qué sucede con los bienes fideicometidos (en el de garantía), si se remueve a la Institución Fiduciaria?

El Art. 350 de la L.T.O.C., establece en su párrafo final "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 REMOCION CESE EN EL DESEMPEÑO DE SU CARGO, deberá nombrarse otra para que la substituya. SI NO FUERA POSIBLE ESTA SUSTITUCION, CESARA EL FIDEICOMISO"; en concordancia, el Art. 355 del mismo ordenamiento legal establece: "El fideicomisario tendrá, además de los derechos que se le conceden por virtud del acto constitutivo del fideicomiso, EL DE EXIGIR SU CUMPLIMIENTO A LA INSTITUCION FIDUCIARIA; EL DE ATACAR LA VALIDEZ DE LOS ACTOS QUE ESTA CONETA EN SU PERJUICIO..."; y por último, el Art. 138 de la L.I.C.O.A., establece "...las acciones para pedir cuentas, para exigir responsabilidades de las instituciones fiduciarias y PARA PEDIR LA REMOCION CORRESPONDERAN AL FIDEICOMISARIO..., sin perjuicio de poder el fideicomitente reservarse en el acto constitutivo del fideicomiso, o en las modificaciones del mismo, el derecho para ejercitar esta acción."

De la exposición de los preceptos legales anteriores, vemos que el fideicomisario, principalmente, podrá en caso de que el fiduciario no cumpla con sus obligaciones, pedir la remoción del mismo e incluso puede suceder que en tal

evento el fideicomiso se extinga (Art. 357, frac. VII, L.T. O.C.); ahora bien, ¿cuál es (en el fideicomiso de garantía), la situación de los bienes en caso de remoción del fiduciario?

Debemos contemplar dos situaciones:

1º En el acto original del fideicomiso se previó la remoción y sustitución del fiduciario.

2º La sustitución no se previó ni es posible realizarla, cesando el fideicomiso.

1º Puesto que al entregarse los bienes al fideicomiso, se consideran afectos al fin a que se destinan, el hecho de que cambie la figura del fiduciario, creo que no alteraría el objeto a que están destinados los bienes, que es el de garantizar un crédito, pues bastaría que con una orden judicial se hiciera una nueva anotación en el Registro Público de la Propiedad y del Comercio, señalando que los bienes pasaban del poder de un fiduciario a otro, sin alterarse el fin al que estaban destinados aquellos, que es el objeto propio del fideicomiso de garantía.

- 2° Pero ¿qué sucede si al removerse el fiduciario no puede ser sustituido y consecuentemente se extingue el fideicomiso?

Si consideramos que el fideicomiso de garantía tiene por objeto esencial proteger un adeudo, un crédito principal que tiene el fideicomisario en contra del fideicomitente, no es posible aceptar que sin mayor trámite al extinguirse el fideicomiso los bienes vuelvan al patrimonio del fideicomitente, pues ello lesionaría la seguridad jurídica de los derechos adquiridos por el fideicomisario; creo que en este caso, existe una laguna de la ley y que en última instancia, el juez deberá decidir sobre la forma de asegurar el crédito del fideicomisario; asimismo, estimo que deberá legislarse sobre la forma de garantizar con el mismo bien, o sustituyéndose la garantía, en aquellos casos en que el fideicomio (de este tipo), se haga imposible de realizar por falta de fiduciario.

3. Respecto del Fideicomisario.

- a) ¿Cuál es la naturaleza de los derechos del fideicomisario (en general), y en especial en el fideicomiso en garantía? ¿Son derechos reales o derechos personales?.

Determinar la naturaleza jurídica de los derechos del beneficiario, como afirma RODOLFO BATIZA⁽²⁾, "Representa uno de los problemas técnicos más arduos para la adecuada adaptación del trust dentro de los sistemas romanistas".

En primer término veamos cuáles son esos derechos de que disfruta el fideicomisario; considero que éstos pueden descomponerse en dos grupos:

- Los derechos derivados del acto fundante del fideicomiso.
- Los derechos que la ley otorga al fideicomisario. Respecto de los primeros no exista deuda alguna, puesto que se precisan en el documento en que consta el fideicomiso.

Es en relación con los segundos donde surgen los problemas; veamos cuáles son, siguiendo las ideas de RODOLFO BATIZA⁽³⁾.

Cumplimiento del Fideicomiso. El fideicomisario tendrá derecho de exigir el cumplimiento del fideicomiso a la Ins-

(2) Ob. Cit. Pg. 298.

(3) Ibidem., Pg. 298 y siguientes.

**ESTA TESIS NO DEBE
SALIR DE LA BIBLIOTECA**

titución Fiduciaria (Art. 355 L.T.O.C.), este derecho se relaciona directamente con las obligaciones del fiduciario por lo que hace al fin del fideicomiso.

Protección de los Bienes. Si bien las leyes vigentes no hacen referencia expresa a este derecho, puede considerarse como un aspecto del derecho de exigir el cumplimiento del fideicomiso, ya que el fideicomisario puede atacar la validez de los actos que el fiduciario cometa en su perjuicio y reivindicar los bienes que indebidamente hayan salido del fideicomiso, pudiendo incluso pedir la remoción del fiduciario, correspondiendo en ciertos casos esos derechos al Ministerio Público, al tutor o al que ejerza la patria potestad (Art. 355 L.T.O.C.).

Anulación de los Actos del Fiduciario. El Art. 355 de la L.T.O.C., establece entre los derechos del fideicomisario "...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 correspondan"; estima BATIZA que "Se introduce una acción de nulidad especial, diversa de la que consagra el derecho común" (C. de Com. Art. 289), y que "la acción de nulidad especial que consagra la ley sustantiva puede asimilarse, por sus efectos, a la acción Pauliana, también llamada Revocatoria".

Requerimiento de Cuentas. Exigencia de Responsabilidad y Remoción del Fiduciario. El Art. 138 de la L.I.C.O.A., establece que estas acciones corresponden al fideicomisario, o a sus representantes legales, y a falta de éstos al Ministerio Público.

Reivindicación de los Bienes. Este llamado derecho de reivindicación nos plantea un problema especial, que analizaremos por separado, en este mismo capítulo.

Habiendo enunciado con llaneza los derechos del fideicomisario, trataré de tomar partido acerca de su naturaleza:

JORGE GIORGI⁽⁴⁾ afirma: "La distinción entre derechos reales y personales no es una vieja sutileza del Derecho Romano: es tan esencial a su diversa naturaleza, que ningún legislador podrá nunca desconocerla o descartarla".

El maestro MANUEL BORJA SORIANO⁽⁵⁾, define el derecho personal u obligación como "La relación jurídica entre dos personas en virtud de la cual una de ellas llamada deudor, queda sujeta para con otra llamada acreedor, a una prestación o a una abstención de carácter patrimonial que el acreedor puede exigir al deudor".

(4) Teoría de las Obligaciones en el Derecho Moderno, Tomo I, Editorial Reus, Madrid, 1928, Pg. 2.

(5) Ob. Cit., Tomo I, Pg. 81.

Por otra parte, el mismo maestro MANUEL BORJA SORIANO⁽⁶⁾ para definir el derecho real, estima que es preciso considerar los dos aspectos bajo los cuales se presenta:

- "Bajo su aspecto interno, el derecho real representa un poder jurídico sobre la cosa."
- "Bajo su aspecto externo, lo que aparece es la obligación general, que tiene por fin hacer respetar la situación del titular respecto de la cosa, obligación pasiva que es distinta de la individual que caracteriza al derecho personal".

De acuerdo con los criterios de distinción apuntados, vemos que derechos reales y derechos personales constituyen categorías jurídicas distintas e irreductibles; así pues, cabe preguntarse si los derechos del beneficiario en el fideicomiso son de carácter real o personal.

Si analizamos los derechos que la ley otorga al fideicomisario, veremos que éstos se relacionan propiamente con el cumplimiento del fin lícito que es objeto del fideicomiso, de ahí que si el beneficiario puede exigir del fiduciario determinadas prestaciones o abstenciones de carácter pa-

(6) Ibidem., Pgs. 89 y 90.

rimonial, es obvio que estamos ante una relación jurídica entre acreedor (fideicomisario) y deudor (fiduciario), por lo que es indudable que nos encontramos en presencia de derechos personales y no reales sobre los bienes fideicometidos, puesto que no existe un poder jurídico sobre la cosa que pueda ejercerse en forma directa por parte del fideicomisario; sin embargo, el problema se torna confuso cuando la ley (art. 355 L.T.O.C.), nos dice que el fideicomisario tiene derecho de reivindicar los bienes que salgan del patrimonio fideicometido; ello nos plantea un segundo problema, del que pasamos a ocuparnos.

b) El Fideicomisario ¿tiene o no una acción reivindicatoria sobre los bienes fideicometidos?

El Art. 355 de la L.T.O.C., establece que el fideicomisario tendrá el derecho "de reivindicar los bienes que a consecuencia de estos actos hayan salido del patrimonio objeto del fideicomiso".

Nos dice RODOLFO BATIZA⁽⁷⁾ que este derecho debe su inclusión en nuestra ley a la influencia de LEPAULIE, cuando escribía: "Si el trustee valiéndose de su título de propietario vende fraudulentamente la res a un tercero de mala fe

(7) Ob. Cit., Pgs. 301 y 302.

el costui que trust puede ejercitar o una acción reivindicatoria contra el tercero, o un privilegio de retención sobre el precio que conserve el trustee".

JOAQUIN RODRIGUEZ Y RODRIGUEZ⁽⁸⁾ expresa: "Debe considerarse que esta acción reivindicatoria no es una acción de reivindicación ordinaria, porque el fideicomisario no tiene el dominio de los bienes y porque la acción sólo se concede para obtener la devolución no para sí, sino para el fiduciario... podría verse en ella una acción reivindicatoria útil"

EMILIO KRIEGER VAZQUEZ⁽⁹⁾ afirma: "Rodríguez y Rodríguez sostiene que se trata de una acción con fundamento obligacional y con efectos reales y apunta que podría considerarse como una reivindicatoria útil. Difiero de tan autorizada opinión porque la reivindicatoria útil se concede a quien no siendo propietario, conviene, por alguna razón, asimilarlo a un verdadero dueño, por lo menos en la protección procesal de su derecho. No hay razón jurídica o práctica que amerite considerar al beneficiario como dueño de los bienes fideicometidos, y en consecuencia, a concederle una acción reivindicatoria útil, se trata de una acción persecutoria de la cosa, cuyo ejercicio legítimo está condicio-

(8) El Fideicomiso y la Reparación en la Quiebra. citado por Batiza, Ibidem., Pg. 301.

(9) Notas Sobre el Fideicomiso, Tesis Profesional, Facultad de Derecho, UNAM, México, 1944, Pg. 85 y siguientes.

nado por la procedencia de una acción revocatoria de los actos cometidos por el fiduciario de mala fe, en exceso de sus facultades o perjudiciales al fideicomisario. Solamente cuando por algunos de esos casos han salido los bienes del régimen fiduciario puede ejercitarse la acción, no se da contra cualquier detentador, ni quien la ejercita es propietario, por lo que resulta forzado considerarla como reivindicatoria".

En realidad vemos que por inexacta aplicación del término ACCION REIVINDICATORIA, que hace nuestro legislador, la figura que estudiamos se diluye; no se trata de una auténtica reivindicación, ni siquiera de una reivindicación útil o sui generis; la terminología empleada, por una mera imitación extralógica de conceptos, carece de técnica jurídica y la conclusión es que no existe tal acción reivindicatoria sino una mera acción de revocación, que tiene por fin perseguir los bienes salidos del fideicomiso para restituirlos al patrimonio del mismo, de ahí que la acción reivindicatoria, que es característica del derecho real por excelencia: LA PROPIEDAD, no existe en este caso y el fideicomisario sólo puede hacer volver los bienes a poder del fiduciario (no a su propio patrimonio), a fin de que éste cumpla con el objeto del fideicomiso, obligación fundamental del fiduciario, de la que es contrapartida un derecho o derechos personales para el fideicomisario.

C) EL ELEMENTO PATRIMONIAL Y LOS PROBLEMAS A QUE DA ORIGEN

1. El Fiduciario, ¿Tiene Propiedad o Titularidad sobre los Bienes Fideicometidos?

En armonía con la estructuración de esta tesis, he considerado pertinente ocuparme de este delicado problema en el capítulo final; no obstante, adelantaré en una líneas su planteamiento.

En el proyecto para el nuevo Código de Comercio, el Art. 838 nos dice: "Por el fideicomiso, el fideicomitente transmite la titularidad de un derecho al fiduciario, quien queda obligado a utilizarlo para la realización de un fin determinado". El Art. 839 del mismo proyecto agrega: "Los bienes fideicometidos constituirán un patrimonio autónomo que estará afecto al fin del fideicomiso. En relación con dichos bienes, sólo podrán ejercitarse las acciones y derechos que deriven del fideicomiso o de su ejecución".

Como vemos, en el citado proyecto se habla de que el fideicomitente transmite la titularidad de un derecho al fiduciario, cuestión que el Art. 346 de la L.T.O.C. vigente no especifica, pues sólo menciona que "En virtud del fideicomiso, el fideicomitente destina ciertos bienes a un fin lícito determinado, encomendándose la realización de ese fin a una Institución Fiduciaria".

El proyecto ha sufrido la influencia de algunos autores que, como el Maestro RAUL CERVANTES AHUMADA⁽¹⁰⁾, afirman que "El fiduciario es titular, no propietario", entendiéndolo por titularidad "la cualidad jurídica que determina la entidad del poder de una persona sobre un derecho o pluralidad de derechos dentro de una relación jurídica".

Por otra parte, tanto la L.T.O.C., como el proyecto en cuestión, coinciden en afirmar que los bienes constituyen un patrimonio autónomo afecto al fin del fideicomiso.

Por otro lado, RODOLFO BATIZA⁽¹¹⁾ realiza un análisis del concepto legal de nuestro fideicomiso, acudiendo a las doctrinas y fuentes legislativas que lo inspiraron, así como a su evolución en las resoluciones de la Suprema Corte de Justicia, concluyendo que "la propiedad" que se transmite al fiduciario no es la propiedad en su sentido tradicional sino que debe hablarse correctamente de "Propiedad Fiduciaria", de "Dominio Restringido" y de "Dueño Fiduciario"; aceptar desde luego, las ideas de BATIZA, nos lleva a pensar que con el fideicomiso se crea una nueva forma de propiedad, una propiedad esencial o una modalidad de la propiedad, lo cual no parece muy ortodoxo, si consideramos que los dere-

(10) Ob. Cit., Pg. 306.

(11) Ob. Cit., Pgs. 113 a 122.

chos reales constituyen un catálogo de derechos tradicionalmente reconocidos por el Derecho Civil con características específicas que los tipifican. Por otra parte, y a pesar de tan autorizada opinión, nos resistimos a aceptar dogmáticamente el concepto de titularidad que sostiene el Maestro CERVANTES AHUMADA; queda pues, delineado el relevante problema del que me ocuparé más adelante, buscando aportar mi personal punto de vista.

2. En el Fideicomiso de Garantía, el Remate de los Bienes Fideicometidos, ¿Encuadra dentro de nuestro Sistemas de Garantías Constitucionales?

Voy asimismo, a subrayar brevemente este tema, reservando su solución. De acuerdo con el régimen legal del fideicomiso, los bienes que el fideicomitente entregó al fiduciario, salen del patrimonio de aquel, para constituir un patrimonio autónomo afecto al fin del fideicomiso y sólo quedan al fideicomitente los derechos que expresamente se reserva; ahora bien, en el fideicomiso de garantía, al constituirse éste, se establecen por lo general, los procedimientos para que, llegado el caso, se realice por el fiduciario la venta de los bienes transmitidos (en garantía de un crédito), al patrimonio del fideicomiso; este procedimiento se asimila al de un remate en pública almoneda, pero este derecho que se concede al banco puede dar lugar a múl-

tiples abusos en perjuicio del fideicomitente; el Maestro RAUL CERVANTES AHUMADA⁽¹²⁾ ha señalado que esta facultad del fiduciario "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", nos inquieta profundamente esta idea y nos proponemos analizarla detenidamente en el capítulo siguiente.

D) RESUMEN

Los problemas a que me he referido en este capítulo son aquellos que con mayor fuerza despertaron mi inquietud, sobre todo por lo que hace a su relación con el fideicomiso de garantía, con la naturaleza jurídica del título del patrimonio del fiduciario, y el régimen legal a que está sometido dicho patrimonio. He pretendido, por una parte, apuntar algunas soluciones a los problemas conectados con los elementos personales del concepto de fideicomiso, y por otra, delinear simplemente aquellos relacionados con el elemento patrimonial, a fin de tratarlos en la parte final de este trabajo; en tal virtud me ocupare ahora de "Propiedad o Titularidad de las Instituciones de Crédito, y facultad para vender los Bienes Fideicometidos".

(12) Ob. Cit., Pg. 312.

CAPITULO V

PROPIEDAD O TITULARIDAD DE LAS
INSTITUCIONES DE CREDITO Y
FACULTAD PARA VENDER LOS
BIENES FIDEICOMETIDOS

CAPITULO V
PROPIEDAD O TITULARIDAD DE LAS
INSTITUCIONES DE CREDITO Y
FACULTAD PARA VENDER LOS
BIENES FIDEICOMETIDOS

A) EL PATRIMONIO.

1. Generalidades.

En el campo de lo jurídico, la noción de patrimonio constituye un concepto fundamental, pues no sólo proyecta su influencia en el Derecho Civil, sino que es de tal importancia que se aplica en otras ramas del Derecho como el mercantil, el procesal, el administrativo, el fiscal y el derecho público en general.

El Derecho como ciencia social que es, estudia al hombre no como ente aislado, sino que se ocupa de grupos humanos que constituyen una unidad; problema peculiar al Derecho es precisamente ese actuar del hombre en colectividad, pues su actividad debe limitarse frente a los intereses de los demás integrantes del grupo social.

Como consecuencia de esas interacciones sociales del hombre, el Derecho tiene que ocuparse ya no sólo de los sujetos, sino también de los bienes que son objeto de las relaciones jurídicas entre los hombres. El Derecho tendrá que hacer abstracción de dichos bienes para formular una noción jurídica (intelectual) de los mismos, a fin de determinar qué bienes pueden agruparse, bajo qué circunstancias y cuál es la fuerza que les da esa unidad. Esto constituye el principio y fin de la teoría del patrimonio, pues a través de ella, al consagrarla jurídicamente, se establece una garantía en favor de los acreedores comunes (quirografarios), del titular de un patrimonio.

El patrimonio comprende no sólo los bienes adquiridos, sino además los bienes por adquirir, es decir, comprende los bienes que una persona tiene y los que puede llegar a tener. Es un conjunto de bienes considerados como una UNIVERSALIDAD DE DERECHO.

BONCASSE⁽¹⁾ explica que la universalidad de hecho "Es una modalidad de la propiedad con la que nos encontramos cuando ésta recae sobre un conjunto de bienes individualizados los cuales sobre la base de un elemento científico y

(1) BONNECASSE Julián, Elementos del Derecho Civil, citado por Antonio de Ibarrola den "Cosas y Sucesiones", Editorial Porrúa, S.A., México, 1957, Pg. 27.

técnico, se consideran formando un todo, o si se prefiere, como constituyendo un bien determinado", por ejemplo, los libros de la biblioteca central de la UNAM, diversas cabezas de ganado, etc.

La Universalidad de Derecho. "Es por el contrario, una masa de bienes que permanecen distintos los unos de los otros y susceptibles de conservar su fisonomía propia e integral una vez dispersos"; están reunidos entre sí por una razón jurídica, la necesidad de responder a un pasivo determinado. "Una universalidad de derecho es un conjunto de bienes que representan un activo y un pasivo; conjunto de bienes que es distinto, desde el punto de vista de la relación jurídica abstracta, de los elementos que la componen".

El patrimonio como universalidad de derecho, varía constantemente, sin alterarse la naturaleza de esa universalidad puesto que los bienes que lo componen forman una unidad abstracta.

Entre universalidad jurídica y universalidad de hecho hay una relación del todo a la parte, éste es siempre parte de un activo patrimonial y se distingue además de la universitas juris en que sólo comprende una masa de bienes que tienen un destino o fin económico.

2. Teorías que Explican el Patrimonio.

- a) TEORIA CLASICA (También llamada personalista o teoría de patrimonio-personalidad). Sus principales expositores son AUBRY y RAU (2).

En esencia considera esta doctrina, que la fuerza de unión entre los elementos (activos o pasivos) de un patrimonio, es la personalidad; el patrimonio está ligado constantemente a un sujeto de derecho, el patrimonio es una emanación de la personalidad.

Estos autores sostienen los siguientes principios:

- Sólo las personas pueden tener un patrimonio (pues sólo ellas pueden ser sujetos de derechos y obligaciones).
- Toda persona tiene necesariamente un patrimonio (puesto que el patrimonio es una potencia, una aptitud de tener bienes no obstante que aún no se tengan), que comprende tanto los bienes presentes como los bienes futuros.
- La persona tendrá un solo patrimonio (puesto que éste

(2) Citados por Antonio de Ibarrola, Ob. Cit., Pgs. 30 y siguientes.

es una masa única, una universalidad jurídica).

- El patrimonio es inseparable en vida de la persona (no se puede enajenar el patrimonio en vida, pues es una universalidad, pero sí podrán enajenarse elementos del patrimonio).
- El patrimonio es único e indivisible, puesto que la persona es una e indivisible, y el patrimonio tiene los mismo atributos que la persona a la que sigue.
- El Patrimonio es la prenda tácita que garantiza las deudas contraídas por su titular (pues la garantía del crédito de los acreedores quirografarios será la potencialidad económica de su deudor, quien responde con todos y cada uno de sus bienes presentes y futuros puesto que el patrimonio es una universalidad).

En resumen, para la teoría clásica el patrimonio es una universitas juris, que constituye una unidad abstracta distinta de los elementos que la componen. Es, como potencia, igual durante la vida de la persona, aún cuando cambia sus elementos, es único e indivisible, su fuerza de unión está constituida por una ficción jurídica, por lo que hace los diversos elementos que integran esta universalidad jurídica.

Critica de la Teoría Clásica. Esta teoría personalista, ha sido amplia y profundamente impugnada por diversos autores, aduciéndose principalmente:

- Que confunde patrimonio con capacidad, puesto que ésta es la aptitud para ser titular de derechos y obligaciones, y como consecuencia de ello le da al patrimonio carácter único e indivisible.
- Que no siempre el patrimonio es indivisible (por ejemplo: En los patrimonios de la herencia, del ausente, del quebrado, el familiar, etc.), pues en muchos casos existen dos patrimonios de una persona.

b) TEORIA DEL PATRIMONIO AFECTACION. (También llamada teoría moderna). Hablaremos de esta teoría a su aspecto general en el derecho, antes de referirla al fideicomiso.

El maestro ANTONIO DE IBARROLA, nos habla de ésta, diciendo "La teoría moderna se define teniendo en cuenta el destino que en un momento dado tenga determinados bienes, derechos y obligaciones, con relación a un fin jurídico o económico y, en tanto no se haga una liquidación, no aparecerá el activo neto"⁽³⁾.

(3) IBARROLA Antonio de, Cosas y Sucesiones, Editoria Porrúa, México, 1968, Pg. 43.

Por su parte PLANIOL, RIPERT y PICARD, nos definen el patrimonio afectación como "una universalidad reposando sobre la común destinación de los elementos que la componen, o más exactamente un conjunto de bienes y deudas inseparablemente ligados porque todos ellos se encuentran afectados a un fin económico, y en tanto no se haga una liquidación, no aparecerá el valor activo neto"⁽⁴⁾.

De lo anterior se desprende que la fuerza de unión entre los elementos del patrimonio, no es la personalidad como lo afirma la teoría clásica, la teoría moderna sostiene que la unidad o coherencia de los elementos que integran el patrimonio encuentren su fundamento en el destino que en un momento dado tengan los bienes, derechos y obligaciones, con relación a un fin jurídico o económico; este destino común da origen a un patrimonio autónomo⁽⁵⁾.

Para estos autores el patrimonio es la afectación de un conjunto de bienes a la realización de un fin determinado y consideran que las personas pueden tener distintas masas de bienes, distintos patrimonios, (los ya citados: patrimonio de familia, del ausente, de la sucesión, fondo de comercio, etc.).

(4) PLANIOL, RIPERT Y PICARD, Derecho Civil Mexicano, citados por Rojina Villegas, Ob. Cit., Núm. 10.

(5) AGUILAR CARBAJAL Leopoldo, Segundo Curso de Derecho Civil, Editorial Jurídica Mexicana, México, 1960, Pgs. 28 y siguientes.

En otros términos, para realizar un fin jurídico económico se afectan bienes, constituyéndose un patrimonio de afectación, que es un conjunto de derechos y obligaciones, dirigidos a la realización económica de un fin y en ella permanecerán unidos hasta la liquidación del patrimonio.

Aplicando esta teoría en el terreno preciso del fideicomiso, hablaremos con las palabras de Pierre Lepualle, quien explica la naturaleza jurídica del trust, partiendo del concepto de patrimonio afectación. El nos dice que para que exista un trust basta que haya bienes afectos al mismo y además una afectación prevista, "para que haya trust se necesita una res, es decir, bienes y afectación prevista para los mismos, nada más es indispensable para la existencia jurídica del trust, el trustee sólo es el medio para realizar prácticamente esa afectación"(6).

Continúa diciendo que "una afectación no se realiza por sí sola; es necesario tener un medio práctico para llevarla a cabo. Este medio práctico es el trustee, único sujeto de derecho necesario pero suficiente para el funcionamiento del trust"(7).

(6) LEPUALLE Pierre, Doctrina General del Fideicomiso, citado por Villagordoa Lozano, Ob. Cit., Pg. 91.

(7) Idem, Pg. 92.

Con lo antes expuesto, podemos darnos cuenta que al constituirse un trust o fideicomiso se afectan ciertos bienes para la realización de un fin, pero como veremos más adelante, nuestro derecho no adopta esta teoría, salvo las excepciones mencionadas.

3. Nuestro Derecho Positivo.

En opinión de Rafael Rojina Villegas⁽⁸⁾ nuestro Código Civil parece inclinarse por la teoría clásica, al considerar que "Toda persona debe tener un patrimonio y que sólo pueden tenerlos las personas, pero parece apartarse en cuanto aparenta autorizar diversas masas en un mismo patrimonio y la enajenación del mismo en vida" (Arts. 2964, 2955, 1678, etc., del C.C.).

Es decir, nuestro Derecho acepta la teoría clásica con la excepción de que en ciertos casos no considera el patrimonio único e indivisible (repetimos: en las donaciones universales, el patrimonio de la sucesión, del ausente, patrimonio de familia, etc.).

(8) ROJINA VILLEGAS, Rafael, Derecho Hereditario, citado por Antonio de Ibarrola, Ob. Cit., No. 19.

B) LA PROPIEDAD.

1. Generalidades.

La noción de propiedad, dentro del orden jurídico, es una noción angular, va más allá de la ciencia del Derecho, extendiéndose a otras ciencias sociales, así, la economía hará de éste un tópico favorito, ya negando, ya afirmando el derecho de propiedad; la sociología buscará por su lado, explicar el origen, evolución y formas de la propiedad, como fenómeno estrictamente social; el Derecho estudia a la propiedad como el derecho real por excelencia, que da origen a los demás derechos reales principales, pero la importancia de aquella, su historia y su evolución, es quizá, la historia del hombre mismo considerado como un ser social. En la actualidad aún se discute con vehemencia si esta institución debe subsistir o no.

El derecho de propiedad, desde la vieja Roma hasta nuestro días ha sufrido profundos cambios, a la par de las doctrinas filosóficas y las corrientes sociales del pensamiento humano, adaptándose a las necesidades sociales de cada época, fenómeno éste, típico del derecho.

En el Derecho Romano, el derecho de propiedad era absoluto, perpetuo y exclusivo:

ABSOLUTO. Porque no admitía limitación.

PERPETUO. Porque no se extinguía por el no uso.

EXCLUSIVO. Porque no se podría ejercer más que por una persona.

Al lado de la propiedad quiritaria del derecho civil, existió la propretas del jus gentium.

Más tarde, los glosadores consideraron que el Derecho de propiedad se integraba por tres facultades:

EL JUS UTENDI. Derecho de usar la cosa.

EL JUS FRUENDI. Derecho a los frutos.

EL JUS ABUTENDI. Derecho a gravar, enajenar, consumir o abandonar la cosa (nunca fue una facultad de abusar de la cosa).

A raíz de la Revolución Francesa, por la Declaración de los Derechos del Hombre y el Código de Napoleón, se hace de la propiedad un derecho natural anterior al Estado, quien tiene únicamente funciones de policía, conservando las características romanas de ser un derecho absoluto, perpetuo y exclusivo.

Más adelante se pensó que la propiedad no podía concebirse fuera de la sociedad y por lo mismo no puede ser anterior a ella, consecuentemente, si el hombre ha de ser propietario dentro de una sociedad, la propiedad no podrá ser un derecho absoluto supuesto que el hombre, en sociedad, tiene deberes antes que derechos y la propiedad constituye una FUNCION SOCIAL, que debe ser protegida siempre y cuando el propietario efectúe actos que ayuden al beneficio común, debiendo reprimirse aquellos que sean contrarios a la sociedad.

En otras palabras, existe una diferencia fundamental entre las concepciones subjetivas romanista, y liberal individualista del derecho francés, y del moderno concepto de función social de la propiedad imperante en nuestros días; en esta última concepción, se permiten limitaciones al derecho de propiedad, exigiéndose de su titular la ejecución de actos positivos.

2. ¿Qué es Propiedad?

De acuerdo con las ideas del maestro RAFAEL ROJINA VILLEGAS⁽⁹⁾ la prioridad es un derecho real, por el cual una cosa se encuentra sometida al poder jurídico de una persona, en forma directa, exclusiva y perpetua, para que ésta pueda

(9) Compendio de Derecho Civil, Bienes, Derechos Reales y Sucesiones, 2ª Edición, Antigua Librería Robledo, México, 1966, tomo II, Pg. 79 y siguientes.

retirar todas las ventajas económicas que la cosa sea susceptible de prestarle, siendo este derecho, como todo derecho real oponible a todomundo".

Considero muy completa la definición del maestro ROJINA, analicemos ahora las características del derecho de propiedad, para tener una noción exacta del mismo; en tan trascendental cuestión, recorro a la autoridad e ideas del maestro LEOPOLDO AGUILAR (10) quien sistematiza con gran claridad y precisión este aspecto de nuestro estudio.

"En la propiedad, como en todos los derechos reales, existe un aspecto externo y un aspecto interno":

"Aspecto Interno. Nos da la tenencia inmediata y directa del titular sobre la cosa, sin ningún intermediario, pues aprovecha por sí las ventajas económicas".

"Aspecto Externo. Nos dan las características de exclusivo y absoluto, ya que existe un sujeto pasivo indeterminado y universal con la obligación de no hacer".

Al derecho de propiedad, como señaló con anterioridad, tradicionalmente se la ha considerado como integrado por

(10) Ob. Cit., Pgs. 120 y siguientes.

tres derechos o facultades: EL JUS UTENDI, EL JUS FRUENDI y EL JUS ABUTENDI; considera el maestro AGUILAR que ésta es "Una pobre idea del derecho de propiedad, pues éste es el más completo de los derechos reales y consiste en poner a disposición de su titular todas las ventajas económicas que sea susceptible de producir la cosa".

Los tradicionalistas señalan tres atributos al derecho de propiedad, que son ABSOLUTO, EXCLUSIVO Y PERPETUO.

ABSOLUTO. Es decir, sin limitaciones; esta característica no opera así en la actualidad, en líneas anteriores explicamos ya la función social de este derecho, que está limitado por las leyes, para evitar su abuso.

EXCLUSIVO. Esto es, que el propietario elimina el disfrute económico de la cosa a todas las demás personas; este atributo es relativo, puesto que también responde al concepto de función social de la propiedad.

PERPETUO. Quiere decir que este derecho escapa a la prescripción por el no uso, pues en todo caso, se puede intentar la acción reivindicatoria, sin limitación de tiempo, y siempre que la cosa no haya sido adquirida en propiedad por prescripción.

NOTAS ESPECIALES DEL DERECHO DE PROPIEDAD EN LA ACTUALIDAD

Actos Materiales de Goce. El principio que opera es el de la libertad, de usar, de disfrutar y disponer de la cosa, pero en atención a la concepción de función social, las leyes imponen numerosas limitaciones a la propiedad.

Actos Jurídicos. Son aquellos que transmiten total o parcialmente las ventajas económicas de la cosa, y se ejecutan no sobre la misma, sino sobre el derecho de propiedad (desmembramiento o enajenación).

No es lícito, sin embargo, para el propietario "ejercitar el derecho de propiedad de manera que su ejercicio no dé otro resultado que causar perjuicios a un tercero sin utilidad para el propietario" (Art. 840 C.C.).

Restricciones al Derecho de Propiedad. (En cuanto al JUS UTENDI y al JUS FRUENDI). Considerada como función social, la propiedad sufre numerosas restricciones legales y de tipo administrativo, en la actualidad es uno de los derechos con muchas restricciones.

Inalienabilidad. (En relación con el JUS ABUTENDI). Uno de los atributos de la propiedad es su enajenabilidad (derecho de disposición), sin embargo, hay excepciones a la misma, tanto legales como convencionales.

Cláusulas de Inalienabilidad. Estas son creadas por los particulares en los contratos, se plantea el problema de saber si son válidas; el Art. 2301 del Código Civil nos permite deducir que en el derecho civil no puede existir inalienabilidad perpetua, sólo se admiten cláusulas temporales o relativas de inalienabilidad.

Extinción de la Propiedad. (respecto del JUS ABUTENDI) puede ser absoluta o relativa.

- Absoluta. Por destrucción total de la cosa; por quedar fuera del comercio, bien por expropiación o por fenómeno natural que incorpore la cosa al dominio público; por abandono de la cosa.
- Relativa. Cuando una cosa pasa del patrimonio de su dueño a otra persona.

Estos son, a grandes rasgos, en nuestros días, los caracteres que configuran al derecho real de propiedad (en aquellos países que aceptan la propiedad privada). Nos corresponde ahora analizar la institución dentro de nuestro derecho positivo.

3. Características de la Propiedad en Nuestro Sistema Jurídico.

En nuestro país, los aztecas conocieron tanto la propiedad privada como la comunal, pero estas instituciones han tenido muy escasa influencia en nuestro derecho (derecho agrario: explotación y aprovechamiento común de elementos naturales); el estudio de la propiedad en México, debe hacerse propiamente desde la época colonial en que se conoció un derecho de propiedad distinto al romano, pues debido a que los Reyes Católicos financiaron el descubrimiento del nuevo mundo, se consideró que las tierras conquistadas, formaban parte del patrimonio privado de la corona (de los reyes) y no del Estado español; de este modo, la corona española elaboró el sistema de "las mercedes reales", limitando el derecho de tal forma que no puede afirmarse que la propiedad fuese absoluta o perpetua durante esta época.

Al sobrevenir la guerra de la independencia y constituirse más tarde nuestro país, como un Estado independiente de España, se ha considerado que el Estado mexicano, como causahabiente de la corona española, adquirió también una propiedad privada sobre las tierras, aguas y demás elementos del territorio nacional, teniendo por ende facultades para reglamentar, como mejor le conviniera, la apropiación de aquellos por los particulares.

Al promulgarse el Código Civil de 1870, nuestra legislación se separa del antecedente colonial y proclama la propiedad, tal como se entendía en el derecho romano estimado que es característica de esta institución de ser absoluta respecto del suelo; y la ley minera en cuanto al subsuelo consideraba una desposesión de los derechos del Estado Mexicano; sin embargo, en 1870, el concepto romano de la propiedad se encontraba ya en crisis, y se consideraba que podía la propiedad estar limitada por leyes y reglamentos.

La Constitución de 1917, reivindicó para la nación, los elementos naturales y el subsuelo, permitiendo la imposición de modalidades al derecho de propiedad, y siguiendo las ideas de Duguit, consagró la concepción de la propiedad como función social y ya no como derecho subjetivo. El artículo 27 Constitucional reglamenta el derecho de propiedad, autorizando la creación de modalidades y estableciendo algunas en el mismo precepto.

El Código Civil de 1828, carece de una exposición metódica al respecto, confusamente establece la concepción de la propiedad como función social (Arts. 16, 840 y 1912) y sólo expresa que la propiedad no es absoluta.

La diferencia fundamental entre el sistema impuesto por los Códigos de 70 y 84 y nuestro sistema constitucional, ra-

dica en "que aquellos sólo imponen limitaciones pero establecen autonomía del propietario en la esfera no prevista por la ley, mientras que la segunda impone no sólo abstenciones, sino actos positivos"(11).

En síntesis: La Constitución vigente considera la propiedad como función social, reglamentando la ejecución de actos positivos, en tanto los Códigos Civiles sólo establecen prohibiciones o limitaciones afectando el carácter absoluto de la propiedad; en este sentido se legisló en el Código Civil de 28, si bien algunos de sus artículos hacen referencia a la propiedad como función social.

Por último, podemos afirmar que en nuestro derecho positivo la propiedad se caracteriza por ciertas garantías que diversas leyes les otorgan, me limito a enumerarlas, pues su exposición detallada desbordaría con mucho los cauces de este trabajo:

1ª Garantía. La Inviolabilidad de la Propiedad. (Arts. 27 Constitucional y 831 del C.C.), las expropiaciones sólo podrán hacerse por causa de utilidad pública y mediante indemnización. Constitucionalmente se prohíbe la confiscación (Art. 2, párrafo 1).

(11) AGUILAR CARBAJAL Leopoldo, Ob. Cit., Pg. 115.

2º Garantía. La Revindicación. Esta es la acción real por excelencia, es la protección de la propiedad en el derecho civil (Art. 4º C.P.C.), y se concede únicamente al propietario de la cosa que ha perdido la posesión.

Con las limitaciones propias de un trabajo de esta naturaleza, he realizado un fugaz recorrido por él, aún cuando explorando, espinoso camino de las nociones jurídicas de patrimonio y propiedad, con intención de prestar a mis ideas la autoridad de que carecen y llevar a buen término las soluciones que requieren, en cuanto al elemento patrimonial del fideicomiso, los problemas planteados.

Estimo que de los conceptos expuestos en los numerales anteriores, podemos inferir:

- a) El patrimonio es una universalidad jurídica que contiene tanto derechos reales como derechos de crédito.
- b) Nuestro derecho, en principio, acepta la teoría personalista del patrimonio y como excepción admite la existencia de patrimonios en afectación cuando la ley los señala expresamente o lo admite tácitamente.
- c) En los sistemas jurídicos de formación romana, tradicionalmente se ha considerado al derecho de propiedad como un derecho real, absoluto, perpetuo y exclusivo.

- d) Tradicionalmente, también se han otorgado tres facultades al derecho de propiedad: el **JUS UTENDI**, el **JUS FRUENDI** y el **JUS ABUTENDI**.
- e) En la actualidad se considera al derecho de propiedad ya no como un derecho absoluto y exclusivo, sino limitado por los intereses de la colectividad.
- f) El derecho de propiedad cumple una función social, y como tal, debe ser protegido siempre y cuando su titular realice actos positivos, es decir, que sean de beneficio social.
- g) En el derecho de propiedad, como en todo derecho real, existen dos aspectos: uno interno, de tenencia que se ejercita directamente por su titular sobre una cosa y para su exclusivo disfrute con exclusión de todo mundo (sibien, limitado en la actualidad por el interés social); uno externo, que consiste en un respeto pasivo de todo el mundo (sujeto pasivo universal e indeterminado), para el derecho del titular.
- h) Nuestro sistema constitucional establece la propiedad como función social (ya no como derecho subjetivo).

- i) La Constitución de 1917 permite a la Nación (por medio del Congreso de la Unión), establecer modalidades a la propiedad.

Habiendo resumido, hasta aquí mis conclusiones, estimo de conformidad con las ideas antes expuestas poder determinar uno de los problemas señalados.

4. ¿Existe una Prioridad Fiduciaria?

Es evidente que para el jurista de formación anglosajona, resulta sencillo explicarse y justificar la desaparición de la vieja distinción entre derechos reales y derechos personales; en contraste, para el estudiante o el estudioso de tradición latina, existe siempre un afán de sistematización y armonía de los conceptos e instituciones jurídicas, ello como consecuencia natural de la formación y evolución de cada uno de estos dos grandes mundos jurídicos; mientras el Derecho de origen inglés opera con sentido eminentemente práctico al través de la costumbre que forja precedentes jurídicos de formación romanista devienen de un derecho estricto y codificado, mucho menos flexible y más teórico. En consecuencia, en el trust es fácil explicarse la existencia de una propiedad dividida entre settlor o cestui y trustee (ad usum: en representación), pero en el fideicomiso resulta imposible aceptar la división (que no desmembramiento) del derecho real de propiedad.

Nuestro fideicomiso se inspiró en el trust anglosamericano; no obstante, la institución creada es, desde el punto de vista técnico, distinto del modelo, pues ha tenido que manejar conceptos e instituciones propias del Derecho Civil Romano tratando de atribuir compleja propiedad al fideicomitente, al fiduciario o al fideicomisario.

Reproduzco íntegramente, por considerarias dotadas de gran precisión y profundidad, las ideas de WEISER, citado por BATIZA⁽¹²⁾, respecto de este tema, "si el trustee (fiduciario), va a ser el dueño, entonces el beneficiario (fideicomisario), no puede estar aparentemente en ninguna otra posición distinta de la de un acreedor del trustee (fiduciario), sus derechos no prevalecerán sobre los otros acreedores de éste y será vencido por un tercero que adquiera la res del propietario legal y así sucesivamente. A fin de ser protegido el beneficiario (fideicomisario), requerirá de una forma de transmutar en "real" su derecho. ¿Cómo hacer esa posición del beneficiario real?, es la esencia misma del problema, que en Inglaterra la maravillosamente elástica noción de "conciencia" como reguladora de las relaciones jurídicas ha resuelto con facilidad y elegancia..." "...Porqué (se pregunta este autor) no hacer al trustee (fiduciario) propietario absoluto de la res y dar al cestui (beneficia-

(12) Ob. Cit., Pgs. 74 y siguientes.

rio), alguna especie de JUS IN RE ALIENA que prevalecería contra todo el mundo", o "¿porqué no dejar el título legal en el beneficiario (fideicomisario), en tanto se confiere al trustee (fiduciario), alguna especie de derecho real irrevocable proporcionado a la misión que debe llenar, creando así una especie de gravámen sobre los bienes del cestui (beneficiario)?..." "En los sistemas romanistas por desgracia existe un muy fundamental principio que se interpone en el camino de éstos por demás obvios expedientes, o sea, el llamado numeros clausus (número cerrado), de los derechos reales. Las partes son libres para celebrar, inter se, toda clase de contratos que no sean ilícitos, ya correspondan o no a tipos específicamente reglamentados en la ley, pero no pueden ellas crear nuevos derechos reales, no pueden traer a los terceros con respecto a cosas a posiciones fantásticas, que no podrán prever conforme al derecho existente..." "En los países de tradición de derecho romano, existe algo más, o sea, la dificultad categórica de concebir la propiedad en forma tan raquítica en que esté desprovista de la facultad de enajenación".

He aquí planteado el problema básico (de técnica jurídica), para adaptar las nociones del trust a nuestro sistema jurídico de derecho escrito y codificado; al faltar en nuestro orden jurídico los conceptos de equidad (equity) y derecho estricto (common law), la institución jurídica que se

ha creado es una figura híbrida que al incorporarse a la legislación mercantil ha afectado a alguno de los elementos más importantes del concepto de fideicomiso: la traslación del dominio del patrimonio fideicometido, afectando consecuentemente las características esenciales del derecho de propiedad.

Por sistematización, considero conveniente retrotraer nuestras ideas, en este momento, a las referencias que acerca de la legislación mexicana sobre fideicomiso, expuse en el capítulo primero de este trabajo.

Recordemos que la ley de 30 de junio de 1926, de Bancos de Fideicomiso, definía a éste como "un mandato irrevocable en virtud del cual se entregan al banco, con el carácter de fiduciario, determinados bienes para que disponga de ellos, o de sus productos, según la voluntad del que los integra, llamado fideicomitente, a beneficio de un tercero llamado fideicomisario o beneficiario" (Art. 6º); los preceptos de esta ley se vaciaron en la ley de Instituciones de Crédito y Establecimientos Bancarios de 31 de agosto de 1926; hago valer aquí las objeciones que formulé en el primer capítulo al concepto anterior, tanto por lo que hace a la figura del mandato, como por lo que hace a la entrega y no transmisión de los bienes.

Las leyes de 1932 (L.I.C.O.A. 28-VI y L.T.O.C. 26-VII) buscaron superar la deficiencia de conceptos de las de 1926, que no contenían el elemento esencial de la transmisión de los bienes y no indicaban cuál era el título del fiduciario sobre los bienes transmitidos; de esta manera, la L.I.C.O.A. en su exposición de motivos establecía que el fideicomiso debía de concebirse como una afectación patrimonial a un fin, lo cual permitiría precisar el contenido, naturaleza y efectos jurídicos del fideicomiso; por su parte, la L.T.O.C. vigente, establece que "en virtud del fideicomiso, el fideicomitente destina ciertos bienes a un fin ilícito determinado, encomendado la realización de ese fin a una institución fiduciaria" (Art. 346).

A pesar de la sana intención del legislador de 32, la idea de la transmisión de la propiedad de los bienes objeto del fideicomiso al fiduciario, no encontró una expresión clara, haciendo imposible precisar con facilidad la naturaleza del derecho del fiduciario sobre los bienes fideicomitados así como sus efectos jurídicos.

Falta al concepto de fideicomiso vigente, el elemento esencial para definir esta figura jurídica, que es el de la transmisión de los bienes (que salen del patrimonio del fideicomitente) al fiduciario; se encuentra ausente, asimismo, la determinación de la naturaleza del derecho del fiduciario

sobre los bienes o derechos transmitidos; resulta lamentable que nuestro legislador hable de "destinar" ciertos bienes a un fin lícito, sin establecer a qué título se transmiten esos bienes, puesto que en este aspecto parece aceptar la teoría moderna, del patrimonio-afectación, debió ser congruente con la misma señalando la naturaleza de los derechos que se tienen sobre esos bienes destinados a un fin económico-jurídico, al no hacerlo así nos lleva a los extremos sostenidos por LEPAULIE⁽¹³⁾ al afirmar que "El trust es una institución jurídica que consiste en un patrimonio independiente de todo sujeto de derecho y que en la unidad está constituida por una afectación que es libre dentro de los límites de las leyes en vigor y del orden público", es decir, para este autor el trust presupone derechos patrimoniales, pero éstos no se hayan más en el patrimonio de nadie, llegando así a los extremos de la teoría alemana (de la cual nos ocuparemos más adelante), que considera la existencia de patrimonio sin dueño.

Concretándolo, se puede afirmar (conceptual y técnicamente), que en México el fideicomiso nació mutilado, pues desde un principio se desconoció la nota esencial de la institución consistente en el efecto traslativo del dominio de

(13) LEPAULIE Pierre, La Naturaleza del Trust, citado por Batiza, Ibidem, Pg. 83 y siguientes.

los bienes al fiduciario, pues no hay que olvidar que en la infraestructura de todo fideicomiso existe siempre un acto de confianza; es, afirma ALFARO⁽¹⁴⁾ "De la esencia del fideicomiso e indispensable para sus fines que el constituyente se aparte de la propiedad de los bienes sobre los cuales versa, y que los transmita a la persona en quien deposita su confianza".

Al tratar de determinar la naturaleza jurídica de los derechos del fiduciario sobre los bienes fideicometidos, la vaguedad y falta de precisión técnica de la legislación actual ha llevado a la Suprema Corte de Justicia de la Nación por caminos equivocados, haciéndola llegar a conclusiones insostenibles desde el punto de vista de la técnica jurídica; reproduzco a continuación en forma concisa, diversas ejecutorias del Alto Tribunal, estimando que en cierto aspecto constituyen ya, jurisprudencia definida (en los términos del Título IV, capítulo único, Art. 193 de la Ley de Amparo):

TESIS CONTRARIA⁽¹⁵⁾ (Sala Administrativa), CIA. LIMITADA DEL FERROCARRIL MEXICANO, S.A., "...y por ningún motivo puede entenderse que los bienes objeto del fideicomiso

(14) ALFARO Ricardo J., Adaptación del Trust del Derecho Anglosajón al Derecho Civil, citado por Batiza, Ibidem, Pg. 119.

(15) AMPARO ADMINISTRATIVO EN REVISIÓN, Núm. 210, de 23-VI-1937, Semanario Jurídico de la Federación, Tomo LII, PAG. 2317.

pasen de la propiedad del fideicomitente a la de la institución fiduciaria, pues éste sólo tiene funciones de mero administrador, debiendo cumplir con el acto constitutivo y obrar como buen padre de familia...", sin mayor comentario, esta primera tesis asimila el fideicomiso a la naturaleza del mandato, y responde a la idea doctrinal de las primeras épocas del fideicomiso en México.

TESIS DE LA CUARTA SALA ⁽¹⁶⁾ SOSA GARCIA EFRAIN "...porque desde el momento en que se celebra, se constituye un patrimonio autónomo y sui generis afeñto a determinados fines, cuyo dominio restringido adquiere el fiduciario y los bienes salen del patrimonio del fideicomitente..."

TESIS DE LA SALA CIVIL.

- a) FINANCIERA DE CONSTRUCCIONES, S.A. ⁽¹⁷⁾ "...el fideicomiso es traslativo de dominio, ya que por virtud del contrato el fideicomitente queda privado de toda acción o derecho de disposición sobre el bien que es su objeto, acciones y derechos que se transfieren a la institución fiduciaria para el exacto fiel cumplimiento del fin lícito que le es encomendado..." (4 votos).

(16) AMPARO EN REVISION EN MATERIA DE TRABAJO, Núm. 3303, de 8-V-51, Pub. Cit., Tomo CVIII, Pg. 1328.

(17) AMPARO CIVIL EN REVISION, Núm. 4572 de 1948, Pub. Cit., Tomo CV, Pg. 2047.

- b) MEXICANA DE FIDEICOMISOS, S.A.⁽¹⁸⁾ "...la quejosa adquirió por el fideicomiso los derechos de ser dueña fiduciaria..." (4 votos).
- c) ACOSTA SIERRA FRANCISCO⁽¹⁹⁾ "...entre el fideicomitente y el fiduciario hay una relación de causahabencia dado que aquel transmite a éste el dominio de los bienes fideicometidos...", "...por lo que no es suficiente la figura del mandato para explicar la capacidad jurídica del fiduciario, por ejecutar actos jurídicos que se le han encomendado, ya que no actúa en nombre de otro, sino que ejecuta un derecho propio, en virtud de que tiene dominio sobre los bienes afectados al fideicomiso ..." (4 votos).
- d) FABRICA DE LA CONSTANCIA, S.A.⁽²⁰⁾ "...para los efectos del fideicomiso se le transmitió a la fiduciaria el dominio de los mencionados bienes... como dueño fiduciario..." (4 votos).

(18) AMPARO CIVIL EN REVISION, Núm. 4298 de 1949. Pub. Cit., Tomo CIII, Pg. 1768.

(19) AMPARO CIVIL EN REVISION, Núm. 2064 de 26-X-1953. Pub. Cit., Tomo CXVIII, Pg. 1082.

(20) AMPARO DIRECTO EN REVISION, Núm. 6160, de 27-IV-1955, pendiente de publicación. Citado por Batiza, Ob. Cit. Pg. 120.

- e) ACOSTA SIERRA FRANCISCO⁽²¹⁾ "La fiduciaria adquiere el dominio de los bienes sobre los que se constituye el fideicomiso, llegando a ser en este caso, titular de un derecho de dominio con más o menos limitaciones, según se han fijado en el acto constitutivo, puesto que la fiduciaria como dueña, puede disponer de dichos bienes..."

Esta tesis que se aprobó sólo por tres votos, parece condicionar la traslación de dominio exclusivamente a los casos en que se requiera de estas facultades para ejecutar el fin del fideicomiso, pero por otro lado, incongruentemente afirma que la fiduciaria "como dueña", puede disponer...

- f) DEBORA MOJARRO REFUGIO⁽²²⁾ "...debe estimarse que habiendo adquirido la institución fiduciaria los derechos de dueña y poseedora del bien antes de la fecha en que se inició el juicio hipotecario, la misma institución debió ser citada a éste,... Por mayoría de razón debe estimarse que era necesario, para no violar la garantía del artículo 14 Constitucional que se emplazará a juicio a la institución fiduciaria, que adquirió además de su carácter de dueña del inmueble, la posesión del mismo." (4 votos).

(21) AMPARO CIVIL, de 1º-VII-1955. Pub. Cit., Pag. 24.

(22) AMPARO CIVIL DIRECTO, 171/65 de 13-IV-1967, Pub. Cit., Vol. 126, Cuarta parte, Pg. 20.

De acuerdo con las anteriores ejecutorias, considero en los términos de la Ley de Amparo, que existe jurisprudencia definida por lo que hace a la traslación de dominio de los bienes al fiduciario; pero no en cuanto a los conceptos de propiedad y titularidad, pues se habla indistintamente de "propiedad fiduciaria", de "dueño fiduciario", de "dominio restringido", y en algún caso de "titularidad", todo ello sin ningún fundamento técnico, pues si se utiliza el concepto de propiedad (aún en el sentido limitado o sui generis que se pretende darle), deberá llegarse a tal conclusión por comparación con los derechos reales (género próximo), y exclusión de características de la propiedad en su sentido clásico (diferencia específica), para de ahí poder determinar si es posible la existencia de un derecho real de propiedad especial, como modalidad que varíe alguna de las características o facultades tradicionalmente aceptadas en aquella o no previsto dentro del catálogo de los derechos reales reconocidos por la ley, analizando por último, si esto lo permite la estructura de nuestro sistema Constitucional, de concluir con el estudio de los efectos o consecuencias jurídicas que traería consigo, de ser posible esta nueva forma de derecho real.

Hay que considerar, que en nuestro país la Suprema Corte está instituida con una alta misión que no debe permitir que a su sombra se cometan iniquidades y en sus resoluciones

deberá atenderse siempre a la equidad sin sacrificio nunca de la justicia a la forma, de ahí que deba exigirse siempre, de tan Alto Tribunal, una gran precisión en el manejo de los conceptos técnicos a fin de llegar a conclusiones plausibles. En el caso concreto, aprecio que se ha obrado ligeramente sin llegar al meollo del problema, se han hecho de lado argumentos doctrinales que por explorados deberían tomarse en cuenta para, de una manera lógica, concretar en soluciones más armónicas con el sistema jurídico vigente, tanto en el campo de nuestro derecho Constitucional como en la legislación común.

Si profundizamos en el derecho privado, veremos que nuestra legislación civil es muy estricta en cuanto a la determinación de los derechos reales, y de conformidad con su origen latino-romanista, su exposición es taxativa; en la actualidad se reconocen como derechos de este tipo, siguiendo las ideas del maestro RAFAEL ROJINA VILLEGAS⁽²³⁾, los siguientes:

- a) La Propiedad. Que es un derecho real principal, absoluto, perfecto.

(23) Citado por Antonio de Ibarrola, Ob. Cit., Pgs. 310 y 311.

- b) El Usufructo. Derecho real absoluto relativo, imperfecto (desmembramiento de la propiedad).
- c) El Uso. Derecho real absoluto relativo, imperfecto (desmembramiento de la propiedad).
- d) La Habitación. Derecho real absoluto relativo, imperfecto (desmembramiento de la propiedad).
- e) Las Servidumbres. Derecho real absoluto relativo, imperfecto (desmembramiento de la propiedad).
- f) La Prenda. Derecho real de garantía, accesorio, secundario y también absolutos relativos.
- g) La Hipoteca. Derecho real de garantía, accesorio y secundario y también absolutos y relativos.
- h) Los Derechos de Autor. Derechos reales absolutos, perfectos.
- i) La Propiedad Industrial. derechos Reales absolutos, perfectos.

Afirma el maestro ROJINA VILLEGAS⁽²⁴⁾ que los derechos reales absolutos son aquellos que todo mundo debe respetar, pues sólo existe un sujeto pasivo indeterminado, en tanto que en los derechos absolutos relativos existe un sujeto pasivo determinado, con obligaciones positivas y negativas de carácter patrimonial, en éstos últimos el titular está facultado para inferir en la esfera de la propiedad, restringiendo ésta en mayor o menor grado, según la naturaleza del gravamen.

El licenciado ANTONIO DE IBARROLA⁽²⁵⁾, en su obra analiza las fuentes de los derechos reales y afirma que los actos jurídicos son fuentes de derechos reales, y que esos son actos jurídicos, que pueden ser:

- El contrato.
- El testamento.
- Los actos unilaterales de voluntad.
- La ley.
- La sentencia.
- Los actos administrativos.

El Contrato. Esta es la forma normal de constituir de-

(24) Ob. Cit., Pg. 27 y siguientes.

(25) Ob. Cit., Pg. 318 y siguientes.

rechos reales, mediante la concurrencia de voluntad de los particulares.

El Testamento. Pueden constituirse derechos reales al transmitirse por la herencia, especialmente a través de la institución del legado, siempre que exista solvencia en la sucesión y capacidad tanto en el testador (para constituir el gravamen) como en el legatario titular, así como la aceptación de éste último.

Por Acto Unilateral de Voluntad. Nada se opone a ello; el derecho real se constituye por declaración aún cuando su ejercicio depende de la voluntad de sus titulares.

La Ley. Recordamos que ésta es un acto jurídico de carácter público, una manifestación de voluntad del órgano legislativo para producir consecuencias de derecho. Representa la ley una situación jurídica abstracta que será concreta (creando derechos y obligaciones), al ocurrir el supuesto jurídico previsto por ella, actualizando la hipótesis normativa. Por ello cuando la ley determina directamente la constitución o nacimiento de un derecho necesita un acto o hecho jurídico que determine la actualización jurídica general y abstracta, es decir, la ley por sí sola no crea derechos reales, se requiere la concurrencia de determinados hechos o actos jurídicos previstos en la situación jurídica

abstracta para que ésta se transforme en una situación jurídica concreta, de la cual se deriven derechos subjetivos y otros efectos jurídicos.

La Sentencia. A través de la resolución judicial de una contienda pueden crearse derechos reales; es decir, el Estado a través de la sentencia y por medio del órgano jurisdiccional, aplicará la norma al caso concreto; inclusive una sentencia ejecutoriada, que sea contraria a la ley, constituirá verdad legal; así, se afirma que los derechos reales creados por una sentencia tienen el carácter de indiscutibles.

Actos Administrativos. Existen teorías en pro y en contra acerca de que las concesiones que otorga el Estado para el uso y aprovechamiento de ciertos bienes del dominio público, pueden ser fuentes de derechos reales.

Estimo exacto el estudio del licenciado ANTONIO DE IBARROLA; aparentemente no hay problema en precisar las fuentes de los derechos reales, sin embargo, el problema existe y es el siguiente: Si analizamos nuestra legislación civil, a primera vista y al amparo del principio de la autonomía de la voluntad, parece que los particulares pudieran constituir derechos reales o modificar la fisonomía de los establecidos por la ley, a través de contratos innominados (y

tal posibilidad se admite por algunos autores); no obstante, considero que en nuestro derecho, los derechos reales constituyen numeros clausus, es decir, número cerrado, limitado, en atención a que de aceptarse la institución de numeros apertus de derechos reales, tropezaríamos con diversos obstáculos jurídicos insalvables, tales como la contradicción del principio que sostiene que los contratos sólo obligan a los que los otorgan y resulta incompatible con aquel otro que sostiene que los derechos reales son oponibles a terceros, es decir, que son válidos erga omnes; de acuerdo con el pensamiento tradicionalmente aceptado sobre derechos reales, en éstos siempre existe como contrapartida la obligación de un sujeto pasivo universal, de respetar el derecho del titular; de tal manera, que el contrato en el cual se creara un derecho real ⁽²⁶⁾ sobrepasaría los estrechos límites del contrato, pues afectaría a terceros ajenos por completo a la relación contractual, y si los contratos obligan a los que los otorgan, es evidente que la obligación pasiva universal que engendra un derecho real no puede ser resultado de la voluntad de aquellos, sino que debe existir antes de la creación del derecho, consagrada por la ley, y sólo así producirá obligaciones pasivas, a cargo de un número indeterminado de personas. Por último, para que ese derecho real, creado por contrato, afectara a terceros, debería cum-

(26) PLANIOL Y RIPERT, Citados por Batiza, Ob. Cit., Pg. 74 y 75.

plirse con los requisitos de publicidad, pero éstos se refieren solamente a derechos y actos previstos de antemano por la ley.

Ahora bien, si referimos el cúmulo de ideas aportadas, al caso concreto que ocupa nuestra atención, creo que tendremos ya bases sólidas para pensar que es fundada la crítica que hago a las teorías de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, acerca de lo que se transmite al fiduciario que es una "propiedad fiduciaria", o un "dominio restringido" y asimismo respecto a que se hable de "dueño fiduciario".

Definitivamente, no puedo aceptar que los bienes que se afectan al patrimonio del fideicomiso, constituyan una propiedad (ni siquiera en un sentido limitado), un nuevo derecho real, o una modalidad de la propiedad, expongo a continuación mis argumentos en contra de las respectivas conclusiones.

PRIMERO. Si aceptamos que la institución fiduciaria es "dueña fiduciaria" de los bienes fideicometidos, necesariamente habrá que pensar que aquella es titular de un derecho real de propiedad sobre dichos bienes; consecuentemente ese derecho de propiedad del fiduciario deberá participar de los atributos clásicos de todo derecho de propiedad, ésto

es: que el derecho de propiedad del fiduciario es un derecho absoluto (que no admite limitación), que es un derecho perpetuo (que no se extingue por el no uso), y que es un derecho exclusivo (que no se puede ejercitar más que por el fiduciario), y que además el fiduciario goza de tres facultades primordiales, el JUS UTENDI (derecho de usar la cosa), el JUS FRUENDI (derecho a los frutos de la cosa) y el JUS ABUTENDI (derecho de disponer de la cosa: gravándola, enajenándola, abandonándola).

La propiedad, en los sistemas jurídicos de origen romanista, aún en nuestros días, no puede ser considerada de otra forma y las limitaciones o modalidades que se le implanten devienen ya de la legislación común (cuando establece garantías reales, desmembramientos de la propiedad, o prohíbe el uso abusivo de este derecho), o de la misma Constitución Política (y como consecuencia, claro, en la legislación común), que establece algunas modalidades, y otorga además a la "Nación" la posibilidad de imponerlas de acuerdo con el interés público.

La propiedad, en su sentido moderno, considerada como función social, puede ser impuesta a modalidades o limitaciones, pero ello responderá siempre a un interés público social, y no a un interés privado; y en todo caso, las limitaciones o modalidades estarán impuestas por la ley o podrán

ser creadas por la "Nación" (a través de la legislación correspondiente), pero esas limitaciones o modalidades nunca podrán ser creadas por los particulares.

Vemos que la afirmación de una "propiedad fiduciaria", se destruye por su base, pues las características esenciales del derecho de propiedad son el utendi, el fruenti y el abutiendi (reminiscencia del derecho romano, el último limitado por el concepto moderno de aquel derecho y que implica una facultad de enajenación, de transmitir el dominio; de manera que si una persona está limitada en el uso, disfrute y aún más en el derecho de disponer de una cosa, transmitiendo su dominio, no podrá ser considerada propietaria de ella. De tal forma, si al fiduciario se le niega o limita el ejercicio de esas facultades, clásicas, sobre los bienes afectados el fideicomiso no puede de ninguna manera ser considerado titular de un derecho real de la propiedad. En la prenda podrá estar vedado el uso pero no la transferencia de la cosa, en la hipoteca el propietario podrá usarla, disfrutarla o venderla, transmitiéndola con todo y gravamen; en cambio en el fideicomiso al fiduciario todo le está vedado, puesto que en esencia no obrará por su propia voluntad sino por la de un tercero (del fideicomitente), y no podrá usar, disfrutar o disponer libremente de la cosa, y recordemos que si bien nuestro derecho permite no enajenar a determinadas personas, prohíbe una cláusula que impida enajenar a cual-

quier persona, ello en acatamiento del carácter de enajenable (abutendi), propio de todo derecho de propiedad.

Así, habrá que concluir que el derecho que se le otorga al fiduciario, sobre los bienes afectados al fideicomiso, es siempre un derecho limitado, mientras que el derecho de propiedad, por definición, es absoluto e ilimitado, perpetuo y exclusivo, por lo que no puede hablarse de un derecho de propiedad fiduciaria, supuesto que esta propiedad, para existir como tal, debió haber sido expresamente creada por la legislación como una propiedad limitada y consignada en nuestro derecho positivo.

SEGUNDO. Por otro lado, expresé ya en líneas anteriores, con razones que considero fundadas, la imposibilidad de que los particulares creen nuevos derechos reales o modifiquen los ya existentes (previstos por la ley), a través de los contratos.

TERCERO. Por último, considero que tampoco podría pensarse que la llamada "propiedad fiduciaria" es una modalidad de la propiedad; es decir, de aquellas a las que se refiere el párrafo tercero del artículo 27 Constitucional, cuando establece: "La Nación tendrá en todo tiempo el derecho de imponer a la propiedad privada las modalidades que dicte el interés público...".

Habrá que explicar con cierto detenimiento ese tercer párrafo de nuestro artículo 27 Constitucional, para demostrar de manera lógica, la conclusión a que he llegado; ante todo, cabe preguntarse, ¿quién podrá imponer esas modalidades a la propiedad?, el precepto en cuestión afirma que la "Nación", pero ésta es más bien un concepto sociológico que jurídico; no desde luego materia de este estudio la disertación sobre este punto, pero estimo pertinente, para eliminar una cuestión baladí de técnica jurídica, precisar estas nociones, acudiendo a la autoridad del doctor FELIPE TENA RAMIREZ⁽²⁷⁾ en la materia: "...no debe entenderse en el sentido de que la realidad subyacente llamada "Nación" se fracciona en las entidades federativas. El sistema federal no es sino una forma de gobierno, una técnica para organizar a los poderes públicos...", "La Constitución emplea con frecuencia el término federación en un sentido impropio...", "La federación, representa ante todo una forma de gobierno, que al consistir substancialmente en una distribución de competencias, cubre por igual al perímetro central y a los locales...", "Los órganos centrales, generalmente llamados federales, no son simplemente titulares de la porción de facultades sustraídas a los Estados, sino que, además suelen ser representantes del todo llamado Nación", "Los órganos centrales asumen la representación de lo nacional, no en

(27) Derecho Constitucional Mexicano, Editorial Porrúa, S.A. 3ª Edición, México, 1955. Pg. 137 y siguientes.

ejercicio de facultades limitadas por la de los Estados miembros, sino por encima de éstos", "...según el artículo 27 Constitucional, cuantas veces se menciona a la Nación, su representación incumbe al Gobierno federal, no en virtud de facultades coextensas, sino en virtud de facultades que exceden la finalidad de cualquier forma de gobierno".

En concordancia, la Suprema Corte de Justicia, en jurisprudencia definida (28), ha establecido: "El párrafo tercero del artículo 27 Constitucional, otorga facultad exclusiva a la Nación, para imponer modalidades a la propiedad privada, tomando en cuenta el interés público, pero esta facultad ha de entenderse en el sentido de que toca exclusivamente al Congreso de la Unión, expedir las leyes que reglamenten el citado párrafo tercero...".

Así pues, será el Congreso de la Unión quien pueda imponer esas modalidades a la propiedad privada.

Veamos ahora en qué consisten esas "modalidades" que puede imponer el Congreso; estimo que el término empleado en la Constitución no responde a la connotación comúnmente aceptada (elemento accidental que puede añadirse a un acto jurídico: condición, modo o carga, plazo) en el derecho pri-

(28) Seminario Judicial de la Federación. Apéndice al Tomo LXXVI, de la Quinta Epoca, 2ª Parte, Antigua Imprenta de Murguía, México, 1944, Pg. 1230.

vado; sino que se emplea en un sentido menos técnico, pero más común; así, podemos entender por "modalidad"⁽²⁹⁾, "El modo de ser o manifestarse propio y peculiar de una cosa; conjunto de características que la distinguen de las demás; "modo": forma variada y determinada que puede recibir o no un ser, sin que por recibirla se cambie o destruya su esencia", este último sentido me parece el que coincide más propiamente con aquel en el que fue empleado el término "modalidades" por el constituyente de 1917; ésto es, traduciríamos así el mencionado tercer párrafo "A la propiedad privada podrá, el Congreso de la Unión, imponerle formas variadas y determinadas sin destruir su esencia, en beneficio del interés público".

¿Puede considerarse que sobre los bienes afectados al fideicomiso se da una modalidad de la propiedad, llamada - propiedad fiduciaria? Aparentemente podría pensarse que si el Congreso de la Unión dictó la Ley de Títulos y Operaciones de Crédito vigente, nada se opone que al instituir el fideicomiso, haya establecido una modalidad de la propiedad respecto de los bienes que afectan a los bienes de aquel; sin embargo, estimo que ésto es un mero espejismo, pues por una parte, si por definición modalidad no es destruir la esencia de algo que varía, considero que la llamada "propie-

(29) Diccionario Enciclopédico Salvat, 2ª Edición, Salvat Editores, S.A., Barcelona, 1954, Tomo IX, Pg. 452.

dad fiduciaria" no tiene de propiedad más que el nombre, pues carece de los atributos esenciales a la propiedad; y por otra parte, si consideramos que las modalidades a que se refiere el artículo 27 Constitucional, en realidad crean una especie de propiedad precaria y derivada (en atención al nuevo concepto del derecho de propiedad), ello responde siempre a un interés social, predominante de tal manera que va a limitar en esos casos, aunque en forma relativa, la propia garantía de propiedad que el artículo establece; pero en rigor técnico, en el fideicomiso, en definitiva no puede aceptarse que exista un interés predominantemente público o social, para crear una modalidad de la propiedad privada, en cuanto a los bienes que salen del patrimonio del fideicomitente, para afectarse al fin del fideicomiso, supuesto que el interés que rige las relaciones entre los sujetos de derecho privado es generalmente un interés individual y privado que carece de interés directo e inmediato para la "Nación".

En conclusión, y atentos a las razones invocadas, resulta imposible aceptar la existencia de una "propiedad fiduciaria".

C) ¿EXISTEN LOS PATRIMONIOS SIN DUEÑO?

Recordemos que el derecho romano se caracterizó por la

naturaleza personal que regía las obligaciones, así, en las relaciones jurídicas la persona respondía con su misma persona y no con su patrimonio; más tarde, la necesidad, práctica y económica, de garantizar a los acreedores comunes dió lugar a la elaboración de la teoría clásica del patrimonio-persona (como mera abstracción), considerando que el activo y pasivo de una persona formaban un todo ideal que garantizaba a sus acreedores quirografarios, estimándose que el patrimonio era una sombra que seguía a la persona, siendo como ésta, único, indivisible e inseparable en vida de su titular; después, en la teoría moderna, se pensó que lo que importaba era el fin económico-jurídico a que se destinaba ese todo llamado patrimonio, que lo esencial era que frente a un patrimonio existiera siempre otro patrimonio que respondiera de obligaciones; es decir, el derecho, en su contenido económico, evolucionó de una naturaleza estrictamente personal a un carácter patrimonial, como emanación de la persona, y de ahí una despersonalización considerando aspectos más económicos que jurídicos.

1. Teoría Alemana.

Notamos que la teoría clásica del patrimonio, aporta la noción de persona⁽³⁰⁾, del Derecho Romano, la de patrimo-

(30) AGUILAR CARBAJAL Leopoldo, Ob. Cit., Pg. 31.

nio, sin embargo, el derecho alemán se aparta de manera original, de la misma, al considerar que lo que mantiene unidos a los elementos de un patrimonio no es el fin a que se destinan, como en la teoría moderna, sino en el hecho de que todos los elementos pertenecen a un mismo sujeto (igual que en la teoría clásica), pero los elementos pasivos (he aquí la diferencia fundamental), no están unidos con los activos, puesto que el pasivo grava el patrimonio y no forma parte de él; en consecuencia, el patrimonio sólo está integrado por elementos activos; el patrimonio se considera como una noción económica, ya que figuran en él sólo satisfactores, aún cuando no fueren valorizables en dinero, siendo suficiente que sean aptos para satisfacer necesidades.

Este patrimonio puede gravarse con el pasivo, que no forma parte de aquel, (constituyéndose así como prenda de los acreedores comunes); sin embargo, el Código Alemán⁽³¹⁾ "autoriza a una persona a enajenar su patrimonio, entonces los acreedores podrán ejercitar sus acciones contra el cesionario, quien adquirirá a beneficio de inventario", es decir, actuarán en contra de un patrimonio sin titular.

Esta teoría alemana (que lleva a sus extremos las conclusiones de la teoría del patrimonio-afectación), nos lleva a considerar la existencia de patrimonios sin dueño; ello

(31) IBARROLA Antonio de, Ob. Cit., Pag. 33.

choca con los fines esenciales del derecho, puesto que en los primeros principios, o causas últimas de la ciencia jurídica, siempre estará el hombre como su esencial motivación; es indudable que al prescindir de los fines humanos y despersonalizado al patrimonio, se coloca a un conjunto de cosas como sujeto de derecho; patrimonio frente a patrimonio; y evidentemente no podemos pensar en relaciones jurídicas (derechos y obligaciones), sin referirlas a un sujeto humano (acreedor y deudor), y por muy lejos que se llegue en las abstracciones no podemos aceptar el absurdo de que un patrimonio piense y por su propia voluntad decida obligarse ante otro conjunto de cosas. Estimo que en este caso, como en muchos otros de la ciencia del derecho, el abuso que se cometa con el uso de ficciones jurídicas nos conduce, por los peligrosos caminos del sofisma y de lo alógico, a establecer nociones verdaderamente contrarias a la realidad misma, y no debemos olvidar que en la base de todo derecho existe siempre un fenómeno social, y consecuentemente humano, que se tutela.

2. En Relación con el Concepto de Titularidad.

En la L.T.O.C. (Art. 346), se establece que "en virtud del fideicomiso, el fideicomitente destina ciertos bienes a un fin lícito determinado, encomendando la realización de ese fin a una institución fiduciaria" y (Art. 351), que "los

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

En los anteriores preceptos notamos que, respecto del patrimonio fideicometido el legislador se inclinó por la teoría moderna del patrimonio afectación, estimando que los bienes salen del patrimonio del fideicomitente para afectarse a la realización de un fin determinado.

Ahora bien, supuesto que la nota característica de todo fideicomiso es que éste implica una traslación del dominio sobre los bienes fideicometidos, cabe preguntar quién es el titular de este patrimonio.

Aparentemente no existe problema a dilucidar, puesto que aún cuando la ley no señala titular, sí especifica que la realización de ese fin se encomendará al fiduciario y éste parece ser (y es comunmente aceptado por la doctrina), el titular; pero si nos adentramos en el estudio de la teoría del patrimonio-afectación, veremos que ésta se caracteriza por las siguientes notas:

- No importa el sujeto, sino el conjunto de bienes destinados a un fin, que se encuentren adscritos al logro

de una finalidad determinada que debe estar tutelada por el derecho.

- La circunstancia de que los bienes no pertenezcan a una persona, no significa que no existan derechos, ellos pertenecen no a alguien sino a algo, al patrimonio.
- Hay un desdoblamiento del patrimonio. Existe un patrimonio autónomo, independiente de aquel otro de la persona que dispone de él afectándolo a un fin.
- Al crearse un patrimonio autónomo, no hay un dueño del patrimonio, sólo un titular del mismo, y los actos de éste no valdrán como actos de una persona jurídica, sino como actos que el titular realiza en representación del fin al que el patrimonio se consagra.

Pensamos que la generalidad de la ley puede llevar a conclusiones equivocadas, pues por una parte, si aceptamos que el fiduciario es titular, será porque en un acto de confianza el fideicomitente decidió trasladarle el dominio de los bienes fideicometidos, luego importará no sólo el fin a realizar, sino quien lo realice, ésto es también esencial al fideicomiso.

Por otro lado, resulta innegable que si el fideicomiten-

te se reserva ciertos derechos (Art. 351 L.T.O.C.), él también será titular respecto de esos bienes destinados a un fin, y por último el fideicomisario, como beneficiario de ese fin determinado en el fideicomiso, también podrá ser titular de derechos respecto de esos bienes.

Lo anterior nos conduce a pensar que la falta de precisión legislativa, acerca de la persona del titular del patrimonio fideicometido, podría hacer que estos bienes se consideraran patrimonio sin dueño (que es la teoría del patrimonio a afectación llevada a sus extremos), lo cual no resulta aceptable, de acuerdo con las críticas esgrimidas anteriormente dentro de este mismo estudio.

a) ¿Qué es Titularidad?

Cervantes Ahumada toma textualmente de J. CASTAN Y BATLIE⁽³²⁾, su concepto de titularidad, al afirmar que ésta es "la cualidad jurídica que determina la entidad de poder de una persona sobre un derecho o pluralidad de derechos dentro de una relación jurídica".

(32) Derecho Civil, APENDICE AL DERECHO CIVIL, Tercera Edición, Pg. 272 y sucesivas; citados en el "Diccionario de Derecho Privado", Editorial Labor, S.A., Tomo II, Barcelona, 1950, Pg. 2823-2824.

Afirman estos autores "que en toda relación jurídica existe una pluralidad de personas o sujetos de la misma, unos vínculos que las unen y que constituyen su contenido jurídico, y un principio jurídico que da significado unitario a la relación y dentro de la relación jurídica, el puesto y el carácter de cada sujeto puede ser vario, según las diversas formas de titularidad que a su vez marcan el alcance de los distintos derechos subjetivos y de las facultades que nazcan de la relación jurídica. La titularidad puede ir o no unida al goce del derecho, o a su ejercicio".

Con gran lucidez FRANCISCO MESSINEO⁽³³⁾ señala que "la pertenencia o correspondencia, del derecho subjetivo al sujeto se llama titularidad."

"El concepto de titularidad puede aplicarse a toda especie de derechos; en el uso práctico y también en el uso legislativo, sin embargo, se emplea a veces el término "propiedad" precisamente para indicar la titularidad. Técnica-mente debe preferirse ese último término, en el cual está lógicamente comprendido el de propiedad que es específico para el derecho pleno, que tiene por objeto bienes".

(33) Manual de Derecho Civil Comercial, Ediciones Jurídicas, Europa, América, Buenos Aires, 1954, Tomo 11, Pg. 13.

"Frente al derecho en sentido objetivo (norma), se perfila el concepto de poder de un sujeto, que se manifiesta en conexión con una relación jurídica."

"El derecho subjetivo presupone lógicamente el derecho objetivo (la norma), al menos en el sentido de que la norma es garantía de que el poder (como contenido del derecho subjetivo), pueda ejercitarse efectivamente; pero no es verdad, también la recíproca que del derecho objetivo nazcan siempre derechos subjetivos".

Concretando las ideas anteriores, podemos afirmar que la titularidad es: LA CANTIDAD DE PODER QUE CORRESPONDE A UN SUJETO PARA EJERCITAR UN DERECHO O PLURALIDAD DE DERECHOS SUBJETIVOS DENTRO DE UNA RELACION JURIDICA.

Podemos, asimismo, distinguir entre titularidad y propiedad de un derecho, como una relación de género a especie; la noción de titularidad (género), comprende la de propiedad de un derecho (especie), pues este término se aplica concretamente al sujeto que tiene la propiedad de un bien o la titularidad de un derecho de propiedad.

Llevando el concepto de titularidad al campo del patrimonio, observamos que la titularidad se aplica siempre a un sujeto al que corresponde un derecho subjetivo, de ahí que

si presupuesto de todo derecho subjetivo es: la existencia de un sujeto y su capacidad de derechos, debemos concluir que es más acorde, con la teoría general del derecho. La tesis clásica del patrimonio, pues de tal forma no cabe pensar más que el patrimonio es un conjunto de derechos y obligaciones y que estos derechos y obligaciones siempre corresponden a un sujeto (personales) independientemente del fin al cual se destinen; puesto que los derechos y obligaciones del patrimonio (ya reales, ya personales) engendran necesariamente derechos subjetivos y éstos no pueden concebirse lógicamente sin la existencia de un sujeto al cual referirlos para que en la medida de su titularidad disfrute y ejercite sus derechos.

En nuestro derecho, parece ser que, en ciertos casos, se acepta la tesis del patrimonio afectación (patrimonio de la sucesión, del ausente, de familia, donaciones universales, etc.), sin que importe que no exista sujeto; sin embargo, considero que el problema de que existan derechos subjetivos sin sujeto se resuelve distinguiendo cuando el sujeto no está determinado pero es determinable (pues si aquí el sujeto existe, aún cuando no esté determinado).

- b) ¿Puede Considerarse "Titular" de los Bienes Fideicometidos, al Fiduciario?

Hemos considerado que la titularidad es la medida de poder que tiene un sujeto para ejercitar un derecho subjetivo que le corresponde.

De acuerdo con lo anterior, podríamos concluir que el fiduciario sí es titular de derechos sobre los bienes fideicometidos, pero que esta titularidad la comparte con el fideicomitente y con el beneficiario del fideicomiso, de qué otra manera si no, podríamos entonces explicarnos el que los bienes, al terminar el fideicomiso, reviertan al patrimonio del fideicomitente, o de que el fideicomisario pueda exigir el cumplimiento del fideicomiso, respecto de esos bienes, para su propio beneficio.

Creo que en el fideicomiso existe como nota esencial una traslación (como acto de confianza), al fiduciario, que por ello adquiere titularidad sobre el patrimonio fideicometido, pero ésta es una titularidad compartida; lo importante será precisar la medida del poder o la titularidad de cada uno de los sujetos que intervienen en la relación fiduciaria; considero que la piedra de toque para determinar la titularidad de cada sujeto (conformándola y cuantificándola), y en especial la del fiduciario, será el fin del fideicomi-

so, previsto tanto por la ley, como por el acto constitutivo.

Aspecto importante a determinar es el que la naturaleza de los derechos que crean esa titularidad, sobre los bienes fideicomitidos, entre cada uno de los elementos personales del fideicomiso, en especial de los derechos del fiduciario, y sus efectos jurídicos.

c) ¿Qué Clase de Derechos Crea la Titularidad?

Desde luego, la titularidad presupone derechos subjetivos que alguien puede ejercitar; ahora bien, si hemos afirmado que el fiduciario carece de un derecho real de propiedad, ¿cuál es en esencia la naturaleza de los derechos de los cuales es titular?

Creo que para determinar la clase de derechos que se transmiten al fiduciario, tendríamos que analizar cada fideicomiso en especial que se celebra en la práctica; habría fundamentalmente que distinguir, entre fideicomisos de inversión, de administración y de garantía, para considerar en qué casos se requiere de facultades de dominio, para ejecutar el fin del fideicomiso, llegando el fiduciario a ser titular de un derecho de dominio, con las limitaciones impuestas por el acto constitutivo y por la ley.

so, previsto tanto por la ley, como por el acto constitutivo.

Aspecto importante a determinar es el que la naturaleza de los derechos que crean esa titularidad, sobre los bienes fideicometidos, entre cada uno de los elementos personales del fideicomiso, en especial de los derechos del fiduciario, y sus efectos jurídicos.

c) ¿Qué Clase de Derechos Crea la Titularidad?

Desde luego, la titularidad presupone derechos subjetivos que alguien puede ejercitar; ahora bien, si hemos afirmado que el fiduciario carece de un derecho real de propiedad, ¿cuál es en esencia la naturaleza de los derechos de los cuales es titular?

Creo que para determinar la clase de derechos que se transmiten al fiduciario, tendríamos que analizar cada fideicomiso en especial que se celebra en la práctica; habría fundamentalmente que distinguir, entre fideicomisos de inversión, de administración y de garantía, para considerar en qué casos se requiere de facultades de dominio, para ejecutar el fin del fideicomiso, llegando el fiduciario a ser titular de un derecho de dominio, con las limitaciones impuestas por el acto constitutivo y por la ley.

Es indiscutible, sin embargo, que ante los terceros el fiduciario actúa como titular único, adquiriendo derechos y contrayendo obligaciones, administrando o enajenando los bienes.

Por lo que hace al fideicomiso de garantía, es incuestionable que el fiduciario adquiera una titularidad que le permite disponer (en caso de incumplimiento del fideicomitente), del bien, por lo que sus facultades son comparables a las del titular de un derecho real (garantía real), por cuanto que aún cuando limitado, en el momento de realizarse la hipótesis prevista, tiene un poder directo sobre la cosa y un derecho de oposición a todo el mundo que trate de impedirle el libre ejercicio de su derecho; por otra parte, este derecho del fiduciario, no le impone más cargas y responsabilidades que las relativas al fin del fideicomiso.

Por lo que hace a la relación del fiduciario con el fideicomisario, considero que éste último tendrá un derecho de crédito en contra de aquel para exigir el cumplimiento del fin del fideicomiso, pero también un derecho real, limitado, sobre el patrimonio fideicometido, puesto que éste constituye una garantía real de su crédito, garantía que a través del fideicomiso podrá oponer a terceros.

En lo que respecta al fideicomitente, estimo que existe también una relación real respecto de los bienes fideicometidos, ya que éstos salen de su patrimonio de manera relativa, pues al cumplirse el pago del crédito que garantizó con los bienes fideicometidos, podrá exigir la reversión de dichos bienes a su patrimonio personal.

Aplicando el criterio de clasificación de J. CASTAN Y BATLIE⁽³⁴⁾ sobre la titularidad, podemos caracterizar (en el fideicomiso de garantía) la titularidad del fiduciario, diciendo que ésta es:

- De representación legal o voluntaria (por el carácter con que obra).
- Compartida y provisional (por el poder jurídico conferido).
- De disposición (por el alcance de la gestión sobre su objeto jurídico).
- Atribuye a un derecho a la venta (por la valoración de la cosa sobre que recae).

(34) Ob. Cit., Pg. 3823 y 3824.

- Se funda en la relación jurídico-material (por naturaleza de la causa que engendra la titularidad).
- Personalísima (por la persona a quien corresponde).

D. CONCLUSION.

Hemos visto que el legislador no fue preciso al determinar la naturaleza del régimen legal de los bienes fideicomitidos; que la doctrina se divide, al hablar ya de la propiedad, o de mera titularidad del patrimonio del fideicomiso; que diverge asimismo al considerar la naturaleza del fideicomiso, ya como un contrato, ya como un acto unilateral o bien, como un negocio fiduciario, y que convergen las opiniones al considerar que el fideicomiso se caracteriza por ser un negocio traslativo; por lo que hace a la jurisprudencia, en el lugar correspondiente de este estudio, hicimos un breve análisis de la misma, considerando que sus conclusiones son negativas, debido principalmente a un incorrecto manejo de la técnica jurídica.

Estimo que, fundamentalmente, debe revisarse con detenimiento la legislación sobre fideicomiso vigente, ya que ésta debe determinar con precisión y congruencia las nociones jurídicas que emplea, especificando de manera más clara la naturaleza jurídica tanto del fideicomiso en general, co-

mo la del derecho que otorga sobre su patrimonio, ya que de ello pueden derivarse distintas consecuencias. Y aún cuando se requiera de reformas o adiciones a ciertos principios de derecho común, el legislador no debe soslayarlo, puesto que el derecho constituye un todo, un sistema que debe ser armónico; quizá hubiera sido más sencillo crear legislativamente de una manera expresa, un nuevo derecho real llamado propiedad fiduciaria, como una modalidad de la propiedad privada, y con todas las consecuencias jurídicas propias de tal derecho; ello evitaría la complicada delimitación de los derechos de cada uno de los elementos personales que intervienen en la relación fiduciaria, puesto que se daría un tratamiento especial a los bienes, vinculándolos exclusivamente al fiduciario (desde luego, a los fines propuestos), sin obligar a la determinación de si otras partes tienen derechos reales o personales, o a pensar en la existencia de una propiedad dividida.

Y si en rigor, no podemos dejar de reconocer los obstáculos que impone la adaptación del trust a nuestro medio jurídico, de formación romanista, considero que ello no impide, al amparo de la dinámica jurídica, la evolución congruente y técnica (en armonía con nuestro sistema jurídico), de nociones que correctamente empleadas deben permitir una vida expédita y aún más floreciente, de esta institución del fideicomiso, que con tan prolijos resultados (como instru-

mento económico-jurídico), ha operado en nuestro país a través de la práctica bancaria.

E. FACULTAD PARA VENDER LOS BIENES FIDEICOMETIDOS.

1. Planteamiento del Problema.

Al final del capítulo anterior esbozamos ya el problema; el maestro RAUL CERVANTES AHUMADA⁽³⁵⁾, ha considerado que las facultades que se conceden al fiduciario para la venta del patrimonio fideicometido, en el fideicomiso de garantía, pugnan con nuestro sistema constitucional ya que se conceden al banco atribuciones auténticamente jurisdiccionales.

Hemos precisado, en este estudio, qué característica esencial al fideicomiso es la traslación de ciertos bienes, que salen del patrimonio del fideicomitente para constituir un patrimonio autónomo e independiente, que se afecta al fin exclusivo del fideicomiso, quedando a su creador (fideicomitente) exclusivamente los derechos que se reserva en el acto constitutivo sobre esos bienes.

En el apartado anterior se estableció, asimismo, que la titularidad que recae sobre esos bienes, es una titulari-

(35) Ob. Cit., Pg. 312.

dad compartida entre fideicomitente (cuando no se transmite en forma definitiva los bienes), fiduciario y fideicomisario.

Para establecer el problema que afrontamos, estimo necesario precisar la naturaleza, o límites, del dominio que sobre esos bienes fideicometidos, ejerce el fiduciario.

2. Naturaleza del Dominio que Ejerce el Fiduciario.

En el fideicomiso de garantía la titularidad del fiduciario se conforma o delimita por el fin mismo a realizarse; en otros términos, el banco, adquiere un derecho de naturaleza semejante al de un acreedor hipotecario o prendario, similar a un derecho real accesorio, ya que lo que el fideicomitente transmite a banco no es una finca u otro bien mueble, sino su derecho a actuar, a obrar directamente sobre la cosa pero este derecho sólo se va a actualizar cuando el deudor no pague el crédito principal, sólo en ese momento, el derecho del fiduciario cobrará vida, otorgándole facultades para ejercitar una acción real de disposición, de dominio sobre la cosa, en esos instantes será cuando el banco pueda hacer valer la cantidad de poder que le corresponde, para ejercer un derecho creado en una relación jurídica con-signada en el acto constitutivo y prevista por la ley.

Resulta así, innegable, que el fideicomiso de garantía, el efecto traslativo que origina éste, no es comparable al desmembramiento de la propiedad (usufructo por ejemplo), o a la transmisión de un derecho de tal naturaleza (por ejemplo por la permuta o por la compraventa); el dominio del fiduciario es un dominio en potencia, en expectativa sujeto a las limitaciones y condiciones impuestas por el acto creador del fideicomiso, y este dominio sólo operará en la medida impuesta por el fin encomendado al fiduciario, que es el de garantizar una deuda o crédito principal, que tiene el beneficiario en contra del fideicomitente. De ahí, que la institución fiduciaria no tenga más cargas o responsabilidades que las relativas al propio fin del fideicomiso, sin tener además ventaja alguna material sobre los bienes, de los cuales comparte la titularidad, en beneficio de la seguridad de una operación de crédito realizada entre fideicomisario y fideicomitente.

De tal manera, los derechos del fiduciario, en cuanto a los bienes, son correlativos y se delimitan por las obligaciones que le impone el fin que se le ha encomendado cumplir.

Ahora bien, en el acto constitutivo del fideicomiso de garantía, generalmente se establecen⁽³⁶⁾ disposiciones que

(36) BATIZA, Rodolfo, Ob. Cit., Pg. 134.

determinan el traslado de dominio, y la irrevocabilidad del fideicomiso en tanto no se solucione la obligación principal; el plazo de vencimiento, el pago de intereses, el vencimiento anticipado, y especialmente el procedimiento a seguir, en caso de hacerse necesaria la venta, requisitos de publicaciones, avalúos, adjudicación, etc.

Se ha considerado que es dentro de este clausurado, donde se otorgan facultades jurisdiccionales al fiduciario, ya que si el fideicomitente (deudor), tiene excepciones que oponer al fideicomisario (acreedor), el banco va a decidir, subrogándose el papel de juez para resolver la controversia.

Ante tal crítica debemos ante todo, determinar que se entiende por jurisdicción.

3. ¿Qué es Jurisdicción?

En los albores de la historia del hombre funcionó un régimen de autodefensa, el particular debía defender su derecho sin la intervención del poder público; la fuerza era la medida y el medio para defenderse y establecer los propios intereses conculcados.

Hasta el momento en que el poder público se encarga de solucionar las controversias y tutelar los derechos, cuando

nace la función jurisdiccional; ésta existe, entonces, cuando el Estado sustituye la actividad de los particulares, aplicando el derecho objetivo de los casos concretos⁽³⁷⁾.

Así la función de los jueces será aplicar el derecho objetivo a los casos particulares, examinando si la situación sometida a la consideración del órgano jurisdiccional, puede considerarse como realizadora de la hipótesis jurídica propuesta por la norma y si ésto es así, se aplicarán las consecuencias jurídicas a las personas que el mismo supuesto jurídico precisa.

De tal manera, la función jurisdiccional puede definirse⁽³⁸⁾ como "la aplicación de normas jurídicas a casos concretos, aplicación que obliga a los particulares y puede hacerse efectiva aún contra su voluntad".

Para que el órgano jurisdiccional actúe, se requiere necesariamente la instancia de las partes, pues de derecho de ésta es correlativo de un deber jurídico de aquel. Al derecho de poner en movimiento al órgano jurisdiccional, se le llama derecho de acción, del cual se define⁽³⁹⁾ "como el

(37) GARCIA MAYNES, Eduardo, Introducción al Estudio del Derecho, Editorial Porrúa, S.A., México, 1960, Pg. 227 y siguientes.

(38) Ibidem, Pg. 229.

(39) ROCCO, Hugo, Derecho Procesal Civil, Traducción de Felipe de J. Tena, 1939, Pg. 132.

derecho de cada ciudadano, como tal, de pretender del Estado el ejercicio de su actividad para la satisfacción de los intereses amparados por el derecho".

El derecho de acción se caracteriza por ser:

- a) Un derecho subjetivo público. Correlativo de una obligación impuesta a ciertos órganos del Estado, llamados jurisdiccionales.
- b) Es relativo. Porque es correlativo a una obligación especial del Estado, representado por sus órganos.
- c) Es abstracto. Puede ser ejecutado por cualquier persona, aún cuando no tenga un derecho material que hacer valer.

Por último, precisemos que se entiende por órgano jurisdiccional; de manera simplísima diremos: "que es aquella persona o personas, que en representación y ejercicio de la función jurisdiccional del Estado, van a suprimir los obstáculos que impiden el cumplimiento de las normas jurídicas, a fin de satisfacer en forma indirecta, los intereses privados de los particulares, por cuenta de quienes actúa."

Resumiendo, vemos que la jurisdicción se caracteriza por ser:

- a) Una función exclusiva de los órganos estatales específicamente determinados para ello.
- b) Una función que consiste en aplicar las normas jurídicas (derecho objetivo), al caso concreto.
- c) Que la función de determinar el derecho aplicable a cada caso se contiene y se realiza en la sentencia.
- d) Que la sentencia (como aplicación de la norma al caso especial), obliga a los particulares, pudiendo hacerse efectiva aún contra su voluntad.

Por otra parte analicemos, brevemente, los preceptos constitucionales que rigen la materia.

4. Nuestro Sistema Constitucional.

Nuestra Constitución consagra en los artículos 13, 14 y 16, los derechos públicos que rigen la seguridad jurídica de los particulares, estableciendo las garantías de audiencia, de exacta aplicación de la ley (o de estricta legalidad), y de legalidad.

El Art. 13 establece que: "nadie puede ser juzgado por leyes privativas, ni por tribunales especiales..."

El Art. 14 dispone en su segundo párrafo, que "nadie podrá ser privado de la vida, de la libertad o de sus propiedades, posesiones o derechos, sino mediante juicio seguido ante los tribunales previamente establecidos, en el que se cumplan las formalidades esenciales del procedimiento y conforme a las leyes expedidas con anterioridad al hecho" (garantía de audiencia).

El mismo artículo, en su párrafo cuarto, que "en los juicios del orden civil, la sentencia definitiva deberá ser conforme a la letra, o a la interpretación jurídica de la ley, y a falta de ésta se fundará en los principios generales del derecho" (garantía de exacta aplicación de la ley).

El Art. 16 establece que "nadie puede ser molestado en su persona, familia, domicilio, papeles o posesiones, sino en virtud de mandamiento escrito de la autoridad competente, que funde y motive la causa legal del procedimiento..." (garantía de legalidad).

5. Conclusión.

Al amparo de los conceptos y preceptos antes expuestos,

cabe preguntarse si efectivamente al fiduciario, a través del acto constitutivo del fideicomiso de garantía, se le otorgan facultades jurisdiccionales que choquen con nuestro sistema constitucional.

Me parece preciso contemplar el problema desde dos puntos de vista, en un sentido formal y en un sentido material.

Formalmente. Si estimamos que, por definición la función jurisdiccional es exclusiva de ciertos órganos del Estado, que tienen facultad para decidir una controversia (aplicando la ley al caso concreto), y autoridad para hacer cumplir su resolución (sentencia), de manera obligatoria; resulta obvio que la institución fiduciaria en materia alguna puede ser considerada, o equiparada a un órgano o autoridad del Estado, con facultades jurisdiccionales, para resolver si es o no procedente la venta de un fideicomiso de garantía.

Desde el punto de vista material. Creo que es aquí donde con precisión se enfoca el problema que estudiamos, pues los impugnadores de esta supuesta facultad jurisdiccional del fiduciario, para determinar la venta, estiman que materialmente, es decir, por su contenido, esa facultad del banco, implica una facultad de decisión judicial que viola las garantías individuales consagradas en los artículos 13,

14 y 16 constitucionales, ya que la institución fiduciaria se constituye en un tribunal especial con leyes privativas.

Considero que la crítica es injusta y superficial, ya que, como señalé anteriormente, el fiduciario únicamente tiene una titularidad compartida, sobre los bienes fideicometidos, y el alcance de los derechos que le devienen de esa titularidad, se encuentra delimitado en el acto constitutivo, en razón del fin a realizar; ello no implica en modo alguno que a la institución bancaria, se le otorguen facultades de decisión sobre una posible controversia entre deudor (fideicomitente) y acreedor (fideicomisario); lo que sucede es, que en el momento de actualizarse el derecho del fiduciario (por no cumplirse el pago de la obligación principal) este derecho engendra una serie de facultades de ejecución necesarias para el cumplimiento del fin del fideicomiso. El dominio que se trasladó, de una manera potencial, a la institución fiduciaria, cobra vida, se actualiza, y el fiduciario contempla una mera situación de hecho (el no cumplimiento de la obligación del deudor fideicomitente); él no va a resolver ninguna controversia o situación jurídica, ni va a aplicar ley alguna de carácter privativo, simplemente va a comprobar los extremos de esa situación de facto para proceder a la venta de un bien, conforme a lo pactado en el acto fundante, por las partes.

Al fiduciario, que contempla una situación objetiva, no le interesará determinar si el deudor tiene alguna excepción que hacer valer en contra del beneficiario, puesto que el patrimonio que aquel maneja es independiente del que pertenece al fideicomisario; y en la medida de su titularidad, a la institución fiduciaria sólo le importará cumplir con el fin del fideicomiso, ella es ajena por completo a otra relación jurídica (distinta de la del fideicomiso), entre acreedor y deudor; y por otra parte, nada se opone a que el deudor fideicomitente acuda ante los tribunales, en demanda de justicia, en contra de su acreedor, si considera tener algún derecho que hacer valer; aún más, el propio órgano jurisdiccional podrá ordenar (en atención a los argumentos expuestos) detener la venta de los bienes fideicometidos hasta que se resuelva la contienda entre acreedor y deudor.

Atento a lo expuesto, estimo que las facultades del fiduciario no trasgreden nuestro sistema constitucional; sin embargo, considero que, en los casos en que el fideicomitente que se estima afectado y acude a los tribunales, el establecimiento de un prolongado procedimiento judicial, desnaturaliza la esencia misma del fideicomiso de garantía, pues uno de sus fines principales es la seguridad de que en caso necesario de venta del bien, se evita un largo y costoso procedimiento judicial, como es común en los juicios hipotecarios y prendarios. Por ello, preciso necesario el esta-

blecimiento de un procedimiento judicial exclusivo para tratar los asuntos relativos al fideicomiso en general, y en especial, los derivados de la venta en los de garantía, que debería tramitarse sumariamente; quizá fuera también aconsejable establecer, de manera preliminar, un procedimiento de tipo administrativo similar al que existe en materia de fianzas y seguros, en los que las partes podrían aceptar o no, someterse al arbitraje de la Comisión Nacional Bancaria, y aún cuando constitucionalmente hablando, no deja de ser dudoso el establecimiento de estos tribunales administrativos, es notorio que en la práctica han funcionado con óptimos resultados, evitando a los que se someten a ellos, la labor pesada y burocrática que, por desgracia, implica el acudir directamente a los tribunales; en última instancia se podría salvar la objeción de anticonstitucionalidad de este procedimiento administrativo, puesto que los particulares podrían renunciar, según conviniera a sus intereses, al arbitraje, para someterse a la autoridad de los órganos jurisdiccionales.

C O N C L U S I O N E S

C O N C L U S I O N E S

PRIMERA. El Trust surge en Inglaterra como producto de la labor de los Tribunales de equidad, que llenaban las lagunas del derecho común. La Fiducia Romana y el Trust angloamericano son instituciones jurídicas distintas, siendo éste último el que constituye la fuente material o histórica de nuestro fideicomiso.

SEGUNDA. La primera fuente formal de nuestro fideicomiso es la Ley de Instituciones de Crédito de 1924, que lo consideró como un mandato irrevocable, evolucionando posteriormente su concepto, para establecerse en la actualidad como un patrimonio-afectación, independiente de todo sujeto de derecho.

TERCERA. El Fideicomiso mexicano es de naturaleza esencialmente mercantil, pues es regulado por la L.G.T.O.C. y sólo puede ejecutarse por instituciones de crédito autorizadas para tal efecto; en nuestro medio jurídico, el fideicomiso no es un negocio fiduciario, ya que se trata de un negocio típico único y externo; su naturaleza tampoco corresponde a la de un contrato, aún cuando pueda contenerse en él.

CUARTA. El fideicomiso es, en esencia, un acto unilateral de voluntad y en especial su naturaleza jurídica puede equipararse a la estipulación en favor de tercero.

QUINTA. El fideicomiso mexicano es un negocio jurídico de carácter mercantil, de naturaleza esencialmente unilateral, mediante el cual el fideicomitente afecta un patrimonio, que adquiere autonomía, en favor de una institución fiduciaria, para que ésta realice los fines determinados y lícitos que le encomiendan, generalmente en beneficio de un tercero, beneficiario, aunque éste puede no existir.

SEXTA. Las clasificaciones planteadas sobre fideicomiso son arbitrarias y carecen de base científica, obedeciendo a criterios pragmáticos.

SEPTIMA. En la vida jurídica, los conductos adecuados para garantizar el cumplimiento de las obligaciones son los contratos de garantía; éstos pueden ser reales o personales.

OCTAVA. El fideicomiso de garantía es una especie del fideicomiso en general, y puede definirse como un acto jurídico en virtud del cual el fideicomitente entrega un bien, mueble o inmueble, al fiduciario, transmitiéndole la titularidad o propiedad del mismo, a fin de asegurar el pago del crédito a un tercero, fideicomisario, teniendo el fiduciario

un poder irrevocable sobre el bien enajenado, en tanto permanezca insoluto el adeudo garantizado y pudiendo disponerse, por el fiduciario, del bien haciéndolo vender en los términos pactados, en caso de incumplimiento de la obligación del fideicomitente.

NOVENA. La función del fideicomiso de garantía ha sido substituir, eficazmente, a la prenda y la hipoteca, evitando la complicación común a un largo procedimiento judicial.

DECIMA. En el fideicomiso de garantía debe legislarse sobre la forma de garantizar el cumplimiento de la obligación principal del fideicomitente, en los casos en que el fideicomiso se haga imposible por falta del fiduciario, pues existe al respecto laguna de la ley, debiendo en ese caso facultarse al juez para que ordenara la forma de asegurar el crédito del fideicomisario.

DECIMA PRIMERA. La naturaleza de los derechos del fideicomisario, en general, y especialmente en el fideicomiso de garantía, en principio, es personal, puesto que no tiene un poder jurídico sobre la cosa que pueda ejercer en forma directa.

DECIMA SEGUNDA. El fideicomisario no tiene una acción reivindicatoria sobre los bienes fideicometidos, y el térmi-

no se encuentre mal empleado por el artículo 355 de la L.T. O.C., puesto que aquel tiene una mera acción revocatoria, que tiene por fin restituir los bienes salidos del fideicomiso al patrimonio de éste y no al propio, a fin de que se cumpla con el objeto del fideicomiso.

DECIMA TERCERA. El patrimonio es un conjunto de bienes, derechos y obligaciones que constituyen una universalidad de derecho. La teoría clásica que lo explica, lo considera como una emanación de la personalidad; en contraste, la teoría moderna del patrimonio afectación, sostiene que el fundamento del patrimonio se encuentra en el destino que en un momento dado tengan bienes, derechos y obligaciones con relación a un fin económico jurídico, que da origen a un patrimonio autónomo. Nuestro Derecho Positivo acepta como regla general a la teoría clásica, y como excepción admite la existencia de patrimonios afectación.

DECIMA CUARTA. En los sistemas jurídicos de formación romanista la propiedad, clásica, se caracteriza como un derecho real, absoluto, perpetuo y exclusivo, que contiene tres facultades: Jus Utendi, Jus Fruendi y Jus Abutendi. En la actualidad el concepto de propiedad ha evolucionado, limitándose por los intereses de la colectividad, es decir, cumple una función social; así se establece en nuestro sistema constitucional, permitiéndose a la "Nación", establecer modalidades a la propiedad.

DECIMO QUINTA. En el derecho de propiedad, existen dos aspectos: Uno interno, de tendencia, que se ejercita directamente por el titular sobre una cosa y para su disfrute con exclusión de todo mundo, y otro externo, que consiste en un respeto masivo de todo el mundo para el derecho del titular.

DECIMO SEXTA. Nota esencial al fideicomiso es que constituye un acto de traslación de dominio de los bienes al fiduciario; sin embargo, el legislador no determinó de manera precisa la naturaleza del régimen legal de dichos bienes, y la jurisprudencia por su parte, ha llegado a conclusiones contradictorias, debido a un incorrecto manejo de la técnica jurídica.

DECIMO SEPTIMA. No puede aceptarse que los bienes que se afectan al patrimonio del fideicomiso constituyan una propiedad fiduciaria (especial), o un nuevo derecho real, ni tampoco que se trate de una modalidad de la propiedad, a las que se refiere el tercer párrafo de artículo 27 Constitucional. Debe revisarse la legislación vigente sobre fideicomiso, reformando, la L.T.O.C. y la L.G.I.C.O.A., adicionándose con una reglamentación adecuada que precise con exactitud y congruencia las nociones jurídicas empleadas, determinando la manera más clara la naturaleza jurídica tanto del fideicomiso en general, como de los derechos que otorga su patrimonio.

DECIMA OCTAVA. El fiduciario es titular, no propietario, entendiéndose por titularidad la cantidad de poder que corresponde a un sujeto para ejercitar un derecho o pluralidad de derechos subjetivos dentro de una relación jurídica. La noción de Titularidad comprende a la propiedad, en una relación de género a especie. La titularidad compartida con los demás sujetos que intervienen en la relación fiduciaria; la medida de la titularidad de cada sujeto la determina el fin mismo del fideicomiso.

DECIMA NOVENA. En el fideicomiso de garantía los derechos del fiduciario sobre el patrimonio fideicometido, son similares a los de un titular de un derecho real que tiene un poder directo sobre la cosa y oposición erga omnes, pero aquellos derechos se actualizan hasta el momento de realizarse la hipótesis del no cumplimiento de la obligación garantizada.

VIGESIMA. El fideicomisario tiene un derecho de crédito en contra del fiduciario, para exigir el cumplimiento del fideicomiso, pero al mismo tiempo tiene un derecho real, limitado, sobre el patrimonio fideicometido, que constituye la garantía de su crédito, y a través del fideicomiso podrá oponerlo a terceros.

VIGESIMA PRIMERA. El fideicomitente tiene un derecho

real respecto del patrimonio fideicometido, aunque relativo, pues al cumplimiento del fideicomiso, podrá exigir la reversión de los bienes a su patrimonio personal.

VIGESIMA SEGUNDA. Es infundada la crítica de que el Banco fiduciario viola garantías constitucionales, en cientos de casos, al vender los bienes fideicometidos, ya que la institución de crédito sólo contempla una situación de hecho, el incumplimiento de una obligación principal, que actualiza su derecho sobre los bienes fideicometidos, presu- puesto que le permite emplear sus facultades de ejecución, necesarias para cumplir el fin que se le ha encomendado, sin que por ello resuelva controversia alguna; simplemente com- prueba los extremos de una situación de facto sin aplicar ley alguna de carácter positivo.

VIGESIMA TERCERA. En el caso de las facultades de dis- posición implícitas o tácitas del fiduciario, nacidas en virtud del fideicomiso de garantía, sería conveniente que se legislara con mayor precisión, debiendo establecerse qui- zá una intervención de la Comisión Nacional Bancaria para delimitar en cada caso concreto esas facultades de la insti- tución fiduciaria.

VIGESIMA CUARTA. Deba legislarse, creando un procedi- miento sumario, para aquellos casos en que el acreedor fi-

deicomisario tenga acciones que hacer valer en contra del fideicomitente, precisándose las facultades del órgano jurisdiccional. Asimismo, sería recomendable establecer un procedimiento administrativo de arbitraje, previo al judicial, para que las partes acudieran ante la Comisión Nacional Bancaria, a fin de evitar, en lo posible, un engorroso procedimiento judicial que desnaturaliza los fines del fideicomiso de garantía.

B I B L I O G R A F I A

B I B L I O G R A F I A

- AGUILAR CARBAJAL, LEOPOLDO.
Segundo Curso de Derecho Civil.
- BARRERA GRAFF, JORGE.
Estudios de Derecho Mercantil, Derecho Bancario, Derecho Industrial.
- BARRERA GRAFF, JORGE.
Los Negocios Fiduciarios.
- BATIZA, RODOLFO.
El Fideicomiso, Teoría y Práctica.
- BATIZA, RODOLFO.
Tres Estudios sobre el Fideicomiso.
- BATIZA, RODOLFO.
Principios Básicos del Fideicomiso y de la Administración Fiduciaria.
- BOJALIL, JULIAN.
El Fideicomiso.
- BORJA MARTINEZ, MANUEL.
Apuntes de las Clases de Contratos.
- BORJA SORIANO, MANUEL.
Teoría General de las Obligaciones.
- CABRERA BRETON, CUAUHTEMOC.
El Fideicomiso Estatal en México.
- CERVANTES AHUMADA, RAUL.
Títulos y Operaciones de Crédito.
- DASA SASTRE ROMA, MARIA.
El Fideicomiso.
- DAVALOS MEJIA, CARLOS L.
Títulos y Contratos de Crédito, Quiebras.
- DOMINGUEZ MARTINEZ.
El Fideicomiso como Negocio Fiduciario.

GALINDO GUARNEROS, GUSTAVO.
El Fideicomiso.

GARCIA MAYNES, EDUARDO.
Introducción al Estudio de Derecho.

GARRIGUEZ DIAZ, JOAQUIN.
Negocio Fiduciario en el Derecho Mercantil.

GIORGI, JORGE.
Teoría de las Obligaciones en el Derecho Moderno.

HERNANDEZ OCTAVIO, A.
Derecho Bancario Mexicano.

IBARROLA, ANTONIO DE
Cosas y Sucesiones.

KRIEGER VAZQUEZ, EMILIO.
Notas sobre el Fideicomiso.

LAPVULLE, PIERRE.
Tratado Teórico y Práctico de los Trusts en el Derecho Interno, en el Derecho Fiscal y en el Derecho Internacional.

LOZANO NORIEGA, FRANCISCO.
Cuarto Curso del Derecho Civil.

MESINEO, FRANCISCO.
Manual de Derecho Civil, Contratos.

MOLINA PASQUEL, ROBERTO.
Los Derechos del Fideicomisario.

OLVERA DE LUNA, OMAR.
Contratos Mercantiles.

PINA MEDINA, JORGE.
Las Instituciones Fiduciarias y el Fideicomiso en México.

ROCCO, HUGO.
Derecho Procesal Civil.

RODRIGUEZ Y RODRIGUEZ, JOAQUIN.
Curso de Derecho Mercantil.

ROJINA VILLEGAS, RAFAEL.
Compendio de Derecho Civil, Bienes, Derechos Reales y Sucesiones, Seminario de Derecho Mercantil y Bancario. Aportación al Fideicomiso.