255
2ej

UNIVERSIDAD NACIONAL AUTONOMA DE MEXICO

ESCUELA NACIONAL DE ESTUDIOS PROFESIONALES

"A C A T L A N"

ESTUDIO COMPARATIVO DEL FIDEICOMISO FRENTE AL NEGOCIO FIDUCIARIO EN MEXICO.

T E S I S

QUE PARA OBTENER EL TITULO DE:

LICENCIADO EN DERECHO

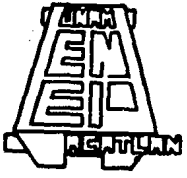
P R E S E N T A :

MARIA LUCINA RANGEL CRUZ

ASESOR DE TESIS:

LIC. GERARDO GOYENECHEA GODINEZ

TESIS CON
FALLA DE ORIGEN



ACATLAN, EDO. DE MEXICO 1991

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.

I N D I C E

ESTUDIO COMPARATIVO DEL FIDEICOMISO FRENTE AL NEGOCIO FIDUCIARIO EN MEXICO.

Pags.

INTRODUCCION..... 1

CAPITULO I.- EL FIDEICOMISO.

1.1.- CONCEPTO..... 4

1.2.- ANTECEDENTES..... 13

1.3.- ELEMENTOS ESENCIALES Y DE VALIDEZ..... 34

1.3.1.- SUJETOS..... 37

A) EL FIDEICOMITENTE..... 38

B) EL FIDUCIARIO..... 41

C) EL FIDEICOMISARIO..... 50

1.3.2.- OBJETO..... 53

1.3.3.- LICITUD..... 56

1.3.4.- CAPACIDAD DE LAS PARTES..... 57

1.3.5.- FORMA..... 60

1.4.- RELACION JURIDICA..... 61

1.5.- TRANSMISION DEL PATRIMONIO..... 63

CAPITULO II.- EL NEGOCIO FIDUCIARIO.

2.1.- CONCEPTO..... 68

Págs.

2.2.- ANTECEDENTES..... 73

2.3.- ELEMENTOS ESENCIALES Y DE VALIDEZ..... 75

2.3.1.- SUJETOS..... 76

A) EL FIDUCIANTE..... 77

B) EL FIDUCIARIO..... 80

C) EL FIDEICOMISARIO..... 83

2.3.2.- OBJETO..... 84

2.3.3.- LICITUD..... 84

2.3.4.- CAPACIDAD DE LAS PARTES..... 86

2.3.5.- FORMA..... 87

2.4.- RELACION JURIDICA..... 88

2.5.- TRANSMISION DEL PATRIMONIO..... 92

CAPITULO III.- NORMATIVIDAD JURIDICA.

3.1.- REGULACION JURIDICA DEL FIDEICOMISO Y NEGOCIO-FIDUCIARIO..... 96

3.1.1.- TIPICIDAD DEL FIDEICOMISO..... 96

3.1.2.- FALTA DE TIPO LEGAL RESPECTO AL NEGO--CIO FIDUCIARIO..... 98

3.2.- CAUSAS QUE ORIGINAN LA INEXISTENCIA DEL FIDEI-COMISO Y COMPARACION CON EL NEGOCIO FIDUCIARIO 100

Pags.

3.3.- DE LOS EFECTOS POR NULIDAD RELATIVA Y ABSOLUTA EN EL FIDEICOMISO Y COMPARACION CON EL NEGOCIO FIDUCIARIO..... 105

3.4.- PARTICIPACION OBLIGATORIA DE UNA INSTITUCION DE CREDITO COMO SUJETO FIDUCIARIO..... 116

3.5.- CAUSAS DE TERMINACION DEL FIDEICOMISO Y DEL NEGOCIO FIDUCIARIO..... 123

CAPITULO IV.- EL FIDEICOMISO Y EL NEGOCIO FIDUCIARIO.

4.1.- DE LA VERACIDAD DE LA TEORIA QUE CONSIDERA AL FIDEICOMISO AJENO AL NEGOCIO FIDUCIARIO..... 128

A) TEORIA QUE DEFINE AL FIDEICOMISO COMO PARTE DEL NEGOCIO FIDUCIARIO..... 137

B) TEORIA QUE CONSIDERA AL FIDEICOMISO COMO UN NEGOCIO FIDUCIARIO..... 143

4.2.- POSICION PERSONAL..... 147

4.3.- EL USO Y ABUSO DEL FIDEICOMISO..... 151

CONCLUSIONES..... 175

BIBLIOGRAFIA..... 179

I N T R O D U C C I O N

La presente Tesis la realicé de acuerdo al siguiente objetivo: "Muchos han sido los tratadistas que hacen mención del fideicomiso en relación al negocio fiduciario; habiendo algunos que aseguran que el fideicomiso forma parte del negocio fiduciario, otros afirman que al hablar del fideicomiso nos estamos refiriendo exactamente al negocio fiduciario (confunden una figura con la otra), existen otros que lo consideran ajeno a él. Todas estas posiciones nos llevan a una seria confusión, de ahí que pretenda realizar el estudio detallado de cada una de las figuras mencionadas para poder comprender las diferencias que existen entre una y otra; incluyendo, con tal finalidad, un estudio normativo. Al referirme a la normatividad jurídica, pretendo hacer incapie en la regulación que la Ley otorga al fideicomiso, de ahí su aceptación, frente a la ignorancia de que es objeto el negocio fiduciario llegando, incluso, a no ser mencionado.

El contemplar dentro del capitulado a las teorías que se dan respecto a las relaciones, que algunos tratadistas aseguran, guardan entre sí dichas figuras; es con el fin de poder dar una explicación más veraz sobre la distinción de una frente a la otra; lo -

cual deseo aclarar en el punto titulado posición personal, en el - que quiero tratar tanto la comparación como el porqué considero - más verídica a la teoría que determina al fideicomiso ajeno al negocio fiduciario, siendo este mi principal objetivo. Es de importancia realizar tal estudio porque, aunque el fideicomiso es muy usado en nuestro país (algunos distinguidos tratadistas consideran que se trata de un abuso del fideicomiso, yo considero que no se trata de un abuso sino de un uso frecuente del mismo; porque cada uno de los actos que se realizan por medio de esta figura tienen una caracte-- rística propia que los hace suceptibles de ser manejados sólo por - él) no se tiene una idea clara y precisa de todo lo que esta figura constituye. Así, entonces, por último haré brevemente una crítica- sobre el uso y abuso del fideicomiso, para reconocer la necesidad - de recurrir constantemente a esta figura sin que ello constituya un abuso"

Por tal motivo comienzo por dar un concepto, así como un estudio por separado del fideicomiso y del negocio fiduciario, a fin de conocer ampliamente dichas figuras, logrando con estas dos investigaciones, empezar a dejar de manifiesto las diferencias que se presentan entre ambas.

Es necesario, como se prevee en el objetivo en cuestión, seguir con el estudio de su normatividad jurídica, en virtud de que es el Derecho el que da la pauta principal de diferencia entre uno y otro, ya que en tanto el fideicomiso es regulado jurídicamente, el negocio fiduciario carece de regulación y mención alguna legalmente.

Por último, complemento la presente investigación con las opiniones que diversos autores han otorgado, respecto a la relación fideicomiso-negocio fiduciario; con la finalidad de dar a conocer los fundamentos en los cuales se basa cada autor para sostener, que el fideicomiso es una especie o forma parte del negocio fiduciario, que el fideicomiso es un negocio fiduciario o bien que el fideicomiso es ajeno al negocio fiduciario, teoría última con la que estoy de acuerdo y trato de explicar en el presente estudio. Así mismo, realizo una investigación en relación al uso del fideicomiso, tratando de demostrar que su uso frecuente no debe ser considerado como un abuso.

CAPITULO I

EL FIDEICOMISO

1.1.- CONCEPTO.

El fideicomiso es una figura compleja que se ha adaptado a - nuestro medio legal y social, tal complejidad deriva de sus características tan específicas que logran sea considerado como una figura, además de compleja, ESPECIAL.

Se trata de una figura especial, en virtud de que desde el momento en que se busca conocer su origen se presentan un sin número de contradicciones. Así entonces, el dar comienzo con el concepto de esta singular figura, es con el afán de lograr un mayor entendimiento y comprensión del fideicomiso como objeto de estudio.

Partiendo del concepto que establece la Ley General de Títu-- los y Operaciones de Crédito (públicada el 27 de agosto de 1932) - en su artículo 346, en el cual 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"; son muchos los autores que afirman, que este - precepto más que un concepto es una descripción del fideicomiso, - en realidad, una vez analizado dicho "concepto" legal podemos cons

tatar que más que dar una definición establece en que consiste. - Estos inconvenientes son resultado de la introducción de una figura extranjera, cuyos orígenes aún son inciertos.

Analizando el concepto, del fideicomiso, establecido en el - artículo 346 de la Ley mencionada; tenemos que comienza por decir que "En virtud del fideicomiso..." pero ¿Qué es el fideicomiso?, - "..., el fideicomitente destina ciertos bienes a un fin lícito determinado, ..." significa que por medio del fideicomiso (7) una -- persona que recibirá el nombre de fideicomitente destina una parte de sus bienes para la consecución de una finalidad propuesta, - pero esta finalidad cuenta con una limitación legal, es decir, debe ser lícita y determinada, lo cual significa que no debe ir encontra de las leyes del orden público ni de las buenas costumbres y, así mismo, que debe saberse exactamente lo que se propone con- la destinación de dichos bienes; "..., encomendando la realiza--- ción de ese fin a una institución fiduciaria", esto quiere decir- que la finalidad propuesta deberá ser ejecutada sólo por una institución de carácter fiduciario (Institución de Crédito (Bancos)), con esta última observación se determina que para perfeccionar y, desde luego, ejecutar un fideicomiso en México, se requiere de la

participación forzosa de una institución autorizada para tales fines, no pudiendo ser ejecutado por ningún otro tipo de persona. - Con esto se concluye que en dicho precepto jurídico, lo más que - se logra dar es una breve introducción y explicación del fideicomiso dentro de nuestro ámbito legal y social, pero no un concepto del mismo.

A fin de contar con un concepto, sino exacto al menos si a-- ceptable del fideicomiso, con el cual nos introduzcamos más con-- fiadamente a través de su estudio, con el propósito de conocerlo- y aprovecharlo en todos sus aspectos; es necesario analizar algunos de los conceptos que importantes tratadistas han otorgado, entre los cuales tenemos al maestro RAUL CERVANTES AHUMADA, quien - nos dice: "...el fideicomiso es un negocio jurídico por medio del cual el fideicomitente constituye un patrimonio autónomo, cuya titularidad se atribuye al fiduciario, para la realización de un - fin lícito determinado"[1], en primer término considera al fideicomiso como un negocio jurídico, entendiendose este como "Declara-- ciones de voluntad, a las que la ley le asigna efectos jurídicos"[2]

1.- CERVANTES AHUMADA, RAUL. TITULOS Y OPERACIONES DE CREDITO, 5ta. edición, editorial HERRERO, México, D.F., 1976, pag. 289.
2.- ROCCO, Alfredo. PRINCIPIOS DE DERECHO MERCANTIL, editorial - NACIONAL, México, D.F., 1966, pag. 259.

de la misma manera el maestro OCTAVIO A. HERNANDEZ considera al fideicomiso como un negocio jurídico al establecer que "Fideicomiso es negocio jurídico por cuya virtud quien estitular (...) de un derecho, constituye con tal derecho un patrimonio autónomo (...) cuya titularidad confiere a otra persona para que lo dedique a la obtención del fin lícito querido por el titular original o, en su caso, determinado por la ley"[3]. El investigador MAXIMINO ARRECHEA ALVAREZ, a su vez sostiene que: "....Es un negocio jurídico que permite el logro de cualquier fin mediante la afectación de un patrimonio, el cual se entrega a una institución fiduciaria para que esta procure la realización del fin, para cuyo efecto tendrá todas las facultades, incluso dominicales, salvo las que le son limitadas en el acto constitutivo; los bienes o derechos quedarán sujetos al régimen propio de los patrimonios, destinados a cumplir un fin, por lo que sólo responderán de aquellos actos de la fiduciaria que tiendan a la consecución del mismo. Sucintamente: El fideicomiso es un negocio jurídico que permite el logro de cualquier finalidad a través de la afectación de un pa--

3.- HERNANDEZ, Octavio A. DERECHO BANCARIO MEXICANO, EDS. DE LA ASOCIACION MEXICANA DE INVESTIGACIONES ADMINISTRATIVAS, México, D.F., 1956, pag. 298.

trimonio el cual se entrega a una fiduciaria para que ella se encargue de realizar el fin"[4]. A las definiciones de estos dos últimos autores, podemos aplicar el mismo comentario dado al concepto del maestro CERVANTES AHUMADA, sólo agregando que el maestro OCTAVIO A. HERNANDEZ amplía su definición respecto al fin, el cual además de lícito, puede ser querido por el titular original, o bien determinado por la ley; que ha decir verdad es exactamente lo que sostiene el maestro CERVANTES AHUMADA, sólo que este lo establece más generalizado a diferencia del maestro OCTAVIO A. HERNANDEZ que lo menciona específicamente. Respecto al concepto dado por el investigador MAXIMINO ARRECHEA ALVAREZ, este es más detallado y difiere, no en gran medidad, de las anteriores definiciones; puesto que explica en relación a las facultades de la fiduciaria, que estas se veran limitadas de acuerdo a lo que se establezca en el acto constitutivo y que los bienes o derechos se sujetan al régimen legal del nuevo patrimonio, esto es del patrimonio autónomo o afecto a un fin, pero termina por dar su concepto siguiendo la misma corriente que los dos autores ya mencionados.

De acuerdo al jurista MARIO BAUCHE GARCIADIEGO, "...mediante-

4.- ARRECHEA ALVAREZ, Máximino. LOS NEGOCIOS FIDUCIARIOS Y EL FIDEICOMISO, Tesis UNAM, México, 1945, pags. 110 y 111.

el fideicomiso, una persona física o moral destina sus bienes o derechos a la realización de una finalidad lícita y determinada, encomendando a una institución fiduciaria el llevar a cabo esa finalidad, en beneficio propio o de otra persona"[5]. Nos da, como en la Ley General de Títulos y Operaciones de Crédito, una descripción más que un concepto o definición, pues se avoca sólo a describir como se lleva acabo dicha figura jurídica.

Para JOSE MORALES LAVALLE: "El fideicomiso es un acto jurídico de carácter mercantil, mediante el cual una persona capacitada, afecta bienes o derechos en forma legítima, a un fín lícito determinado por el mismo; quedando a cargo de una institución fiduciaria la titularidad de esos bienes o derechos para la ejecución del fin propuesto"[6]. Dicha definición sería la más aceptada, de acuerdo a la doctrina francesa (en cuanto a la clasificación del hecho jurídico en sentido amplio), en virtud de que establece que "... es un acto jurídico de carácter mercantil, ..." pues reconocemos que, siguiendo a la mencionada doctrina, en nuestra clasificación de las fuentes de las obligaciones, no se considera al negocio ju-

---

5.- BAUCHE GARCIADIEGO, Mario. OPERACIONES BANCARIAS, editorial PORRUA, México, D.F., 1967, pags. 339.
6.- MORALES LAVALLE, José. LA NATURALEZA JURIDICA DEL FIDEICOMISO. Tesis UNAM, México (Venecia), 1966, pags. 35 y 36.

rídico; sólo hablamos de hechos jurídicos en sentido amplio y su - división en actos jurídicos y hechos jurídicos en sentido estricto, presentandose una deficiencia en torno a la subdivisión de los actos jurídicos lato sensu. Ahora bien, veamos que es un acto jurídico, de acuerdo al maestro GUTIERREZ Y GONZALEZ "... son las conductas del hombre en que hay una manifestación de voluntad, con la intención de producir consecuencias de Derecho, siempre y cuando - la norma sancione esa manifestación de voluntad, y sancione los elementos deseados por el autor"[7]. Estamos, entonces, frente a un acto jurídico, cuando haya manifestación expresa de la voluntad cuya finalidad sea la de producir consecuencias de Derecho, mismas - que como en este análisis se sostiene son determinadas por la Ley.

Establece que es "... de carácter mercantil,..." esto lo sostiene- en virtud de que el fideicomiso se encuentra regulado por la Ley - General de Títulos y Operaciones de Crédito, dentro del Título - PRIMERO, llamado -DE LOS TITULOS DE CREDITO-, en el CAPITULO V, - -DEL FIDEICOMISO-; lo cual se reafirma con lo establecido en el artículo 1ro. de la misma ley, que dice: "Son cosas mercantiles los- títulos de crédito, (...). Las operaciones de crédito que esta - ley reglamenta, son actos de comercio". Se deduce de este precepto

7.- GUTIERREZ Y GONZALEZ, Ernesto: DERECHO DE LAS OBLIGACIONES, - 5ta. edición, editorial CAJICA S.A., Puebla, Puebla, México, 1986, pag. 124.

que en virtud de que el fideicomiso es considerado operación de - crédito y por tanto acto de comercio, es reglamentado por leyes - mercantiles y considerado como tal, es decir, de carácter mercantil.

Posteriormente en su definición MORALES LAVALLE, realiza una descripción del fideicomiso, sosteniendo que es "..., mediante el cual una persona capacitada, afecta bienes o derechos en forma legítima, a un fin lícito determinado por el mismo;..." al mencionar que debe ser realizado sólo por una persona que sea capaz, hace alusión a un elemento de validez como lo es la capacidad; establece, así mismo, que dicha persona debe tener la facultad de afectar bienes o derechos para que sea considerada dicha afectación como legítima, además la finalidad propuesta debe ser determinada por el fideicomitente, y por último establece: "..., quedando a cargo de una institución fiduciaria, la titularidad de esos bienes o derechos para la ejecución del fin propuesto". Esto último es una de las características esenciales que conforman al fideicomiso, pues precisamente es sólo una institución de crédito la que podrá llevar acabo la ejecución del fideicomiso a fin de - dar cumplimiento con la realización del fin previsto; siendo nece

sario, para esto, que la institución de crédito cuente con la titularidad de los bienes o derechos.

Pero recurriendo a la doctrina Alemana, la cual profundiza - en relación a la clasificación del hecho jurídico lato sensu, contemplando dentro de la subdivisión de los actos jurídicos lato - sensu al negocio jurídico; y que viene a subsanar ciertas defi--- ciencias en torno a la clasificación tradicional del hecho jurídico (lato sensu). El fideicomiso es un negocio jurídico, pues de- acuerdo a esta doctrina, el acto jurídico en amplio sentido presenta dos subdivisiones importantes; el acto jurídico en estricto sentido y el negocio jurídico. El acto jurídico en amplio sentido es "... todo hecho voluntario, es decir, todo suceso o acontecimiento (ya sea positivo o negativo) que debe su existencia a la intención libre y consiente del hombre (...). ... la distinción - entre las otras dos especies se debe a la doctrina jurídica alemana, la cual diferencia los actos propiamente dichos de los negocios jurídicos...."[8], el maestro JORGE A. DOMINGUEZ, nos dice respecto al acto jurídico que: "... Acto jurídico stricto sensu, en oposición a negocio, es toda manifestación de voluntad que tiende

8.- VILLORO TORANZO, Miguel. INTRODUCCION AL ESTUDIO DEL DERECHO, 7ma. edición editorial PORRUA, México, 1987, pag. 363.

a la realización de un acontecimiento, al cual el ordenamiento legal ya le ha señalado las consecuencias de jure..."[9]. El acto jurídico en sentido estricto y el negocio jurídico difieren en que en uno se quieren las consecuencias de derecho, mismas que son las ya establecidas por la ley y en el negocio jurídico, si bien se quieren consecuencias de derecho, dichas consecuencias derivan de la voluntad humana.

Concretando, en mi opinión, el fideicomiso es un negocio jurídico de carácter mercantil, a través del cual una persona llamada fideicomitente destina ciertos bienes o derechos, en forma legítima, a la consecución de un fin lícito y determinado; encomendando a una institución fiduciaria la realización de dicho fin, otorgandole para esto, la titularidad de los bienes o derechos afectos que conforman un nuevo patrimonio, esto es un patrimonio autónomo o de afectación.

1.2.- ANTECEDENTES.

De acuerdo a diversas investigaciones se ha llegado a determinar que los orígenes de nuestro fideicomiso, datan de la figura

9.- DOMINGUEZ MARTINEZ, Jorge A. EL FIDEICOMISO ANTE LA TEORIA GENERAL DEL NEGOCIO JURIDICO, 2da. edición, editorial PORRUA, México, D.F., 1975, pag. 165.

anglosajona llamada "Trust" y esta última es consecuencia de - los Usos, los cuales se pueden explicar como, una figura necesaria que viene a limar asperesas y deficiencias en una sociedad- que así lo requería; "..., parece resuelto, que el USO fué un - producto del régimen feudal implantado en Inglaterra después de la conquista normanda. En él encuentra su fuente y su razón de ser como medio escapatorio de las cargas, tributos y otros in-- convenientes emanados de la tenencia de tierras de señores feudales..."[10]. Es así como el Licenciado ARRECHEA ALVAREZ, se expresa de la existencia de los Usos y como se puede constatar - historicamente era necesario, para el desarrollo social ingles, la creación de esta figura. De acuerdo a este autor; al referirse al concepto del USE nos dice: "El término "USE" debe apreciarse en su connotación más vulgar y práctica. El cestui usaba, es decir, disfrutaba de la propiedad transmitida al feoffee, su derecho era tan amplio que incluía la potestad de disponer - libremente, por testamento o por contrato privado, del use, sin preocuparse de las cargas feudales inherentes, el feoffer transmitía el bien para que lo usara un tercero o el mismo. El feo-

10.- ARRECHEA ALVAREZ, Maximino. OP. CIT., pag. 69.

ffer tenía el título de propiedad pero no su uso"[11]. El feoffer era el dueño del bien, el que lo transmitía, el feoffee era quien se encargaba de dar cumplimiento a la voluntad del feoffer y el cestui era el beneficiario el cual podría ser un tercero o el mismo feoffer.

Desde el nacimiento de los usos hasta su transformación en los trust, pasaron una serie de acontecimientos que permitieron tal evolución. A fin de entender dicha evolución; recurrimos a la historia, así tenemos que, el poder central inglés joven y débil siente que dos fuerzas se le oponen: las congregaciones religiosas y los feudatarios. Para limitar la fuerza de las primeras, utiliza el "statute of mortmain" o ley sobre la mano muerta; para mantener a los segundos bajo su imperio, confisca los bienes de los vasallos que toman las armas contra él. A la fuerza se opone la astucia: los monjes aconsejan secretamente a las almas piadosas y caritativas que hagan donaciones a terceros que se inclinan en favor de las congregaciones y los nobles, antes de emprender la guerra contra el señor soberano feudal, ceden sus feudos a un amigo de confianza, es así como nos encontramos-

---

11.- IBID., pag. 71.

que no es al derecho al que se pide protección es a la amistad;- esto puede identificarse como una total astucia, por parte de aquellos que recurrian a este tipo de actos en los que prevalecía la confianza. Tal astucia servía en todos los dominios tanto - prohibidos como legales; iban desde la privación a la esposa de- los bienes viudales, hacer una donación a una mujer casada, etc. Esto motivó que el derecho no viera con buenos ojos una astucia- que tenía el propósito de eludir sus preceptos y contradecía sus mandatos fundamentales; aunque claro esta que se daba el caso - que, en quien se había colocado toda la confianza, sintiendose - protegido por la ley, no siempre escuchaba la voz de la conciencia; en ocasiones, se quedaba con todo. En tanto que la víctima, por el hecho de haber actuado ilícitamente ya sea contra el fisco, la esposa, etc., tenía que callarse. Pero recordemos que el use, no estaba sólo reservado al fraude, había casos, cada vez - más numerosos, en que la gente daba sus bienes "in use" por razones perfectamente confesables; como podía ser por un viaje a tierras lejanas, inexperiencia de la esposa, etc.. En estos casos- la víctima del "feoffee to uses" no tenía porqué guardar silen-- cio; así tales escándalos crearon un movimiento de opinión en fa

vor de las víctimas, aunque no se podían dirigir a los tribunales pero si al Parlamento lo cual no dió resultado alguno. Se dirigieron, entonces, al Rey, quien era considerado como fuente de toda justicia; se encontraba colocado sobre todos los Tribunales, podía delegar sus facultades en el Lord Canciller, el cual tuvo, a su vez, que delegarlos en multitud de asesores que acabaron siendo una jerarquía de magistrados. Las sentencias dadas por estos, cristalizaron la "conciencia del derecho" en una copiosa jurisprudencia. Es así como nacen las Cortes de Equity, a las cuales se dirigían las víctimas del "feoffee to uses" infiel.

De esta manera, los "uses" con la ayuda de las Cortes de Equidad, toman un nuevo impulso. Pero el fraude sigue presente por lo que Enrique VIII se ve obligado a promulgar en 1536 el "statute of uses", en el que, el legislador pretende suprimir "uses", pero el Statute no los hace ilegales sino que declara que el beneficiario sería considerado como único y verdadero propietario y que quien anteriormente tenía tal carácter, el "feoffee to use" sería en adelante ignorado en absoluto por el derecho, así el legislador respetaba la intención del donante o del comprador, del Rey, del Lord, de las mujeres o esposas y de los-

maridos, puesto que a partir de entonces habria un titular de la - propiedad que obtendría todos los beneficios de la plena propiedad, pero quedaría sujeto a todas las obligaciones que acarrera, el - "feoffee to uses" desaparecería, pues no tendría ningún interés - personal que hacer respetar. La Ley de Enrique VIII, en lugar de- suprimir el use; se propuso, al mismo tiempo, suprimir sus inconve nientes y darle su pleno efecto. Pero quienes querían constituir- uses sin intención fraudulenta, y no se les había tomado en cuenta en el "statute", junto con aquellos que querían seguir defraudando, unieron sus esfuerzos para luchar contra el molesto "statute", - siendo a su vez ayudados por los Tribunales de "Equity". Así el - "statute" es objeto de la más estrecha interpretación. Lograndose que queden fuera de su aplicación los siguiente "uses":

Los que tenían por objeto bienes muebles.

Los que recaían sobre un derecho inmueble distinto de una libre disposición.

Todos aquellos en los que se creaba un doble "use"

Aquellos en los cuales el "feoffee to uses" tenía deberes positivos de administración.

En estos cuatro casos la situación anterior al "statute of -

uses" quedaba restablecida, es decir, la de los uses; sólo se -- cambiaron los nombres: el "use" se convirtió en "Trust", el - "feoffee to uses" en "trustee". El "cestui que uses" en "cestui que Trust". El trust quedaba lanzado con un impulso irresisti-- ble e iba a desarrollarse a la vez en el terreno del derecho y - en el de los hechos[12].

Es este un resumen histórico, en el cual se aprecia la ne-- cesidad de la creación de los uses y posteriormente su evolución hasta llegar a la ya aceptada figura del trust, la cual es sin - lugar a dudas el antecedente inmediato de nuestro fideicomiso, - mismo que ha ido tomando sus propias características, al adaptar se en nuestro medio hasta llegar a constituirse como actualmente lo conocemos; y que como sabemos tiene gran participación en to-dos y cada uno de los ámbitos de nuestro desarrollo social; con-lo cual se reafirma lo que PIERRE LEPAULLE sostiene sobre el - trust; "... nacido en la edad media de la idiosincracia de la - vieja Inglaterra, parece joven, vehemente y capaz de convertirse en figura prominente en las actividades del mundo, entre las ci-

12.- Cfr. PIERRE LEPAULLE. TRATADO TEORICO Y PRACTICO DE LOS - TRUST, editorial PORRUA, México, .D.F, 1975, pags. 11 a 17.

vilizaciones más diversas"[13].

ANTECEDENTES LEGISLATIVOS:

Se tiene conocimiento de que el uso del "trust deed" se realizó aún cuando todavía no se había adoptado el fideicomiso, propiamente hablando, y es la Ley de Ferrocarriles del 29 de abril de 1899 la que lo regula y por ende lo permite, pero como "trust deed", partiendo de ahí que el antecedente inmediato de nuestro fideicomiso es el trust.

La aplicación del trust a nuestro medio social y posteriormente legal respondió a una situación económica relativa a las empresas ferrocarrileras, lo cual se realizó a través de la emisión de bonos colocados en el extranjero el 29 de febrero de 1908 por el gobierno y las mismas empresas ferrocarrileras de México, que fungieron como fideicomitentes y fideicomisarias, con instituciones fiduciarias norteamericanas[14]. El primer intento legislativo en nuestro país, fué la iniciativa propuesta por el Secretario de Hacienda JOSE IVES LIMANTOUR en el año de 1905, conocido como el proyecto LIMANTOUR, en el que se establecen las instituciones fiduciarias (trust companies) y sus servi

13.- IBID., pag. 366.
14.- BAUCHE GARCIADIEGO, Mario. OP. CIT., pag. 333.

cios especializados, siendo autor de la misma JORGE VERA ESTAÑOL.

Y es en 1920 cuando el Dr. RICARDO J. ALFARO (Presidente de - la República de Panamá) introduce el trust en América Latina precisamente con la figura jurídica llamada fideicomiso, a través de - "El fideicomiso, estudio sobre la necesidad y conveniencia de introducir a la legislación de los pueblos latinos una institución - nueva semejante al trust del derecho anglosajón", sólo que con - ciertas deficiencias conceptuales; motivo por el cual se le conoce, a este destacado jurista Panameño como el Padre de la legislación- latinoamericana sobre el fideicomiso.

En 1924, en la Convención Bancaria celebrada en febrero del - mismo año se presentó el proyecto CREEL, que se refería a compañías bancarias de fideicomisos y ahorro, y es hasta fines de 1924- cuando se dicta la Ley General de Instituciones de Crédito y Establecimientos Bancarios (publicada el 16 de enero de 1925), en la - cual se incluye sólo a los "bancos de fideicomiso", otorgandonos - una legislación de la siguiente manera:

Estructuraba el sistema bancario mexicano con las siguientes- instituciones (Artículo 6).- El Banco único de emisión y la Comisión Monetaria, los Bancos Hipotecarios, los Refaccionarios, los A

gricolas, los Industriales, los de Depósito y Descuento y los de - Fideicomiso.

- Artículo 73.- "Los bancos de fideicomiso sirven los intereses - del público en varias formas y principalmente administrando los capitales que se les confían o interviniendo con la representación - común de los suscriptores o tenedores de bonos hipotecario, al ser emitidos estos o durante el tiempo de su vigencia".

- Artículo 74.- "Los bancos de fideicomiso se regirán por la ley - especial que ha de expedirse". Sólo se hacía mención de los bancos que conocerían del fideicomiso, pero no lo reglamenta en particular.

En el año de 1926, es cuando se somete a la Secretaría de Hacienda el proyecto VERA ESTAÑOL, el cual estaba inspirado en las - instituciones fiduciarias norteamericanas y en el proyecto ALFARO- de Panamá de 1920. Y es el 30 de junio de 1926 cuando se dicta la Ley de Bancos de Fideicomiso, publicada el 17 de julio de 1926, la cual vino a sustituir a la Ley General de Instituciones de Crédito y Establecimientos Bancarios del 16 de Enero de 1925. En esta nueva ley es en la que se establece por primera vez la definición y- reglamentación del fideicomiso, sólo que lo reglamenta como un man

dato irrevocable. De los artículos de esta ley destacan por su - contenido el:

- Artículo 1.- "Los Bancos de Fideicomiso tendrán por objeto principal y propio las operaciones por cuenta ajena y en favor de tercero, que autoriza esta ley y cuya ejecución se confía a su honradez y buena fe", es así como conceptua a la operación de crédito - fiduciaria;

- Artículo 6.- "El fideicomiso propiamente dicho es un mandato i-- rrevocable en virtud del cual se entregan al Banco, con carácter - de fiduciario determinados bienes, para que disponga de ellos o de sus productos según la voluntad del que los entrega, llamado fideicomitente, a beneficio de un tercero, llamado fideicomisario". Es en este artículo en el que se concibe al fideicomiso como mandato-irrevocable, lo cual no es aceptable ya que el fideicomiso tiene - determinadas características que lo hacen diferir del mandato, aun cuando a este último se le atribuya el carácter de irrevocable; algunas de estas características son que en el fideicomiso se presenta la transmisión de los derechos, sobre los bienes afectos al fideicomiso, al fiduciario a fin de cumplir con la finalidad determinada y en el mandato no hay tal transmisión, además una de las cau

sas de extinción del mandato es la muerte del mandatario o mandante, la cual no es considerada como una causa de extinción en el fideicomiso.

- Artículo 14.- "El banco fiduciario podrá ejecutar en cuanto a los bienes fideicomitidos, todas las acciones y derechos inherentes al dominio, aún cuando no se exprese en el acto constitutivo del fideicomiso; pero no podrá enajenar, gravar ni pignorar dichos bienes, a menos de tener facultad expresa o de ser indispensables esos actos para la ejecución del fideicomiso".

El artículado íntegro de esta ley se incorporó dos meses después en la Ley General de Instituciones de Crédito y Establecimientos Bancarios del 21 de Agosto de 1926, misma que abrogó a la Ley de Bancos de Fideicomiso, esta destinó todo el capítulo VI del Título PRIMERO a los Bancos de Fideicomiso, a partir del artículo 97 al 148.

- Artículo 98 al 101.- Son semejantes a los artículos 2 y 3 de la Ley especial; se refieren a la estructura de los bancos de fideicomiso.

- Artículo 102.- Es semejante al artículo 6 de la Ley anterior, define al fideicomiso como mandato irrevocable.

- Artículo 103.- Determina que el fideicomiso sólo puede tener un fin lícito (es semejante al artículo 7 de la ley anterior).

- Artículo 104.- Prohibe los fideicomisos secretos y reproduce al artículo 8.

- Artículo 105.- (artículo 9 anterior) anula los fideicomisos testamentarios en favor de los herederos o legatarios incapaces de recibir.

- Artículo 106.- (artículo 10 anterior) determina que los que consistan en el pago de una pensión o renta se regirán por lo relativo al usufructo, en cuanto a la capacidad del beneficiario.

- Artículo 107.- (artículo 11 anterior) La constitución puede hacerse por escritura pública o privada o por testamento, excluyendo así la forma verbal.

- Artículo 108.- (artículo 12 anterior) Los bienes dados en fideicomiso "se considerarán salidos del patrimonio del fideicomitente, en cuanto sea necesario" para la ejecución del fideicomiso "o por lo menos gravados en favor del fideicomisario" por lo que "no serán embargables ni se podrá ejercitar sobre ellos acción alguna en cuanto perjudique al fideicomiso".

- Artículo 109.- (artículo 13 anterior) Admite que todos los bie--

nes pueden darse en fideicomiso, salvo los derechos estrictamente-personales, y ordena que tratándose de inmuebles, se inscriban en la sección de propiedad del Registro Público "si hubiere traslación de dominio, o en la de hipotecas en caso contrario" con lo - que, llenado ese requisito, serán oponible a terceros.

- Artículo 110.- (artículo 14 anterior) Determina que el fiduciario tendrá facultades de dominio cuando se le den en el documento-constitutivo pero no podrá enajenar, gravar ni pignorar, sin determinación expresa o necesidad indispensable para la ejecución del - fideicomiso.

- Artículo 111.- (artículo 15 anterior) Remite al derecho común como la ley supletoria.

- Artículo 112.- (artículo 16 anterior) Señala la oposición de intereses, el dolo y la culpa, como causas de remoción de fiduciario y faculta al fideicomitente, al fideicomisario y al Ministerio Público para pedirla.

- Artículo 113.- (artículo 17 anterior) Se refiere a las medidas - de conservación de los bienes dados en el fideicomiso.

- Artículo 114.- (artículo 18 anterior) Causas de extinción del fideicomiso.

- Artículo 115.- (artículo 19 anterior) Determina el destino de - los bienes existentes al extinguirse el fideicomiso.

- Artículo 116 (artículo 20 anterior) Reglamenta el caso en que haya varios comisarios.

- Artículo 117.- (artículo 21 anterior) Ordena que las cuestiones- entre fideicomitente, fiduciario y fideicomisario se ventilaran en juicio mercantil salvo los casos de procedimientos especiales de-- terminados por la propia ley.

- Artículo 118.- (artículo 22 anterior) Enumera las operaciones - que no siendo propiamente fiduciarias, pueden llevar acabo los bancos de fideicomiso.

- Artículo 119 a 141.- (artículos 23 a 45 anteriores) Reglamentan- las operaciones que los bancos de fideicomiso pueden llevar acabo- "por cuenta ajena" debe entenderse, fuera del ámbito del fideicomiso propiamente dicho, puesto que aún estos se realizan "por cuenta ajena".

- Artículos 142 a 145.- (artículos 46 a 48 y 83 anteriores) Se refieren al secreto profesional bancario, o la fidelidad con que los bancos habrán de cumplir las instrucciones que reciban, a la exención del deber de garantizar su actividad por estimárseles "de -

acreditada solvencia" y a la graduación de los créditos a su cargo, con preferencia de los fiduciarios [15].

Como se puede constatar, esta ley incorporó los preceptos de la Ley de Bancos de Fideicomiso del 30 de junio de 1926, que tuvo como modelo a la Ley ALFARO. Ambas leyes, tanto la de Bancos de fideicomiso del 30 de junio de 1926 como la Ley General de Instituciones de Crédito y Establecimientos Bancarios del 31 de agosto de 1926, siguieron los lineamientos del concepto elaborado por ALFARO con la única diferencia, que en estas leyes se dice que los bienes se entregan y en la Ley ALFARO, de acuerdo con el jurista Panameño del mismo apellido, nos dice que se transmiten.

El 28 de junio de 1932 se promulga la Ley General de Instituciones de Crédito, misma que abrogó a la Ley General de Instituciones de Crédito y Establecimientos Bancarios del 31 de agosto de 1926. Esta ley de 1932 en su exposición de motivos establece:

"La ley de 1926 introdujo en México, rompiendo la tradición, la institución jurídica del fideicomiso. Evidentemente esta institución puede ser de muy grande utilidad para la actividad económica del país y está destinada probablemente a un -

15.- Cfr. PIERRE LEPAULLE. OP. CIT., pags. XVIII a XX.

gran desarrollo; pero desgraciadamente la Ley de 1926 no precisó el carácter substantivo de la institución y dejó, por tanto, gran vaguedad de conceptos en torno a ella. Para que la institución pueda vivir y prosperar en nuestro medio, se requiere, en primer término, una definición clara de su contenido y de sus efectos, siendo esta definición materia de la Ley de Títulos y Operaciones de Crédito, y una reglamentación adecuada de las instituciones que actuen como fiduciarias. Quedará el fideicomiso concebido, como una afectación patrimonial a un fin, cuyo logro se confía a las gestiones de un fiduciario, precisandose así la naturaleza y los efectos de ese instituto que la ley actualmente en vigor concibe oscuramente como un mandato irrevocable. Siendo en ello el precedente ya establecido en la ley actual, la nueva ley sólo autoriza la constitución de fideicomisos, cuando el fiduciario es una institución especialmente sujeta a la vigilancia del Estado, y mantiene todas las prohibiciones conducentes a impedir que contra nuestra tradición, jurídica, el fideicomiso dé lugar a substituciones indebidas o a la constitución de patrimonios alejados del comercio jurídico normal.

La nueva ley conserva, también, respecto a las instituciones autorizadas para actuar como fiduciarias, la facultad de aceptar y desempeñar mandatos y comisiones de toda clase, de encargarse de albaceazgos, sindicaturas, tutelas, liquidaciones y en general, de aceptar la administración de bienes y el ejercicio de derechos por cuenta de terceros. Destruye pues, la nueva ley, toda confusión entre el fideicomiso y los actos de administración o de representación de terceros; pero, por la semejanza de funciones y para asegurar a las instituciones fiduciarias un campo más amplio de acción, las deja autorizadas, como queda dicho, no sólo para encargarse de la ejecución de fideicomisos, sino para desempeñar todas las demás funciones enumeradas antes en términos generales".[16]

Esta Ley General de Instituciones de Crédito de 1932, en su artículo 1ro. establece que: Las instituciones fiduciarias se consideran como instituciones de crédito, sujetas a concesión del Gobierno, conforme a los artículos 3ro. y 5to. en los cuales se reitera la prohibición, ya tradicional, de que las sucursales de bancos extranjeros puedan actuar como fiduciarias. Otorgó la sección

16.- IBID., págs. XX y XXI.

sexta del capítulo II, al funcionamiento de las instituciones de - crédito, de la que forman parte los siguientes artículos más importantes en relación al estudio del fideicomiso.

- Artículos 90 y 91.- Reglamenta la actividad de las instituciones fiduciarias fuera del fideicomiso propiamente dicho.
- Artículo 92.- Regula la representación de estas instituciones - por medio de funcionarios especialmente autorizados.
- Artículo 93.- Norma la contabilidad de las instituciones.
- Artículo 94.- Determina los casos en que su actividad se sujetará a obrar como en conciencia lo haría un hombre honrado y de experiencia ordinarios.
- Artículo 95.- Reglamenta las causas graves de renuncia de una - institución fiduciaria.
- Artículo 228.- (en su segúndo párrafo) Reglamenta la cuestión - fiscal:

El 26 de agosto de 1932 se promulga la Ley General de Títulos y Operaciones de Crédito, la cual fué elaborada paralelamente a la Ley de Instituciones de Crédito, con el propósito de que fuesen - complementarias la una con la otra. Teniendo, la Ley General de - Títulos y Operaciones de Crédito, a su cargo la estructuración del

fideicomiso y la Ley de Instituciones de Crédito, la regulación de las fiduciarias que habrían de ejecutarlo. Es en 1932 cuando el fideicomiso aparece determinantemente, en su calidad de negocio típico, distinto de otros negocios, regulado y estructurado jurídicamente en la Ley General de Títulos y Operaciones de Crédito de agosto de 1932, aún vigente.

El 3 de mayo de 1941 se promulga la Ley General de Instituciones de Crédito y Organizaciones Auxiliares, abrogando a la Ley General de Instituciones de Crédito de 1932, siendo igualmente abrogada por la Ley Reglamentaria del Servicio Público de Banca y Crédito del 30 de diciembre de 1982 a consecuencia de la nacionalización Bancaria de Septiembre de 1982, y esta a su vez fué abrogada por la Ley Reglamentaria del Servicio Público de Banca y Crédito del 14 de enero de 1985, siendo esta misma abrogada por la actual Ley de Instituciones de Crédito, la cual fué públicada el 18 de julio de 1990 entrando en vigor el 19 de julio del mismo año, luego de la reprivatización de la Banca.

En esta nueva ley se establece en relación del fideicomiso que:

- Artículo 46.- (En su TITULO TERCERO -De las Operaciones-, CAPITU

LO I -De las Reglas Generales-) Las Instituciones de Crédito sólo podrán realizar las operaciones siguientes: Fracción XV.- Practicar las operaciones de fideicomiso a que se refiere la Ley General de Títulos y Operaciones de Crédito...

Es en los artículos 2, 8, 9 y 30 en los que se determina cuales instituciones serán consideradas como "Instituciones de Crédito", estipulando que:

- Artículo 2.- El servicio de banca y crédito sólo podrá prestarse por instituciones de crédito, que podrán ser:

I. Instituciones de banca múltiple, y

II. Instituciones de banca de desarrollo.

- Artículo 8.- (TITULO SEGUNDO -De las Instituciones de Crédito - CAPITULO I -De las Instituciones de Banca Múltiple-) Para organizarse y operar como institución de banca múltiple se requiere autorización del Gobierno Federal, que compete otorgar discrecionalmente a la Secretaría de Hacienda y Crédito Público, oyendo la opinión del Banco de México y de la Comisión Nacional Bancaria..., estas autorizaciones serán intransmisibles.

- Artículo 9.- Sólo gozarán de autorización las sociedades anónimas de capital fijo, ...

- Artículo 30.- (CAPITULO II -De las Instituciones de Banca de Desarrollo-)... son entidades de la Administración Pública Federal, - con personalidad jurídica y patrimonio propios, constituidas con - el carácter de sociedades de crédito, en los términos de sus correspondientes leyes orgánicas y de esta ley.

Estas leyes tienen su fuente en las leyes de 1926 y estas a - su vez derivan del proyecto ALFARO de 1920 y del proyecto VERA ESTAÑOL de 1926. Constituyendo estos datos los antecedentes históricos sociales y legislativos por los que el fideicomiso cruzó hasta llegar a colocarse como una importante figura jurídica en nuestro ámbito económico-social actual.

1.3.- ELEMENTOS ESENCIALES Y DE VALIDEZ.

Es de afirmarse que todo negocio jurídico está conformado por una serie de elementos, mismos que permiten su existencia y regulación dentro de nuestro contexto legal; tales elementos, suelen ser llamados de existencia o esenciales, por ser necesarios para la - propia existencia del negocio jurídico en cuestión, a fin de que - viablemente pueda empezar a causar efectos y consecuencias jurídicas. La falta de uno de estos elementos produce consecuentemente- y con razón (pues se trata de los elementos que determinan su exis

tencia) la inexistencia del negocio jurídico mismo, es decir, la - nada en nuestro ámbito legal y por tanto no podrá producir conse-- cuencias y efectos de derecho.

Los elementos de existencia requieren a su vez cumplir con - ciertos requisitos, que le den la calidad de eficaz, estos requisitos son los llamados elementos de validez y a diferencia de los de existencia, la falta de alguno o bien la presencia de un vicio encuqlquiera de este tipo de elementos (de validez) producen la llamada NULIDAD RELATIVA o NULIDAD ABSOLUTA, según sea el caso.

El tratadista MANUEL BORJA SORIANO se refiere a la nulidad de la siguiente manera:

> "..., el acto nulo reune las condiciones esenciales para la existencia de todo acto jurídico, pero se encuentra- privado de efectos por la ley.
>
> ... La nulidad se subdivide en nulidad absoluta y nulidad relativa (...); en otros términos, los actos nulos- se subdividen en actos nulos de pleno derecho y en ac-- tos anulables.
>
> ... La nulidad absoluta es la que ataca a los actos que se ejecutan materialmente en contravención a un mandato

o a una prohibición de una ley imperativa o prohibitiva, es decir, de orden público (...).... La nulidad relativa es una medida de protección que la ley establece a favor de personas determinadas, ..."[17].

Los negocios jurídicos que van en contra de la ley, decimos, son sancionados por la nulidad absoluta, y son llamados negocios jurídicos nulos; los negocios jurídicos anulables son, entonces, aquellos en los que se presenta algún vicio en perjuicio de determinadas personas, y son estos tipos de negocios los que conocemos se sancionan con la nulidad relativa.

Son elementos de existencia o esenciales:

- La manifestación de voluntad o consentimiento,
- Objeto, y
- Solemnidad (sólo cuando se requiere legalmente).

Son elementos de validez:

- Motivo o fin lícitos,
- Capacidad de las partes,
- Manifestación de voluntad libre de vicios, y

17.- BORJA SORIANO, Manuel. TEORIA GENERAL DE LAS OBLIGACIONES, Tomo I, 7ma. edición, editorial PORRUA, México, D.F., 1974, pags. 95-96. cit. a (Baudry-Lacantinerie, Précis. Tomo I, números 112-5; - PLANIOL. Tomo I, número 335).

- Forma.

1.3.1.- SUJETOS.

Siendo el fideicomiso un negocio jurídico debe reunir los siguientes elementos de existencia: La manifestación de voluntad o - consentimiento y objeto.

Doy inicio al estudio de los elementos de existencia con los- sujetos, considerandolos como aquellas personas que intervienen en la constitución, o bien en la ejecución del fideicomiso y que son- precisamente; el fideicomitente, el fiduciario y el fideicomisario, analizándolos cada uno de acuerdo a su concepto, derechos y obliga ciones.

El objeto es otro de los elementos de existencia del fideicomiso, no así la solemnidad que sólo es considerada como esencial - en aquellos casos que así lo marca la ley, en el fideicomiso no es requerida. En el artículo 1794 del Código Civil para el Distrito- Federal se determina que para la existencia del contrato se requie re:

I.- Consentimiento;

II.- Objeto que pueda ser materia del contrato.

A) EL FIDEICOMITENTE:

El artículo 346 de la Ley General de Títulos y Operaciones de Crédito establece que, "En virtud del fideicomiso, el fideicomitente destina ciertos bienes a un fin lícito determinado, ..." en su artículo 348 párrafo segundo estipula que, "El fideicomitente puede designar varios fideicomisarios para que reciban simultánea o sucesivamente el provecho del fideicomiso, salvo el caso de la fracción II del artículo 359"; que dice, "Quedan prohibidos: II.-- Aquellos en los cuales el beneficio se conceda a diversas personas sucesivamente que deban substituirse por muerte de la anterior, salvo el caso de que la substitución se realice en favor de personas que esten vivas o concebidas ya, a la muerte del fideicomitente.", y el artículo 350 nos dice, en su párrafo tercero que; "El fideicomitente podrá designar varias instituciones fiduciarias para que conjunta o sucesivamente desempeñen el fideicomiso, estableciendo el orden y las condiciones en que hayan de substituirse...".

De estos preceptos legales se deduce que el fideicomitente es aquél que dispone de ciertos bienes que destina a un fin determinado, siendo característico de dicho fin, que sea lícito, es decir, que no vaya en contra del orden público ni de las buenas costum---

bres.

Varios autores tratan de definir al fideicomitente dando su - propio concepto, así tenemos que para el maestro OCTAVIO A. HERNANDEZ "Fideicomitente es la persona que crea el fideicomiso, para cuyo efecto destina bienes o derechos a un fin lícito cuya realización encomienda a la fiduciaria"[18], para VILLAGORDOA LOZANO "...el fideicomitente constituye el fideicomiso por un acto de voluntad, - y en dicho acto debemos distinguir dos aspectos; el primero relativo a la manifestación de voluntad, mediante el otorgamiento de contrato y el segundo que corresponde a la causa que impulsa a dicha- parte a constituir el fideicomiso"[19], según el maestro RODOLFO BATIZA "Fideicomitente es, pues, la persona que constituye un fideicomiso por una manifestación expresa de voluntad. Aún cuando la - ley sea omisa sobre el particular, no hay objeción legal alguna - contra una pluralidad de fideicomitentes, como en la situación de- un bien sujeto a copropiedad que se diera en fideicomiso,..."[20]; - en la investigación publicada por el Banco Mexicano Somex se considera como fideicomitente a "..., la persona física o moral que, me

18.- HERNANDEZ, Octavio A. OP. CIT., pag. 251.
19.- VILLAGORDOA LOZANO, José Manuel. DOCTRINA GENERAL DEL FIDEICOMISO, 2da. edición, editorial PORRUA, México, D.F., 1982, pag. 187.
20.- BATIZA, Rodolfo. PRINCIPIOS BASICOS DEL FIDEICOMISO Y DE LA - ADMINISTRACION FIDUCIARIA, editorial PORRUA, México, 1977, pag. 48.

diante una manifestación expresa de su voluntad, y habida cuenta de la capacidad legal necesaria para ello, afecta la propiedad o titularidad de ciertos bienes al fiduciario para constituir el fideicomiso a fin de que se realicen con ellos los fines para los que éste se constituye"[21]. Considerese pues que es el fideicomitente el que crea el fideicomiso y como la ley lo prescribe tiene la facultad de designar varios fideicomisario, así como varias instituciones fiduciarias.

Es verdad que el fideicomitente es quien crea el fideicomiso, pero para esto es necesario que reuna una característica muy importante, que tenga disponibilidad sobre los bienes o derechos, estoes a fin de que pueda afectarlos a la finalidad propuesta. Guarda en relación al fideicomiso, ciertos derechos y obligaciones que generalmente pueden variar, pues dependen de la finalidad determinada en el mismo, pudiéndose enunciar los siguientes:

DERECHOS:

A designar varios fideicomisarios (artículo 348 párrafo 2do.- de la Ley General de Títulos y Operaciones de Crédito).

Designar varias instituciones fiduciarias, a fin de que desem

21.- LAS INSTITUCIONES FIDUCIARIAS Y EL FIDEICOMISO EN MEXICO, Prólogo por Mario Ramón Beteta, presentación por Adolfo Hegewesch. México, Banco Mexicano Somex, 1982, pag. 196.

pañen el fideicomiso conjunta o separadamente (artículo 350 párrafo 3ro. Ley General de Títulos y Operaciones de Crédito).

A revocar el fideicomiso. Cuando así lo haya reservado en la constitución del fideicomiso (artículo 357 fracción VI de la Ley General de Títulos y Operaciones de Crédito).

A que le sean devueltos los bienes y derechos que aún existan en poder del fiduciario, al extinguirse el fideicomiso. Cuando así lo reserve al constituirse el fideicomiso (artículo 358 Ley General de Títulos y Operaciones de Crédito).

Los que deriven del fideicomiso mismo (artículo 351 párrafo 2do.).

OBLIGACIONES:

Transmitir al fiduciario los bienes y derechos, materia del fideicomiso. (artículos 346 y 351 de la Ley General de Títulos y Operaciones de Crédito).

B) EL FIDUCIARIO:

Es la persona que se encarga de dar cumplimiento al fin propuesto, en el fideicomiso por el fideicomitente. En México el fiduciario guarda una característica peculiar, pues no se trata de cualquier tipo de persona, física o moral, tiene que ser necesaria

mente una institución de crédito debidamente autorizada. Algunos autores, entre los que tenemos al maestro CERVANTES AHUMADA sostienen que es: "... persona a quien se encomienda la realización del fin establecido en el acto constitutivo del fideicomiso y se atribuye la titularidad de los bienes fideicomitidos, debe ser un banco debidamente autorizado para actuar como fiduciario"[22]. Legalmente, es la Ley de Instituciones de Crédito en su artículo 46 - fracción XV, la que se encarga de establecer que: "Las instituciones de crédito sólo podrán realizar las operaciones siguientes:... Fracción XV.- Practicar las operaciones de fideicomiso a que se refiere la Ley General de Títulos y Operaciones de Crédito,...".

Por instituciones de crédito entendemos aquellas debidamente autorizadas y constituidas como Instituciones de Banca Múltiple o Instituciones de Banca de Desarrollo (artículo 2do. de la Ley de Instituciones de Crédito, públicada el 18 de julio de 1990).

INSTITUCIONES DE BANCA MULTIPLE:

Podrán operar como Institución de Banca Multiple, las sociedades anónimas de capital fijo, que tengan por objeto la prestación del servicio de banca y crédito (captación de recursos del público

22.- CERVANTES AHUMADA, Raúl. OP. CIT., pag. 292.

mediante actos causantes de pasivo directo o contingente, quedando el intermediario obligado a cubrir el principal y, en su caso, los accesorios financieros de los recursos captados. Artículo 2do. de la Ley de Instituciones de Crédito), cuenten con el capital social y el capital mínimo previsto por la ley, cuya duración sea indefinida y que cuenten con la autorización del Gobierno Federal, la - cual se otorgará a través de la Secretaría de Hacienda y Crédito - Público oyendo la opinión del Banco de México y de la Comisión Nacional Bancaria, dicha autorización será intransmisible.

El capital social se integrará por tres series de acciones: - la serie A representando el 51% del capital, la serie B representando hasta el 49 % del capital y la serie C que podrá representar hasta el 31% del capital de la institución. Dichas acciones tendrán igual valor cada una, las de la serie A sólo podrán ser adquiridas por personas físicas mexicanas, el Gobierno Federal (instituciones de banca de desarrollo y el Fondo Bancario de Protección al Ahorro) y las Sociedades Controladoras a que se refiere la Ley para Regular las Agrupaciones Financieras; las de la serie B sólo podrán ser adquiridas por todas aquellas personas autorizadas para - adquirir las acciones de la serie A, personas morales mexicanas, -

en cuyos estatutos figure la clúsula de exclusión directa e indi-- recta de extranjeros, y las instituciones de seguros y de fianzas, sociedades de inversión, fondos de pensiones o jubilaciones de personal y demás inversionistas institucionales autorizados expresa-- mente por la Secretaría de Hacienda y Crédito Público oyendo la opión de la Comisión Nacional de Valores; las acciones de la serie C serán adquiridas por cualquier persona autorizada para adquirir- las acciones de la serie B, demás personas morales mexicanas y personas físicas o morales extranjeras que no tengan el carácter de - gobiernos o dependencias oficiales.

INSTITUCIONES DE BANCA DE DESARROLLO:

Son aquellas entidades de la Administración Pública Federal,- que cuenten con personalidad jurídica y patrimonio propios, estenconstituidas como nacionales de crédito, correspóndiendole a la - Secretaría de Hacienda y Crédito Público expedir el reglamento orgánico de cada institución; el capital social estará representadopor títulos de crédito denominados "certificados de aportación patrimonial" los cuales tendrán el carácter de nominativos dividiendose en dos serie de certificados: La serie A representando el 66% suscrita sólo por el Gobierno Federal, se emitirán en título único

y son intransmisibles; la serie B representará el 34% emitido en - uno o varios títulos. No podrán participar en su capital, perso-- nas físicas o morales extranjeras, ni sociedades mexicanas en cu-- yos estatutos no figure claúsula de exclusión directa e indirecta- de extranjeros.

El fiduciario es designado al momento de que se celebre la - constitución del fideicomiso (de acuerdo al artículo 350 párrafo- segúndo de la Ley General de Títulos y Operaciones de Crédito) por el fideicomitente, en caso de no ser así, se tendrá por designada- la que elija el fideicomisario y en su defecto la podrá designar - el Juez de primera instancia del lugar en que estuvieren ubicados- los bienes. Sólo podrá ser fiduciaria una institución de crédito, lo cual es característico y propio de nuestro fideicomiso, ya que- en otros países es aceptable que cualquier persona moral e incluso una persona física, puedan fungir como fiduciarios.

Dentro del artículo 350 en su párrafo tercero de la Ley Gene- ral de Títulos y Operaciones de Crédito, se habla de la aceptación por parte de la fiduciaria respecto a la cual se dice que: "... - cuando la institución fiduciaria no acepte, o por renuncia o remo- ción cese en el desempeño de su cargo, deberá nombrarse otra para-

que la substituya. Si no fuera posible esta substitución, cesará el fideicomiso". El investigador JULIAN BERNAL MOLINA se refiere a la aceptación por parte de la fiduciaria de la siguiente manera: "Aceptación. Es la del fiduciario, que debe ser expresa, indispensable, pues sino se manifiesta, el fideicomiso no existe; no ha producido efecto de ninguna clase. No existiría la transmisión de bienes,..."[23]. De lo anterior se deduce que si la fiduciaria no da su aceptación, significa que no otorga su consentimiento y por tanto no se constituiría integramente uno de los elementos esenciales del fideicomiso (el consentimiento de las partes), dando como resultado la inexistencia misma del acto, de ahí que no sea correcto que se exprese en el artículo mencionado (350 párrafo 3ro. de la Ley General de Títulos y Operaciones de Crédito) que en caso de que la Institución de Crédito no acepte y no fuera posible substituirla cesará el fideicomiso, porque es claro que aún no existe y no se puede decir que cesará una cosa si esta no existe. Pero recordemos que al hablar del fideicomiso nos estamos refiriendo a un negocio jurídico, en el que basta la sóla manifestación de voluntad del fideicomitente para que se constituya; así que a pesar-

23.- BERNAL MOLINA, Julian. TEORIA Y PRACTICA JURIDICA DEL FIDEICOMISO, editorial PORRUA, México, D.F., 1988, pag. 27.

de que no se cuente con la aceptación del fiduciario o del fideicomisario, este tiene vida jurídica.

Aunque no se descarta la idea de que se presente un fideicomiso, en cuya constitución intervenga la fiduciaria a través de asesoramientos, y es de afirmarse que este fideicomiso existe aunque la fiduciaria que participó no acepte ejecutarlo, pudiendo recurrir el fideicomitente al párrafo 3ro. del artículo 350 de la Ley General de Títulos y Operaciones de Crédito.

Sus derechos y obligaciones son los que derivan del propio fideicomiso a cumplir.

DERECHOS:

Todos los que se requieran para el cumplimiento del fideicomiso. (artículo 356 de la Ley General de Títulos y Operaciones de Crédito).

OBLIGACIONES:

Cumplir con lo estipulado en el fideicomiso (artículo 356 de la Ley General de Títulos y Operaciones de Crédito).

No puede renunciar a su cargo, ni excusarse del mismo, salvo por causas graves (artículo 356 de la Ley General de Títulos y Operaciones de Crédito).

Obrar como buen padre de familia (artículo 356 de la Ley General de Títulos y Operaciones de Crédito).

Abrir contabilidades especiales por cada contrato de fideicomiso (artículo 79 de la Ley de Instituciones de Crédito).

Responder civilmente por los daños y perjuicios que se causen por la falta de cumplimiento en las condiciones o términos señalados en el fideicomiso, ... (artículo 80 de la Ley de Instituciones de Crédito);

Rendir cuentas de su gestión dentro de un plazo de 15 días hábiles después de ser requerida. (artículo 84 de la Ley de Instituciones de Crédito);

Responder por las pérdidas o menoscabos que sufran los bienes dados en fideicomiso cuando medie culpa o negligencia grave. (artículo 84 de la Ley de Instituciones de Crédito).

La responsabilidad que guarda el fiduciario, en relación a los bienes afectos al fideicomiso, sólo la tendrá cuando medie culpa o negligencia grave, de otra manera no asume responsabilidad alguna respecto a los resultados que puedan presentarse en el cumplimiento del fideicomiso. Sobre la responsabilidad de dichas instituciones en torno al fideicomiso, el tratadista RODRIGUEZ RODRI---

GUEZ sostiene que: ".... La responabilidad del fiduciario por abuso o por negligencia se fija en torno a la actuación de un buen padre de familia. La responsabilidad desaparece cuando el fiduciario obra según las instrucciones de un comité técnico o de distribución de fondos, constituído según el acta de institución del fideicomiso..."[24].

Las instituciones de crédito, en relación a los fideicomisos, laboran a través de funcionarios especiales, llamados delegados fiduciarios, los cuales son designados por la misma fiduciaria y confirmado su nombramiento por la Comisión Nacional Bancaria. Son estos delegados fiduciarios quienes desempeñan el cometido de las instituciones fiduciarias. Se afirmó con anterioridad que, la responsabilidad de la fiduciaria desaparece cuando actua de acuerdo a las instrucciones de un Comité Técnico, dicho Comité es un órgano colegiado de carácter decisorio pero no ejecutivo, es decir, delibera a fin de coadyuvar en el desempeño del cometido fiduciario, siguiendo las reglas estipuladas, pero no se encarga de llevar acabo la ejecución del fideicomiso. Son designados al constituirse o-

---

24.- RODRIGUEZ RODRIGUEZ, Joaquín. CURSO DE DERECHO MERCANTIL, T. II., 3ra.edición, editorial PORRUA, México, D.F., 1957, pag.126.

bien al reformarse el fideicomiso y son ellos los que adquieren la responsabilidad que corresponde a la institución fiduciaria liberándose ésta de dicha responsabilidad.

C) EL FIDEICOMISARIO:

Persona designada como beneficiario del fideicomiso constituido. Y viene a ser uno de los tres elementos personales que intervienen en el fideicomiso aunque no es considerado indispensable para la constitución o ejecución del fideicomiso. Para algunos juristas, entre los que podemos citar a VILLAGORDOA LOZANO "El fideicomisario es la persona que recibe los beneficios del fideicomiso. Puede serlo el mismo fideicomitente"[25]. BAUCHE GARCIADIEGO sostiene que "El fideicomisario es aquél quien recibe el beneficio del fideicomiso, que puede ser un familiar, un amigo, un acreedor, una institución de beneficiencia, etc.. Bien puede suceder que no exista fideicomisario determinado"[26]. Concluyendo, la persona en favor de la cual se constituye el fideicomiso es conocida con el nombre de fideicomisario, aunque claro está, puede no ser designado beneficiario alguno, así nos enfrentamos ante fideicomisos constituidos con un fin determinado pero hacia beneficiario indetermi-

25.- VILLAGORDOA LOZANO, José Manuel. OP. CIT., pag. 189.
26.- BAUCHE GARCIADIEGO, Mario. OP. CIT., pag. 338.

nado, un ejemplo específico y actual son los fideicomisos que se - han constituido recientemente como es: El fideicomiso "Fernándo - Gamboa", por citar alguno entre una multitud de fideicomisos existentes en la actualidad, cuya finalidad es otorgar becas a aque--- llas personas que realicen las mejores coreografías, así mismo o-- torgará estímulos a los museógrafos mexicanos[27]; como vemos es - constituido para una finalidad lícita y determinada, pero no así - los beneficiarios que son indeterminados, pues no se sabe exacta-- mente quien podría ser beneficiario del mismo, así como éste existen otros fideicomisos que no son constituidos con fideicomisario- determinado. Fideicomisos que son de suma importancia y que se están constituyendo en gran número actualmente.

Los derechos de que goza son, además de aquellos que se le - concedan al constituirse el fideicomiso, los siguientes, de acuerdo al artículo 355 de la Ley General de Títulos y Operaciones de - Crédito.

DERECHOS:

Exigir a la institución fiduciaria el cumplimiento del fidei-

27.- MARTINEZ RENTERIA, Carlos. FIDEICOMISO "FERNANDO GAMBOA" OTORGARA BECAS Y PREMIOS MUSEOGRAFICOS. EL UNIVERSAL: México, D.F.: 8 de junio de 1990, pags. 1 y 5.

comiso.

Atacar la validez de los actos que la fiduciaria cometa en su perjuicio, de mala fe o por abuso de sus facultades.

Cuando proceda, reivindicar los bienes que salgan del patrimonio fideicometido por mala fe o exceso de sus facultades, por parte de la fiduciaria.

Pueden ser fideicomisarios las personas jurídicas físicas o morales (artículo 348 de la Ley General de Títulos y Operaciones de Crédito).

Cuando sean dos o más los fideicomisarios (si no se previó en la constitución del fideicomiso), las decisiones serán tomadas por mayoría de votos computados por representaciones y no por personas. Si hay empate decide el Juez de primera instancia del lugar del domicilio del fiduciario, (artículo 348 párrafo 1ro. de la Ley General de Títulos y Operaciones de Crédito).

Si no existe fideicomisario determinado o es incapaz, sus derechos serán ejercidos por el que ejerza la patria potestad, el tutor o el Ministerio Público, según el caso, (artículo 355 párrafo 2do. de la Ley General de Títulos y Operaciones de Crédito).

1.3.2.- OBJETO.

Elemento de existencia de los negocios jurídicos y en este caso del fideicomiso, el artículo 1794 del Código Civil para el Distrito Federal determina que: "Para la existencia del contrato se requiere:... II) Objeto que pueda ser materia del contrato". Generalmente al referirnos al objeto hacemos mención de un objeto directo y de un indirecto; el objeto directo de un negocio jurídico es el crear o bien transferir consecuencias de Derecho (derechos y obligaciones) todos los negocios jurídicos tienen este objeto. El objeto indirecto consiste en un dar, hacer o no hacer o bien en la cosa misma, al respecto el Código Civil para el Distrito Federal, en su artículo 1824 establece:

"Son objeto de los contratos:

I. La cosa que el obligado debe dar;

II. El hecho que el obligado debe hacer o no hacer".

Es el objeto indirecto el que toma carácter de suma importancia como elemento de existencia en el fideicomiso, en virtud de que su constitución y como consecuencia su ejecución giran alrededor de la destinación de ciertos bienes o derechos a un fin lícito determinado, sin los cuales se haría imposible la consecución de

dicho fin, y desde luego estaríamos ante la presencia de la inexistencia jurídica de dicha figura; esto se puede apreciar y reforzar con lo estipulado por el artículo 351 de la Ley General de Títulos y Operaciones de Crédito que nos dice: "Pueden ser objeto del fideicomiso toda clase de bienes y derechos, salvo aquellos que, conforme a la ley, sean estrictamente personales de su titular". Pero, además de presentar esta característica (de no ser de carácter personal de su titular) debe de reunir las siguientes: (artículo 1825 del Código Civil para el Distrito Federal).

1.- Existir en la naturaleza;

2.- Ser determinado o determinable en cuanto a su especie;

3.- Estar en el comercio.

Los bienes o derechos que se afecten en fideicomiso deben reunir las anteriores características, pues es necesario que tales bienes o derechos sean fisicamente existentes, aunque se puede constituir con cosas futuras (posibles y existentes) pero recordemos que nunca se podrá (por disposición de ley, artículo 1826 del Código Civil para el Distrito Federal) constituir con la herencia de una persona viva, aunque ésta preste su consentimiento. Se debe, claro esta, precisar el bien o el derecho que será destinado -

al fideicomiso y por último, que estén en el comercio; esto se refiere a que el fideicomitente tenga la propiedad sobre los bienes o derechos dispuestos a la consecución del fin del fideicomiso.

En conclusión son dos los elementos esenciales del fideicomiso; la declaración de voluntad del fideicomitente y el objeto.

Siguiendo al artículo 1795 del Código Civil para el Distrito Federal, son cuatro las causas por las que puede ser invalidado un negocio jurídico, mismas que al interpretarlas a contrario sensu obtenemos los llamados "elementos de validez" de la siguiente manera:

- Objeto, motivo o fin lícitos;
- Capacidad de las partes;
- Manifestación de voluntad libre de vicios;
- Forma.

Dentro de este capítulo sólo me referiré a la licitud, capacidad de las partes y forma; dejando para el tercer capítulo, la manifestación de voluntad libre de vicios, en virtud de que es más completo su estudio al relacionarla con los efectos que causan la nulidad relativa y absoluta en el fideicomiso.

1.3.3.- LICITUD.

El concepto de licitud lo obtenemos de la interpretación a - contrario sensu del artículo 1830 del Código Civil para el Distrito Federal que establece: "Es ilícito el hecho que es contrario a- las leyes de orden público o a las buenas costumbres", entendiendo se entonces por licitud, la realización de los negocios jurídicos- de acuerdo a lo que establece el orden público y sin contravenir - a las normas morales que se observen, en un determinado tiempo y - espacio. Es este tipo de elemento de validez el sancionado con la nulidad absoluta, debido a su importancia y proyección que tiene - socialmente. Refiriendonos a las consecuencias que revisten los - negocios jurídicos ilícitos, el jurista MANUEL BEJARANO SANCHEZ - nos dice: "Ninguna conducta o finalidad que viole la ley prohibiti va, o imperativa, tendrá la protección del orden jurídico; por el- contrario, suscitará la repulsa y represión del mismo. Esta razón es evidente, la que explica y confiere sentido lógico a la sanción de nulidad que sigue a todo contrato con un objeto y motivo o fin- lícitos:..."[28].

Dos son los artículos de la Ley General de Títulos y Operacio

28.- BEJARANO SANCHEZ, Manuel. OBLIGACIONES CIVILES, 3ra. edición, editorial HARLA, México, D.F., 1984, pag. 117.

nes de Crédito que se refieren explícitamente a la licitud en el - fideicomiso, tales preceptos son: Artículo 346.- "En virtud del fideicomiso el fideicomitente destina ciertos bienes a un fin lícito determinado, encomendando la realización de ese fin a una institución fiduciaria"; artículo 347.- "El fideicomiso será válido aunque se constituya sin señalar fideicomisario, siempre que su fin - sea lícito y determinado". En torno a una finalidad lícita es como se constituirá, con carácter de válido el fideicomiso; esto simple y sencillamente nos lleva a concluir que la finalidad propuesta en el fideicomiso debe ir de acuerdo a lo estipulado por las - leyes del ordenamiento público, así como con las buenas costumbres. La finalidad o fin en el fideicomiso es aquella actividad que realizará el fiduciario, que es determinada por el fideicomitente almomento de constituirse el fideicomiso, y con la única limitación- que sea lícita y determinada.

1.3.4.- CAPACIDAD DE LAS PARTES.

La capacidad en términos generales es conocida como aquella - aptitud que tiene una persona para ser titular de derechos y obligaciones, se clasifica en: De goce y de ejercicio. Suele decirse- que la capacidad de goce comienza con la concepción del sujeto y -

termina con la muerte, así mismo se sostiene que en ningún caso habrá ausencia de esta. La capacidad de ejercicio es la aptitud que tiene la persona para ejercer por sí misma sus derechos y obligaciones, la cual se adquiere sólo con la mayoría de edad, salvo algunas excepciones (emancipación).

La capacidad de las partes que intervienen en el fideicomiso es regulada por la Ley General de Títulos y Operaciones de Crédito en su artículo 349 que a la letra dice: "Sólo pueden ser fideicomitentes las personas físicas o jurídicas que tengan la capacidad necesaria para hacer la afectación de bienes que el fideicomiso implica,..."; serán, entonces, fideicomitentes sólo aquellas personas físicas o morales que no sean consideradas incapaces por el ordenamiento jurídico, al respecto tenemos que el artículo 450 del Código Civil para el Distrito Federal establece que serán considerados incapaces tanto natural como legalmente:

- Los menores de edad;

- Los mayores de edad privados de inteligencia por locura, idiotismo o imbecilidad, aún cuando tengan intervalos lúcidos.

- Los sordo-mudos que no saben leer ni escribir;

- Los ebrios consetudinarios y los que habitualmente hacen u

so inmoderado de drogas y enervantes.

La sanción a que se hace acreedor el fideicomiso constituido- por persona incapaz, es a ser castigado con la nulidad relativa; - para subsanar esta deficiencia deberá ser constituido por un repre sentante, el cual debe cumplir con lo que establezca al respecto - el ordenamiento jurídico.

El artículo 348 de la Ley General de Títulos y Operaciones de Crédito es el que se refiere a la capacidad de los fideicomisarios: "Pueden ser fideicomisarios las personas físicas o jurídicas que - tengan la capacidad necesaria para recibir el provecho que el fi-- deicomiso implica". En este precepto no es aplicable el artículo- que se refiere a la incapacidad natural y legal (artículo 450 del- Código Civil para el Distrito Federal), pues el fideicomiso puede- constituirse a favor de las personas señaladas en este artículo, - aquí al tipo de capacidad que se refiere es a la de tipo especial- que deriva de la propia ley, como ejemplo podríamos nombrar entre- estas algunas de las incapacidades establecidas para heredar, a - las corporaciones religiosas y ministros de culto (artículos 130 y 27 fracción II, Constitucional).

1.3.5.- FORMA.

Constituye todas las manifestaciones externas necesarias para expresar un negocio jurídico, en este caso al fideicomiso; sufriendo de nulidad relativa en caso de no observarse la forma prevista por la ley. La Ley General de Títulos y Operaciones de Crédito determina en sus artículos 352 y 353 respectivamente lo siguiente: - "El fideicomiso puede ser constituido por acto entre vivos o por - testamento. La constitución del fideicomiso deberá siempre cons-- tar por escrito y ajustarse a los términos de la legislación común sobre transmisión de los derechos o la transmisión de propiedad de las cosas que se den en fideicomiso", y "El fideicomiso cuyo objeto recaiga en bienes inmuebles deberá inscribirse en la sección de Propiedad del Registro Público del lugar en que los bienes estén ubicados". De estos preceptos se deduce que la forma requerida para el fideicomiso es: Constar por escrito e inscribirlo en el Re-- gistro Público de la Propiedad, cuando recaiga sobre bienes inmuebles, deben ser observados conforme a los requerimientos legales - respecto a la transmisión de los derechos de propiedad de los bienes, evitando así sea sancionado con la nulidad relativa que es como se determina en el artículo 1833 del Código Civil para el Dis--

trito Federal: "Cuando la ley exija determinada forma para un contrato, mientras que éste no revista esa forma no será válido, ...".

1.4.- RELACION JURIDICA.

La relación jurídica es considerada de acuerdo al maestro BEJARANO SANCHEZ como"...un vínculo reconocido y disciplinado por el Derecho objetivo, ..., el cual faculta al acreedor a exigir una conducta del deudor y asegura su cumplimiento con la posibilidad de obtener compulsivamente su acatamiento"[29]. Respecto al fideicomiso, tenemos que éste, como cualquier otro negocio jurídico, presenta una estrecha relación jurídica entre las partes, en éste caso principalmente entre el fideicomitente y fiduciario así como entre el fiduciario y el fideicomisario.

El jurísta RODOLFO BATIZA nos dice: ".... La lectura de la ley sustantiva revela claramente que la constitución del fideicomiso resulta en un vínculo, en una relación legal que liga a las partes entre sí y de la cual derivan deberes y derechos recíprocos ...."[30]; pues recordemos que en el artículo 346 de la Ley General de Títulos y Operaciones de Crédito se establece que: "En virtud del fideicomiso, el fideicomitente destina ciertos bienes a un fin

29.- BEJARANO SANCHEZ, Manuel. OP. CIT., pag. 16.
30.- BATIZA, Rodolfo. OP. CIT., pag. 39.

lícito determinado, encomendando la realización de ese fín a una - institución fiduciaria". En primer término, de acuerdo a este precepto legal, tenemos la relación jurídica que se presenta entre el fideicomitente y el fiduciario, derivada, de la constitución misma del fideicomiso por parte del fideicomitente; nos encontramos con- el vínculo legal existente entre el fiduciario y el fideicomisario, esta relación jurídica se hace presente entre uno y otro al momento de ejecutar (el fiduciario) el fideicomiso a favor del fideicomisario. Esto es en torno a la obligación de la fiduciaria de entregar, al fideicomisario, el provecho que el fideicomiso implica- y del derecho del fideicomisario de exigir su cumplimiento; aunque claro está, que cuando no exista fideicomisario determinado o bien sea incapaz, tal derecho lo ejercerá el Ministerio Público, el que ejerza la patria potestad o el tutor según el caso.

La relación jurídica existente entre las partes da origen a - una gama de derechos y obligaciones, mismos que no se pueden enumerar determinadamente, puesto que varían de acuerdo a la participación de los sujetos que lo integran, a la naturaleza de los bienes y a la propia finalidad establecida.

1.5.- TRANSMISION DEL PATRIMONIO.

El patrimonio según el tratadista RAFAEL ROJINA VILLEGAS "..., consituye un conjunto de bienes, derechos y obligaciones apreciables en dinero, en relación con un sujeto determinado,..."[31]. El patrimonio se conforma por dos elementos, uno pasivo y otro activo, importandonos para el estudio del fideicomiso el activo; pues este se integra sólo por bienes y derechos suceptibles de ser valorados pecuniariamente, a diferencia del patrimonio pasivo que se trata de aquellas obligaciones y cargas que a pesar de que puedan ser valorizadas pecuniaria o moralmente constituyen un déficit patrimonial. Se interpreta de los artículos 346 y 351 primer párrafo, de la Ley General de Títulos y Operaciones de Crédito, y por la propia naturaleza del fideicomiso, que para su constitución y, desde luego, su ejecución se requiere de un "haber" patrimonial a fin de poder darcumplimiento a la finalidad determinada en el mismo.

Otro de los elementos que deben presentarse en torno al patrimonio afecto al fin del fideicomiso, es el carácter de propietario sobre los bienes o derechos que debe tener el fideicomitente.

31.- ROJINA VILLEGAS, Rafael. DERECHO CIVIL MEXICANO, Tomo III, Bienes, Derechos reales y Posesión, 6ta. edición, editorial PORRUA, México, D.F., 1985, pag. 24.

El derecho de propiedad, punto importantísimo para la constitución y ejecución del fideicomiso, es considerado por ROJINA VILLEGAS como: "...el poder jurídico que una persona ejerce en forma directa e inmediata sobre una cosa para aprovecharla totalmente en sentido jurídico, ..."[32], en este caso, quien originalmente goza de dicho poder es el fideicomitente. Pues tenemos que de acuerdo a la Ley General de Títulos y Operaciones de Crédito (artículo 346) es el fideicomitente quien destina ciertos bienes a un fin lícito determinado, lo cual sólo es posible si el fideicomitente es titular delos bienes o derechos destinados al fideicomiso, ya que conforme al artículo 830 del Código Civil para el Distrito Federal - "El propietario de una cosa puede gozar y disponer de ella con las limitaciones y modalidades que fijen las leyes".

El bien o derecho destinado al fideicomiso, sale de la esfera patrimonial del fideicomitente, conformando un nuevo patrimonio conocido como patrimonio de afectación o fideicomitido; reuniendo el carácter de titular sobre dicho patrimonio el fiduciario, pues recordemos que de acuerdo a nuestra corriente jurídica no puede existir un patrimonio sin titular. Pero la titularidad a que se hace-

32.- IBID., pág. 87.

acreedor el fiduciario, sobre los bienes que constituyen el fideicomiso, cuenta con una serie de limitaciones mismas que permiten la realización del fin propuesto en el fideicomiso. Es en este momento cuando se habla de una transmisión del patrimonio; que como ya se determinó, se trata de una parte del patrimonio del fideicomitente y no de la totalidad de éste, pues no podrán ser objeto del fideicomiso aquellos bienes y derechos que, de acuerdo a la ley sean estrictamente personales de su titular. Respecto a esta situación el maestro OCTAVIO A. HERNANDEZ establece: "El elemento objetivo del fideicomiso es el patrimonio cuya titularidad se transmite a la fiduciaria..."[33]. Así mismo el maestro BAUCHE GARCIADIEGO estipula que "Por virtud de este negocio jurídico, el bien o el derecho salen de la esfera patrimonial de quien lo constituye -fideicomitente- para que su titularidad pase a la institución fiduciaria, pero no de manera absoluta, ya que solamente puede disponer de ellos de acuerdo con las instrucciones y para los fines que haya determinado el autor del fideicomiso. Es una modalidad especial del cambio de titular de los bienes o derechos y se le llama "patrimonio fideicomitido"[34]. Se refiere a que a pesar

33.- HERNANDEZ, Octavio A. OP. CIT., pag. 274.
34.- BAUCHE AGARCIADIEGO, Mario. OP. CIT., pag. 339.

de tomar el carácter de titular sobre los bienes, el fiduciario, - no podrá disponer libremente de los bienes o derechos afectos al - fideicomiso, sino que se sujetará a ciertas limitaciones que derivarán de la propia finalidad del fideicomiso, pero efectivamente - hace mención de la traslación del patrimonio afecto al fideicomiso, del fideicomitente al fiduciario a fin de que este último pueda - realizar la finalidad propuesta por el fideicomitente. Respecto a este mismo punto, sobre la transmisión del patrimonio, el tratadista VILLAGORDOA LOZANO nos dice que "..., en el fideicomiso, el fideicomitente transmite la titularidad de los derechos materia de - esta operación al fiduciario, para que a través del ejercicio de - tales derechos, pueda llevar a efecto, el cumplimiento de los fines propuestos"[35]; en el mismo sentido el jurista GONZALEZ ARZAMENDI sostiene "Creemos que la propiedad de los bienes fideicomitidos la transmite el fideicomitente a la institución fiduciaria, condicionada tan sólo, a que dichos bienes sean utilizados para la consecución del fin del fideicomiso y nada más. De manera que el efecto que produce la traslación de dominio en el fideicomiso es, - que la fiduciaria se convierte en propietaria temporal de los bie-

35.- VILLAGORDOA LOZANO, José Manuel. OP. CIT., pag. 113.

nes fideicomitidos, propiedad ésta, limitada por el fin asignado - al fideicomiso por el fideicomitente en el acto constitutivo del - mismo"[36]. Existe verdaderamente, una traslación de patrimonio, en relación a los bienes o derechos que constituyen el fideicomiso, - los cuales salen del ámbito patrimonial del fideicomitente conformando un nuevo patrimonio sobre el cual ejercerá su titularidad, - el fiduciario; pero esto no significa que dichos bienes o derechos pasen a formar parte del patrimonio del fiduciario, pues como constantemente se ha sostenido responden a un fin determinado.

36.- GONZALEZ ARZAMENDI, Ana José. NATURALEZA JURIDICA DEL FIDEICOMISO. Tesis UAC, Saltillo, Coah. [Multigráfica], 1973, pag. 24.

CAPITULO II

EL NEGOCIO FIDUCIARIO

2.1.- CONCEPTO.

Un fuerte problema se presenta al hacer frente al estudio del negocio fiduciario, en virtud de que existen eminentes tratadistas y estudiosos del Derecho que suelen confundirlo con el fideicomiso o bien sostienen que este último es una especie de los negocios fiduciarios y para algunos más es el fideicomiso totalmente ajeno al negocio fiduciario. A fin de poder sostener una tesis respecto a dicho problema es necesario, antes que nada, conocer que es el negocio fiduciario, esto es, cómo se define o conceptualiza para saber con seguridad a que nos estamos refiriendo, y partiendo de este punto adentrarnos al estudio de sus antecedentes, así como al de los elementos que lo conforman.

Es considerado como un simple negocio en el que se hace presente un acuerdo de voluntades pero no se le atribuye el carácter de negocio jurídico. El tratadista JORGE A. DOMINGUEZ MARTINEZ, sostiene que: "La doctrina en general suele definir el negocio fiduciario como el acuerdo de voluntades cuya finalidad es la transmisión de ciertos bienes o derechos de un otorgante a otro, con la

obligación adquirida por éste último, de destinar el objeto transmitido a una finalidad específica"[37]. Estamos frente a un negocio en el que se requieren de ciertas características para que sea configurado como tal, las cuales en primer término consisten en el acuerdo de voluntades mediante la cual se determinará la finalidad que se tiene propuesta, pero para llevar acabo dicha finalidad es necesario que se transmita la propiedad del bien destinado al negocio fiduciario, mediando sólo la confianza que se tenga al fiduciario por parte del fiduciante, así que al cumplir, el fiduciario, con la finalidad determinada está correspondiendo a la confianza depositada en él.

Al mencionar que es considerado como un simple negocio, no me refiero a que se trate de un negocio que no presente complicación alguna, al contrario es considerado como un negocio totalmente complejo, sólo que al emplear el término simple me estoy refiriendo al carácter de hecho y no de derecho que representa, en cuanto a su regulación.

En el concepto dado por el Banco Mexicano Somex, se hace mención de una importante característica de los negocios fiduciarios,

37.- DOMINGUEZ MARTINEZ, Jorge A. OP. CIT., pag. 165.

y esta es la que se refiere a que el fiduciario no cumple con el - requisito de ser una institución de crédito: "En la doctrina..., - se ha desarrollado toda una corriente para definir lo que llaman - negocio fiduciario y que consiste en aquel acto celebrado por particulares no previsto expresamente por la ley -con la intención aparente de celebrar un acto diferente de la finalidad querida por- las partes-, y que consiste en que uno de ellos entrega bienes a - otro, para que esta última cumpla con ellos una finalidad, y que - ésta, sólo será efectiva si aquél que recibe los bienes, obra de - estricta buena fe y cumple moral y jurídicamente su obligación"[38]. Se deduce que es un negocio atípico constituido en base a que una- de las partes que lo integran transmite la propiedad del bien (fiduciante) a la otra parte (fiduciario) a fin de que este último - cumpla con la finalidad determinada en el negocio fiduciario, no - siendo requisito indispensable que el fiduciario sea una institución de crédito.

Algunos autores al conceptualizar al negocio fiduciario, nos- dicen además como es estructurado, lo cual permite tener un mejor- conocimiento de esta figura, así para el jurísta VAZQUEZ ARMINIO;-

38.- LAS INSTITUCIONES FIDUCIARIAS Y....., OP. CIT., pag. 133.

"El negocio fiduciario es un negocio único formado por dos relaciones, una real, que es la transmisión de los bienes o derechos del-fiduciante al fiduciario y una obligatoria, por la que el fiduciario se encuentra constreñido, frente al fiduciante, a cumplir con-la finalidad y retransmitirle posteriormente los bienes o derechos o transmitirlos a un tercero"[39]. Se enuncia la estructuración del negocio fiduciario a través de las relaciones que se presentan, hablándose de una real (transmisión de la propiedad) y una obligatoria (cumplimiento de la finalidad determinada); el maestro RODRIGUEZ RODRIGUEZ nos dice que: "... se caracterizan por la discrepancia entre el fin perseguido y el medio elegido para realizarlo...., el negocio fiduciario se caracteriza en que se elige por las partes, una forma jurídica, los efectos de la cual, exceden con conocimiento de las partes, de los exigidos para el fin práctico que se-persigue.... Si con objeto de darle una garantía a un acreedor, - se inscribe a su nombre, en el registro, una casa, propiedad del - deudor o de un tercero, tendremos otro negocio fiduciario, porque-en virtud de la inscripción en el registro, el acreedor aparece co

---

39.- VAZQUEZ ARMINIO, Rodrigo. NATURALEZA JURIDICA DE NUESTRO FIDEICOMISO Y SUS PRINCIPALES APLICACIONES PRACTICAS, Librería de Manuel PORRUA, México, D.F., 1961, pag. 22.

mo dueño del inmueble para todos los efectos legales y no como titular de un simple derecho de garantía, aspecto que sólo se conserva en las relaciones entre el acreedor y el deudor"[40]. Es en esta discrepancia, que se presenta entre el fin que se persigue y el medio que se elige para realizarlo, en donde originalmente se estableció la principal característica de los negocios fiduciarios.

Otros autores hacen mención, de una característica propia de este tipo de negocios, que es que se integra por dos negocios jurídicos, uno que es válido y que se pone de manifiesto ante terceros y otro realizado ocultamente frente a los terceros, el cual destruye entre las partes los efectos delprimer negocio.

Deduciendo podemos decir que el negocio fiduciario es un negocio atípico, en el cual a través de un acuerdo de voluntades, una de las partes llamada fiduciante transmite la propiedad de ciertos bienes a una persona cualquiera, llamada fiduciario, a fin de dar cumplimiento a la finalidad establecida en el negocio fiduciario, respecto de la cual mediará un sentimiento de confianza; dando nacimiento a una relación real y una obligatoria, presentando - además, una estructura determinada por dos negocios, uno exterior-

40.- RODRIGUEZ RODRIGUEZ, Joaquín. OP. CIT., pag. 119.

y otro oculto respecto a los terceros, teniendo este último la cualidad de dejar sin efectos, entre las partes, al negocio exterior.

2.2.- ANTECEDENTES.

El negocio fiduciario, desde sus orígenes fué considerado como atípico y la mayoría de las veces como ilícito, se afirmaba que fué creado para eludir la ley en razón de que, se cree, es resultado del ingenio de defraudadores, aunque hay que aceptar que no sólo fué ese el motivo de su aparición, porque como muy acertadamente se dice, surge a fin de dar solución a las necesidades sociales existentes, llenando las lagunas del Derecho vigente, ya que es imposible, como lo sostiene el maestro VILLAGORDOA LOZANO[41], que el legislador pueda comprender todas las situaciones jurídicas, que privan en un medio determinado, dentro de un cuerpo legal.

Existe una gran duda y diversidad de opiniones sobre su origen, pues para algunos surge en Inglaterra con los famosos "uses" los cuales, aparecen como una audacia por parte de aquellos que eran afectados por las cargas, tributos y otros inconvenientes existentes en el régimen feudal inglés. El maestro RODOLFO BATIZA, al respecto nos dice que ".... En su primera etapa los usos consis

41.- Cfr. VILLAGORDOA LOZANO, José Manuel. Op. Cit., pág. 79.

tían en obligaciones de carácter moral cuyo cumplimiento quedaba a la buena fe del prestanombre (feofee tu uses), y el beneficiario - (cestui que use) carecía de derechos protegidos por el orden jurídico. En la fase inicial el uso era un auténtico "negocio fiduciario""[42].

Para otros investigadores, proviene del Derecho Romano, afirman que la fiducia en este régimen surge con el mismo propósito - que los "uses", con la finalidad de suplir las deficiencias de un ordenamiento rígido y deficiente, pero al nacer nuevas figuras jurídicas y alejarse la fiducia de su función supletoria, los romanos crean el "negocio fiduciae causa". La causa fiduciae es atípica, pues no corresponde a ningún negocio regulado jurídicamente, - se clasifica en fiducia cum creditore y fiducia cum amigo, exige - por sí misma la transmisión de la propiedad, pues es indispensable para lograr el fin perseguido; como ya se estableció puede ser cum creditore el cual se trataba de un negocio de garantía o cum amico, el cual se apoya en una relación de confianza.

La realidad es que no hay un acuerdo respecto al lugar de origen del negocio fiduciario, lo que si es cierto es que aparece por

---

42.- BATIZA, Rodolfo. OP. CIT., pag. 31.

las necesidades sociales existentes, las cada vez más complejas relaciones contractuales y la insuficiencia del ordenamiento jurídico para darle lugar a todas estas situaciones.

Se tiene conocimiento que el primero que empleó la terminología, fué el alemán Regelsberger, el cual en alemán lo nombró como- "fiduciarisch Geschöfler" y fué él quien le atribuyó, por primera- vez, la característica de la incongruencia entre el medio jurídico que se emplea y el fin económico que se busca.

2.3.- ELEMENTOS ESENCIALES Y DE VALIDEZ.

Los elementos esenciales de un negocio jurídico de acuerdo al artículo 1794 del Código Civil para el Distrito Federal son: el - consentimiento y el objeto, elementos sin los cuales no existiría.

Partiendo de la idea que el negocio fiduciario es un negocio- que consiste en el acuerdo de dos o más personas para crear consecuencias de derecho, es necesario iniciar su estudio, tomando en - cuenta que se encuentra conformado esencialmente por el consenti-- miento otorgado por las partes que intervienen y por el objeto que es destinado al fin propuesto en el negocio fiduciario.

Al considerar al negocio fiduciario como un negocio, además - de contar con los elementos esenciales mencionados, debe presentar

ciertos requisitos que lo califiquen como valido, tales requisitos conocidos como "elementos de validez" son los establecidos por el artículo 1795 del Código Civil para el Distrito Federal, los cuales interpretados a contrario-sensu son: la capacidad en las partes, voluntad libre de vicios, objeto, motivo o fin lícitos y forma establecida por la ley. Se presenta un gran problema respecto a la observancia de estos requisitos en el negocio fiduciario, ya que al no estar regulado por la ley, resulta conflictivo exigir, jurídicamente, sean cumplidos o bien demandar su nulidad, sea esta absoluta o relativa.

2.3.1.- SUJETOS.

Dentro del negocio fiduciario, se habla de la intervención de dos personas, las cuales manifestarán su consentimiento a fin de dar nacimiento al mencionado negocio. El tratadista JORGE A. DOMINGUEZ-MARTINEZ nos dice que: "La celebración de un negocio fiduciario implica la concurrencia de dos personas, a saber: la primera, titular de la cosa o derecho que es objeto de la transmisión y la segunda, el adquirente de la misma y obligado a destinar lo transmitido a una finalidad determinada. El enajenante lleva el nombre de fiduciante y quien adquiere suele ser caracterizado como

fiduciario"[43]. Así hablamos de la participación de una persona que recibe el nombre de fiduciante, el cual es quien determinará el bien o derecho del que es titular, a fin de destinarlo a una finalidad propuesta transmitiendolo a otra persona, conocida como fiduciaria. Generalmente en el negocio fiduciario no se llega a hablar mucho del fideicomisario o beneficiario, aunque sí se puede presentar, "..., además del fiduciante y fiduciario como elementos personales en la celebración de un negocio de esta naturaleza, puede pasar lista de presente un tercero, o sea, el destinatario de los beneficios que como afectos traiga aparejada a la obligación del fiduciario, sin embargo la presencia de este tercer elemento, a quien se le denomina beneficiario, es, según se apuntaba, no definitiva y además, bajo ningún aspecto se requiere que comparezca en el acto de celebración, sino más bien con posterioridad"[44].

A) FIDUCIANTE:

Es conocido en el negocio fiduciario con el nombre de fiduciante y es precisamente quien es titular de los bienes destinados al cumplimiento del negocio fiduciario. "El fiduciante es quien tiene la titularidad de la cosa (o derecho) antes de la celebración del

43.- DOMINGUEZ MARTINEZ, Jorge A. OP. CIT., pag. 169.
44.- IBID., pag. 169.

acto y se quita de él para transferirlo al fiduciario. Ha sido - hasta entonces el sujeto activo del derecho real, pero deja de ser lo. En cambio de ello adquiere la titularidad de un derecho personal -cuyo alcance precisaremos en seguida- a obtener la devolución de la cosa (si la fiducia es de la especie cum creditore) o su entrega a un tercero (si la fiducia es cum amico, en beneficio de - otro)...."[45]. Recordemos que el derecho real es esa facultad que- se tiene de gozar directamente una cosa y derecho personal es la - facultad que se tiene para obtener de otra persona una conducta de hacer, no hacer o de dar, y es conocido, también, con el nombre de derechos de crédito u obligaciones.

En razón de su carácter de atipicidad y en ocasiones de ilicitud el fiduciante se encuentra desprotegido por la ley ante las - conductas de abuso del fiduciario. JORDANO BAREA, al respecto sostiene: ".... Al fiduciante sólo le queda el remedio de su crédito- personal para corregir estas desviaciones de los poderes jurídicos del fiduciario. Así, en caso de enajenación, no puede accionar ni real ni personalmente contra los terceros..."[46]. Todo esto se des

45.- JORDANO BAREA, Juan B. NATURALEZA, ESTRUCTURA Y EFECTOS DEL - NEGOCIO FIDUCIARIO, REVISTA DE DERECHO PRIVADO, Octubre de 1956, - Madrid, España, pag. 832.
46.- IBID., pag. 832.

ESTA TESIS NO DEBE
SALIR DE LA BIBLIOTECA

prende del carácter atípico del negocio fiduciario.

Los derechos y obligaciones del fiduciante al no ser mencionados por la ley, en virtud de no estar el negocio fiduciario regulado jurídicamente; siguiendo lo establecido por el artículo 1858 del Código Civil para el Distrito Federal[47], se deducen en:

DERECHOS:

Elección de la persona que tendrá el carácter de fiduciaria.

Le sean devueltos los bienes y derechos que, al cumplimiento del negocio fiduciario, aún existan en el poder del fiduciario (si así se acordó, aunque no contará con todo el apoyo jurídico para exigirlo).

Los que derivan del mismo negocio fiduciario.

OBLIGACIONES:

Transmitir los bienes y derechos, al fiduciario, a fin de que este de cumplimiento a la finalidad determinada en el negocio fiduciario.

47.- Artículo 1858 del Código Civil para el Distrito Federal.- "Los contratos que no estén especialmente reglamentados en este Código, se regirán por las reglas generales de los contratos; por las estipulaciones de las partes, y en lo que fueren omisas, por las disposiciones del contrato con el que tenga más analogía,..."

B) FIDUCIARIO:

Es la persona encargada de dar cumplimiento al negocio fiduciario, en quien recae la confianza del fiduciante en virtud de la cual le es transmitida la titularidad del bien destinado al negocio fiduciario, el cual puede ser una persona física o moral pero no se requiere que se trate de una institución de crédito. Una de las definiciones que nos da es "El fiduciario..., es quien recibe la propiedad de la cosa, pasa a ejercer la plenitud del derecho real sobre ellas y se convierte en sujeto pasivo de la obligación de restituir, entregar a un tercero o abonar la indemnización, si hubiese incurrido en la frustración del efecto normal en virtud de violación de la confianza."[48].

El maestro CERVANTES AHUMADA nos dice que "El negocio fiduciario, como "pactum fiduciae", puede ser celebrado por particulares. Y entre ellos surtirá sus efectos"[49]; no es, entonces, requisito característico que elfiduciario sea una institución de crédito; además uno de los elementos muy importantes que media en el negocio fiduciario, es la confianza depositada por el fiduciante en el

48.- Enciclopedia Jurídica OMEBA, T. XX, editorial Bibliográfica, S.A., Buenos Aires, 1977, pag. 216.
49.- CERVANTES AHUMADA, Raúl. OP. CIT., pag. 291.

fiduciario, alrededor de la cual giran las relaciones contractuales que se establecen entre ambos.

Otro aspecto importante es que el fiduciario se convierte en el verdadero titular de los bienes o derechos que le son transmitidos por el fiduciante no contando por tanto con limitaciones legales para su ejercicio, sólo con aquellas que derivan de la confianza que el fué otorgada. El jurísta JORDANO BAREA, citando al alemán DERNBURG nos dice que "... El fiduciario adquiere la propiedad absoluta no sólo frente a terceros, sino también frente al mismo fiduciante"[50]. Lo cual da la posibilidad al fiduciario de abusar de su posición ante el desamparo jurídico del fiduciante, presentandose aquí la llamada desproporción entre el medio elegido y el fin económico propuesto. Con la finalidad de reafirmar esta postura tenemos que el maestro JORDANO BAREA en forma por demás explicita sostiene que:

> "Cuando el fiduciario abusa de su posición jurídica, violando la obligación asumida y la palabra empeñada, se está frente a supuestos de anormalidad que conviene dis

50.- JORDANO BAREA, Juan B. PROBLEMATICA DEL NEGOCIO FIDUCIARIO, REVISTA DE DERECHO PRIVADO, Junio de 1959, Madrid, España, pag. 526, cit. a (DERNBURG: Pandette, 6ta. edición, traducción italiana de Cicalo, Turín, 1906, vol. I, parte 1ra., 100. pag. 295).

tinguir.

Ante todo, el fiduciario puede enajenar siempre la cosa recibida.... Pero el abuso puede darse no sólo por disposiciones en favor de tercero, sino también por destrucción, disfrute o retención de la cosa, contrarios al fin.

El fiduciario puede abusar destruyendo la cosa, aprovechándose de sus frutos (si no tiene tal derecho) o bien incumpliendo la obligación de restituirla.

En todos estos casos se habla de extralimitaciones, no en el sentido de que se trate de actos ilegítimos de apropiación o daño; puesto que todos ellos constituyen - ejercicio legítimo de un derecho que se tiene, sino másbien mirando a los límites obligacionales que rodean la posición de fiduciario...."[51].

Referirnos a los derechos y obligaciones por parte de fiduciario, nos lleva a recurrir nuevamente al artículo 1858 de Código Civil para el Distrito Federal, ya mencionado, esto derivado del acuerdo de voluntades sostenido, debido a que legalmente no se encuentra -

51.- JORDANO BAREA, Juan B. NATURALEZA, ESTRUC... OP. CIT., pags. 831 y 832.

nada regulado respecto al negocio fiduciario.

DERECHOS:

Recibir la titularidad de los bienes o derechos destinados al negocio fiduciario.

Aquellos otros que requiera para dar cumplimiento al negocio-fiduciario.

OBLIGACIONES:

Cumplir con lo establecido en el negocio fiduciario.

Obrar como un buen padre de familia, de acuerdo a la confianza puesta en el.

Restituir la cosa, cuando así se estableció, una vez cumplido con el negocio fiduciario.

C) FIDEICOMISARIO:

Es la persona que recibirá los provechos obtenidos en el negocio fiduciario, es también llamada beneficiario, cuya presencia no es indispensable. Al formar parte de un negocio que no es regulado por el ordenamiento jurídico, no tenemos fundamento legal respecto a los derechos u obligaciones que pueda llegar a tener, aunque deduciendo del propio negocio celebrado podemos decir que tiene el derecho a recibir el beneficio, resultado del cumplimiento.

del negocio fiduciario.

2.3.2.- OBJETO.

El artículo 1824 del Código Civil para el Distrito Federal, - establece que constituyen el objeto del contrato, la cosa que el obligado debe dar y el hecho que el obligado debe hacer o no hacer, complementando el artículo 1825 del mismo ordenamiento jurídico - nos dice que debe de existir en la naturaleza, ser determinada o - determinable y estar en el comercio.

En el negocio fiduciario el objeto, como elemento esencial, - lo conforma el bien o derecho destinado al negocio mencionado, en- virtud de que es requisito indispensable para lograr la realiza--- ción del fin propuesto, debiéndose por tanto cumplir con los requisitos mencionados por la ley, como son: que exista en la naturaleza, sea determinado y esté en el comercio, sin lo cual lógicamente sería imposible la cosa objeto del negocio, así como la propia - constitución y finalidad propuesta en el negocio fiduciario.

2.3.3.- LICITUD.

Una de las características que se le atribuyen al negocio fiduciario, es que este tiene una finalidad ilícita, se tiene que - considerar que si puede ser creado para una finalidad de este tipo,

pero esto no significa que sea característica propia y determinante del negocio fiduciario, pues en ocasiones puede ser creado para una finalidad por demás lícita.

La licitud es, interpretando a contrario-sensu el artículo 1830 del Código Civil para el Distrito Federal, observar lo establecido por las leyes de orden público y las buenas costumbres, así que lo ilícito se presenta cuando se actua en contra de las mismas.

Referirse al negocio fiduciario no significa hablar de una figura de carácter determinantemente ilícito, pues no siempre es creado con la finalidad de ir contra lo que dispone la ley y las buenas costumbres, ya que generalmente se crea con fines lícitos sólo que traspasando la creación jurídica vigente; en virtud de que siempre será superada por la realidad social, misma que no se puede detener, y siendo incapaz nuestro ordenamiento jurídico de contemplar todas las relaciones económicas-sociales que se puedan presentar, el hombre adapta o crea nuevas figuras que le permitan llevar acabo su desarrollo, haciendo uso de su libertad contractual. El tratadista DOMINGUEZ MARTINEZ nos dice: "No creemos que la ilicitud sea una característica invariable de los negocios fidu

ciarios"[52], tiene fundada razón en virtud de que, como ya se mencionó, no es creado con el propósito de contravenir las leyes del orden público y las buenas costumbres, lo que sucede es que no es regulado por el ordenamiento jurídico, considerándosele por tal motivo como negocio atípico, pero esto no quiere decir que sea característico del mismo la ilicitud.

2.3.3.4.- CAPACIDAD DE LAS PARTES.

La capaicdad, como ya se mencionó, consiste en la aptitud que tiene una persona para ser titular de derechos y obligaciones, esclasificada en dos tipos: de goce (aptitud para ser sujeto de derechos y obligaciones) y de ejercicio (aptitud jurídica para poder hacer valer sus derechos y obligaciones).

El artículo 1798 del Código Civil para el Distrito Federal, establece que: "Son hábiles para contratar todas las personas no exceptuadas por la ley"; refiriendonos directamente al negocio fiduciario no existe, jurídicamente hablando, regulación alguna al respecto. Aunque conociendo su estructura (formado por dos negocios uno exterior y otro oculto frente a los terceros) tanto la capacidad de las partes como todos los requisitos de validez, son

52.- DOMINGUEZ MARTINEZ, Jorge A. OP. CIT., pag. 174.

exigibles en aquel negocio con carácter exterior frente a los terceros, pudiéndose presentar la ausencia de alguno de estos requisitos en el segundo negocio, lo cual es posible en virtud del carácter oculto que guarda y de la atipicidad del negocio fiduciario.

Por lo tanto la capacidad de las partes en el primer negocio será determinada por nuestro ordenamiento legal, pero respecto al segundo negocio, por su carácter de ser oculto y tener la facultad de dejar sin efectos al primer negocio, puede no observar lo dispuesto por la ley en torno a la capacidad (ejemplo, puede tenerse como beneficiaria una institución religiosa).

2.3.5.- FORMA.

El Código Civil para el Distrito Federal, en su artículo 1832 establece que "En los contratos civiles cada uno se obliga en la manera y términos que aparezca que quiso obligarse, sin que para la validez del contrato se requieran formalidades determinadas, fuera de los casos expresamente designados por la ley". El maestro ERNESTO GUTIERREZ Y GONZALEZ, define la forma como: "...la manera en que debe externarse y/o plasmarse la voluntad de los que contratan, conforme lo disponga o permita la ley"[53]. En cuanto al

53.- GUTIERREZ Y GONZALEZ, ERNESTO, OP. CIT., pág. 247.

negocio fiduciario propiamente hablando no se encuentra, legalmente establecida regla alguna a seguir, pues recordemos su carácter de atipicidad, pero remitiendonos a su estructura, en el primer negocio se tendrá que observar la forma establecida por la ley y respecto al segundo negocio puede o no observarse en virtud de su carácter oculto y de causar efectos sólo entre las partes dejando sin los mismos al primer negocio.

2.4.- RELACION JURIDICA.

Por relación jurídica se tiene entendido, que es un vínculo entre las partes reconocido por la ley, originándose una serie de obligaciones y derechos, lo cual da nacimiento a la facultad de "exigir" por parte del acreedor (fiduciante) y el deber de "cumplir" por parte del deudor (fiduciario). Siguiendo la tesis alemana, la cual es aceptada por nuestro Derecho, la relación jurídica consiste en: "...la facultad que tiene el acreedor de "poder exigir" a su deudor que cumpla, y la situación del deudor de "deber cumplir" con la pretensión de su acreedor. En otras palabras, la relación jurídica se reduce a un "poder exigir" y a un deber "cumplir"..."[54].

54.- IBID., pag. 88.

El negocio fiduciario, se dice, está formado por dos relaciones, una real y otra obligatoria; la primera se presenta al transmitirse la propiedad del bien designado al negocio fiduciario y la obligatoria en la que el fiduciario tiene el deber de "cumplir" la pretensión del fiduciante, ante esta situación cabe una pregunta --¿No existe, en el fideicomiso la obligación (por parte del fideicomitente) de transmitir los bienes, destinados al mismo, a fin de dar cumplimiento a la finalidad propuesta y también se cuenta con la obligación (por parte del fiduciario) de dar cumplimiento a la pretensión del fideicomitente; y sólo se habla de una relación jurídica de la cual derivan una multitud de derechos y obligaciones para ambas partes?- la respuesta es: Si, pero el fideicomiso se trata de un sólo negocio jurídico, el cual da origen a una variada relación jurídica. En tanto que el negocio fiduciario se trata de un negocio atípico formado por dos negocios, lo cual da origen a que hablemos de dos relaciones jurídicas, aunque respecto a la segunda no se trata propiamente de una relación jurídica dada la característica interna que guarda, y a que no es regulada jurídicamente; ante tal situación, generalmente no es posible que el fiduciante tenga el derecho de "exigir" y en caso de incumplimiento re

currir ante las autoridades judiciales. En relación al primer negocio, sí se trata de una completa relación jurídica, en virtud de que se recurre a un negocio jurídico en el que sea posible la transmisión plena de los bienes o derechos, destinados al negocio-fiduciario por parte del fiduciante al fiduciario, convirtiéndose-este último, por tal razón, en el verdadero propietario ante los terceros e incluso ante el propio fiduciante. Pudiéndose dar la situación de que el fiduciario "exija" al fiduciante la entrega del bien, contando este último con la fides, es decir, la confianza puesta en el fiduciario. Enfatizando, el maestro DOMINGUEZ MARTINEZ sostiene que:

"La doctrina en general coincide en afirmar que la estructura del negocio fiduciario está compuesta por dos diversas relaciones, una de naturaleza real y externa representada por la enajenación efectuada del fiduciante al fiduciario, y otra de carácter obligacional e interno, o sea, el compromiso adquirido por éste ante aquél, de destinar los bienes que le fueron transmitidos para la realización de un fin específico.

La estructura del negocio fiduciario, hace derivar,

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

Ambas relaciones guardan entre ellas una situación de interdependencia a grado tal que la primera sin la - segunda sólo implicaría la celebración de cualquier figura negocial típica traslativa de la propiedad, en -- cuanto a sus consecuencias se refiere, y la segunda sin aquella no puede tener lugar, por encontrarse condicionada a la propia traslación materia de la primera."[55].

55.- DOMINGUEZ MARTINEZ, Jorge A. OP. CIT., pag. 170.

2.5.- TRANSMISION DEL PATRIMONIO.

Partiendo de que por patrimonio, se entiende, el conjunto de- bienes, derechos y obligaciones suceptibles de ser valorados pecuniariamente. Existen algunos tratadistas que polemizan en rela--- ción a la valoración pecuniaria, pues sostienen que existen obligaciones que no tienen un objeto meramente de este carácter[56]. Para la realización del negocio fiduciario interesan aquellos bienes y- derechos suceptibles de valoración pecuniaria; mismos que son - transmitidos para dar cumplimiento a la finalidad propuesta, ya - que en virtud del negocio fiduciario una persona llamada fiduciante transmite la propiedad de ciertos bienes o derechos a otra persona llamada fiduciario a fin de dar cumplimiento a la finalidad - establecida, celebrando para esto dos negocios, el primero en el - cual, el fiduciante, realiza la transmisión de la propiedad que - tiene sobre el patrimonio destinado al negocio fiduciario y el segundo con el cual anula los efectos del primero entre las partes.

La propiedad, término empleado con anterioridad es considerada como "... el derecho de obtener de un objeto toda la satisfac--

56.- Cfr. GUTIERREZ Y GONZALEZ, Ernesto. OP. CIT., pags. 87 a 100.

ción que éste pueda proporcionar."[57]. De acuerdo al artículo 830- del Código Civil para el Distrito Federal "El propietario de una - cosa puede gozar y disponer de ella con las limitaciones y modalidades que fijen las leyes", de ahí que el fiduciante, titular originario del patrimonio destinado al negocio fiduciario pueda transmitirlo al fiduciario, siendo este el motivo por el cual, se dice, existe una desproporción entre el medio elegido y la finalidad propuesta, "..., la desproporción que hay en el negocio fiduciario - consiste en que en el medio opera una transmisión definitiva, mientras que el fin de las partes exige sólo una transmisión temporal- o transitoria."[58]. Tal situación es considerada como una característica propia del negocio fiduciario, el cual aparece con el propósito de afrontar y dirimir las complejas necesidades económico-- sociales que se le presentan al individuo; al respecto el jurista- ARRECHEA ALVAREZ establece que: ".... La transmisión del dominio- es perfecta e irrevocable respecto del fiduciante como en relación a terceros, el fiduciario se obliga personalmente con el fiduciante a cumplir el fin propuesto; la transmisión del dominio es -

57.- FLORIS MARGADANT, Guillermo. EL DERECHO PRIVADO ROMANO, 13va. edición, editorial ESFINGE, S.A., México, D.F., 1985, pag. 244.
58.- JORDANO BAREA, Juan B. OP. CIT. pag. 217.

arriesgada porque el fiduciario puede conducirse deslealmente;...; como ningún otro medio jurídico proporciona satisfacción directa a la finalidad perseguida, se comprende por qué las partes estiman - necesario recurrir a tal procedimiento; suplen de esa manera un de recho deficiente, inadecuado."[59]. Efectivamente estamos frente a- una desproporción entre el medio elegido y el fin determinado e in cluso ante un grave riesgo por parte del fiduciante, al realizar - la transmisión del patrimonio al fiduciario; todo esto, claro está, como consecuencia del desarrollo social y las variadas situaciones de índole económica que se presentan constatemente.

Se requiere de la transmisión del patrimonio a fin de dar cum plimiento a la finalidad propuesta en el negocio fiduciario, lo - cual acarrea cierta inseguridad al fiduciante, quien recurriendo a la confianza, transmite los bienes o derechos al fiduciario el - cual puede tomar una conducta de abuso ante dicha situación pues - en este caso los bienes o derechos pasan a formar parte del patrimonio del fiduciario, esto es, no se constituye el llamado "patrimonio autónomo" o de afectación, propio del fideicomiso. JORDANO-BAREA claramente explica: "....El fiduciante coloca al fiduciario

59.- ARRECHEA ALVAREZ, Maximino. OP. CIT., pags. 15-16.

(adquirente) en una situación que hace posible el abuso. El acto-traslativo le confiere una titularidad definitiva erga omnes; aunque el fiduciario está personalmente obligado frente al fiduciante a devolver el bien transmitido una vez alcanzado el fin propuesto, su posición jurídica real le proporciona siempre la oportunidad de abusar enajenando la res fiduciaria o contraviniendo de otro modo- el pactum fiduciae. Por eso el fiduciante pone en práctica voluntariamente el negocio confiando en la lealtad del fiduciario."[60].- Ante esta situación, el fiduciario puede ejercer los derechos que legalmente le son permitidos, como propietario, en virtud del primer negocio celebrado, de ahí que exista cierta inseguridad para - el fiduciante ya que el fiduciario puede no cumplir con la finalidad propuesta en el negocio fiduciario, no observando lo pactado - en el segundo negocio que lo conforma, pero sí, abusando de la posición que tiene basada en la confianza a que es acreedor por parte del fiduciante.

60.- JORDANO BAREA, Juan B. OP. CIT., pags. 211-212.

CAPITULO III

NORMATIVIDAD JURIDICA

3.1.- REGULACION JURIDICA DEL FIDEICOMISO Y NEGOCIO FIDUCIARIO.

Por ser el fideicomiso regulado y reconocido por la ley a diferencia del negocio fiduciario, es necesario entrar al estudio de la tipicidad del fideicomiso y de la falta de tipo legal en el negocio fiduciario.

3.1.1.- TIPICIDAD DEL FIDEICOMISO.

Tipicidad significa "regulación" y por tanto reconocimiento,- por parte de un ordenamiento jurídico, de una figura determinada.- Se habla aquí de un tipo legal, el cual es creado por el legislador y que es plasmado en un determinado ordenamiento jurídico. En torno al término "tipo legal", hablamos de la tipicidad y atipicidad (falta de tipo legal), esto es, que cuando una figura encaja - en cualquiera de los tipos establecidos por la ley estamos ante la llamada tipicidad, pero en caso de no ser así hacemos alusión a la atipicidad o falta de tipo legal.

Decimos, el fideicomiso es una figura típica, en virtud de - que es reconocida y regulada por la ley. En la publicación realizada por el Banco Mexicano Somex se dice en relación a la tipici--

dad del fideicomiso que "..., si por típico se entiende un acto jurídico definido por las leyes, precisado por las mismas y con modalidades, requisitos y circunstancias que el própio régimen jurídico va determinando, el contrato de fideicomiso en México es típico porque está delineado y determinado por el orden jurídico (...)"[61]. Es en el artículo 346 de la Ley General de Títulos y Operaciones de Crédito en el cual, la ley, nos determina al fideicomiso: "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 a partir del artículo 347 al 359 del mismo ordenamiento mencionado así como de los artículos 46 fracción XV, 79 a 85, 90 y 106 fracciones II, XVII b) y XIX, (principalmente), se delinea la estructura y funcionamiento del mismo.- Tomando en consideración estos y demás fundamentos legales relativos al fideicomiso, se puede justificar porqué el jurista LUIS MUÑOZ sostiene que: ".... Los efectos del fideicomiso... (a diferencia de los del negocio fiduciario) derivan de la ley y del acto constitutivo."[62].

61.- LAS INSTITUCIONES FIDUCIARIAS... OP. CIT., pag. 146.
62.- MUÑOZ, Luis. EL FIDEICOMISO, editorial CORDEÑAS, EDITOR Y DISTRIBUIDOR, México, D.F., 1973, pag. 23.

3.1.2.- FALTA DE TIPO LEGAL RESPECTO AL NEGOCIO FIDUCIARIO.

Si por tipicidad entendemos "regulación" y, por lo tanto, "reconocimiento" por parte de la ley de una figura determinada; o bien en otras palabras, que dicha figura encaje en el tipo legal establecido por el legislador; entonces la atipicidad o falta de tipo legal se presenta cuando la figura en cuestión no encaja en ninguno de los tipos legales existentes, en este sentido se encuentra el llamado "negocio fiduciario", el cual a pesar de celebrarse en la práctica, no encaja en ningún tipo legal, motivo por el cual se le considera figura atípica (presenta falta de tipo legal). Reforzando lo anterior y dando justificación a la creación del negocio fiduciario se dice que:

> "Desde luego el hecho de que la ley no haya prefijado el tipo no significa, por ello, que lo que los sujetos actuaren carezca de eficacia..., mientras no se demuestre que el campo de la libertad contractual está acotado por un numerus clausus de causas válidas que veden toda creación marginal a ellas, se podrá admitir una causae fiduciae atípica creada para satisfacer una necesidad humana (intento económico o social) por la au

tonomía privada en ejercicio de su derecho primogenio.- Lo que resulta plausible aun desde el punto de vista de la política jurídica porque las formas atípicas vienen a cubrir las lagunas que deja el desajuste entre la inercia de los esquemas típicos y la variabilidad infinita y dinámica de las necesidades.

Esa laboral integradora y creacional no reconoce otros límites que los muy generales impuestos a la autarquía de la voluntad por la ley, la moral, las buenas costumbres y el órden público...."[63].

Con la finalidad de dar justificación detalladamente de la creación de dicho negocio, tenemos que cuenta con una serie de situaciones a su alrededor, que a continuación se mencionan:

"a) Que ningún precepto del Derecho Privado se opone, expresa ni implícitamente a la fiducia.

b) Aunque tampoco es posible hallar una norma legal que le brinde apoyatura inequívoca.

...

f) ... pudiéndose concluir que no hay límite a la auto-

63.- Enciclopedia Jurídica OMEBA... OP. CIT., pag. 219.

nomía privada y por lo tanto no hay obstáculo en que - quien adquiera la plena titularidad de un derecho, confines de garantía o de administración, instituyendo un- negocio fiduciario, por lo que no corresponde restrin-- gir la capacidad creadora de la voluntad jurídica, so - pretexto del principio de seguridad, que desconoce las- necesidades del comercio, cuando no existe mengua de la ley ni del orden público."[64].

En razón de la libertad contractual reconocida y aceptada en- nuestro régimen legal se hace plena justificación de la creación - del negocio fiduciario, aún cuando no encaje en ningún tipo legal; pero que se crea en virtud del constante avance y desarrollo que - se presentan en todas las áreas que conforman al Derecho y desde - luego dentro del area del Derecho Mercantil.

3.2.- CAUSAS QUE ORIGINAN LA INEXISTENCIA DEL FIDEICOMISO Y COMPARACION CON EL NEGOCIO FIDUCIARIO.

Los elementos llamados de existencia o esencial, son como sabemos, aquellos que hacen posible el nacimiento o bien dicho, la - existencia de un negocio determinado; "Es inexistente el acto que-

64.- IBID., pág. 220.

carece de algunos de los elementos indispensables para qué tenga - entidad y que son esenciales para su nacimiento"[65], de acuerdo a - esta definición de existencia, tenemos que un acto será calificado de inexistente siempre y cuando no cumpla con alguno de los elementos considerados como esenciales; a saber, de acuerdo al artículo 1794 del Código Civil para el Distrito Federal, cuando carezca del: consentimiento u objeto.

En relación al fideicomiso la inexistencia se presenta cuando no se ha manifestado la voluntad por parte del fideicomitente, o - cuando no haya objeto destinado al fin. En virtud de la propia estructura del fideicomiso, pues nace cuando el fideicomitente destina ciertos bienes a un fin lícito determinado, encomendando la - realización de ese fin a una institución fiduciaria, (artículo 346 de la Ley General de Títulos y Operaciones de Crédito); de tal manera que para dar nacimiento al fideicomiso es necesario que el fideicomitente manifieste su voluntad, la cual lo realiza al momento de destinar los bienes al fin lícito determinado.

En el artículo 350 párrafo 3ro. de la Ley General de Títulos y Operaciones de Crédito se determina que cuando la fiduciaria ele

65.- GARCIA, Trinidad. APUNTES DE INTRODUCCION AL ESTUDIO DEL DERECHO, 26va. edición, editorial PORRUA, México, D.F., 1980, pag.227.

gida por el fideicomitente no acepte, se tendrá que nombrar a otra a fin de sustituirla y que sea esta la que de cumplimiento con lo- establecido. Mencionando que si no fuera posible tal sustitución- el fideicomiso cesará, posición a la que ha recaido una serie de - críticas por diversos autores en virtud de que se deduce, que si - la fiduciaria no acepta llevar acabo la ejecución del fideicomiso, nunca podrá darse cumplimiento al mismo, y por lo tanto no se originarian consecuencias de derecho de ningún tipo; ya que requiere forzosamente de la aceptación de la fiduciaria para dar inicio a- su existencia jurídica, pues aunque se encuentre perfectamente e- laborado, el fideicomiso, no podrá ejecutarse si no es con la intervención de la fiduciaria y es de saberse que la ley no reconoce al fideicomitente acción alguna con la que pueda obligar a la- fiduciaria a aceptar. Pero reconozcamos que el fideicomiso existe, aunque la fiduciaria no acepte ejecutarlo, porque efectivamente este tiene vida jurídica desde el momento de ser constituido - por el fideicomitente, y la participación de la fiduciaria es sólo con la finalidad de ejecutarlo pero no de crearlo.

El consentimiento por parte del fideicomisario no es considerado esencial, lo cual se deriva de la propia ley al establecer -

que el fideicomiso es válido aunque no se señale fideicomisario - (artículo 347 de la Ley General de Títulos y Operaciones de Crédito), siempre que su finalidad sea lícita y determinada. En el caso del fideicomiso en el cual no se señale fideicomisario, los beneficios que deriven del fideicomiso serán otorgados a la Beneficiencia Pública.

El otro elemento cuya falta podría causar la inexistencia del fideicomiso es el objeto, que en este caso se trata de los bienes o derechos otorgados por el fideicomitente a la fiduciaria, a fin de dar cumplimiento a la finalidad del fideicomiso.

Refiriéndonos directamente al objeto considerado como la cosa o bien, que se transmitirá a la fiduciaria, debe (de acuerdo al artículo 1825 del Código Civil para el Distrito Federal) existir en la naturaleza, ser determinada o determinable en cuanto especie, - pues como lo sostiene el jurísta MANUEL BEJARANO SANCHEZ, "Un vínculo jurídico establecido respecto de una cosa indeterminada e indeterminable no es posible, porque al no proporcionarse las bases para su individualización, ni el acreedor sabrá que cosa puede exigir, ni el deudor conoce que deberá entregar"[66] y en relación al -

66.- BEJARANO SANCHEZ, Manuel. OP. CIT., pag. 73.

fideicomiso sino se determina el bien afecto, es imposible su existencia en virtud de que, en gran medida, gira alrededor de los bienes que se destinan al mismo; y por último debe estar en el comercio, esto es que dicho bien sea objeto de apropiación por parte del fideicomitente y que sea suceptible de ser transmitido, es decir, que no tenga la característica de ser inalienable.

Las causas anotadas con anterioridad respecto a la manifestación de voluntad del fideicomitente y al objeto son las que originan la inexistencia del fideicomiso. En relación al negocio fiduciario podemos aplicar las mismas causas en virtud de que para su existencia debe cumplir con los mismos elementos esenciales de todo negocio aunque sea atípico, ya que como efectivamente establece el tratadista TRINIDAD GARCIA "Existen en todo acto elementos sin los cuales no es de concebirse ni lógica, ni jurídicamente;..."[67]. De tal manera, para que exista el negocio fiduciario debe contar con los dos elementos característicos de existencia; el consentimiento y el objeto, pues sin estos es imposible su nacimiento entre y, desde luego, ante el fiduciante y el fiduciario.

67.- GARCIA, Trinidad. OP. CIT., pag. 228.

3.3.- DE LOS EFECTOS POR NULIDAD RELATIVA Y ABSOLUTA EN EL FIDEICOMISO Y COMPARACION CON EL NEGOCIO FIDUCIARIO.

Cuando celebramos un negocio jurídico, es necesario que cumplamos con ciertos requisitos establecidos por el propio ordenamiento jurídico, de no ser así, aún a pesar de que cumpla con todos los elementos de existencia, será sancionado de nulidad, es decir, que podrá existir pero sus efectos serán producidos sólo provisionalmente ya que pueden ser destruidos o bien confirmados; esto se deriva de los dos tipos de nulidades existentes: la absoluta y la relativa.

Por nulidad absoluta se entiende la sanción que recibe el negocio jurídico que es constituido en contra de leyes prohibitivas, o del orden público; "La nulidad absoluta es la que ataca a los actos que se ejecutan materialmente en contravención a un mandato o a una prohibición de una ley imperativa o prohibitiva, es decir, de orden público"[68], así entonces, el negocio jurídico es creado con un fin ilícito, cuando va en contra de las leyes del orden público y de las buenas costumbres, recibiendo como sanción la llama

68.- BORJA SORIANO, Manuel. OP. CIT., pag. 95. cit., (Aubry Et Rau, TOMO I, párrafo 37, pag., 118; Colin Et Capitant, TOMO I, nums. 64 y 66; PLANIOL, TOMO I, Número 336).

da "nulidad absoluta". Son características y efectos de la nulidad absoluta; que no impide que el negocio jurídico produzca provisionalmente sus efectos, pero tales efectos son destruidos retroactivamente al pronunciarse la nulidad por la vía judicial, cualquier persona interesada puede hacerla valer y no desaparece ni por confirmación ni por prescripción (artículo 2226 del Código Civil para el Distrito Federal).

Nulidad relativa, es aquella sanción establecida para todos los negocios jurídicos que cumpliendo con todos los elementos de existencia y no teniendo como finalidad un objeto ilícito, presentan alguna irregularidad que perjudica a determinadas personas, al respecto el tratadista MANUEL BORJA SORIANO anota que: "La nulidad relativa es una medida de protección que la ley establece a favor de personas determinadas, por ejemplo, los incapaces"[69]. Sus características y efectos que presenta son; siempre permite que el acto produzca provisionalmente sus efectos, es susceptible de ser confirmado, puede ser aprovechado sólo por aquellas personas para las cuales se estableció dicha sanción, como una medida de protec-

69.- IBID., pag. 95. cit. (Baudry-Lacantineire, Precis, TOMO I nums. 102-17; PLANIOL, TOMO I, núm. 341; Colin Et Capitant, TOMO I, nums. 64 et 67).

ción a su favor (artículo 2227 del Código Civil para el Distrito - Federal), las personas que gozan de dicha protección son, de acuerdo al maestro TRINIDAD GARCIA:

"...:1º, ... aquellas cuya voluntad se expresó bajo la influencia de algún vicio... y que, sin destruirla, la hacen eficaz;

2º, el de los incapaces que no han observado, al celebrar el acto, los requisitos establecidos para su protección, ..."[70].

El Código Civil para el Distrito Federal, en su artículo 2228 enumera específicamente cuando un acto jurídico es sancionado con nulidad relativa "La falta de forma establecida por la ley, si no se trata de actos solemnes, así como el error, el dolo, la violencia, la lesión y la incapacidad de cualquiera de los autores del - acto, produce la nulidad relativa del mismo". En virtud de lo anterior, la falta de forma determinada por la ley, entre otras causas, es considerado como uno de los motivos por los cuales un negocio jurídico es sancionado de nulidad relativa. El artículo 1833 del Código Civil para el Distrito Federal sostiene que "Cuando la-

70.- GARCIA, Trinidad. OP. CIT., pags. 223 y 224.

ley exija determinada forma para un contrato, mientras que éste no revista esa forma no será válido, salvo disposición en contrario;- ..." aplicando tal disposición a la figura jurídica llamada fideicomiso tenemos, de acuerdo a los artículos 352 y 353 de la Ley General de Títulos y Operaciones de Crédito, que la constitución del fideicomiso es por escrito, siguiendo los lineamientos que establece la ley común respecto a la transmisión de derechos o de propiede las cosas que se den en fideicomiso. De ahí que cuando recaiga sobre bienes inmuebles se deberá inscribir en el Registro Público- de la Propiedad.

El aspecto de la forma en un acto jurídico, sea este acto jurídico stricto sensu o negocio jurídico; es importante y su falta- acarrea la nulidad relativa; la forma en el acto jurídico, por lotanto, no se debe considerar un simple capricho del legislador - pues constituye una verdadera prueba de la celebración de dicho acto. El maestro TRINIDAD GARCIA, a fin de mostrar la utilidad y - justificar la presencia de la forma en los actos jurídicos nos dice que: "...; la forma es con frecuencia el único medio de evitar- fraudes, proteger intereses de incapaces y dar oportunidad al po-- der público para impedir que se cometan actos contrarios al inte--

rés general y a la colectividad"[71]. Así entonces, si el fideicomiso no es constituido por escrito e inscrito en el Registro Público de la Propiedad (esto último tratándose de bienes inmuebles) será sancionado de nulidad relativa, teniendo cualquiera de las partes el derecho de exigir se dé al fideicomiso la forma legal establecida (artículo 1833 y 2232 del Código Civil para el Distrito Federal).

Respecto al negocio fiduciario, no podemos hablar de una forma establecida legalmente para su constitución, pues recuerdese que se trata de una figura atípica, pero sí podemos referirnos a la falta de forma legal respecto al primer negocio jurídico que lo conforma, en el cual se tendrán que seguir los lineamientos de forma que estipule la ley, de acuerdo al tipo de negocio jurídico que se trate, respecto al segundo negocio, no se podrá exigir la forma jurídicamente, por su carácter de interno.

Otra de las causas que acarrean la sanción de nulidad relativa en el negocio jurídico, la constituyen los vicios de la voluntad, son considerados como tales el error, dolo, mala fe, violencia e incapacidad.

71.- IBID., pag. 185.

El ordenamiento común maneja tres tipos de error; de derecho, de hecho y de cálculo; por error se entiende un concepto falso de la realidad, y trae como consecuencia la sanción de nulidad relativa, porque la persona se encuentra en la situación de no haber contraido la obligación, o bien, de haberla contraido lo hubiera hecho en otras condiciones. Es en el artículo 1813 del ordenamiento Civil para el Distrito Federal, en el que se fundamentan las consecuencias del error en el negocio jurídico estipulando que: "El error de derecho o de hecho invalida al contrato cuando recae sobre el motivo determinante de la voluntad de cualquiera de los que contratan, si en el acto de la celebración se declara ese motivo o si se prueba por las circunstancias del supuesto que lo motivó y no - por otra causa". El error de hecho presenta tres grados de gravedad; obstáculo (impide la formación del contrato), nulidad (anula al contrato), indiferente (no afecta trascendentalmente al contrato). El error de derecho se trata de una falsa opinión que tiene cualquiera de las partes que intervienen en el fideicomiso, respecto a las reglas legales. Error de cálculo, de acuerdo a nuestro - ordenamiento jurídico, da origen a la rectificación, pues como su nombre lo indica se trata de un error en relación a operaciones de

tipo aritmético.

Tal posición es aplicada en relación al fideicomiso, pero no así respecto al negocio fiduciario, pues como ya se mencionó, como tal, carece de tipo legal y por tanto de lineamientos legales a seguir; aunque si se puede aplicar en cuanto al primer negocio jurídico que lo conforma. Esta misma teoría se puede sostener respecto al dolo, mala fe, violencia e incapacidad como causas de nulidad relativa en el fideicomiso en comparación con el negocio fiduciario, por lo tanto a continuación sólo serán analizados con aplicación al fideicomiso.

Dice el artículo 1815 del Código Civil para el Distrito Federal, que "Se entiende por dolo en los contratos, cualquiera sugestión o artificio que se emplee para inducir a error o mantener en él a alguno de los contratantes; y por mala fe, la disimulación del error de uno de los contratantes, una vez conocido". Al respecto, estamos ante el dolo cuando una de las partes se encuentra en el error porque fué inducida o llevada al mismo por la otra parte, valiéndose para esto de ciertas maquinaciones, y nos referimos a la mala fe cuando una de las partes está en el error y la otra parte no hace nada a fin de sacarla del mismo, lo cual acarrea la-

nulidad relativa del negocio jurídico, el cual es suceptible de ser convalidado.

La violencia es considerada un vicio que invalida al negocio-jurídico, ya que al presentarse se obtiene una voluntad carente de libertad. De acuerdo al maestro GUTIERREZ Y GONZALEZ "Es el miedo originado por la amenaza de sufrir un daño personal, o que lo sufran personas o cosas que se tienen en alta estima y que lleva a dar la voluntad de realizar un acto jurídico"[72]. Son requisitos necesarios para que se hable de la violencia como vicio de la voluntad; que sea la causa que motiva a celebrar el contrato y que sea considerada gravemente perjudicial, al respecto el Licenciado-MANUEL BEJARANO SANCHEZ establece lo siguiente:

"1.- Debe ser determinante: es decir, que haya sido la causa que indujo a aceptar la celebración del contrato.

2.- Debe ser injusta: el apercibimiento o advertencia que se haga a otro sobre las posibles consecuencias legales de su conducta, sobre el uso de vías de derecho para forzarlo a realizar cierto acto, o

72.- GUTIERREZ Y GONZALEZ, Ernesto. OP. CIT., pag. 305.

sobre los perjuicios que puede sufrir, no constitu ye violencia; tampoco lo es el temor reverencial, - que es el deseo de no degradar a las personas a - las que se debe respeto y sumisión"[73].

La lesión es considerada como "... la desproporción exagerada de las prestaciones que las partes se deban recíprocamente por el- acto jurídico"[74], dentro de nuestro ordenamiento jurídico se en--- cuentra regulada en el artículo 17 del Código Civil para el Distri to Federal: "Cuando alguno, explotando la suma ignorancia, notoria inexperiencia o extrema miseria de otro, obtiene un lucro excesivo que sea evidentemente desproporcionado a lo que él por su parte se obliga, el pérjudicado tiene derecho a pedir la rescisión del contrato, y de ser esto imposible, la reducción equitativa de su obli gación. El derecho concedido en este artículo dura un año". Se - sustenta que la lesión en materia mercantil no es protegida (artículo 365 del Código de Comercio)[75], el maestro BEJARANO SANCHEZ, - nos dice al respecto que: "Tal parece que el legislador no ha querido intervenir en el libre juego de la oferta y la demanda, consi

73.- BEJARANO SANCHEZ, Manuel. OP. CIT., pag. 106.
74.- IBID., pag. 106.
75.- Ya derogados en la actualidad.

derando la igualdad que no deja de ser ilusoria, pues, aún entre - los mercaderes, versados en las operaciones de cambio; unos son poderosos monopolios y otros débiles vendedores al menudeo"[76]. Pero a pesar de la realidad que nos comenta este brillante jurista, en- el ordenamiento mercantil no se protege.

Por último, tenemos que la falta de capacidad en una de las - partes contratantes, acarrea la nulidad relativa del negocio jurídico creado, teniendo la posibilidad de convalidarse. Respecto a- la capacidad en el fideicomiso, son los artículos: 348, 349 y 350- de la Ley General de Títulos y Operaciones de Crédito los que se - refieren a la capacidad de las partes contratantes; mencionandonos que en relación a los fideicomisarios, sólo lo podrán ser aquellas personas jurídicas que tengan la capacidad necesaria para recibir- el provecho que el fideicomiso implica. Pero la incapacidad para- ser beneficiario en el fideicomiso, no es propiamente la incapacidad natural o legal establecida en el artículo 450 del Código Civil, sino una incapacidad especial, derivada de la propia ley, por ejemplo: los extranjeros no podran adquirir el dominio de tierras- y aguas ubicadas en una franja de 100 kilometros a lo largo de las

---

76.- BEJARANO SANCHEZ, Manuel. OP. CIT., pag. 112.

fronteras y 50 kilometros sobre las costas, ni por fideicomiso podrán adquirir dicho dominio, sólo podrán gozar de algunos beneficios pero nunca obtendrán a título de propiedad el bien; si se llegase a presentar un fideicomiso que contraviniera esta disposición; será sancionado de nulidad absoluta en virtud de que se trata de una incapacidad de goce, la cual protege intereses colectivos, pues recuerdese que esa es la intención de la nulidad absoluta, tutelar el interes común, de ahí que este fideicomiso no podría ser susceptible de convalidación.

Ahora bien, en cuanto al fideicomitente, es el artículo 349 de la Ley General de Títulos y Operaciones de Crédito, el que determina que sólo lo podrán ser las personas jurídicas que tengan la capacidad necesaria para hacer la afectación de bienes que el fideicomiso implica, en este caso si es aplicable el artículo 450 del Código Civil, así que en caso de celebrarse el fideicomiso en contravención de los lineamientos relativos a la capacidad, será sancionado de nulidad relativa, la cual sólo podrá ser invocada por aquel que es incapaz (artículo 2230 del Código Civil para el Distrito Federal), esto es, por el perjudicado; ya que esta medida sólo puede ser aprovechada por aquellos a quien se está protegien-

do.

Es de afirmarse que las reglas sobre la nulidad relativa y absoluta sólo podrán ser aplicadas respecto al negocio fiduciario, - en cuanto al primer acto jurídico que lo conforma pero no al negocio fiduciario como tal.

3.4.- PARTICIPACION OBLIGATORIA DE UNA INSTITUCION DE CREDITO COMO SUJETO FIDUCIARIO.

La ley de Instituciones de Crédito, en su artículo 2do., refiriendose a las instituciones de crédito, estipula que: "El servicio de Banca y Crédito sólo podrá prestarse por instituciones de - crédito, que podrán ser:

I.- Instituciones de banca múltiple, y

II.- Instituciones de banca de desarrollo."

Nuestro fideicomiso tiene como característica principal el de que sólo podrá ser ejecutado por una institución de crédito, la - cual fungirá como fiduciaria; es en el artículo 46 de la Ley de - Instituciones de Crédito en el cual se encuentra el fundamento legal de esta disposición y en el artículo 350 de la Ley General de Títulos y Operaciones de Crédito.

Conforme a la Ley de Instituciones de Crédito a partir de los

artículos 1 a 45 se determina como se constituyen y funcionan las instituciones de crédito; y el funcionamiento de estas instituciones en relación al fideicomiso, se encuentran en los artículos 79- a 85, 90, 91, 105, 106 fracción II, XVII b), XIX a) b) c), 118, - 119, 122 de los cuales se deduce lo siguiente:

Las instituciones de crédito deberán:

1.- Abrir contabilidades especiales por cada contrato;

2.- Usar los bienes afectos sólo para satisfacer las responsabilidades derivadas del fideicomiso;

3.- Desempeñar su cometido y ejercitar sus facultades por medio de sus delegados fiduciarios;

4.- Responder civilmente por los daños y perjuicios que se - causen por la falta de cumplimiento en las condiciones o términos señalados en el fideicomiso;

5.- Obrar de acuerdo a los dictámenes o acuerdos del Comité - Técnico, mismo que se formará en el acto constitutivo del fideicomiso o en sus reformas, liberándose en este caso de toda responsabilidad.

6.- Ser removidos como fiduciarias; cuando, al ser requerida, no rinda las cuentas de su gestión dentro de un plazo de quince -

días hábiles, o cuando sea declarada por sentencia ejecutoriada, - culpable de las pérdidas o menoscabos que sufran los bienes dados- en fideicomiso o responsable de esas pérdidas o menoscabos por negligencia grave. La acción a fin de pedir cuentas sobre su responsabilidad y remoción, corresponde al fideicomisario o a su repre-- sentante legal, y a falta de éstos al Ministerio Público, sin perjuicio de poder el fideicomitente reservarse en el acto constitutivo del fideicomiso o en las modificaciones del mismo, el derecho - para ejercitar esa acción.

7.- Responder directa e ilimitadamente de los actos realizados por sus funcionarios y empleados en el cumplimiento de sus funciones, sin perjuicio de las responsabilidades civiles o penales - en que ellos incurran personalmente.

8.- Evitar celebrar operaciones con la propia institución en- el cumplimiento de fideicomisos; teniendo el Banco de México la facultad de autorizar, mediante disposiciones de carácter general, - la realización de determinadas operaciones cuando no impliquen un- conflicto de intereses.

9.- Evitar responder a los fideicomitentes del incumplimiento de los deudores, por los créditos que se otorguen o de los emiso--

res, por los valores que se adquieran, salvo que sea por su culpa; o garantizar la percepción de rendimientos por los fondos cuya inversión se les encomiende. Si al término del fideicomiso, estos créditos no hubieren sido liquidados por los deudores, la institución deberá transferirlos al fideicomitente o fideicomisario; absteniéndose de cubrir su importe.

10.- Evitar utilizar fondos o valores de los fideicomisos, destinados al otorgamiento de créditos, en que la fiduciaria tenga la facultad discrecional, para realizar operaciones en virtud de las cuales resulten o puedan resultar deudores sus delegados fiduciarios; los miembros del Consejo de Administración o Consejo Directivo, tanto propietarios como suplentes, esten o no en funciones; los empleados y funcionarios de la institución; los comisarios propietarios o suplentes, estén o no en funciones; los auditores externos de la institución; los miembros del Comité Técnico del fideicomiso respectivo; los ascendientes o descendientes en primer grado o cónyuges de las personas citadas, las sociedades en cuyas asambleas tengan mayoría dichas personas o las mismas instituciones, así mismo aquellas personas que el Banco de México determine mediante disposiciones de carácter general.

11.- Responder civilmente por los daños y perjuicios ocasionados, sin perjuicio de las responsabilidades penales procedentes; - en virtud de la información proporcionada ya sea a las autoridades o tribunales en juicios o reclamaciones, cuando estos no sean entablados por el fideicomitente o el fideicomisario. (Violación del - secreto bancario).

Entre otras características de las instituciones de crédito - en relación al fideicomiso, tenemos que; todas aquellas operaciones que realicen con valores en cumplimiento del fideicomiso, se - realizarán en términos de las disposiciones de la Ley de Instituciones de Crédito y de la Ley del Mercado de Valores; el personal utilizado directo o exclusivamente para la realización de fideicomisos, no formará parte del personal de la institución, se considerará al servicio del patrimonio dado en fideicomiso. Pero cualquier derecho que asista a esas personas conforme a la Ley, lo ejercitarán contra la institución de crédito. No se aplicará el - plazo estipulado en el artículo 159 fracción III[77] de la Ley Gene-

77.- Artículo 359.- Quedan prohibidos:... Fracción III. Aquellos - cuya duración sea mayor de treinta años, cuando se designe como beneficiario a una persona jurídica que no sea de orden público o - institución de beneficiencia. Sin embargo, pueden constituirse - con duración mayor de treinta años, cuando el fin del fideicomiso sea el mantenimiento de museos de carácter científico o artístico que no tengan fines de lucro.

ral de Títulos y Operaciones de Crédito, cuando se trate de operaciones de fideicomiso que constituya el Gobierno Federal o que el-mismo declare de interes público a través de la Secretaría de Ha-- cienda y Crédito Público; y por último tenemos que, los delegados-fiduciarios deberán, a fin de acreditar su personalidad, exhibir - una certificación de su nombramiento, expedida por el Secretario o Prosecretario del Consejo de Administración o Consejo Directivo, - estos nombramientos deberan inscribirse en el Registro Público de-Comercio, previa ratificación de firmas, ante fedatario público, - del documento auténtico en que conste el nombramiento respectivo.

El fideicomiso mexicano posee características propias y determinantes que lo hacen especial e incluso diferente a cualquier o-- tra figura que a lo más pueda asemejarsele, incluyendo al negocio-fiduciario; una de estas características las tenemos en torno a - uno de sus elementos personales, "el fiduciario", lo cual responde a la inseguridad a que se encuentran sujetas las personas que destinan ciertos bienes a un fin lícito y determinado, de esta manera el jurísta JUAN LANDERRECHE opina que "... sólo pueden ser fiduciarias las instituciones de crédito autorizadas a operar en esta rama(artículo 350) esta limitación tiende evidentemente a garantizar

la debida ejecución de los fideicomisos dada la seriedad, solvencia y capacidad financiera que se supone en las instituciones de crédito, cuya rectitud además está vigilada por el control oficial de la Comisión Nacional Bancaria...."[78]. Además, a fin de garantizar lo más posible, se encarga la ejecución del fideicomiso a personas, digamosle así, "especiales" en virtud de que conocerán sólo del fideicomiso y deberán mostrar ser capaces de ejercer tal cargo, "... deben cumplir su cometido como tales a través de funcionarios, delegados fiduciarios, señalados con tal fin y de cuyos actos responde directa e ilimitadamente la institución, sin perjuicio de las responsabilidades personales de éstos...."[79].

El jurista BAUCHE GARCIADIEGO considera, y con verdadera razón, que el fideicomiso tiene dos características esenciales, con lo cual nos determina que son necesarias que se presenten para que se pueda hablar del fideicomiso; una es que el fin del fideicomiso debe ser lícito y la otra es que "solamente pueden ser fiduciarias las instituciones de crédito, es decir, los bancos con autorización

78.- LANDERRECHE OBREGON, Juan. NATURALEZA JURIDICA DEL FIDEICOMISO EN EL DERECHO MEXICANO, en REVISTA JUS, Tomo X, número 50, México, D.F., 1942, pag. 211.
79.- IBID., pag. 212.

para realizar operaciones bancarias"[80], esto último se menciona - así, pues anteriormente aunque se tratara de una institución de - crédito, estas deberían contar con autorización previa para poder- realizar operaciones de fideicomiso; en la actualidad y debido a - las reformas legislativas en materia bancaria, tenemos que toda - institución de crédito, creada de acuerdo con lo estipulado por la Ley de Instituciones de Crédito, sea de banca múltiple o de banca- de desarrollo, podrán contar con departamento fiduciario a fin de- dar cumplimiento a las operaciones establecidas en el artículo 46- fracción XV de la Ley de Instituciones de Crédito (operaciones de- fideicomiso).

En conclusión, se explica la intervención de este tipo de instituciones, como fiduciarias, ya que propician seguridad y procuran adecuada atención a los usuarios.

3.5.- CAUSAS DE TERMINACION DEL FIDEICOMISO Y DEL NEGOCIO FIDUCIARIO.

Conforme al artículo 357 de la Ley General de Títulos y Operaciones de Crédito, son siete las causas de extinción del fideicomiso; aunque como acertadamente la gran mayoría de los autores sos--

80.- BAUCHE GARCIADIEGO, Mario. OP. CIT., pag. 339.

tienen, este artículo no es limitativo, pues sólo menciona algunas de las causas por las que se pueden extinguir, pero eso no significa que las enumere como únicas. Así se determina que "Esta enumeración no es limitativa, pues de su propia naturaleza o de actos propios o de hechos ajenos de las partes se puede dar lugar a la extinción...."[81] causas que si bien no son enumeradas por obviedad o lógica se pueden deducir, como lo sería por dar un ejemplo, la pérdida total de la cosa.

A fin de analizar con mayor facilidad las causas de terminación del fideicomiso se ha recurrido a clasificarlas en aquellas que son creadas por voluntad de las partes y aquellas que son ajenas a la misma, de esta manera se sostiene lo siguiente:

> "..., existen causas de terminación del fideicomiso en donde interviene definitivamente el aspecto volitivo, es decir, que la voluntad de las partes o de una de ellas determina la extinción del fideicomiso.
>
> Así mismo podemos contemplar que existen causas de terminación del fideicomiso que proviene de hechos ajenos a la voluntad de las partes."[82].

81.- BERNAL MOLINA, Julian. OP. CIT., pag. 93.
82.- LAS INSTITUCIONES FIDUCIARIAS Y EL... OP. CIT., pag. 275.

Las causas, que de acuerdo a la ley, producen la extinción del fideicomiso, se encuentran contempladas en el artículo 357 de la Ley General de Títulos y Operaciones de Crédito, dentro de siete fracciones y son:

I. Por la realización del fin para el cual fué constituido;

II. Por hacerse este imposible;

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

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

V. Por convenio expreso entre el fideicomitente y el fiduciario.

VI. Por revocación hecha por el fideicomitente cuando este se haya reservado expresamente ese derecho al constituir el fideicomiso; y

VII. En el caso del párrafo final del artículo 350[83].

83.- Artículo 350 de la Ley General de Títulos y Operaciones de Crédito, último párrafo.- El fideicomitente podrá designar varias instituciones fiduciarias para que conjunta o sucesivamente desempeñen el fideicomiso, estableciendo el orden y las condiciones en-

Todas las anteriores causas originan la extinción del fideicomiso y la extinción a su vez acarrea ciertos efectos; en este caso hablamos de la devolución de los bienes, los cuales nunca serán a-favor del fiduciario, y de la cancelación de su inscripción en el-Registro Público de la Propiedad, cuando fué inscrito en él.

El tratadista RODOLFO BATIZA[84] explica graficamente ambos aspectos (extinción y efectos), de la siguiente manera:

EXTINCION	Por acto voluntario	Revocación Convenio entre fideicomitente y - fideicomisario.
	Por actos ajenos a la voluntad.	Imposibilidad de realizar el fin. Falta de condición suspensiva y - cumplimiento de la resolutoria. Destrucción de la cosa. ...
EFECTOS	Reversión de los bienes. Cancelación de la inscripción.	

En relación al negocio fiduciario no podemos asegurar las causas que lo llegarían a extinguir, en virtud de su atipicidad, aunque (al igual como se mencionó respecto a los elementos de existen

---

qúé hayan de substituirse. Salvo lo dispuesto en el acto constitutivo del fideicomiso, cuando la institución fiduciaria no acepte, o por renuncia o remoción cese en el desempeño de su cargo, deberá - nombrarse otra para que la substituya. Si no fuere posible esta - substitución, cesará el fideicomiso.

84.- BATIZA, Rodolfo. PRINCIPIOS BASICOS DEL FIDEICOMISO Y DE LA - ADMINISTRACION FIDUCIARIA, editorial PORRUA, México, 1977, pag.244.

cia y requisitos de validez) en relación al primer negocio que lo conforma se puede hablar de causas de extinción de acuerdo al négocio jurídico de que se trate.

CAPITULO IV

EL FIDEICOMISO Y EL NEGOCIO FIDUCIARIO

4.1.- DE LA VERACIDAD DE LA TEORIA QUE CONSIDERA AL FIDEICOMISO AJENO AL NEGOCIO FIDUCIARIO.

Una vez realizado el análisis del fideicomiso y del negocio fiduciario, se puede constatar que se tratan de figuras diferentes, que pueden coincidir en ciertos aspectos, pero no por esto podemos afirmar que se trata de la misma figura, o bien que una forme parte de la otra, considerando al fideicomiso como especie del negocio fiduciario.

Existen algunos jurístas que confirman esta posición entre los cuales se encuentran los Licenciados: MARIO BAUCHE GARCIADIEGO, LUIS MUÑOZ, RAUL CERVANTES AHUMADA, JORGE ALBERTO DOMINGUEZ MARTINEZ, MAXIMINO ARRECHEA ALVAREZ, OCTAVIO A. HERNANDEZ, JOSE MORALES LAVALLE y la investigación realizada por la Institución Nacional de Crédito Somex.

MARIO BAUCHE GARCIADIEGO:

"A diferencia de este negocio jurídico reglamentado (se refiere al fideicomiso) por el derecho positivo, existe otro muy similar que es conocido como "negocio fiduciario", pero que tiene nota

bles diferencias con el fideicomiso"[85].

LUIS MUÑOZ:

"Si el negocio fiduciario es atípico por definición, y el fideicomiso es un negocio típico, por principio queda excluida la equiparación. En el negocio fiduciario, como vimos, los efectos del negocio aparente se destruyen por el negocio oculto: el fideicomiso es un negocio único, no compuesto de dos negocios, y cuyos efectos derivan del acto constitutivo o de la ley, no de relaciones internas y secretas, que en el fideicomiso deben considerarse prohibidas"[86].

RAUL CERVANTES AHUMADA:

"El fideicomiso es, ..., negocio afiduciario por excelencia: procura acabar con la práctica de los negocios fiduciarios y no descansa en la fe que entre sí guardan las partes que lo integran, sino en la medida que existe generalmente en toda relación interhumana, y, más aún jurídica"[87].

JORGE A. DOMINGUEZ MARTINEZ:

"....La diferencia entre el negocio fiduciario y el fideicomiso (...) afirmabamos que en este no hay una plena transmisión del-

---

85.- BAUCHE GARCIADIEGO, Mario. OP. CIT., pag. 340.
86.- MUÑOZ, Luis. OP. CIT., pag. 16.
87.- CERVANTES AHUMADA, Raúl. cit., por VILLAGORDOA LOZANO, Juan M. OP. CIT., pag. 116.

derecho de propiedad.

En efecto, quedó demostrado en su oportunidad (...) la tendencia generalizada y de la que participamos, según la cual el negocio fiduciario implica una transmisión plena de propiedad, mientras que, a reserva de comentarlo..., en ningún momento se ha afirmado que en el fideicomiso haya esa plenitud de transmisión de propiedad razón esta poderosa para contradecir esa interrrelación negocio fiduciario-fideicomiso.

Las consideraciones anteriores, independientemente de otras, - también convincentes, nos orillan, a negar que la naturaleza jurídica del fideicomiso se explique a la luz de la teoría del negocio fiduciario, sin dejar de reconocer, el paralelismo aparente entre- ambas figuras"[88].

JOSE MORALES LAVALLE:

"... el sistema, independientemente de las figuras concretas- preestablecidas, concede a las personas jurídicas la llamada autonomía de la voluntad o libertad contractual, en función de la cual estas, pueden estructurar libremente todo tipo de negocios jurídicos similares o distintos de los previstos en la ley.

88.- DOMINGUEZ MARTINEZ, Jorge A. OP. CIT., pags. 192 y 182.

En la práctica, con base en los principios a que se ha hecho-referencia, existen cierto tipo de negocios atípicos e inominados-cuya aceptación desde el punto de vista legal es dudosa, toda vez-que por su naturaleza y en su realización constituye una contradicción entre los elementos que lo forman, a este tipo de operaciones se le ha denominado negocio fiduciario.

El fideicomiso concuerda en cuanto a sus características con-este tipo de negocio, sin embargo, el hecho de estar expresamente-reglamentado en el campo mercantil, le permite legalmente dar cabidad a una serie de operaciones que en materia civil se encontrarían con una prohibición expresa...."[89].

MAXIMINO ARRECHEA ALVAREZ:

"Estos estan compuestos de dos o más pactos tipificados en la ley, cuyos efectos son contrarios entre sí, pero que implican una-transmisión de dominio, común denominador de todo negocio fiduciario, más por otra parte, el consabido contrato obligatorio negativo oculto. Además de esta variante se presenta otra, a saber: en-la generalidad de estos negocios la traslación del dominio se opera directamente de fiduciante a fiduciario la singularidad se re--

89.- MORALES LAVALLE, José. OP. CIT., pags. 39, 40 y 41.

fiere a la traslación indirecta: de un tercero al fiduciario. Un ejemplo de negocio fiduciario complejo en que podemos apreciar estas notas es el que expondremos a continuación; es un caso práctico que se ventila en los Tribunales y que probablemente llegue a conocimiento de la Suprema Corte de Justicia. Consta de todos los caracteres fiduciarios esenciales y, además, de las variantes expuestas;...

Hace tiempo se encontraba hipotecada una finca. Su propietario se vió en apuros y, temiendo perderla a causa de posibles acciones de sus acreedores, convino con su acreedor hipotecario en traspasársela en el monto del crédito, muy inferior al valor real de ella; a su vez, el acreedor hipotecario otorgó promesa de venta a favor del padre del propietario; al poco tiempo adquirió este, a nombre propio pero por cuenta de su hijo, ya que éste pagaría el importe del crédito hipotecario, fijado como precio de la finca. El padre hizo al acreedor el pago total de los abonos en la forma y plazos convenidos, con dineros del hijo.

Advertimos ya como los dos pactos: El de transmisión de dominio y el de promesa están tipificados y como es que producen efectos contrarios entre sí. Vemos, además, que la transferencia no

se opera directamente de fiduciante a fiduciario, sino de un tercero al fiduciario, por interpósita persona.

No se celebró ningún pacto obligatorio negativo entre padre (fiduciario) e hijo (fiduciante, enajenante) en virtud del parentezco tan íntimo y la confianza que mediaba. El padre poseyó siempre en nombre propio pero por cuenta y en beneficio de su hijo. Muere el hijo y, ahora el padre se niega a devolver la finca a la sucesión del hijo; aduce argumentos que estan en contradicción con las pruebas que se obtienen de la correspondencia archivada del hijo y de la misma contestación de la demanda. Las mencionadas pruebas son concluyentes, por lo que no cabe duda sobre la existencia de un negocio fiduciario tácito entre el padre e hijo, que aquel debe cumplir. En tal virtud, el padre está obligado a restituir la susodicha finca de conformidad con las consecuencias de buena fe que el acto produce, según puede desprenderse de los artículos 1796 (...) y 19, 20 del Código Civil vigente (artículos 20, 21, 1276 y 1288 del Código Civil de 1984).

Este negocio fiduciario ha sido confundido con el fideicomiso mercantil que, en México, es imposible confundir, dado que éste es un negocio tipificado, nominado, o sea, reglamentado por la

ley"[90].

OCTAVIO A. HERNANDEZ:

"Las diferencias fundamentales del negocio fiduciario con el fideicomiso, estriban en que:

a) El negocio fiduciario es secreto y el fideicomiso no lo es (...);

b) El negocio fiduciario persigue, ..., el fin ilícito oculto en el negocio verdadero, en tanto que la consecución de un fin ilícito mediante elfideicomiso es excepcional (...);

c) El negocio fiduciario no se halla reglamentado por el derecho positivo, y el fideicomiso si. (...);

d) En el negocio fiduciario puede participar cualquier persona, en tanto que en el fideicomiso sólo puede ser fiduciaria una institución de crédito (...); y

e) El negocio fiduciario es un negocio indirecto y doble y el fideicomiso es negocio directo y simple"[91].

INSTITUCION NACIONAL DE CREDITO "SOMEX":

"La doctrina del negocio fiduciario ilícito, atípico, simulado creemos que no tiene ninguna relación con el fideicomiso, pues-

90.- ARRECHEA ALVAREZ, Maximino. OP. CIT., pags. 43 y 44.
91.- HERNANDEZ, Octavio A. OP. CIT., pags. 248 y 249.

mediante este, el fideicomitente destina ciertos bienes a un fin - lícito determinado, encomendando la realización de ese fin a una - institución fiduciaria, con los efectos, modalidades, límites y - consecuencias que el régimen jurídico establece (...).

Por tanto, el fideicomiso es una figura típica, lícita, legal y perfectamente reglamentada, y en consecuencia, no parece lógico- ni congruente, compararla con actos simulados ni con figuras que - con todo respeto teórico, pueden presentarse teórica y practicamente, en otros países, en los cuales no se ha adoptado legalmente - una institución similar al trust ni al fideicomiso"[92].

Todos estos investigadores de una u otra manera tratan de determinar, según su criterio, cual es la situación que impera entre el fideicomiso y el negocio fiduciario, coincidiendo generalmente- en que el negocio fiduciario se trata de un negocio atípico, y unanimamente afirman que el fideicomiso es ajeno al negocio fiducia-- rio.

Es de comentarse que lo sostenido por el Licenciado CERVANTES AHUMADA es aceptable pero no determinante, ya que si bien, el fi-- deicomiso es un negocio jurídico generoso que permite las conjuga-

92.- LAS INSTITUCIONES FIDUCIARIAS Y... OP.CIT., pags. 139 y 140.

ciones negociales más sofisticadas no podemos decir que persigue - acabar con la práctica de los negocios fiduciarios, ya que independientemente de esto, vino a satisfacer un vacío que existía en el derecho en forma legal. El licenciado JORGE A. DOMINGUEZ, respecto a las diferencias entre el fideicomiso y el negocio fiduciario, hace referencia a la transmisión de la propiedad, diciendonos que- en el fideicomiso no es plena, lo cual no es del todo aceptable, - pues recuerdese que se requiere de la plena transmisión, ya que el fiduciario fungirá como propietario de la cosa a fin de poder disponer de ella y dar cumplimiento a la finalidad propuesta, por lotanto, sí estamos ante una plena transmisión de propiedad pero sujeta a un fin. De la posición sostenida por el Licenciado OCTAVIO A. HERNANDEZ, es de comentarse la característica que se refiere al fin lícito del fideicomiso e ilícito del negocio fiduciario, ya - que este último no siempre persigue ese tipo de finalidad; que - puede llegar a presentarse pero no es una característica específica del mismo. Y por último, la investigación realizada por la Institución Nacional de Crédito SOMEX, erra en sostener que el negocio fiduciario se presenta sólo en aquellos países en los que no - se cuente, ya sea con el fideicomiso o trust, ya que como se sabe-

puede presentarse en cualquier país aún cuando en este existan - cualquiera de las dos figuras mencionadas, pues como es de recordarse, el Derecho contempla pero no prohibe la libertad contractual de las partes, por lo que se recurre a cualquier medio; así sostiene el Licenciado ARRECHEA ALVAREZ que: "..., como el ordenamiento jurídico no proporciona a las partes un medio que subsane directa y satisfactoriamente sus necesidades, recurren al negocio fiduciario,..."[93].

A.- TEORIA QUE DEFINE AL FIDEICOMISO COMO PARTE DEL NEGOCIO FIDUCIARIO.

Entre los jurístas que determinan al fideicomiso como una especie del negocio fiduciario tenemos a los Licenciados: VAZQUEZ - ARMINIO, RODRIGUEZ RODRIGUEZ, VILLAGORDOA LOZANO y BERNAL MOLINA, ya que sostienen que el negocio fiduciario se clasifica en negocios en los cuales interviene la fides, y entre estos entra el fideicomiso; sólo que es una figura que formando parte de la clasificación del negocio fiduciario, se encuentra regulada por la ley.

RODRIGO VAZQUEZ ARMINIO.

"Es indudable que el fideicomiso regulado por nuestra Ley Ge

93.- ARRECHEA ALVAREZ, Maximino. OP. CIT. pag. 16.

neral de Títulos y Operaciones de Crédito es una especie de negocio fiduciario, que reune las características de este.

En efecto, en el fideicomiso, en primer término, encontramos la doble relación apuntada en los negocios fiduciarios, con un contenido unitario. La relación real, con efectos frente a todos, se establece mediante la transmisión realizada por el fideicomitente al fiduciario de la titularidad de los derechos que constituirán la materia del fideicomiso (artículo 352). La relación personal, con validez entre las partes, la asume el fiduciario al recibir la titularidad y la ejercita destinando los bienes o derechos relativos a la realización de los fines del fideicomiso (artículo 352 párrafo 2º); en estas condiciones nace la relación obligatoria, dado que el ejercicio de los derechos transmitidos al fiduciario se convierte en una obligación a su cargo y a su favor del fideicomiso (artículo 356 y 348 párrafo 1º), por ser dicho ejercicio un requisito indispensable para la realización de los fines establecidos en el acto constitutivo correspondiente. La unidad de ambas relaciones se comprueba claramente, al considerar la imposibilidad de su supervivencia en forma autónoma.

.... Encontramos en el fideicomiso el segundo de los elemen--

tos característicos de los negocios fiduciarios, toda vez que exis te transmisión plena de bienes o derechos al fiduciario y que, en- virtud de poder ser éstos de muy distinta naturaleza, genéricamente la llamamos transmisión de "titularidad",.... La titularidad - del fiduciario con relación a los bienes o derechos es indivisible, puesto que excluye la de cualquier otra persona; es también absoluta, en vista de sus efectos erga omnes, desde que se inscriba en - el Registro Público de la Propiedad, si el derecho se refiere a inmuebles (artículo 353) y, cuando recae sobre muebles:

a) Desde que fuere notificada su transmisión al deudor, tratandose de créditos no negociables o derechos personales;

b) Si fueren títulos nominativos, desde que se endosen al fiduciario y se haga constar en los registros del emisor y;

c) En tratándose de cosas corpóreas o títulos al portador desde que se entreguen al fiduciario (artículo 354)"[94].

JOAQUIN RODRIGUEZ RODRIGUEZ.

"El fideicomiso debe considerarse como una variedad de los negocios fiduciarios. Estos se caracterizan por la discrepancia entre el fin perseguido y el medio elegido para realizarlo. Para la consecución de un fin determinado, se elije una forma jurídica que permite más de lo que es necesario para la realización de aquél, - con conocimiento de las partes, de los exigidos para el fin prácti

94.- VAZQUEZ ARMINIO, Rodrigo. OP. CIT., pags. 24 y 25.

co que se persigue....

De este modo, se advierte que en los negocios fiduciarios existe un aspecto real, traslativo de dominio que opera frente a terceros, y un aspecto interno, pero sólo con efectos inter partes.

Por eso, es evidente que el fideicomiso debe considerarse como un negocio fiduciario en cuanto se trata de un negocio jurídico del cual se atribuye al fiduciario la titularidad dominical sobre ciertos bienes con la limitación, de carácter obligatorio, de realizar sólo aquéllos actos exigidos por el cumplimiento del fin para la realización del cual se destinan"[95].

JUAN MANUEL VILLAGORDOA LOZANO.

"..., el legislador va tomando de la práctica de los particulares esas nuevas instituciones para reglamentarlas en los diversos ordenamientos jurídicos. Entre nosotros esto ha ocurrido fundamentalmente con dos tipos de negocios fiduciarios: el fideicomiso y el mandato a nombre propio. Originalmente fueron negocios atípicos e inominados, pero la práctica constante de los particulares hizo que el legislador los tomara en cuenta al expedir los nuevos ordenamientos jurídicos, que en forma continua evolucionan paralelamente con el progreso social.

95.- RODRIGUEZ RODRIGUEZ, Joaquín. cit. por MUÑOZ, Luis. OP. CIT., pags. 5 y 6.

..., el hecho de que los negocios fiduciarios sean innomina-- dos, en nada perjudica que en nuestra legislación esté reglamentada expresamente el fideicomiso,...

..., el fideicomiso es una especie de los negocios fiducia--- rios.

.... El negocio fiduciario sea en general un negocio atípico, ... no se encuentra reglamentado expresamente por la ley. ... el- fideicomiso es un negocio típico, pues se encuentra expresamente - reconocido por la ley. Esta característica del fideicomiso lo individualiza como una especie dentro del género negocio fiduciario, pues la calificación de típico, es puramente accidental y no esencial del fideicomiso.

... tipicidad... se refiere al hecho de que una institución - jurídica se encuentre reconocida expresamente por la ley; ..."[96].

JULIAN BERNAL MOLINA:

"El fidnicomiso es una forma reglamentada del negocio fiducia rio que por razones prácticas se resuelve en la transmisión de los bienes o derechos sin que se busque un beneficio a los inmediatos- adquirentes, con las consecuencias o finalidades que son propias-

96.- VILLAGORDOA LOZANO, Juan Manuel. OP. CIT., pags. 118 y 80.

de otros negocios tradicionales, como la compraventa, depósito, -- mandato, comisión, etcétera.

Como en todo negocio fiduciario, se trata de un negocio único que se forma por una relación real que implica la transmisión de - bienes y derechos al fiduciario y una relación obligatoria, frente al fideicomitente,..."[97].

Existe una serie de contradicciones respecto a esta teoría, - en virtud de que los juristas que la apoyan dan pauta para derivar, de una figura no aceptada ni existente legalmente, otra figura que cuenta con este tipo de lineamientos, partiendo de las características con las cuales coinciden.

De esta manera el Licenciado LUIS MUÑOZ opina que: "... no podemos ver en el fideicomiso una variedad de los negocios fiduciarios, aunque sí un negocio jurídico bancario tipo, típico, nominado, de fiducia y de naturaleza fiduciaria...."[98]. Vimos con anterioridad como otros autores no adoptan la teoría del fideicomiso - como especie del negocio fiduciario, recurriendo a las diferencias entre uno y otro, así tenemos que, ".... El fideicomiso,..., tampoco representa una especie dentro del género de los negocios fidu--

97.- BERNAL MOLINA, Julián. OP. CIT., pág. 16.
98.- MUÑOZ, Luis. OP. CIT., pag. 10.

ciarios, desde el momento en que no consiste en un negocio formado por dos elementos cuyos efectos son contradictorios entre sí y en- el primero, es real, exteriorizado, jurídicamente obligatorio, en- tanto que el segúndo sólo tiene eficacia interna entre las partes. ..."[99] con lo cual queda de manifiesto que desde la conformación - estructural de uno, se permite desechar la idea de derivación del- otro, aunque coincidan en ciertas características.

B.- TEORIA QUE CONSIDERA AL FIDEICOMISO COMO UN NEGOCIO FIDUCIARIO.

Respecto a esta teoría son pocos los jurístas que sostienen - dicha posición, existiendo gran cuestionamiento en torno a esta, - ya que se llegan a contradecir; pues así mismo le dan al fideicomi so el carácter de especie del negocio fiduciario. Como defensores de esta teoría tenemos a los Licenciados VAZQUEZ ARMINIO, VILLAGOR DOA LOZANO y GONZALEZ ARZAMENDI, entre otros.

RODRIGO VAZQUEZ ARMINIO.

"... el fideicomiso tiene la última de las indicadas caracte- rísticas del negocio fiduciario, encontramos en él la afectación a un fin (artículo 351 párrafo 2º) que, como antes se indicó, es la- obligación que contrae el fiduciario frente al fideicomitente y - que puede ser de hacer y de dar.

99.- RODRIGUEZ RODRIGUEZ, Joaquín. Op. Cit. pág. 133.

Una vez que hemos analizado brevemente la teoría del negocio-fiduciario y hemos comparado nuestro fideicomiso con aquellos negocios, hacemos propios los conceptos expresados por el Licenciado - JOSE MANUEL VILLAGORDOA en su tesis profesional y podemos definir- que "El fideicomiso es un negocio fiduciario por medio del cual el fideicomitente transmite la titularidad de ciertos bienes y derechos al fiduciario, quien está obligado a disponer de los mismos,- para la realización de los fines establecidos en beneficio del fideicomisario" "[100].

RENE JOSE GONZALEZ ARZAMENDI.

"Batiza, Octavio A. Hernández, Cervantes Ahumada, Bauche Garciadiego y Domínguez Martínez niegan al fideicomiso el carácter de negocio fiduciario. Ello se debe a que toman en consideración a - la figura del negocio fiduciario puro, que tiene como principales- características las siguientes:

1.- Ser atípico e innominado a diferencia del fideicomiso que es típico y nominado.

2.- Ser secreto, a diferencia del fideicomiso que prohibe expresamente los fideicomisos secretos.

100.- VAZQUEZ ARMINIO, Rodrigo. OP. CIT., pag. 26.

3.- Estar formado por dos negocios, uno vinculatorio con eficacia y validez frente a terceros, y otro obligatorio válido solamente inter-partes, a diferencia del fideicomiso que es un negocio único con eficacia y validez erga omnes;

4.- Con intervención de sólo dos sujetos: fiduciante y fiduciario, a diferencia del fideicomiso en el que intervienen tres personas: el fideicomitente, el fiduciario y el fideicomisario (aunque el primero y el último pueden coincidir en un sujeto).

Coincidimos con Barrera Graf, Rodriguez Rodriguez, y Bojalil, cuando afirman que el fideicomiso es un negocio fiduciario, porque en él encontramos los dos elementos estructurales mencionados: por una parte, el elemento real consistente en la transmisión de propiedad con fines diversos a ésta (excedencia del medio sobre el fin); y por otra parte, el elemento obligacional consistente en la obligación que contrae el fiduciario de destinar los bienes fideicomitidos al fin escogido y determinado por el fideicomitente. Nos adherimos firmemente a dicha tesis con la siguiente modificación: Creemos que ambos elementos en el fideicomiso forman un todo, es decir, un sólo negocio con eficacia y validez erga omnes, dis-

crepando de la opinión de algunos autores que sostienen que el negocio fiduciario consta de dos negocios, uno que es real y otro - que es obligatorio. La unidad del negocio fiduciario se explica - en unión de la subordinación recíproca de sus dos elementos: el - real y el obligatorio. El primero, que como ya dijimos, consiste- en la transmisión de propiedad de bienes determinados del fiduciante al fiduciario, no tendría razón de ser sino se acompañara del - segundo elemento pués sólo crearía una duplicidad inútil al no utilizar los negocios típicos traslativos de dominio. Por otra parte el elemento obligacional consistente en la obligación que contrae- el fiduciario de destinar los bienes o derechos a él enajenados - por el fiduciante, al fin por éste previsto, está condicionado por cuanto a su existencia al efecto traslativo de dominio del elemento real.

Así mismo creemos que el negocio fiduciario al ser regulado - por la ley, se convierte en típico y nominado (caso del fideicomiso que participa de ambos carácteres), no obstando ello para seguir considerandolo negocio fiduciario puesto que el elemento esencial de éste no es la atipicidad sino la fiducia que igualmente encontramos en el fideicomiso..."[101].

ÎõÎ·¨·ÕÕÑŽÃLÉŽ·ÃŘŽÃÑÉÑDÎ,·Rèñé·Jösé·ÕP·¨ÇÎÎ·,·pàgs·¨Îó·à·ÎÕ·------

En esta teoría se presentan una serie de irregularidades y - fundamentos contradictorios, pues es de deducirse que si una figura presenta una determinada estructura y otra presenta una semejante pero varia en cualquier aspecto, esta variación por mínima que sea, da la pauta para sostener que ya no se trata de la misma figura y que será tratada jurídicamente diferente, acarreando cada una sus propias consecuencias de derecho.

4.2.- POSICION PERSONAL.

El fideicomiso es una figura jurídica ajena al negocio fiduciario, no puede considerarse que forme parte de este, o bien que se trate de la misma figura, en virtud de que cuenta con características propias que lo determinan, por lo cual referirnos al fideicomiso es hacerlo con la exactitud que este amerita, a fin de - evitar posibles confusiones que perjudicarían nuestra área negocial cuando esta figura fuese utilizada; ya que inclusive a nivel internacional es usada, y sobretodo porque si legalmente se determinó, reglamentó y llamó de esta manera, no es factible cambiar - cualquera de estos aspectos por voluntad de las partes. El maestro DOMINGUEZ MARTINEZ citando a CARRANZA dice "..., el negocio fiduciario, por lo regular tiene como fin... "superar el déficit le-

gal..." "[102], de la misma manera, el fideicomiso tiene esta finalidad, fué resultado del desarrollo social y por ende del déficit legal que se presentó, viniendo a dar fin a esa deficiencia legal - existente, pero no ha todas las que de acuerdo a su estructura, no puede subsanar; pues recuerdese que el avance social y el diferente tipo de situaciones de todo carácter, a diario se presentan, de ahí la presencia del negocio fiduciario.

Al crear una figura (por mucha semejanza que tenga con otra - ya aceptada legalmente) con elementos propios y para determinadas- finalidades, algunas veces concordantes, en ciertas caracteristi-- cas, con las figuras legales existentes y otras veces no, se está- dando paso a la creación de una nueva figura, sea esta reconocida- legalmente o no.

En nuestro Derecho, el fideicomiso presenta todo tipo de problemas, en virtud de que se trata de una figura que adoptó las características propias de nuestros principios jurídicos; mismos que como sabemos derivan del Derecho Romano, ya que el fideicomiso surge influenciado por el trust el cual tuvo como antecedente al uso, figuras adoptadas y derivades del sistema del Derecho anglosajón.

102.- DOMINGUEZ MARTINEZ, Jorge Alberto. OP. CIT., pag. 176.

Existe un claro cuadro comparativo elaborado por el Licenciado OCTAVIO A. HERNANDEZ[103] con el cual podemos apreciar las diferencias no sólo entre el fideicomiso y el negocio fiduciario, sino entre este último, y el use, así como con el trust; importandonos, claro está, el señalado con el fideicomiso.

USE	VASALLO	FEOFEE TO USE	CESTUI QUE USE
TRUST	SETTLOR O TRUSTOR	TRUSTEE	CESTUI QUE TRUST, CESTUI O CECUITY
NEGOCIO FIDUCIARIO	PROPIETARIO	NO TIPIFICADO	NO TIPIFICADO
FIDEICOMISO	FIDEICOMITENTE.	FIDUCIARIA	FIDEICOMISARIO.

A forma de demostrar ejemplificativamente los problemas que acarrea el confundir el fideicomiso con cualquier otra figura, tenemos el caso expuesto, con anterioridad, por el Licenciado ARRECHEA-ALVAREZ llevado acabo por el Licenciado CERVANTES AHUMADA; y afirmando esta posición se encuentra la Jurisprudencia recaída al amparo 7131/1961.

"La venta en garantía de un prestamo es un negocio fiduciario prohibido por la ley, sólo es lícito el fideicomiso expreso, con intervención de las instituciones decrédito autorizadas para operar como fiduciarias. El a

103.- HERNANDEZ, Octavio A. OP. CIT., pag. 249.

creedor no puede apropiarse por sí y ante sí de los bienes dados en garantía, sin los procedimientos señalados en nuestras leyes y los contratos de compraventa en garantía de operaciones de mutuo, son objeto de una simulación parcial y nulos por lo tanto.

En consecuencia, debe declararse la nulidad del contrato aparente y la subsistencia de la operación simulada, debiendo restituirse las partes, las prestaciones que mutuamente se hubiesen hecho, de conformidad con los artículos 1680, 1682 y 1686 del Código Civil del Estado de Guanajuato, que es el del Distrito Federal y Territorio de la Baja California de 1884. Por haber sostenido el demandado que el contrato es fiduciario y que por lo mismo es válido, lo que con equivocada cita de tesis doctrinal la responsable ha pretendido justificar, debe decirse que esa afirmación es inexacta ya que los negocios fiduciarios no están aceptados por la legislación mexicana, sino sólo cuando revisten la forma de fideicomiso expreso, y el fiduciario lo es una institución de crédito debidamente autorizada para efec

tuar esa clase de operaciones"[104].

4.3.- EL USO Y EL ABUSO DEL FIDEICOMISO.

Mucho se ha hablado respecto al uso del fideicomiso, ya que - como figura especial y generosa en su aplicación, permite sea utilizada en un sin número de situaciones, mismas que por sus caracte rísticas específicas se adaptan a esta figura jurídica, lo cual es de mencionarse, no constituye de ninguna manera un abuso de la mis ma; así tenemos que la mayoría de los jurístas que se han dedicado al estudio del fideicomiso, difieren en cuanto a la naturaleza jurídica del mismo pero no en tanto al uso de que es objeto, pues - sostienen, en forma por demás ejemplificativa, la necesidad de su aplicación como cualquier otra figura jurídica existente que es usada ilimitadamente a diario en la constante actividad humana; lo que sucede es que como figura jurídica de la cual se tiene poco co nocimiento, su uso e incluso mención constante, como se está pre-- sentando en la actualidad, suele llamar la atención, acarreando pa ra muchos, juristas o no, la idea de que es usado en forma inmoderada. Tenemos que para RODRIGUEZ RODRIGUEZ "..., los fines del fi

104.- Jurisprudencia tomada de la investigación realizada por el Banco Mexicano Somex, LAS INSTITUCIONES FIDUCIARIAS... OP. CIT., - pags.403 y 404.

deicomiso (...) podrían conseguirse mediante negocios reglamentados por la legislación positiva (...) máxime que a todos estos negocios puede dárseles las más variadas estructuras, dada la libertad de contratación que es base de nuestro sistema jurídico privado..."[105]. No se niega del todo tal suposición, aunque si es decomentarse, que no se puede asegurar de manera definitiva que el uso del fideicomiso pueda ser suplantado por otra figura jurídica que permitiera los fines propuestos, pues existen actos en los cuales si bien encaja cualquier figura legal existente, es sólo el fideicomiso el que otorga todas las garantías y seguridades requeridas por las personas. Lo cual es reafirmado ha continuación con las opiniones que sostienen cada uno de los siguientes juristas:

LUIS MUÑOZ:

"..... El legislador mexicano, arquitecto del nuevo derecho que exige la coexistencia socioeconómica, ha construido un nuevo instrumento para fines prácticos que antes le había pasado desapercibido.

.... Es evidente que en el ordenamiento jurídico existen ti-

105 RODRIGUEZ RODRIGUEZ, Joaquín. Cit. por RODRIGUEZ MARTINEZ, Jorge A. OP. CIT., pag. 186.

pificados negocios mediante los cuales es posible conseguir los fines que hoy pueden obtenerse por medio del fideicomiso. Pues bien, hoy existe un instrumento más, precisamente el fideicomiso, cuya función negocial prevé normativamente, objetivamente el legislador mexicano...."[106].

RODOLFO BATIZA:

Nota 28: ".... Tanto ha sido el éxito del fideicomiso en México y tan extendido su utilización, que la mayor crítica de que ha sido objeto es la de que se emplea en forma excesiva e innecesaria, incluso en situaciones en que sus mismos resultados podrían obtenerse mediante otras figuras jurídicas reconocidas en nuestro sistema legal. La crítica al menos ocasionalmente, quizá se justifique sobre este particular el único criterio que puede ofrecerse para distinguir un empleo innecesario del que tan sólo sería abusivo, aún cuando la línea divisoria no sea siempre fácil de trazar con precisión, consiste en que la finalidad buscada pueda lograrse exclusivamente a través de la transmisión de bienes al fiduciario. Ello, desde luego, exige un análisis cuidadoso de cada caso concreto. Para dar un sencillo ejemplo: si la finalidad perseguida por-

106.- MUÑOZ, Luis. OP. CIT., págs. 10 y 12.

las partes puede lograrse por medio de un contrato condicional de-
los previstos en el artículo 135 de la Ley Bancaria, la constitu--
ción de un fideicomiso sería innecesaria. Aún en este caso, no -
obstante, pueden existir en la situación particular razones de ca-
rácter jurídico, incluso de orden psicológico, que hagan aconseja
ble la via del fideicomiso. Por eso insistimos en la necesidad de
analizar las situaciones concretas, más que proponer soluciones ge
nerales"[107].

RENE JOSE GONZALEZ ARZAMENDI.

"Debe bastarnos saber, que el legislador implantó en nuestro-
derecho romanista una figura jurídica del derecho anglosajón que -
reviste caracteres propios que la hacen diferente de nuestras figu
ras ya conocidas y que debido a su plasticidad otorga grandes ven-
tajas al fideicomitente al ofrecerle una múltiple variedad de -
uso"[108].

JULIAN BERNAL MOLINA.

".... Las posibilidades de empleo son asombrosas, tal vez -
por ser uno de los más flexibles instrumentos jurídicos de que se
dispone. Su desarrollo ha sido paralelo al crecimiento de la ac-

107.- BATIZA, Rodolfo. PRINCIPIOS. OP. CIT., pags. 29 y 30.
108.- GONZALEZ ARZAMENDI, René José. OP. CIT., pags. 28 y 34.

tividad bancaria. En un principio se vió como un extraño acontecimiento en la historia jurídica, como una forma solitaria, obscura e incomprensible.

El fideicomiso sustituye con ventajas a las formas tradicionales de disposición de bienes. Ha sido muy usado en los negocios inmobiliarios; para la protección de intereses familiares; mujeres casadas, menores incapacitados, etcétera, sustituyendo a la renta vitalicia; y muchas veces con propósitos de beneficiencia, caridad, cultural, deportivo, científico, educacional y en general, de interés social o público. Para los negocios, se ha usado para fines de administración, inversión, garantía, liquidación de activos, pagos a acreedores, etcétera. Se ha aplicado para fines de los más diversos, y la cuantía a que ha llegado hace que se presente como una realidad indiscutible.

Parece que se han superado las dificultades de orden técnico y jurídico, y sin desconocer el abuso en su empleo que ha dado lugar a críticas muy fundadas. Los beneficios que en todo caso se han derivado, alcanzan en lo individual y en lo general a sectores de la población tan amplios, como son las necesidades y los requerimientos que el país demanda.

... el fideicomiso está ligado a nuestra vida diaria, en el hogar, en el comercio, en la empresa más idealista, en las combinaciones más audaces, desde la cuna hasta la muerte. Su elaboración, construcción jurídica y aplicación práctica son un reto para el jurista, el banquero y el financiero"[109].

MAXIMINO ARRECHEA ALVAREZ.

"...: la institución es utilísima y realmente satisface con ventaja necesidades que antes, a lo más, eran precariamente cumplidas, además de que expedita el movimiento del crédito (...) e incrementa nuestra vida económica con la formación de nuevos medios de trabajo;..."[110].

JUAN MANUEL VILLAGORDOA LOZANO.

"... a través de su operación se protegen determinados patrimonios cuando su titular es una persona, que por cualquier tipo de incapacidad, no sólo por razones de carácter legal sino de inexperiencia en los negocios puede exponerlos a que sufran menoscabo. ... Las inversiones que haga el fiduciario, traerán como consecuencia el beneficio de proteger los intereses de los fideicomisarios y además se obtiene un beneficio social cuando el fiduciario in---

109.- BERNAL MOLINA, JULIAN. OP. CIT., pags. 12 y 13.
110.- ARRECHEA ALVAREZ, Máximino. OP. CIT., pag. 100.

vierte los fondos que maneja en estos fideicomisos, en la adquisición de valores que emitan las empresas industriales para obtener recursos suficientes y así incrementar la fabricación de aquellos productos que tienen una mayor demanda en el mercado"[111].

OCTAVIO A. HERNANDEZ.

"Es posible subrayar la manifiesta utilidad del fideicomiso.- haciendo ver que mediante él se puede:

a. Conservar el patrimonio familiar asegurando los capitales de los menores, los pródigos y los incapacitados.

b. Obtener mayor provecho de la propiedad, librando a ésta de los gravamenes que pesan sobre ella.

c. Lograr la realización de objetivos mediatos, destinando un patrimonio a la consecución de fines sucesivos.

d. Proteger a los fideicomisarios en el disfrute de los beneficios del fideicomiso al sustraer el patrimonio de éste del alcance de los acreedores comunes;

e. Lograr que el fideicomisario disfrute de los productos del bien fideicomitido sin necesidad de que tenga la propiedad inmediata del mismo;

III.- VILLAGORDOA LOZANO, Juan Manuel.- OP. CIT., pág. 196.---------

f. Lograr la independencia económica de la mujer divorciada o del cónyuge supérstite, etc., etc."[112].

INSTITUCION NACIONAL DE CREDITO "SOMEX".

"... la institución ha sido útil y, ..., satisface necesidades; ... se utiliza con la mayor frecuencia y para los más diversos procedimientos y finalidades.

... se ha comentado que el fideicomiso en ciertos momentos se utilizó para no pagar impuestos, lo que dió origen a modificaciones legales impositivas, de tal manera que, en nuestros días, es dudoso que pueda afirmarse que mediante el fideicomiso se busquen finalidades no concordes con las leyes fiscales.

... mediante el mismo se procura la solución de necesidades de grandes masas de población, buscando eficacia, rapidez y profesionalismo, al mismo tiempo que se trata de bajar los costos de operación en múltiples actividades; es así como el fideicomiso ha servido para trazar y ejecutar grandes unidades habitacionales que benefician a personas de bajos ingresos, mediante el fideicomiso se conjugan esfuerzos para crear desarrollos turísticos; se emiten certificados de vivienda, que bajan el costo de la transmisión de-

112.- HERNANDEZ, Octavio A. OP. CIT., pag. 284.

la propiedad; se administran planes de pensiones para empleados y otros beneficios a favor de grandes masas de trabajadores cuyo plan de pensiones significa un gasto programado a través de muchos ejercicios fiscales para las empresas, por una parte, y para los trabajadores una percepción uniforme, estable y periodica, que les permite, contribuir a su sobrevivencia a partir de la jubilación.

Esos fondos son administrados mediante fideicomisos en forma escrupulosa y obteniendo los mejores rendimientos.

También se utiliza el fideicomiso para el fomento de actividades educativas, científicas, artísticas y culturales, en las que la seriedad y preparación de la fiduciaria garantiza el cumplimiento de las finalidades y la conservación de los elementos que integran el patrimonio cultural del país.

.... El fideicomiso tiene propiedades que lo caracterizan, primordialmente la amplitud de su utilidad para conseguir ciertos objetivos a condición de que sean lícitos.

El contrato de fideicomiso...puede abarcar tantas posibilidades que además entraña una serie de actos de administración, de dominio, de pleitos y cobranzas que debe desempeñar el fiduciario, pues no siempre el contrato de fideicomiso es simple, sino que a--

veces su complejidad es mucha por la característica de su gran - flexibilidad, por ello hay que entenderlo como uno de los pocos - contratos que todavía se redactan y se discuten entre las partes- y cuya gama de posibilidades para establecer derechos y obligaciones es enorme.

Consecuencia de lo anterior es que el fideicomiso puede servir para la más variada gama de finalidades, como lo diría Scott; la única limitación es la imaginación de los abogados, con la condición de que esas finalidades sean lícitas y se encomiende su - realización a una institución fiduciaria.

De esta manera, el fideicomiso es útil institucionalmente a- las personas, a las empresas, a las entidades públicas de toda - índole, y se adapta precisamente a esas necesidades"[113].

A manera de confirmar lo anterior y demostrar la necesidad - de recurrir al uso del fideicomiso, algunos de los juristas mencionados nos presentan casos concretos a través de los cuales podemos constatar que efectivamente se trata de un verdadero uso y- no de un abuso.

113.- LAS INSTITUCIONES FIDUCIARIAS... OP. CIT., pags. 63 y 64.

RODOLFO BATIZA.

"... se ha venido utilizando para lograr una ilimitada variedad de objetivos, entre los cuales, uno de los más importantes, es la seguridad y estabilidad financiera de las familias, facilitadapor la posibilidad de crear derechos sucesivos de contenido y duración diferentes. También ha garantizado al menos hasta cierto punto la protección de los beneficiarios en el goce de sus derechos - al hacerlos inalienables y al ponerlos fuera del alcance de los acreedores; mediante el trust pudo darse independencia económica a- la mujer casada, y ha acrecentado la eficacia protectora del seguro de vida, impidiendo que la indemnización se consuma o disipe.

Más las aplicaciones prácticas del trust han trascendido de - la esfera puramente familiar para extenderse al mundo de los negocios. Ahí ha representado un instrumento eficaz y accesible pararesolver los problemas cotidianos en la organización, el financiamiento y la liquidación de empresas, en el desplazamiento de riesgos, en las operaciones de crédito y en la prevención de litigios. ..."[114].

114.- BATIZA, Rodolfo. OP. CIT., pag. 24.

JULIAN BERNAL MOLINA.

FIDEICOMISO PARA EL PAGO DE CUOTAS DE ADMINISTRACION Y MANTENIMIENTO DE CONDOMINIOS.

"El comprador tendrá la seguridad de que los gastos mensuales del mantenimiento y administración serán puntualmente pagados a la administración del condominio. Se evita el procedimiento y administración que, por regla general, es lento y costoso, y que los condóminos cumplidos sufran los perjuicios que ocasionan normalmente el retraso de los pagos de los condóminos morosos, en los gastos de mantenimiento y administración"[115].

MAXIMINO ARRECHEA ALVAREZ.

".... El ejemplo expuesto por Cervantes Ahumada es definitivo: "Un individuo que, antes de la vigencia de la ley, hubiese deseado garantizar la educación de su hijo con los productos de una finca, se hubiera encontrado con la siguiente situación: si transmitía al hijo la propiedad de la finca, ésta la podía enajenar, disponiendo de ella como dueño; sino la transmitía, los acreedores del padre, presentes o futuros, podrían embargarla en un momento de crisis. Ante tal situación se acudiría a quien se entregaría la finca en

---

115.- BERNAL MOLINA, Julian. OP. CIT., pag. 73.

propiedad, con la obligación, de buena fe por su parte, de dedicar los productos a la educación del hijo y devolver la finca al padre o transmitirla a otra persona designada después de cierto tiempo.- El padre de nuestro ejemplo, que ante el vacio legal se hubiera - visto precisado a acudir al negocio fiduciario, con todos los peligros inherentes al mismo, en la vigencia de nuestra ley vería simplificado su problema y acudiría, sencillamente, al fideicomiso.

El desenvolvimiento que han cobrado las operaciones fiducia-- rias y el fideicomiso mismo es ya de consideración"[116].

JUAN MANUEL VILLAGORDOA LOZANO.

"Una persona es propietaria de diversos bienes raices, valo-- res de renta fija y variable y de diversas sumas de dinero que conserva en cuenta de cheques.

Sus presuntos herederos son su esposa y sus hijos, quienes - por razón de sus ocupaciones o de su corta edad, carecen de expe-- riencia suficiente para administrar por su propia cuenta, los bienes que pudieran ser de su propiedad, si ocurriera el fallecimiento de dicha persona en un futuro más o menos próximo.

Para evitar los inconvenientes que implicaría una administra

116.- ARRECHEA ALVAREZ, Maximino. OP. CIT., pag. 101.

ción deficiente, dicha persona decide constituir un fideicomiso - testamentario, para que surta efectos después de su muerte. ... - designa a su esposa e hijos como fideicomisarios y herederos;... - fines del fideicomiso, ..., pague los impuestos que cause la sucesión, proceda a la inversión del dinero efectivo que exista en las cuentas de cheques, a través de la adquisición de valores de renta fija que estén autorizados por la Comisión Nacional de Valores para efectos de inversión en instituciones de Crédito, con el fin de que queden garantizadas la seguridad y la liquidez de la inversión, y se encargue de la administración y conservación de los demás bienes que forman parte del acervo hereditario. ... .Por último, cuando se llenen los requisitos o se cumplan los plazos que haya señalado el fideicomitente testador, el fiduciario transmitirá los bienes fideicomitidos a los fideicomisarios.

Los efectos... surtirán cuando ocurra la muerte del fideicomitente; en ese momento la institución fiduciaria recibirá los bienes y derechos fideicomitidos, para que a través de su titularidad, se puedan realizar los fines señalados. El procedimiento de la aceptación del fiduciario, deberá ser conjunta con la tramitación - del juicio sucesorio que se siga. Para facilitar la tramitación-

del juicio sucesorio, es conveniente, como ha ocurrido en la practica, que se designe albacea de la sucesión a la institución fiduciaria que desempeñe el cargo de fiduciario en el fideicomiso testamentario.

... al través de su operación se protegen los intereses de ciertas clases o grupos sociales que, al carecer de los recursos necesarios, se encuentran impedidos para llevar adelante su normal desenvolvimiento, como miembros de una comunidad.

Así mismo, mediante el fideicomiso se canalizan fondos públicos para la constitución de fondos de fomento, al través de los cuales se apoyarán actividades vitales para el desarrollo económico y social del país.

Son múltiples los fideicomisos que se han celebrado en cumplimiento a lo ordenado no sólo por la ley, sino por decretos del Ejecutivo Federal, con la finalidad de satisfacer necesidades de interés público"[117].

OCTAVIO A. HERNANDEZ.

"Octavio A. Hernández, pone un ejemplo: el empresario González es propietario de un inmueble cuyo valor nominal es de 10 millones-

117.- VILLAGORDOA LOZANO, Juan Manuel. Op. cit., pág. 197.

de pesos y cuya renta anual es de 100 mil pesos. González tiene - necesidad transitoria de 9 millones de pesos. No le conviene vender el edificio porque después de que recupere su dinero le será - difícil volver adquirir o comprar otro en las mismas condiciones,- aparte de que no encuentra fácilmente quien le pague lo que vale - el inmueble. Tampoco le conviene hipotecarlo, porque si quien le- presta es persona privada, le cobrará fuertes intereses, y si es - sociedad de crédito hipotecario, sólo podrá acreditarle el 50% del valor del bien hipotecado, es decir, cinco millones de pesos.

Resuelve su problema echando mano del certificado de participación. Da el edificio en fideicomiso a una institución fiduciaria a la que encarga que emita certificados de participación garantizados con elpropio inmueble, certificados que le daran derecho a participar de parte de los productos del inmueble administrado por la fiduciaria y, también, a la devolución o reembolso del capital invertido, al término del fideicomiso. González, por su parte, recibe los 9 millones de pesos que necesita, producto de la venta de - los certificados de participación, suma que amortizará periodica-- mente en los plazos y en los términos estipulados en el acta constitutiva del fideicomiso y en el acto de emision de los certifica-

dos"[118].

MARIO BAUCHE GARCIADIEGO.

"..., una persona puede constituir un fideicomiso con sus bienes, estipulando la obligación de que al llegar a la senectud, esos bienes debidamente administrados por el banco, vuelven a su patrimonio y con ello asegurar su subsistencia durante años de vida.

..., un industrial o un particular, ha adquirido compromiso - con otros y por determinadas circunstancias no puede cumplir sus obligaciones, es decir, no puede pagar sus deudas. Si se viniese la quiebra del industrial o del comerciante, o bien el concurso civil- del particular, sus bienes no alcanzarían a pagar a todos sus acreedores si se vendiesen dentro de un procedimiento judicial ya sea - por el síndico de la quiebra o bien por remate. En cambio, si entregados en fideicomiso la institución de crédito sigue administrando y logra venderlos a precios más ventajosos que en una almoneda - judicial, no sólo podrá pagarse a todos los acreedores sino que esposible que aquel deudor recupere algo para sí"[119].

118.- HERNANDEZ, Octavio A., cit. por BAUCHE GARCIADIEGO, Mario. - OP. CIT., pags. 210 y 211.
119.- IBID., pag. 338.

GUILLERMO ORTIZ FERNANDEZ.

Realizó una importante tesis en el área de contaduría respecto a el fideicomiso de fraccionamientos, del cual sostiene que:

"....- Es conveniente citar un ejemplo teórico a fin de facilitar la exposición de las características del fideicomiso de fraccionamientos.

Para los efectos de este trabajo, se suponen tres fideicomitentes:

APORTACIONES.- El señor A, que aporta en fideicomiso un terreno de su propiedad según consta en escritura inscrita en el Registro Público de la Propiedad y que tiene una superficie de 200,000 m^2 y con un valor de $\$50,00 m^2$.

El señor B que aporta también terrenos colindantes con los del señor A, según consta en escritura inscrita en el Registro Público de la Propiedad y que tiene una superficie de 300.000m^2, con un valor de $\$40,00 m^2$.

El señor C que aportará de acuerdo con las necesidades del negocio, las cantidades en efectivo que se requieran para fraccionar y urbanizar los terrenos indicados anteriormente, teniendo su aportación un límite de $\$20'000.000,^{oo}$.

FINES DEL FIDEICOMISO.- El fin del fideicomiso será el fraccionamiento, la urbanización, lotificación y venta de los terrenos fideicomitidos, así como la recuperación del patrimonio de los señores A, B y C y el reparto proporcional de las utilidades, en razón directa de sus aportaciones.

FIDUCIARIA.- El fiduciario Banco "F" S.A., se encargará de obtener los permisos, licencias y autorizaciones necesarias ante las autoridades competentes, a fín de estar en posibilidad de realizar las obras correspondientes. Contratará con las compañías que más convenga, las obras de urbanización y efectuará los pagos necesarios con fondos del patrimonio del fideicomiso (permisos, licencias, contribuciones, derechos e impuestos, obras de planificación, urbanización, propaganda, gastos de administración, gastos de venta, etc.).

El fiduciario tiene poder general para pleitos y cobranzas y para actos de administración, así como facultades para obtener créditos con garantía de los inmuebles, si fuere necesario.

Los honorarios al fiduciario, por el desempeño de sus labores serán del 8% que cobrará de la siguiente manera 4% sobre el valor de las ventas ingresadas y el 4% restante, al efectuar la cobranza

correspondiente a dichas ventas.

Mensualmente, el fiduciario presentará estados financieros a- los fideicomitentes-fideicomisarios"[120].

RAUL CERVANTES AHUMADA.

"En fraccionamientos urbanos, se ha usado el fideicomiso para que el fiduciario se encargue de titular a los adquirentes de lo-- tes, cuando éstos hayan terminado de pagar los respectivos precios. El banco suele encargarse también de recibir los abonos.

Se utiliza para formar fundaciones de caridad, para adminis-- trar bienes con una finalidad determinada (las personas que desean retirarse de los negocios ponen sus propiedades en trust); para e- vitar juicios sucesorios, para formar patrimonios que sirvan de - garantía a la creación de valores mobiliarios, etc."[121].

Con estos ejemplos podemos comprender que el fideicomiso es - usado frecuentemente por la generosidad de sus características sin que se trate de un abuso del mismo; de acuerdo a la investigación- realizada por la Institución de Crédito "SOMEX", respecto al fidei comiso sostiene que: "..., el sistema mexicano es sano y ha cumpli

120.- ORTIZ FERNANDEZ, Guillermo. EL FIDEICOMISO DE FRACCIONAMIEN- TO, TESIS IPN, México, 1972, pags. 23 a 25.
121.- CERVANTES AHUMADA, Raúl. OP. CIT., pag. 287.

do su función social para la cual fué concebida; tanto es así, que el mismo gobierno federal ha recurrido con frecuencia, cada vez mayor, a la utilización del fideicomiso para cumplir cometidos que el propio gobierno estima puede hacerlo mediante esta institución y podríamos agregar que no sólo el gobierno federal, sino los de las entidades federativas y los de los municipios inclusive, (...)"[122]. justificando la aplicación constante de esta especial figura jurídica el Licenciado VAZQUEZ ARMINIO nos dice: "Estos fideicomisos son convenientes en la práctica, porque a través de su operación se protegen determinados patrimonios cuando su titular es una persona que, por cualquier tipo de incapacidad, no sólo de carácter legal sino de inexperiencia en los negocios, pueden exponerlos a sufrir menoscabos. Cuando exista alguna incapacidad por parte del fideicomitente, deberán llenarse los requisitos que el derecho común previene para la celebración de los actos jurídicos que afectan el patrimonio de un incapaz. Las inversiones que haga el fiduciario traerán como consecuencia el beneficio de proteger los intereses de los fideicomisarios"[123].

El fideicomiso es una figura jurídica con características pro-

122.- LAS INSTITUCIONES FIDUCIARIAS...OP. CIT., pag. 59.
123.- VAZQUEZ ARMINIO, Rodrigo. OP. CIT., pag. 27.

pias, que se ha adoptado en forma, por demás, acertada a la vida negocial del hombre, "..., tiene considerable amplitud, pues se hace patente en todos los campos de la actividad jurídica: protección de incapaces, regímenes matrimoniales, donaciones, testamentos, asociaciones, fundación de sociedades, métodos de financiación y de inversión,..."[124], esta situación motiva a que se sostenga que "... el fideicomiso es una institución ya arraigada entre nosotros, con perfiles muy propios y con un extenso campo de aplicación"[125]. Pues recuerdese que se trata de una figura anglosajona, que se ha adaptado a nuestro régimen legal de carácter romanista, y que ha tomado características propias, que le han permitido hacer frente de una manera eficaz a los distintos aspectos de los negocios del hombre, abriendo las puertas hacia el desarrollo y por ende progreso del país.

Sobre el fideicomiso en nuestro país se puede decir lo que se sostiene respecto al uso común del Trust en Inglaterra "si se pregunta uno para qué sirve el "trust", puede casi responderse: "para todo". Es más indispensable que el té para la vida inglesa o el

124.- LEPAULLE, Pierre. OP. CIT., pag. 374.
125.- CERVANTES AHUMADA, Raúl. OP. CIT., pag. 288.

"base-ball" para la vida americana"[126]. Previendo las relaciones-internacionales de las cuales en la actualidad participa México, - es necesario tener un verdadero conocimiento en todas las áreas y-sobretodo en materia jurídica, pues con ella se rigen cada uno de-los instantes de nuestra vida en todos sus ámbitos, y observando - que: "El fideicomiso es un negocio jurídico que está cobrando ma-- yor importancia cada día en nuestro país"[127], es preciso profundizar en su estudio a fin de hacer frente a todos los planteamientos que en esta materia se puedan presentar, ya sea nacional o internacionalmente; ya que puede ser utilizado en cualquier momento y no-siempre tener un feliz término, esto quiere decir que puede llegar a presentarse controversias en torno al mismo, teniendo el Licen-- ciado en Derecho la obligación de aplicar sus conocimientos, a fin de poner fin a la controversia suscitada, con una solución aceptable; o bien tiene la obligación de continuar con su labor de crear nuevas combinaciones negociales con la finalidad de favorecer a la sociedad que confía en sus aptitudes, lo cual sólo logrará teniendo un conocimiento amplio de esta, y todas las figuras jurídicas - existentes, conocimiento que además de amplio deberá ser consiso,-

126.- LEPAULLE, Pierre. OP. CIT., pag. 7.
127.- BAUCHE GARCIADIEGO, Mario. OP. CIT., pag. 319.

determinante. Es entonces tarea del Licenciado en Derecho profundizar en esta especial figura jurídica, pues como menciona Scott: "... los fines para los cuales puede emplearse son tan ilimitados como puede serlo la imaginación de los abogados"[128].

128.- SCOTT., cit. por BATIZA, Rodolfo. EL FIDEICOMISO...OP. CIT., pag. 33.

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

1 De acuerdo al artículo 346 de la Ley General de Títulos y Operaciones de Crédito, se otorga una descripción del fideicomiso más no un concepto; por lo tanto, considero se debe dar una definición a fin de subsanar esta deficiencia; de tal manera sostengo que "El fideicomiso es un negocio jurídico de carácter mercantil, a través del cual una persona llamada fideicomitente destina ciertos bienes o derechos; en forma legítima, a la consecución de un fin lícito y determinado, encomendando a una institución fiduciaria la realización de dicho fin, otorgándole para esto, la titularidad de los bienes o derechos afectos que conforman un nuevo patrimonio, esto es un patrimonio autónomo o de afectación".

2 Existen deficiencias jurídicas y conceptuales que se presentan en torno al fideicomiso. El fideicomiso en México, teniendo como antecesor al trust entra adaptándose a nuestro sistema jurídico, el cual presenta ciertas características diversas respecto al sistema anglosajón. Pero aún a pesar de estos y otros aspectos más que se llegasen a presentar, el fideicomiso no debe ser confundido, con cualquier otra figura, como se ha venido presentando en relación al negocio fiduciario.

3 Una diferencia en relación al negocio fiduciario, es que, - si bien requiere de un fiduciante que es el que enajena los bie-- nes para el fin determinado en el negocio fiduciario; el fiducia- rio lo puede ser cualquier persona y se compone de dos negocios;- uno que se dá observando los lineamientos legales y otro que se - realiza en forma oculta entre las partes, previo acuerdo entre - las mismas, el cual viene a dejar sin efectos al primer negocio - realizado.

4 El negocio fiduciario es "un negocio atípico, en el cual a- través de un acuerdo de voluntades, una de las partes llamada fi- duciante transmite la propiedad de ciertos bienes a una persona,- cualquiera, llamada fiduciario, a fin de dar cumplimiento a la fi nalidad establecida en el negocio fiduciario, respecto a la cual- mediará un sentimiento de confianza; dando nacimiento a una rela- ción real y una obligatoria, presentando además, una estructura - determinada por dos negocios, uno exterior y otro oculto respecto a los terceros, teniendo este último la cualidad de dejar sin e-- fectos, entre las partes, al negocio exterior".

5 En el negocio fiduciario, la transmisión del patrimonio, - generalmente es riesgosa, ya que se otorga en el primer negocio -

al fiduciario, a fin de que este realice el fin propuesto; pero en este caso, los bienes transmitidos pasan a formar parte del patrimonio del fiduciario, a diferencia del fideicomiso en el que pasan a formar parte del patrimonio afecto al fin. Quedando, en el negocio fiduciario, por lo tanto, el fiduciante desprotegido por la ley y desde luego en desventaja ante el fiduciario.

6 El fideicomiso es una figura contemplada y regulada por el derecho, lo cual no sucede con el negocio fiduciario; presentandose aquí otras de sus principales diferencias, la regulación jurídica. De ahí que establezca al fideicomiso como una figura típica y al negocio fiduciario como figura atípica.

7 Es importante evitar confundir al fideicomiso con el negocio fiduciario, en virtud de que uno (el fideicomiso) se encuentra contemplado por el Derecho, reuniendo características propias y específicas; y en cuanto al negocio fiduciario tenemos que acepta elementos y finalidades incompatibles con la figura legal denominada-fideicomiso.

8 El abogado debe prepararse en torno a esta y demás instituciones jurídicas a fin de desempeñar eficientemente su papel. Pues el abogado posee una seria responsabilidad con la sociedad,

misma que deposita en él la confianza y seguridad de su desarro-- llo. Y en torno al fideicomiso esta preparación es fundamental-- mente importante por la proyección que tiene, ya que como dice - Scott: "... los fines para los cuales puede emplearse son tan ili mitados como pueda serlo la imaginación de los abogados"[129].

9 Se cree en relación al uso del fideicomiso, que se está abu sando de éste, en virtud de que es utilizado con frecuencia; pero reconozcamos que se trata de un normal uso, debido a sus amplias- posibilidades de aplicación.

129.- SCOTT., cit., por BATIZA, Rodolfo. EL FIDEICOMISO,... OP.- CIT., pag. 33.

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

1.- ARRECHEA ALVAREZ, Máximino. LOS NEGOCIOS FIDUCIARIOS Y EL FIDEICOMISO, Tesis, UNAM, México, 1945.

2.- BATIZA, Rodolfo. EL FIDEICOMISO, TEORIA Y PRACTICA, Libreria de Manuel PORRUA, México, 1982.

3.- BATIZA, Rodolfo. PRINCIPIOS BASICOS DEL FIDEICOMISO Y DE LA ADMINISTRACION FIDUCIARIA, editorial PORRUA, México, 1977.

4.- BAUCHE GARCIADIEGO, Mario. OPERACIONES BANCARIAS, editorial PORRUA, México, 1967.

5.- BEJARANO SANCHEZ, Manuel. OBLIGACIONES CIVILES, 3ra. edición, editorial HARLA, México, D.F., 1984.

6.- BERNAL MOLINA, Julian. TEORIA Y PRACTICA JURIDICA DEL FIDEICOMISO, editorial PORRUA, México, D.F., 1988.

7.- BORJA SORIANO, Manuel. TEORIA GENERAL DE LAS OBLIGACIONES, Tomo I, 7ma. edición, editorial PORRUA, México, D.F., 1974.

8.- CERVANTES AHUMADA, Raúl. TITULOS Y OPERACIONES DE CREDITO, 5ta. edición, editorial HERRERO, México, 1976.

9.- DOMINGUEZ MARTINEZ, Jorge A. EL FIDEICOMISO ANTE LA TEORIA GENERAL DEL NEGOCIO JURIDICO, 2da. edición, editorial PORRUA, México, 1975.

10.- ENCICLOPEDIA JURIDICA OMEBA.- Tomo XX, editorial Driskill, S.A. Buenos Aires, 1977.

11.- FLORIS MARGADANT, Guillermo. EL DERECHO PRIVADO ROMANO, 11va. - edición, editorial ESFINGE, S.A., México, D.F., 1985.

12.- LAS INSTITUCIONES FIDUCIARIAS Y EL FIDEICOMISO EN MEXICO.- Prólogo por Mario Ramón Beteta; presentación por Adolfo Hegewisch. - México, Banco Mexicano Somex, 1982.

13.- HERNANDEZ, Octavio A. DERECHO BANCARIO MEXICANO, EDS. DE LA ASOCIACION MEXICANA DE INVESTIGACIONES ADMINISTRATIVAS, México, - 1956.

14.- GARCIA, Trinidad. APUNTES DE INTRODUCCION AL ESTUDIO DEL DERECHO, 26va. edición, editorial PORRUA, México, D.F., 1980.

15.- GONZALEZ ARZAMENDI, René José. NATURALEZA JURIDICA DEL FIDEICOMISO, Saltillo, Coah. [Multigráfica] 1973.

16.- GUTIERREZ Y GONZALEZ, Ernesto. DERECHO DE LAS OBLIGACIONES, - 5ta. edición, editorial CAJICA, S.A., Puebla, Puebla, México, - 1986.

17.- JORDANO BAREA, Juan B. PROBLEMATICA DEL NEGOCIO FIDUCIARIO, REVISTA DE DERECHO PRIVADO, Junio de 1958, Madrid, España.

18.- JORDANO BAREA, Juan B. NATURALEZA, ESTRUCTURA Y EFECTOS DEL NE-

GOCIO FIDUCIARIO, REVISTA DE DERECHO PRIVADO, Octubre de 1958, Madrid, España.

19.- LANDERRECHE OBREGON, Juan. NATURALEZA JURIDICA DEL FIDEICOMISO EN EL DERECHO MEXICANO, en REVISTA JUS, Tomo X, número 50, México, 1942.

20.- MARTINEZ RENTERIA, Carlos. FIDEICOMISO "FERNANDO GAMBOA" OTORGARA BECAS Y PREMIOS MUSEOGRAFICOS. "EL UNIVERSAL"; (México, - D.F., 8 de Junio de 1990).

21.- MOLINA PASQUEL, Roberto. NATURALEZA JURIDICA DEL FIDEICOMISO,- REVISTA JUS, México, 1944.

22.- MORALES LAVALLE, José. LA NATURALEZA JURIDICA DEL FIDEICOMISO, México [Venecia] 1966, Tesis, UNAM.

23.- MUÑOZ, Luis. EL FIDEICOMISO, editorial CORDEÑAS, EDITOR Y DISTRIBUIDOR, México, 1973.

24.- ORTIZ FERNANDEZ, Guillermo. EL FIDEICOMISO DE FRACCIONAMIENTOS, México, [Sistemas de Reproducción] 1972, Tesis, IPN.

25.- PIERRE LEPAULLE. TRATADO TEORICO Y PRACTICO DE LOS TRUST, editorial PORRUA, México, D.F., 1975.

26.- RODRIGUEZ RODRIGUEZ, Joaquín. CURSO DE DERECHO MERCANTIL, 3ra.- edición, editorial PORRUA, México, 1957, Tomo II.

27.- ROJINA VILLEGAS, Rafael. DERECHO CIVIL MEXICANO, Tomo III, Bienes, Derechos reales y Posesión, 6ta. edición, editorial PORRUA, México, 1985.

28.- VAZQUEZ ARMINIO, Rodrigo. NATURALEZA JURIDICA DE NUESTRO FIDEICOMISO Y SUS PRINCIPALES APLICACIONES PRACTICAS, Librería de - Manuel PORRUA, México, 1961.

29.- VILLAGORDOA LOZANO, José Manuel. DOCTRINA GENERAL DEL FIDEICOMISO, 2da. edición, México, PORRUA, 1982.

30.- VILLORO TORANZO, Miguel. INTRODUCCION AL ESTUDIO DEL DERECHO,- 7ma. edición, editorial PORRUA, México, 1987.

L E G I S L A C I O N

31.- CODIGO DE COMERCIO.

32.- CODIGO CIVIL PARA EL DISTRITO FEDERAL.

33.- LEY DE INSTITUCIONES DE CREDITO.

34.- LEY GENERAL DE TITULOS Y OPERACIONES DE CREDITO.