



UNIVERSIDAD NACIONAL AUTONOMA DE MEXICO

FACULTAD DE DERECHO

**EL FIDEICOMISO Y LA POSIBILIDAD
DE QUIEBRA DE SU PATRIMONIO**



**FACULTAD DE DERECHO
COORDINACION DE EXAMENES
PROFESIONALES**

TESIS PROFESIONAL

QUE PARA OBTENER EL TITULO DE:
Licenciado en Derecho

P R E S E N T A:
GILBERTO CHAVEZ OROZCO



Universidad Nacional
Autónoma de México



UNAM – Dirección General de Bibliotecas Tesis Digitales Restricciones de uso

DERECHOS RESERVADOS © PROHIBIDA SU REPRODUCCIÓN TOTAL O PARCIAL

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

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

TEMARIO

EL FIDEICOMISO Y LA POSIBILIDAD DE QUIEBRA DE SU PATRIMONIO

<u>TITULO PRIMERO. EL FIDEICOMISO.</u>	PAG.
CAPITULO I.-BREVE HISTORIA.....	1
1. Roma.....	1
2. Derecho Angloamericano. El Trust.....	11
A.- Origen.....	11
B.- Concepto.....	18
C.- Elementos Personales.....	20
D.- Objeto.....	23
NOTAS.....	I
CAPITULO II.-ANTECEDENTES EN MEXICO.....	25
1. Ley General de Instituciones de Crédito y Establecimientos Bancarios de 1924.....	25
2. Ley de Bancos de Fideicomiso de 1926 Proyectos Alfaro y Vera Estañol.....	26
3. Ley General de Instituciones de Crédito y Establecimientos Bancarios de 1926.....	32
4. Ley General de Instituciones de Crédito de 1932.....	32
NOTAS.....	IV
CAPITULO III.-REGLAMENTACION EN LA LEGISLACION ACTUAL.....	34
1. Ley General de Títulos y Operaciones de Crédito de 1932.....	34
2. Ley General de Instituciones de Crédito y Organizaciones Auxiliares de 1941.....	37
NOTAS.....	V
CAPITULO IV.-ELEMENTOS INTEGRANTES DEL FIDEICOMISO.....	39
1. Fideicomitente.....	39
A.- Características.....	41
B.- Derechos.....	44
C.- Obligaciones.....	45
2. Fiduciario.....	45
A.- Características.....	45
B.- Derechos.....	50
C.- Obligaciones.....	50
3. Fideicomisario.....	51
A.- Características.....	51
B.- Derechos.....	56
C.- Obligaciones.....	64
4. Objeto.....	64
5. Forma.....	64
6. Fin.....	65
7. Duración.....	67
NOTAS.....	VI

CAPITULO V.-NATURALEZA JURIDICA.....	69
1. Aspectos de Estudio.....	69
A.- Unilateralidad o plurilateralidad de su Constitución.....	69
B.- Mercantilidad del Fideicomiso.....	79
NOTAS.....	IX
CAPITULO VI.-PATRIMONIO FIDEICOMITIDO.....	89
1. Naturaleza jurídica.....	90
A.- Patrimonio-personalidad.....	90
B.- Patrimonio-afectación.....	92
C.- Sistema Legal.....	93
D.- Consecuencias.....	95
E.- Distinción con otras figuras.....	97
2. Su titularidad.....	98
A.- Tesis de Pierre Lepaulla. Exposición y crítica.....	99
B.- Nuestra postura.....	102
C.- Tesis de Molina Pasquel.....	106
D.- Definición de fideicomiso.....	108
NOTAS.....	XI

TITULO SEGUNDO. LA QUIEBRA.

CAPITULO I.-BREVE HISTORIA. EVOLUCION.....	110
1. El Derecho Mercantil.....	110
2. El Derecho de Quiebras.....	113
NOTAS.....	XII
CAPITULO II.-ANTECEDENTES EN MEXICO.....	116
CAPITULO III.-ASPECTOS GENERALES.....	117
1. Concepto.....	117
2. Finalidades.....	118
A.- La conservación de la empresa.....	120
B.- La satisfacción de los acreedores.....	120
3. Principios.....	121
NOTAS.....	XIII
CAPITULO IV.-PRESUPUESTOS DE LA QUIEBRA.....	123
1. Concepto.....	123
2. Comerciante y empresa mercantil.....	124
A.- Quiebra del comerciante difunto.....	129
B.- Quiebra de la Sucesión del comerciante.....	129
C.- Quiebra del comerciante retirado.....	129
D.- Quiebra de las sociedades irregulares.....	129
E.- Quiebra de la sociedad disuelta.....	130
3. Cesación de pagos.....	132
4. Concurrencia de acreedores.....	135
NOTAS.....	XIV

TITULO TERCERO. POSIBILIDAD DE QUIEBRA DEL PATRIMONIO EN FIDEICOMISO

CAPITULO UNICO

1. Planteamiento del problema.....	138
2. Principios rectores.....	138
3. La Doctrina.....	139
4. Aplicación de los presupuestos de la quiebra al patrimonio en fideicomiso.....	140
A.-Empresa mercantil.....	141
B.-Cesación de pagos.....	145
5.-Conclusión.....	146
6.-Objeciones. Respuestas.....	146
7.-Análisis de una Ejecutoria.....	147
NOTAS.....	XV

<u>TITULO CUARTO. CONCLUSIONES</u>	161
--	-----

<u>A D D E N D A</u>	167
----------------------------	-----

BIBLIOGRAFIA.....	XVII
-------------------	------

ABREVIATURAS MAS USADAS.....	XXII
------------------------------	------

INTRODUCCION

El fideicomiso es la figura más amplia y versátil del derecho mexicano.

El objetivo central de este trabajo es determinar si existe o no la posibilidad jurídica de que esa polifacética figura, o mejor dicho, el patrimonio en fideicomiso, sea susceptible de ser legalmente declarado en estado de quiebra.

De ahí que, inicialmente se buscara en el propio fideicomiso la respuesta a tal interrogante, por medio de la configuración de los supuestos jurídicos que comúnmente son conocidos a la ligera como presupuestos de la quiebra, y para ello, fué necesario estudiarlo desde sus raíces históricas hasta su naturaleza, efectos, etc.

Al no haber respuesta básica en la figura del fideicomiso, se procedió al análisis de las bases fundamentales de la quiebra, y finalmente, conjuntando una y otra instituciones en todo su contexto, se logró la solución al problema planteado.

Mucho se ha escrito sobre la quiebra y no menos sobre el fideicomiso. Pero a pesar de ello, poco se ha escrito sobre la posible quiebra de éste. Los autores generalmente la refieren en forma por demás escueta. No obstante, es indudable su enorme importancia en un sistema de derecho en el que el fideicomiso obtiene cada día mayor arraigo y número de adeptos.

Es necesario aclarar, que no nos ocupamos ahora del fideicomiso público o de Estado, que en la actualidad más pertenece al campo del derecho administrativo que al mercantil, ya que por ello merece estudio aparte.

Mi deseo con este trabajo, es aportar una opinión

útil a la práctica y al estudio del fideicomiso. Si ello es así,
entonces me sentiré satisfecho.

GILBERTO CHAVEZ ORZCO

TITULO PRIMERO

EL FIDEICOMISO

CAPITULO I

BREVE HISTORIA

Solamente al través del conocimiento del devenir - histórico de las instituciones jurídicas, es plausible entender las y comprenderlas en su contexto íntegro, pues omitirlo, trae ría como consecuencia una visión sólo parcial, estática, del momento en que se estudian o analizan, esto es, sin relacionar la forma en que se han originado, desenvuelto y progresado las mismas, así como los efectos formales y prácticos que su aplicación haya ocasionado en determinado momento histórico, aunado a la fatal probabilidad de invocar y abogar por un pasado inadecuado o erróneo, creyendo "descubrir el Mediterráneo".

El Derecho, no es totalmente razón, ni totalmente-experiencia; es experiencia desenvuelta por la razón y razón moderada y encauzada por la experiencia.

Es tal el motivo por el que primeramente analizaremos en forma breve, la historia del Fideicomiso, sin que lo conciso de ello se identifique con deficiencia, puesto que el mismo está limitado por los fines que persigue la esencia de este-trabajo.

1.- ROMA

El Derecho Romano y sus principios, por la influencia

cia que han tenido en nuestro sistema jurídico, no deben soslayarse, aun cuando nuestro derecho tenga también inspiraciones de otros sistemas como el francés, pues es aquél la base de la gran mayoría de nuestras instituciones de derecho.

Son dos las instituciones romanas que forman antecedente lejano del actual fideicomiso mexicano: la Fiducia y el fideicommissum testamentario (1).

Podemos decir, que en términos generales se conoció el fideicomiso romano inter-vivos, a través de la fiducia o pacto fiduciario; en tanto que el fideicomiso mortis-causa se conoció a través del fideicommissum hereditatis (2).

Por cuanto hace a la fiducia, existieron en Roma dos tipos:

FIDUCIA CUM CREDITORE Y

FIDUCIA CUM AMICO (3).

La fiducia cum creditore, servía para garantizar el cumplimiento de determinadas obligaciones.

Operaba en la forma siguiente: Un deudor, para garantizar su adeudo, transmitía determinados bienes a su acreedor, quien los recibía con tal fin y a su vez se obligaba a retransmitirlos al deudor, cuando hubiere pagado su crédito. En caso de que el deudor no cumpliera con su obligación, el acreedor tenía el derecho implícito en el pacto, de retener la cosa para sí o para enajenarla.

En otras palabras, la propiedad se consolidaba en el acreedor fiduciario, si no se pagaba la deuda fiduciariamente garantizada, aun cuando su valor excediese del importe de la obligación principal, y además, el acreedor no quedaba obligado a devolver diferencia alguna (4).

La fiducia cum amico, servía para realizar con ---ellos un fin diverso pero determinado.

Funcionaba transmitiendo un bien a otra persona para que ésta pudiera usarlo y disfrutarlo gratuitamente y en su provecho; una vez realizados estos fines, quienes habían recibido los bienes transmitidos como consecuencia del pactum fidu--ciae, los retransmitía al tradens o primer transmisor (5).

Por otra parte, el "fideicommissum hereditatis" --surge de la necesidad de los testadores romanos de imponer su -voluntad post-mortem sobre la disposición de sus bienes, en be- neficio de las personas a las cuales no podían heredárseles por carecer de la testamenti factio pasiva, dados los escollos o in convenientes legales existentes dentro del rígido formalismo jurdico romano en materia hereditaria, pues existían diversas in capacidades que debían ser sorteadas para tener derecho a ser -designado heredero (6).

Carecían de la testamenti factio pasiva o capacidad para heredar en forma directa, esto es, para recibir herencias, entre otros los siguientes:

lo.- Los peregrinos, sui ius commercii.

2o.- Los latinos junianos (esclavos libertos con cierto grado de ciudadanía).

3o.- Los dedicticios (tenían prohibido vivir cerca de Roma por ser libertos indeseables).

4o.- Las mujeres (si la herencia que se les dejaba excedía de cien mil sestercios).

5o.- Las personas inciertas, es decir, aquéllas de las que el testador no pudo formarse una idea exacta. ("El que vaya primero tras mi ataúd". "El que sea designado por el cónsul". etc.)

6o.- Los célibes (solteros).

7o.- Los orbi (quienes no podían tener o no tenían hijos).

8o.- Las personas castigadas por herejía o apostasía.

9o.- Los que al abrirse el testamento ya no vivían.

10o.- Las personas jurídicas. (Esta prohibición desapareció en varias etapas) (7).

El tratadista francés Eugéne Petit, señala al referirse al origen del fideicomiso en Roma, que cuando un testador quería favorecer a una persona con la cual no tenía la testamenti factio, no tenía otro recurso que rogar a su heredero fuese el ejecutor de su voluntad para dar al incapaz, bien fuera un objeto particular o bien la sucesión en todo o en parte. Asimismo indica que ello era un fideicomiso a causa de los términos -

empleados: rogo, fideicommitto; por último nos dice que al heredero gravado se le llama fiduciario y que aquél a quien restituye, fideicomisario (8).

En México, al respecto, el Tratadista Guillermo -- Floris Margadant, señala que el fideicomiso era una súplica, dirigida por un fideicomitente a un fiduciario, para que entregara determinados bienes a un fideicomisario, agregando que la -- forma normal que tomó en el derecho romano, era el de fideicomiso mortis-causa, en el cual el fideicomitente era el autor de -- la herencia; el fiduciario, el heredero o el legatario; y el fideicomisario, un tercero (9).

El testador suplicaba, rogaba, mediante los términos rogo, fideicommitto, volo, peto, cupio, mando y desidero imperio, a las cuales hay que agregar la citada por Ulpiano: precaire (suplicar), a su heredero o legatario, encomendándole a -- la buena fe, que entregara determinados bienes a un tercero (10).

Visto lo manifestado por los tratadistas citados, -- podemos decir que el fideicommissum, tenía como función que una persona apta, transfiriera a otra también apta, uno o más bienes, con el objeto de que ésta última, en su calidad de heredero gravado o "fiduciario" figurando externamente ante el derecho como propietario, los empleara en beneficio de otra u otras personas llamadas "heredero(s) fideicomisario(s)", a quien(es) -- en su oportunidad debían, si ello era posible, transmitirle los bienes, pues carecían de la "Testamenti Factio Pasiva".

Podemos entonces concluir, que el fideicomiso romano era un acto de voluntad unilateral y revocable, concediendo gratuitamente a otro, un patrimonio o parte de éste, o bien, -- una cosa determinada, habiendo nacido con el fin de evadir las restricciones hereditarias de la época, para beneficiar a personas incapaces de recibir bienes por legado o institución hereditaria, interviniendo en él, tres personas: el fideicomitente, -- que por regla general era el testador, aún cuando también podía serlo, como se verá, más adelante, el que dejaba el fideicomiso en codicilio; el fideicomisario, que era la persona beneficiada, a quien pasarían los bienes objeto del fideicomiso: el fiduciario, que era quien había recibido el encargo del fideicomitente.

Primeramente, el cumplimiento de los fideicomisos-- quedó a la buena fe del fiduciario, pero en vista de la inejecución de algunos fideicomisos, el Emperador Augusto los hizo ejecutar por los Cónsules y por los Gobernadores provinciales, iniciando la evolución jurídica del fideicomiso en cuanto a su regulación se refiere, llegando incluso en la época de Justiniano a dotarlos de acción real.

En efecto, los fiduciarios carecían, en su inicio, de obligaciones de tipo civil, y el fideicomisario sólo tenía-- un derecho de carácter personal contra el heredero fiduciario, -- que únicamente le permitía formular contra el mismo una mera reclamación.

Con el paso del tiempo, la buena reputación de los

ciudadanos romanos, fue cayendo en menosprecio, interesando cada vez menos y por el contrario, empezaba a prevalecer el interés por el dinero.

Guillermo F. Margadant, nos dice al respecto, que después de las Guerras Púnicas, un nuevo espíritu penetró en Roma valiendo para muchos el dinero, más que la buena reputación, quedando en consecuencia a menudo, sin cumplirse los fideicomisos (11).

Es preciso llegar a la época Augustea para encontrarlo dotado de carácter jurídico, en función de la obligatoriedad: Augusto mandó a los Cónsules que interviniesen en los casos más graves, para obligar al instituido al cumplimiento del fideicomiso, cuyos incumplimientos habían ocasionado ya notables ofensas a la opinión pública.

Después de este trasplante desde el campo de la moral al Derecho, el fideicomiso sufrió en el curso del tiempo, - como era natural, toda clase de restricciones análogas a las -- que existían en relación con herencias y legados, los cuales debían hacerse por medio de las fórmulas establecidas y en la lengua nacional, que era el Latín.

No obstante lo anterior, la figura del fideicomiso habría de hacer patente un fenómeno nada extraño al derecho romano; después de su rigurosa regulación, habría de venir una casi absoluta libertad para su celebración.

Así, algunos Senado-consultos habidos bajo Adriano,

prohibieron dejar los fideicomisos a los peregrinos y a las personas inciertas; el mismo Senado-consulta Pegasiano, establece la misma prohibición contra los célibes y orbi, pero no alcanza a los latinos junianos. Fue después de estas reformas cuando Ulpiano llegó a decir de una manera exagerada, que se podían de--jar un legado y un fideicomiso a las mismas personas (12).

Para remunerar la función del fiduciario, el Sena--do-consulta Pegasiano concede al heredero instituido gravado de fideicomisos universales o particulares, absorbiendo la mayor - parte o la totalidad de la Sucesión, el derecho de retener para sí, la cuarta parte de los bienes heredados como se lo permiti--tí: la Ley Falcidia; a esta remuneración, se le conoce también-- como la Cuarta Pegasiana. El motivo por el cual se estableció - una remuneración para el heredero fiduciario, fue que éstos, en muchos casos, preferían repudiar la herencia para no verse obli--gados a cumplir con el fideicomiso, lo que hacía iniciarse la - sucesión ab intestato (13).

Por último, Justiniano (527-565 D.C.) concede al - fideicomisario, un derecho real en lugar de un derecho de crédi--to personal y no tiene por qué temer a la enajenación o la hipo--teca consentidas por el fiduciario sobre los bienes de la suce--sión, ocasionando con ello la insolvencia; tiene inclusive, la--rei vindicatio contra los terceros adquirentes de buena fe y - los terceros no pueden prevalerse contra él ni de la usucapion--ni la praescriptio longis temporis (14) y (15).

Otra etapa, la final, en el fideicomiso hereditario romano, en cuanto a su forma de constitución se refiere, lo fue la del Codicilio.

Los ciudadanos romanos que fueron los primeros en sujetarse a la buena fe del heredero testamentario o ab intestato, para ejecutar un fideicomiso, consignaban sus voluntades sobre tablillas sin emplear las formalidades de los testamentos - (16).

Lucio Lentulo es el creador de los codicilios, --- pues es el primero que hizo uso de ellos (17), y según las Institutas de Justiniano, es el mismo que dio origen a los fideicomisos (18).

En tales codicilios, Lucio rogaba a Augusto que hiciese alguna cosa, extendiéndose su práctica, hasta obtener plena validez.

Concluyendo, podemos decir, conformes con el Tratadista Petit, que el codicilio es un acto de última voluntad, -- que no está sometido a las formalidades del testamento, y se podían dejar varios; era un medio de añadir ciertas disposiciones a un testamento ya hecho, lo que no se hubiera podido realizar por un nuevo testamento sin revocar el primero (19).

El codicilio y el testamento se diferencian entre sí, por lo siguiente: el codicilio no exige solemnidad alguna - respecto a su forma, en tanto que el testamento debía requerir ciertas formalidades; los codicilios no pueden contener ni ins-

titución de heredero, ni desheredación, ni substitución vulgar-
o pupilar y consecuentemente, no pueden revocar una disposición
de esa naturaleza ni modificarla, lo que obviamente sí se puede
hacer en un testamento, y; en los codicillos es posible que ---
existan simultáneamente varios de ellos, en tanto que tratándo-
se de testamentos, sólo debía tenerse uno (20).

Existieron dos tipos de codicillos: los testamenta-
rios y los ab intestato; los primeros pueden subdividirse en --
confirmados y no confirmados; aquéllos pueden contener legados,
revocaciones de legados, designación del tutor y manumisiones;-
los codicillos no confirmados y los ab intestato sólo pueden --
contener fideicomisos. Estas distinciones pierden su importan--
cia bajo Justiniano, excepto la de que el codicilio testamenta-
rio sigue la suerte del testamento, y es que los legados se asi-
milaron a los fideicomisos y podían desde entonces figurar en -
un codicilio ab intestato (21).

Es así, como podemos concluir, en base a todo lo -
anterior, que la fiducia o pacto fiduciario y el fideicomiso --
testamentario en Roma, constituyen claros antecedentes del fi--
deicomiso mexicano actual, al parecer, los más remotos, dada su
meridiana analogía.

2.- DERECHO ANGLOAMERICANO. EL TRUST.

No obstante que nuestro sistema de derecho se influenció sustancialmente en sus orígenes latinos, la regulación del trust angloamericano influyó de manera decisiva al adoptarse la figura del fideicomiso y para algunos autores distinguidos, es el modelo mediato del fideicomiso mexicano (22).

Es conveniente aclarar que no existe un derecho "angloamericano"; hay un derecho inglés y un derecho norteamericano por fundamental que haya sido la influencia de aquél sobre éste, pero debido precisamente a esa influencia, utilizaremos - para mayor comodidad el término mencionado (23).

A. ORIGEN

En cuanto a su origen y evolución, el trust tiene una historia varias veces secular que se inicia con los "usos", como veremos a continuación, y que atravieza por diversas etapas hasta llegar a ocupar la figura central del sistema de "equidad".

Los "usos", antiguos trusts, nacieron curiosamente en forma similar al fideicomiso romano, al intentar eludir la aplicación de ciertas leyes como la de "Manos Muertas".

En efecto, el "uso" consistía en una operación por virtud de la cual una persona llamada "settlor", revestía a otra denominada "feoffe to use", de un poder jurídico, para que ésta a su vez lo emplease en favor (to use) de otra que recibía el nombre de "cestui que use", la cual estaba impedida para ad-

quirir la propiedad o detentar el poder jurídico en cuestión -- (24).

Así por ejemplo, si "A" quería atribuir el goce de un inmueble a "B" que estaba impedido para adquirir la propiedad del mismo, se obtenía este resultado mediante un acto de -- "feoffement" (confeudamiento) que invistiera a "C" de la propiedad legal del inmueble, pero "to use" (en beneficio) de "B".

Desde luego que no era necesaria para la existencia de esta figura la participación de tres personas diversas, -- ya que podía funcionar con sólo dos. Tal es el caso, en el ejemplo anterior, de que "A" declarase que comenzaba a poseer pero "to use" de "B"; o bien, si lo que "A" deseaba era esquivar de su persona la aplicación de la Ley de Manos Muertas (25), lo hacía otorgándole la propiedad a un tercero, pero "to use" de "A".

El auge del "use" se debió esencialmente a dos hechos relevantes: la expedición de la Ley de Manos Muertas de -- 1217 y las Guerras Dinásticas, más comunmente conocidas por las Guerras de las Dos Rosas.

Durante el siglo XII, en Inglaterra la Iglesia llegó a adquirir grandes extensiones de tierra, recibidas para la realización de fines benéficos; esta situación ocasionó que un grupo sectario del Parlamento, provocado por el encono de los -- perseguidores de tal Institución, declarara que dichos bienes -- se encontraban fuera del comercio, originando un acaparamiento de riquezas en la Iglesia sin atender a los fines de beneficio-

social a que estaban destinados. Esta lucha concluyó hasta que el Parlamento dictó la referida Ley de Manos Muertas (26).

Las personas que comprendieron el grave daño ocasionado por esa Ley, al impedir el establecimiento de obras piadosas de trascendencia social encomendadas a la Iglesia, acudieron al empleo del "use", por medio del cual el "feoffe to use", recibía los bienes destinados a las obras piadosas de la Iglesia, a quien se designaba "cestui que use" a fin de que gozara de los beneficios de dichos bienes conforme a los fines señalados por el "feoffe to use" o "settlor" (27).

Durante las Guerras de las Dos Rosas, los bienes de los vencidos estaban expuestos a ser "confiscados" por los vencedores, como pena por el delito de alta traición, lo que tuvo como consecuencia un gran auge de los "uses", mediante su aplicación al iniciar las batallas, en la forma ya indicada con anterioridad, conservando así el combatiente los beneficios de los bienes en cuestión y salvándolos de ser "confiscados" (28).

En esta época, el cumplimiento de los "usos" quedaba sujeto a la buena fé de las personas a quien se transmitía la propiedad del bien (29), ya que el beneficiario o "cestui que use" carecía de derechos protegidos por el orden jurídico existente. Es decir, el cesionario permitía el uso y disfrute de los bienes al beneficiario con base en un principio de orden moral y religioso, el cual no se encontraba sancionado por el "common law" ni por los Tribunales Especiales que se dedicaban-

a aplicarlo. Lo mismo que en Roma, cuando en la época de Augusto surgió la autoridad del pretor fideicomisario para dar plena fuerza legal al fideicomiso testamentario, en Inglaterra apareció la nueva jurisdicción del Canciller, funcionario que administraba justicia fuera de la órbita de la ley formal del ----- Common Law.

El Common Law, tuvo por finalidad dar justicia a todos, pero fué demasiado rígido, formal, y sólo contaba con disposiciones elementales apropiadas para la condición de la gente rural en las primeras etapas de la civilización, pero inadecuada a las necesidades de una nación dedicada a la industria y al comercio. Desviaba el juicio a posibles errores o dejaba a la persona dañada en una condición de desamparo e irremediable pérdida y sufrimiento; con frecuencia dió lugar a evidentes injusticias. De ahí surgió la necesidad de un sistema suplementario de jurisprudencia, y para ello el Rey dió a sus súbditos, en conciencia, el resarcimiento por daños. Si el sistema legal establecido por medio de las Cortes no podía dar el remedio adecuado, la petición del querellante llegaba a oídos del Rey, --- quién en ejercicio de su poder y a través de su autoridad soberana restablecía los derechos de sus súbditos con base a la equidad y a la conciencia. Posteriormente y debido al crecimiento del Reino, el soberano hubo que delegar su función en el Canciller "el guardián de su conciencia". De esta manera nace el "Derecho Equidad".

El Canciller del Rey, en su carácter de Primer Ministro y "guardián de su conciencia", al turnarle las peticiones para que impartiera justicia en los casos desahuciados por el Common Law, marca el comienzo de su competencia jurisdiccional, de los actuales Tribunales de Equidad y de la rama separada del derecho sajón llamada "Equity" que trata de resolver --- aquellos casos no previstos por el Common Law y que por la rigidez de los tribunales de derecho estricto, escapan a su jurisdicción. Desde entonces, el cumplimiento del "use" ya no quedaba exclusivamente a la buena fé del "feoffe to use", pues en caso de incumplimiento de su parte, el Canciller estaba facultado para ordenar se hiciera alguna cosa materialmente, que se cumpliera una obligación en sus términos y aún que se restituyera la propiedad (30).

En el transcurso de este período, dice Batiza (31), los "usos" fueron con frecuencia utilizados por los ocupantes de tierras a fin de hacer nugatorios los privilegios de los señores feudales. Las onerosas cargas que representaban podían, al menos en parte, evitarse mediante la transmisión de las tierras a feoffes para el "uso" del ocupante, ya que no existía tenencia feudal de derechos de equidad; los "usos" sirvieron también como una forma de transmisión testamentaria de bienes inmuebles, prohibida por el régimen feudal, y el instinto innato en la naturaleza humana de hacer esta clase de disposiciones tenía que imponerse, recurriéndose así a las enfeudaciones para -

el "uso" de los incapaces de adquirir por herencia.

Era innegable, sigue diciéndonos Batiza (32), que constituían un fácil expediente en fraude de acreedores y que las ventajas que representaban en beneficio de ciertas personas traducíanse en perjuicios correlativos contra otras: para el -- primogénito, a quien se desheredaba para favorecer a hermanos -- menores o a extraños; para el señor, a quien se privaba de sus privilegios feudales; para la corona, que siempre era señor y -- nunca ocupante y a la que se causaban los mayores daños.

Para acabar de un golpe con todos los inconvenientes y de paso con la práctica ya convertida en derecho consuetudinario, de los "usos", que privaban al Rey y a los grandes terratenientes del país, de sus cuantiosos privilegios y prerrogativas que disfrutaban durante el régimen feudal, el Parlamento expidió durante el reinado de Enrique VIII, la Ley Sobre Usos -- del año de 1534 (33) disponiendo que quien gozaba de un "use" -- sería considerado en lo sucesivo como propietario de pleno derecho. Esta consecuencia inmediata de la Ley se llamaba "ejecutar el uso", es decir, darle efectos legales de plena propiedad. Durante algún tiempo se impidió la existencia de los dos propietarios, el legal y el equitativo, respecto de una cosa misma que caracterizaba a dicha institución (34). Esta Ley, contra los -- propósitos que se plantearon al implantarla, no logró su objetivo, y muy por el contrario, vino a vigorizar la práctica del -- "uso", pues éstos no fueron prohibidos, sino que quedaban tan --

sólo "ejecutados", esto es, hacía al "cestui que use" dueño legal, y dejaba de tener un derecho de "equidad" convirtiéndose en esa forma en el único dueño, en tanto que el "feoffe to use" venía a ser eliminado por completo.

Por otra parte, los jueces del Common Law y los Cancilleres coincidían en cuanto a que la aplicación de la Ley no debía extenderse más allá de su texto literal, de ahí que se reconociera en ciertas situaciones que el "uso" no se había ejecutado.

En virtud del criterio aplicado a la interpretación de la mencionada Ley de Usos, quedaron fuera de su alcance los siguientes casos:

a).- Cuando el "use" se refería únicamente a bienes muebles.

b).- Al referirse el texto de la Ley a transferencias "para el uso de otra persona" dejaba fuera de su ámbito a la hipótesis del "uso" establecido a favor del mismo poseedor.

c).- También era inaplicable a los "usos activos", es decir, cuando el "feoffe to use" tenía el deber activo de llevar a efecto una labor positiva y de administración, por ejemplo, hacer los cobros de frutos y rentas para entregarlos al "cestui que use".

d).- Asimismo, escaparon al alcance de la referida Ley, los "usos" que se constituían sobre otro "uso" anterior, o sea, cuando una cosa se transmitía a una persona para el "uso"

de otra, para el "uso" de una tercera. En estos casos, la Ley ejecutaba el primeramente celebrado, transmitiendo la propiedad absoluta al primer "cestui que use", quien a su vez se designaba "feoffe to use" en el segundo; en relación con este último - la Ley no era aplicable en vista de que un "use" no podía limitar a otro, pues si se ejecutaba el segundo, las consecuencias de la ejecución del primero se declaraban nulas.

De esta manera, los "uses" lograron salvar el obstáculo que les opuso la Ley de 1534, con el único cambio de la expresión "use" por la de "trust". Es así precisamente como nace el antecedente mediato del actual fideicomiso mexicano.

B. CONCEPTO

Ya hemos visto cómo nace el "trust", antecedente directo del fideicomiso mexicano. Con motivo de tal relación, estudiaremos brevemente esta Institución.

Al respecto, cabe indicar que no existe una definición del "trust" que esté exenta de crítica fundada, es decir, que satisfaga en forma unánime a los estudiosos de la materia. Empero, consideramos idónea para tales efectos, la que a continuación se expone, ya que es una clara idea de lo que constituye el "trust" moderno.

Serrano Trasviña (35) traduce la definición que -- contiene el "Restatement of the Law on Trust" (Nueva exposición del Derecho sobre Trusts) en los siguientes términos:

"Un trust es una relación fiduciaria con respecto-

"a determinados bienes por la cual una persona que "los posee (trustee) está obligada en derecho equi-
dad a manejarlos en beneficio de un tercero (ces-
tui que trust). Este negocio surge como resultado
" de un acto volitivo expreso de la persona que --
"crea el trust (settlor)".

Este mismo autor nos explica el concepto de "relación fiduciaria" en el trust diciéndo que en virtud de ella "el beneficiario está obligado a depositar su entera confianza en -
el trustee (fiduciario) en virtud de la relación tan estrecha -
e íntima que une a ámbas partes y porque el segundo tiene gran-
influencia y control sobre los bienes e intereses del primero.
En cuanto al carácter personal de la relación fiduciaria, el --
"Restatement" asienta que el fiduciario está generalmente obli-
gado a no delegar a otra persona su deber de ejecutar y alcan--
zar el fin que se le encomendó al constituir el trust; con lo -
que manifiesta que si el trustee fue señalado en virtud de la -
confianza que se supone entre las partes, tiene la obligación -
de desempeñar su oficio" (36).

Como es de observarse, al analizar el concepto de-
"relación fiduciaria" usado en la definición del trust, Serrano
Trasviña sólo hace referencia a la confianza del beneficiario -
depositada en el trustee, lo cual resulta incompleto; en efecto,
estimamos necesario incluir en la explicación dada, la confian-
za que a su vez otorga el "settlor" en el "trustee", debido a -
que es precisamente el que confía a otra persona (trustee) los-
bienes objeto del trust.

C. ELEMENTOS PERSONALES

Las personas que intervienen en la figura del ---- trust son las siguientes:

"A", el settlor, que es quien realiza el acto de - disposición y da los bienes en trust, a un segundo sujeto, que es "B" el trustee, a quien le confía el destino de dichos bienes y éste debe realizar los actos tendientes a la consecución de tal fin, que es en provecho de una tercera persona, "C", el cestui que trust (37).

Todos y cada uno de estos elementos, pueden tener número plural o singular indistintamente.

a). El settlor, es el sujeto creador del trust, y como tal, es también llamada "creator" o "trustor"; por ello, es su voluntad (y desde luego también la licitud) la que limita los fines del trust. El settlor puede insertar las disposiciones que estime convenientes con respecto a las obligaciones y facultades del trustee y a los derechos del cestui que trust, siendo válida y legalmente exigibles de no contravenir normas o principios jurídicos; las reglas referentes al trust, en su mayoría tienen carácter supletorio, por lo cual sólo se aplican cuando el settlor no establece otras disposiciones.

Cuando se trata de trust en los que el beneficiario es una tercera persona, su creador, es decir el settlor, queda relegado a un segundo término de importancia para concentrarse ésta en los demás elementos personales; por ello, gene--

ralmente una vez constituido el trust desaparece ésta persona, a no ser que "se reserve el derecho de revocar el trust, alterarlo o enmendarlo, contando o no con el derecho de revocación. Puede reservarse el de dirigir al trustee en materia de inversiones en todos sus aspectos y el de vigilar los actos que, a su juicio, lo precisen" (38).

Puede tener el carácter de settlor cualquier persona que tenga la capacidad de hacer testamento, de contratar, de gozar y ejercitar sus derechos patrimoniales; que pueda, como nos dice Serrano Trasviña (39), disponerlos a su arbitrio y en fin que sea "sui iuris" (40).

b). El trustee es la persona que se convierte en el titular legal del bien o derecho que se da en trust, y por ello, se trata del sujeto obligado a realizar los fines para los que fueron afectados dichos bienes.

Para ser trustee, se requiere tener la capacidad necesaria para ejercer los derechos inherentes al fin que se debe alcanzar.

Está obligado además, a conducirse en su gestión como si se tratase de bienes propios, y a realizar por ello, los actos relativos a los mismos. Esto se traduce a su vez, en una facultad del trustee; deben ceñirse a las indicaciones dadas por el settlor o cestui que trust; como se trata de un cargo de confianza, está impedido para delegar sus funciones, salvo que esté autorizado para ello; debe también, responder por -

los daños que cause su negligencia en el desempeño de su cargo,

En un mismo trust, puede coincidir el carácter de trustee y settlor en una sola persona; en cambio, no pueden --- coincidir las calidades de trustee y beneficiario.

c). El cestui que trust, es la persona en favor de quien se constituye y funciona el trust.

En la época actual, cualquiera que sea capaz de tener propiedad para sí, puede ser el beneficiario de un trust, y los derechos de los que goza, son fundamentalmente los siguientes:

-- Recibir el beneficio del fin para el que fué -- creado el trust, y por ello:

-- Exigir al trustee que cumpla con los lineamientos de su gestión en los términos prescritos.

-- Perseguir los bienes sujetos al régimen del --- trust cuando se encuentren en manos de terceros por actos indebidos del trustee, para integrarlos a la masa de la que deben formar parte.

-- Ocasionalmente tiene la facultad de delinear la actividad que deba seguir el trustee, mediante indicaciones dadas al mismo.

Por regla general, el cestui que trust, debe ser una persona determinada, puede serlo incluso, el mismo settlor; sin embargo, en los trust públicos y en los llamados de "beneficiencia" no se requiere la designación de un sujeto especifi--

co como beneficiario, sino que puede ser algo tan genérico como el "desarme mundial", un monumento a la paz, provecho de animales, etc.

D. OBJETO.

La doctrina anglosajona, según Batiza (41), sostiene que por definición no puede haber trust sin "bienes específicos" que constituyan su objeto. También admite que toda clase de bienes, ya sean muebles o inmuebles, son susceptibles de ser objeto del trust, salvo prohibición expresa (42). En términos generales, cualquier cosa o derecho que tenga algún valor y sea transferible puede darse en trust.

Es indudable, dice Molina Pasquel (43), que en noreamérica y desde el origen del trust en Inglaterra, nunca se ha puesto en duda que el trustor transmitiera la propiedad al trustee, puesto que tal era la esencia y el origen del trust: la enajenación de bienes a un tercero, que se convertía en el poseedor del título legal, es decir, en el propietario conforme a la Ley.

Mientras la Common Law, continúa diciendo Molina Pasquel (44), considera al fiduciario como el propietario de la cosa fideicomitada, la Equity contempla al beneficiario como el verdadero dueño. La Equity nació en el proceso; acciona y remedia con eficacia, exclusivamente en el proceso, ante los Tribunales, no es un cuerpo de derecho sustantivo, sino que se habla de remedios en Equity. La Equity interpreta, y si necesario es,

corrige las situaciones formalistas e injustas que pueda originar la Common Law.

Pierre Lepaulle (45), elabora toda una teoría sobre el trust, y obviamente no pasa por alto el elemento patrimonial considerándolo como una "afectación"; concluye que se trata de un patrimonio independiente, esto es, que esos derechos -- "no deben ya estar en el patrimonio de nadie" (46). Es claro -- que su tesis es importante para nosotros, ya por su contenido, -- como por haber influido decisivamente en la reglamentación del fideicomiso mexicano; más precisamente por ello, preferimos estudiar su postura al referirnos tanto a los antecedentes del fideicomiso en México, como a la parte respectiva de los elementos integrantes del mismo.

Considerando los elementos centrales de este trabajo y tomando en cuenta los rasgos distintivos de las figuras -- hasta ahora expuestas, por lo que se refiere a los bienes objeto de las mismas, es de destacarse la siguiente:

CONCLUSION.- Las instituciones romanas y angloamericanas que configuran los antecedentes del actual fideicomiso mexicano, tienen como característica invariable el ser actos -- traslativos de dominio respecto de los bienes que constituyen -- su objeto.

II

poseedor bajo ciertas condiciones, especialmente que su posesión haya durado bastante tiempo (...) y le permitía rechazar la acción en rem dirigida contra él, (...) no es, como la usu capión, un modo de adquirir la propiedad, pero sí un sencillo modo de defensa dado al poseedor".

- 16.- Petit, Eugéne. Op. cit., p. 583, n. 656.
- 17.- Bravo Valdéz, Beatriz y Agustín Bravo González, Segundo Curso de Derecho Romano. 2a. ed., Pax, México, 1976, p. 246.
- 18.- Ortolan, M. Explicación Histórica de las Institutas de Justiniano T. I, 4a. ed., Leonardo López-Editor, Madrid, 1887, pp. 726-742.
- 19.- Petit, Eugéne. Op. cit., p. 584, n. 656.
- 20.- Bravo Valdéz, Beatriz. Op. cit., p. 246.
- 21.- Bialostoski, Sara y Agustín Bravo González, Compendio de Derecho Romano, Pax, México, 1973, pp. 93 y 94.
- 22.- Batiza, Rodolfo. "Realidades del Fideicomiso en México," en Estudios Sobre Fideicomiso. Asociación de Banqueros de México, -A.C., México, 1980, p. 23.
- 23.- Idem, El Fideicomiso Teoría y Práctica. 4a. ed. rev. y puesta al día, Porrúa, México, 1980, p. 22, n. 7.
- 24.- Villagordoa Lozano. Op. cit., p. 16.
- 25.- La Ley de Manos Muertas decretada por el Parlamento Inglés en 1217, estableció en favor del soberano, la confiscación de -- tierras transferidas a corporaciones religiosas. En 1591, se amplió su aplicación a las tierras transferidas para el "uso" de dichas corporaciones.
- 26.- Villagordoa Lozano. Op. cit., p. 23.
- 27.- Ibid.
- 28.- Loc. cit., p. 24.
- 29.- Batiza Rodolfo. El Fideicomiso..., p.p. 37 y 38.
- 30.- Villagordoa Lozano. Op. cit., p. 20.

III

- 31.- Batiza, Rodolfo. El Fideicomiso..., p. 40.
- 32.- Loc. cit., p. 31.
- 33.- Rodolfo Batiza, basándose en Scott, señala que dicha Ley es del año de 1535. (Ibid).
- 34.- Villagordoa Lozano. Op. cit., p. 25.
- 35.- Serrano Trasviña, Jorge. Aportación al Fideicomiso, cit. - por Villagordoa Lozano, op. cit., p. 27.
- 36.- Ibid.
- 37.- Domínguez Martínez, Jorge. El Fideicomiso ante la Teoría General del Negocio Jurídico. 2a. ed., Porrúa, México, --- 1975, p. 143.
- 38.- Serrano Trasviña. Op. cit., p. 98.
- 39.- Ibid.
- 40.- El sui iuris, "puede actuar por propia cuenta en la vida jurídica". (Floris Margadant. Op. cit., p.p. 132 y 133).
- 41.- Batiza, Rodolfo. El Fideicomiso..., p. 59.
- 42.- Ibid.
- 43.- Molina Pasquel, Roberto. Evolución del Pensamiento Jurídico Mexicano en Materia de Trust y de Fideicomiso (Discurso de ingreso como miembro de número de la Academia Mexicana de Jurisprudencia y Legislación, pronunciado el mes de marzo de 1955), en Estudios Sobre Fideicomiso..., p. 11.
- 44.- Loc. cit., p. 12.
- 45.- Lepaulle, Pierre. Tratado Teórico y Práctico de los Trusts en Derecho Interno, en Derecho Fiscal y en Derecho Internacional, tr. del francés por Pablo Macedo, Porrúa, México, - 1975.
- 46.- Loc. cit., p. 20.

III

- 31.- Batiza, Rodolfo. El Fideicomiso..., p. 40.
- 32.- Loc. cit., p. 31.
- 33.- Rodolfo Batiza, basándose en Scott, señala que dicha Ley - es del año de 1535. (Ibid).
- 34.- Villagordoa Lozano. Op. cit., p. 25.
- 35.- Serrano Trasviña, Jorge. Aportación al Fideicomiso, cit. - por Villagordoa Lozano, op. cit., p. 27.
- 36.- Ibid.
- 37.- Domínguez Martínez, Jorge. El Fideicomiso ante la Teoría - General del Negocio Jurídico. 2a. ed., Porrúa, México, --- 1975, p. 143.
- 38.- Serrano Trasviña. Op. cit., p. 98.
- 39.- Ibid.
- 40.- El sui iuris, "puede actuar por propia cuenta en la vida - jurídica". (Floris Margadant. Op. cit., p.p. 132 y 133).
- 41.- Batiza, Rodolfo. El Fideicomiso..., p. 59.
- 42.- Ibid.
- 43.- Molina Pasquel, Roberto. Evolución del Pensamiento Jurídico Mexicano en Materia de Trust y de Fideicomiso (Discurso de ingreso como miembro de número de la Academia Mexicana de Jurisprudencia y Legislación, pronunciado el mes de marzo de 1955), en Estudios Sobre Fideicomiso..., p. 11.
- 44.- Loc. cit., p. 12.
- 45.- Lepaulle, Pierre. Tratado Teórico y Práctico de los Trusts en Derecho Interno, en Derecho Fiscal y en Derecho Internacional, tr. del francés por Pablo Macedo, Porrúa, México, - 1975.
- 46.- Loc. cit., p. 20.

CAPITULO V

NATURALEZA JURIDICA

A diferencia de la mayoría de los autores, nosotros nos ocupamos del estudio de la naturaleza jurídica del fideicomiso, no antes de estudiar la figura en sí, sino una vez que la conocemos y estamos en aptitud de colocarla en uno u otro campo del derecho. Respecto a la naturaleza jurídica del patrimonio fideicomitido, repetimos que dada la importancia que tiene para el tema central de este trabajo le hemos destinado un capítulo único, que es precisamente el siguiente, aunada tal circunstancia al hecho de que, como se verá, conociendo la naturaleza jurídica del fideicomiso será más sencillo explicar la naturaleza jurídica de su patrimonio, dado que en cierta forma, el segundo se explica con el primero.

1.- Para avocarnos al estudio completo de este rubro, analizaremos la institución desde dos distintos ángulos:

A.- Unilateralidad o plurilateralidad de su constitución.

B.- Su mercantilidad.

A.- Ha sido un perenne problema en la literatura jurídica de origen romanista, el dilucidar si el fideicomiso puede constituirse por simple declaración unilateral de voluntad o si por el contrario, requiere de un consenso de voluntades.

El problema ha sido alimentado en gran parte por el propio texto de las leyes reguladoras de la institución, y

bien es cierto que estableció un antecedente de la institución a estudio, también lo es que no le corresponde iniciar su regla mentación legal, sino a la citada Ley de Bancos de Fideicomiso.

2.- Toca a la Ley de Bancos de Fideicomiso, publicada en el Diario Oficial de fecha 17 de julio de 1926, el mérito de ser la primera en regular y definir el fideicomiso.

Esta Ley se inspiró fundamentalmente en la teoría del "mandato irrevocable" sustentada por el jurista panameño -- Dr. Ricardo J. Alfaro en el Proyecto de Ley sobre Fideicomiso de 1920, y en el Proyecto de la Ley de Compañías Fideicomisarias y de Ahorro, presentado por el Lic. Jorge Vera Estañol a la Secretaría de Hacienda y Crédito Público en marzo de 1926.

Tal ordenamiento jurídico adolece de verdaderas la gunas y serias deficiencias en la regulación del fideicomiso, - debido probablemente a que "la ley expedida constituye solamente un ensayo para aclimatar entre nosotros una nueva institución", como lo explicaba la exposición demotivos respectiva.

Se establece, en síntesis, que el objeto principal de esa clase de bancos era la celebración de operaciones por -- cuenta ajena en favor de terceros autorizadas por la Ley, cuya ejecución se encomendaba a su honradez y buena fe (art. 10.); - que el fideicomiso propiamente dicho es un "mandato irrevocable" en virtud del cual se entrega al banco, con carácter de fiducia rio, determinados bienes para que disponga de ellos o de sus -- productos según la voluntad del que los entrega llamado fideico

mitente, en beneficio de un tercero llamado fideicomisario ---- (art. 6o.); que el fideicomiso sólo puede constituirse con un fin lícito (art. 7o.); que los bienes entregados para la ejecución del fideicomiso, se consideran salidos del patrimonio del fideicomitente, en cuanto sea necesario para dicha ejecución o por lo menos gravados en favor del fideicomisario y que en consecuencia no serían embargables (art. 12); que podían ser objeto del fideicomiso cualesquier derecho, excepto los que conforme a la Ley no pudieran ser ejercitados sino directa o individualmente por su dueño (art. 13); que el fideicomiso sobre inmuebles debía ser inscrito en la sección de propiedad del Registro Público "si hubiera traslación de dominio" o en la de hipotecas en caso contrario (art. 13); que se otorgaba a la fiducia en cuanto a los bienes del fideicomiso, el ejercicio de todas las acciones y derechos inherentes al dominio de los mismos aun cuando no se expresen en el título constitutivo del fideicomiso, pero no podía enajenarlos, gravarlos ni pignorarlos, a menos de tener facultad expresa o ser ello indispensable para la ejecución del fideicomiso (art. 14); que si el banco tuviere intereses propios opuestos a la leal ejecución del fideicomiso o si malversare o administrare con dolo o culpa grave los bienes, sería separado del cargo a solicitud del fideicomisario, del fideicomitente o del Ministerio Público (art. 16); que cuando los bienes estuvieran en peligro de pérdidas o menoscabo, dichas personas podrían promover las providencias para su seguridad --

(art. 17).

Expuestos los puntos principales de la Ley en cita relativa al fideicomiso, podemos concluir que tenía entonces como rasgos característicos los siguientes:

a).- Se concebía como un mandato irrevocable.

b).- Los bienes que constituían su objeto salían del patrimonio del fideicomitente o por lo menos quedaban gravados a favor del fideicomisario.

c).- Los bienes se entregaban al banco con carácter de fiduciario.

d).- El carácter de fiduciario era exclusivo de los bancos.

e).- El fiduciario disponía de ellos o de sus productos según la voluntad del fideicomitente en beneficio del fideicomisario.

f).- El fin debía ser lícito.

g).- Su objeto podía ser cualquier derecho que no fuese personal.

h).- Si se constituía sobre inmuebles y había traslación de dominio, debía inscribirse en la sección de propiedad del Registro Público.

i).- Si no había traslación de dominio, y se trataba también de inmuebles, en la de hipotecas.

j).- La fiduciaria tenía el ejercicio de todas las acciones y derechos inherentes al dominio de los bienes del fi-

deicomiso e indispensables para su ejecución.

k).- El fideicomisario tenía derecho para pedir la separación del cargo de la fiduciaria en ciertos casos.

l).- El mismo fideicomisario, podía promover providencias para asegurar los bienes cuando estuvieren en peligro - de pérdida o menoscabo.

Por lo que respecta al concepto de mandato irrevocable a que se alude para definir al fideicomiso, es a todas luces criticable; en efecto, primeramente, el hecho de que se acuda a una figura jurídica tradicional y estirarla aun en contra de su esencia misma, es forzar las cosas a un extremo tal que - el resultado poco o nada de real puede tener, y las conclusio--nes a que se llegue ninguna seguridad pueden otorgar.

El mandato es por naturaleza propia revocable. No-se concibe jurídica y prácticamente hablando que una persona -- pueda ser representada aun en contra de su propia voluntad pues aun en los casos en que el mandato se otorga como una condición en un contrato bilateral o como un medio para cumplir con una - obligación contraída (4), su revocabilidad inoportuna sólo ocasiona el pago de daños y perjuicios. Así, el término "irrevocable" en un mandato, se traduciría en la representación aun en - contra de la voluntad del mismo representado; además, la característica de "irrevocable" no priva al mandante de ejecutar los actos materia del mandato, cuyo sólo efecto es no poder impedir la ejecución de ellos por medio del mandatario, diferencia sus-

tancial entre éste y el fiduciario.

Ahora bien, el Dr. Alfaro, autor de esta teoría -- que recogió la Ley que nos ocupa, sostuvo ante la crítica aludida, que se le dió una exagerada importancia a una terminología que no afecta en lo absoluto la esencia de la cuestión y que se ha procedido como si la definición dijera únicamente "El fideicomiso es un mandato irrevocable" y que ahí terminará con un -- punto final prescindiendo de las palabras que siguen y que explican la esencia de la cosa definida (5). No estamos de acuerdo con tal explicación, puesto que así como los términos "mandato" e "irrevocable" son irreconciliables, el mandato mismo excluye la transmisión de la propiedad de que habla la Ley. Efectivamente, admitir que el mandatario es el propietario de los bienes transmitidos, equivale a decir que el fiduciario se convierte en apoderado para realizar actos en unos bienes en los que el mandante deja de ser dueño, el dueño lo es ahora el propio mandatario; luego entonces, la figura del mandato es ya --- innecesaria puesto que el fiduciario realizará actos sobre los bienes de los que es propietario, para lo cual no se requiere un mandato. Dicho de otra forma, si hay mandato, el fiduciario debiera obrar por cuenta y en representación del fideicomitente o mandante con bienes de la propiedad de éste; pero si esos bienes son transmitidos al fiduciario para que disponga de ellos, entonces obrará como titular de esos bienes, por cuenta propia y no por cuenta del mandante, siendo la figura del mandante ---

inútil.

Sería de poca fortuna afirmar que la misma persona puede ser simultáneamente mandataria y dueña de una misma cosa y en un mismo negocio, pues de acuerdo a lo anterior una personalidad excluye a la otra; a mayor abundamiento, una sana lógica nos lleva a concluir que si los bienes que deben sufrir los actos del mandatario salen del patrimonio del mandante, el mandato respecto de esos bienes se extingue, pues no es lícito llevar a cabo actos como los que comunmente son propios del fideicomiso, por cuenta y en representación de otro, sobre bienes -- que no son propiedad de ese mandante.

Pudiera no haber esa enajenación, pero entonces se habría de entender gravada (cuando menos, dice la Ley) la cosa fideicomitida en favor del fideicomisario, lo cual es completamente impreciso, ya que no se fijan los casos en que sí habría transmisión y en que casos no, ni las reglas para decidirlo o interpretarlo.

Por último, aún aceptando que el mandato irrevocable sea correcto y propio para definir el fideicomiso, resulta que la figura del beneficiario no encaja en él, pues éste tiene por virtud de la celebración del fideicomiso, derechos en contra de la fiduciaria como el de pedir fundadamente su separación del cargo, y obviamente ésta adquiere derechos para con él, lo cual no se satisface con el mandato, ya que un mandatario, -

que vendría a ser la fiduciaria, sólo tiene obligaciones para - con el mandante (6).

Por cuanto al patrimonio se refiere, en forma atinada se establece que los bienes que constituyen el objeto del fideicomiso salen del patrimonio del fideicomitente y que se entregan al banco con carácter de fiduciario, el cual tendrá el ejercicio de todas las acciones y derechos inherentes al dominio de los bienes e indispensables para su ejecución. Evidentemente que esto constituye un precedente de gran importancia respecto del efecto traslativo de dominio del fideicomiso y de la titularidad de la fiduciaria en cuanto a los bienes fideicomitidos.

3.- La Ley General de Instituciones de Crédito y Establecimientos Bancarios publicada en el D.O. el 29 de noviembre de 1926, absorbió casi íntegramente el texto de la anterior, por lo que para su estudio nos remitimos a aquella, destacando únicamente que fue bajo la vigencia de este cuerpo legal cuando los primeros fideicomisos se crearon, es decir, que la existencia real de los fideicomisos en México, se inicia al amparo de este precepto (7).

4.- La Ley General de Instituciones de Crédito publicada el 29 de junio de 1932, elaborada en forma paralela a la de Títulos y Operaciones de Crédito en vigor, pero publicada con dos meses de antelación a ésta, inicia por ello una nueva concepción legal de la naturaleza jurídica del fideicomiso.

Es así porque en su exposición de motivos señalaba que "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 que "Quedará el fideicomiso concebido, como una afectación patrimonial a un fin, cuyo logro se confía a las gestiones de un fiduciario, precisándose así la naturaleza y los efectos de ese instrumento que la Ley actualmente en vigor concibe oscuramente como un mandato irrevocable". Por último, la exposición concluye expresando que la nueva Ley destruye "... toda confusión entre el fideicomiso y los actos de administración o representación de terceros..."

De lo anterior se colige el fin del fideicomiso como un "mandato irrevocable" y el principio de una nueva tesis de "afectación patrimonial a un fin", de cuyo estudio nos ocuparemos en los siguientes apartados, ya que es la sustentada por la actual legislación sustantiva de la materia.

Podemos concluir, según se desprende de lo expuesto, que el fideicomiso recorre en su regulación legal en México, una evolución compuesta de tres etapas: en la primera está ausente un concepto definido de la institución; en la segunda se concibe como un "mandato irrevocable"; y en la tercera se establece la "afectación a un fin".

INDICE DE NOTAS AL CAPITULO II

IV

- 1.- Ley Cit. Art. 73
- 2.- Ley Cit. Art. 50.
- 3.- Ley Cit. Art. 74.
- 4.- Art. 2596 del Código Civil para el Distrito Federal.
- 5.- Alfaro, Ricardo J. cit. en Villagordoa Lozano, José. Op. -- Cit., p. 98.
- 6.- El Dr. Alfaro aceptó posteriormente la objeción mexicana a su tesis en el sentido de que la idea de mandato debía desaparecer de su definición de fideicomiso y ya en el proyecto que elaboró sobre una Ley Uniforme de Fideicomiso a encargo que le confirió la V Conferencia Interamericana de Abogados celebrada en Lima, Perú, hace desaparecer el concepto de -- "mandado irrevocable" por el de "acto". Conf. "El Fideicomiso en Garantía", de Molina Pasquel en "Estudios..." p. 91 y "Proyecto de Ley..." de Batiza en "Estudios..." p. 62.
- 7.- Batiza, Rodolfo. "Realidades...", p. 25.

CAPITULO III

REGLAMENTACION EN LA LEGISLACION ACTUAL

En la actualidad, son dos los ordenamientos legales que en forma principal reglamentan al fideicomiso: la Ley General de Títulos y Operaciones de Crédito publicada en el D.O. el 27 de agosto de 1932 y la Ley General de Instituciones de Crédito y Organizaciones Auxiliares publicada el 31 de mayo de 1941.

1.- El fideicomiso lo encontramos regulado en su aspecto sustantivo por la Ley General de Títulos y Operaciones de Crédito, Título Segundo, Capítulo V que denomina "Del fideicomiso".

El autor de su articulado original lo es el Lic. Pablo Macedo, según su propia afirmación (1).

Reconoce el Lic. Macedo que "sí fueron las ideas de Lepaulle las que inspiraron y orientaron la redacción de la Ley de Títulos en materia de fideicomiso... pero se recurrió también a los "auténticos expositores de la institución", a los "tratadistas ingleses y norteamericanos" que se pudo consultar..." (2).

Con ello, creemos dilucidada por completo la fuente que inspiró y por ende influyó en forma principal para la reglamentación del actual fideicomiso mexicano.

Como vimos anteriormente, el fideicomiso estuvo desde sus orígenes ligado íntimamente al uso del crédito (3). En la actualidad, desde un punto de vista geográfico, el fideicomiso

so está colocado entre las operaciones de crédito y por ello -- dentro de los actos de comercio.

Efectivamente, la Ley cambiaría lo coloca dentro -- del Título Segundo denominado "De las Operaciones de Crédito", -- reglamentándolo en el capítulo V de dicho Título.

Asimismo, el artículo 10. infine del mismo ordena- miento legal, establece que "Las operaciones de crédito que es- ta Ley reglamenta son actos de comercio".

Por su parte, el artículo 75 fracción XIV del Códig o de Comercio, establece que se reputan actos de comercio "las operaciones de bancos".

El artículo 350 de la misma Ley de Títulos señala- que sólo pueden ser fiduciarias las instituciones expresament- autorizadas para ello; y los artículos 10., 20. fracción VI, -- 50., 80., y 44 de la Ley General de Instituciones de Crédito y-- Organizaciones Auxiliares, disponen que entre las operaciones -- de bancos, forma parte el fideicomiso.

De ello se colige que el fideicomiso es un acto de comercio en cuanto operación de crédito y en cuanto operación -- de banco.

Sin embargo, no aparece expresamente en estas dis- posiciones que el fideicomiso sea, ciertamente, una "operación- de crédito".

En efecto, no existe disposición alguna que tipifi que al fideicomiso como una operación de crédito, pues el hecho

de estar colocado dentro de determinado cuerpo de leyes o dentro de determinado apartado de las mismas, no le da por sí solo tal carácter, como tampoco se lo da el hecho de que sea una operación de bancos.

De analizar si efectivamente se trata de una operación de crédito, nos ocuparemos más adelante, teniendo ya a la mano, los elementos necesarios de estudio. Por ahora, simplemente nos concretamos a señalar el problema (4).

Las disposiciones sustantivas enunciadas, no contienen una definición precisa de la figura a estudio, sino que sólo se concretan a configurar su contenido y efectos, tratando a toda costa de esquivar el señalamiento del tipo de acto de que se trata, ya sea unilateral o contractual. Al parecer, tales omisiones son intencionadas y se deben al temor de una mala concepción, según se desprende de las explicaciones que da su autor (5), más es también una fuerte posibilidad que se deba a la variedad de formas por las que se puede constituir el acto jurídico de cuenta.

No obstante, las características principales del fideicomiso, que se desprenden de la Ley, podemos encasillarlas en las siguientes:

a).- Por virtud del fideicomiso, se destinan ciertos bienes a un fin. (Art. 346).

b).- Tales bienes se consideran afectos al fin. (Art. 351).

c).- La fiduciaria tiene todos los derechos y acciones que se requirieren para el cumplimiento del fideicomiso. - (Art. 356).

d).- Su constitución deberá constar por escrito y ajustarse al derecho común sobre transmisión de derechos o de la propiedad de las cosas que se den en fideicomiso. (Art. 352).

e) Puede constituirse por acto entre vivos o por testamento. (Art. 352).

f).- Su objeto pueden ser toda clase de bienes y derechos salvo los estrictamente personales del fideicomitente. (Art. 351).

g).- Será valido aunque se constituya sin señalar fideicomisario. (Art. 347).

h).- Sólo pueden ser fiduciarias las instituciones de crédito autorizadas para ello. (Art. 350).

i).- Es nulo el fideicomiso constituido a favor -- del fiduciario. (Art. 348).

j).- Se establece la posibilidad de que al constituirse no se designe nominalmente a la fiduciaria. (Art. 350).

Tales particularidades serán objeto de análisis al estudiar el respectivo elemento al que corresponden.

2.- La Ley General de Instituciones de Crédito y Organizaciones Auxiliares, es complementaria de la reglamentación sustantiva del fideicomiso, y en términos generales regula su aspecto operativo.

Tiene singular importancia para el tema central de éste trabajo, el hecho de que se confirma la tesis de la titularidad de la fiduciaria respecto de los derechos dados en fideicomiso, conforme a lo que se sostendrá más adelante, por lo que su estudio lo reservamos a lo que se escribe en lo que resta de este Título.

INDICE DE NOTAS AL CAPITULO III

V

- 1.- Macedo, Pablo. "El fideicomiso Mexicano", en Tratado Teórico y Práctico de los Trusts. de Pierre Lepaulle, op. cit.,- p. XXV.
- 2.- Loc. cit., p.p. XXXI y XXXII.
- 3.- Vid. supra título primero, capítulo II, inciso 1.
- 4.- Vid. infra título primero, capítulo V, inciso B.
- 5.- Macedo, Pablo. Op. cit., p.p. XXV y XXVI.

CAPITULO IV

ELEMENTOS INTEGRANTES DEL FIDEICOMISO

El fideicomiso no lo encontramos propiamente definido en la Ley, que se limita a indicar que por virtud de él, - el fideicomitente destina ciertos bienes a un fin lícito y determinado encomendando su realización a una institución fiduciaria.

Para entender mejor a esta figura, en el presente capítulo analizamos los elementos que la integran considerados como los que generalmente lo componen. Se hace especial referencia a diferentes problemas que sobre ellos se plantean y fijamos nuestra postura en los mismos. Se separa el estudio de la participación de los elementos personales al constituirse el fideicomiso para el capítulo siguiente, en razón de que de tal intervención se hace derivar cierto aspecto de su naturaleza jurídica, motivando así que en cada caso específico, el contenido obligacional tenga serias variantes, por lo que sólo se apuntan aquí las que generalmente subsisten.

Normalmente el fideicomiso está compuesto de tres elementos personales: fideicomitente, fiduciaria y fideicomisario; cada uno de estos, puede estar compuesto de uno o varios sujetos.

1.- FIDEICOMITENTE es la persona que destina los bienes o derechos a un fin, y generalmente es quien designa a la institución que deberá fungir como fiduciaria.

Es posible afirmar por ello, que es la única perso

na invariablemente necesaria para constituir el fideicomiso en sus diversas variedades de nacimiento (1).

El fideicomitente puede, validamente, tener el carácter de fideicomisario o beneficiario en un mismo negocio.

Se ha dicho que su actuación sólo es precisa en el acto constitutivo o en el contrato de fideicomiso, dado que la Ley ha querido que el mismo produzca todos sus efectos sin la colaboración del fideicomitente o aún después de su muerte e incluso en contra de su voluntad (2).

No estamos de acuerdo con la afirmación que se indica por lo absoluto de su contenido, ya que conforme a lo que sostenemos al analizar la figura del fideicomisario, y más adelante la naturaleza jurídica del fideicomiso en cuanto a su constitución, puede éste constituirse e incluso funcionar sin la existencia de un fideicomisario, y en tal caso, si es necesaria la participación del fideicomitente con posterioridad a su constitución, pues al tener los derechos que derivan del fideicomiso mismo, y al no haber fideicomisario, los derechos que habrían de corresponder normalmente a éste último, son los que pertenecen entonces al fideicomitente (3).

Es conveniente recalcar aquí para una mejor comprensión, que el Ministerio Público, el tutor y quien ejerza la patria potestad, ejercitarán los derechos que corresponda al fideicomisario, sólo cuando éste sea incapaz o indeterminado, según el caso (4); pero obviamente que actuando éstos en represen

tación de otro, su intervención está sujeta a la existencia del representado (5); luego entonces, si no existe fideicomisario - (capaz o incapaz, determinado o indeterminado), no se justifica la existencia de sus representantes. Así, cuando en un fideicomiso no exista fideicomisario (6), los derechos que normalmente le corresponden no serán ni del Ministerio Público ni del Tutor ni de quien ejerza la patria potestad, sino que pertenecen al fideicomitente, única persona que tiene relación con la fiduciaria y frente a quien le une un vínculo jurídico a virtud del propio fideicomiso (7).

Ahora bien, precisamente esa gama de derechos atribuidos al fideicomitente en virtud de ser frente a quien se vincula jurídicamente la fiduciaria, es la que hace necesaria su actuación con posterioridad al acto constitutivo, pues entre ellos se encuentra el de exigirle el cumplimiento y los demás que señala el artículo 355 L.T.O.C.

En estas condiciones, resulta incorrecta la afirmación que se comenta, pues de lo expuesto se desprende que hay casos en los que sí resulta necesaria la actuación del fideicomitente, aún con posterioridad al acto constitutivo.

Aparte de estos casos, existe aquél en que el fideicomitente se reserva diversos derechos que lo hacen imprescindible después de la constitución del fideicomiso (8).

A.- Del artículo 349 de la Ley Cambiaria, podemos inferir que sólo pueden ser fideicomitentes las personas (físicas

o jurídicas) y las autoridades judiciales o administrativas competentes.

En cuanto a las personas, físicas o jurídicas, deben tener "la capacidad necesaria para hacer la afectación de bienes que el fideicomiso implica" (9). Esto, a nuestro parecer, tiene tan sólo un significado: que el fideicomitente tenga sobre los bienes que destina, las facultades o derechos que sean necesarios para afectarlos al fin que el fideicomiso implica, es decir, para transmitirlos a la fiduciaria. No creemos, como algunos tratadistas afirman (10), que la disposición que se comenta se refiera a la capacidad de ejercicio (11), fundándonos para ello en que necesariamente a todo acto jurídico tiene que llevarse a cabo por entes dotados de la capacidad legal para actuar, bajo pena de nulidad, por lo que resulta innecesario y hasta ocioso el apuntar un requisito de esta índole. Más bien estimamos que el artículo a comento confirma el carácter traslativo de dominio, que a través de la destinación a un fin y la afectación de bienes, trae aparejado el fideicomiso una vez perfeccionado, de acuerdo a lo que más adelante se sostendrá, puesto que la capacidad necesaria para hacer la afectación de bienes que el fideicomiso implica, no es otra que la de poder transmitir los bienes o derechos de que se trata, a la fiduciaria; luego entonces, la aptitud requerida por el artículo 349 de la L.T.O.C. para ser fideicomitente, es la capacidad de disposición de los bienes o derechos que se fideicomiten (12).

Apoya lo anterior el hecho de que la norma de referencia, indica la capacidad del fideicomitente dirigiéndola directamente a los bienes que forman el objeto del fideicomiso, y no a la cualidad personal o individual, aisladamente considerada, para cuyo caso, como ya se dijo, sería innecesario apuntarla; a mayor abundamiento, la capacidad de ejercicio no es requisito necesario para ser fideicomitente, dado que pueden serlo - las personas que carezcan de ella, por conducto de sus respectivos representantes, casos estos en los que el fideicomitente carecerá de capacidad de ejercicio sin que se altere la validez - del acto (13).

En cuanto a las autoridades judiciales o administrativas competentes, sólo podrán ser fideicomitentes cuando se trate de bienes cuya guarda, conservación, administración, liquidación, reparto o enajenación, les corresponda según dice el propio art. 349 L.T.O.C.; sin embargo, como es de observarse, - salvo el caso de que a tales autoridades corresponda la enajenación de los bienes de que se trate, en los demás que menciona - el artículo carecen precisamente de la capacidad de disposición a que acabamos de hacer referencia, y por ende no podrán ser fideicomitentes. Batiza apunta que las situaciones comprendidas - en el precepto comentado encuentran cabida más adecuada dentro de los actos en representación y por cuenta de terceros, entre los cuales figuran de modo expreso (14). El autor de éste ordenamiento, Lic. Macedo, explica que "ya no atañe a fideicomisos-

propiamente dichos", y que "autoriza a las autoridades mencionadas en el precepto, para que, en asuntos análogos, confíen a -- instituciones fiduciarias funciones que la Ley de Instituciones les asigna, en virtud de estimarse que por su capacidad técnica y su solvencia moral, están en posibilidad de desempeñarlas cumplida y técnicamente" (15), lo que confirma nuestra postura y -- la del Lic. Batiza.

B.- Los derechos que generalmente corresponden al fideicomitente son los siguientes:

a). Señalar los fines del fideicomiso.

b). Designar fiduciaria.

c). Designar fideicomisaria.

d). Reversión de los bienes a su favor al extinguirse el fideicomiso.

e). Designar un Comité Técnico o de distribución -- de fondos, dar las reglas para su funcionamiento y fijar sus facultades.

f). Instruir a la fiduciaria respecto de las operaciones que impliquen adquisición o substitución de derechos, o inversión de dinero o fondos líquidos.

g). Transferencia de créditos a su favor, si al -- terminar el fideicomiso no hubieren sido liquidados por los deudores.

h). En los fideicomisos onerosos, exigir del fideicomisario la contraprestación a que tenga derecho.

i). Los que se reserve, entre los cuales podemos encontrar: revocación del fideicomiso, requerimiento de cuentas, remoción del fiduciario, etc.

C.- Las obligaciones que generalmente corresponden al fideicomitente son:

a). Pago de honorarios y gastos al fiduciario.

b). Transmitir a la fiduciaria los bienes afectados.

Es necesario destacar sobre este tema, que no constituye una obligación el transmitir a la fiduciaria la titularidad de los bienes objeto del fideicomiso, ya que esto es una consecuencia jurídica del mismo en cuanto implica una traslación de dominio. Al hacerse perfecto un acto jurídico traslativo de dominio, esta traslación opera por mero efecto del acto.

2.- FIDUCIARIO es el sujeto a quien se encomienda realizar los fines del fideicomiso, para lo cual cuenta con todos los derechos y acciones que se requieran. Es titular de los bienes o derechos fideicometidos.

A.- En el derecho mexicano, el carácter de fiduciario es exclusivo de los bancos, ya que son las únicas instituciones que conforme a la L.I.C. pueden obtener autorización para ello, vía concesión (16).

Las fiduciarias desempeñan su cometido y ejercen sus facultades por medio de uno a mas funcionarios que se designan al efecto, los cuales han sido llamados "delegados fiducia-

rios" y de cuyos actos responde directa e ilimitadamente la institución, sin perjuicio de las responsabilidades civiles o penales en que ellos incurran personalmente. La Comisión Nacional Bancaria y de Seguros podrá en todo tiempo vetar su designación e incluso acordar que se proceda a su remoción (art. 45 fracc.-IV L.I.C.)

La institución fiduciaria podrá ser, a su vez, fideicomitente en el mismo negocio, ya que no existe impedimento para ello (17); en cambio, el fideicomiso es nulo si se constituye a su favor (18).

Cuando al acto constitutivo del fideicomiso no concurra quien habrá de fungir como fiduciaria, es necesario que - por lo menos se señale que ésta existirá, aunque tal señalamiento no se haga en forma nominativa.

Para fundar lo anterior nos basamos primeramente - en lo que dispone el artículo 350 de la L.T.O.C.

Efectivamente, el art. 350 párrafo segundo de la Ley cambiaria prevé el caso de que, si al constituirse el fideicomiso no se designe nominalmente a la institución fiduciaria, - se tendrá por designada la que elija el fideicomisario o el juez de primera instancia del lugar de los bienes; este artículo es el único en la Ley que se relaciona con la designación de fiduciaria.

Se vé de tal disposición, que sólo se refiere a la falta de designación "nominal" de la fiduciaria, es decir, al -

caso en que se señale que se encomienda la realización del fin a una institución fiduciaria (19) pero sin especificar a cual; sin embargo, la Ley no se refiere al caso de que falte la designación, lisa y llana, de una fiduciaria, es decir, a cuando no se encomienda la realización del fin a persona alguna, lo cual se traduce en que no exista la encomendación de la realización del fin, y entonces, si no hay tal encomienda, tampoco habrá fideicomiso (20). En este caso, podrá haber otra figura diversa, - menos la que estudiamos, dado que por la consecuencia allegada y con apoyo en el contenido del art. 346 de la L.T.O.C., el encomendar la realización del fin a una institución fiduciaria, - es un rasgo distintivo sine qua non del fideicomiso. Además, como ya hemos visto en los antecedentes de la figura, siempre se ha requerido de un sujeto que lleve a cabo sus fines, lo cual se entiende también por simple lógica común. Por ello es que sostenemos que debe señalarse, por lo menos, que habrá una fiduciaria, aunque no sea nominativamente, pues así, su individualización la podrá hacer el fideicomisario o el juez competente, - según el propio art. 350 de la legislación en cita. De otro modo, no encontramos justificación alguna a la palabra "nominalmente" en el texto de la Ley.

Por otra parte, nuestra legislación sólo acepta el fideicomiso expreso, en oposición al implícito o tácito (21), y en consecuencia, cuando no esté claro que la voluntad de quien constituye el acto, fue la de crear tal figura, debe entenderse

que no hay fideicomiso, de donde se sigue que quienes deseen -- constituir el negocio que nos ocupa, deben manifestarlo en forma expresa y clara, juntamente con sus razgos propios y característicos sine qua non. Ahora bien, como hemos dicho que el encomendar la realización de los fines del fideicomiso a una fiduciaria es un razgo distintivo sine qua non del fideicomiso, --- obviamente que también tal razgo debe apuntarse en forma expresa y clara, puesto que la omisión de tal característica distintiva acarrea que el fideicomiso no se configure, conforme a las normas del fideicomiso expreso.

Una vez que se ha designado nominalmente a la institución fiduciaria que deba fungir como tal en el negocio de que se trate, ésta no podrá excusarse ni renunciar a desempeñar tal cargo sino por causa grave a juicio de un juez primera instancia, según indica el artículo 356 L.T.O.C.

Las causas graves para admitir la renuncia de la fiduciaria, están dadas por el artículo 137 L.I.C. y son: que el fideicomisario no pueda recibir o se niegue a recibir las -- prestaciones o bienes de acuerdo con el acta constitutiva del fideicomiso; que el fideicomitente, sus causahabientes y el fideicomisario, en su caso, se nieguen a pagar las compensaciones estipuladas a favor de las instituciones fiduciarias, y; que los bienes o derechos dados en fideicomiso, en su caso, no rindan -- productos suficientes para cubrir estas compensaciones.

Se ha discutido continuamente sobre la constitucioo

nalidad de la disposición, que establece la obligatoriedad de la fiduciaria para aceptar el cargo conferido, argumentando la falta de ella, con base a lo dispuesto por el artículo 5o. de la Carta Magna (22).

Al respecto, sin que por ahora pretendamos aportar una solución definitiva al problema, nos concretamos a señalar nuestro desacuerdo con tal postura, y a expresar que creemos en la constitucionalidad de dicha norma por las siguientes razones: el ejercicio de la actividad fiduciaria requiere concesión del Gobierno Federal (23). Al hablar de "concesión" debemos pensar necesariamente que se trata de un "servicio público", pues aquélla es un medio de procurar la prestación de éstos. Los servicios públicos, son generalmente obligatorios. Obviamente que la concesión no se impone, sino que la institución interesada formula su solicitud a fin de obtener la concesión respectiva, y colocarse así, por propia voluntad, como prestadora obligatoria de un servicio público; luego entonces, la fiduciaria es tal y tiene las obligaciones inherentes, porque así lo deseó la misma institución, de donde deviene la constitucionalidad de sus deberes, puesto que no existe ausencia de su voluntad o consentimiento, sino justamente su presencia. Debemos agregar, que no existe objeción seria para considerar el servicio fiduciario como un servicio público (24).

Si la institución fiduciaria no acepta el cargo, en los casos en que puede hacerlo, o por renuncia o remoción --

cesa en el desempeño de su cargo, se deberá estar a lo que disponga el acto constitutivo del fideicomiso; en su defecto, deberá nombrarse otra para que la sustituya (25). Tal nombramiento lo deberá hacer el fideicomitente, y en su defecto, por extensión y analogía del segundo párrafo del art. 350 L.T.O.C., corresponde al fideicomisario o al juez de primera instancia del lugar de ubicación de los bienes respectivamente. Si no fuere posible esta substitución, cesará el fideicomiso, es decir, se extinguirá (26).

B.- Los derechos de que goza la fiduciaria, pueden precisarse en cada caso específico atendiendo a la naturaleza jurídica de los bienes y derechos que constituyen el patrimonio fideicometido y a los fines que persigue el fideicomiso. No obstante, podemos señalar ejemplificativamente los siguientes:

a). Tiene la facultad exclusiva, erga omnes, de ejercitar las acciones y derechos que la titularidad de los bienes y su naturaleza le permiten y que se requiera para obtener el fin del fideicomiso.

b). Tiene derecho a que se le retribuya por su función, a título de honorarios.

c). Tiene derecho, por último, a no aceptar el cargo y a rechazarlo, pero sólo cuando haya causa grave para ello a juicio de un juez de primera instancia.

C.- Las obligaciones del fiduciario, con la misma salvedad anterior, son las siguientes:

a). Realizar el fin del fideicomiso, sujetándose a lo dispuesto por el acto constitutivo y por la Ley.

b). Obrar como un buen padre de familia.

c). Responder por las pérdidas o menoscabos que -- los bienes sufran por su culpa, a menos que exista un comité -- técnico y que obre conforme a sus dictámenes y acuerdos.

d). Responder directa e ilimitadamente por los actos de los delegados fiduciarios.

e). Devolver al fideicomitente o a sus herederos -- los bienes destinados al fideicomiso, que al extinguirse, que-- den en su poder.

f). Aceptar y desempeñar el cargo de fiduciario, -- con la salvedad ya indicada.

g). Guardar el secreto fiduciario.

h). Rendir cuentas.

3.- FIDEICOMISARIO es la persona que recibe los -- provechos y beneficios del fideicomiso.

Puede haber uno o varios fideicomisarios y en este caso, pueden recibir el provecho simultánea, o sucesivamente. -- Si es sucesivamente, no deberán substituirse por muerte de la -- anterior, salvo que la substitución se realice en favor de per-- sonas que estén vivas o concebidas ya a la muerte del fideicomitente.

A.- Para ser fideicomisario se requiere ser una persona (física o jurídica) con la capacidad necesaria para recibir

el provecho que el fideicomisario implica (27). Sin embargo, el art. 355 párrafo segundo de la Ley de Títulos, habla de que --- cuando no exista fideicomisario determinado o éste sea incapaz, sus derechos corresponderán al que ejerza la patria potestad, - al tutor o al M.P. según el caso, de donde se sigue que la Ley- también admite a los fideicomisarios indeterminados, lo que sig- nifica que no están señalados específicamente sino genéricamen- te; v. gr.: un fideicomiso en que se constituye con el fin de - que se preste asistencia médica a una ciudad, a los enfermos, - ciegos, huérfanos, mutilados, etc., pero obviamente, también de- ben tener la capacidad de recibir el provecho de que el fideico- miso implica y ser personas.

En cuanto a la aparente contradicción de términos- que parece desprenderse del primer párrafo del artículo 348, en relación al segundo párrafo del artículo 355, ámbos de la Ley - de Títulos, respecto a que el fideicomisario deba ser un capaz- o pueda ser un incapaz, en realidad no hay tal, puesto que la - capacidad referida en el primer artículo citado, está dirigida- a la capacidad recipiendaria del fideicomisario, en relación -- con el provecho que el fideicomiso le implica, es decir, alude- a la ausencia de alguna incapacidad especial derivada de la Ley. Así, si se constituye un fideicomiso para garantizar el pago de una deuda determinada, a favor de un extranjero, no habrá pro- blema alguno; en cambio, si como beneficio del fideicomiso debe transmitírsele la propiedad de un inmueble en zona prohibida a-

ese extranjero, entonces este fideicomisario no podrá percibir los beneficios del fideicomiso, más no por carecer de capacidad de ejercicio, y menos de goce, sino por adolecer de un impedimento legal (28). En la terminología utilizada por el artículo 348 el fideicomisario será "incapaz" de recibir los provechos que el fideicomiso implica. La capacidad referida por el artículo citado en segundo término, se refiere sí a la capacidad de ejercicio en el fideicomisario, más eso no le impide ser beneficiario, según lo dispone el mismo precepto que se comenta.

De este modo, los artículos citados no son contradictorios, sino complementarios entre sí.

La existencia del fideicomisario dentro de la relación fiduciaria no es siempre necesaria, es decir, atendiendo al caso específico de constitución del fideicomiso, puede existir fideicomisario determinado; puede ser indeterminado, o bien, puede no existir ningún fideicomisario.

En efecto, el artículo 355, párrafo segundo de la L.T.O.C., establece la posibilidad de que el fideicomisario sea indeterminado, lo que significa, como ya dijimos, que no están señalados específicamente sino en forma genérica.

El artículo 347 de la misma Ley, establece que el fideicomiso será válido aunque se constituya sin señalar fideicomisario, de donde se desprende la posibilidad de que no exista tal elemento, posibilidad que se corrobora con lo que dispone el artículo 45 fracción IV de la Ley de Instituciones de Cré

dito, el cual dice que "En el acto constitutivo del fideicomiso, o en sus reformas, que requerirán el consentimiento del fideicomisario, si lo hubiere (SIC), podrán los fideicomitentes prever la formación de un comité técnico...". Asimismo, cabe destacar que el artículo 355 segundo párrafo referente al que ejercerá los derechos del beneficiario sólo se limita a los casos en que "no exista fideicomisario determinado o cuando éste sea incapaz", pero no al caso en que el fideicomisario en sí no exista. Una figura tan elástica como ésta, no se detiene ante un detalle -- tan simple como es la falta de un sujeto de derecho que reciba los beneficios que el fideicomiso implica, si tal ente no es necesario. El Fideicomiso va más allá y acepta incluso la falta de éste.

De lo antes dicho podemos resumir que el fideicomisario no es un elemento de presencia invariable en la relación fiduciaria; que cuando vive en ella, es determinado o indeterminado; que en tal caso, de que exista, debe ser persona física o moral. Esto último significa que el fideicomisario, siempre que exista, debe ser un sujeto de derecho.

Lo anterior no impide la existencia de fideicomisos en los que se constituya como fin el mantener en buen estado una tumba, decir misas para un muerto, rogar por el descanso de un alma, elevar monumentos, conmemorar aniversarios, etc., - en los que no habrá un sujeto de derecho que pueda ser considerado fideicomisario, pues de acuerdo a lo que hemos sostenido,-

el fideicomiso mexicano bien puede constituirse e incluso funcionar sin fideicomisario, y los ejemplos anteriores encuadran perfectamente en tal hipótesis, pues lo que recibe el beneficio del fideicomiso no puede considerarse como beneficiario, ya que no son sujetos de derecho. En suma, serán fideicomisos sin fideicomisarios.

Eso no significa, como escribe Remo Franceschelli (29), que sean válidos pero no exigibles en forma coactiva, lo que equivale a decir que no son trusts; nosotros, partiendo de la base de que la fiduciaria tiene obligación de cumplir con el fideicomiso, al igual que Lepaulle (30), postulamos: una obligación sin vínculo y sin acreedor es una contradicción en los términos. A toda obligación corresponde un derecho y viceversa, -- pues son indisolubles entre sí; no se concibe un derecho si no hay una obligación correlativa, al mismo tiempo que no se concibe una obligación si no hay quien la exija. Hay que explicar, -- entonces, quién es el titular de esos derechos que generalmente corresponden al fideicomisario; respecto de quién, existen las obligaciones del fiduciario. Cuando el fideicomisario sea una persona común, los derechos que le confiere el artículo 355 serán ejercitados por él mismo; cuando sea un incapaz, por el que ejerza la patria potestad o por el tutor; cuando sea indeterminado, en el significado que hemos señalado (31), por el Ministerio Público; pero como ya lo apuntábamos, éste artículo es ajeno al caso en que haya ausencia de fideicomisario. A nuestro pa

recer, esto no entraña dificultad alguna, pues el fideicomitente, ya como sujeto de un contrato (32), o bien como constituyente del fideicomiso a través de declaración unilateral de voluntad, será quien asuma los derechos frente a la fiduciaria, y -- por ende, los que normalmente corresponde al fideicomisario, -- pues es la única persona que a virtud del fideicomiso mismo, -- tiene relación jurídica frente a la fiduciaria (33).

B.- Derechos del Fideicomisario.

Con la aclaración que se viene haciendo en el sentido de que el contenido obligacional de los elementos del fideicomiso está determinado por cada caso particular, señalaremos los que generalmente permanecen en el fideicomisario.

a). Nombrar a la fiduciaria cuando:

- ésta renuncie, o no acepte (art. 350 L.T.O.C.)
- sea removida (art. 350 L.T.O.C.)
- no sea designada (art. 350 L.T.O.C.)

b). Exigir a la fiduciaria el cumplimiento del fideicomiso (art. 355 L.T.O.C.)

c). Atacar la validez de los actos que ésta cometa en su perjuicio, mala fé o en exceso de las facultades que por virtud del acto constitutivo o de la ley le correspondan (art. 355 L.T.O.C.).

En cuanto a esta facultad, que estimamos importante estudiar, la primer pregunta que surge, es si el derecho que aquí se concede requiere para su ejercicio tan solo del perjuicio, ya sea por mala fé, o por exceso de facultades de la fidu-

ciaria; o bien, requiere por lo menos de una de éstas: perjuicio, mala fé, exceso de facultades.

Esta cuestión que pudiera parecer ociosa, no lo es, puesto que en un determinado caso puede tener relevante importancia práctica.

Estimamos correcta la primera aseveración, ya que el ejercicio de las acciones civiles (y por extensión las mercantiles) requiere del interés en el actor para deducirlas (34), y conforme a la doctrina moderna el concepto de interés se explica en función de la necesidad de evitarse un daño o un perjuicio o para preservar algún derecho (35). Así, la mala fe o el exceso de facultades de la fiduciaria no son suficientes por sí solos para que el fideicomisario pueda atacar su validez, si no le causan perjuicio, de donde entendemos que para el ejercicio del derecho que comentamos se requiere un perjuicio, ya por mala fé, ya por exceso de facultades de la fiduciaria.

Una vez determinado lo anterior, resulta que hay dos casos en que se puede atacar la validez de los actos de la fiduciaria por parte del fideicomisario. Pasemos ahora a su análisis.

a'.- Perjuicio con mala fe.- En este caso, la acción de nulidad está supeditada a que el acto haya sido celebrado de mala fe también por el tercero que contrató con la fiduciaria, en el caso de que éste sea oneroso; si el acto es gratuito, no importa la buena o mala fe del tercero contratante --

(art. 2242 y 2164 Código Civil).

Efectivamente, en principio, la nulidad es procedente por la mala fe de la fiduciaria; sin embargo, la buena fe del que celebró con ella el acto que se ataca, impide la procedencia de la nulidad. Los adquirentes posteriores, es decir, -- los que hayan recibido un bien o un derecho de una de las partes en el acto nulo, no tendrán mejor derecho que éstos, pues -- como lo dice Georges Lutzesco, el valor de éste, estará necesariamente vinculado al derecho de la persona de quien lo ha adquirido, y su extensión no podrá ser mayor que la del derecho del primer adquirente (36). No obstante, la buena o mala fe del posterior adquirente, también es determinante para la procedencia de la nulidad, pues el artículo 2167 del Código Civil la sujeta a que éste, al igual que el primer adquirente, haya adquirido de mala fe. Al respecto, Lutzesco indica que "la práctica de las cosas muy a menudo viene a frustrar la autoridad de la ley casi siempre rodeada y sostenida por la atmósfera de la buena fe. En efecto, con el concurso de la buena fe las situaciones adquiridas habrán de afrontar la sanción de la ley, y -- tras de ella se escudan los terceros adquirentes para defenderse contra los efectos de la nulidad. Y advirtámoslo bien, la buena fe logra detener el progreso de la acción de nulidad, desde el momento mismo en que se promueve" (37).

b'.- Perjuicio con exceso de facultades.- En este caso, la nulidad es del todo procedente sin importar la buena o

mala fe del adquirente, puesto que no se trata de un acto en -- fraude del fideicomisario; aquí la ineficacia deriva de la falta de aptitud para la realización del acto. Nadie puede transmitir ni ejercer mejor derecho del que tiene.

Acordes con la técnica de la nulidad y específicamente al caso que nos ocupa, su acción se entablará frente a la fiduciaria y al que con ella hubiere celebrado el acto, es decir, frente a los que hubiesen intervenido en el acontecimiento cuya validez se ataca, y su procedencia ocasionará la obligación de dichas partes, de restituirse mutuamente lo que han recibido o percibido en virtud o por consecuencia del acto anulado (38).

d). Cuando sea procedente, reivindicar los bienes que a consecuencia de esos actos hayan salido del patrimonio objeto del fideicomiso (art. 355 L.T.O.C.).

En primer lugar, surge una impresionante cuestión: si la acción de nulidad tiene por efecto la restitución de lo recibido o percibido por las partes en virtud o por consecuencia del acto anulado, ¿cuando será entonces procedente la reivindicación apuntada?, recordemos que la Ley dice "cuando ello sea procedente, el de reivindicar...".

La solución es que será procedente en dos casos: - a).- Cuando no lo sea la nulidad en contra del que celebró de buena fe con la fiduciaria el acto que causa perjuicio al fideicomisario, ya por mala fe o exceso de facultades, y b).- Cuando los efectos de nulidad no sean suficientes para lograr la restitución

tución del bien, por haber salido del patrimonio del primer adquirente.

La doctrina se manifiesta unánime en el sentido de que la denominación dada por el legislador a este derecho o acción, es errónea, aunque por otro lado, no se ha puesto de acuerdo en la naturaleza de ésta, pero sí en sus efectos.

Evidentemente que la acción que la Ley concede al fideicomisario y que llama "reivindicar", no es tal, dado que éste no es propietario de los bienes fideicomitidos y la acción reivindicatoria compete al que siendo propietario de un bien, no esta en su posesión, y su efecto será declarar que el actor tiene dominio sobre ella y se la entregue el demandado con sus frutos y accesiones (39). Como se vé el fideicomisario ni es propietario del bien sobre el que versa la acción, ni debe ser declarado como el que tiene su dominio, ni se le entregarán a él por virtud de la procedencia de la acción.

Por otra parte, la denominación errónea de la acción que se otorga al beneficiario del fideicomiso, ha sido tan perjudicial que no ha faltado quien fundándose en ello, afirmare que el fideicomisario adquiere derechos reales, lo cual ha sido desvirtuado magistralmente por el Dr. Molina Pasquel (40), quien demuestra que se trata de derechos personales.

Conforme a lo que hemos expuesto, la mecánica de este derecho es la siguiente: el fideicomisario, previa (o conjuntamente) a la acción de nulidad, y ante su improcedencia (o in

suficiencia), exige frente al poseedor o detentador que los bienes salidos del patrimonio fideicometido, por actos que la fiduciaria haya celebrado en su perjuicio, con mala fe o en exceso de sus facultades, se reintegren a dicho patrimonio.

Con todo lo anterior, estamos ya en condiciones de estudiar la naturaleza de la acción de que se trata.

Hay quienes intentan explicar la naturaleza de esta acción como una pauliana (41), apoyándose en que cuando el fideicomiso es irrevocable, se trata de una estipulación a favor de tercero, carácter que corresponde al fideicomisario, --- quien tiene los derechos para exigir a la fiduciaria el cumplimiento de la promesa o la prestación de la obligación, derechos que en su forma más general se componen de diversos derechos -- consignados en el artículo 355 de la L.T.O.C., entre los que se encuentra la que comentamos, misma que analogan a la pauliana, -- en tanto que se da al acreedor de una obligación personal, contra actos fraudulentos de su deudor, y que produce una ineficacia relativa con efectos restitutorios (42). No estamos de acuerdo con tal postura por las siguientes razones: Hemos establecido que para que esta acción tenga aplicación, deben haber salido bienes del patrimonio fideicometido a consecuencia de actos de la fiduciaria en perjuicio del fideicomisario, ya por mala fe, ya en exceso de sus facultades; de esto vemos que la mala fe susodicha sí es posible encuadrarla dentro de actos en -- fraude del fideicomisario, ya que se trata de un elemento subje

tivo intencional; en cambio, cuando la fiduciaria actúa en exceso de sus facultades, no necesariamente constituye un acto en fraude de los derechos del fideicomisario, y consecuentemente es insuficiente la acción pauliana para explicar la naturaleza del derecho que la ley otorga al beneficiario del fideicomiso, puesto que tal acción tiene como fundamento básico esencial, el afán de defraudar al acreedor del enajenante, y los actos de la fiduciaria en exceso de sus facultades no necesariamente tienen tal finalidad. Además, tales autores al indicar los efectos de la acción que se otorga al fideicomisario, de "reivindicar", y decir que produce una ineficacia relativa con efectos restitutorios, muestran el desvío de su análisis, pues tales efectos, como hemos visto ya, son propios de la acción de nulidad que analizamos en el numeral precedente; se trata de dos acciones distintas, baste para darse cuenta de ello, leer el texto del artículo 355 de la L.T.O.C., y nuestro apartado inmediato anterior; una es la acción de nulidad y otra es la llamada reivindicatoria, y prueba de ello, son los límites de la primera y el mayor alcance de la segunda, como también ya lo hemos visto.

Esto no es exclusivo de estos autores; en su mayoría, quienes se ocupan del fideicomiso confunden las dos acciones que hemos estudiado, analizándolas como si se tratase tan sólo de una; quienes las separan, igualmente las analizan como si se tratase de la misma acción. Tratadistas de la talla de Molina Pasquel incurren en ese error, al igual que otros incipien-

tes como De la Peza (43).

Compartimos, en cambio, la opinión de Villagordoa en el sentido de que tampoco se trata de una acción de revocación ni de rescisión (44), ya que la primera consiste en extinguir un acto jurídico por mutuo consentimiento de las partes -- que intervienen en su celebración y la segunda se refiere a la acción que ejercita una de las partes contratantes para pedir -- la extinción del negocio jurídico de efectos recíprocos, fundando su petición en el incumplimiento de su contraparte. Puesto -- que ninguna de estas situaciones se presenta con relación al fideicomisario, que es quien intenta el derecho o la acción, no se trata de una acción de este tipo la que la ley le concede.

En conclusión, en la especie, se está ante una acción de índole especial, con rasgos particulares, propios; se trata de una acción que compete al fideicomisario, persecutoria del bien que haya salido del patrimonio fideicometido por actos de la fiduciaria en su perjuicio, por mala fe o exceso de facultades, y que tiene por objeto se restituyan tales bienes al patrimonio fideicometido, cuya procedencia está condicionada a -- que se ejercite previa o conjuntamente la acción de nulidad que también compete al fideicomisario, y a que ésta resulte improcedente, o procedente pero insuficiente, según el caso.

e). Requerir cuentas a la fiduciaria (art. 138 --- L.I.C.)

f). Exigirle responsabilidad (art. 138 L.I.C.)

g). Remover a la fiduciaria (art. 138 L.I.C.)

h). Los que le deriven del acto constitutivo.

C.- Las obligaciones del fideicomisario son las si guientes:

a). Pagar a la fiduciaria las compensaciones estipuladas en su favor (art. 137 inc. b).

b). Las que le deriven del acto constitutivo.

4.- OBJETO.- El objeto del fideicomiso lo constituyen los bienes o derechos que se afectan al fin. Pueden ser objeto del fideicomiso cualesquiera bienes o derechos con excepción de los estrictamente personales de su titular, o sea del fideicomitente.

La ubicación material de los bienes, tiene trascendencia para determinar al juez que será competente cuando la designación de la fiduciaria esté a cargo del fideicomisario (art. 350 párrafo segundo, L.T.O.C.). Asimismo, su ubicación determina el correspondiente Registro Público de la Propiedad en que deba inscribirse el fideicomiso sobre inmuebles.

De la naturaleza del patrimonio fideicometido nos ocuparemos en el último capítulo de este título, ya que su análisis es de capital importancia para este trabajo.

5.- FORMA.- En la forma del fideicomiso, encontramos un principio: debe ser por escrito.

Además de ser por escrito, la constitución del fideicomiso deberá ajustarse a los términos de la legislación co-

mún sobre transmisión de los derechos o la transmisión de propiedad de las cosas que se dan en fideicomiso, y cuando el objeto del fideicomiso recaiga en bienes inmuebles, deberá inscribirse en la sección de Propiedad del Registro Público del lugar en que los bienes estén ubicados, y desde la fecha de inscripción, el fideicomiso surtirá efectos contra terceros.

De esta manera, la forma que debe revestir el fideicomiso, respetando el principio de que debe ser por escrito, estará determinada por el caso específico de que se trate, en relación a los bienes que constituyen su objeto, y al modo de celebrarse, ya sea por acto entre vivos o por testamento.

6.- FIN.- En el fideicomiso, el fin es llevado a cabo por la fiduciaria, y está determinado por el destino que deban sufrir los bienes que forman el patrimonio fideicometido.

El fin del fideicomiso puede ser cualquiera, con tal de que sea lícito, determinado y obviamente posible (art. 346, 347 y 357 fracc. II de la L.T.O.C.).

Estas disposiciones que pudieran parecer repeticiones innecesarias de lo preceptuado por la legislación civil para los actos jurídicos, en realidad no son tal, pues su mención demuestra una vez más la versatilidad del fideicomiso, su elasticidad y su amplitud, ya que el marco dentro del cual se desenvuelve tan sólo está limitado por aspectos propios de la lógica jurídica y de cualquier sistema de derecho. Así, la falta de interés en el beneficio que el fideicomiso implica, es decir, que

el fin sea caprichoso, no es suficiente para detener a tan amplia figura, como tampoco lo es que sus efectos, su fin, no vayan a beneficiar a sujeto de derecho alguno (45). El fideicomiso vá más allá de éstas circunstancias y sólo se limita por las características ya señaladas.

Esta tesis nuestra que sostiene el amplísimo campo de acción del fideicomiso, apoya y confirma por ello lo que anteriormente ya sustentamos, en el sentido de que el fideicomiso puede existir y aún funcionar sin la existencia de un fideicomisario sujeto de derecho, justificándose así los fideicomisos para conservar una tumba, rogar por el descanso de un alma, etc., (46).

Consecuentemente, diferimos de lo afirmado por De-la Peza, quien afirma que cuando el fin del fideicomiso es caprichoso, es decir, que no reporta beneficio a sujeto alguno, - determinado o no, no existe fideicomiso, basándose en que como no se beneficia a alguien, sus efectos carecen de interés para el derecho, y que como el acto jurídico, género próximo del fideicomiso, es el que se lleva a cabo con el propósito de producir efectos en el campo del derecho, al constituirse un fideicomiso para la obtención de un fin que no va a beneficiar a ningún sujeto de derecho, ni siquiera al que lo constituyó, es absurdo pensar que tal seudofideicomiso deba interesar al derecho, ni que sus efectos vayan a caer al campo jurídico; que no siendo ese un acto jurídico, el fideicomiso no existe.

Se vé de lo que hemos expuesto, que ni para la --- existencia del fideicomiso, ni para su subsistencia, se requiere un "interés" del derecho o un "beneficio" a persona alguna, - sino que se requiere sólo que el fideicomiso sea lícito, determinado y posible, aún cuando no haya fideicomisario alguno.

7.- DURACION.- La duración del fideicomiso está de terminada por la voluntad de quien interviene en su constitu--- ción, con las modalidades que la ley impone.

Pueden las partes sujetar su duración al estableci miento de un término o de una condición.

La fracción III del artículo 359 de la Ley de Títu los, establece que quedan prohibidos los fideicomisos cuya dura ción sea mayor de 30 años, cuando se designe como beneficiario a una persona jurídica que no sea de orden público o institu--- ción de beneficencia, y agrega que pueden, sin embargo, consti tuirse con duración mayor de 30 años cuando el fin del fideico- miso sea el mantenimiento de museos de carácter científico o ar tístico que no tengan fines de lucro. Consecuentemente, y a con trario sensu, cuando no se trate de un beneficiario que sea una persona jurídica de orden privado, la duración del fideicomiso- podrá ser mayor.

Por otra parte, la Ley para Promover la Inversión- Mexicana y Regular la Extranjera, establece que en ningún caso- excederá de 30 años la duración de los fideicomisos sobre inmu e- bles destinados a la realización de actividades industriales y-

turísticas en la zona restringida.

La ley menciona expresamente las siguientes causas de extinción del fideicomiso.

- a). Por la realización de su fin.
- b). Por hacerse éste imposible.
- c). Por ser imposible la condición suspensiva de -
que dependa.
- d). Por no realizarse ésta dentro del plazo señala
do al constituirse o, en su defecto, dentro de los 20 años si--
guientes.
- e). Por la realización de la condición resolutoria
estipulada.
- f). Por la expiración del plazo a que se haya limi
tado.
- g). Por revocación hecha de acuerdo con la ley.
- h). Por la pérdida de los bienes.
- i). Por imposibilidad de desempeño de la encomien-
da por institución fiduciaria.

INDICE DE NOTAS AL CAPITULO IV

VI

1. En el mismo sentido: Villagordoa Lozano. Op., cit., p. 187.
2. Rodríguez y Rodríguez, Joaquín. Curso de Derecho Mercantil. JUS, Monterrey, N.L., 1947, T. II, p. 540'
3. Vid. infra este título y capítulo, inciso 3, subinciso A, y cap. V, inciso A.
4. Art. 355 L.T.O.C.
5. Salvo la excepción que establece el art. 2600 C. Civ.
6. Lo cual es permitido por el art. 347 L.T.O.C.; vid infra este título, cap. V, inciso A.
7. Vid infra este título y capítulo, inciso 3, subinciso B.
8. Rodríguez y Rodríguez. Op. cit., p. 540.
9. Art. 349 L.T.O.C.
10. Villagordoa Lozano. Op. cit., p.p. 172 y 173; Batiza, Rodolfo. El Fideicomiso..., p. 161; De la Peza, José Luis. Ensayo sobre el Patrimonio en Fideicomiso y la Posibilidad de su -- Quiebra, Tesis, México, 1951, p. 20.
11. Entendida ésta como la aptitud de participar directamente en la vida jurídica, es decir, personalmente.
12. En idéntico sentido: Molina Pasquel "El Fideicomiso de Garantía", en Estudios Sobre Fideicomiso. Op. cit., p. 95. El propio legislador así lo apuntó: Macedo, Pablo. Op. cit., p. XXI.
13. Domínguez Martínez, Jorge A. Op. cit., p. 61.
14. Batiza, Rodolfo. "El Fideicomiso...", p.p. 162 y 163.
15. Macedo, Pablo. Op. cit., p. XXIX.
16. Art. 350 párrafo primero de la L.T.O.C. en relación al art.-2o. fracc. VI y párrafo cuarto, y 44 inciso "a" de la L.I.C.
17. En el mismo sentido: Villagordoa Lozano. Op. cit., p. 186

VII

- 18.- Art. 348 L.T.O.C.; la excepcion la marca BANOBRAS (Art. 20 de su Ley Orgánica), que no es ilegal por ello, puesto que siendo una Ley expedida por el mismo Congreso Federal, debe entenderse como cambio de voluntad.
- 19.- Se usan los términos de la misma Ley.
- 20.- Se usan los términos de la misma Ley.
- 21.- Así lo indica la declaración de la Secretaría de Hacienda y Crédito Público al publicarse la L.T.O.C., por lo que es considerada como la exposición de motivos de la misma.
- 22.- Cfr. Batiza, Rodolfo."El Fideicomiso,..",p.pp 184 y 185, - n. 329.
- 23.- Art. 2o. L.I.C.
- 24.- Cfr. Rodríguez y Rodríguez, Joaquín. La Separación de Bienes en la Quiebra. U.N.A.M., México, 1978 (la. reimp. de - la la. ed. de 1951), p. 200; Domínguez Martínez. Op. cit., p. 46; Barrera Graf, Jorge. Estudios de Derecho Mercantil. Porrúa, México, 1958, p.p. 355 y 356, n. 21 in fine. Este criterio de que la actividad fiduciaria es un servicio público, se encuentra confirmado por el decreto nacionalizador de la banca privada de fecha 1° de septiembre de 1982, en cuyos considerandos se argumenta tal carácter de los -- servicios bancarios.
- 25.- Art. 350 tercer párrafo, L.T.O.C.
- 26.- Art. 350 y 357 fracc. VII de la L.T.O.C.
- 27.- Art. 348 L.T.O.C.
- 28.- Impedimento que se deriva del art. 27, fracc. I. segundo - párrafo de la Constitución General de la República.
- 29.- Citado por De la Peza. Op. cit., p.p. 17 y 18.
- 30.- Lepaulle, Pierre, Op. cit., p. 32.
- 31.- Vid. supra este mismo apartado.
- 32.- Art. 1859 C. Civ.
- 33.- Al parecer, comparte este criterio Barrera Graf. Op. cit., p. 358.

VIII

- 34.- Art. 1o. C.P.C.
- 35.- Perez Palma, Rafael. Guía de Derecho Procesal Civil. 6a. - ed., Cárdenas Editor y Distribuidor, México, 1981, p.p. 12 y 13.
- 36.- Georges Lutzesco. Teoría y Práctica de las Nulidades. Trad. del francés por Manuel Romero Sánchez y Julio López de la-Cerda, 5a. ed., Porrúa, México, 1980, p. 298.
- 37.- Ibid.
- 38.- Art. 2239 C. Civ.
- 39.- Art. 4o. C.P.C.
- 40.- Molina Pasquel, Roberto. Los Derechos del Fideicomisario. - JUS, México, 1946, p.p. 178 y 179.
- 41.- Villagordoa Lozano. Op. cit., p. 183, y Vásquez Arminio, Rodrigo. "La Llamada Acción Reivindicatoria concedida por la Ley al Fideicomisario" en Estudios Sobre Fideicomiso. Op. - cit., p. 102.
- 42.- Ibid.
- 43.- Cfr. sus obras citadas últimamente.
- 44.- Villagordoa Lozano. Op. cit., p. 182.
- 45.- Sostiene tesis en contrario: De la Peza. Op. cit., p.p. 19, 21 y 22.
- 46.- Vid. supra este mismo capítulo, inciso 3.

CAPITULO V

NATURALEZA JURIDICA

A diferencia de la mayoría de los autores, nosotros nos ocupamos del estudio de la naturaleza jurídica del fideicomiso, no antes de estudiar la figura en sí, sino una vez que la conocemos y estamos en aptitud de colocarla en uno u otro campo del derecho. Respecto a la naturaleza jurídica del patrimonio fideicomitido, repetimos que dada la importancia que tiene para el tema central de este trabajo le hemos destinado un capítulo único, que es precisamente el siguiente, aunada tal circunstancia al hecho de que, como se verá, conociendo la naturaleza jurídica del fideicomiso será más sencillo explicar la naturaleza jurídica de su patrimonio, dado que en cierta forma, el segundo se explica con el primero.

1.- Para avocarnos al estudio completo de este rubro, analizaremos la institución desde dos distintos ángulos:

A.- Unilateralidad o plurilateralidad de su constitución.

B.- Su mercantilidad.

A.- Ha sido un perenne problema en la literatura jurídica de origen romanista, el dilucidar si el fideicomiso puede constituirse por simple declaración unilateral de voluntad o si por el contrario, requiere de un consenso de voluntades.

El problema ha sido alimentado en gran parte por el propio texto de las leyes reguladoras de la institución, y

es que éstas dan pauta para inclinarse tanto por una corriente como por la otra.

Los estudiosos de la materia se han avocado al análisis de esta cuestión sin lograr aún un consenso unánime sobre el particular.

Así, autores de la talla de Cervantes Ahumada (1), Landerrache Obregón (2), Molina Pasquel (3), Arrechea Álvarez (4) y Domínguez Martínez (5), opinan que la figura que estudiamos se configura por una simple declaración de voluntad.

Otros de no menos reconocida autoridad opinan que se está en el caso de una constitución contractual, tales como Batiza (6), Acosta Romero (7) y Lizardi Albarrán (8) entre otros.

La Banca mexicana, al parecer, es participe unánime de esta postura (9).

Los fideicomisos públicos o de Estado, se han constituido invariablemente por contrato.

El maestro Barrera Graf (10), seguido por Villagor^{do} (11) y Vázquez Arminio (12), opinan que se trata de una estipulación a favor de tercero.

El distinguido jurista Rodríguez y Rodríguez, se inclina por considerar que el fideicomiso se constituye unas veces en forma unilateral, otras contractualmente y unas más en forma plurilateral (13).

Fix Zamudio, es también participe de la corriente

ecléctica y sostiene, además de lo indicado por Rodríguez y Rodríguez, que puede revestir la forma de una estipulación a favor de tercero (13 bis).

El Dr. Alfaro, lo explica como un contrato tripartito (14).

Por nuestra parte, estamos convencidos de que el fideicomiso es la figura jurídica más amplia de nuestro sistema legal, la más flexible, versátil y polifacética.

Resulta por ello imposible enmarcarla dentro de un cuadro restringido, ya sea éste de índole unilateral, o bien bilateral.

Tal pretensión ha sido un error en la mayoría de los autores. Así por ejemplo, Lepaulle, al tratar de demostrar que ninguna de las tres partes integrantes de la relación jurídica es esencial para su existencia, recurre a ejemplos en que mezcla distintas especies de trusts sujetos a normas diversas de interpretación y funcionamiento entre sí. Baste para ello, notar que cualquiera de los ejemplos que toma como punto de apoyo, si bien encuentran cabida en algunas de las diversas clases de trust, no lo es así en otras tantas.

Los postuladores de la contractualidad del fideicomiso, encuentran escollos que resultan insalvables para su teoría, más por ella sacrifican aquéllos desviando así sus conclusiones. Esta situación es repetitiva entre los sostenedores de su unilateralidad.

En efecto, para quienes adoptan la teoría de la bilateralidad, el hecho de que el fideicomiso se constituya por testamento constituye una barrera que obliga a razonamientos -- forzados, al igual que los seguidores de la unilateralidad, el que sea común constituir fideicomisos por medio de contratos en que la fiduciaria adquiere más obligaciones que derechos, lo -- que no es propio de las declaraciones unilaterales de voluntad, o que en numerosas disposiciones legales se acuda a la denominación de "contrato", para referirse a los fideicomisos.

No hay razón para que lo infusible se intente fundir; si no es posible unificar las variedades de una figura, carece de motivo hacerlo, y por el contrario, lo idóneo es divi--dirlo.

Cada sector de la doctrina ha apuntado razonamientos cuya fuerza no ha podido ser plenamente rebatida por la contraria.

Es indudable que cada corriente tiene parcialmente razón en sus fundamentos, pues éstos tienen aspectos cuya fuerza y solidez no es fácil destruir.

Sin embargo, justamente por eso es que se colige -- que la institución que estudiamos puede constituirse, válidamente, en forma unilateral, bilateral e incluso trilateral.

El fideicomiso es más amplio que cualquiera de --- esas formas individualmente consideradas y abarca todas ellas.

Efectivamente, después de analizar el tema, nos in

clinamos por afirmar que a virtud de la flexibilidad y variedad del fideicomiso, es perfectamente posible constituirlo por declaración unilateral de voluntad, por un contrato bilateral, -- implicando dentro de esta categoría la estipulación a favor de tercero, y por último, por un acuerdo de voluntades trilateral con derechos y obligaciones recíprocos.

Como puntos de apoyo para estimar posible la constitución de un fideicomiso en forma unilateral, apuntamos los siguientes:

a).- El artículo 346 de la L.T.O.C. indica que en virtud del fideicomiso el fideicomitente destina ciertos bienes a un fin lícito, encomendando su realización a una institución fiduciaria. Esta norma, por indicar los efectos del fideicomiso sólo en relación al fideicomitente, sirve para sostener la consideración de que el fideicomiso sólo requiere de la voluntad del que destina los bienes, pues es quien señala el fin y encomienda la realización a la fiduciaria, y además, generalmente, es quien hace su designación.

b).- El artículo 347 de la L.T.O.C. establece la validez del fideicomiso aunque se constituya sin señalar fideicomisario, lo que corrobora la posibilidad de que tal figura se constituya, por lo menos, sin señalar fideicomisario.

c).- El artículo 350 de la Ley citada, establece que en caso de que al constituirse el fideicomiso no se designe nominalmente a la fiduciaria, se tendrá por designada la que --

elija el fideicomisario, o en su defecto, el Juez de primera --
instancia. Al igual que las anteriores, contiene elementos sufi
cientes para considerar que la Ley prevé la constitución del fi
deicomiso sin la concurrencia de la fiduciaria, pues si se ha--
bla de que "al constituirse el fideicomiso no se designe insti-
tución fiduciaria" debe entenderse que ésta no necesariamente -
participa de la constitución del mismo. Si se acepta que es po-
sible constituir un fideicomiso sin la concurrencia de la fidu-
ciaria, y que es válido sin señalar fideicomisario, se sigue --
una confirmación de la unilateralidad de constitución del fidei
comiso.

d).- El mismo precepto mencionado en el apartado -
que antecede, establece que salvo lo dispuesto en el acto cons-
titutivo del fideicomiso, cuando la institución fiduciaria no -
accepte o por renuncia o remoción cese en el desempeño de su car
go, deberá nombrarse otra para que la substituya, y si no fuese
posible esta substitución, cesará el fideicomiso. De consiguiente
te, el fideicomiso cesa porque no haya institución fiduciaria -
que acepte el cargo; ahora bien, conforme a la regla de que só-
lo cesa lo que ha sido, más no la inexistente, el fideicomiso -
ha existido como tal, pues sólo así se entiende que "cese". Con-
secuentemente, siendo que el fideicomiso existe sin la acepta--
ción de la institución fiduciaria, es posible constituirlo con-
ausencia de su voluntad, y si a la vez es válido el fideicomiso
constituido sin fideicomisario, entonces es posible constituir-

lo por simple declaración de voluntad del fideicomitente.

e).- El art. 352 de la Ley en cita, es contundente al decir que el fideicomiso puede ser constituido entre vivos o por testamento. En efecto, si tomamos en cuenta que el testamento es el acto unilateral por virtud del cual una persona dispone, igualmente en forma unilateral, de sus bienes para después de su muerte, es ineludible concluir que el fideicomiso puede constituirse unilateralmente vía testamento. El artículo a comentario no acepta especulación alguna dada su claridad.

f).- El art. 356 de la propia Ley, establece que - la fiduciaria no podrá excusarse o renunciar a su encargo sino por causas graves. Si la fiduciaria está obligada a aceptar el cargo, con las excepciones que prevé la Ley, sólo basta la simple decisión del fideicomitente para constituir un fideicomiso, según se ha dicho.

g).- El art. 357 fracc. VII del ordenamiento legal que se viene citando, establece que el fideicomiso se extingue en el caso del párrafo final del artículo 350, mismo que indicamos en el anterior inciso "d" y que por ello merece el mismo comentario, es decir, si el fideicomiso se extingue porque la fiduciaria no acepta, significa que el fideicomiso ya existía sin la aceptación de la fiduciaria, y entonces, el fideicomiso sí puede constituirse unilateralmente.

Claro está que en el caso presente, la transmisión de la propiedad de los bienes a la fiduciaria, se llevará a ca-

bo en el supuesto de que ésta acepte el cargo encomendado, lo cual constituye ya un distinto contrato para la ejecución del fideicomiso, pues éste quedó configurado desde la declaración unilateral del fideicomitente, dándose así todos los efectos inherentes, tales como la formación del patrimonio autónomo con la configuración y significado que le damos en el capítulo siguiente, es decir, distinto al genérico del titular, y consecuentemente, el hecho de que no se podrán ejercitar respecto de ese patrimonio, más derechos y acciones que los que a su fin se refieran y los expresamente reservados por el fideicomitente, los que para él deriven del fideicomiso mismo o los adquiridos con anterioridad a la constitución del fideicomiso por el fideicomisario o por terceros. El modelo más común de este tipo de constitución, lo es el formado por testamento.

Desde luego que al ser posible formarlo por testamento, resulta también hacerlo por acto inter vivos, pues no hay elemento alguno en aquél que no puede llenar éste con satisfacción.

De ello se concluye que el fideicomiso constituido en forma unilateral, no es en sí, traslativo de dominio, y ésta sólo opera a virtud del acuerdo posterior con la fiduciaria.

Todas estas razones que implican la posibilidad de que el fideicomiso se constituya unilateralmente, no son obstáculo para estimar también posible la formación de la figura a virtud de un contrato, pues su unilateralidad es tan sólo una posi

bilidad y no la única, y no hay razón para que una excluya a la otra.

La correcta armonía de la institución no sólo permite sino que obliga a admitir ambas posibilidades, circunstancia que corre de acuerdo a la amplitud y versatilidad de la figura, que sólo está limitada por la licitud de su finalidad.

En efecto, nada impide la constitución del fideicomiso vía contrato, y su justificación la encontramos en los siguientes argumentos:

a). Diversos cuerpos legales dan al fideicomiso el trato de un contrato, pues así lo denominan (15).

b). Si bien el artículo 347 de la Ley cambiaría admite la posibilidad de que el fideicomiso se constituya sin señalar fideicomisario, no niega la posibilidad de que se señale, sino que por el contrario, implícitamente está admitiendo que se señale e incluso que éste lo concienta.

c). El artículo 350 de la misma Ley, que prevé el caso de que no se designe nominalmente a la fiduciaria, implícitamente admite que el fideicomiso se constituya con su señalamiento, e incluso, con la aceptación de parte de ésta, lo que evidentemente forma un contrato. No es obstáculo para esta concepción el que la fiduciaria esté obligada a aceptar, pues ello no le resta valor a su manifestación de voluntad, que es el elemento central de los contratos.

d). El mismo razonamiento anterior es aplicable a-

lo dispuesto por el artículo 356 de la Ley cambiaria.

De lo anterior se concluye la también posible constitución de un fideicomiso a virtud de un contrato.

En esta especie de formación, encontramos cuatro variantes, a saber:

1. Contrato entre fideicomitente y fiduciaria, sin existencia de fideicomisario (16).

2. Contrato entre fideicomitente y fiduciaria, con fideicomisario distinto de los dos, caso en el cual se estará - ante una estipulación a favor de tercero, que no por ello deja- de ser un contrato (frente a la declaración unilateral de volun- tad) como lo han analizado debidamente Barrera Graf (17) y Vi-- llagordoa (18). Pero para que se dé este caso, se requiere que- el tercero fideicomisario carezca de una contraprestación hacia ambas partes contratantes; v.gr. aquél que se constituye con el fin de sufragar los gastos de estudio de una determinada perso- na, sin que ésta deba entregar nada a cambio al fideicomitente. El caso contrario, es decir, cuando el fideicomisario tenga una contraprestación a su cargo, o cuando tenga un derecho que dé - nacimiento al acto, encuentra cabida dentro del contrato pluri- lateral, como se explica adelante.

3. Contrato entre fideicomitente y fideicomisario, quedando este tipo de acto sujeto a las mismas normas que el -- constituido por declaración unilateral de voluntad en cuanto se refiere a la fiduciaria, traslación de dominio y ejecución del-

fin.

4. Contrato entre fideicomitente y fiduciaria, ---
siendo a su vez fideicomisario el primero.

Por último, el fideicomiso puede constituirse por medio de un contrato plurilateral, como ocurre con el fideicomiso de garantía, en que el fideicomitente es a su vez deudor, el fideicomisario acreedor, y la fiduciaria la encargada de llevar a cabo el fin estipulado. El ejemplo típico de esta variedad lo es precisamente el contrato de garantía.

En estas hipótesis contractuales, el acto se constituye en forma simultánea y así se manifiesta la voluntad de los contratantes, quienes adquieren derechos y obligaciones recíprocos, naciendo el acto como resultado del acuerdo mutuo de voluntades de los contratantes (19).

Salvo el inciso "3" anterior, en todos los casos - la traslación de dominio es propia del contrato y opera por mero efecto del mismo.

Concluyendo, el acto jurídico fideicomiso puede -- constituirse por declaración unilateral de voluntad, por contrato bilateral y aún por contrato plurilateral.

B. Mercantilidad del fideicomiso. Para avocarnos al presente estudio, resulta de vital importancia el tener una occión de los actos de comercio.

Sobre ello, nuestro sistema legal no aporta una de

finición y prefiere el sistema de la enumeración de los actos de comercio.

En forma principal, tal enumeración se hace a través del artículo 75 del Código de Comercio, y se vé complementada por diversas leyes entre las que se encuentran la cambiaria y la bancaria.

El sistema de la enumeración de los actos de comercio, sigue para tal fin dos vectores principales: lo subjetivo y lo objetivo.

Hay actos de comercio por el sujeto y los hay por el objeto.

Forman parte del primer grupo las fracciones XX, XXI y XXII del artículo 75 del Código de Comercio.

Forman parte del segundo grupo, los contenidos en las fracciones III, IV y XIX del mismo precepto legal.

Además, también se consideran los actos intrínsecamente mercantiles en oposición a los conexos (como son el depósito por causa de comercio, fianza y prenda, que siempre son -- accesorios).

Los intrínsecamente mercantiles son los que por su naturaleza propia adquierental carácter; v.gr. las operaciones de crédito reguladas por la Ley de Títulos y Operaciones de Crédito (art 10.) y las operaciones sobre títulos de crédito (art. 10. parr.prim. del Código de Comercio).

La clasificación en absolutos y mercantiles, obede

ce más bien a corrientes doctrinarias que legales.

Ahora bien, para aplicar tales criterios al fideicomiso, resulta necesario dividirlo en su fase constitutiva, de sus efectos, es decir, de su fase ejecutiva.

Uno es el acto constitutivo del fideicomiso, que - como tal puede llegar a consistir en un acto de comercio, y --- otro es el efecto de éste: su ejecución, que se lleva a cabo -- bien creando actos de índole mercantil o bien de índole civil - o de alguna otra especie.

La anterior división resulta de la naturaleza propia del fideicomiso en cuanto constituye, invariablemente, una operación de tracto sucesivo en oposición a los que se celebran y consuman en un solo acto. El fideicomiso en todos los casos, - es un acto jurídico de tracto sucesivo, pues su total consuma-- ción no se lleva a cabo en el momento mismo de su celebración, - sino con posterioridad a éste. .

Batiza critica tal división (20), diciendo que la ejecución del fideicomiso es la consecuencia legal y normal del acto constitutivo, pero que no existe una división horizontal - entre acto constitutivo y ejecución, sino que ésta es sólo la - continuación vertical de aquél, conservando la mercantilidad -- original en razón del sujeto de la relación.

Nos parece débil su fundamento, en razón de que eg timamos, para el punto a estudio, que la naturaleza (mercantil- o no) del acto inicial del fideicomiso no puede ir mas alla de-

tal momento, pues considerar lo contrario implicaría que los fi
deicomisos tienen, en su totalidad, la naturaleza jurídica de -
la materia que se le atribuye al acto constitutivo, lo que es --
inexacto, pues con tal criterio resultan inexplicables varios -
fideicomisos, entre los cuales pueden citarse, a manera de ejem
plo, los constituidos por vía de testamento (acto civil) y por-
medio de los cuales, como consecuencia de su ejecución, se crea
rá una empresa mercantil, debido a que sus efectos necesariamen-
te estarían regidos por la Ley que les correspondiera conforme-
a su constitución; a la inversa, tampoco encontrarían explica--
ción los fideicomisos constituidos por contrato con la fiducia-
ria cuya finalidad fuera la de proporcionar alimentos a un me--
nor (acto civil).

Por ello, se impone la división que apuntamos, se-
parando el acto constitutivo del período ejecutivo.

Aplicando los vectores seguidos por el legislador-
al enumerar los actos de comercio, obtenemos los siguientes en-
laces:

El fideicomiso no es un acto mercantil subjetivo -
por el sólo hecho de intervenir un banco.

Es cierto que conforme al artículo 350 de la -----
L.T.O.C., sólo pueden ser fiduciarias las instituciones expresa-
mente autorizadas por la L.I.C., y que dicha Ley autoriza para-
tal efecto a los bancos, así como que la fracc. XIV del art. 75
del Código de Comercio señala que las operaciones de bancos son

actos de comercio. Sin embargo, no debe olvidarse que el concepto "operación de banco" no se refiere a toda operación que celebre un banco, sino al contrario, son los bancos los que pueden celebrar tales operaciones.

En otras palabras, el concepto de banco, debe ser definido en función del de operación de banco y no a la inversa.

Los bancos se estructuran con base en la Ley, no la Ley con base a ellos.

Por eso afirmamos que la intervención de un banco en una operación de fideicomiso, no dá a éste carácter mercantil subjetivo vía "operaciones de bancos".

Entiéndase bien, no afirmamos que el fideicomiso no es una "operación de banco", y menos aún que las operaciones bancarias no sean actos de comercio; lo que afirmamos es que la intervención del banco en el fideicomiso, no constituye por sí sola la operación de banco y consecuentemente la mercantilidad del fideicomiso (21).

La intervención de los bancos en el fideicomiso, como tales, responde a la necesidad de que la figura ofreciera seguridad y garantía, evitándose así, que una institución novel en el sistema legal, con tanta posibilidad de éxito y provecho, se fuese a desacreditar ante un mal uso de ella. Además, también obedece a que el Estado, teniendo control sobre los bancos, tiene a su vez control sobre los fideicomisos para evitar su mal uso. Piénsese por ejemplo en los fideicomisos en zona pro-

hibida.

El fideicomiso tampoco es un acto mercantil por el bien u objeto, pues éstos pesan sobre "cosas mercantiles" lo -- cual no es común en el fideicomiso, aunque no imposible y que -- en la práctica se dá, pero no constituye una nota distintiva -- e invariable.

En efecto, en términos generales, el fideicomiso -- no tiene como objeto cosas mercantiles.

Hablamos del acto constitutivo del fideicomiso, y -- consecuentemente, debe pensarse como objeto del mismo los que -- en tal momento se afectan, más no los que con posterioridad y -- por virtud de la ejecución pudieran crearse, pues éstos, siendo -- futuros y casi siempre imprevisibles, no sirven para estructu-- rar la naturaleza inicial del acto.

No siendo una nota genérica y distintiva la presen -- cia de un objeto mercantil en el fideicomiso, no es útil para -- precisar la naturaleza de éste.

Creemos más bien que el fideicomiso es mercantil, -- y que debe tal carácter a dos elementos: ser una operación de -- crédito, y ser una operación de banco.

Se ha discutido sobre si el fideicomiso es o no -- una operación de crédito, habiendo posturas en uno y otro senti -- do, cosa que no debe extrañarnos, pues ello es común en casi to -- dos los aspectos de la figura.

Siguiendo al maestro Rodríguez y Rodríguez podemos

determinar que la operación de crédito tiene como rasgos distintivos: plazo, fiducia o confianza y transmisión actual de dominio a cambio de una contraprestación diferida (22).

En el fideicomiso si se dan tales elementos.

Hay plazo, puesto que el fideicomiso nunca se celebra y consume en un mismo acto, sino que siempre su cumplimiento es diferido en el tiempo.

Hay confianza, dado que los cimientos básicos en su historia y en su regulación actual, se estructuran sobre tal concepto (art. 356 infine L.T.O.C.).

Hay transmisión de dominio, toda vez que según vemos en el capítulo siguiente, el fideicomiso es traslativo de dominio del fideicomitente hacia la fiduciaria.

Hay, por último, contraprestación diferida, ya que la fiduciaria debe cumplir con el encargo hecho por el fideicomitente.

En consecuencia, el fideicomiso en su etapa constitutiva, sí es acto de comercio en cuanto es operación de crédito, pues así lo dispone el párrafo segundo del artículo primero de la L.T.O.C.

Por otro lado, el fideicomiso también es una operación de banco, cuenta habida de que se dá el fenómeno de la mediación que les es característica (23).

La fiduciaria es intermediaria entre el fideicomitente y el beneficiario, cuando lo hay, aunque éste sea el mis-

mo fideicomitente, pues formalmente existen dos personas.

Igualmente sirve de intermediaria cuando no hay beneficiario, o fideicomisario, pero aquí sera entre la riqueza y el producto, entre los bienes y el disfrute (24), de donde de-viene su mercantilidad atento el contenido de la fracc. XIV del art. 75 del Código Mercantil.

Lo anterior no pugna con nuestra posición de que el fideicomiso puede constituirse también en forma unilateral, por testamento, pues no obstante que éste es un acto civil, ello no impide que dentro de él se celebren actos mercantiles o de otra índole. Además, la transmisión de propiedad que es propia del fideicomiso, si bien no se lleva a cabo por la simple de-claración de voluntad, indefectiblemente se efectuará al aceptar la fiduciaria el cargo.

Concluyendo: el acto constitutivo del fideicomiso es mercantil en cuanto se trata de operación de crédito y opera-ción de banco.

En cuanto a la fase ejecutiva, estando ésta con-formada por actos en serie y no por uno sólo, resulta imposible -- atribuirle carácter de operación de crédito, pues éste, por --- ausencia, no esta formado por actos en masa, sino por unidad de de-negocio.

Puede sin embargo, resultar que por virtud de la - ejecución se lleven a cabo operaciones de crédito, pero ello no le dará a tal fase dicho carácter, pues éste sólo es atribuible-

a los actos que reúnan sus características.

En cuanto a operación de banco, el fideicomiso en su fase ejecutiva sigue la misma consecuencia.

No todos sus actos serán de "mediación" y consecuentemente tampoco serán "de bancos".

Lo que sí puede suceder, es que en la ejecución -- del fideicomiso se lleven a cabo, en forma escasa o dominante, -- tanto operaciones de crédito como de bancos, e incluso, cualesquiera otro tipo de actos de comercio señalados por la Ley, lo que de ninguna manera significa que esa fase revista tal calidad, pues a lo sumo se podrá afirmar que se llevaron a cabo, -- en forma dominante, actos civiles, mercantiles, laborales, etc.

El Dr. Rodríguez y Rodríguez define la operación -- de bancos en función de la de crédito, concluyendo que la celebración en serie de éstos, constituye aquéllos cuando son realizados por instituciones de crédito (25). Sobre lo mismo, la operación de banco no será la fase ejecutiva en sí, sino en todo -- caso, los actos que en tal encuadre se acoplen.

De consiguiente, a la fase ejecutiva del fideicomiso no le es atribuible el carácter de operación de banco o de -- crédito, y en consecuencia, acto de comercio; lo que sí puede -- revestir tal característica, son los actos que en su consumación se celebren.

Así por ejemplo, a los fideicomisos constituidos -- para el proporcionamiento de alimentos de un menor a través --

del manejo de determinadas empresas, es imposible atribuirle na
turaleza mercantil a la ejecución, aunque mucho tiene de ella, -
pues otro tanto tiene de naturaleza civil. Lo que sucede, como-
afirmamos, es que unos actos serán mercantiles (manejo de empres
a), otros serán laborales (actuando como patrón), otros serán-
civiles (proporcionamiento de alimentos), pudiéndo contener tamu
bién actos de otra indole como administrativos, fiscales, etc.

INDICE DE NOTAS AL CAPITULO V

IX

1. Cervantes Ahumada, Raúl. Titulos y Operaciones de Crédito.- 7a. ed., Porrúa, México, 1972, p. 289.
2. Landerrache Obregón, Juan. Naturaleza Jurídica del Fideicomiso. Jus, Revista de Derecho y Ciencias Sociales, México, -septiembre 1942, núm. 50, p. 206.
3. Molina Pasquel. "Los Derechos...", p. 139.
4. Arrechéa Alvarez, Maximino. Los Negocios Fiduciarios y el Fideicomiso, cit. por Domínguez Martínez, op. cit., p. 42.
5. Domínguez Martínez, Jorge A. Op. cit., p. 49 a 51.
6. Batiza, Rodolfo. "El Fideicomiso...", p. 126 y sig.
7. Acosta Romero, Miguel. El fideicomiso Público o de Estado.- (Conferencia-Curso de Actualización), Facultad de Derecho, -UNAM, México, diciembre de 1981.
8. Lizardi Albarran, Manuel. Ensayo Sobre la Naturaleza Jurídica del Fideicomiso. Tesis, México, 1945, p. 130.
9. Así se colige de las conferencias dictadas en septiembre de 1980 en el Primer Seminario Nacional de Servicios Fiduciarios, organizado por la Comisión Permanente de Operaciones-Fiduciarias de la Asociación de Banqueros de México, en Cooyoc, Edo. de Morelos.
10. Barrera Graf. Op. cit., p.p. 336 y sig., y 355, n. 21.
11. Villagordoa Lozano, Op. cit., p. 165 y sig.
12. Vázquez Arminio Rodrigo. "La Llamada Acción Reivindicatoria ..." p. 99, y Naturaleza Jurídica del Fideicomiso Mexicano y sus Principales Aplicaciones Prácticas. Librería de Manuel Porrúa, México, (Publicaciones del Ilustre y Nacional Colegio de Abogados de México), 1964, p. 26.
13. Rodríguez y Rodríguez, Joaquín. "Curso...", T.II, p. 532; y "La Separación..." p. 200.
- 13 Bis. Fix Zamudio, Héctor. Algunos Problemas Relacionados con el Fideicomiso Mexicano. cit. por Domínguez Martínez. Op. -cit., p. 44 n. 91.
14. Cfr. Batiza, Rodolfo, "El Fideicomiso...", p. 134.

15. Entre otras: L.I.C., artics. 45 fr. VII; 46 fr. II, fr. V, - etc.
16. Previsto en el art. 347, L.T.O.C., vid supra capítulo IV inciso 3.
17. Barrera Graf. Jorge. Op. cit., p. 312 y sig.
18. Villagordoa Lozano. Op. cit., p. 165 y sig.
19. Cfr. Ascarelli, Tullio. El Contrato Plurilateral. Tr. del -- italiano por René Cacheaux Sanabria, Jus, México, 1949; y Me ssineo, Francisco. El Negocio Jurídico Plurilateral. Tr. del Dr. Joaquín Rodríguez y Rodríguez, Jus, Revista de Derecho y Ciencias Sociales, México, Diciembre de 1944, núm. 77, p. -- 515 y sig.
20. Batiza, Rodolfo. ¿Es el Fideicomiso un Acto Absolutamente -- Mercantil?, en Estudios Sobre Fideicomiso, op. cit., p. 170.
21. Cfr. Rodríguez y Rodríguez, Joaquín. Derecho Bancario. 3a. - ed., Porrúa, México, 1973, p. 11 y sig.
22. Loc. cit., p. 13 y sig.
23. Vivante, César. Instituciones de Derecho Comercial. Tr. de - Ruggero Mazzi Reus, Madrid, 1928, p. 31.
24. Krieger Vázquez, Emilio. Notas Sobre el Fideicomiso. Cit. -- por Batiza, Rodolfo, en "¿Es el Fideicomiso...?", p. 19.
25. Rodríguez y Rodríguez, Joaquín. "Derecho Bancario". p. 19.

CAPITULO VI

PATRIMONIO FIDEICOMITIDO

El presente capítulo tiene por objeto esencial el dilucidar: si los bienes o derechos que forman parte del fideicomiso constituyen un patrimonio, y en su caso, su naturaleza y la persona a la que como tal, le es imputable.

Al efecto, hemos de considerar por lo pronto como patrimonio fideicomitido, aquéllos bienes o derechos que forman el objeto del fideicomiso una vez constituido.

En tal virtud, para ser acordes con nuestra postura ecléctica sobre las formas de constituir la figura, contamos con cuatro situaciones distintas del patrimonio en fideicomiso:

a). Cuando se constituye por acto unilateral del fideicomitente.

b). Cuando se constituye por acto bilateral entre fideicomitente y fideicomisario.

c), Cuando se constituye por acto bilateral entre fideicomitente y fiduciaria, con o sin beneficiario.

d), Cuando se constituye por acto trilateral.

Tales variantes serán analizadas una vez esclarecidos los primeros puntos.

El patrimonio se define como el conjunto de derechos y de obligaciones pertenecientes a una persona, apreciables en dinero (1).

Por tanto, los bienes que constituyen el objeto --

del fideicomiso, en cuanto conforman una relación jurídica que contiene derechos y obligaciones apreciables en dinero y pertenecientes a una persona, son un patrimonio.

1.- ¿Cuál es la naturaleza jurídica de ese patrimonio? De ello nos ocupamos en las siguientes líneas.

Con tal fin, se impone exponer en forma breve y sucinta las dos magnas corrientes que sobre el patrimonio se han formulado: A. Teoría clásica o del patrimonio-personalidad. B. Teoría moderna o del patrimonio-afectación.

A. La teoría clásica hace descansar sus bases en los siguientes principios (2):

a). El patrimonio es un conjunto de elementos activos y pasivos estimables en dinero que constituyen una universalidad jurídica.

b). Hay una vinculación indisoluble entre patrimonio y persona, porque el primero es inconcebible sin la segunda, y ésta supone aquél.

c). El patrimonio tiene dos aspectos: en sentido-objetivo o posibilidad de adquirir en el futuro y en sentido-subjetivo, como conjunto de bienes.

d). Toda persona necesariamente debe tener un patrimonio.

e). El patrimonio es uno e indivisible.

f). El patrimonio es inalienable durante la vida del titular.

g). El patrimonio constituye una entidad abstracta de orden intelectual; es una universalidad jurídica de existencia y naturaleza independientes de los elementos que la constituyen.

h). La relación entre patrimonio y persona es una relación semejante a la que tiene el propietario sobre la cosa; la única diferencia está en la naturaleza del objeto. En la propiedad se trata de un bien determinado; en cambio, la relación que tiene la persona sobre el patrimonio es sobre una universalidad, pero de naturaleza jurídica semejante a la que tiene el propietario sobre la cosa.

i). El patrimonio es la prenda tácita constituida en favor del acreedor. El deudor responde con todo su patrimonio presente y futuro. Por esto hay una prenda tácita de garantía en favor de los acreedores. Aún cuando en un momento dado el deudor sea insolvente, los acreedores tienen el derecho de ejecutar cuando el deudor tenga bienes.

j). Como consecuencia de que el patrimonio constituye una prenda tácita en favor de los acreedores, se desprende que no hay privilegios en los acreedores ordinarios en cuanto a la fecha. No es aceptado el principio de que el que es primero en tiempo, es primero en derecho. Como el patrimonio es prenda de todos los acreedores, éstos se pagarán a prorrata independientemente de las fechas de constitución de sus créditos. Sólo existen ciertos acreedores privilegiados y acreedores sobre bi

nes determinados, que se pagan preferentemente; pero los acreedores comunes, se pagan independientemente de la fecha de constitución de sus créditos, a prorrata, sobre el patrimonio del deudor.

B. La teoría moderna se ha estructurado principalmente sobre los puntos débiles de la anterior. Sustenta que una persona sí puede tener varios patrimonios; que pueden existir, - incluso, patrimonios sin sujeto; todo ello en razón de la común destinación de los elementos que la componen a un fin.

Nuestro sistema de derecho sigue principalmente la escuela del patrimonio-personalidad, pues establece que sólo -- las personas pueden tener un patrimonio como únicas posibilidades para ser titulares de derechos y obligaciones.

Sobre tal punto, el maestro García Maynes escribió lo siguiente: "Todo derecho es, a fortiori, facultad jurídica - de alguien, así como toda obligación necesariamente supone un - obligado. Hablar de derechos sin titular es contradecirse. La - noción de deber encuéntrase ligada inseparablemente al concepto de persona; entre ellos hay una relación del mismo tipo que la - que existe entre las ideas de substancia y atributo..." (3).

Acepta además nuestro sistema, como principio general, la indivisibilidad del patrimonio al decirse en el artículo 2964 del C. Civil que "El deudor responde del cumplimiento - de sus obligaciones con todos sus bienes, con excepción de ---- aquéllos que, conforme a la Ley, son inalienables o inembarga--

bles".

Como se vé, se rechaza la posibilidad de los patrimonios "autónomos" e "independientes" de toda persona y generalmente la indivisibilidad de los mismos.

C.- Pero nuestro derecho no sigue fielmente a la doctrina clásica, sino que acepta también en parte y como excepción, la teoría moderna.

En efecto, se acepta la divisibilidad del patrimonio en casos específicos.

Figuras como el patrimonio hereditario y la sociedad conyugal, entre otras, no encuentran explicación en la teoría pura del patrimonio-personalidad, pues en ellos se produce una escisión en el patrimonio genérico del titular, para formar un patrimonio separado, autónomo del genérico, pero perteneciente al mismo titular. Entiéndase bien, es autónomo e independiente del patrimonio genérico, más no de la persona.

Para explicar tales casos, se hace necesario acudir a la teoría moderna y aceptar la divisibilidad del patrimonio, y como consecuencia de ello, aceptar también la enajenabilidad del mismo. Pero para que se de tal supuesto, atento el contenido del numeral 2964 del C. Civil citado, es requisito indispensable que la separación de patrimonios tenga mención y reconocimiento especial en la propia Ley, pues sobre la base de que el sistema legal es un todo armónico, se estará ante una regla general establecida por el dispositivo legal citado, y ante las

excepciones permitidas por las leyes respectivas, mismas que -- constituirán precisamente los patrimonios separados.

Los ejemplos mencionados si gozan de tal reconocimiento legal.

Efectivamente, en cuanto a la masa hereditaria, el art. 1288 del C. Civil establece que a la muerte del de cujus - los herederos adquieren derecho a ella como un "patrimonio común" mientras no se haga su división, pero sólo se responde de las cargas de la misma "hasta donde alcance la cuantía de los bienes que hereda" (4) es decir, se consagra el beneficio de inventario. Esto hace que la masa hereditaria constituya un patrimonio distinto del genérico de la persona, pues ni éste responde por las deudas de aquél ni a la inversa. Hay por tanto, dos patrimonios, dos universalidades jurídicas, independientes entre sí, pero pertenecientes a un mismo titular, situación que está reconocida por el derecho por medio del artículo últimamente citado.

En la sociedad conyugal existe un patrimonio separado. Este lo constituye el que se aporta a la sociedad respecto del que se conserva como personal del consorte. Cada uno de ellos soporta un activo y un pasivo de manera independiente entre sí, situación que se encuentra reconocida por el sistema legal a través del artículo 189 fr. III del C. Civil.

El patrimonio fideicomitido también goza de tal reconocimiento del derecho para ser considerado como un patrimo--

nio separado del genérico de su titular, pues de acuerdo a los numerales 346 y 351 de la L.T.O.C. los bienes que se fideicomiten quedan "afectos" al fin que se destinan. Dicha afectación surge por virtud de la común destinación de los bienes para el logro de una finalidad.

D.- ¿Cuales son las consecuencias de la afectación a un fin?.

En nuestro sistema legal la respuesta está dada -- por el propio artículo 351 de la Ley Cambiaria y por el 45 fr.- III infine de la L.I.C.

En efecto, en dichos dispositivos legales se establece que a consecuencia de la afectación, solo podrán ejercitarse respecto a los bienes dados en fideicomiso, "los derechos y acciones que al mencionado fin se refieran", y que "en ningún caso estos bienes están afectos a otras responsabilidades que las derivadas del fideicomiso mismo". Este es el significado y alcance de "afectar" en fideicomiso. Las excepciones las señala el mismo art. 351 de la Ley citada.

En consecuencia, si hay un patrimonio afectado a un fin, y sólo pueden ejercitarse respecto de él los derechos y acciones que al mencionado fin se refieran, significa que con tal esfera patrimonial no se responderá de las deudas causadas u originadas por el patrimonio genérico, produciéndose la separación del patrimonio fideicomitado respecto del resto del patrimonio de su titular.

Desde luego que una vez demostrada la escisión patrimonial que crea un patrimonio separado del genérico, es consecuencia que éste sea independiente de aquél, lo que equivale a la nota de la autonomía. Sólo aceptamos tal nota dirigida hacia el patrimonio, no hacia la persona.

De consiguiente, se está ante una excepción, reconocida por el derecho, al principio general establecido en el artículo 2964 del C. Civil y a la teoría clásica del patrimonio, pues en el fideicomiso encontramos un patrimonio separado del genérico de su titular. Ni el patrimonio genérico responde de las deudas del patrimonio separado, ni éste de las de aquél, sino que cada uno responde de las deudas en ellos y por ellos originadas.

Esta esfera patrimonial separada, goza de las mismas características de los patrimonios genéricos, como el ser una universalidad jurídica, atribuible a una persona, divisible por excepción, etc. Este último rasgo es el fundamento base para los fideicomisos llamados "en cadena", que son aquéllos que al ejecutarse celebran otro fideicomiso con parte o la totalidad del patrimonio que lo conforma, y así sucesivamente.

La universalidad jurídica que se le atribuye al patrimonio, consiste en que se extiende a través del tiempo y del espacio, abarca lo presente y lo futuro sin que esa universalidad se destruya. Independientemente de que los elementos integrantes del patrimonio varíen, la universalidad jurídica es in-

mutable y sigue existiendo como realidad jurídica.

De tal virtud también goza el patrimonio en fideicomiso.

E.- Por otra parte, y atento que el precitado artículo 2964 del C. Civil excepciona los bienes inembargables y los inalienables de la prenda común de los acreedores, es conveniente distinguirlos de los patrimonios separados, pues no ha faltado quien afirme que el patrimonio en fideicomiso, los bienes de la masa hereditaria, el patrimonio de familia, etc. no son sino -- bienes tan sólo inembargables, pero no configurantes de un patrimonio.

Los bienes inembargables son aquéllos que, por disposición de la Ley, no son susceptibles de secuestro judicial, atendiendo a razones que pueden variar desde el respeto al derecho a percibir una remuneración que otorgue condiciones mínimas de subsistencia decorosa, hasta el respeto mismo a dichas condiciones y al mantenimiento de los elementos o materiales encaminados a obtenerla (5), así como con el fin de no alterar unidades económicas o por otros casos de interés público.

Estos bienes, al transformarse en otros distintos, no protegidos por las disposiciones legales limitativas, dejan de estar bajo el régimen de inembargables. Esto se traduce en que su metamorfosis, no los hace conservarse dentro del mismo régimen jurídico que los protege y desliga de ser prenda común de los acreedores, y por ende, los distingue de ser un patrimonio

nio.

Los patrimonios separados, atendiendo a su nota de universalidad, con independencia de su transformación serán --- siempre un patrimonio separado del genérico de su titular, o -- por lo menos durante el lapso que dure la figura jurídica que - les otorga tal naturaleza, lo que los excluye de ser prenda común de los acreedores cuyos derechos emanan del patrimonio genérico.

Además, no es requisito de los patrimonios separados el ser inembargables; el patrimonio separado puede ser em--bargable por créditos originados en su seno, con excepción de - los que dentro de sí sean inembargables; pero no podrá ser se--cuestrado por deudas nacidas del patrimonio genérico.

En cuanto a la inalienabilidad de ciertos bienes,-- sucede algo similar. Se declaran en tal estado con fines de in--terés público, y justamente por ello, no es posible enajenarlos ni en todo ni en parte.

El patrimonio separado sí puede ser enajenable.

Con lo anterior, se evitan las especulaciones y -- confusiones entre patrimonios separados y bienes inembargables-- o inalienables.

En conclusión; los bienes fideicomitidos forman un patrimonio destinado y afectado a un fin, autónomo, separado o--independiente del resto del patrimonio de su titular.

2.- Hemos delucidado ya en sí, la naturaleza jurídica-

de los bienes que se dan en fideicomiso, pero aún queda por tratar el difícil tema de su titularidad.

Para tal efecto, nos servimos de la voz "titular" y no "propietario" porque en el fideicomiso no necesariamente se negocian derechos constitutivos de propiedad en sentido estricto (6), sino también derechos que no son susceptibles de ella.

Titular significa, en sentido jurídico, el sujeto activo de un derecho. Aceptación amplia que abarca derechos de propiedad y de crédito.

Titularidad es la cualidad jurídica que determina la entidad del poder de una persona sobre un derecho o pluralidad de derechos dentro de una relación jurídica (7).

¿Tiene el patrimonio en fideicomiso un titular? o carece de él.

En nuestro sistema legal, a diferencia del germano- por ejemplo, no se concibe un patrimonio sin titular, por lo que rechazamos categóricamente que el patrimonio fideicomitado carezca de tal sujeto. Todo derecho implica un sujeto, es decir, son derechos subjetivos, de "alguien" y no de "algo". El concepto de derecho es indisoluble del de persona.

Si el patrimonio en fideicomiso no perteneciera a una persona no sería patrimonio, pues por definición, éste pertenece a aquél.

A.- Pierre Lepaulle fué fuertemente influenciado por la teoría del patrimonio-afectación: aquéllos que no pertenecen a -

una persona. Esto se aprecia de los razonamientos que esgrime y de la bibliografía que cita.

El estudio de su postura resulta importante, dado que su tesis es la que inspiró fundamentalmente la definición del fideicomiso mexicano según lo declaró el propio legislador (8).

Lepaulle, en su tratado, afirma al referirse a la naturaleza del trust, que la única manera de abordar el problema consiste en buscar los elementos esenciales para su formación y vida; concluye que esos elementos son: un patrimonio distinto, determinado y una afectación (9).

Agrega que un trust necesariamente supone derechos patrimoniales sobre los que recae; que esos derechos no deben estar en el patrimonio de nadie; que quedan integrados a un todo distinto; que la "res" constituye una universalidad.

Hay además una afectación, señala; si tal afectación no se especifica, si se hace imposible o es ilícita o no se realiza, el trust cae.

Para terminar, propone la siguiente definición: -- "El trust es una institución jurídica que consiste en un patrimonio independiente de todo sujeto de derecho y cuya unidad está constituida por una afectación libre, en los límites de las leyes en vigor y del orden público" (10).

Es clara su simpatía por la teoría moderna del patrimonio afectación sobre la cual estructura la naturaleza de -

la institución.

Por ello, resulta fuera de lugar la esencia jurídica del fideicomiso dada por Lepaulle aplicada al fideicomiso mexicano, puesto que nuestra legislación vigente rechaza la disociación de patrimonio y persona.

Francamente no dudamos que en lo futuro nuestra legislación adopte la posibilidad de que los patrimonios se independicen de toda persona, pues el intenso crecimiento del tráfico-comercial nacional y externo obliga a buscar nuevas formas legales que faciliten su curso. Sin embargo, lo cierto es que por el momento es rechazada tal posibilidad; ante la teoría clásica del patrimonio que en forma principal sigue nuestro sistema legal, la teoría de Lepaulle es inaceptable.

En consecuencia, a la luz del derecho positivo mexicano, el fideicomiso no puede consistir en un patrimonio autónomo de todo sujeto de derecho.

El error del jurista francés consistió en que para explicar el régimen legal de los bienes fideicomitados, en poder del trustee (fiduciario) tuvo que desviarse hacia los patrimonios autónomos, en lugar de sostener la separación de patrimonios, aunque ámbos con titular.

La errónea interpretación del trust por Lepaulle, fuente inspiradora de la actual regulación de nuestro fideicomiso, no puede pasar a formar parte del derecho positivo mexicano, ya que la recepción de una figura extraña a un sistema legal de

be amoldarse al marco jurídico de éste y no a la inversa.

B.- En México, el patrimonio fideicomitado debe tener, por fuerza, un titular. De dilucidar quién es ese titular nos ocupamos en seguida.

Como ya hemos visto, en el antecedente romano del fideicomiso la transmisión de la titularidad era evidente.

A su vez, en el derecho angloamericano nunca se ha negado que en el trust, el trustee adquiriera la propiedad de los bienes dados en fideicomiso.

De tal suerte, si el derecho romano o el angloamericano se consideran fuente auténtica de interpretación del fideicomiso actual, es inobjetable la titularidad de la fiducia sobre los bienes afectados.

Sin embargo, no puede ser aplicable íntegramente una figura de derecho sajón al sistema romanista, dada la diferencia entre ambos, la cual se cristaliza en la especie en que en el trust se acepta el derecho en "equidad" del beneficiario.

Respecto a los antecedentes romanos, tampoco pueden servir de fuente total de interpretación de la actual figura, dado que es bastante la diferencia entre ésta y aquéllos, además de que la vigente tuvo inspiración parcial en el trust.

Es necesario estudiar entonces la institución en las normas legales vigentes.

Por eso, para analizar la titularidad del patrimonio fideicomitado, en mérito de nuestra postura ecléctica sobre

la constitución del mismo y por ende la variedad de formas para su formación (11), debemos distinguir su construcción unilateral de la contractual.

Para tal efecto, cabe formular dos preguntas: ----
¿Quién realiza la "afectación" del patrimonio fideicomitado?, y consecuentemente ¿En la esfera de quién opera la separación de patrimonios?.

En los casos en que la formación de la institución se logra mediante una declaración unilateral, la titularidad -- del patrimonio fideicomitado le corresponde inicialmente al pro pio formador de la figura, es decir, al fideicomitente.

En efecto, no debemos olvidar que la destinación y afectación de los bienes a un fin, es un acto que requiere de - la capacidad de "disponer" sobre dichos bienes, y por lo tanto, el único facultado para afectarlos es su titular originario, es to es, el fideicomitente. No podía ser de otro modo, y el mismo artículo 346 de la L.T.O.C. establece que es el fideicomitente- el que destina los bienes a un fin.

Considerando que el fideicomitente, como propietario inicial es quien "destina" los bienes y los "afecta" por -- tanto a un fin, debe inferirse que es en su patrimonio genérico donde opera la separación de patrimonios.

A mayor abundamiento, como en la construcción unilateral del fideicomiso no concurre la fiduciaria ni el fideico misario, en caso de haberlo, es imposible que alguno de éstos -

sea el titular del patrimonio fiduciario con ausencia de su voluntad o incluso en contra de ella.

En consecuencia, el fideicomitente, destinante y -afectante de los bienes objeto del fideicomiso, es su primer ti tular una vez constituido éste por vía unilateral.

En todos los casos en que el fideicomiso se consti tuye sin la participación de la fiduciaria, acontece igual, dado que, como adelante se explica, ésta es a quien el fideicomitente transmite la titularidad de los bienes. Esto se traduce - en que cuando el fideicomiso se constituye aún por contrato, en tre fideicomitente y fideicomisario, el mismo fideicomitente -- es temporalmente el titular de los bienes dados en fideicomiso.

Mientras la fiduciaria no manifieste su aceptación al cargo, o no sea condenada a ello por sentencia ejecutoriada, no se convierte en titular de los bienes afectados, y mientras-tanto, el fideicomitente conserva la titularidad de los mismos. Si no operan los supuestos señalados, el fideicomiso se extin-- gue, de acuerdo a lo dispuesto por el artículo 357 fracción VII en relación al 350 in fine de la L.T.O.C.

Como ya lo apuntábamos, en estos casos en que la -fiduciaria no es parte del acto constitutivo del fideicomiso, -se requiere un contrato posterior con la fiduciaria para que el fin del fideicomiso sea ejecutable, y entonces, por virtud de -ese convenio se opera una transmisión de dominio, por efecto del contrato, y pasa el patrimonio fideicomitado a la titularidad de-

la fiduciaria con las mismas características con que se le transmite, esto es, afecto a un fin. Tal es así por disposición de la Ley, pues al sólo poder ejercitarse respecto de ellos los derechos y acciones relativos al fin, la transmisión a la fiduciaria es un acto tendiente a ello, y la enajenación a la misma no le quita el carácter de afectación al patrimonio. Lo que la fiduciaria adquiere es lo que le transmiten, y si se transmite un patrimonio afectado, eso es lo que recibe.

Igualmente, hay transmisión del patrimonio fideicomitido a la fiduciaria en las formas constitutivas de fideicomiso en que ésta participa, pues se entiende en esos casos que su voluntad de aceptar el cargo es manifiesta. La destinación, afectación y transmisión de la titularidad del patrimonio fideicomitado opera concomitantemente, en un solo acto.

La titularidad de la fiduciaria sobre el patrimonio en fideicomiso está dada por la propia Ley.

En efecto, el artículo 356 de la Ley Cambiaria, establece que la fiduciaria tendrá todos los derechos y acciones que se requieran para el cumplimiento del fideicomiso. Luego entonces, si el titular de un patrimonio es aquél sujeto activo de un derecho, como lo hemos definido, la fiduciaria es titular del patrimonio fiduciario en cuanto que es el sujeto activo de los derechos de cumplimiento del fin a que está afectado, máxime -- que el dispositivo 351 del propio cuerpo legal citado establece que respecto de esos bienes no podrán ejercitarse más derechos--

y acciones que los que al mencionado fin se refieran; esto significa que la fiduciaria es la titular de los únicos derechos - que se pueden ejercitar respecto de esos bienes.

Esta titularidad atribuida a la fiduciaria se confirma, sin género de duda, con lo preceptuado por el artículo - 45, fracción II inciso "c" de la L.I.C., y que al referirse a - las responsabilidades de la fiduciaria le otorga el tratamiento de "titular" de derechos que le han sido transferidos (12), pues dice: "Cuando se trate de operaciones de fideicomiso por las -- que la institución ejercite como titular derechos que le han si do transferidos con encargo de realizar un determinado fin...". De consiguiente, en el momento en que la fiduciaria interviene en un fideicomiso, ya sea a su constitución o mediante contrato ulterior, se convierte en titular del patrimonio fideicomitado.

C.- El Dr. Molina Pasquel, sustenta una tesis interesante sobre la titularidad de la fiduciaria, fundándola en los siguientes términos:

Parte de la base de que la vigente Ley General de Instituciones de Crédito y Organizaciones Auxiliares de 1941, - en sus artículos transitorios estableció la derogación de los - de la Ley de 1932 que se opusieron a la nueva Ley. Esta los de la de 1926 que se opusieran a ella; que la Ley de Bancos de Fideicomiso de 30 de junio de 1926 fué vaciada en la de Institu-- ciones de Crédito y Establecimientos Bancarios de 31 de agosto de 1926.

Considera además el Dr. Pasquel, el texto del artículo 12 de la Ley de Bancos de Fideicomiso de 1926, equivalente al 108 de la Ley de Instituciones de Crédito y Establecimientos Bancarios del mismo año, que decía: "Los bienes entregados para la ejecución del fideicomiso, se consideran salidos del patrimonio del fideicomitente, en cuanto sea necesario para dicha ejecución o por lo menos gravados a favor del fideicomisario...".

Con esas bases, formula los siguientes razonamientos: "El legislador de 1932 abandonó el sistema del 'mandato -- irrevocable' que sustituyó por la doctrina de Lepaulle de 'la afectación', entendida también como una transmisión; y desechó toda idea de gravámen en favor del beneficiario o fideicomisario... . Por su parte, la Ley General de Títulos y Operaciones de Crédito, que en su texto recogió el capítulo "del fideicomiso propiamente dicho" de la Ley de Instituciones de Crédito de 1926, derogó todas las disposiciones y leyes que se opusieran a la de que se trata, es decir, todas las normas en materia de fideicomiso que se opusieran a la nueva recepción hecha conforme a la teoría de la afectación. Pero habiéndolo sido silenciosa en cuanto a la traslación de dominio que se opera cuando se estipula en un fideicomiso que la titularidad de los bienes y la facultad de disposición radica exclusivamente en el fiduciario, debe reputarse vigente la primera parte del artículo 12 arriba transcrito, equivalente al 108 de la Ley General de Instituciones de Crédito de noviembre de 1926, que es el formalmente vigente.

Por esta razón, pues, no solamente como un antecedente legislativo, sino como una norma vigente, debe reputarse fundamentada la traslación de la propiedad cuando se trate de fideicomisos sobre fincas o inmuebles en los que el fideicomitente no se reserva derechos..." (13).

Si bien la tesis del Dr. Molina Pasquel posee consistencia jurídica, debemos agregar que la teoría de la afectación que recogió el legislador de 1932 no fue únicamente inspirada en Lepaulle, sino también en el propio Dr. Alfaro, que a la época era de los principales expositores de la institución - (14).

Aún cuando pensamos que la anterior construcción obedece más a la intención de su autor por dar consistencia a la transmisión de titularidad del fideicomiso, que a una verdadera investigación sin intereses creados, conciente o inconcientemente, lo cierto es que la tesis que sustenta es fundada en derecho y merece ser tomada en cuenta.

D.- Ahora bien, analizada ya la institución en todas sus partes, estamos en aptitud de definirla. Según nuestro criterio, que considera todos los elementos estudiados, conceptuamos al fideicomiso de la siguiente manera:

Es la figura jurídica por virtud de la cual una -- persona llamada fideicomitente, transmite a otra llamada fiduciario, la titularidad de ciertos bienes y derechos o sólo los segundos, para que ésta los realice al fin destinado, bien en -

beneficio de una tercera llamada fideicomisario, del fideicomitente mismo o sin beneficiario.

INDICE DE NOTAS AL CAPITULO VI

XI

1. Planiol, Marcel. Tratado Elemental de Derecho Civil. Los Bienes. Tr. de la 12a. ed. francesa por José M. Cajica Jr., Cajica, Puebla, 1955, p. 15.
2. Rojina Villegas, Rafael. Compendio de Derecho Civil. T. II, - Porrúa, México, 1973, p.p. 8 y 9.
3. García Maynes, Eduardo. Introducción al Estudio del Derecho. 16a. ed., Porrúa, México, 1969, p. 283.
4. Cfr. Rojina Villegas, Rafael. Derecho Hereditario o Sucesiones. Tomo 54 de la "Biblioteca del Maestro". El Nacional, México, 1942, p. 15.
5. Cfr. artic. 544 C.P.C. y el 952 de la Ley Federal del Trabajo.
6. Cfr. Molina Pasquel, Roberto. "Evolución..." p. 13; y "El -- Fideicomiso en Garantía". p. 93.
7. Diccionario de Derecho Privado. cit. por Villagordoa Lozano. Op. cit., p. 130.
8. Macedo, Pablo. Op. cit., p. XXXVIII.
9. Lepaulle, Pierre. Op. cit., p.p. 19 y 20.
10. Loc. cit., p.p. 23 y 24.
11. Vid. supra capítulo V, inc. A.
12. Cfr. Villagordoa Lozano. Op. cit., p. 129.
13. Cfr. Molina Pasquel, Roberto. "El Fideicomiso..." p.p. 92 y 93.
14. Cfr. Macedo, Pablo. Op. cit., p. XXXIX.

TITULO SEGUNDO

LA QUIEBRA

CAPITULO I

BREVE HISTORIA. EVOLUCION

El derecho de quiebras es una rama del derecho mer-
cantil. Este es el género, aquél es la especie.

El derecho comercial, y por ende el derecho de ---
quiebras, han tenido una evolución muy particular en su desarro-
llo.

Creemos que la materia mercantil se puede catalo-
gar como la más vertiginosamente cambiante, pues las relaciones
comerciales, encuadradas en aquélla, varían y progresan a un --
ritmo sumamente acelerado.

Los derechos mercantil y de quiebra, fueron prime-
ramente subjetivos y seguidamente objetivos, y aunque parezca -
contradictorio, estos razgos evolutivos no han ido siempre a la
par exacta en una y otra materia.

Para demostrarlo analicemos la evolución somera de
una y otra.

1.- La materia del derecho mercantil ha variado se-
gún la época de que se trate, pero nunca, ni aún hoy, ha sido -
posible delimitarla con exactitud y perfección; unas veces ha -
sido totalmente vaga, otras impreciso, otras defectuoso y otras
más excesivo.

En efecto, se acepta generalmente que en la anti-
güedad era imposible delimitar la materia mercantil porque sus-

sistemas carecían de normas que regularan en forma especial dicha rama.

En Italia, en la Edad Media, nace propiamente dicho el derecho mercantil, como resultado de la necesidad de -- aplicar a un determinado grupo de personas, ciertas normas especiales. Era la época del derecho subjetivo.

Pero los problemas ocasionados al tratar de determinar cuando y en que casos era aplicable, la natural expansión de las corporaciones, el creciente aumento del comercio y la -- confianza que se otorgó a las resoluciones de los Cónsules, trajeron como consecuencia que con el tiempo se fuera ampliando la jurisdicción consular y que la concepción inicial y fundamentalmente subjetiva, fuera adquiriendo tintes objetivos. La juris--dicción consular se extendió a negocios de depósito en custodia, de venta de mercaderías, fletamento, seguros, etc. El derecho -mercantil era objetivo.

Pero existe una nueva y moderna concepción del derecho mercantil que no es precisamente ni subjetiva ni objetiva.

La excesiva abundancia de producción y el tráfico-racionalizado para la rápida satisfacción de necesidades siem--pre crecientes y abastecimiento de grandes mercados que caracterizan la economía actual, hacen obsoleto el regular actos aislados, como generalmente se hace al delimitar o expresar la materia mercantil. Estos exigen una moderna regulación especial y -diversa de aquéllos.

Esa generación de actos masivos requiere de una organización especializada y profesional: de una empresa.

Este es el nuevo concepto del derecho mercantil. - Ya no es el derecho de los comerciantes; ya no es el derecho de los actos de comercio. Es el derecho de las empresas (1).

En las empresas, con ellas y por ellas, se reali--zan los actos reiterados o masivos.

A partir del Código Alemán, las teorías sobre la --empresa se han desarrollado altamente para convertirla en el --eje central del derecho mercantil.

El unificado Código Civil Italiano de 1942 consa--gra ya esa nueva concepción en su articulado.

Desde luego que ello de ninguna manera significa --dotar a las empresas de personalidad jurídica. Las empresas son una organización que celebra actos en masa, y especialmente ac--tos de comercio.

Nuestro Código de Comercio data de 1889. Se trata--de un ordenamiento obsoleto, que ha quedado atrás a la evolu---ción real del derecho comercial, a las prácticas mercantiles.

Por ello, su concepción basada principalmente (pe--ro no exclusivamente) en los actos de comercio, es ya periclitada y fuera de época.

No obstante, en su artículo 75 que ha sido considerado como el que principalmente determina la materia mercantil, contiene ya en sus fracciones de la V a la XI referencia expre--

sa a las "empresas".

Es cierto que no obstante lo anterior, nuestro Código de Comercio no recoge plenamente la nueva concepción del derecho mercantil, pero también dijimos que aún a pesar de ser éste el género y el derecho de quiebras la especie, no han avanzado paralelamente en su evolución, pues éste, y específicamente la Ley de Quiebras, sí esta ya elaborada sobre el nuevo concepto de empresa.

2.- En Roma, si bien no había un derecho de quiebras, sí se daba ya la situación propia de ésta en ciertos aspectos, pues se refería al cumplimiento forzoso de las obligaciones por uno o varios acreedores.

Mediante la manus injectio (acción de la Ley para ejecución forzosa), el deudor incumplido, por sentencia o confeso, quedaba como esclavo o preso del acreedor. Si no se pagaba y si nadie salía como fiador, pasados treinta días el acreedor tenía derecho a tenerlo esclavizado o castigarlo con la muerte o venderlo al extranjero al otro lado del Tiber o a partirlo en pedezos y repartirlo entre sus acreedores.

Claro esta que tal "partir secanti" era, creemos, más bien una fórmula simbólica que una realidad.

Operaba entonces el principio de que el esclavo adquiría para su dueño.

Todo esto significaba que el deudor debía responder por la totalidad de sus deudas con todos sus valores perso-

nales: la libertad, el honor y la vida.

El proceso era privado y eminentemente subjetivo, personal.

La Lex Poetilia marca el tránsito del sistema de ejecución personal o subjetiva al sistema de ejecución patrimonial, al establecerse que por las deudas deberían responder los bienes y no el cuerpo del deudor.

Este principio subsiste hasta nuestros días con rango constitucional.

Con la *Missio in possessionem*, los acreedores podían tomar posesión de los bienes del deudor y administrarlos por medio de un *curator*; además, con la "*venditio bonorum*" se procedía a la venta en bloque del patrimonio del deudor. Para evitar la infamia que con ello se acarreaba, se estableció la "*cessio honorum*", por la que el deudor entregaba o cedía sus bienes a sus acreedores para que éstos los vendieran y su producto lo aplicaran a sus créditos.

Así el cumplimiento obligacional adquirió un matiz patrimonial, objetivo, en oposición al subjetivo o personal.

Actualmente, en nuestro sistema legal la empresa ocupa el lugar central del derecho de quiebras. Así lo declaró expresamente el legislador (2), y así se desprende de su artículo como adelante se demuestra.

De aquí parte la consideración a que aludimos respecto de la disparidad en el progreso del derecho mercantil en

relación al derecho de quiebras.

En tanto que el género es obsoleto y ha quedado -- atrás a la concepción moderna del derecho comercial, la especie, el derecho de quiebras, se funda en las corrientes actuales para estructurarse, doctrinas éstas que estiman al derecho mercantil como el derecho de las empresas mercantiles.

En efecto, los redactores de la Ley intentaron seguir una línea moderna en la elaboración de la misma, y consideraron como principio fundamental, el que la empresa es el personaje central del derecho mercantil.

Por su importancia, consideramos esencial transcribir la parte respectiva de la exposición de motivos de la Ley:

"Para la Comisión, es evidente que el derecho mercantil de nuestros días no es un derecho que se aplica sólo a una determinada clase de actos, los de comercio, ni a una clase profesional delimitada, la de los comerciantes. El derecho mercantil de nuestros días se muestra cada vez más como un derecho que afecta a una determinada categoría de empresas: las empresas mercantiles, que se califican por la realización de actos en masa. De este modo, dejan de ser conceptos centrales del derecho mercantil los comerciantes y acto de comercio, y pasa a ocupar aquél lugar el de empresa mercantil; por esto, el principio fundamental que ha inspirado el proyecto, ha sido el de revaloración de la empresa como personaje central del derecho mercantil. De ahí surge la necesidad de consagrar legislativamente el principio de la conservación de las empresas no sólo como tutela de los intereses privados que en ella coinciden, sino sobre todo, como salvaguardia de los intereses colectivos que toda empresa mercantil representa" (3).

Por todo ello, compartimos la sabia deducción de Apodaca y Ozuna: si el derecho mercantil es el derecho de las empresas mercantiles, el derecho de quiebra (rama de aquél), es el derecho de quiebra de las empresas mercantiles (4).

TITULO SEGUNDO

INDICE DE NOTAS AL CAPITULO I

XII

1. Rodríguez y Rodríguez, Joaquín. Ley de Quiebras y Suspensión de Pagos. Concordancias, Anotaciones, Exposición de Motivos y Bibliografía. 8a. ed., Porrúa, México, 1980, p.p. 6 y 7.
2. Ibid.
3. Ibid.
4. Apodaca y Ozuna, Francisco. Presupuestos de la Quiebra. Tesis, Stylo, México, 1945, p. 207.

CAPITULO II

ANTECEDENTES EN MEXICO

En materia de quiebras, las disposiciones legales que primeramente rigieron nuestro país lo fueron las Ordenanzas de Bilbao (1737), cuya vigencia se prolonga desde la época colonial hasta muy después de la Independencia.

Posteriormente, el Código de Comercio de 1854, perteneciente ya a la legislación propiamente mexicana, se ocupó del asunto con influencia española y francesa.

Más tarde, el Código de Comercio de 1889, parcialmente en vigor, la reguló con mejor técnica y en dos libros.

En la actualidad, la Ley de Quiebras y Suspensión de Pagos, publicada en el Diario Oficial de fecha 20 de abril de 1943, es el ordenamiento jurídico que rige la materia y que derogó precisamente las disposiciones relativas del Código de Comercio de 1889.

Resulta curioso observar que ninguna de las leyes citadas aporta una definición de la institución que analizamos, lo que habla ya de la dificultad para conceptuarla.

La Ley actual, observa como fuentes fundamentales que inspiraron su estructura, el articulado que deroga, la jurisprudencia, el derecho italiano y el español. Esto es importante si se toma en consideración que la legislación italiana regula la empresa, misma que nuestra Ley de Quiebras y Suspensión de Pagos toma como eje central.

CAPITULO III

ASPECTOS GENERALES

1.- Una persona puede encontrarse en imposibilidad de cumplir sus obligaciones por impotencia patrimonial: o lo -- que es lo mismo, un patrimonio puede adolecer de insuficiencia-- para cubrir su pasivo. Los acreedores se presentan ante una in-- seguridad para obtener el cumplimiento de sus créditos; los de-- pendientes económicos que existan respecto de la organización -- patrimonial considerada como empresa, se verán ante la posible-- desaparición de la fuente de trabajo; el Estado sentirá que la-- estructura económica y la seguridad jurídica corren grave ries-- go.

Estas situaciones son las que crean y fundamentan-- la quiebra y en base a las cuales se asientan sus principios.

Por derecho de quiebra se entiende entonces, el -- conjunto de normas que fijan los medios de prevenir aquélla y -- de resolver la que haya sido declarada.

A su vez, la quiebra se define como el estado de -- derecho al que son llevados aquéllos que se encuentran en la -- impotencia patrimonial de cumplir sus obligaciones.

Sólo mediante declaración judicial se es colocado-- en estado de quiebra. Por eso, la quiebra es un estado jurídico,-- creado de un estado de hecho.

También se entiende como quiebra, el sistema de li-- quidación universal del patrimonio impotente para satisfacer -- los créditos incumplidos.

2.- En base a lo anterior, la quiebra se explica - en función de los intereses de quienes a su alrededor giran.

Existe el interés del propio quebrado como creador y organizador; interés en no ser declarado en quiebra, o que -- una vez declarado sea rehabilitado; interés en que no desaparezca su empresa, fuente de ingresos económicos y de trabajo.

Los acreedores también tienen interés, el cual se encuentra sobre el pago de sus créditos.

La situación normal, es que cada acreedor intente un juicio en contra de su deudor, a fin de obtener el cumplimiento de su crédito; en este caso, tiene aplicación el principio jurídico que establece que quien es primero en tiempo, es primero en derecho (1), y las deudas exigidas serán pagadas preferentemente en orden a su antigüedad. Pero cuando el patrimonio del deudor presenta insuficiencia para cumplir su pasivo, - ocurrirá que algunos acreedores cobren sus créditos y otros no. En este momento, el interés de los acreedores se actualiza ya - no en cobrar sus créditos antes o después que los otros, sino - simplemente en cobrarlos.

En la quiebra también concurre el interés de los - dependientes económicos de la empresa en la cual se manifiesta - el déficit patrimonial, pues siendo ésta la fuente de trabajo y por ende de ingresos, tanto para su persona como para la de sus propios dependientes, tienen vital interés en que esta subsista.

Este último factor es el que produce el interés de

sicivo del Estado.

El interés público entra en juego inicialmente para lograr la obtención del valor justicia, y otorgar seguridad-jurídica a los actos de derecho. Si algunos de los acreedores - no alcanzan a satisfacer ni siquiera parte de sus créditos por-extinguirse el patrimonio de su deudor común, en tanto que ---- otros más diligentes y audaces si lograron hacerlo, se manifiesta evidente la ausencia de justicia y seguridad jurídica.

Sin embargo, el interés público así fundado quedaría satisfecho con tan sólo lograr un trato común a los acreedores. Pero hemos dicho que en la quiebra también entra en juego el interés de los dependientes económicos de la empresa del deudor. Es este punto el que por su relevancia produce el interés-fundamental del Estado. El ente público tiene como obligación - crear fuentes de trabajo para cumplir con la norma constitucional que consagra el derecho a él. Del mismo modo y para el mismo fin, el Estado debe procurar mantener las ya existentes. Esta es precisamente la base del interés público.

Por otra parte, el Estado también tiene interés en conservar las unidades que producen u otorgan satisfactores, -- que es el fin último de toda actividad. Además, el interés del Estado estriba en armonizar los intereses de las restantes partes.

Esta serie de intereses es la que motiva y estructura las finalidades de la quiebra, que concretamente son las -

siguientes:

A).- La conservación de la empresa. Es obvia esta finalidad pues es el centro de trabajo y subsistencia de los empleados; es un núcleo productor de satisfactores y es una organización objetiva que estructura económicamente al propio Estado. Además, la empresa, -íntegra, es un elemento que otorga más garantía de pago, que una vez desmantelada.

Resulta por ello evidente el error de la postura - que considera al derecho de quiebra como el medio para la eliminación de las empresas insolventes.

La misma exposición de motivos de la Ley de Quie-- bras y Suspensión de Pagos fundamenta nuestra posición (2).

El derecho de quiebras, en concordancia con esta - base de la conservación de las empresas, pretende evitar en lo posible la declaración de fallimento; no lográndola, otorga facilidades para la rehabilitación de la ya decretada. Si tampoco eso resulta posible, procura que la realización del activo se - haga en bloque, conservando la empresa objeto de la quiebra, o por lo menos, en unidades susceptibles de conservación unitaria; en su defecto, autoriza la venta al detalle.

No obstante, cuando la empresa no es viable ni --- existe utilidad social en su conservación, el interés estatal - para que subsista se invierte y habrá de proceder a su eliminación.

B).- La satisfacción de los acreedores, situándo--

los en condiciones de igualdad.

3.- En base a estas finalidades el régimen de la quiebra sustenta los siguientes principios:

A).- LA CONSERVACION DE LA EMPRESA.

B).- IGUALDAD DE TRATO A LOS ACREEDORES, principio llamado "par conditio creditorum" y que se traduce en que éstos sujetos se encontrarán en igualdad de circunstancias ante el fallido y su patrimonio; que no habrá derecho de antigüedad de los créditos, pero si hay créditos privilegiados atendiendo a su calidad (3). Del producto de la administración o venta de los bienes de la empresa quebrada, los acreedores serán pagados en proporción a sus respectivos créditos.

C).- UNIVERSALIDAD. Al hablar de universalidad de la quiebra se hace alusión a dos aspectos:

a.- Subjetiva.- La quiebra es una figura en la que concurren la totalidad de los acreedores del fallido.

b.- Objetiva.- Abarca todos los bienes presentes y futuros que integran el patrimonio impotente, y para ello otorga acciones recuperatorias de los bienes distraídos. De ahí que al patrimonio del fallido se le denomina "prenda común de los acreedores".

Estas notas implican también la unicidad de la quiebra en cuanto a que debe seguirse solo un procedimiento, pues abarcando la totalidad del patrimonio insolvente y el total de sus acreedores, resulta incoherente una pluralidad de

procesos.

La universalidad subjetiva de la quiebra justifica la calificación de figura colectiva. De esto se deriva la pluralidad de acreedores que como presupuesto de la quiebra algunos autores postulan.

Atento todo lo anterior, es factible concluir que la empresa es el núcleo del derecho de quiebra, ya que los intereses de los que en ella participan, las causas, finalidades y principios del sistema que lo regula, giran en torno a la misma.

Por lo mismo concluimos: el derecho de quiebras se encuentra dirigido, más que al sujeto quebrado, a su patrimonio: la empresa.

INDICE DE NOTAS AL CAPITULO III

XIII

1. Qui prior est. tempore, prior est jure.
2. Rodríguez y Rodríguez, Joaquín. "Ley de Quiebras..." p. 8.
3. Artics. 260 a 263 L.Q.S.P.

CAPITULO IV

PRESUPUESTOS DE LA QUIEBRA

1.- Son presupuestos aquéllos elementos necesarios para la existencia de una consecuencia.

Son presupuestos de la declaración del estado de quiebra, aquéllos elementos jurídicos necesarios para que ésta sea pronunciada.

Creemos necesario distinguir entre presupuestos de la "declaración del estado de quiebra" y "presupuestos de la -- quiebra", que es la expresión más generalizada. La primera se refiere a las condiciones para su "declaración", mientras que la segunda a las de su "existencia" en sí.

En nuestro derecho, para que exista quiebra debe ser previamente declarada (1).

Luego entonces, la "declaración" es un presupuesto de la quiebra. Por tanto, si queremos referirnos a los elementos necesarios para que la quiebra exista, debemos aludir a su declaración, en cuanto que si deseamos referirnos a los de la declaración, obviamente debemos prescindir de ésta.

La Ley de la materia prefiere utilizar el vocablo "requisitos" de la "declaración de quiebra".

Como la declaración es el resultado de la reunión de los presupuestos de la misma, sólo de éstos nos ocuparemos, pues en consecuencia, al concatenarse los presupuestos de la declaración de quiebra, ésta debe pronunciarse, y acto seguido, la quiebra se produce.

Por otra parte, omitimos el estudio de los llamados presupuestos procesales (2), en atención a que no interesan al tema que comprende el presente trabajo.

2.- Es comunmente aceptado que el artículo primero de la Ley de Quiebras precisa en forma exclusiva los presupuestos de la declaración de fallimento.

Dicho artículo dice así en forma textual:

"Art. 1º.- Podrá ser declarado en estado de quiebra, el comerciante que cese en el pago de sus obligaciones".

De ello se desprende, se dice, que los presupuestos son: la existencia de un comerciante, y la cesación en el pago de sus obligaciones.

Sin embargo, un estudio a fondo del sistema legal que en esa materia nos rige, conduce indefectiblemente a considerar lo erróneo de tal postura y lo deficiente de la disposición legal transcrita.

En efecto, hemos establecido en el capítulo precedente, que las causas, finalidades y principios del sistema de la quiebra, giran en torno a la empresa, y que el derecho de quiebras se encuentra dirigido más que a la persona del quebrado, a su patrimonio.

Ahora bien, con esas bases es indiscutible que no hay razón alguna para que la declaración de quiebra y la quiebra misma, dependan de la existencia de una persona, física o moral, deudora.

Si la esencia de la Ley de quiebras es la empresa-mercantil y ese es su núcleo, es inconcluso que su existencia -debe ser un presupuesto de la declaración de quiebra.

Sobre el particular, Navarrini resalta, en un apartado exclusivo, lo siguiente:

"Hay que destacar, además, antes de dar por terminado el estudio de este primer elemento, que siendo esencialmente la quiebra más bien una institución que organiza la protección jurídica de los acreedores que una institución directamente encaminada contra la persona del deudor, no se haya indisolublemente ligada a la existencia de una persona física o -por extensión- de una persona jurídica; basta con que exista un conjunto de bienes, un patrimonio consagrado al comercio (en las legislaciones que limitan la quiebra al campo comercial) y destinado al pago de los acreedores para que la quiebra sea posible cuando se da la insuficiencia de aquél patrimonio para realizar tal pago" (3).

Entre nosotros, el maestro Cervantes Ahumada escribe:

"En nuestro ordenamiento, si bien es cierto que la quiebra se aplica sólo a las empresas comerciales, no es requisito que exista un sujeto jurídico quebrado, como suelen creerlos tratadistas. En efecto, en nuestro sistema legal puede producirse la quiebra de una empresa sin sujeto jurídico quebrado... Siempre, lo que se somete al proceso de quiebra, es la empre

sa comercial, cuya existencia es, por tanto, el primer presupuesto de la quiebra" (4).

Apodaca y Ozuna, en su brillante tesis de licenciatura, dirigida por el Dr. Rodríguez y Rodríguez, dice lo siguiente:

"Si el Derecho Mercantil es el derecho de las empresas mercantiles, el Derecho de Quiebra es el derecho de quiebra de las empresas mercantiles. Ya no es el derecho de quiebra del comerciante, ya no es el derecho de quiebra de la sociedad-mercantil, es el derecho de quiebra de la empresa mercantil a la cual esas personas jurídicas pueden estar adheridas... Si no hay empresa mercantil no se realiza la aplicación del derecho de quiebra, puesto que la finalidad de la quiebra es conservar o hacer desaparecer del mundo comercial las empresas mercantiles económicamente insolventes. Es, pues, hasta cierto punto secundario en el terreno de la quiebra, el dato jurídico de la personalidad del comerciante ya sea individual o colectivo (comerciante individual, sociedad mercantil), lo esencial, lo relevante, lo decisivo, es la empresa como una realidad económico-social" (5).

Bonelli, citado por Apodaca, dice lo siguiente:

"...la jurisprudencia no hubo de dudar ya más, que la quiebra se refería al patrimonio más que a la persona, y que la ausencia de un ente investido de la calidad personal no constituye ningún obstáculo para la declaración de quiebra... Así --

pues, yo considero que...la posesión de una personalidad jurídica no sea estrechamente necesaria para la declaración de quiebra, y me aparto en esto de la opinión dominante" (6).

Como se aprecia, esta postura no es una innovación, sino que se trata de una tesis que cada día cobra más simpatizantes y que camina paralelamente al desarrollo y evolución histórico-social del derecho mercantil según ya hemos visto.

Es la empresa comercial un verdadero presupuesto de la declaración del estado de quiebra. No importa en realidad la existencia o inexistencia de un sujeto jurídico quebrado, -- pues la Ley de Quiebras es un ordenamiento que se ocupa en verdad de las empresas impotentes y que sólo establece para sus -- propietarios ciertas consecuencias connaturales de la institución (7).

En efecto, en realidad toda la actividad desplegada por la Ley de la materia está dirigida al patrimonio del quebrado, y en cuanto a su titular, sólo le reduce su capacidad para actuar en relación al patrimonio impotente y al comercio en general, y le impone penas que más que pertenecer al derecho -- mercantil corresponden al penal.

Tomemos para ello en cuenta, entre otros factores, los siguientes:

a). El origen de la quiebra se encuentra en la impotencia patrimonial de la empresa mercantil.

b). Los órganos de la quiebra (Juez, síndico, in-

tervención y Junta de acreedores), se ocupan más que del fallido, del patrimonio quebrado.

c). Los efectos de la quiebra se refieren principalmente al patrimonio, con la salvedad de las limitaciones del quebrado (desapoderamiento) que es algo natural al fin de la institución y de la responsabilidad del mismo, que más bien pertenece al derecho-punitivo.

d). Las operaciones de la quiebra (aseguramiento y comprobación del activo, ocupación de bienes y papeles del quebrado, inventario y balance, administración, realización del activo, su distribución, reconocimiento de créditos, graduación y prelación) para nada se refieren a la persona del quebrado y sí al patrimonio insuficiente.

Esto pone de manifiesto que carece de relevancia para la quiebra la existencia de un sujeto quebrado, pues su actividad no se despliega en esencia hacia éste.

A mayor abundamiento, el contenido mismo de la Ley prevé casos concretos y expresos que no dejan lugar a dudas del sistema adoptado en relación a la inexistencia de un sujeto jurídico quebrado, a saber:

- A. Quiebra del comerciante difunto.
- B. Quiebra de la sucesión del comerciante.
- C. Quiebra del comerciante retirado.
- D. Quiebra de sociedades irregulares.
- E. Quiebra de la sociedad disuelta.

A. En la quiebra de un comerciante difunto, (art.- 3° L.Q.S.P.) sin lugar a dudas estamos frente a una quiebra sin sujeto jurídico fallido, pues la personalidad se extingue con la muerte y obviamente el carácter de comerciante también deja de tener actualidad, por lo que podrá ser declarada la quiebra sin ser imputable a sujeto de derecho alguno.

B. Otro caso está en la quiebra de la sucesión del comerciante cuando continúa en marcha la "empresa" de la que éste era titular (art. 3° L.Q.S.P.). La Ley la distingue del anterior caso, pero también se carecerá de un sujeto jurídico quebrado, pues el titular es ya inexistente y por tanto inimputable de derechos y obligaciones, aunado a que la sucesión no goza de personalidad jurídica en nuestro derecho. Es de resaltar que se impone como requisito el que continúe en marcha la "empresa" de la que éste era titular, pues deja entrever que la base principal no lo es el comerciante sino la empresa misma, lo que no admite discusión alguna.

C. En el caso de la quiebra de un comerciante retirado, por cesación de pagos en el año siguiente a su retiro, estamos frente a una quiebra sin comerciante, puesto que habiéndose retirado, deja de tener el carácter citado y por tanto, aunque sí se tenga aquí un sujeto jurídico quebrado, éste no será comerciante.

D. En cuanto a la quiebra de las sociedades irregulares, también nos encontramos frente a una falencia sin sujeto

comerciante.

En efecto, si bien en el artículo 2° de la Ley General de Sociedades Mercantiles se le otorga personalidad jurídica a las sociedades irregulares, éstas no pueden ser reputadas como comerciantes, porque conforme al artículo 3° del Código de Comercio, son comerciantes en derecho las sociedades ---- "constituidas con arreglo a las leyes mercantiles", y en el caso de las sociedades irregulares es claro que no se trata de -- una sociedad constituida conforme a la Ley, sino que por seguridad jurídica se les otorga personalidad jurídica; luego entonces, nos encontramos frente a una quiebra sin sujeto jurídico.

E. Igualmente, con la sociedad disuelta podemos formular el razonamiento esgrimido respecto de los comerciantes difuntos, porque una sociedad que ha sido disuelta deja de tener personalidad, y por tanto, se estará ante una quiebra sin sujeto - jurídico quebrado.

Una hipótesis más de quiebra sin sujeto jurídico - fallido lo es la citada por el Dr. Cervantes Ahumada referente al menor que deviniera, por herencia, titular de una empresa comercial, la que cayera en insolvencia. La quiebra se actualizaría, pero el menor no podría ser declarado quebrado por no ser comerciante dada su incapacidad legal para ejercer el comercio personalmente.

Por ello, resulta deficiente el art. 1° de la L.Q. S.P. en cuanto que establece como presupuesto al comerciante y-

no a la empresa mercantil que es el verdadero presupuesto de la declaración de quiebra, ya que ni el comerciante ni el sujeto jurídico quebrado son indispensables para la quiebra.

Es de suma importancia aclarar que los anteriores-casos no pueden encuadrarse como excepciones a una regla general establecida en el artículo 1º. de la L.Q.S.P., en primer lugar porque como excepciones invertirían el orden natural haciendo de la excepción la regla general y de ésta la excepción, y - en segundo lugar porque el sistema legal establecido indica justamente lo contrario, esto es, que no se trata de excepciones - sino precisamente de un sistema unitario.

Esa línea seguida por la Ley es acorde a su esencia y fundamentos que explica en parte la exposición de motivos.

Esta dice así: "El derecho mercantil de nuestros días se muestra cada vez más como un derecho que afecta a una determinada categoría de empresas: las empresas mercantiles, -- que se califican por la realización de actos en masa. De este modo, dejan de ser conceptos centrales del derecho mercantil -- los de comerciante y acto de comercio, y pasa a ocupar aquel lugar el de empresa mercantil; por esto, el principio fundamental que ha inspirado el proyecto, ha sido el de la valoración de la empresa como personaje central del derecho mercantil" (8).

Por todo lo anterior se concluye que la empresa es el verdadero presupuesto para la declaración de quiebra. No podría ser de otra manera; aceptamos que cuando el propietario de

la empresa es un comerciante, su persona se vea afectada por la quiebra del patrimonio, pero cuando no existe no por ello se deja de someter a concurso a la empresa mercantil. De otro modo, quedarían sin cumplirse los principios informadores de la quiebra.

Ahora bien, no todo tipo de empresas son susceptibles de ser sometidas a la quiebra, sino sólo las mercantiles, entendiéndose por éstas las que ejecutan actos de comercio en masa, ya que son de las que se ocupa el derecho mercantil moderno. Corroboramos lo anterior la última transcripción que hicimos de la exposición de motivos de la ley de quiebras.

Por otra parte, estamos de acuerdo en que cuando una empresa se sujeta a quiebra, por extensión quiebre su propietario, pero esto sólo por extensión y no en todos los casos, además de que ni el comerciante ni el titular de una empresa son indispensables para la declaración de quiebra. Para demostrarlo, nos remitimos a los anteriores casos ejemplificados.

3.- Cesación de Pagos. El segundo presupuesto requerido por la Ley para la declaración de quiebra lo constituye la cesación de pagos.

Nuestra legislación no define el concepto de tal presupuesto; sin embargo, la doctrina generalizada lo explica como el estado general del patrimonio que resulta impotente para cumplir con las obligaciones líquidas y vencidas que sobre él recaen por medios ordinarios (9).

siguiendo nuestra construcción del primer supuesto de la declaración del estado de quiebra, diremos que la cesación de pagos es el estado general de impotencia en que se encuentra una empresa mercantil para hacer frente a las obligaciones líquidas y vencidas que sobre él pesan, por medios normales.

De este modo las empresas mercantiles que en el momento de encontrarse en tal impotencia no puedan hacer frente a sus obligaciones, se encontrarán dentro del supuesto para ser declaradas en estado de quiebras.

Cesación de pagos no es, pues, dejar de pagar o suspender los pagos. El dejar de pagar o incumplir es una particularidad inherente al sujeto, a la persona; cesación de pagos como presupuesto para la declaración de fallimento es una propiedad del patrimonio, de las empresas mercantiles.

Son las empresas y no las personas quienes se encuentran en el estado de cesación de pagos, el cual, unido con el otro presupuesto, producen la declaración del estado de quiebra.

La cesación de pagos no es lo mismo que la insolvencia a que se refiere el artículo 2166 del C. Civ. Aquél es un estado general de impotencia, en tanto que éste es un desequilibrio aritmético que no necesariamente produce la imposibilidad de cumplir con las obligaciones.

La cesación de pagos no es, tampoco, incumplimien

to liso y llano, porque además de ser éste inherente a la persona, puede por lo mismo deberse a la simple voluntad de no hacerlo, o bien, a estimar fundada una excepción para hacerlo.

La cesación de pagos es a la empresa mercantil, lo que la insolvencia a la persona, y ambas van unidas cuando se producen.

La cesación de pagos como fenómeno patrimonial, -- produce la insolvencia de la persona que es su titular.

Ahora bien, en razón de que el estado de impotencia empresarial mencionados sólo sería susceptible de percibirse sin género de dudas mediante un análisis pormenorizado de la documentación correspondiente, y de que en su generalidad el Juez se encuentra imposibilitado para allegarse con prontitud y eficacia tales elementos, amén de que muchas veces resulta materialmente imposible hacerlo con certeza, la Ley se apoya para determinar tal estado, en los llamados hechos de la quiebra, -- que son aquéllas circunstancias que hacen presumir, siempre salvo prueba en contrario, que la empresa de que se trate adolece de incapacidad para hacer frente a las obligaciones que componen su pasivo, y que se encuentran líquidas y vencidas.

Ello significa que la Ley toma como base, para determinar la existencia de éste presupuesto, una presunción "juris tantum", que por su propia naturaleza es susceptible de ser destruida en cualquier tiempo mediante prueba plena en contrario.

Los hechos de la quiebra están dados por el artículo 2o. de la Ley de Q. y S. de P., pero sólo en forma ejemplificativa y no limitativa, de acuerdo a la analogía aceptada por dicho dispositivo.

En cuanto al tipo de obligaciones respecto de las que se dé la cesación de pagos, creemos que no importa sean éstas civiles, mercantiles o de otra especie, dado que en primer término, la Ley no distingue (art. 1º.), y conforme al principio de que donde ésta no lo hace, el Juzgador no debe distinguir, no hay razón para hacerlo. En suma, el tipo de obligaciones no es específico. En segundo lugar, no importa la materia a que correspondan tales obligaciones porque la cesación de pagos como presupuesto para la declaración de quiebra, según hemos dicho, es un estado general de impotencia patrimonial, esto es, - se refiere al patrimonio o empresa "mercantil", más no al tipo de obligaciones ni a las personas.

4.- Concurrencia de Acreedores. Se ha entablado la discusión doctrinal sobre si la pluralidad de acreedores constituye o no un presupuesto para la declaración del estado de quiebra.

Sobre el particular, el maestro Cervantes Ahumada escribe que si se trata de un presupuesto, basándose válidamente en la aplicabilidad del principio de la "jus par conditio nis creditorum", y en que la quiebra es un procedimiento universal y colectivo.

Estimamos que dado que el artículo 10. de la L.Q.-S.P. sólo establece para la declaración de quiebra e incluso para que se dicte la sentencia que lo declara la existencia de -- dos requisitos, no es indispensable la concurrencia de acreedores.

No obstante, en concordancia con los principios citados por el prestigiado maestro, que dan base a la existencia del procedimiento de quiebra, pero también considerando el numeral 289 de la L. de Q. podemos decir que la concurrencia de --- acreedores es un elemento indispensable para la subsistencia de la quiebra, no para su declaración.

En efecto, de la lectura y análisis del sistema legal impuesto por la legislación de la materia, se colige que -- con la sola actualización de los presupuestos de la declaración de quiebra establecidas por el numeral primero de dicha Ley, es factible ésta, y que si la concurrencia de acreedores no se actualizan, es decir, que sólo hubiese un acreedor, la quiebra como estado de derecho no cumple con sus fines, por lo que debe -- revocarse.

La Ley dice que se dictará sentencia que declare - "concluida" la quiebra, pero agrega que tal surtirá los efectos de una revocación. Ahora bien, las instituciones jurídicas no -- se definen según su nombre, sino según sus efectos, y si se dice que se dicte sentencia que declare "concluida" la quiebra pero se agrega que tendrá los efectos de una revocación, obvio es

que se trata de ésta figura y no de aquélla.

Por lo mismo, atendiendo a que la revocación tiene vigencia desde la fecha en que se dictó la sentencia constitutiva del estado de quiebra, ésta quedará sin efectos, lo que - sustenta nuestra tesis descrita, pues no puede negarse que - tanto no aparezca la falta de concurrencia de acreedores (lo - cual debe ser en el momento procesal oportuno), la declaración de quiebra surte sus efectos normalmente.

INDICE DE NOTAS AL CAPITULO IV

XIV

1. Cfr. Rodríguez y Rodríguez, "Ley de Quiebras..." p. 8 y 9.
2. Cervantes Ahumada, Raúl. Presupuestos de la Quiebra. (Esquema para una teoría). en Revista de la Escuela Nacional de Jurisprudencia, Tomo IX, núm. 33, México, enero-mayo de 1947, - p.p. 65-72; y del mismo autor: Derecho de Quiebras. 2a. ed., Herrero, México, 1938, p. 37 y sig.
3. Navarrini, Humberto. La Quiebra. tr. de Francisco Hernández-Borondo, Reus, Madrid, 1943, p. 35, n. 2.153.
4. Cervantes Ahumada, Raúl. "Derecho..." p. 34.
5. Apodaca y Ozuna, Francisco. Op. cit., p.p. 207 y 208.
6. Ibid.
7. Cfr. L.Q.S.P. Tit. III. Esta postura de la empresa mercantil como presupuesto de la quiebra, también es sostenida por el Maestro y Dr. en Derecho Vicente Toledo González. Vid. "Exégesis de la Cesación de Pagos". (Dinámica del Derecho Mexicano, No. 7), 1a. ed., Procuraduría General de la República, - México, 1975, p. 222 y sig.
8. Rodríguez y Rodríguez, Joaquín. "Ley de Quiebras..." p. 6 y 7.
9. Cfr. Rodríguez y Rodríguez, Joaquín. "Ley de Quiebras..." p. 12; "Curso de Derecho Mercantil" p. 708 y 709; Cervantes Ahumada, Raúl. "Derecho de Quiebras". p. 35 y 36; Brunetti, Antonio. Tratado de Quiebras. tr. del italiano por Joaquín Rodríguez y Rodríguez. Porrúa, México, 1945, p. 26; Navarrini. Op. cit., p. 39; Satta, Salvatore. Instituciones del Derecho de Quiebra. tr. del italiano por Rodolfo O. Fontanarrosa, -- 3a. ed., EJEA, Buenos Aires, Argentina, 1951, p. 54; Malagarriga, Carlos C. Tratado Elemental de Derecho Comercial. Tomo IV, Quiebras y Prescripción. TEA, Buenos Aires, Argentina, 1952, p. 2 y 31.

TITULO TERCERO

POSIBILIDAD DE QUIEBRA DEL PATRIMONIO EN FIDEICOMISO

CAPITULO UNICO

1.- El presente apartado tiene por objeto resolver si el patrimonio fideicomitado puede o no ser declarado en estado de quiebra.

Para tal efecto, analizaremos inicialmente el aspecto doctrinal y en seguida enfocaremos el problema a través del derecho positivo que nos rige, exponiendo primero nuestra postura y posteriormente analizando las contraposturas con sus consiguientes críticas.

Resulta de singular importancia que en contra de lo que se lleve a cabo la posibilidad planteada se han enderezado diversos argumentos, mismos que sucesivamente estudiaremos; pero lo más relevante es que ya existe en el plano jurisprudencial una Ejecutoria dictada en revisión de amparo que se ocupa específicamente del problema. También nos ocuparemos en detalle de ella en la parte final del presente capítulo.

2.- Ahora bien, para entrar propiamente en materia, es necesario no perder de vista diversas conclusiones a que hemos llegado en el desarrollo de nuestro trabajo; a saber:

a). Que los bienes o derechos que se den en fideicomiso forman un patrimonio.

b). Que dicho patrimonio constituye una universalidad jurídica, autónoma e independiente del patrimonio genérico-

de su titular.

c). Que la fiduciaria se convierte en titular del patrimonio fideicomitado.

d). Que dicho patrimonio tiene sobre sí pasivo y activo, los que aumentan o disminuyen sin que la universalidad jurídica se altere.

e). Que el activo del patrimonio en fideicomiso -- únicamente responde de las obligaciones en él originadas.

f). Que si la fiduciaria incurre en responsabilidad, responde incluso con su patrimonio.

g). Que los presupuestos de la declaración de quiebra son dos: una empresa mercantil y la cesación de pagos.

3.- Los autores que se ocupan de estudiar al fideicomiso, en su mayoría aceptan que el patrimonio que lo constituye sí es susceptible de ser declarado en quiebra. Así lo indican Batiza (1), Domínguez Martínez (2), Barrera Graf (3), Cervantes Ahumada (4), Apodaca y Ozuna (5), y por supuesto José -- Luis de la Peza (6).

No obstante, salvo el último de los autores nombrados, cuya tesis de Licenciatura se ocupó específicamente del -- problema, los restantes no fundamentan detenidamente y con razones de gran peso su postura.

Por otro lado, el Dr. Rodríguez y Rodríguez, autor de la Ley de Quiebras, acepta en varias de sus obras la posibilidad efectiva de que el patrimonio en fideicomiso sea declara-

do en estado de quiebra (7).

Ello pudiera argumentarse como una interpretación auténtica de la Ley a través de la expresión hecha por quien hizo las veces de legislador.

Pero estimamos que la solución al problema puede encuadrarse con mayor éxito y firmeza si se enfoca desde el punto de vista legal.

Al efecto, el procedimiento a seguir es estudiar si en el patrimonio fideicomitado se actualizan los presupuestos del fallimento: la calidad de empresa mercantil y la cesación de pagos.

De la Peza llega a la conclusión de que el patrimonio en fideicomiso sí puede ser declarado en estado de quiebra, por analogía con la masa hereditaria, la que, afirma, es una excepción marcada en el artículo 3° de la Ley de Quiebras, al artículo 1° del mismo ordenamiento legal, y que existiendo las mismas situaciones debe haber la misma consecuencia legal (8).

Estimamos que el razonamiento es equívoco a la luz del artículo 11 del Código Civil para el Distrito Federal, que establece que a los casos de excepción no se aplicará la analogía, y por tanto, la tesis de De la Peza resulta insostenible.

4.- Ahora bien, con relación al primer presupuesto, resulta necesario recordar que para los efectos de la Ley de Quiebras, y según lo explicó su exposición de motivos, empresa mercantil es aquella que se dedica a la realización de actos -

de comercio, en masa (9).

A. Luego entonces, y como la definición de empresa mercantil toma como presupuesto el de empresa, se hace necesario, para entenderla, conocer primero el concepto de "empresa".

Las leyes mercantiles no aportan una definición de tal vocablo, por lo que se impone recurrir a la doctrina.

Al respecto, el maestro Rafael de Pina, en su Diccionario de Derecho nos dice que es el conjunto de elementos patrimoniales y personales necesarios a través de los cuales el comerciante (individual o social), mediante el ejercicio del comercio, realiza la función de aportar al mercado general, bienes o servicios con fines de lucro. Así se desprende de su obra (10).

El maestro Barrera Graf la define como la organización de una actividad económica que se dirige a la producción o al intercambio de bienes o de servicios para el mercado (11).

Barassi ha dicho que la empresa es la organización profesional de la actividad económica del trabajo y del capital-tendiente a la producción o al cambio, es decir, a la distribución de bienes y servicios (12).

Apodaca y Ozuna escribió que "la empresa es ante todo unidad de bienes que están afectados hacia un destino común y vinculados jurídicamente para la consecución de un fin... la empresa se nos presenta, ante todo, como un conjunto complejo constituido por factores diversos. En primer lugar encontra-

mos una serie de bienes materiales e inmateriales...En segundo lugar tenemos la clientela y un conjunto de colaboradores...En tercer lugar nos encontramos con un elemento coordinador...Como un cuarto elemento de la empresa mercantil encontramos la titularidad"(13).

El Dr. Rodríguez y Rodríguez dice, siguiendo a Car nelutti, que "La experiencia nos muestra el fenómeno de la empresa como un conjunto unitario de los elementos que sirven al comerciante para desarrollar su actividad profesional, es decir, como el conjunto de las cosas que sirven al comerciante para su comercio" (14).

La Ley Federal del Trabajo formula una definición de empresa, que aún cuando se indica es para los efectos de las normas de trabajo, lo cierto es que tiene aplicabilidad más amplia dada su certeza, pues la describe como "la unidad económica de producción o distribución de bienes o servicios"(15).

De este modo, encontramos como definición de em pre sa, la organización destinada a la función económica de producción o distribución de bienes o servicios.

Esta organización llamada empresa carece de personalidad jurídica atento que la Ley no se la otorga (Art. 25 C. Civil).

Conocemos ya el concepto de empresa y, con esa base, es posible entender el de empresa mercantil, que como ya lo hemos dicho, se califican así por la realización de actos en ma

sa, debiéndolo entender por ello, que son las organizaciones destinadas a la producción o distribución de bienes o servicios -- con las cuales se realizan actos de comercio en masa o a gran escala.

A pesar de todo lo anterior, suele establecerse un sinonimia entre la empresa y las personas morales, lo cual es -- erróneo y carece por completo de base jurídica alguna.

Es evidente que estamos frente a dos figuras distintas al referirnos a la empresa y a las personas morales.

La principal diferencia entre una y otra estriba -- precisamente en la personalidad de que una goza y que la otra -- carece. En efecto, las personas morales tienen personalidad jurídica, en tanto que la empresa es tan sólo una organización -- que no es susceptible de ser titular de derechos y obligaciones; las empresas comerciales son cosas mercantiles, y las personas morales son "entes" jurídicos. Tan existe diferencia que son -- precisamente las personas (colectivas o individuales) las que -- son titulares o propietarias de las empresas.

Esta diferencia se encuentra implícita en diversas disposiciones de la misma Ley de Quiebras, pues el artículo 2º que enumera los supuestos en los cuales se presume la cesación de pagos del comerciante establece en su fracción III "la ocultación o ausencia del comerciante sin dejar al frente de su empresa a alguien que legalmente pueda cumplir con sus obligaciones". El artículo 3º permite la quiebra de la sucesión del co--

merciante "cuando continúe en marcha la empresa de la que éste era titular". El artículo 46 fija entre los derechos que tiene el síndico, "el de tomar posesión de la empresa y de los demás bienes del quebrado"; el artículo 48 atribuye al síndico la facultad de "proponer al juez la continuación de la empresa del quebrado, su venta o la de alguno de sus elementos"; el artículo 201 establece que "se procurará la continuación de la empresa siempre que la interrupción pueda ocasionar grave daño a los acreedores, por la disminución del valor que supone la disgregación de los elementos que la componen;"etc.

Es pues, evidente, la diferencia entre la empresa y las personas morales, incluyendo su titular. (15 bis).

Ahora bien, volviendo al punto de partida, en el patrimonio en fideicomiso es indudable que se actualizan todos los elementos necesarios para que se produzca una empresa mercantil, supuesto que existe la posibilidad de que se cree una organización con las características apuntadas. Claro está que no todo patrimonio en fideicomiso constituye una empresa mercantil, sino sólo los que reúnan las características señaladas.

Siempre que el patrimonio dado en fideicomiso sea una empresa mercantil, o bien, que por virtud de él deba crearse ésta, es indudable que se actualiza el presupuesto que analizamos. No perdamos de vista que el objeto y la finalidad del fideicomiso son tan amplios que no encuentran obstáculo para que se trate de una empresa mercantil].

En efecto, si el objeto que se da en fideicomiso es una empresa mercantil, al transformarse en patrimonio fideicomitado no pierde tal naturaleza por lo que en tal caso no hay duda alguna de que se está ante un patrimonio fideicomitado -- que constituye una empresa mercantil. La misma Ley General de Títulos y Operaciones de Crédito, en su artículo 228 menciona la constitucion de fideicomisos sobre toda clase de empresas, - industriales y mercantiles, consideradas como unidades económicas, con lo que se reafirma la posibilidad planteada. Ahora --- bien, si no se da una empresa en fideicomiso pero a virtud del mismo debe formarse una, ya por ser éste el fin principal de la operación, ya por ser un medio de cumplirlo, también se está ante un patrimonio en fideicomiso que forma una empresa mercantil.

Luego entonces, en el patrimonio en fideicomiso sí se actualiza el presupuesto de la quiebra siempre y cuando contenga una empresa mercantil.

B.- En cuanto a la cesación de pagos como segundo presupuesto para la declaración del estado de quiebra, no hay problema alguno, porque siendo una propiedad de los patrimonios, existiendo éste, aquélla es suceptible de darse, y en la especie, si ese patrimonio fiduciario tiene la forma de una empresa mercantil, se puede producir la insuficiencia patrimonial consistente en la cesación de pagos.

Efectivamente, hemos sostenido que la cesación de pagos es una impotencia "patrimonial" para hacer frente a las -

obligaciones líquidas y vencidas, para lo cual nos remitimos al estudio respectivo de tal presupuesto de la quiebra, por lo que existiendo patrimonio en el fideicomiso, obvio es que la cesación de pagos es totalmente factible que se produzca.

5.- En conclusión, toda vez que el patrimonio en fideicomiso puede estar formado por una empresa mercantil, la cual es susceptible de encontrarse en cesación de pagos, el patrimonio en fideicomiso es a su vez susceptible de ser legalmente declarado en estado de quiebra.

6.- Ahora bien, a esta conclusión se han hecho las siguientes objeciones: Se ha impugnado la posibilidad de que incurra en quiebra un acto que es una "simple y sencilla operación de crédito".

Sobre ello, diremos que independientemente de la naturaleza del acto, lo que se juzga es su consecuencia, o sea, la universalidad jurídica -patrimonio fideicomitido-. Dicho en otros términos, el acto, sea unilateral, bilateral o trilateral, operación de crédito, acto de comercio, etc., no es lo que se declara en estado de quiebra; no es el fideicomiso, acto jurídico, lo que quebrará, sino su patrimonio, que es un efecto jurídico inherente.

Se ha dicho también que sólo los comerciantes pueden ser declarados en estado de quiebra, atento el artículo 1º de la Ley de Quiebras, y que conforme al artículo 3º del Código de Comercio sólo las personas pueden ser comerciantes, por lo -

que careciendo de esa calidad el fideicomiso no puede ser declarado fallido. Al respecto, nos remitimos al anterior estudio sobre los presupuestos de la quiebra, del cual derivamos que es inexacto que sólo los comerciantes puedan ser declarados en quiebra, por lo que tal objeción resulta infundada.

En cuanto a que el fideicomiso carece de personalidad jurídica, si bien ello es cierto, no es menos irrelevante a la Ley, según se desprende de lo dicho en el mencionado capítulo de los presupuestos de la quiebra, por lo que igualmente nos remitimos a lo dicho en él.

7. Ahora bien, dentro del plano jurisprudencial -- existe una Ejecutoria dictada por el Segundo Tribunal Colegiado del Primer Circuito en Materia Civil en revisión de amparo, y que se ocupa del caso específico que estudiamos. Por su importancia consideramos necesario reseñarla y comentarla (16).

Dicha resolución tuvo como antecedente una sentencia de primera instancia en la que el Juez Décimo Quinto de lo Civil del D.F. declaró en estado de quiebra a un Fideicomiso -- (¿patrimonio en fideicomiso?) a petición de un acreedor. En su contra, la fiduciaria interpuso recurso de apelación, el cual resolvió la Cuarta Sala del Tribunal Superior de Justicia del D.F. revocando la sentencia del inferior y consecuentemente dejando sin efecto la quiebra declarada (16 Bis), basándose en lo siguiente:

A. Que el Juez "declaró en estado de quiebra lo -- que es legalmente y sin discusión alguna, una simple operación--

de crédito".

B. Que "solo puede establecerse tal situación jurídica, en primer lugar, en contra de una persona física o moral, pero a condición de que sea comerciante".

C. Que esos supuestos no se realizan en la especie, "toda vez que de acuerdo a nuestra legislación actual en materia de fideicomiso no se le concedió personalidad jurídica autónoma a los bienes dados en fideicomiso y por consiguiente tampoco pueden ser considerados comerciantes".

Inconforme con dicha resolución, el acreedor mencionado interpuso juicio de amparo, el cual, resuelto por el Juez Primero de Distrito del Distrito Federal en Materia Civil determinó negar el amparo al quejoso fundándose en forma sucinta en los siguientes argumentos (17):

D. Que "si bien es cierto, que como ocurre en la especie, los fideicomisos pueden operar como verdaderas empresas, no por desarrollar tal actividad la Ley las dota con esa personalidad jurídica".

E. Que "el fideicomiso no es sino un acto mercantil y que aún cuando funcione como empresa por deficiencias propias de la Ley de la Materia vigente, no pueden ser considerados como tal, pues el citado ordenamiento legal no la dota con esa personalidad jurídica".

F. Que "conforme al sentido establecido por la Ley, se trata de un patrimonio autónomo, distinto al de los patrimo-

nios propios de las personas que intervienen en la integración del fideicomiso, toda vez que la naturaleza propia del mismo es la de una operación mercantil, y, de ninguna manera, se puede estimar que su naturaleza jurídica puede ser idéntica a la de una empresa mercantil, pues tal extremo no lo establece la Ley General de Títulos y Operaciones de Crédito".

G. Que "la cesación de pagos es un acto jurídico que únicamente puede ser realizado por personas, sean físicas o morales, las cuales son las que pueden tener el carácter de comerciantes, y de esta manera, se puede establecer que el patrimonio como objeto de un fideicomiso nunca puede ser considerado como comerciante, puesto que atribuirle tal carácter equivaldría a pretender dotarlo de personalidad jurídica que la Ley no le concede".

H. Que "aún cuando pueda estimarse que el fideicomiso, o bien el órgano fiduciario pueda funcionar como empresa o bien, como lo manifiesta el amparista, como "unidad patrimonial", no puede ser considerado con tal personalidad, y lo que si puede quedar establecido es la deficiencia que al respecto pueda existir en la propia Ley de la Materia".

I. Que "las deficiencias que pueden estar en la Ley de la Materia, han establecido que el fideicomiso es un acto mercantil y que, aún cuando funcione como empresa o 'unidad patrimonial', no puede concedérsele tal personalidad, pues la Ley de la Materia, se reitera, determina que se trata de un ac-

to de comercio derivado de una declaración unilateral de voluntad, integrado por un patrimonio autónomo independiente de los patrimonios propios de las personas que intervienen en el citado negocio mercantil".

J. Que "el fideicomiso es un acto mercantil, conforme lo establece la Ley General de Títulos y Operaciones de Crédito y, de ninguna manera, puede estimarse que se trata de una empresa mercantil o de una 'unidad patrimonial', como manifiesta el agraviado; luego entonces, no puede otorgársele una personalidad jurídica que la Ley no le concede, por lo que resulta intrascendente establecer la titularidad o ausencia de la misma en el fideicomiso".

Ante tal sentencia de amparo, el propio quejoso la impugnó a través del recurso de revisión, mismo que tocó resolver al Segundo Tribunal Colegiado del Primer Circuito en Materia Civil, el cual consideró infundados los agravios, basándose para ello en lo siguiente(18):

K. Que "es cierto...que el fideicomiso en cuestión funcionó como una empresa".

L. Que "el fideicomiso no es sino un acto mercantil y aún cuando funcione como empresa, por deficiencias propias de la Ley de la Materia vigente, no puede ser considerado como tal, pues el citado ordenamiento legal no lo dota de esa personalidad jurídica".

M. Que "es pues indiscutible, que en principio so-

lo pueden ser declarados en quiebra los comerciantes, sean estos personas físicas o morales".

N. Que "nuestra legislación no comprende, dentro de sus reglas, general o especial, ninguna disposición en la que pueda encuadrarse el caso que se examina, esto es, la declaración de quiebra del fideicomiso".

Ñ. Que "dado que el fideicomitente transmite al fiduciario el dominio de los bienes fideicomitados y que en el -- ejercicio del fideicomiso, la institución fiduciaria no actúa - en nombre de otro, sino que ejercita un derecho propio en virtud del dominio que tiene sobre los bienes afectados en fideicomiso, por ser el titular de todas las acciones jurídicas inherentes a tales bienes. .y en consecuencia es éste dueño fiduciario, quién debe responder de cualquier acción judicial y que afecte los bienes fideicomitados, en términos de las disposiciones legales relativas, pero en ninguna forma que sea el propio fideicomiso, que no tiene personalidad jurídica, el que tenga que -- responder de una acción judicial intentada en su contra... Esto no quiere decir... que los tenedores de un documento mercantil.. queden indefensos, pues independientemente de que pueden ejercitar la acción ordinaria mercantil procedente, están en posibilidad de que, previa y administrativamente, se determine la responsabilidad, que con capital propio de la fiduciaria, incurra o no ésta, en términos del artículo 45 de la nueva Ley General de Instituciones de Crédito y Organizaciones Auxiliares y hecho

esto proceder en contra de bienes propios del fideicomiso o de la fiduciaria".

Para defender nuestra postura es necesario hacer frente a los argumentos sustentados por los Tribunales referidos.

A tal efecto, comentaremos cada uno de los incisos anteriores en idéntico orden y letra, a fin de que el análisis sea fácilmente relacionado.

En cuanto a los fundamentos de la Sala ad quem tenemos:

A. Esta crítica a la posibilidad de quiebra del patrimonio en fideicomiso ya fué debidamente analizada en líneas anteriores, por lo que al efecto nos remitimos a las mismas.

B. Ya hemos analizado anteriormente a fondo lo inexacto de la argumentación que ahora se comenta. No sólo las personas pueden ser declaradas en estado de quiebra, para cuya demostración nos remitimos al capítulo IV del Título Segundo de este trabajo.

C. Es verdad que los bienes dados en fideicomiso carecen de personalidad jurídica, y que por lo mismo no pueda ser calificado como comerciante, pero es inexacto que por tal razón sea imposible declararlo en estado de quiebra, pues ya hemos analizado que lo que se somete al régimen de fallimento es la empresa y no el comerciante, basándonos entre otras cosas en que si no hay empresa mercantil no hay derecho de quiebra, -

puesto que éste encamina su finalidad más que a la persona del comerciante, a conservar o hacer desaparecer del mundo comercial a las empresas mercantiles económicamente insolventes, donde deviene lo equivoco del artículo primero de la Ley de Quiebras y Suspensión de Pagos. Para mayor análisis nos remitimos al mismo capítulo indicado en el apartado que antecede.

Respecto a los argumentos del Juez de Distrito, son procedentes las siguientes consideraciones:

D. Es importante observar que en el razonamiento que se comenta, el Juez Federal reconoce que los fideicomisos pueden operar como verdaderas empresas. Ahora bien, no obstante ello, indica que no por tal actividad la Ley las dota con esa "personalidad jurídica". De ello se colige un error tan lamentable como injustificado en un perito del derecho, pues el Juez Federal confunde la empresa mercantil con la "personalidad", siendo que en nuestro derecho las empresas carecen de esa cualidad por no estar comprendida dentro del artículo 25 del Código Civil; tal vez suceda que el Juzgador usó como sinónimos los términos de empresa mercantil y sociedad mercantil como persona moral, sinonimia que es a todas luces criticable por tratarse de conceptos distintos jurídicamente.

En efecto, ya analizamos en este mismo capítulo la diferencia entre una y otra figura y ahondando sobre ello Henry Capitant indica que empresa es un establecimiento industrial o comercial (19) en tanto que la personalidad es la aptitud de --

ser sujeto de derecho (20). La empresa no es un "sujeto" (ente) de derecho, sino una figura mercantil que merace y goza ya de protección jurídica. en tanto que la persona moral, que si es la que tiene personalidad jurídica, es una entidad con posibilidades de ser titular de derechos y obligaciones. Confunde pues, el Juez de Distrito, dos figuras cuyas diferencias son abismales en el derecho, aún cuando generalmente vayan entrelazadas en la vida jurídica. Con base en lo ya dicho sobre los lineamientos seguidos por la Ley de Quiebras, la argumentación del Juez de Distrito carece de relevancia, porque si bien es cierto que se carece de personalidad jurídica, no por ello deja de estar sujeto al régimen de fallimento, y por otra parte reconoce que se funcionó como empresa, con lo que se actualizaba el primer elemento para la declaración de quiebra según lo hemos demostrado ya.

E. Nuevamente se confunde la finalidad de la quiebra en nuestro derecho y en todo orden jurídico, pues se pretende analizar la operación jurídica "fideicomiso" cuando lo que se somete al régimen de fallimento lo es el patrimonio que lo configura. Por lo demás el Juez de Distrito confirma que el fideicomiso respecto del que juzgó funcionó como empresa, aún cuando también insiste en su error de considerar el carácter de empresa como una figura que debe, para ser tal, gozar de personalidad jurídica. En efecto, se percibe en los razonamientos del Juez de Distrito que al hablar de "empresa" la asocia con -

la personalidad jurídica, lo cual es equívoco porque al derecho de quiebras no interesa tanto ésta como el patrimonio que se somete a sus disposiciones, y es totalmente erróneo que las empresas tengan personalidad jurídica, pues, insistimos, la empresa es la organización de una actividad, más no una persona jurídica, como lo pretende el Juzgador.

F. En esta parte de sus argumentos, el Juez de Distrito concuerda con nuestra postura de que en el fideicomiso se está ante un patrimonio autónomo distinto del de las personas - que intervienen en su integración; en cuanto a que no puede estimarse que su naturaleza sea idéntica a la de una empresa mercantil porque tal extremo no lo establece la Ley cambiaria, es del todo desafortunado, porque no por el hecho de que la Ley de cuenta no lo establezca expresamente se tendrá por no estado, y además porque olvida el contenido del artículo 228 de dicha Ley, que prevé los fideicomisos sobre empresas, por lo que en consecuencia, al "permitirse" tal operación, es inconcuso - que el fideicomiso puede consistir en una empresa, de donde deviene el error del Juez de Distrito.

G. Que la cesación de pagos sea un "acto jurídico" que únicamente puede ser realizado por personas, es también -- erróneo, pues ya analizamos que tal situación es un estado patrimonial, lo cual es avalado por autores de la talla de Malaga rriga (21), Satta (22), Brunetti (23), Nazzarrini (24), y entre nosotros a Cervantes Ahumada (25), Rodríguez y Rodríguez (26).-

etc. En cuanto al resto, es cierto que sólo las personas pueden ser comerciantes y que el patrimonio de un fideicomiso no es comerciante, aunque ello de ninguna manera se encuentre en contradicción con lo antes dicho sobre la posibilidad de que sea declarado en quiebra, atento que ya hemos escrito, e insistimos, - no sólo las personas pueden ser declaradas en estado de quiebra; las empresas mercantiles son susceptibles de ser colocadas en -- tal estado, y el patrimonio de un fideicomiso, como potencial - empresa mercantil, corre tal riesgo.

H. El Juez de Distrito sigue su línea de conside-- rar a la empresa y ahora a la "unidad patrimonial" como poseedo-- ras de personalidad jurídica, lo cual ya hemos indicado es falso, por lo que su argumento resulta infundado.

I. Al igual que en líneas anteriores, comete el -- error de considerar a la empresa y a la unidad patrimonial como poseedoras de personalidad jurídica, lo cual es inexacto; de -- otro lado, si el Juez de Distrito lo hace viendo entre empresa-- o unidad patrimonial a una sociedad o persona moral, ello tampo-- co es correcto, pues ya vimos que se trata de figuras distintas entre sí.

J. El mismo comentario que el apartado anterior.

De todo lo visto podemos resumir que el error prin-- cipal del Juez de Distrito, se fincó en su deficiente asimila-- ción de los conceptos de empresa y unidad patrimonial con el de persona moral, incurriendo con ello en el error inherente de --

atribuirlas a aquéllos personalidad jurídica, y con esa base de terminar que como el patrimonio en fideicomiso carece de tal -- personería, está fuera de los supuestos de la Ley de Quiebras -- para la declaración de fallimento, considerando además que conforme a ésta sólo los comerciantes (personas físicas o morales) pueden ser colocados en tal estado jurídico.

A ello enfrentamos que es falso que sólo las personas puedan ser declaradas en estado de quiebra; es la empresa -- mercantil un verdadero presupuesto, que como tal, puede incu--- rrir en cesación de pagos, que es también una propiedad de los -- patrimonios y no de las personas, con lo que se coloca en la po sibilidad de ser declarado en estado de quiebra. Por ello, no -- es obstáculo que el patrimonio en fideicomiso carezca de perso nalidad jurídica y en consecuencia no sea comerciante, para -- que sea declarada en quiebra.

En cuanto a los argumentos sostenidos por el Tribunal Colegiado en materia de revisión, no se apartan en esencia -- de la línea marcada por el Juez de Distrito y por tanto siguen -- los mismos errores.

En efecto, ello se aprecia de los razonamientos -- que esgrime y que en seguida pasamos a analizar.

K. Al igual que el Juez de Amparo, acepta que el -- fideicomiso en cuestión funcionó como una empresa, lo que habla de la existencia de un patrimonio y consecuentemente de su posi ble cesación de pagos, lo que produce la posibilidad de declara

ción de quiebra.

L. A pesar de lo anterior, comete el mismo error - que el Juez Federal, pues confunde a la empresa mercantil probablemente con la sociedad mercantil, es decir, con la persona moral, lo que ya hemos dicho reiteradamente, es inexacto por tratarse de figuras jurídicas distintas.

M. El Tribunal Colegiado concluye indiscutible que sólo los comerciantes pueden ser declarados en estado de quiebra, sean personas físicas o morales, sirviéndose para ello del artículo primero de la Ley de Quiebras y del artículo tercero del Código de Comercio. Olvida tanto el Tribunal ad quem, como el Juez de Amparo y el tribunal de Revisión, que a la Ley hay que interpretarla en su sentido íntegro, como un sistema y no como disposiciones aisladas que se contraponen unas a otras. Ya escribimos que del análisis detallado del sistema adoptado por la Ley de Quiebras se desprende la posibilidad real de que sean las empresas mercantiles las que sean declaradas en quiebra sin importar el sujeto jurídico fallido, para lo cual nos remitimos a tal estudio vertido en los presupuestos de la declaración del estado de quiebra.

N. Al respecto, es preciso aclarar que no es óbice para la declaración del estado de quiebra de un patrimonio en fideicomiso, el que en la Ley de la Materia no se haya previsto expresamente, si de su sistema adoptado se desprende que si es posible ésta; además hay que recordar que la Ley es de orden ge

neral y no particular y que por tanto si no previó concretamente la quiebra de un patrimonio fideicomitado, pero contiene las bases para determinar la quiebra de las empresas mercantiles, - al encuadrarse el fideicomiso dentro de tal supuesto, se hace - susceptible de enfocarse dentro de tal situación jurídica.

Ñ. En la primera parte de este razonamiento, el -- Tribunal Colegiado realiza una explicación del caracter y fun-- ciones de la fiduciaria, con la cual estamos de acuerdo. En --- cuanto a que los tenedores de un documento mercantil no quedan indefensos (y nosotros agregaríamos que cualquier acreedor), -- porque independientemente de que pueden ejercitar la acción ordinaria mercantil procedente están en posibilidad de que se determine la responsabilidad de la fiduciaria en términos del artículo 45 de la Ley General de Instituciones de Crédito y Organizaciones Auxiliares, y después proceder en contra de los bienes de ésta, consideramos que es un caso distinto o cuando más, casuístico. En efecto, para proceder en contra de los bienes de la fiduciaria por responsabilidad en el cumplimiento de su en-- cargo, se requiere que ésta haya actuado con culpa, esto es, -- que haya negligencia o mala fé, de donde se deduce que al haber declaración de quiebra de un patrimonio en fideicomiso, no necesariamente se deberá a la mala fé o negligencia de la fiducia-- riay en consecuencia, no siempre incurrirá ésta en responsabilidad, por lo que la solución dada por el Tribunal Colegiado pa ra que los acreedores del fideicomiso en el caso que analizó -

no queden sin cobrar sus créditos, es desafortunada. Ni en el caso de la quiebra del patrimonio en fideicomiso, ni sin ésta, cuando haya insuficiencia patrimonial para cubrir un adeudo, la fiduciaria sólo incurre en responsabilidad cuando tal estado se debe a su culpa. Lo que sucede, es que se olvida el principio -informador de la quiebra consistente en la par conditio creditorum, por virtud de la cual los acreedores deben ser tratados con igualdad frente al patrimonio del quebrado, pretendiendo -- con ello evitar justamente la situación sometida a la consideración del colegiado, en la que un acreedor se encuentra en imposibilidad de hacer efectivo su crédito.

Vemos de todo lo anterior que los argumentos vertidos por los Tribunales mencionados carecen de consistencia y -- que en modo alguno desvirtúan la tesis que sustentamos.

En consecuencia, confirmamos: el patrimonio en fideicomiso, en cuanto llegue a conformar una empresa mercantil, -- que a su vez se encuentre en cesación de pagos, es susceptible -- de ser declarada legalmente en estado de quiebra.

TITULO TERCERO

INDICE DE NOTAS AL CAPITULO UNICO

XV

1. Batiza, Rodolfo. "El Fideicomiso" p. 308.
2. Domínguez Martínez, Op. cit., p.p. 218 y 219.
3. Barrera Graf. Op. cit., p. 371, n. 58.
4. Cervantes Ahumada. "Derecho de Quiebras", p. 34; y "Presu--
puestos de la Quiebra...", p.p. 69 y 70.
5. Apodaca y Ozuna. Op. cit., p. 256.
6. De la Peza, José Luis. Op. cit.
7. Rodríguez y Rodríguez. "La Separación...", p. 209; "Curso..."
p. 707.
8. De la Peza. Op. cit., p.p. 78 y sig.
9. Rodríguez y Rodríguez. "Ley de Quiebras...", p. 6.
10. De Pina, Rafael. Diccionario de Derecho. 10a. ed., Porrúa,-
México, 1981, p. 243.
11. Barrera Graf, Jorge. Tratado de Derecho Mercantil. Porrúa,-
México, 1957, Vol. I, p. 174.
12. De Pina, Rafael. Op. cit., p. 243.
13. Apodaca y Ozuna. Op. cit., p.p. 196, 197, 198 y 207.
14. Rodríguez y Rodríguez, Joaquín. "Curso...", T. I, p. 411.
15. Art. 16 Ley Federal del Trabajo.
- 15 Bis. En el mismo sentido: Toledo González, Vicente. Op. cit.,
p. 223 y sig.
16. Exp. R.C. 218/78 relativo al recurso de revisión interpues-
to por Javier Barrera Reyes, resuelto el 31 de agosto de --
1979.
- 16 Bis. Toca 823/74, Sentencia de fecha 26 de marzo de 1975.
17. Exp. 420/75, Quejoso: Javier Barrera Reyes, resuelto el 19-
de agosto de 1977.

TITULO CUARTO

CONCLUSIONES

Durante el desarrollo de este trabajo, consideramos imprescindible conocer los antecedentes, la evolución, de las figuras a estudio. De este modo, pudimos apreciar que su estado actual corresponde a ese devenir. Conjugando su proceso con su status vigente, llegamos a las siguientes conclusiones:

PRIMERA.-Los antecedentes más remotos del actual fideicomiso mexicano se encuentran en la fiducia y el fideicommissum testamentario en Roma, y en el antiguo use, moderno -- trust, de Inglaterra y los Estados Unidos de America. Estos nacieron con el fin de evitar la aplicación de ciertas leyes sobre determinadas personas, --por lo que primeramente carecieron de regulación legal para después ser objeto de integración legislativa. Tuvieron como notas características la traslación de dominio de los bienes que formaban su objeto y la buena fe del encargado de cumplir con el fin para el que fueron creados.

SEGUNDA.-En México, el primer claro antecedente legal del actual fideicomiso se encuentra en la Ley General de Instituciones de Crédito y Establecimientos Bancarios del 24 de diciembre de 1924, aunque en realidad la primera Ley que lo reguló fué la de Bancos de Fideicomiso del 17 de julio de 1926, que lo concibió como un mandato irrevocable.

TERCERA.-En el sistema jurídico mexicano, el fideicomiso recorre tres etapas en su evolución: en la primera -- está ausente un concepto definido de la institución; en la se-

gunda se concibe como un mandato irrevocable, y; en la tercera se establece como una afectación a un fin.

CUARTA.-Fueron las ideas de Pierre Lepaulle sobre el trust angloamericano las que fundamentalmente inspiraron al legislador en la actual regulación del fideicomiso mexicano.

QUINTA -Al fideicomiso lo definimos como la figura jurídica por virtud de la cual una persona llamada fideicomitente transmite a otra llamada fiduciario, la titularidad de ciertos bienes o derechos o sólo los segundos, para que ésta los realice al fin destinado por aquélla, bien en beneficio de una tercera persona llamada fideicomisaria, del fideicomitente mismo o sin beneficiario.

SEXTA.-El fideicomiso es la figura más amplia, -- versátil y polifacética de nuestro sistema jurídico. Es posible constituirlo en forma unilateral, bilateral e incluso tri-lateral.

SEPTIMA.-El fin o finalidad del fideicomiso, sólo está limitado por la licitud y por la voluntad de las partes -- que lo crean, de donde se colige la variedad de fines que puede comprender. Por tanto, el fideicomiso puede consistir en -- una empresa mercantil o bien, durante su ejecución es posible constituir tal organización.

OCTAVA.-En el fideicomiso opera la traslación de dominio respecto de los bienes que forman su objeto, por mero efecto del contrato. Cuando es contituido unilateralmente, di

cha traslación opera en el momento en que la fiduciaria designada acepte el cargo.

NOVENA.-Los bienes fideicomitidos forman un patrimonio destinado y afectado a un fin, autónomo e independiente del genérico de su titular. Se trata de una universalidad jurídica. El titular del patrimonio fideicomitado lo es la fiduciaria, quién tiene sobre él todos los derechos y acciones necesarios para la consecución del fin. En los casos de constitución unilateral, lo será desde el momento en que acepte el cargo.

DECIMA.-El acto constitutivo del fideicomiso es de naturaleza mercantil en cuanto se trata de una operación de crédito y de una operación de bancos. A la fase ejecutiva del fideicomiso no le es atribuible una naturaleza de acto determinada, dada la variedad de los que se realizan en la cumplimiento del fin.

DECIMA PRIMERA.-El derecho de quiebras es una rama del derecho mercantil. Ambos fueron primeramente subjetivos y seguidamente objetivos, pero su evolución no ha sido paralela.- El derecho mercantil en su actual concepción, es ser el derecho de las empresas mercantiles; sin embargo, nuestro vigente Código de Comercio no la recoge plenamente aún. En tanto que el género es obsoleto y ha quedado atrás a la concepción moderna del derecho comercial, la especie, el derecho de quiebras, se funda en las corrientes actuales para estructurarse. doctrinas/éstas - que estiman al derecho mercantil como el derecho de las empre--

sas mercantiles.

DECIMA SEGUNDA.--Por tanto, compartimos lo dicho -- por Apodaca y Ozuna: si el derecho mercantil es el derecho de -- las empresas mercantiles, el derecho de quiebra (rama de aquél), es el derecho de quiebra de las empresas mercantiles.

DECIMA TERCERA.--La quiebra se explica en función -- de los intereses de quienes a su alrededor giran. Esta serie de intereses son las que motivan y estructuran las finalidades de la quiebra. En base a ello, la quiebra sostiene los siguientes principios: A.-La conservación de la empresa; B.-Igualdad de -- trato a los acreedores (par conditio creditorum), y C.-Univer-- salidad, subjetiva y objetiva.

DECIMA CUARTA.--La empresa mercantil es el núcleo -- del derecho de quiebra, ya que los intereses de los que en ella participan, las causas, finalidades y principios del sistema -- que lo regula, giran en torno a la misma; el derecho de quiebra se encuentra dirigido, más que al sujeto quebrado, a su patri-- monio: la empresa.

DECIMA QUINTA.--Por lo tanto, es erróneo el artícu-- lo 1.º de la L.Q.S.P. en cuanto que establece como requisito pa-- ra la quiebra, la existencia de un comerciante. Es la empresa -- mercantil el verdadero primer presupuesto para la declaración -- del estado de quiebra.

DECIMA SEXTA.--En cuanto al comerciante, la L.Q.S.-- sólo le reduce su capacidad para actuar en relación al patri

monio impotente y al comercio en general, y le impone penas que pertenecen al derecho penal más que al mercantil.

DECIMA SEPTIMA.--La propia L.Q.S.P. prevé casos concretos de quiebra sin sujeto jurídico quebrado: quiebra del comerciante difunto; quiebra de la sucesión del comerciante; quiebra del comerciante retirado; quiebra de sociedades irregulares; quiebra de la sociedad disuelta.

DECIMA OCTAVA.--Son presupuestos para la declaración del estado de quiebra, aquéllos elementos jurídicos necesarios para que sea pronunciada. En nuestro derecho, la quiebra - debe ser declarada judicialmente para que exista.

DECIMA NOVENA.--Por consiguiente, los presupuestos para la declaración del estado de quiebra son dos: la existencia de una empresa mercantil, y la cesación de pagos. Por empresa mercantil se entiende la organización destinada a la función económica de producción o distribución de bienes o servicios, - misma que carece de personalidad jurídica. La cesación de pagos requerida por la L.Q.S.P. es un estado patrimonial, una propiedad de los patrimonios; es el estado general de impotencia patrimonial en que se encuentra una empresa mercantil para hacer frente a las obligaciones líquidas y vencidas que sobre él pesan, por medios normales.

VIGESIMA.--Siempre que el patrimonio fideicomitado consista en una empresa mercantil, o bien, que por virtud del fideicomiso deba crearse ésta, se actualizará el primer presu-

puesto para la declaración de la quiebra.

VIGESIMA PRIMERA.-Siendo la cesación de pagos una propiedad de los patrimonios, al existir éste, es susceptible de producirse aquélla; en consecuencia:

VIGESIMA SEGUNDA.-Todo patrimonio fideicomitado -- que contenga una empresa mercantil, al encontrarse ésta en cesación de pagos, es susceptible de ser legalmente declarado en es tado de quiebra.

A D D E N D A

Una vez estructurado el presente trabajo, tuvieron lugar diversos actos legislativos que tienen cierta relación -- con puntos que hemos tratado.

En tal virtud y a efecto de evitar presentar una tesis obsoleta o desactualizada, analizaremos aún cuando sea -- someramente dichas disposiciones legales.

Tales actos legislativos son:

I.-Decreto que establece la Nacionalización de la Banca Privada, de fecha 1° de septiembre de 1982, publicado en el D. O. del mismo día y del siguiente.

II.-Decreto mediante el cual se dispone que las -- Instituciones de Crédito que se enumeran, operen con el carác-- ter de Instituciones Nacionales de Crédito, publicado en el D.O de fecha 6 de septiembre de 1982.

III.-Ley Reglamentaria del Servicio Público de --- Banca y Crédito de fecha 30 de diciembre de 1982, publicada al - día siguiente en el D.O. para entrar en vigor el 1° de enero de 1983.

IV.-Ley Reglamentaria del Servicio Público de Banca y Crédito de fecha 28 de diciembre de 1984, publicada en el D.O. de 14 de enero de 1985 para entrar en vigor al día siguien-- te.

Ahora bien, estudiándolos en su orden tenemos:

I.-El Decreto que establece la nacionalización de la Banca Privada cuya técnica jurídica es y ha sido sumamente - cuestionada, establece en su artículo primero la expropiación - por causa de utilidad pública de todos los bienes y derechos -- propiedad de las Instituciones de Crédito privadas a las que se les haya otorgado concesión para la prestación del Servicio --- Público de Banca y Crédito en cuanto sean necesarios para ello.

Decíamos que es cuestionable la técnica empleada - en la dicción de este Decreto en virtud de que, desde su misma denominación crea incertidumbre, pues contiene diversos puntos-- que atañen a la expropiación, a la revocación de concesiones, - etc.

A pesar de ello, por no ser materia de esta tesis, tal punto se anota tan sólo como un problema que plantea inte--

resantes perspectivas de estudio.

En lo tocante a nuestro tema, diremos que, en el artículo quinto de tal decreto, se excluyen de tal expropiación, el Banco Obrero, el Citibank N.A., las oficinas de representación de entidades financieras del exterior y las sucursales de bancos extranjeros de primer orden, así como los fideicomisos administrados por los bancos.

Al respecto, en concordancia de tal acto que tuvo como motivo generador el privar a los particulares de la prestación del servicio público de banca y crédito y prestarlo en exclusiva el Estado, para la salvaguarda de los intereses públicos con ellos relacionados, los fideicomisos administrados por los bancos objeto de la nacionalización, quedan al margen de ésta, y por tanto, los fideicomisos constituidos en esos momentos no sufren cambio alguno, salvo que el fiduciario lo será en adelante, la banca nacionalizada.

Así, el único cambio en tal punto lo será el que la fiduciaria no será un banco privado, sino que lo serán las Sociedades Nacionales de Crédito que los suplen (art. 6° del decreto). Pero por lo que toca a los bancos que quedaron fuera de la nacionalización, absolutamente ninguna alteración sufrieron con el decreto en comento, y por tanto, ninguna sufren los fideicomisos en que ellos sean fiduciarias.

Punto más importante tiene este decreto, en cuanto toca a nuestro trabajo, al referirnos en la pág. 49, y nota 24 de la misma, a la confirmación de nuestro punto de vista en el sentido de que el servicio de la banca y crédito es un servicio público, y que, por tanto, las instituciones de crédito adquirirían la obligación de ser fiduciarias en los fideicomisos que se les nombrara como tales, en virtud de estar prestando un servicio público que por su naturaleza propia son de carácter obligatorio.

Atento lo anterior, las actuales Sociedades Nacionales de Crédito, están igualmente obligadas a aceptar el cargo de fiduciarios en los fideicomisos en los que se les designe como tales.

Por tanto, y tomando en cuenta que dicho decreto no deroga disposición legal alguna, no afecta ni desvirtúa los

puntos que hemos sostenido en el curso de este trabajo.

II.-Este decreto, consecuencia del anterior, tuvo como únicos efectos, que las instituciones de crédito que fueron afectadas por la nacionalización, funcionaran a partir del mismo como Instituciones Nacionales de Crédito, y que se propondrá por la Secretaría de Hacienda y Crédito Público, para que se constituyan como Organismos Públicos Descentralizados.

III.-La presente Ley, en realidad no reglamenta la prestación del servicio público de banca y crédito, dado que en todo su articulado no existe disposición directa que regule en sí el despliegue de la actividad inherente, y solamente regula la estructura interna, administración, organización, creación de la sociedad nacional de crédito y las políticas que han de seguir, así como la naturaleza de los títulos representativos de su capital y la protección de los intereses al público.

De otra parte, cabe resaltar que por disposición expresa del artículo tercero de dicha Ley, le son aplicables a las sociedades nacionales de crédito las disposiciones contenidas en los Títulos Primero, Segundo, Capítulos VI y VII, Cuarto y Quinto de la Ley General de Instituciones de Crédito y Organizaciones Auxiliares.

Ahora bien, las operaciones fiduciarias se encuentran reguladas en el capítulo VI del Título Segundo de la mencionada Ley General de Instituciones de Crédito y Organizaciones Auxiliares; por tanto, a través de tal remisión, se aplican durante la vigencia de esta Ley, al fideicomiso, las mismas disposiciones legales que estaban en vigor antes de la nacionalización de la banca privada.

IV.-La actual Ley Reglamentaria del Servicio Público de Banca y Crédito, publicada en el D.O. el 14 de enero de 1985, es la que en el presente se ocupa de reglamentar, complementariamente y en forma principal, con la Ley General de Títulos y Operaciones de Crédito, al fideicomiso.

En efecto, por disposición contenida en el artículo segundo transitorio del decreto respectivo, quedó derogada la Ley General de Instituciones de Crédito y Organizaciones Auxiliares publicada en el D.O. el 31 de mayo de 1941 así como la anterior Ley Reglamentaria del Servicio Público de Banca y Crédito y todas las demás disposiciones que se opongan a tal Ley.

Conviene apuntar sin embargo, que a su vez el --- artículo décimo transitorio del propio decreto estableció: "El - Banco Obrero S.A., y las sucursales en México de bancos extran-- jeros, que cuenten con concesión del Gobierno Federal, continúan rigiéndose por las disposiciones conforme a las cuales vienen operando".

Así pues, nos encontramos en la actualidad con -- ina doble reglamentación legal bancaria: la Ley Reglamentaria -- del Servicio Público de Banca y Crédito para la banca nacionalizada, y; la Ley General de Instituciones de Crédito y Organizaciones Auxiliares para las que quedaron al margen de tal nacionalización.

Luego entonces, toda vez que las instituciones de crédito que quedaron fuera de la nacionalización de la banca, -- como lo son el Banco Obrero S.A. y las sucursales en México de - Bancos extranjeros S.A. venían operando conforme a la Ley Ge---- neral de Instituciones de Crédito y Organizaciones Auxiliares, - dado que la anterior Ley Reglamentaria del Servicio Público de - Banca y Crédito, de fecha 30 de noviembre de 1982 remitía a ella en su artículo 3º y además en su artículo tercero transitorio -- reiteraba a su vez que se continuarían rigiendo conforme a las - disposiciones con las cuales venían operando, resulta que tales- instituciones de crédito, indudablemente son regidas por la ci-- tada L.G.I.C.O.A., y por tanto, la derogación de la misma, fué - tan sólo parcial creando la doble reglamentación del servicio -- de la banca y del crédito a que se ha hecho referencia.

Ahora bien, hecha la anterior salvedad, resulta - que por lo que toca a las instituciones bancarias que no fueron- objeto de la nacionalización y que a su vez quedaron excluidas - de la aplicación de las Leyes Reglamentarias del Servicio Públi- co de Banca y Crédito, todos los puntos sostenidos en el curso - de este trabajo, les son aplicables.

De otro lado, por lo que toca a las sociedades -- nacionales de crédito, cuya reglamentación sí está contenida en- la Ley en estudio, tenemos que; en cuanto corresponde al fidei-- comiso, los aspectos más sobresalientes de la Ley son los si---- guientes:

a.-Se ratifica el carácter de servicio público de la banca y del crédito (art. 1 y 2), confirmandose más aún la --

tesis ya comentada en el sentido de la consecuente obligatoriedad de su prestación y por ende la obligatoriedad de las fiduciarias para aceptar tal cargo en los fideicomisos que se les propongan y que reúnan los requisitos legales inherentes.

b.-Se reitera la naturaleza de "patrimonio afectación" del fideicomiso (art. 60 último párrafo), su carácter de universalidad jurídica y la titularidad de la fiduciaria (art. - 63).

c.-En los fideicomisos de garantía, para la ejecución, a petición de la fiduciaria, se aplicará el procedimiento establecido por el artículo 341 de la Ley General de Títulos y Operaciones de Crédito.

Esta es tal vez, la mayor innovación en la nueva Ley.

En efecto, antes de su entrada en vigor, la fiduciaria, en los fideicomisos constituidos para garantizar el cumplimiento de obligaciones, una vez actualizadas las hipótesis de incumplimiento, procedía al remate de los bienes afectos para el cumplimiento de tal obligación.

Sin embargo, a partir de la entrada en vigor, se tiene la obligación de acudir al Juez para que autorice la venta de los bienes afectos al fideicomiso, quién correrá traslado al deudor para que en el término de tres días ejercite su derecho oponiéndose a la venta exhibiendo el importe del adeudo, y en caso contrario, previa la cotización de los bienes proceder a su venta.

Esta innovación va en contra de la naturaleza misma de la Institución del fideicomiso, muestra su desconocimiento y altera y perjudica las ventajas que con él se otorgaron.

Efectivamente, es muy probable que el origen de esta disposición sean los ataques que sufrió el fideicomiso de garantía, por quienes impugnaban su constitucionalidad aduciendo que se les privaba de su derecho de audiencia al ser rematados los bienes que otorgaban en garantía, sin ser oídos ni vencidos en juicio y privarseles de sus posesiones y propiedades. Sin embargo, tal criterio era insostenible en virtud de que no había tal falta de garantías, atendiendo a que la fiduciaria solamente actuaba en acato a las órdenes del mismo fideicomitente, en el sentido de proceder a la venta de los bienes que le indicaba, si

no cumplía determinada obligación, a fin de que con su producto, se hiciera pago al acreedor.

Luego entonces, no había ninguna violación de garantías, sino que la fiduciaria se limitaba a cumplir con las -- órdenes que al efecto le señalaba el fideicomitente.

La misma H. Suprema Corte de Justicia de la Nación resolvió los asuntos sometidos a su consideración en el sentido apuntado. (Amp. Dir. 45/71.-Crédito Algodonero de México S.A.--- 16 de marzo de 1977.-5 votos. Ponente:Gloria León Orantes, Srío. Rogelio Camarena Cortéz. Informe 1977. Sala Auxiliar, pág. 36; - Amp. Dir. 3285/70.-Guillermo Hernández Hurtado. 9 de marzo de -- 1973. Mayoría de 3 votos. Ponente:Rafael Rojina Villegas. 3a. -- Sala, Séptima Epoca, vol. 51, Cuarta Parte, pág. 29; Sexta Epoca CXXVI, Cuarta Parte, pág. 20).

Por otra parte, es indudable que las ventajas que el fideicomiso ofrecía respecto a otras formas de garantizar --- obligaciones se ven disminuidas, pues la celeridad del fideico-- miso en garantía era incuestionable. De acuerdo a la nueva Ley, se pueden generar situaciones de oposición legal del deudor o -- fideicomitente, que deriven en enormes pérdidas de tiempo, que - van en contra de la tradición fiduciaria.

En idénticos términos lo ha considerado la Subcomisión de Estudios Jurídicos, Fiscales y Administrativos de la - Comisión Especial del Fideicomiso de la Asociación Mexicana de - Bancos, al formular un cuadro comparativo de las disposiciones - relativas a la actividad fiduciaria contenidas en la Ley General de Instituciones de Crédito y en el Proyecto de Ley Reglamenta-- ría del Servicio Público de Banca y Crédito y comentarios a la - misma, de fecha del mes de octubre de 1984, que el Señor Lic. -- Juan Suayfeta O. tuvo la gentileza de hacernos llegar.

Por tanto, no se justifica en forma alguna la inserción de tal obligación en los fideicomisos de garantía.

d.-En el artículo 65 se establecen como causas de remoción de la fiduciaria, el que no rinda cuentas de su gestión al ser requerida, dentro de 15 días hábiles; o cuando sea declara-- da, por sentencia ejecutoriada, culpable de las pérdidas o me-- noscabo que sufran los bienes dados en fideicomiso o responsable de esas pérdidas o menoscabo por negligencia grave.

A su vez, en el propio artículo se establece que-

tales derechos corresponden al fideicomisario o a sus representantes legales, y a falta de ellos, al Ministerio Público sin perjuicio de que el fideicomitente se haya reservado tal derecho al constituirse el fideicomiso o en sus modificaciones.

e.-Se establece la no aplicación del término de 30 años para la duración del fideicomiso, en los constituidos por el Gobierno Federal y en los que, para tal efecto, declare de interés público a través de la Secretaría de Hacienda y Crédito Público (art. 66).

f.-Finalmente, se prohíbe a las Instituciones de Crédito celebrar operaciones consigo misma en el cumplimiento de fideicomisos y responder a los fideicomitentes del incumplimiento de los deudores, salvo que sean por su culpa. (art. 84 fracc. XVIII incisos 'a' y 'b').

Estas son a nuestro juicio las más destacadas innovaciones y disposiciones contenidas en la nueva Ley en comento relativas al fideicomiso.

Con ello, estimamos se cumple con el requisito que todo trabajo intelectual debe contener: actualidad.

Por otra parte y en atención a las valiosas observaciones que nos fueron formuladas por los Profesores adscritos al Seminario de Derecho Mercantil, resulta conveniente precisar en relación al tema de la naturaleza jurídica del fideicomiso, que si bien el oscuro articulado de la Ley Cambiaria, regulador de esta figura, produce incertidumbre y dificultades para desentrañar su esencia jurídica, permitiendo posiciones tan opuestas entre los estudiosos de la materia, es incuestionable que la auténtica y verdadera naturaleza del fideicomiso debe ser contractual, como nos lo corrobora la práctica, dada la intervención de más de una voluntad en el mismo, especialmente por lo que se refiere a la intervención invariable del fideicomitente y la fiduciaria.

Por tal motivo, se impone una reforma legislativa a la Ley General de Títulos y Operaciones de Crédito, actualizando y precisando la real esencia jurídica del fideicomiso en el sentido que hemos apuntado, es decir, que establezca en definitiva en el derecho positivo mexicano, que el fideicomiso es un contrato.

Resulta evidente la bondad de una reforma en los-

términos indicados, atento que siendo el fideicomiso una figura cuyas bases principales descansan en la buena fé, se evitarían especulaciones jurídicas en detrimento de las necesidades que -- generalmente cubre un fideicomiso.

BIBLIOGRAFIA

XVII

1. Acosta Romero, Miguel. El Fideicomiso Público o de Estado. (Conferencia-Curso de Actualización), Facultad de Derecho, UNAM, México, diciembre de 1981.
2. Apodaca y Ozuna, Francisco. Presupuestos de la Quiebra. Tesis, Stylo, México, 1945.
3. Ascarelli, Tullio. El Contrato Plurilateral. Tr. del italiano por René Cacheaux Sanabria, Jus. México, 1949.
4. Barrera Graf, Jorge. Estudios de Derecho Mercantil. Porrúa, México, 1958.
5. ----- Tratado de Derecho Mercantil. Porrúa, México, 1957, Vol. I.
6. Batiza, Rodolfo. El Fideicomiso, Teoría y Práctica. 4a. ed. rev. y puesta al día, Porrúa, México, 1980.
7. ----- Realidades del Fideicomiso en México, en Estudios Sobre Fideicomiso. Asociación de Banqueros de México, A.C., México, 1980.
8. ----- ¿Es el Fideicomiso un Acto Absolutamente Mercantil?, en Estudios Sobre Fideicomiso. Asociación de Banqueros de México, A.C., México, 1980.
9. Bialostoski, Sara y Agustín Bravo González. Compendio de Derecho Romano, Pax, México, 1973.
10. Bravo Valdéz, Beatriz y Agustín Bravo González. Segundo Curso de Derecho Romano. 2a. ed., Pax, México, - 1976.
11. Brunetti, Antonio. Tratado de Quiebras. Tr. del italiano por Joaquín Rodríguez y Rodríguez. Porrúa, México, 1945.
12. Capitant, Henri. Vocabulario Jurídico. Tr. de Aquiles Horacio Guaglianone, 6a. reimp., Depalma, Buenos Aires, Argentina, 1977.
13. Cervantes Ahumada, Raúl. Derecho de Quiebras. 2a. ed., Herre-ro, México, 1938.

14. ----- Presupuestos de la Quiebra. (Esquema Para una Teoría), en Revista de la Escuela Nacional de Jurisprudencia, Tomo IX, núm. 33, México, enero-mayo, 1947.)
15. ----- Titulos y Operaciones de Crédito, 6a. ed., Porrúa, México, 1972.
16. De la Peza, José Luis. Ensayo Sobre el Patrimonio en Fideicomiso y la Posibilidad de su Quiebra. Tesis, México, 1951.
17. De Pina, Rafael. Diccionario de Derecho. 10a. ed., Porrúa, México, 1981.
18. Domínguez Martínez, Jorge. El Fideicomiso Ante la Teoría General del Negocio Jurídico. 2a. ed., Porrúa, México, 1975.
19. Espinoza Gómez, Alvaro. Marco Legal del Fideicomiso Mexicano. (Conferencia), en el Primer Seminario Nacional de Servicios Fiduciarios, organizado por la Comisión Permanente de Operaciones Fiduciarias de la Asociación de Banqueros de México, Cocoyoc, Morelos, 26 de septiembre de 1980.
20. Estudios Sobre Fideicomiso. Asociación Nacional de Banqueros de México, A.C., México, 1980.
21. Floris Margadant, S. Guillermo. El Derecho Privado Romano. 5a. ed., cor. y aum., Esfinge, México, 1974.
22. García Maynes, Eduardo. Introducción al Estudio del Derecho. 16a. ed., Porrúa, México, 1969.
23. Georges Lutzesco. Teoría y Práctica de las Nulidades. Traducido del francés por Manuel Romero Sánchez y Julio López de la Cerda, 5a. ed., Porrúa, México, 1980.
24. Landerrache Obregón, Juan. Naturaleza Jurídica del Fideicomiso. Jus, Revista de Derecho y Ciencias Sociales, México, septiembre, 1942.
25. Lizardi Albarrán, Manuel. Ensayo Sobre la Naturaleza Jurídica del Fideicomiso. Tesis, México, 1945.
26. Lapaulle, Pierre. Tratado Teórico y Práctico de los Trusts en Derecho Interno, en Derecho Fiscal y en Derecho Internacional. Traducido del francés por-

Pablo Macedo, Porrúa, México, 1975.

27. Macedo, Pablo. El Fideicomiso Mexicano, en Tratado Teórico y Práctico de los Trusts, en Derecho Interno, en Derecho Fiscal y en Derecho Internacional, Porrúa, México, 1975.
28. Malagarriga, Carlos C. Tratado Elemental de Derecho Comercial. Tomo IV, Quiebras y Prescripción. Tea, Buenos Aires, Argentina, 1952.
29. Messineo, Francisco. El Negocio Jurídico Plurilateral. Tr. del Dr. Joaquín Rodríguez y Rodríguez, Jus, Revista de Derecho y Ciencias Sociales, México, diciembre de 1944, núm 77.
30. Molina Pasquel, Roberto. El Fideicomiso en Garantía, en Estudios Sobre Fideicomiso, Asociación de Banqueros de México, A.C., México, 1980.
31. ----- Evolución del Pensamiento Jurídico Mexicano en Materia de Trust y de Fideicomiso (Discurso de Ingreso como Miembro de Número de la Academia Mexicana de Jurisprudencia y Legislación pronunciado el mes de marzo de 1955), en Estudios sobre Fideicomiso, Asociación de Banqueros de México, A.C., México, 1980.
32. ----- Los Derechos del Fideicomisario, Jus, México, 1946.
33. Navarrini, Humberto. La Quiebra. Tr. de Francisco Hernández Borcndo, Reus, Madrid, 1943.
34. Ortolán, M. Explicación Histórica de las Institutas de Justiniano. T. I, 4a. ed., Leonardo López-Editor, Madrid, 1887.
35. Planiol, Marcel. Tratado Elemental de Derecho Civil, Los Bienes. Tr. de la 12a. ed. francesa por José M. Cajica Jr., Cajica, Puebla, 1955.
36. Pérez Palma, Rafael. Guía de Derecho Procesal Civil. 6a. ed., Cárdenas Editor y Distribuidor, México, 1981.
37. Petit, Eugéne. Tratado Elemental de Derecho Romano. Tr. del francés ppor José Fernández González, 9a. ed., Saturnino Calleja, Madrid, 1924.

38. Rodríguez y Rodríguez, Joaquín. Curso de Derecho Mercantil Jus, Monterrey, N.L., 1947, T. II.
39. ----- Derecho Bancario, 3a. ed., Porrúa, México, 1973.
40. ----- La Separación de Bienes en la Quiebra. UNAM, México, 1978, (la. reimp. de la 1a. ed. de 1951).
41. ----- Ley de Quiebras y Suspensión de Pagos. Concordancias, Anotaciones, Exposición de Motivos y Bibliografía, 8a. ed., Porrúa, México, 1980.
42. Rojina Villegas, Rafael. Compendio de Derecho Civil, T. II. Porrúa, México, 1973.
43. ----- Derecho Hereditario o Sucesiones. Tomo 54 - de la "Biblioteca del Maestro. El Nacional, México, 1942.
44. Satta, Salvatore. Instituciones del Derecho de Quiebra. Tr. del italiano por Rodolfo O. Fontanarrosa, 3a. ed., EJEA, Buenos Aires, Argentina, 1951.
45. Toledo González, Vicente. Exégesis de la Cesación de Pagos. (Dinámica del Derecho Mexicano. núm. 7), 1a. ed., Procuraduría General de la República, - México, 1975.
46. Vázquez Arminio, Rodrigo. La Llamada Acción Reivindicatoria Concedida por la Ley al Fideicomisario, en - Estudios Sobre Fideicomiso. Asociación de --- Banqueros de México, A.C., México, 1930.
47. ----- Naturaleza Jurídica del Fideicomiso Mexicano y sus Principales Aplicaciones Prácticas. Librería de Manuel Porrúa, México, (Publicaciones del Ilustre y Nacional Colegio de Abogados de México), 1964.
48. Véjar Valdéz, Carlos. Aportaciones del Fideicomiso Hereditario Romano a la Configuración del Actual Fideicomiso Mexicano, en Estudios Sobre Fideicomiso. Asociación de Banqueros de México, - A.C., México, 1980.

ABREVIATURAS MAS USADAS

A. B. de M.	Asociación de Banqueros de México, A.C.
C. Civ. y C. Civil	Código Civil para el Distrito Federal en Materia Común, y para toda la República en Materia Federal.
C. P. C.	Código de Procedimientos Civiles para el Distrito Federal.
D. O.	Diario Oficial
L. I. C.	Ley General de Instituciones de Crédito y Organizaciones Auxiliares.
L. T. O. C. Ley de Títulos	Ley General de Títulos y Operaciones de Crédito.
L. Q. S. P.	Ley de Quiebras y Suspensión de Pagos.
M. P.	Ministerio Público

49. Villagordoa Lozano, José. Doctrina General del Fideicomiso. Asociación de Banqueros de México, México, - 1976.
50. Vivante, César. Insituciones de Derecho Comercial. Tr. de-
Ruggero Mazzi, Reus, Madrid, 1928.

18. Vid. nota 16 este capítulo.
19. Capitant, Henri. Vocabulario Jurídico, tr. de Aquiles Horacio Guaglianone, 6a. reimp., Depalma, Buenos Aires, Argentina, 1977, p. 248.
20. Loc. cit., p. 426.
21. Malagarriga. Op. cit., p. 2 y 3].
22. Satta. Op. cit., p. 54.
23. Brunetti. Op. cit., p. 26.
24. Navarrini. Op. cit., p. 39.
25. Cervantes Ahumada. "Derecho de Quiebras". p. 35 y 36.
26. Rodríguez y Rodríguez. "Curso..." p. 709; y Ley de Quiebras ..." p. 12.