

315009
8

UNIVERSIDAD SALESIANA A.C.

ESCUELA DE DERECHO



"LA NATURALEZA JURIDICA DEL
FIDEICOMISO EN MEXICO"

T E S I S
QUE PARA OBTENER EL TITULO DE
LICENCIADO EN DERECHO
P R E S E N T A
ARACELI GUEVARA CHAVARRIA

ASESOR DE TESIS: SALVADOR LLAMAS-ARBIDE IBARRA

MEXICO, D. F.

TESIS CON
FALLA DE ORIGEN

2003

A



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 esta 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.

*Le dedico ésta tesis a mis padres,
ya que les debo todo lo que soy,
y aquello que llegue a ser...*

A mis hermanos...por ser el amor de mi vida.

A todos mis amigos...¡Gracias!

Gracias a Don José González Torres, por ser mi ejemplo de vida.

A todos mis profesores, por sembrar en mi la sabiduría de la justicia.

Un especial agradecimiento a mis maestros:

Roberto Correa Farías, Salvador Llamas-Arbide Ibarra,

Bernardo Esquivel Pérez, Sergio Flores Hernández y René Rosales Ortiz.

TESIS CON
FALLA DE ORIGEN

B

INTRODUCCIÓN	5
CAPÍTULO 1. ANTECEDENTES HISTÓRICOS, DOCTRINARIOS Y LEGISLATIVOS.	8
1.1. DERECHO ROMANO	8
1.1.1. FIDEICOMISSUM	9
1.1.2. FIDUCIA O PACTUM FIDUCIAE	13
1.2. EDAD MEDIA	14
1.2.1. EL MAYORAZGO	14
1.2.2. LAS CAPELLANÍAS	15
1.2.3. MANUSFIDELIS Y EL SALMAN O TREUHAND	16
1.3. EL SISTEMA DE EQUIDAD Y LA CANCELLERÍA	17
1.4. EL DERECHO NORTEAMERICANO Y EL FIDEICOMISO	20
1.4.1. EL USE	20
1.4.2. HIPÓTESIS DEL ORIGEN DEL USE	20
1.4.3. EVOLUCIÓN HISTÓRICA DEL USE	22
1.4.4. EL TRUST	24
CAPÍTULO 2. CONCEPTO DEL FIDEICOMISO Y GENERALIDADES DEL FIDEICOMISO MEXICANO.	39
2.1. ELEMENTOS PERSONALES	39
2.1.1. EL FIDEICOMITENTE	40
2.1.2. EL FIDUCIARIO	46
2.1.3. FIDEICOMISARIOS	67

TESIS CON
 FALLA DE ORIGEN

2.2.	ELEMENTOS REALES.....	72
2.2.1.	PATRIMONIO FIDUCIARIO.....	72
2.2.2.	FINES DEL FIDEICOMISO.....	73
2.3.	ELEMENTO FORMAL.....	76
2.4.	DURACIÓN DEL FIDEICOMISO.....	81
2.5.	FIDEICOMISOS PROHIBIDOS.....	81
2.6.	EXTINCIÓN DEL FIDEICOMISO.....	82
CAPÍTULO 3. CLASIFICACIÓN Y MODALIDADES DEL FIDEICOMISO		84
3.1.	TIPOS DE FIDEICOMISO.....	84
3.1.1.	FIDEICOMISO DE ADMINISTRACIÓN.....	85
3.1.2.	FIDEICOMISO DE INVERSIÓN.....	85
3.1.3.	FIDEICOMISOS DE GARANTÍA.....	86
3.1.4.	FIDEICOMISO DE INFRAESTRUCTURA.....	93
3.1.5.	FIDEICOMISO TESTAMENTARIO.....	99
3.2.	MODALIDADES DEL FIDEICOMISO.....	103
3.3.	OTRAS CLASIFICACIONES.....	106
3.4.	FIDEICOMISO PÚBLICO.....	108
3.4.1.	CONCEPTO DE FIDEICOMISO PÚBLICO.....	109
3.4.2.	ELEMENTOS.....	111
3.4.3.	FINES.....	113
3.4.4.	DURACIÓN.....	114
3.4.5.	CARACTERÍSTICAS QUE DISTINGUEN AL FIDEICOMISO PÚBLICO DEL PRIVADO.....	114

CAPÍTULO 4. NATURALEZA JURÍDICA DEL FIDEICOMISO EN MÉXICO..... 118

4.1.	DIFERENCIAS CON OTRAS FIGURAS JURÍDICAS.....	118
4.1.1.	FIDEICOMISO Y ESTIPULACIÓN A FAVOR DE TERCEROS..	118
4.1.2.	EL FIDEICOMISO Y EL DEPÓSITO.....	119
4.1.3.	EL FIDEICOMISO Y LA SOCIEDAD.....	120
4.1.4.	EL FIDEICOMISO Y LOS CONTRATOS DE GARANTÍA.....	121
4.1.5.	EL FIDEICOMISO Y EL MANDATO.....	122
4.2.	ALGUNAS TEORÍAS QUE EXPLICAN LA NATURALEZA JURÍDICA DEL FIDEICOMISO.....	122
4.2.1.	EL FIDEICOMISO COMO MANDATO IRREVOCABLE.....	125
4.2.2.	TEORÍA DEL PATRIMONIO DE AFECTACIÓN.....	131
4.2.3.	TEORÍA DE MANUEL LIZARDI ALBARRAN.....	136
4.2.4.	TEORÍA DE MARIANO NAVARRO MARTONELL.....	140
4.2.5.	TEORÍA DE JOAQUÍN RODRÍGUEZ Y RODRÍGUEZ.....	143
4.2.6.	TEORÍA DE CARLOS YAZA OCHOA.....	147
4.2.7.	TEORÍA DE JORGE SERRANO TRASVIÑA.....	150
4.2.8.	TEORÍA DE RAMÓN SÁNCHEZ MEDAL.....	154
4.3.	CARÁCTER CONTRACTUAL DEL FIDEICOMISO MEXICANO.....	161
4.4.	RESUMEN DE NUESTRA POSTURA.....	169
CONCLUSIONES		174
BIBLIOGRAFÍA		178

TESIS CON
FALLA DE ORIGEN

INTRODUCCIÓN

TESIS CON
FALLA DE ORIGEN

INTRODUCCIÓN

"El trust es el ángel custodio del anglosajón, lo acompaña impasible por todas partes, desde la cuna hasta el sepulcro, está en su escuela y en la asociación deportiva, lo sigue en la mañana a su oficina, por la tarde a su club. Está a su lado los domingos, ora en la iglesia, ora en el comité de su agrupación política, sostendrá su ancianidad hasta el último día, después hará guardia en el pie de su tumba y todavía proyectará sobre sus nietos la sombra protectora de sus alas". Pierre Lepaulle.

El fideicomiso en México da forma a una de las instituciones mas sui generis y controvertidas del sistema jurídico vigente.

Asimismo, consideramos, es la institución mas flexible y versátil que haya podido concebir el legislador. Es así, como el fideicomiso en nuestro país, ha podido alcanzar los mas diversos fines, que por medio de otras instituciones, no hubiese sido posible alcanzar, es por ello que creemos necesario hacer mención, que gracias a ésta institución, se ha contribuido enormemente al desarrollo de nuestro país.

La figura del fideicomiso a nivel internacional y sobre todo en México, no es una institución totalmente explotada y acabada como lo serían otras, como lo es la compra venta, por citar alguna, sino que cada día se desarrolla, o se crea según las conveniencias propias, es por ello, que en cada constitución de un nuevo fideicomiso, surgen tantas interrogantes en cuanto a su regulación, que sobre la marcha van surgiendo problemáticas no previstas por el legislador; por ello, aún en nuestros días se encuentra lejano el momento en que podamos decir que el fideicomiso es completamente explotado.

TESIS CON
FALLA DE ORIGEN

La postura que defendemos en este humilde trabajo no es nueva, ya que es una postura defendida por grandes juristas mexicanos con base en el manejo diario del fideicomiso. Es por ello, que deseamos que la presente investigación sirva para la difusión de la postura de los estudiosos de la materia, y asimismo sirva de humilde homenaje a todos aquellos que han aportado algún elemento para que hoy, nos podamos servir de la institución del fideicomiso.

El motivo del presente trabajo de investigación, es debido que muy a pesar de que en nuestro país, ha existido ésta figura implementada a nuestro derecho positivo desde hace décadas, aún en nuestros días, muchos juristas no han podido dilucidar, cual es la figura de que se trata cuando se habla de fideicomiso.

Para entender mejor ésta figura contemporánea en nuestra legislación, en el primer capítulo, nos remontamos a los antecedentes históricos del fideicomiso a nivel internacional, y así poder comprender la figura actual en nuestro país.

En el mismo orden de ideas, en el segundo capítulo, se expone de manera genérica, cuales son las partes, así como la definición de los elementos que intervienen para la conformación del fideicomiso mexicano, de igual forma se analiza la duración del mismo, así como sus formas de extinción.

En el tercer capítulo, se analizan las diferentes clasificaciones y modalidades principales realizadas por diversos juristas clásicos en la materia.

En el cuarto capítulo, a través de un método comparativo de la figura estudiada con otras instituciones establecidas, se pretende dar explicación a la figura que hoy en nuestro derecho positivo conocemos como fideicomiso. De igual

TESIS CON
FALLA DE ORIGEN

forma se realiza un análisis de diversas teorías establecidas respecto a la interpretación de ésta figura, haciendo así una crítica a cada una de ellas y con base en ésta, se formulan las conclusiones del presente trabajo.

TESIS CON
FALLA DE ORIGEN

**CAPITULO 1 Antecedentes Históricos,
Doctrinarios y Legislativos**

TESIS CON
FALLA DE ORIGEN

CAPÍTULO I. ANTECEDENTES HISTÓRICOS, DOCTRINARIOS Y LEGISLATIVOS.

El fideicomiso en México es una de las instituciones jurídicas más sui generis en nuestra legislación actual, desde sus antecedentes históricos presenta diversos problemas para su estudio, puesto que justo ahí empiezan las diferencias doctrinarias de esta institución.

Podemos afirmar que existen actualmente dos vertientes: la primera que sostiene que el fideicomiso mexicano tiene como antecedente inmediato, a través del proyecto de Ricardo Alfaro, al *trust* y al use del sistema anglosajón; y la segunda vertiente que afirma que aunque el legislador se inspiró en el use y el *trust* anglosajón, conoció para la configuración de la institución al *fideicomissum* y al *pactum fiduciae*.

1.1. DERECHO ROMANO

De acuerdo a su origen, la palabra fideicomiso tiene una antigua tradición que nos llega del Derecho romano y que comúnmente se relaciona con la transmisión testamentaria, cuando el testador manda al heredero que la herencia o parte de ella la transmita a otro.

Existieron básicamente dos instituciones consideradas como antecedente del actual fideicomiso: la fiducia o *pactum fiduciae* y el *fideicomissum*.

TESIS CON
FALLA DE ORIGEN

1.1.1. FIDEICOMISSUM

Según Guillermo Floris Margadant¹ "el fideicomiso era una súplica, dirigida por un fideicomitente a un fiduciario para que entregara determinados bienes a un fideicomisario. La forma normal que tomó en el derecho romano era el del fideicomiso *mortis causam*, en el cual el fideicomitente era el autor de la herencia, el fiduciario el heredero o legatario y el fideicomisario un tercero".

Esta figura dentro del derecho romano, normalmente se utilizaba con el único fin de permitir que ciertas personas que no tenían capacidad para heredar pudieran ser favorecidas por la voluntad del dueño de la cosa, con el objeto de disfrutar *post mortem* de la misma.

Así, se desprende que esta figura era para favorecer ciertos inconvenientes lo mismo que a individuos que no tenían *la testamenti factio pasiva*— "que eran obstáculos invencibles para quien quisiera por herencia o legado incluir a personas no aptas en dichas circunstancias. Por otra parte, el impedimento podía ser ya no legar, sino de hecho: imposibilidad (*V. gr.*) de otorgar testamento por parte de aquél que se encontraba fuera de Roma en grandes y largas peregrinaciones²; o en su caso, para burlar a la *Lex falidia*.

Esta ley a partir del año 714 A. C. en Roma, se dio para que el heredero instituido, tuviera por lo menos la cuarta parte de la herencia o de su porción

¹ FLORIS MARGADANT, Guillermo: "El Derecho Privado Romano". Instituto Español de Derecho, Madrid, 1972, página 93.

² IGLESIAS, Juan: "Derecho Romano. Instituciones del Derecho Privado". Ediciones Ariel, Barcelona 1972. Página 695.

TESIS CON
FALLA DE ORIGEN

hereditaria, libre y exenta de deducción por legados. Esta parte reservada al heredero se denominaba la falcidia o simplemente la *cuarta o cuarta falcidia*.

En virtud de la citada ley, el testador no podía disponer por vía de legado más de las tres cuartas partes de su patrimonio; y en el caso de que los legados excedieran de dicha porción, quedaban reducidos. *ipso jure*, a dichas tres cuartas partes.

Tenían derecho a la cuarta falcidia los herederos directos, ya fuesen testamentarios o *ab intestato* y los legatarios que estuviesen gravados con otros legados o fideicomisos.

Posteriormente se aplicó a la legítima, señalando el valor o cuantía de ésta en la cuarta parte de la herencia. Dicha cuarta parte se reducía o rebajaba a cuantos hubieren recibido algo de la herencia.

Así pues, el *fideicomissum* romano nace como un negocio atípico. En un principio, el *fideicomissum* quedaba a la buena fe del fiduciario, pero como nos indica Margadant: "después de las guerras púnicas un nuevo espíritu penetró en Roma. Para muchos el dinero valla más que la buena reputación y los fideicomisos quedaban a menudo sin cumplirse".³

El abuso de los herederos fiduciarios en su carácter de propietarios para todos los efectos legales, trajo consigo que el emperador Augusto en el año 276 A.C. dictara las medidas necesarias para la protección de los fideicomisarios

³ FLORIS Margadant Guillermo. *Op. Cit.* Página 507.

ordenando la intervención de los Cónsules, llegando a crearse un pretor especial llamado "*pretor fideicomissarius*" o "*fideicomissari*" en la época de Claudio.⁴

Los Senadoconsultos Tiberiano y Pegaciano concedieron a los herederos fideicomisarios las situaciones "*loco heredis*" y "*loco legatar*", para que adquirieran las acciones hereditarias a título de útiles, asimismo al heredero fiduciario se le concedió el derecho de retener la cuarta parte del legado fiduciario, análogamente a lo que permitía la Ley Falcida a los herederos gravados con la entrega de los legados.

Para calcular la cuarta falcidia se fijaba la masa del activo hereditario integrada por todos los bienes muebles e inmuebles, derechos de crédito, y cualesquiera valores que poseyera el difunto hasta el día de su fallecimiento.

Cada parte del activo se apreciaba por el valor que tuviera a la muerte del testador. De esa masa total se reducían las deudas del difunto, los gastos funerarios y el valor de los esclavos manumitidos, el resto era el activo neto, cuya cuarta parte la retenía el heredero, y las tres restantes se repartían entre los legatarios, en proporción a lo que correspondiera a cada uno por legado.

La reducción impuesta por la Ley Falcidia sólo tenía lugar, en un principio en los legados, pero después, el Senadoconsulto Pagasiano la aplicó a las herencias fideicomisarias y al heredero al momento del pago de impuestos en el caso de *ab intestato*; también comprendió las donaciones por causa de muerte y las donaciones entre esposos. Antes de Justiniano, el testador no podía impedir

⁴ IGLESIAS Juan. *Op. Cit.* Página 698.

que se aplicara la Ley Falcidia, pero este emperador impuso que si el testador hubiera exigido que los legados fueran integralmente satisfechos, sin deducción de la cuarta falcidia, el heredero se vería privado del beneficio de dicha ley.

También dispuso que no le fuera permitido invocarla, si el heredero no había practicado el inventario de los bienes de la herencia.

Este fideicomiso se realizaba en forma verbal, con absoluta libertad y la base del mismo era la buena fe del fiduciario (la ausencia de buena fe no tenía sanciones jurídicas).

Según Villagordoa "la institución del fideicomiso testamentario pasó a los regímenes jurídicos basados en el derecho romano con el nombre de sustituciones fideicomisarias".⁵ Esta figura estuvo vigente durante décadas, y fue de suma utilización en la praxis en su época.

1.1.2. FIDUCIA O PACTUM FIDUCIAE

Otra de las instituciones del derecho romano que pudo influir en la estructuración de nuestro fideicomiso fue la *fiducia o pactum fiduciae*.

Existieron en Roma dos tipos de fiducia: la *fiducia cum amico* y la *fiducia cum creditore*.

⁵ VILLAGORDOA LOZANO, José M. "Doctrina General del Fideicomiso", Asociación de Banqueros de México, México 1976, Página 232.

La *fiducia cum amico* "tenía por objeto mediante la enajenación de los bienes, liberar a su propietario de las obligaciones y responsabilidades anexas al derecho de propiedad o bien permitir a un amigo el uso de la propiedad".⁵

Para algunos autores la *fiducia* era la *mancipatio*, forma solemne de transmisión de la propiedad y que imponía a quien la recibía la obligación de remancipar.

Para algunos autores la *fiducia* pertenecía al tipo de contratos reales que quedaban perfeccionados por la simple entrega de la cosa, como sucede en la prenda, el comodato o el mutuo. El empleo de la *fiducia* fue evolucionando y finalmente cayó en desuso.

La *Fiducia Cum Creditore* era utilizada por el deudor que antes de exponerse a las penas corporales que acarreaban el incumplimiento de sus obligaciones civiles, las garantizaba.⁷

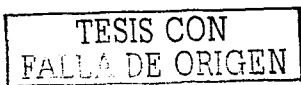
Es necesario hacer alusión de que algunos autores afirman que del *pactum fiduciae* nacieron los contratos de comodato y prenda.

1.2. EDAD MEDIA.

Las instituciones aquí descritas, son instituciones que funcionaron durante la edad media y que han influido en el fideicomiso mexicano.

⁵ VILLAGORDOA *Op. Cit.* Página 12.

⁷ HERNÁNDEZ, Octavio: "*Derecho Bancario Mexicano*". Tomo II, Ediciones de la Asociación Mexicana de Investigaciones Administrativas. México. 1956. Página 227.



1.2.1. EL MAYORAZGO.

Hay algunos autores que manifiestan que el mayorazgo es un antecedente del fideicomiso, por el solo hecho de entregar bienes a otra persona para que realice un fin lícito, (pero que indudablemente tiene profundas diferencias con el fideicomiso mexicano); la similitud de ambas instituciones según Octavio A. Hernández, "consistía en que la propiedad de los bienes transmitidos en mayorazgo es relativa y limitada, pues el primogénito lo recibe con la obligación de conservarlos y destinarlos a un fin, también en el fideicomiso, la fiduciaria recibe la propiedad para destinarla a determinado fin".⁶

El mayorazgo es una antigua institución de derecho civil español que tenía por objeto vincular en una familia la propiedad de ciertos bienes.

El mayorazgo se inició en España como una costumbre consistente en que un noble lo establecía o constituía sobre un conjunto de bienes, de los cuales únicamente podía ser titular el primogénito sin que éste pudiera disponer de ellos para fines distintos, y con la obligación de conservarlos íntegros y dejarlos a su primogénito y así sucesivamente para preservarlos perpetuamente a favor de la familia y con la prohibición de enajenarlos. Esta institución fue admitida en las Leyes del Toro y después en la Novísima Recopilación, siendo posteriormente aceptada en diferentes legislaciones de todo el mundo. En Francia se dejó sin efecto con la legislación emanada de la Revolución Francesa en la ley del año XIII,

⁶ Hernández Octavio "Derecho Bancario Mexicano". Tomo II. Ediciones de la Asociación Mexicana de Investigaciones Administrativas. México 1956. Página 232.

que fue imitada en las legislaciones de casi todos los países del mundo. En España su evolución legislativa se orientó también hacia su abolición.

1.2.2. LAS CAPELLANÍAS.

Algunos autores citan como antecedente del fideicomiso otra institución exótica y fuera de época como son las capellanías, a las que no se les puede dar ese carácter propiamente pero que no queremos omitir.

Las capellanías se desarrollaron en la edad media en el derecho español y eran una carga real impuesta a un inmueble; consistían en establecer un gravamen sobre la finca (denominada fundo capellánico) con el objeto de que, de sus productos, se celebrara anualmente un determinado número de servicios religiosos del rito católico, principalmente misas. No sólo se establecían capellanías sobre bienes inmuebles, sino que también podían fijarse sobre una cantidad de dinero y los intereses de ese capital se destinaban a la celebración de los citados actos religiosos. El Código de Derecho Canónico prevé las capellanías en un canon del año 1412.

Se considera que ésta institución, que desde luego no existe en México, y que ha declinado notablemente en otros países, no tiene relación teórica con el fideicomiso mexicano, pero sí practica en el fideicomiso internacional.

1.2.3. MANUSFIDELIS Y EL SALMAN O TREUHAND

La figura jurídica de *manusfidelis* se empleaba, según Villagordoa, dentro del derecho germánico de las sucesiones, para contravenir a las prohibiciones o

TESIS CON
FALLA DE ORIGEN

limitaciones establecidas en las disposiciones legales para determinar la calidad de los herederos legítimos.⁹

El *salman* o *treuhand* era una persona a quien se le transfería la tierra con el fin de que pudiera a su vez traspasarla, de acuerdo con las instrucciones del donante.

No parece haber muchos estudios sobre esta institución del derecho germánico que, además no tuvo la evolución impresionante ni la utilización tan general que en Inglaterra habrían de tener posteriormente el *use* y el *trust*.

El *salman* del antiguo derecho se distingue esencialmente del *salman* del nuevo derecho germánico, porque en el primero es el fiduciario quien recibe la orden del enajenante y se obliga solemnemente a transmitir los bienes al tercero; en cambio en el otro, el *salman* es el fiduciario del adquirente y no del enajenante.

1.3. EL SISTEMA DE EQUIDAD Y LA CANCELLERÍA

La Cancillería como tribunal de equidad tuvo un auge aproximadamente de seis siglos en Inglaterra. Era un tribunal que no necesitaba basarse en precedentes, sino que decidía los casos de acuerdo con su conciencia y no de acuerdo con principios o normas legales y, por tanto, no tenía necesidad de acatar decisiones previas.

El término equidad significa el espíritu de la justicia, como la prudente adaptación de la ley general para aplicarla al caso concreto. La equidad es para

⁹ VILLAGORDOA Op. Cit. Página 15.

Aristóteles en sí una forma de justicia y de rectitud que debe presidir las relaciones entre los hombres.

Se dice que los primeros cancilleres fueron eclesiásticos y no abogados, por tanto estaban interesados en hacer lo que su conciencia les mandara y no en administrar un sistema jurídico.

La cancellería desapareció en 1875. Durante este periodo actuó como tribunal de conciencia fundamentalmente, inspirado en el anhelo de aplicar la justicia al caso concreto, cuando la rigidez del Common Law no preveía muchas situaciones.

El *use* y posteriormente el *trust* constituyeron la mas frecuente razón de que los ciudadanos acudieran a la cancellería para demandar justicia de equidad, ya que ambas instituciones no estaban definidas por el Common Law y las obligaciones derivadas de las mismas eran las más de las veces morales y verbales. Es así como las dos instituciones se fueron perfilando a través de los siglos y como contribuyeron a la gran creación jurisprudencial del derecho de equidad.

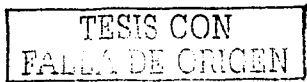
En virtud de que el *use* y posteriormente el *trust* no estaban previstos en el Common Law y eran verbales, muchos tomaban la propiedad para si mismos y deshonestamente no cumplían el encargo para el cuál habían recibido las tierras, se daba pues la afirmación de que "el dinero valla mas que la buena reputación". Entonces el *cestui que trust* acudia ante el canceller demandando justicia de equidad para ejercitar sus derechos y para que se obligara al *feoffe* deshonesto a cumplir con sus obligaciones. Mas como dice Scott, "los procedimientos ante

tribunales de la cancillería no han sido precisados con claridad¹⁰; una de las reglas, que consistía en que la ley fuera administrada por los primeros cancilleres, tenían cierta base de justicia, pues la equidad era criterio y prudencia en la aplicación de la justicia al caso concreto y no ciertamente estricto derecho.

La justicia administrada por los cancilleres era real y práctica, en lugar de una justicia de acuerdo con la ley. Fue hasta el reinado de Enrique VIII (1509-1547) cuando la equidad comenzó a tener alguna envoltura de ley. Thomas More, quien fuera abogado, reemplazó al cardenal Wolsey como canciller en 1529; en los tres años en que More detentó el gran sello, la equidad cobró auge; a su vez More fue sustituido por un grupo de abogados, con solo una interrupción ocasional. Entre 1547 y 1625 el gran sello estuvo en manos de abogados, razón por la cual la equidad se fue transformando, poco a poco, en un verdadero sistema legal. Los hombres que contribuyeron en mucho a ello fueron los cancilleres de los reinados de Elizabeth I, de Louis Stuardo, entre ellos Nicolás Bacon que fue canciller 21 años, de 1558 a 1579; Ellesmere, de 1596 a 1617; Sir Francis Bacon de 1617 a 1621; Sir Orlando Bridgeman de 1667 a 1672, y Nothingham, el padre de la moderna equidad, que detentó el gran sello durante 9 años, de 1673 a 1682, quién probablemente hizo mas que ninguno de sus predecesores para convertir la equidad en un sistema noble, racional y uniforme.

En tiempos remotos se habló en Inglaterra de la chancillería como de una curia y fue una gran oficina secretarial que realizaba las más variadas actividades,

¹⁰ SCOTT, "Fifty Years of Trust" *Harvard Law Review*, Vol. L 1936-37; Op. Cit. página 3.



como: oficina de despacho del rey, de relaciones exteriores y, en cierta forma, un ministerio. Su cabeza era el canciller que, cuando no era el juez principal del reino, devenía en el funcionario de mas alto rango de todos los servidores del rey. Era en una expresión de la época, el secretario de Estado de todos los departamentos del rey, y tenía bajo su mando a numeroso empleados, entre los que se contaban los apostólicos, y el rey no hacía nada que no constara en un documento en el cual se estampara su sello, considerado como la llave del poder real.

1.4. EL DERECHO NORTEAMERICANO Y EL FIDEICOMISO.

1.4.1. EL USE.

El *use* consistía en una transmisión de tierras realizadas por acto entre vivos o por testamento a favor de un prestanombre, quien las poseería en provecho del beneficiario o *cestui que use*.

La palabra *use*, señala Maitland, deriva del latín bárbaro o vulgar *ad opus* que significa "*en su representación*".

1.4.2. HIPÓTESIS DEL ORIGEN DEL USE.

No se puede definir el origen preciso de los *uses*, sin embargo existen cuatro hipótesis en conflicto que le atribuyen origen romano, germánico, aborígen e indeterminado.

ROMANO. Lo que más se asemeja al *use*, expresaba Bacon en el siglo XVII, era la *fideicommissio*, pero no pretendía que el *use* derivara de la institución

romana. En cambio, la posición prevaleciente en el siglo XIX, antes de que surgiera la moderna escuela de historiadores del derecho, según lo hace notar Keeton, sostenía que el *use* era la contrapartida del usufructo o del fideicomiso romano. Siguiendo la convicción de Blackstone, autores como Perry, en el último tercio del siglo pasado, comparten la posición de que el antiguo fideicomiso había sido el modelo del *use*. Este punto de vista afirma Keeton; puede considerarse definitivamente superado, sobre todo a partir de las investigaciones de Maitland que han demostrado cómo el término *use* deriva de la expresión *ad opus*, y no de la palabra *ad usum*.

GERMÁNICO. El antecedente germánico del *use* fue postulado por Homes: el precursor del *feoffe to use* encuéntrase en el *treuhand* o *salaman*, primitivo albacea a quien se transmitirían bienes inmuebles en vida del dueño para que a su muerte cumpliera los fines previstos. También pensaba este autor que habiendo pasado a los tribunales eclesiásticos, después de la conquista normanda, la jurisdicción sobre los bienes del *de cuius*, el origen de los *uses* podía en cierto grado atribuirse a dichos tribunales.

ABORIGEN. El *use* nació, para Maitland, de las reglas del Common Law relativas al mandato, pero un mandato carente de formalidades, utilizado en un principio para bienes muebles y que vino a cristalizar cuando en la práctica fue aplicada a los inmuebles. Holdsworth considera que el *use* representaba una característica del Derecho inmobiliario inglés poco después de la conquista de Guillermo de Normandía en 1066, de manera que cuando el canciller concede su protección al beneficiario de un *use*, se limitaba a reconocer y dar efectos a una

TESIS CON
FALLA DE ORIGEN

relación antigua, común y bien entendida. A juicio de Ames, el *use* fue un producto del sistema jurídico inglés, consecuencia lógica de que "la equidad actúa sobre la conciencia", y estimaba que el canciller al sancionar su exigibilidad jurídica, se guiaba, en cierta forma, por las antiguas acciones de *account* y *detinue law*.

INDETERMINADO. Las opiniones anteriores en el sentir de Keeton, salvo en cuanto corrigen interpretaciones erróneas de hechos históricos, están algo fuera de lugar. Para este autor, la concepción básica del *use* aparece en diversos sistemas jurídicos, aunque la práctica pueda mostrar diferencias considerables en ciertos detalles; cuando determinadas personas se encuentran en la absoluta imposibilidad de gozar de las ventajas esenciales de la propiedad u otras tropiezan con dificultades o inconvenientes para ello el jurista debe encontrar una solución, y así como el jurista romano de tiempos de Augusto desarrolló el fideicomiso, el jurista inglés de la edad media utilizó el *use* y buscó a un funcionario que le protegiera.

1.4.3. EVOLUCIÓN HISTÓRICA DEL USE.

Como muy bien lo afirma Scott, el *use* no surgió a la vida real perfectamente definido, tuvieron que pasar infinidad de gestiones antes de que esta institución tomara su lugar como figura central del sistema de equidad en Inglaterra.

Puede manifestarse que el *use* fue un instrumento ideado por el pueblo, primero para defenderse de las pesadas e injustas cargas tributarias que imponía

el sistema feudal sobre sus vasallos, y en segundo lugar, para burlar el régimen imperante en esa época.

El *use* fue la respuesta al injusto sistema feudal y en esto estriba la diferencia fundamental con el fideicomiso romano, con el mayorazgo y con las capellanías, pues el *use* fue una defensa del pueblo contra los señores feudales no utilizado sólo para asuntos de sucesiones testamentarias, sino un instrumento muy flexible que servía para muchas finalidades, entre otras puede citarse la opinión de Maitland acerca de que en los siglos XII y XIII se utilizaba para emancipar a esclavos, y para ejemplificar menciona que llegaron a existir ventas formales hechas por un Lord a una tercera persona mediante el *use* o *el trust*, para emancipar al siervo o esclavo.

En sus orígenes el *use* era un instrumento utilizado por un propietario de tierras que transfería parte de ellas a sus sirvientes o vasallos como compensación (*enfeoffes*), para el uso de otro, (*feoffor*). El que recibía la propiedad se llamaba *Feoffee to uses* y al beneficiario se llamaba *cestui que use*.

Los *uses* eran creados por convenio verbal, el *feoffee* aceptaba conservar los bienes en custodia y permitía al *cestui que use* tomar las utilidades; se obliga además a transferir la propiedad o el título de ella tal como se le instruyera. De esta manera, muchos propietarios lograban eludir las graves cargas que les imponía el régimen feudal, que exigía la donación de parte de sus tierras al señor feudal o la participación de los frutos de las mismas o los servicios de hombres armados para la guerra, etcétera. Los vasallos o siervos y otra clase de individuos no soportaban estas cargas y de esta forma se liberaban de ellas.

Los *uses* también fueron utilizados por las órdenes religiosas y como han dicho algunos autores, se recurrió a ellos a fin de eludir obligaciones legales.

No obstante la prohibición, para que las instituciones religiosas poseyeran bienes inmuebles, existían personas caritativas que deseando donar sus tierras a la Iglesia lo hacían mediante el *use*, y así una orden religiosa podía obtener los beneficios de ellas, aunque no la propiedad; Borgert indica que en opinión de algunos profesores los grupos religiosos fueron los primeros en utilizar el *use* extensivamente y de manera tal que en Inglaterra medieval resultó muy popular como medio de defensa clasista.

Scott divide, para efectos didácticos, el estudio histórico de *use* y el *trust* en Inglaterra en cuatro periodos: El primero abarca la época medieval a partir del siglo XII hasta el siglo XIV; el segundo, que es el desarrollo progresivo del *use*, abarca desde el siglo XIV hasta el siglo XVI y comprende la promulgación del *Statute of Uses (1536)*; el tercer periodo va de 1536 hasta aproximadamente 1650; y el cuarto, desde este año hasta nuestros días propiamente.

La utilización del *use* trajo como consecuencia también el florecimiento y desarrollo de todo un sistema de impartición de justicia que es conocido con el nombre de sistema de Justicia de Equidad.

1.4.4. EL TRUST.

El *trust* moderno, como afirma Maitland proviene del antiguo *use*. En Inglaterra y los Estados Unidos de Norteamérica ha tenido gran desarrollo y singular importancia esta institución. En su aspecto jurídico, el *trust* ha sido

definido como una obligación de equidad, por lo cual una persona llamada *trustee*, debe usar una propiedad sometida a su control, que es llamada *trust property*, para el beneficio de personas llamadas *cestui que trust*.¹¹ Esta definición es en esencia, adoptada por los tratadistas de habla inglesa. Esta relación fiduciaria o de equidad ha sido utilizada en Inglaterra y los Estados Unidos para los mas diversos fines, y en los Estados Unidos de Norteamérica, su aplicación se ha incrementado en el último siglo, principalmente en la práctica bancaria.

Aunque todavía, según muchos tratadistas como Batiza, no ha podido homologarse una definición del *trust*, que satisfaga en forma unánime¹² a todos y cada uno de los estudiosos del fideicomiso. Y es por ello, que a lo largo de los años han surgido innumerables definiciones, muchas muy brillantes y elaboradas bajo un sistemático método, como lo es la elaborada por Walter Hart, definiendo al *trust* de la siguiente forma "el *trust* es una obligación impuesta ya sea expresamente o por implicación de la ley, en virtud de la cuál el obligado debe manejar bienes sobre los que tiene control para beneficio de ciertas personas que indistintamente pueden exigir la obligación".¹³

Otra definición de mayor autoridad doctrinaria en Estados Unidos, o sea la propuesta por el Instituto de Derecho Norteamericano (American Law Institute), cuya traducción es como sigue: "El *trust*, según el término, se emplea en el

¹¹ DOMÍNGUEZ MARTÍNEZ, Jorge Alfredo: "El fideicomiso ante la Teoría General del Negocio Jurídico", Editorial Porrúa, México, 1972 página 137.

¹² BATIZA, Rodolfo: "El fideicomiso, Teoría y Práctica", Editorial Porrúa, México 1973, Página 29.

¹³ HART, Walter G.: *What is a trust? The law Quarterly Review*, Vol 15 No. LIX, July, 1899.

Restatement de esa materia cuando no está restringido por las palabras de beneficencia, resultante o imperativo, es una relación fiduciaria con respecto a bienes que sujeta a la persona que tiene el título sobre ellos a obligaciones de equidad para manejarlos en beneficio de otra y que surge como resultado de una manifestación de voluntad para crearla".¹⁴

También es preciso resaltar que existen otras definiciones más generalizadas del *trust*: "Un *trust* es un estado de relación fiduciaria respecto a bienes que sujeta a la persona por quienes dichos bienes son poseídos, a deberes en equidad al manejar dichos bienes para beneficio de otra persona, lo cual se origina como resultado de la manifestación de la intención de crearlo".¹⁵

El *trust* se utiliza para formar fundaciones de caridad; para administrar bienes con una finalidad determinada, las personas que desean retirarse de los negocios ponen sus propiedades en *trust* para evitar juicios sucesorios; para formar patrimonios que sirvan de garantía a la creación de valores mobiliarios, etcétera.

Los Estados Unidos dieron un gran impulso al *trust* al extender su aplicación a la actividad bancaria. Esta comercialización del *trust* diferencia principalmente a la institución inglesa de la norteamericana.

¹⁴ KEETON, George. W. "An introduction to Equity", página 55; Ashburner's *Principles of Equity*. Second Edition by Denis Browne. Butterworth & Co. Ltd, London, 1933, página 18; POTTER, op. cit. página 80; HANSBURY, H.G. English Law, revised by sir William Holdsworth. Thornton, Ltd, London, 1939, página 34.

¹⁵ DOMÍNGUEZ MARTÍNEZ, Jorge Alfredo. *Op. cit.* Página 138.

TESIS CON
FALLA DE ORIGEN

En los Estados Unidos la posición del *trustee* tiende a ser profesionalizada. En Inglaterra el *trustee* individual no recibe compensación por su trabajo. En Estados Unidos de Norteamérica sí, lo cuál ha hecho que se funden *trust companies* y bancos fiduciarios especializados, que han hecho del *trust* una actividad casi exclusivamente bancaria. Los grandes éxitos de los bancos fiduciarios norteamericanos y la inversión de capital norteamericano en México, proyectaron sobre nuestro país la institución del *trust*.

En México, a nuestro parecer, una de las definiciones respecto al *trust* es la de Jorge Alfredo Domínguez Martínez: "Un *trust* es un estado de relación fiduciaria respecto a bienes que sujeta a la persona por quienes dichos bienes son poseídos, a deberes en equidad al manejar dichos bienes para beneficio de otra persona, lo cuál se origina como resultado de la manifestación de la intención de crearlo".¹⁶

1.4.4.1. ELEMENTOS

PERSONAS

Son tres los elementos personales que suelen intervenir en el *trust*. En primer lugar el *Settlor*, quien es el creador del *trust* expreso; en segundo término el *Trustee*, quien es la persona que en virtud del *trust*, se convierte en el titular legal del bien o derecho que se fideicomite; y por último el *cesui que trust* o beneficiario.

¹⁶ *Ibid.* Página 137.

SETTLOR: Según la doctrina anglosajona se afirma que como la creación del *trust* es una modificación de la propiedad en una forma particular, puede establecerse la regla general de que toda persona capaz de disponer de un derecho legal o de equidad puede, si así lo desea, transferirlos a un *trustee* a efecto de cumplir sus propósitos.¹⁷

Refiere Scott que al preparar el *Restament*¹⁸ se consideró deseable, desde el punto de vista terminológico, contar con una sola expresión para identificar a la persona que crea un *trust*, ya por acto entre vivos o por testamento; se reconoció la inexistencia de una expresión única al efecto, pues si bien el término *settlor* tiene uso corriente, es más común el de testador para el caso del *trust* testamentario, que no precisa la circunstancia de establecer un *trust*. Independientemente el *trust* se constituya en una u otra forma, el termino considerado preferible es el de *settlor*.¹⁹

Por lo regular, una vez constituido propiamente el *trust*, desaparece esta persona a no ser que se reserve 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.

¹⁷ Batiza *Op. Cit.* Página 40.

¹⁸ *Op. Cit.* Nota 76.

¹⁹ *Op. Cit.* Página 45. (Indica Scott que en el proyecto de código sustantivo preparado por Field se empleó el término *trustor*, que pasó a estados como California que adoptaron dicho código. Ese término, empero, se consideró poco apto por los redactores del *Restament*). *Idem* . Página 45.

TRUSTEE: Para ser *trustee*, señala Villagordoa, no sólo se requiere tener la capacidad de gozar de los bienes y derechos que constituyen su materia, sino necesita la capacidad de ejercitar tales derechos, pues de lo contrario un tribunal de equidad deberá proceder a la remoción del *trustee* designado que carezca de la capacidad de ejercicio, para evitar de esta manera los perjuicios que se le pueden ocasionar a los beneficiarios del *trust*.²⁰

Pierre Lepaulle nos señala que el *trustee* no tiene sino un deber: cumplir la misión que se le encomienda. A pesar de ello, no está obligado a la consecución del objetivo, con los riesgos siguientes: no es un asegurador, debe tan sólo hacer lo que un buen padre de familia haría en circunstancias semejantes para lograrlo. Si a pesar de ello, no lo consigue, no incurre en responsabilidad. Si obra correctamente, no tiene nunca que pagar con sus propios fondos.²¹

CESTUI QUE TRUST: En la época actual cualquiera que sea capaz de tener propiedad para sí puede ser el beneficiario de un *trust*, esto según Villagordoa.²²

Según Scott, citado por Batiza, debe tenerse presente, que los legalmente incapacitados, como menores de edad o enajenados mentales, tienen capacidad para ser beneficiarios de *trust* y que, de hecho, un gran número de *trust* reconocen

²⁰ VILLAGORDOA, *Op. Cit.*, Páginas 29 y 30.

²¹ LEPAULLE, Pierre: "*Tratado Teórico y Práctico de los Trust*", Editorial Porrúa S.A. México, 1975, páginas 29 y 30.

²² VILLAGORDOA, *Op. Cit.*, Página 35.

TESIS CON
FALLA DE ORIGEN

su razón de ser precisamente en la protección de quienes no pueden valerse por si mismos.

Los derechos de los que es titular el *cesui que trust* son dos fundamentalmente: 1)Obligar al *trustee* a que cumpla con los fines del *trust*. 2) 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.²³

1.4.4.2. CLASIFICACIÓN

I. TRUST VOLUNTARIO Y POR MINISTERIO DE LEY.

Según la forma en que nace, esto es, si el resultado de la voluntad intencional, deliberada de su creador o si por el contrario, surge como consecuencia del orden jurídico. Desde este punto de vista los *trust* se clasifican de la manera siguiente:



²³ DOMÍNGUEZ MARTÍNEZ Op. Cit. Páginas 142 y 143.

b) Por ministerio
de ley

{ *Trust interpretativos*
Trust resultantes

- a) *Trust* que nacen por acto de las partes, subdivididos en *trust* expresos (*express trust*) y "*trust* implícitos" (*implied trust*); los *trust* expresos a su vez, se subdividen en "*trust* ejecutados" (*executed trust*) y "*trust* por ejecutarse" (*executory trust*).

TRUST EXPRESO: Se constituye por la voluntad expresa del *settlor*. Es condición sine qua non que el *trust* se declare categóricamente formalizado y se defina con toda claridad la disposición de los bienes o derechos que se destinen al negocio.²⁴

Esta especie de *trust* difiere de otros en virtud de que nace de la interpretación de un instrumento escrito, no del derecho que impone un *trust* sobre la conciencia; es un *trust* que surge de los términos del instrumento mismo.²⁵

TRUST EJECUTADO: Es aquél cuyos términos se declaran por *settlor* de manera definitiva en el instrumento correspondiente.

²⁴ BATIZA. *Op. Cit.* Página 50.

²⁵ BATIZA. *Op. Cit.* Página 51.

TESIS CON
FALLA DE ORIGEN

por lo cual no se requiere documento adicional alguno para precisar las modalidades a que está sujeto.²⁶

TRUST POR EJECUTARSE Ó EVENTUAL: Es aquél que concede derechos a los beneficiarios, pero no de inmediato, sino con subordinación a algún acto adicional que debe de realizar un tercero.²⁷

TRUST IMPLÍCITO: Es aquél que reconocen los tribunales ya como resultado de los términos empleados en el instrumento o en razón de las circunstancias que rodearon la celebración del acto, dando efecto a lo que a su juicio, debe haber sido la intención de las partes.²⁸

- b) *Trust* que nacen por ministerio de ley, subdivididos en *trust* interpretativos (*constructive trust*) y *trust* resultantes (*resulting trusts*).

TRUST IMPERATIVO: Es aquél que se exige a una persona que, ocupando una posición fiduciaria con respecto a ciertos bienes, debido a que ella obtiene una ventaja personal.²⁹

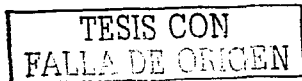
TRUST RESULTANTE: Puede surgir de dos formas:

²⁶ HERNÁNDEZ, *Op. Cit.* Página 226.

²⁷ BATIZA *Op. Cit.* Página 51.

²⁸ *Loc. Cit.*

²⁹ *Ibid* Página 227



1.-Por la transmisión a nombre de otro, como en la situación de una compra de bienes, cuyo precio cobre una persona, pero en que la propiedad se transmite a otra; en este caso, nace un "trust resultante" por ministerio de ley a favor de quien entregó el precio, a menos que las circunstancias del acto indiquen que se propuso hacer una donación.

2.-Cuando el trust expreso ya en existencia, se frustra total o parcialmente, situación en que los bienes revierten a favor del settlor o de sus herederos, salvo que una intención diversa aparezca del instrumento relativo.³⁰

II. TRUST PÚBLICO Y PRIVADO:

PUBLICO: Se incluyen aquellos trust que interesan a la sociedad en general o a un sector social considerable.

PRIVADO: Es aquél que se establece en beneficio de personas determinadas aún cuando no sean de inmediato identificables, y es jurídicamente exigible mediante juicio promovido por cualquiera de los beneficiarios.³¹

III. TRUST LÍCITO E ILÍCITO:

³⁰ Ibid. Página 53.

³¹ Ibid. Página 54.

Este criterio para Keeton, solamente merece una simple referencia y ésta no debe de ser muy profunda, puesto que el *trust*, lo mismo que el contrato, no es legalmente válido ni exigible si ha sido creado en contravención a la ley o a los principios del orden jurídico. La distinción tiene importancia, no obstante, en el caso de *trust* constituido en fraude de acreedores, que es materia de legislación especial.³²

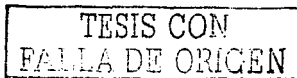
1.4.4.3. EXPANSIÓN INTERNACIONAL DEL TRUST

Pierre Lepaulle afirma que hasta después de la Primera Guerra Mundial fue cuando el *trust* empezó a salvar las fronteras anglosajonas. Al respecto expresaba Weiser que el creciente contacto con los países anglosajones, unido a su ascendiente en cuestiones financieras y mercantiles después de la Primera Guerra Mundial, había conducido en la práctica a una cierta familiaridad con los aspectos técnicos del *trust*, lo mismo que a diversas tentativas para establecer y popularizar en la Europa Continental, esquemas que le eran vagamente similares.³³

Corresponde a México el merito de haber iniciado, hace mas de medio siglo, la primera cristalización del movimiento de expansión internacional del *trust*. En efecto, a fines del año de 1905, el entonces Secretario de Hacienda, Sr. José Y. Limantour, envió al Congreso de la Unión un proyecto de iniciativa que facultaba al poder ejecutivo para expedir la ley por cuya virtud pudieron constituirse en la República instituciones comerciales encargadas de desempeñar

³² Citado por Batiza . *Ibidem* Página 55.

³³ LEPAULLE *Op. Cit.* Página 38.



las funciones de "agentes fideicomisarios".³⁴ El segundo esfuerzo se realizó en Panamá en 1920, en el proyecto del doctor Alfaro, mas completo y sistemático que el anterior. A partir de entonces ha sido Hispanoamérica el suelo más fértil de adopción del *trust*. Como resultado de otra influencia, es la derivada de la misión Kemmer, sucesivamente lo implantaron como función bancaria (comisiones u operaciones de confianza, mandatos). Colombia, en julio de 1923, Chile en septiembre de 1925, Bolivia en julio de 1928, pero en suspenso hasta 1955, y Perú en mayo de 1931. Quizá influidos por el ejemplo, pero de forma independiente, han reconocido versiones del *trust* los siguientes países: Costa Rica en Noviembre de 1936, El Salvador en noviembre de 1937, Venezuela en enero de 1940, abrogada por una nueva ley de julio de 1956, Nicaragua en octubre de 1940, Guatemala en diciembre de 1946, Ecuador en Agosto de 1943 y Honduras en febrero de 1950.³⁵

Sin embargo en Europa, la recepción legislativa del *trust* ha tropezado con resistencias. Solo Liechtenstein, en enero de 1926 ha dictado leyes al respecto.³⁶

Para vanagloria en materia de legislación mexicana, en nuestro país en el año de 1979 se realizaron en España una serie de conferencias con el objeto de estudiar la viabilidad del fideicomiso mexicano en la legislación ibérica, concluyéndose que México ha logrado superar con la práctica, los inconvenientes

³⁴ BATIZA Op. Cit. Página 66.

³⁵ Loc. Cit.

³⁶ Ibid. Página 67.

TESIS CON
FALLA DE ORIGEN

que presentaba la adopción del *trust* en un sistema romanista, por lo que tomando la experiencia mexicana sería viable su adopción en España.³⁷

En 1990 se constituyó el Comité Latinoamericano de Fideicomiso (COLAFI) perteneciente a la Federación Latinoamericana de Bancos (FELABANC) cuyo objeto principal es la integración a nivel latinoamericano de la operación fiduciaria.³⁸ Dicho comité es con el fin único de intercambio a nivel operativo, de los diferentes fideicomisos constituidos en países de América Latina.

³⁷ Varios expositores "El fideicomiso en México y su Viabilidad en España", Editado por Banco Bilbao y Banamex, Madrid, 1979, página 233.

³⁸ Reglamento Interno de Trabajo del Comité Latinoamericano de Fideicomiso.

**CAPITULO 2: Concepto Del Fideicomiso
Y Generalidades Del Fideicomiso
Mexicano**

TESIS CON
FALLA DE ORIGEN

CAPÍTULO 2. CONCEPTO DEL FIDEICOMISO Y GENERALIDADES DEL FIDEICOMISO MEXICANO.

En virtud del fideicomiso, el fideicomitente destina ciertos bienes que entrega a la fiduciaria para la realización de un fin lícito, posible y cierto, a favor del fideicomisario.

Según nuestra Ley General de Títulos y Operaciones de Crédito en su Artículo 381 describe lo que se va a entender por fideicomiso: "En virtud del fideicomiso, el fideicomitente destina ciertos bienes a un fin lícito determinado, encomendando la realización de ese fin a una institución fiduciaria".

Para Batiza, el fideicomiso, es un instrumento legal mediante el cuál una persona física o moral transfiere la propiedad sobre parte de sus bienes a la institución fiduciaria, para que con ellos se realice un fin lícito, que la propia persona señala en el contrato respectivo.³⁹

2.1. ELEMENTOS PERSONALES.

Tres son las personas esenciales que pueden intervenir en el fideicomiso:

El Fideicomitente.

El fiduciario.

El Fideicomisario.

³⁹ BATIZA Rodolfo, "Principios básicos del Fideicomiso y la Administración Fiduciaria". Op. Cit. Página 166.

2.1.1. EL FIDEICOMITENTE

Para Rodolfo Batiza el fideicomitente es la persona que constituye un fideicomiso por una manifestación expresa de voluntad.⁴⁰

Para Villagordoa Lozano el fideicomitente es la persona que constituye el fideicomiso y destina los bienes o derechos necesarios para el cumplimiento de sus fines, transmitiendo su titularidad al fiduciario.⁴¹

Rafael de Pina opina que el fideicomitente es la persona física o moral que constituye un fideicomiso, para destinar ciertos bienes o derechos a la realización de un fin lícito y determinado y encarga dicha realización a una institución fiduciaria.⁴²

Según Acosta Romero, "el fideicomitente es la persona titular de los bienes o derechos que transmite a la fiduciaria, para el cumplimiento de una finalidad lícita y desde luego, debe tener la capacidad jurídica para obligarse y para disponer de los bienes."⁴³

Según lo dispuesto por el artículo 384 de la Ley General de Títulos y Operaciones de Crédito, solamente pueden ser fideicomitentes las personas físicas o las morales que tengan la capacidad jurídica necesaria para hacer la

⁴⁰ BATIZA Rodolfo, "Principios Básicos del Fideicomiso y de la Administración Fiduciaria"; Editorial Porrúa, S.A. México 1976 Página 97.

⁴¹ VILLAGORDOA Op. cit. Página 192.

⁴² DE PINA V. Rafael; "Diccionario de Derecho", Editorial Porrúa, S.A. México 1978 página 337.

⁴³ ACOSTA ROMERO, Miguel. "Derecho Bancario". Editorial Porrúa, S.A., México, 1978, página 337.

afectación de bienes que el fideicomiso implica, así como las autoridades judiciales o administrativas competentes, cuando se trate de bienes cuya guarda, conservación, administración liquidación, reparto o enajenación corresponda a ellas o a las personas que la misma designe.

Con fundamento en el artículo 381 de la Ley de Títulos y Operaciones de Crédito, el fideicomiso debe, en primer lugar, destinar los bienes por él fideicomitados, a un fin lícito y determinado, y en segundo término, encargar la realización de ese fin a una institución fiduciaria.

Ese señalamiento tajante de la legislación en el sentido de que para ser fideicomitente se requiere de una determinada capacidad, interpretada la norma con relación a la regulación completa de la figura dentro de la ley mencionada, obliga a aseverar que el fideicomiso implica para el fideicomitente un acto de dominio y no de administración.

Como consecuencia de lo anterior al fideicomiso le es aplicable todo el régimen de los actos de dominio; ello, a su vez, trae aparejado entre otras situaciones, que, por ejemplo, en todo caso de representación legal trátense de quienes ejercen la patria potestad, de tutor o curador, del representante del ausente, etc., requieren de autorización judicial para fideicomitir un bien inmueble propiedad de su representado, igual requisito deberá satisfacer el menor emancipado respecto de sus bienes raíces. El apoderado que pretenda fideicomitir por cuenta de su poderdante, debe tener conferido bien sea poder especial para ese efecto o poder general para actos de dominio, sin que sea suficiente uno de administración, porque el fideicomiso significa un acto de disposición. Así, el

representante de una persona moral requiere de las facultades mencionadas para constituirlo.⁴⁴

Es posible también que en ciertos fideicomisos, una institución de crédito en ejecución de otro fideicomiso actúe como fideicomitente.

También el estado puede actuar como fideicomitente en los llamados fideicomisos públicos.

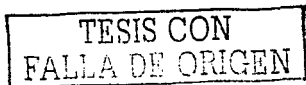
Además podemos señalar que las fundaciones pueden constituirse como fideicomitentes ya que los artículos 4, 12, y 19 de la Ley de Asistencia Privada para el Distrito Federal le otorga personalidad jurídica a la sociedad conyugal y a las unidades económicas. Por otro lado es pertinente señalar que no siempre todos los fideicomitentes, en determinados fideicomisos, comparecen en la constitución de los mismos; constituyendo los que en la práctica se denominan fideicomisos abiertos, en los que con posterioridad a la celebración del fideicomiso se admiten la adhesión de más fideicomitentes.

2.1.1.1. DERECHOS DEL FIDEICOMITENTE

1.- Reservarse para sí los derechos que estime pertinentes sobre el patrimonio del fideicomiso.

Según el segundo párrafo del artículo 386 de la Ley de Títulos y Operaciones de Crédito, debemos observar que no se considerarán como afectos

⁴⁴ Bancomer. "El fideicomiso Mexicano". Sin Autor, sin lugar y año de publicación. Página 107.



al fin del fideicomiso, entre otros derechos, los que expresamente se reserve el fideicomitente.

Obviamente concluimos, que los derechos que se reserve el fideicomitente no deben ser incompatibles con los derechos transmitidos a la fiduciaria necesarios para el cumplimiento de los fines del fideicomiso, ni tampoco con aquellos derechos propios del fideicomisario, cuando sea un tercero, tal y como lo marca el artículo 391 de la misma ley.

2.- Designación de una o varias instituciones fiduciarias.

El fideicomitente, es la única persona con la facultad para nombrar al fiduciario y para que éste acepte su cargo. Pero existe la excepción de que al momento de la constitución del fideicomiso, se omita la designación de la fiduciaria, y en ese caso se tendrá por designada la que decida el fideicomisario, o en su defecto el juez de primera instancia del lugar donde estuvieren ubicados los bienes, esto de conformidad con el artículo 385 de la Ley General de Títulos y Operaciones de Crédito.

3.- Designar Comité Técnico.

El fideicomitente puede establecer un comité técnico ó de distribución de fondos.

4.- Modificar el fideicomiso.

Esto es, si se reservó desde un principio ese derecho.

5.- Facultad de solicitar cuentas al fiduciario, y en su caso solicitar la remoción del mismo si se reservó ese derecho.

El fideicomitente tiene la facultad de requerirle a la fiduciaria todo tipo de información.

El segundo párrafo del artículo 84 de la Ley de Instituciones de Crédito establece que: "Las acciones para pedir cuentas, para exigir la responsabilidad de las instituciones de crédito y para pedir la remoción corresponden al fideicomisario o a sus representantes legales, y a falta de éstos al ministerio público, sin perjuicio de poder el fideicomitente reservarse en el acto constitutivo del fideicomiso o en las modificaciones del mismo, el derecho para ejercitar esta acción". Esto es, que esta facultad puede corresponder al fideicomitente cuando se haya reservado tal derecho de forma expresa.

6.- Revocar el Fideicomiso.

Según la fracción VI del artículo 392 de la Ley General de Títulos y Operaciones de Crédito, uno de los supuestos de extinción del fideicomiso, es la revocación hecha por el fideicomitente cuando se haya reservado ese derecho.

Cuando el fideicomitente no se reserva el derecho de revocar el fideicomiso, se le conoce en la práctica como fideicomiso irrevocable.

7.- El fideicomitente podrá designar varias instituciones fiduciarias para que conjunta o sucesivamente desempeñen el fideicomiso, estableciendo el orden y las condiciones en que hayan de sustituirse.

Salvo lo dispuesto en el acto constitutivo del fideicomiso, cuando la institución fiduciaria no acepte, o por renuncia o remoción, cese en el desempeño

TESIS CON
FALLA DE ORIGEN

de su cargo, deberá nombrarse otra para que la substituya. Si no fuere posible esta substitución, cesará el fideicomiso”.

8.- Ejercer la acción de responsabilidad contra el fiduciario.

9.- Derecho a que le sean devueltos los bienes dados en fideicomiso en caso de imposibilidad de ejecución, o que se le entreguen los remanentes una vez ejecutado el fideicomiso.

10.- Transmitir sus derechos de fideicomitente.

Esto si se reservó esa facultad.

2.1.1.2. OBLIGACIONES DEL FIDEICOMITENTE.

1.- Pago de honorarios y gastos que origine la constitución y manejo del fideicomiso.

El fideicomitente se encuentra obligado a pagar al fiduciario los honorarios que se hayan pactado a la fecha de la constitución del fideicomiso o en las posteriores reformas al mismo, así como a rembolsarle los gastos que éste hubiera erogado por cuenta de él.

Dicha obligación, no sólo puede corresponder al fideicomitente, sino a sus causahabientes o al fideicomisario, o en su caso y de no ser cumplida, faculta al fiduciario para renunciar al desempeño de su cargo.

2.-Está obligado al saneamiento para el caso de evicción.

El fideicomitente, en el caso de que se transmitan bienes inmuebles, está obligado al saneamiento para el caso de evicción.

2.1.2. EL FIDUCIARIO

El fiduciario "es la persona encargada por el fideicomitente de realizar el fin del fideicomiso"⁴⁵, es por ende, "aquella institución que cuenta con concesión (o autorización) de la Secretaría de Hacienda y Crédito Público para actuar como tal"⁴⁶.

Para Juan Escriche, el fiduciario es "la persona en cuya probidad y buena fe se confía que hará lo que se manda o se encarga".⁴⁷

El fiduciario se convierte en titular de los derechos de propiedad del patrimonio o materia del fideicomiso, constituido por los bienes o derechos destinados a la realización de su finalidad.

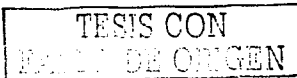
De todo lo anterior podemos concluir que el fiduciario es una institución de financiera legalmente autorizada para practicar operaciones fiduciarias, titular de los derechos sobre el objeto (patrimonio, materia) del fideicomiso durante la vigencia de éste.

La fracción XV del Artículo 46 de la Ley de Instituciones de Crédito dispone que estas entidades podrán realizar las operaciones de fideicomiso a que se refiere la Ley General de Títulos y Operaciones de Crédito, la designación del

⁴⁵ DE PINA *Op. Cit.* Página 220.

⁴⁶ BANCO MEXICANO SOMEX S.A. "Las Instituciones Fiduciarias y el Fideicomiso en México". Fondo Cultural de la Organización Somex; A.C. México 1982. Página 167.

⁴⁷ ESCRICHE, Joaquín. "Diccionario Razonado de Legislación y Jurisprudencia". Tomo II, Editorial Porrúa, S.A. México. 1979. Página 703.



fiduciario corresponde al fideicomitente y debe hacerse constar en el acto de constitución del fideicomiso.

Según lo dispuesto por el artículo 385 de la Ley General de Títulos y Operaciones de Crédito el fideicomitente podrá designar varias instituciones fiduciarias para que, conjunta o sucesivamente desempeñen el fideicomiso, estableciendo el orden y las condiciones en que hayan de sustituirse.

Cuando al constituirse un fideicomiso no se designe la institución fiduciaria, se tendrá como nombrada la que escoja el fideicomisario ó, en su defecto el Juez de primera instancia del lugar donde estuvieren ubicados los bienes.

El artículo 385 de la Ley de Instituciones de Crédito establece que "Solo pueden ser fiduciarias las instituciones expresamente autorizadas para ello conforme a la Ley General de Instituciones de Crédito". El artículo 399 de la citada ley, manifiesta cuales son las instituciones financieras que podrán actuar como fiduciarias de los fideicomisos de garantía:

Instituciones de crédito.

Instituciones de seguros.

Instituciones de fianzas.

Sociedades financieras de objeto limitado

Almacenes Generales de Depósito.

Además existen excepciones a estos supuestos, que a manera de ejemplificar citamos los siguientes:

TESIS CON
FALLA DE ORIGEN

1.- La contenida en el artículo 5 fracción VII de la Ley Orgánica del Patronato del Ahorro Nacional que faculta a ésta institución a actuar como fiduciaria en algunos casos.

2.- La contenida en el artículo 91 fracción XV de la Ley Reglamentaria del artículo 27 Constitucional en materia minera que establece que: "La Comisión de Fomento Minero es un organismo público descentralizado que tiene por objeto la realización de las siguientes actividades encomendadas directamente al fomento de la minería ...XV.-actuar como fiduciaria en negocios minero-metalúrgicos dentro de las actividades que señalan sus objetivos".

3.- También podemos citar al propio Banco de México, que puede fungir como fiduciaria.

Los que sostienen que la actividad fiduciaria puede ser prestada por cualquier persona se basan fundamentalmente, en el origen inglés del Use y en la práctica del *Trust*; sin embargo estas figuras funcionaron sobre todo en casos de conflicto, porque en el sistema inglés y en el estadounidense existían los tribunales de equidad que resolvían la mayoría de las veces mas en conciencia que apoyándose estrictamente a los términos legales.⁴⁸

Nuestro sistema mexicano al confiar la actividad fiduciaria a las instituciones financieras, cuenta con ciertas ventajas:

⁴⁸ SOMEX, *Op. cit.*, Página 60.

1.- Hay supervisión y vigilancia de las autoridades, tanto por la Secretaría de Hacienda y Crédito Público, el Banco de México y la Comisión Nacional Bancaria y de Valores.

2.- Existe transparencia en las operaciones fiduciarias.

3.- La ley establece una serie de responsabilidades con cargo a las fiduciarias, que hacen más estricto el cumplimiento de sus obligaciones.

4.- Para actuar como delegados fiduciarios, los funcionarios de las instituciones deben cumplir una serie de requisitos, y su nombramiento debe ser aprobado por la Comisión Nacional Bancaria y de Valores, la que también en cualquier momento puede acordar su remoción.

2.1.2.1. DESIGNACIÓN, ACEPTACIÓN, RENUNCIA, REMOCIÓN Y RESPONSABILIDAD DEL FIDUCIARIO.

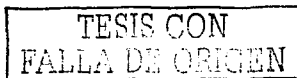
DESIGNACIÓN.

En el acto constitutivo del fideicomiso pueden ser designadas una o varias instituciones fiduciarias para que conjunta o separadamente desempeñen el fideicomiso, según lo estipulado en el artículo 383 segundo párrafo de la Ley General de Títulos y Operaciones de Crédito.

El artículo 385, en su párrafo II establece que la designación de fiduciario podrá ser hecha por:

El Fideicomitente pero si no se designa institución fiduciaria, ésta podrá ser nombrada por:

El fideicomisario, o en su defecto por:



El Juez de Primera Instancia del lugar en que estuvieren ubicados los bienes.

Este artículo presupone que no se designe en el acto constitutivo la institución fiduciaria, pero esto, en la práctica no ha operado, por lo que en esta parte el citado artículo resulta inoperante.

ACEPTACIÓN.

La institución fiduciaria, por conducto de sus delegados fiduciarios podrá aceptar su designación. Si dicha aceptación no llegare a realizarse, o por renuncia o remoción, la institución fiduciaria cesará en el desempeño de su cargo, por lo que deberá nombrarse otra institución.

RENUNCIA.

La institución fiduciaria no puede excusarse de aceptar el encargo o renunciar a él, sino por causas graves a juicio del Juez de primera instancia del lugar de su domicilio, conforme al artículo 391 de la Ley de Títulos y Operaciones de Crédito.

REMOCIÓN.

Según el artículo 84 párrafo primero de la Ley de Instituciones de Crédito, procede la remoción de la fiduciaria en los siguientes casos:

Cuando al ser requerida la institución de crédito no rinda cuentas de su gestión en un plazo de 15 días hábiles.

Cuando sea declarada la institución fiduciaria por sentencia ejecutoria, culpable de las pérdidas o menoscabos que sufran los bienes fideicomitidos, o sea responsable por negligencia de estas pérdidas.

RESPONSABILIDAD DEL FIDUCIARIO.

Las instituciones responderán por los daños y perjuicios que se cause por falta de cumplimiento en las condiciones o términos señalados en el fideicomiso.

El fiduciario responde directa e ilimitadamente de los actos de sus funcionarios en el desempeño de su cometido, sin perjuicio de las responsabilidades civiles o penales en las que tales funcionarios incurrir, esto de acuerdo a lo establecido en el artículo 80 de la Ley de Instituciones de Crédito.

Asimismo en la Ley de Instituciones de Crédito encontramos el artículo 91 que a la letra dice: "Las instituciones de crédito responderán directa e ilimitadamente de los actos realizados por sus funcionarios y empleados en el cumplimiento de sus funciones, sin perjuicio de las responsabilidades civiles o penales que en ellos incurran personalmente".

Responde la fiduciaria también civilmente, con su capital, reservas y beneficios no distribuidos.

Además el fiduciario está obligado a actuar como buen padre de familia.

2.1.2.2. PROHIBICIONES DEL FIDUCIARIO

1.- Ser beneficiario o fideicomisario en los fideicomisos ante sí mismos constituidos.

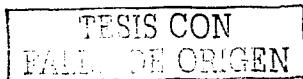
Al respecto el último párrafo del artículo 383 de la Ley General de Títulos y Operaciones de Crédito, establece que "es nulo el fideicomiso que se constituye a favor del fiduciario...".

Asimismo, el artículo 106 inciso XIX, subinciso a), de la Ley de Instituciones de Crédito establece que:

Artículo 106: A las instituciones de crédito les estará prohibido: fracción XV (de conformidad con el artículo 46 de ésta ley): "Celebrar operaciones con la propia institución en el cumplimiento de fideicomisos, mandatos o comisiones. El Banco de México podrá autorizar, mediante disposiciones de carácter general, la realización de determinadas operaciones cuando no impliquen conflictos de intereses". Esto quiere decir que esta prohibición no es de carácter totalmente absoluto, sino que podrán ser autorizados los fiduciarios a ser beneficiarios del fideicomiso constituido en su institución por el Banco de México con disposiciones de carácter general.

En el mismo sentido, encontramos también el artículo 348 de la Ley General de Títulos y Operaciones de Crédito, que en su último párrafo establece una excepción, mediante la cual, la fiduciaria puede ser fideicomisaria: ARTICULO 383.-... "La Institución fiduciaria podrá ser fideicomisaria en los fideicomisos en que, al constituirse, se transmita la propiedad de los bienes fideicomitados y que tengan por fin servir como instrumento de pago de obligaciones incumplidas, en el caso de créditos otorgados por la propia institución para la realización de actividades empresariales. En este supuesto, las partes deberán designar de común acuerdo a una institución fiduciaria sustituta para el caso que surgiera un conflicto de intereses entre las mismas".

En el mismo orden de ideas encontramos el artículo 400 de la Ley General de Títulos y Operaciones de Crédito, que establece: "Las instituciones



mencionadas en el artículo anterior, podrán reunir la calidad de fiduciarias y fideicomisarias, tratándose de fideicomisos cuyo fin sea garantizar obligaciones a su favor. Dichas instituciones y sociedades serán responsables por los actos que cometan en perjuicio de los fideicomitentes, de mala fe o en exceso de las facultades que les correspondan para la ejecución del fideicomiso, por virtud del acto constitutivo o de la ley, salvo por aquellas actividades u operaciones distintas a las establecidas en el artículo 402 de esta Ley”.

2.-Renunciar a su cargo una vez aceptado, sino es por causas graves.

Otra de las prohibiciones que tiene el fiduciario es la de renunciar a su cargo sin una causa grave, cuando haya aceptado el mismo.

3.-Celebrar fideicomisos prohibidos.

Los fideicomisos prohibidos son los que enuncia el artículo 394 de la Ley General de Títulos y Operaciones de Crédito.

4.- Asumir obligación sobre los resultados del fideicomiso o garantizar intereses sobre las inversiones que efectúe.

2.1.2.3. OBLIGACIONES DEL FIDUCIARIO

Sus obligaciones son correlativas a los derechos que tenga el fideicomitente y el fideicomisario.

Las principales derivadas de la ley son:

Atender las decisiones del fideicomitente, y en su caso del fideicomisario y del comité técnico.

TESIS CON
FALLA DE ORIGEN

Sustituir a otro fiduciario, si se previno en el acto constitutivo del fideicomiso.

Cumplir el fideicomiso en los términos estipulados.

Responder de las pérdidas o menoscabos del patrimonio, si fue por su culpa o negligencia.

Entregar los bienes fideicomitidos a quien corresponda al término del fideicomiso o antes si es revocable.

Contabilizar individualmente cada fideicomiso ajustándose al catálogo de cuentas de la Comisión Nacional Bancaria y de Valores.

Guardar el llamado secreto fiduciario.

Obrar siempre como buen padre de familia.

2.1.2.4. PERSONAL FIDUCIARIO

2.1.2.4.1. DELEGADO FIDUCIARIO

El artículo 80 de La Ley de Instituciones de Crédito, establece que en las operaciones a que se refiere la fracción XV del artículo 46 de esta ley, (fideicomisos – mandatos y comisiones), las instituciones desempeñarán su cometido y ejercerán sus facultades por medio de sus delegados fiduciarios...”.

Los delegados fiduciarios son aquellos funcionarios que la fiduciaria designa especialmente para atender fideicomisos. Es decir, que en las operaciones de fideicomiso las instituciones de crédito desempeñarán su cometido y ejercerán sus facultades por medio de sus delegados fiduciarios.

TESIS CON
FALLA DE ORIGEN

El cometido de los delegados fiduciarios, es personalísimo y sus funciones no pueden ser delegadas.

2.1.2.4.2. PERSONAL AUXILIAR

Se encuentra integrado por todas aquellas personas encargadas de coadyuvar con los delegados fiduciarios y con los comités técnicos en su trabajo.

La Ley de Instituciones de Crédito en su artículo 82, establece que: "El personal de las instituciones de crédito utilicen directa o exclusivamente para la realización de fideicomisos, no formará parte del personal de la institución, sino que, según los casos, se considerará al servicio del patrimonio dado en fideicomiso".

Este mismo artículo establece en su segunda parte que: "...cualesquier derechos que asistan a estas personas conforme a la ley, lo ejercerán contra la institución de crédito, la que en su caso, para cumplir con las resoluciones que la autoridad competente dicte afectará, en la medida que sea necesario, los bienes materia del fideicomiso".

Esto es, que el personal que contrate el fiduciario en ejecución de algún fideicomiso deberá ejecutar sus acciones en contra del fiduciario y éste deberá afectar los bienes fideicomitados para el cumplimiento de las resoluciones judiciales.

En si, son todas aquellas personas encargadas del buen funcionamiento del fideicomiso ya materialmente realizado. V. gr. en un fideicomiso de administración

TESIS CON
FALLA DE ORIGEN

de un edificio en condominio, el velador encargado del mantenimiento y buen estado del inmueble, es personal auxiliar en este caso.

2.1.2.4.3. COMITÉ TÉCNICO

El artículo 80 de la Ley de Instituciones de Crédito en su tercer párrafo, establece: "En el acto constitutivo del fideicomiso o en sus reformas, se podrá prever la formación de un comité técnico, dar las reglas para su funcionamiento y fijar sus facultades. Cuando la institución de crédito obre ajustándose a los dictámenes o acuerdos de este comité, estará libre de toda responsabilidad".

Ésta es la única referencia que la legislación mexicana hace al respecto del comité técnico.

A pesar de que no existen antecedentes formales de esta figura en la legislación mexicana, es posible que nuestro órgano legislador sí la haya conocido, al menos en la práctica en Estados Unidos de Norteamérica, a saber comité de funcionarios de distribución (*distribution committee*) y el comité bursátil (*exchange comité*).⁴⁹

Referente al comité de funcionarios de inversión, Batiza señala que "en las instituciones norteamericanas normalmente funciona un *trust* comité, cuya misión consiste en determinar las inversiones que deban hacerse y revisar en forma

⁴⁹ VEJAR VALDÉS, Carlos: "Reflexiones en torno al comité técnico de distribución de fondos en el fideicomiso mexicano". Publicación del Banco Obrero, S.A. Estudios Bancarios, México, 1981, página 11.

periódica los diversos *trust* a fin de efectuar los cambios aconsejables según las circunstancias".⁵⁰

Pierre Lepaulle nos indica que: "En la práctica norteamericana existe la figura del *distribution* comité el cual opera exclusivamente en los *community trust* (fideicomisos de beneficencia) y el cual tiene como función primordial encontrar que distribución debe darse a los fondos confiados por el público para obras de caridad o simplemente de interés público, tratando de obtenerse la mayor productividad y provecho de las inversiones en beneficio de la sociedad. En éstos casos la integración de los miembros del comité recae normalmente en funcionarios de la localidad, de la alcaldía de la ciudad, en el presidente de la cámara de comercio, etcétera".⁵¹

Como se puede apreciar de la lectura del citado artículo 80 de la Ley Bancaria, se desprende que el legislador estableció en forma escueta la figura del comité técnico, es por ello que ésta figura se ha ido conformando de características muy propias, versátiles y diferentes de los comités técnicos norteamericanos, esto ha ocurrido con base en los usos y costumbres fiduciarios vigentes en nuestro país.

⁵⁰ BATIZA "El fideicomiso Teoría y Práctica". Op. cit. Página 126.

⁵¹ LEPAULLE. Op. cit. Página 35.

TESIS CON
FALLA DE ORIGEN

2.1.2.4.4. CLASIFICACIÓN DEL COMITÉ TÉCNICO

Una clasificación de los comités realizada a partir de las costumbres fiduciarias, propuesta por el Licenciado Carlos Vejar sería la siguiente:⁵²

I. COMITÉ CON FUNCIONES ESPECÍFICAS:

1.- Comité técnico para contratación y supervisión de obras: utilizado en aquellos fideicomisos cuya finalidad es la construcción de alguna obra.

2.- Comité técnico de inversión.

3.- Comité técnico para determinación de fideicomisos.

4.- Comité técnico de especialistas bursátiles.

5.- Comité técnico de distribución de fondos.

6.- Comité técnico para adquisición y sustitución de bienes.

7.- Comité técnico para premiaciones.

8.- Comité técnico para el otorgamiento de beneficios.

9.- Comité técnico para la liquidación de los bienes fideicomitidos en pago a fideicomisarios acreedores del fideicomitente deudor.

II. COMITÉ CON FUNCIONES MIXTAS.

Estos comités tienen varias funciones; un ejemplo sería: un fideicomiso constituido para el otorgamiento de pensiones al personal de empresas y para el

⁵² VEJAR VALDEZ, *Op.cit.* Página 12.

pago de las primas de antigüedad a trabajadores de las empresas, que en este caso sería un comité técnico con funciones de inversión y de distribución.

También existen en las instituciones de crédito ciertos comités internos integrados por miembros de dicha institución, lo cual no está impedido legalmente.

Por otra parte Octavio A. Hernández nos da el siguiente concepto de comité técnico: "Son órganos colegiados designados en el acto constitutivo del fideicomiso o en el de sus reformas, cuya finalidad es coadyuvar con el fiduciario al desempeño de su cometido en la distribución de fondos, conforme a las reglas y a las facultades que para el caso se estipulen".⁵³

De este concepto, debemos apuntar, que la práctica lo ha rebasado, en cuanto a lo referente a la función del comité técnico de distribución de fondos, ya que como se ha visto, se constituyen comités técnicos para diversas funciones, pero siempre auxiliando al fiduciario en el desempeño de su cometido.

2.1.2.4.5. PRINCIPIOS GENERALES PARA LA ELABORACIÓN DE UN COMITÉ TÉCNICO

Vejar nos señala que la práctica fiduciaria ha determinado ciertos principios que debe tomar en cuenta el hacedor de comités técnicos para la constitución y funcionamiento de los mismos:

1.- La función principal del comité técnico es la de auxiliar a la institución fiduciaria para la mejor realización de los fines del fideicomiso.

⁵³ HERNÁNDEZ, Op. cit. Página 231.



2.- El alcance de las funciones y facultades del comité técnico deben quedar constreñidos estrictamente a la consecución del fideicomiso; esto es que sus actuaciones no rebasen los fines del fideicomiso.

3.- El hecho de que la institución fiduciaria obre ajustándose a los dictámenes del Comité Técnico, no excluye a la misma de sus responsabilidades, esto a pesar del último párrafo del artículo 80 de la Ley de Instituciones de Crédito: *"Cuando la institución de crédito obre ajustándose a los dictámenes o acuerdos de éste comité, estará libre de toda responsabilidad"*.⁵⁴

Al respecto nos señala Jorge E. Beyer Esparza que "la circunstancia anterior de liberación absoluta de responsabilidad del fiduciario al actuar conforme los dictámenes o acuerdos del comité técnico, ha acarreado una progresiva deformación en la esencia el fideicomiso mexicano, se deja con toda intención de lado, la valoración de esa modificación fáctica, por no encontrarnos en la ocasión oportuna de plantear tesis sobre el punto, pues por un lado la fiduciaria actúa invariablemente de conformidad con las recomendaciones del comité técnico y de distribución de fondos y se anula así, en cierta forma y en ciertos casos, la experiencia de buen criterio de la institución de crédito —cualidades que en un momento, fueron factores determinantes de la contratación— y por otro lado el fideicomitente no se desvincula de hecho, de los bienes objeto del fideicomiso, y que normalmente se autodesigna miembro del comité técnico y de distribución de fondos. Esta última circunstancia, sólo luce justificable en el caso de que el

⁵⁴ VEJAR VALDÉS Op. cit. Página 19.

fideicomitente sea el fideicomisario, en los fideicomisos onerosos, cuando la presentación a cargo del fideicomisario esté sujeta a término, y en el fideicomiso de interés social".⁵⁵

Asimismo, de la obra Manual del Fideicomiso Mexicano comentan:

"En su apresuramiento por liberar a los fiduciarios de responsabilidades, el legislador olvidó: Que el comité técnico puede obrar en exceso de las facultades que le hayan otorgado.

Que puede tomar resoluciones cuyo cumplimiento entrañe la comisión de delitos por parte de la institución fiduciaria".⁵⁶

Al respecto Batiza señala: "Esta liberación de responsabilidades puede ir demasiado lejos, en todo caso, será entonces el comité técnico el que debe asumir las responsabilidades que de otro modo corresponderán al fiduciario frente a las partes interesadas y a terceros, que pudieran resultar afectados por actos realizados en su perjuicio".⁵⁷

Conclusión:

1.- El comité técnico carece de todo tipo de personalidad jurídica para obligarse frente a cualquier persona, que no sea un elemento de la relación jurídica fiduciaria. Por lo tanto el fiduciario al obrar en acatamiento de los acuerdos del

⁵⁵ RAYER ESPARZA, Jorge. "El Fideicomiso, anales de Jurisprudencia", Tomo II, Estudios Jurídicos, México, 1977, página 27.

⁵⁶ BANCO NACIONAL DE OBRAS Y SERVICIOS PÚBLICOS S.A. "Manual de Fideicomiso Mexicano", México 1976, página 40.

⁵⁷ BATIZA "El fideicomiso", página 128.

TESIS CON
FALLA DE ORIGEN

comité técnico no responsabilizará al comité técnico, se responsabilizará a sí mismo.

2.- El comité técnico resulta un elemento eficaz para el buen funcionamiento del fideicomiso; pero, el fiduciario debe procurar la proliferación de éstos comités, en el caso de que considere ociosa o innecesaria su consolidación y funcionamiento.

3.- Se deben reglamentar con toda precisión dentro del clausulado regulatorio del comité técnico, su forma de funcionamiento, integración de operación y en especial de cuidar que el alcance de las facultades no limiten o rebasen la actuación del fiduciario.

2.1.2.4.6. CONSTITUCIÓN DEL COMITÉ TÉCNICO

Instauración por el fideicomitente.

Al tratar el tema de los derechos del fideicomitente, Sergio Rodríguez menciona: "Los autores parecen sugerir que la reserva de derechos se relaciona con aquellos que corresponden a la genérica responsabilidad de vigilar el desarrollo del fideicomiso para verificar que sus disposiciones se cumplan en todo de acuerdo a lo previsto. Un ejemplo de ésta intervención en la vigilancia y aún en la toma de decisiones por parte del fiduciario, puede estar constituido por la posibilidad de nombrar un comité técnico, del cual eventualmente se puede formar parte, para tomar algunas decisiones relacionadas con la inversión de los bienes recibidos y la posible sustitución de unos por otros etcétera".⁵⁸

⁵⁸ RODRÍGUEZ AZUERO, Sergio: "Contratos bancarios, su significación en América Latina", biblioteca Felaban; Bogotá, Colombia, 1990 Página 630.

En opinión del Licenciado Vejar el fiduciario, al igual que el fideicomisario, no sólo puede, sino está obligado a oponerse a la constitución de un comité técnico, por parte del fideicomisario, si considera que la constitución de dicho comité en uso de las funciones y facultades que les son conferidas rebasa las finalidades del fideicomiso o bien, con su actuación puede dar lugar a prácticas fiduciarias poco ortodoxas que pueden afectar el cumplimiento de los fines del fideicomiso, cuya realización por la ley ha sido encomendada exclusivamente al fiduciario.⁵⁹

Instauración por el fideicomisario.

El Licenciado Vejar al respecto nos señala que "si el fideicomitente no se reserva ningún derecho en relación a los bienes o fines del fideicomisario, este último tiene plenas facultades jurídicas para constituir un comité técnico, con las funciones y facultades que juzgue convenientes siempre y cuando se respeten los principios normativos que rigen la constitución y operación de los comités técnicos y no encuentre oposición por parte del fiduciario."⁶⁰

Instauración por el fiduciario.

En atención a la confiabilidad que le han depositado al fiduciario y al no existir impedimento legal alguno, creemos que el mismo puede designar al comité técnico, siempre y cuando esta facultad se le haya conferido.

⁵⁹ VEJAR VALDÉS. Op. Cit. Página 16.

⁶⁰ *Idem*. Página 16.

2.1.2.4.7. SUJETOS INTEGRANTES DEL COMITÉ TÉCNICO.

Los miembros del comité pueden ser indistintamente tanto personas físicas, como personas morales, las que inclusive pueden tener diferentes nacionalidades.

Por regla general la elección de los miembros de un comité técnico se efectúa fundamentalmente en atención a las cualidades de los sujetos seleccionados, tales como: capacidad, conocimientos, experiencia, representatividad y prestigio que se supone, harán valer en el desempeño de las funciones y facultades que están llamadas a desempeñar como miembros de un organismo de asesoría y auxilio técnico de la institución fiduciaria.

2.1.2.4.8. ACEPTACIÓN DEL CARGO.

Conforme a derecho, existen dos formas reconocidas para otorgar el consentimiento de una persona para asumir el cumplimiento de una obligación y, las cuales, consideramos son también aplicables a la aceptación del cargo de miembro de un comité, éstas son:

1.- FORMA EXPRESA: Esto quiere decir, la aceptación verbal o por escrito.

2.- FORMA TÁCITA: Es la aceptación que se desprende de hechos, actos o signos inequívocos que se manifiestan por parte del obligado a asumir el compromiso propuesto.

TESIS CON
FALLA DE ORIGEN

2.1.2.4.9. FACULTADES DEL COMITÉ TÉCNICO.

Conforme a las prácticas fiduciarias, el Licenciado Vejar señala una clasificación de las facultades tanto genéricas como específicas que le pueden asistir al comité técnico.⁶¹

A. FACULTADES GENÉRICAS.

- a) Políticas: El comité, dada la alta calidad técnica o especificidad debe establecer y determinar los principios rectores bajo lo que el funcionario debe actuar conforme los programas y procedimientos que se consideren mas adecuados a la consecución de las finalidades del fideicomiso.
- b) Vigilancia.- Independientemente de las facultades que en tal sentido se reserve el fideicomitente o asistan al fideicomisario o a sus representantes legales, e inclusive a las autoridades, el comité debe vigilar la correcta administración del patrimonio fideicomitado por parte del fiduciario, y también en cuanto se refiere a una exacta realización de los fines del fideicomiso.
- c) Dictámenes.- El comité debe de aconsejar y proporcionar asesoría al fiduciario cuando este le presente planes o estrategias para la realización de los fines del fideicomiso y dictaminar lo conducente.

⁶¹ Ibid. Página 18.

TESIS CON
FALLA DE ORIGEN

- d) Acuerdos.- El comité realiza su principal función cuando considera, analiza, debate y decide sobre un problema que se puede presentar en el desarrollo de la operación fiduciaria.
- e) Asesorías- El comité puede expedir guías, orientaciones y sugerencias técnicas o teóricas para que las acciones del fiduciario se realicen en la forma mas eficiente posible.

B. FACULTADES ESPECÍFICAS.

- a) Recomendar a la fiduciaria la realización de inversiones del capital fideicomitado en valores de renta fija o variable, autorizados para inversión de las instituciones fiduciarias.
- b) Revisar informes y estados contables que presente la institución fiduciaria con motivo del desempeño de su actividad y tomar los acuerdos y dictámenes que procedan.
- c) Recomendar la sustitución patrimonial de bienes del fideicomiso por otros que considere de mayor valia y productividad.
- d) Autorizar o concesionar a la fiduciaria para la adquisición de bienes con cargo al patrimonio fideicomitado, los cuales quedarán también afectos a los fines del fideicomiso.
- e) Instruir a la fiduciaria para otorgar prestaciones o beneficios a distintos fideicomisarios.
- f) Determinación de fideicomisarios.

TESIS CON
FALLA DE ORIGEN

2.1.3. FIDEICOMISARIOS.

CONCEPTO.

Es la persona que recibe el beneficio derivado del fideicomiso, designada en el acto constitutivo del mismo o en el de sus modificaciones, para recibir el beneficio de este.

Según Rafael de Pina es la persona física o moral que recibe el beneficio derivado de un fideicomiso.⁶²

Para Miguel Acosta: fideicomisario es la persona que recibe el beneficio (no siempre existe) del fideicomiso, o la que recibe los remanentes una vez cumplida la finalidad.⁶³

En la designación del fideicomisario puede haber los siguientes supuestos:

Que el fideicomitente designe al fideicomisario.

Que se designe a él mismo como fideicomisario.

Que se designe a varios fideicomisarios.

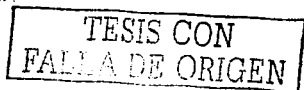
No designar fideicomisario.

2.1.3.1. CAPACIDAD PARA SER FIDEICOMISARIO.

El fideicomisario por su propia y especial naturaleza, presupone la existencia de una serie de beneficios que se establecen a favor del fideicomisario.

⁶² DE PINA Op. Cit. Página 219.

⁶³ ACOSTA ROMERO Op. Cit. Página 337.



beneficios que pueden ser de muy variada y diversa índole: entre los más frecuentes pueden mencionarse la transmisión de bienes muebles o inmuebles a favor del fideicomisario; en tal caso la persona debe tener la capacidad necesaria para adquirirlos a diferencia del fideicomitente quién deberá tener capacidad para enajenarlos.

En términos generales se puede señalar que para adquirir un bien, ya sea éste mueble o inmueble, es necesario contar con capacidad de goce —aptitud de ser titular de derechos y obligaciones—, pero es posible contar además con capacidad de ejercicio, requisito que no obstante no es indispensable, por ser factible para el beneficiario adquirir la titularidad o propiedad de bienes por medio de un representante legal. En éste último sentido se encuentra lo prescrito por el segundo párrafo del artículo 390 de la Ley General de Títulos y Operaciones de Crédito que señala que cuando el fideicomisario sea incapaz, los derechos a que se refiere el primer párrafo del mismo artículo corresponderán al que ejerza la patria potestad al tutor o al ministerio público, según el caso. Esto, obviamente es válido para los casos en que los provechos que deriven del fideicomiso consistan en percepción de los frutos, cobro de dinero, alimentos o cualquier derecho, ya sea éste personal o real.

Así el artículo 383 de la Ley General de Títulos y Operaciones de Crédito dice: "pueden ser fideicomisario las personas físicas o jurídicas que tengan la capacidad necesaria para recibir el provecho que el fideicomiso implica".

Al respecto Batiza señala que: "al exigir la capacidad a los fideicomisarios, éste artículo, debe interpretarse en el sentido, no de aludir la capacidad activa

TESIS CON
FALLA DE ORIGEN

para ser fideicomitente, sino mas bien a la ausencia de alguna incapacidad especial derivada de la ley, puesto que el fideicomiso puede constituirse a favor de incapacitados y aun de no nacidos".⁶⁴

Esto es, que en el caso de que no exista fideicomisario designado o cuando éste sea incapaz, los derechos corresponden al que ejerce la patria potestad, al tutor o al ministerio público, según el caso, artículo 390 de la ley en comento.

Se puede ser fideicomisario no solo desde que se ha nacido, sino desde que se es concebido, pero claro está, sujeto a la condición resolutoria negativa de no nacer o no ser viable, de esa manera, se adquiere el carácter de fideicomisario desde que en vida intrauterina se es designado como tal, y si no se nace o se nace no viable, se realiza el acontecimiento en el cual consiste la condición resolutoria indicada, por lo que quedan resueltos todos los efectos jurídicos creados por el fideicomiso del caso. Por el contrario, si se nace vivo y viable, la condición señalada no tiene lugar y los efectos indicados continúan intocados desde su creación por la designación del fideicomisario hecha en su oportunidad.

Asimismo, el fideicomitente puede designar varios fideicomisarios para que reciban simultáneamente o sucesivamente el provecho del fideicomiso, según el segundo párrafo del artículo 383 de la Ley que nos ocupa.

Es éste caso, cuando exista pluralidad de fideicomisarios y deba consultarse su voluntad, en todo aquello no previsto en la constitución del fideicomiso, las decisiones se tomarán por mayoría de votos, computados por

⁶⁴ BATIZA "El fideicomiso" Op. Cit. 146.

representaciones y no por personas. En caso de empate, decidirá el Juez de primera instancia del lugar del domicilio del fiduciario, artículo 383 de la propia ley en comento.

El fideicomiso será válido aunque se constituya sin señalar fideicomisario, siempre que su fin sea lícito y determinado. (El fideicomitente y el fideicomisario pueden ser la misma persona).

El fideicomisario, no es un elemento esencial del fideicomiso. Este puede establecerse sin fideicomisario. Por ejemplo, se constituye un fideicomiso para que con los productos del patrimonio fideicomitado se levante una estatua, se recojan los perros callejeros, se realice una institución científica o se funde una clínica para determinada clase de enfermos. En estos casos no habrá fideicomisario como sujeto jurídico, pero si un fin lícito y determinado.

2.1.3.2. DERECHOS

El fideicomisario tiene los siguientes derechos:

Ejercitar los derechos que se le concedan en el acto constitutivo del fideicomiso;

Atacar la validez de los actos que dicha institución cometa en su perjuicio, de mala fe o en exceso de las facultades que por virtud del acto constitutivo o de la ley le correspondan;

Los derechos que se le concedan por virtud del acto constitutivo del fideicomiso, así como dar su consentimiento para reformar el fideicomiso en su caso.

TESIS CON
FALLA DE ORIGEN

Exigir la rendición de cuentas al fiduciario.

2.2. ELEMENTOS REALES.

2.2.1. PATRIMONIO FIDUCIARIO.

Según lo establecido por el artículo 386 de la Ley General de Títulos y Operaciones de Crédito: "Pueden ser objeto del fideicomiso toda clase de bienes y derechos, salvo aquellos que, conforme a la ley, sean estrictamente personales de su titular".

Esto es, pueden ser afectados en fideicomiso cualquier bien o derecho transmisible, por lo mismo puede ser transmitida la propiedad de un bien o la titularidad de un derecho.

Por lo tanto, no puede constituirse un fideicomiso sin que su creador, el fideicomitente, tenga la propiedad sobre el bien fideicomitado o al menos la disposición legal del mismo.

Ahora bien, el artículo 1825 del Código Civil establece que: " La cosa objeto del contrato debe 1°. Existir en la naturaleza. 2°. Ser determinada o determinable en cuanto a su especie. 3°. Estar en el comercio".

Los bienes que se encuentran fuera del comercio, pueden estarlo por su naturaleza o por disposición de la ley. Están fuera del comercio por su naturaleza los que no pueden ser poseídos por ningún individuo exclusivamente, como es el aire, etcétera, y por disposición de la ley, los que ella declara irreductible a

TESIS CON
FALLA DE ORIGEN

propiedad individual, como lo es los bienes afectos al patrimonio de la familia, o sea los llamados inalienables.

El segundo párrafo del citado artículo 386 señala: "Los bienes que se den en fideicomiso, se considerarán afectos al fin a que se destinan y, en consecuencia, sólo podrán ejercitarse respecto a ellos, los derechos y acciones que al mencionado fin se refieran, salvo los que expresamente se reserve el fideicomitente, los que para él deriven del fideicomiso mismo, o los adquiridos legalmente respecto de tales bienes, con anterioridad a la constitución del fideicomiso, por el fideicomisario o por terceros".

Resumiendo, concluimos para afirmar que los bienes objeto del fideicomiso son afectados al fin del mismo.

2.2.2. FINES DEL FIDEICOMISO.

La Ley de General de Títulos y Operaciones de Crédito al referirse al fin del fideicomiso en su artículo 381, no señala específicamente cuál habrá de ser éste, sino que únicamente impone la limitante de que sea lícito y determinado.

Gracias a esto, el fideicomiso al ser tan flexible, ha alcanzado el gran desarrollo que actualmente cuenta y así aunque como hemos visto en apartados anteriores compete al fideicomitente señalar los fines del fideicomiso, pero en la práctica el delegado fiduciario se encarga de darle forma a los deseos del cliente, por lo que virtualmente se va creando día a día esta figura y su explotación no ha sido agotada.

Ahora bien, para Gutiérrez y González el motivo o fin es: "la razón contingente, subjetiva y por lo mismo variable de, individuo a individuo, que lo induce a la celebración del acto jurídico".⁶⁵

Concretamente para el fideicomiso Raúl Rodríguez Ruiz nos señala que el fin en el mismo es "la meta, el resultado de un fideicomiso en cuyo acto constitutivo el fideicomitente expresa lo que debe hacer para alcanzar ese fin, que tiene que ser lícito. Es decir, no contrario a la ley ni a las buenas costumbres, debiendo además ser determinado."⁶⁶

a) LICITUD. El artículo 1830 del Código Civil para el Distrito Federal, de aplicación supletoria, establece que "*Es ilícito el hecho contrario a las leyes de orden público o a las buenas costumbres*".

Aplicando a *contrario sensu*, se tiene que será lícito aquél hecho que no sea contrario a las leyes de orden público o a las buenas costumbres. Y así estipula el artículo 1831 del Código Civil: "*El fin o motivo determinante de la voluntad de los que contratan tampoco debe ser contrario a las leyes de orden público ni a las buenas costumbres*".

Así el orden público es: "la actuación individual y social de orden establecido en una sociedad".⁶⁷

⁶⁵ GUTIÉRREZ Y GONZÁLEZ Ernesto: "Derecho de las Obligaciones". José M. Cajica Jr. S.A. Puebla, Puebla. 1978 página 267.

⁶⁶ RODRÍGUEZ RUIZ Raúl: "El fideicomiso y la organización contable fiduciaria". Editorial Escasa, México, 1977. Página No. 44.

⁶⁷ PALLARES Eduardo: "Diccionarios de Derecho Procesal Civil" Editorial Porrúa, S.A. México. Página 584.



Por lo que debe entenderse como normas de orden público: "el conjunto de normas en que reposa el bienestar común y ante el cual ceden los derechos de los particulares".⁶⁸

Ahora bien, por lo que respecta a las buenas costumbres, no están definidas por el Código Civil.

Por último señalaremos que según lo dispuesto por el artículo 386 de la Ley General de Títulos y Operaciones de Crédito, los fideicomisos constituidos en fraude de acreedores, podrán en todo tiempo ser atacados de nulidad.

b) DETERMINACIÓN. Desde el punto de vista jurídico, Muñoz nos señala respecto a la determinación que: "las cosas objeto de los contratos deben ser determinados en cuanto a su especie, aunque no lo sea en la cantidad, con tal de que ésta pueda determinarse. La cantidad se reputa determinable, cuando su determinación se deja al arbitrio de terceros pero si el tercero no quiere, no puede o no llegare a determinarla el juez podrá hacerlo por si o por medio de peritos".⁶⁹

Por su parte Galindo Garfias señala que: "Se exige que sea determinado en cuanto se debe especificar concretamente en que ha de consistir la conducta del obligado". Este requisito se establece con mayor rigor, cuando la relación jurídica de origen a derechos reales, pues tratándose de derechos de obligación existe la posibilidad de constituir obligaciones genéricas o alternativas y aún puede

⁶⁸ *Ibid.* Página 585.

⁶⁹ MUÑOZ Luis: "Derecho Comercial", Tomo I, Editorial tipográfica Argentina, Buenos Aires, Página 138.

estipularse que un tercero sea el que señale el contenido específico de la relación".⁷⁰

Así pues el fin del fideicomiso debe ser lícito y determinado.

2.3. ELEMENTO FORMAL.

En el derecho hispánico, el principio de libertad de forma fue consagrado por la ley única de Título XVI del ordenamiento de Alcalá, y éste proyecto pasó a ser la ley 1- del título I del libro X de la novísima recopilación, que estableció: "Sea verdadera la obligación o contrato que fueren hechos en cualquier manera que parezca que alguno se quiso obligar a otro a hacer contrato con el".⁷¹

"Actualmente en el derecho moderno se ha consagrado el llamado principio espiritualista, donde ha triunfado la libertad de forma y en tal caso uno puede obligarse adoptando la forma que desee".⁷²

Así en el proyecto Alfaro se establecía que puede constituirse el fideicomiso entre vivos, por escritura pública, por documento privado o aún verbalmente, salvo en éste último caso, el fideicomiso constituido sobre inmuebles deberá constar en escritura pública registrada.

En el proyecto Vera Estañol no se detallan los requisitos formales a que debía sujetarse la constitución del fideicomiso, pero imponía la forma escrita, pues

⁷⁰ GALINDO GARFIAS Ignacio: "Derecho Civil", Editorial Porrúa S.A.; México, 1979 Página 226.

⁷¹ SOMEX Op. Cit. Página 226.

⁷² Ibid Página 246.

hablaba del "acto constitutivo" y su inscripción para algunos fideicomisos, debería ser el Registro Público de las Hipotecas (artículo 15).

Así el actual artículo 387 de la actual Ley de Títulos y Operaciones de Crédito establece que:

Artículo 387: "El fideicomiso puede ser constituido por acto entre vivos o por testamento. La constitución del fideicomiso deberá siempre constar por escrito y ajustarse a los términos de la legislación común sobre transmisión de los derechos o la transmisión de la propiedad de las cosas que se den en fideicomiso".

Por lo anterior podemos establecer que para el derecho positivo mexicano la única forma para la constitución de un fideicomiso es por escrito, como un acto mercantil ordinario, y ajustarse a la legislación común sobre transmisiones de los derechos o de la propiedad de las cosas que se entreguen en fideicomiso.

Ahora bien, si se afectan inmuebles en un fideicomiso cuya cuantía rebase los quinientos pesos debe otorgarse en escritura pública y para que, surta el fideicomiso efecto ante terceros, el testimonio notarial donde conste al acto constitutivo del mismo deberá inscribirse en el registro Público de la Propiedad, del lugar donde se ubiquen los inmuebles.

Mas sin embargo cabe la posibilidad como se da en la práctica, que en el momento de constituirse un fideicomiso se aporten bienes muebles (dinero) y que en una adhesión al mismo se aporte algún bien inmueble, y en este caso se inscribirá la adhesión en el Registro Público de la Propiedad.

TESIS CON
FALLA DE ORIGEN

En el caso de que se aporten bienes muebles el artículo 389 de la Ley General de Títulos y Operaciones de Crédito establece las siguientes reglas para que surta efectos contra terceros el fideicomiso:

- I. Si se tratare de un crédito no negociable o de un derecho personal, desde que el fideicomiso fuere notificado al deudor.
- II. Si se tratare de un título nominativo, desde que este se endose a la institución fiduciaria y se haga constar en los registros del emisor, en su caso.
- III. Si se tratare de cosa corpórea o de títulos al portador, desde que estén en poder de la institución fiduciaria.

Por todo lo anterior se puede concluir que el fideicomiso no es un acto solemne y por ello los vicios de forma pueden ser subsanados, y el acto constitutivo por regla general tiene existencia, validez y eficacia desde que se produce.

Es importante señalar que el fiduciario tiene la obligación de transcribir literalmente en los contratos de fideicomiso, mandato o comisión lo que establece el artículo 106 fracción XIX, inciso b de la Ley de Instituciones de Crédito que a la letra dice:

"Artículo 106. A las instituciones de crédito les estará prohibido:

XIX. En la realización de las operaciones a que se refiere la fracción XV del artículo 46 de esta ley:

b) Responder a los fideicomitentes, mandantes o comitente de incumplimiento de los deudores, por los créditos que se otorguen o de los emisores, por los valores

TESIS CON
FALLA DE ORIGEN

que se adquirieran, salvo que sea por su culpa, según lo dispuesto en la parte final del artículo 356 de la Ley General de Títulos y Operaciones de Crédito, o garantizar la percepción de rendimientos por los fondos cuya inversión se les encomiende.

Si al término del fideicomiso, mandato o comisión constituidos para el otorgamiento de créditos, estos no hubieren sido liquidados por los deudores, la institución deberá transferirlos al fideicomitente o fideicomisario, según el caso, o al mandante o comitente, absteniéndose de cubrir su importe.

Cualquier pacto en contrario a lo dispuesto en los dos párrafos anteriores, no producirá efecto legal alguno.

En los contratos de fideicomiso, mandato o comisión se insertarán en forma notoria los párrafos anteriores de este inciso y una aclaración de la fiduciaria en el sentido de que hizo saber inequívocamente su contenido a las personas de quienes haya recibido bienes para su inversión".

Por otro lado también es importante señalar que por virtud de decreto de 29 de Junio de 1944 se estableció como necesidad transitoria la de obtener permiso para los extranjeros y las sociedades mexicanas que tuviesen socios extranjeros pudiesen adquirir bienes. Se dispuso que durante el tiempo que estuviera en vigor la suspensión de garantías decretada en primero de junio de 1942 solo podrian con permiso de la Secretaría de Relaciones Exteriores:

1.-Adquirir negociaciones o empresas, o el control sobre ellas, de las ya existentes en el país, dedicadas a cualquier actividad industrial, agrícola, ganadera, forestal,

TESIS CON
FALLA DE ORIGEN

de compra-venta o de explotación de cualquier fin, de bienes inmuebles rústicos o urbanos, o de fraccionamiento de dichos inmuebles.

2.- Adquirir bienes inmuebles destinados a la realización de las actividades anteriores.

3.- Adquirir bienes raíces urbanos o rústicos, cualquiera que fuere la actividad a que se dedicaren.

4.- Adquirir el dominio de tierras, aguas y sus accesorios a que se refiere la fracción I del artículo 27 Constitucional.

5.- Adquirir concesiones de minas, aguas o combustibles minerales permitidas por la legislación ordinaria.

Los actos llevados a cabo en contravención a estas disposiciones no producirán efecto a favor de las personas que en ellas hubieran intervenido y por consecuencia los bienes objeto del mismo pasarían a poder de la nación.

Muchos autores demuestran que la intervención administrativa carece de base legal específica, la Secretaría de Relaciones Exteriores ha seguido imponiendo el permiso previo para celebrar contratos de fideicomiso sobre inmuebles.

2.4. DURACIÓN DEL FIDEICOMISO.

El término o duración del fideicomiso deberá ser suficiente para que se cumplan los fines para los que fue creado y estará vigente hasta que se presente alguna de las causas que lo extingan.

Lo anterior se desprende de la lectura del artículo 394 fracción III, de la Ley General de Títulos y Operaciones de Crédito, en la cual limita la duración de aquellos fideicomisos en los cuales se designa como beneficiario a una persona moral, que no sea de orden público o institución de beneficencia.

2.5. FIDEICOMISOS PROHIBIDOS.

- a) Fideicomisos secretos.
- b) Aquellos en los que el beneficiario del fideicomiso se conceda a personas que deban sustituirse por muerte de la anterior, salvo el caso de que la sustitución se realice a favor de personas que estén vivas o concebidas a la muerte del fideicomitente. Esta prohibición se debe a las llamadas "sustituciones fideicomisarias" las cuales han sido prohibidas a lo largo de la historia para evitar que se perpetúe la propiedad de un bien.
- c) Aquellos cuya duración sea mayor de treinta años, cuando el fideicomisario sea una persona moral, salvo que esta sea de orden público o institución de beneficencia o asistencia.
- d) Los que tengan por objeto el pago periódico de primas o cuotas destinadas a integrar el precio de compras para casas habitación.
- e) Aquellos en los que el fiduciario garantice rendimientos al fideicomisario.
- f) Aquellos en los que el fiduciario sea al mismo tiempo el fideicomisario.

TESIS CON
FALLA DE ORIGEN

2.6. EXTINCIÓN DEL FIDEICOMISO.

Como causas de extinción de un fideicomiso podemos señalar las siguientes:

- 1.- Por la realización del fin para el cual fue constituido; por razones obvias esta es la causa natural de extinción de un fideicomiso.
- 2.- Por hacerse imposible la realización de la condición suspensiva de la que dependen.
- 3.- Porque se amplíe la condición resolutoria a la que el fideicomiso haya quedado sujeto.
- 4.- Por convenio expreso entre el fideicomitente y fideicomisario.
- 5.- Por revocación del fideicomitente y el fideicomisario, cuando se reserven tal derecho.

TESIS CON
FALLA DE ORIGEN

**CAPITULO 3: Clasificación Y
Modalidades Del Fideicomiso**

TESIS CON
FALLA DE ORIGEN

CAPÍTULO 3. CLASIFICACIÓN Y MODALIDADES DEL FIDEICOMISO

3.1. TIPOS DE FIDEICOMISO

En un principio al fideicomiso mexicano solo se le conocía de manera general en una de sus aplicaciones mas usuales, el fideicomiso de inversión. En algunas instituciones existían pocos fideicomisos de administración y uno que otro de garantía. Este último al igual que los llamados traslativos de dominio con inmuebles, fueron muy utilizados.

No obstante la amplitud de aplicaciones que la figura del fideicomiso ha demostrado tener, se había limitado en virtud del desconocimiento tanto del público usuario, de los funcionarios y empleados de línea de las instituciones fiduciarias, como de las autoridades.

En la actualidad, el desarrollo del fideicomiso ha obtenido características propias de la versatilidad que le dan un aspecto muy amplio de aplicaciones para satisfacer la más variada gama de necesidades, puesto que en la practica se ha podido diversificar a partir de la clasificación inicial que desde hace muchos años estableció la Comisión Nacional Bancaria y de Valores, como fideicomisos de inversión, de administración y de garantía.

Ni la Ley General de Títulos y Operaciones de Crédito, ni la actual Ley de Instituciones de Crédito, ni sus similares anteriores, establecen o establecieron clasificación alguna para agrupar los servicios fiduciarios por tipos o alguna otra forma.

TESIS CON
FALLA DE ORIGEN

Son las instituciones fiduciarias las que, con base en su experiencia y el manejo de las diversas situaciones que les son planteadas por su clientela, de manera convencional y más que nada para obtener un adecuado enfoque de mercado, han realizado una clasificación por tipo de servicio o finalidad de cada fideicomiso, de acuerdo con las necesidades de los usuarios, logrando así una adecuada segmentación del mercado por sectores y personas físicas y morales. Por las características *sui generis* del fideicomiso, es posible la realización de diferentes clases de operaciones.

3.1.1. FIDEICOMISO DE ADMINISTRACIÓN

Por medio de ésta operación de fideicomiso se afectan y transmiten al fiduciario determinados bienes y derechos para que éste los conserve, custodie, guarde, administre y transmita a favor de un fideicomisario o del propio fideicomitente o de un tercero; en realidad, en todo tipo de fideicomiso, el fiduciario administra los bienes fideicomitados.

3.1.2. FIDEICOMISO DE INVERSIÓN

A este tipo de fideicomisos se les conoce mejor como fideicomisos de inversión simple o con finalidades múltiples. Así, el fideicomitente afecta recursos en dinero o valores para que el fiduciario los invierta y reinvierta en instrumentos, ya sea de renta fija o variable, según se le indique, al mejor rendimiento posible en beneficio del propio fideicomitente o de la persona que éste designe.

TESIS CON
FALLA DE ORIGEN

Por finalidades múltiples se considera cuando se crea este fideicomiso para aplicar recursos en numerario al sostenimiento de actividades educativas, culturales, deportivas de investigación científica, artículos, asistenciales, etcétera.

3.1.3. FIDEICOMISOS DE GARANTÍA

Según el artículo 395 de la Ley General de Títulos y Operaciones de Crédito: *"En virtud del fideicomiso de garantía, el fideicomitente transmite a la institución fiduciaria la propiedad de ciertos bienes, con el fin de garantizar al fideicomiso el cumplimiento de una obligación y de su preferencia en el pago"*. Se puede constituir mediante la afectación por parte del fideicomitente al fiduciario, de cualquier clase de bienes o derechos de su original propiedad o titularidad, respectivamente; el fiduciario, en caso de incumplimiento, realiza la venta o remate de los bienes y con su producto paga al acreedor; en caso de cumplimiento, se revierten los bienes al fideicomitente.

Al momento mismo de la constitución de éste fideicomiso, debe de señalarse la institución fiduciaria que fungirá con tal cargo, de conformidad con el segundo párrafo del artículo 395 de la ley en comento.

En este tipo de contrato puede realizarse en documento privado, salvo cuando sean inmuebles que requieren escritura pública.

Por lo general, el deudor conserva la posesión, el uso y hasta el disfrute de los bienes, sobre todo de los inmuebles, ***independientemente de que se transmita la titularidad de los derechos de propiedad al fiduciario***, para fines

TESIS CON
FALLA DE ORIGEN

de garantía; el uso de algunos bienes muebles, como acciones o valores, se entregarán al fiduciario.

Los conceptos de titularidad de la propiedad y transmisión del derecho de propiedad cobran sentido en el fideicomiso de garantía. El fiduciario recibe la titularidad del derecho de propiedad en el sentido jurídico, más no económico; no lo adquiere para él, tiene restringida esa titularidad a fin de garantizar, con el bien, al fideicomisario, el cumplimiento de una obligación que tiene frente al fideicomitente o por cuenta de quien hace la afectación.

El fideicomitente no conserva el dominio pero sí puede tener la posesión, puede ceder, arrendar y aun gravar el bien e inclusive, ampliar el gravamen. Y el fideicomisario también puede efectuar distintos actos jurídicos, como enajenar su derecho, o darlo a su vez como garantía por ejemplo (artículo 402 de la ley en comento).

Actualmente, este tipo de operación fiduciaria tiene mucha aceptación por la seguridad que proporciona al acreedor en la recuperación de créditos, ya que por virtud de la naturaleza jurídica del fideicomiso, los bienes afectos salen del patrimonio del fideicomitente y pasan en propiedad fiduciaria, creándose así un patrimonio autónomo, lo que facilita su ejecución en el caso de incumplimiento.

Debe de preverse una cláusula de reversión para el caso de cumplimiento por parte del fideicomitente o deudor.

Los usos que ha tenido son muy variados, se aplica para garantizar el cumplimiento de obligaciones, para la emisión de valores, como fuente de pago.

TESIS CON
FALLA DE ORIGEN

para desarrollos inmobiliarios, en el otorgamiento de financiamientos, reconocimientos de adeudo, adjudicaciones, cartera vencida, bursatilización de activos financieros y más.

Este fideicomiso representa ventajas ante otras figuras jurídicas de garantía, ya que permite establecer un procedimiento convencional, conforme al artículo 83 de la Ley de Instituciones de Crédito, lo que le permite ser una garantía más ágil y segura; los bienes del fideicomiso no pueden ser objeto de embargo o nulidad del contrato, salvo la excepción de que se hayan constituido en fraude de acreedores; para efectos fiscales no se configura la enajenación de acuerdo con lo establecido en el artículo 14 del código fiscal de la federación al momento de constituir el fideicomiso, sin embargo ésta se presenta cuando a falta de cumplimiento de la obligación, el fiduciario finca el remate o venta de los bienes a favor de persona distinta del fideicomitente.

El fideicomiso de garantía ha sido siempre objeto de polémica, puesto que desde la vigencia de la Ley General de Títulos y Operaciones de Crédito, que se publicó en el Diario Oficial de la Federación el 27 de Agosto de 1932, se podían constituir a favor de la propia institución, coincidiendo las calidades de fiduciaria y fideicomisaria.

Esta práctica generó conflicto de interés entre los bancos acreditantes, los deudores y fideicomitentes, la doctrina y los tribunales la criticaron de falta de imparcialidad, necesaria para actuar como buen padre de familia, así, la ejecución de éstos fideicomisos se tildó de inconstitucional. Ante tales inconvenientes, y pasado tan solo un año de promulgada la Ley comentada el legislador en agosto

TESIS CON
FALLA DE ORIGEN

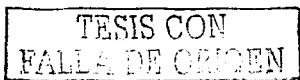
de 1933 adicionó el texto del artículo 348 de la Ley de Títulos y Operaciones de Crédito, hoy artículo 383 de la misma ley, con un cuarto párrafo que a la letra dice: *"es nulo el fideicomiso que se constituye a favor de fiduciario..."*.

La pretendida inconstitucionalidad carece de justificación hoy en día, puesto que el fiduciario y el fideicomisario son distintas persona.

A partir de esta reforma el fideicomiso de garantía se desarrolló tranquilamente, puesto que por sus características, particularmente en la parte de ejecución siempre ha sido atacado; no fue sino hasta el 24 de mayo de 1996, sesenta y tres años después, que se publicó un decreto en el Diario Oficial de la Federación por virtud del cual se reformó por segunda vez desde la vigencia de la Ley General de Títulos y Operaciones de Crédito, el artículo 348 hoy artículo 383, por medio de la modificación del párrafo IV, y adición de un párrafo V, redactamos ahora de la siguiente forma:

Artículo 383: Es nulo el fideicomiso que se constituye a favor del fiduciario, salvo lo dispuesto en el párrafo siguiente, y en las demás disposiciones legales aplicables...".

Los motivos que se presentaron en esta reforma, se dieron en el marco de una economía difícil, y cuando el alto costo del dinero habla provocado un elevado incremento en la cartera vencida, por lo que se buscó establecer un marco de mayor seguridad jurídica a usuarios de crédito, a las instituciones financieras se les facilitó que el uso de la figura del fideicomiso fuese respaldo de los distintos mecanismos de otorgamiento de crédito, persiguiendo contar con un procedimiento así como con reglas claras y sencillas para proteger tanto los



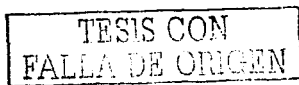
intereses de los usuarios de crédito como de las instituciones crediticias; asimismo, los fideicomisos podrían constituirse designando a una institución fiduciaria sustituta para evitar un conflicto de intereses entre las partes para el caso de ejecución de garantías.

Actualmente "la institución fiduciaria podrá ser fideicomisaria en los fideicomisos en que, al constituirse, se transmita la propiedad de los bienes fideicomitados y que tengan como fin servir como instrumento de pago de obligaciones incumplidas, en el caso de créditos incumplidos, en el caso de créditos otorgados por la propia institución para la realización de actividades empresariales"

El uso de ésta aplicación del fideicomiso de garantía es potestativo para las instituciones de crédito, se configura el concepto de transmisión de propiedad de los bienes, el cuál está legalmente legitimado para enajenar dichos bienes y con su producto cubrir a favor del fideicomisario las obligaciones incumplidas, tratándose de actividades empresariales. Por seguridad jurídica el uso de ésta aplicación debe reunir todos los elementos a que se refiere el artículo reformado.

Actualmente existe una sección segunda del capítulo V, referente al fideicomiso de garantía, en la citada Ley de Títulos y Operaciones de Crédito.

Se estipulan los supuestos para ser fideicomitente en este tipo de fideicomisos, según el artículo 396: *"podrán ser fideicomitentes y fideicomisarios, cualquier persona física o moral, con independencia de la actividad preponderante a la que se dedique. ...además deberán tener la capacidad necesaria para hacer la afectación de bienes y derechos que el fideicomiso implica"*



Respecto al fideicomisario, éste *"podrá ser designado por el fideicomitente en el acto constitutivo del fideicomiso o en un acto posterior, además el fideicomitente podrá designar a dos o más fideicomisarios"* (artículo 396 de la citada ley).

"Un fideicomiso de garantía podrá ser utilizado para garantizar simultánea y sucesivamente diferentes obligaciones que el fideicomitente contraiga con diferentes acreedores". Por ello consideramos, que éste tipo de fideicomisos que en su momento histórico fueron considerados como "sui-generis"; hoy, es traducido en una innumerable cantidad de opciones de garantía para el fideicomitente.

Según el artículo 399 de la Ley General de Títulos y Operaciones de crédito, podrán actuar como fiduciarias de los fideicomisos de garantía, las entidades siguientes:

1. Instituciones de crédito.
2. Instituciones de seguros.
3. Instituciones de fianzas.
4. Sociedades financieras de objeto limitado, y
5. Almacenes generales de depósito.

Las instituciones y sociedades mencionadas, podrán reunir la calidad de fiduciarias y fideicomisarias cuyo fin sea garantizar obligaciones a su favor.

El objeto de los fideicomisos de garantía, *"pueden ser toda clase de derechos y bienes muebles e inmuebles. Los bienes y derechos que se den en*

TESIS CON
FALLA DE ORIGEN

fideicomisos serán propiedad de la institución fiduciaria, se considerarán afectos al fin de garantizar obligaciones contraídas por el fideicomitente...".

Respecto a éste artículo, consideramos, que el legislador confunde el concepto de una propiedad "sui-generis" (que es el patrimonio fiduciario), con posesión. Inclusive éste aspecto es confirmado con el siguiente párrafo del mismo artículo 401 de la ley en comento: *"..se considerarán afectos al fin de garantizar obligaciones contraídas por el fideicomitente y, en consecuencia, solo podrán ejercitarse respecto a ellos , los derechos y las sanciones referidos al mencionado fin,... "*

Una innovación insertada en la reforma a ésta ley, es el artículo 413 que prevé lo siguiente: *"al que teniendo la posesión material de los bienes objeto de garantías otorgadas mediante fideicomiso de garantía,transmita en términos distintos a los previstos en la ley, grave o afecte la propiedad o posesión de los mismos, sustraiga sus componentes o los desgaste fuera de su uso normal o por alguna razón disminuya intencionalmente el valor de los mismos , se les sancionara con prisión hasta de un año y multa de cien veces el salario mínimo general diario vigente en el Distrito Federal..."*

El esquema por su novedad puede ser riesgoso y es recomendable no usarlo en forma indiscriminada ya que los deudores podrían intentar la nulidad de estos fideicomisos. Es conveniente el uso prudente del esquema, en forma selectiva y en casos de especial interés y a corto plazo.

TESIS CON
FALLA DE ORIGEN

3.1.4. FIDEICOMISO DE INFRAESTRUCTURA

Este tipo de fideicomiso se diseñó y puso en práctica ante la necesidad de apoyar el desarrollo de la infraestructura del país en diferentes aspectos y sectores de la economía, como el carretero, eléctrico, petrolero así como de abasto entre otros.

Así, las instituciones fiduciarias mas experimentadas generaron esquemas fiduciarios ingeniosos que aunados a los estudios financieros correspondientes, estuvieron en constante uso durante los pasados diez años, y su aplicación aún representa una excelente alternativa en el diseño de esquemas fiduciarios para éste tipo de proyectos.

Pueden ser adaptados por su diseño, a una gran diversidad de negocios, por lo general se les utiliza en proyectos denominados "llave en mano"; los servicios fiduciarios aplicados a impulsar la infraestructura de México, fueron fomentados de manera importante, logrando un gran desarrollo en este tipo de esquemas, en donde interviene la iniciativa privada financiando los programas gubernamentales.

El gobierno federal e inclusive algunos gobiernos estatales establecieron y fijaron las bases permitiendo la participación de empresas privadas para el diseño de proyectos encaminados a la creación, construcción, puesta en marcha, mantenimiento y operación de carreteras, plantas hidroeléctricas, termoeléctricas, gaseoductos, centrales de abasto, mercados, procesadoras de alimentos, particularmente marinos, y otras mas dentro del territorio nacional, conforme a

TESIS CON
FALLA DE ORIGEN

proyectos contusionados y por los plazos necesarios para recuperar la parte de inversión privada.

En los proyectos carreteros la concesión otorga el derecho al concesionario para operar la red carretera y cobrar las cuotas de peaje a los usuarios para que, con base en el aforo estimado y en los estudios de ingeniería financiera se obtenga la rentabilidad esperada.

En otros proyectos como los de generación de energía eléctrica o petroleros la planta "llave en mano", es rentada al operador gubernamental correspondiente, por los plazos requeridos para recuperar la inversión.

Los participantes en estos esquemas fiduciarios y de ingeniería financiera son:

- 1.- El gobierno federal, que otorga la concesión y aporta los bienes muebles e inmuebles requeridos;
- 2.- La iniciativa privada, por medio del inversionista que aporta recursos financieros y del que desarrolla el proyecto.
- 3.- La institución fiduciaria que diseña implanta y administra el esquema jurídico-fiduciario y los estudios de factibilidad e ingeniería que el proyecto requiere.

Las principales actividades de éstos fideicomisos son: en el aspecto jurídico legal, formalizar los contratos de obra y servicios profesionales necesarios para el cumplimiento de los fines, solicitar a los contratistas y supervisores las garantías de la ejecución de la obra; formalizar la recepción y finiquito de la obra; establecer formalmente el financiamiento con una institución de crédito; atender y dar

TESIS CON
FALLA DE ORIGEN

respuesta en tiempo y forma a las demandas recibidas; contratar al personal necesario para atender a los programas del fideicomiso y formalizar la escritura de emisión de papel, bursatilización (previa aprobación de la comisión nacional Bancaria y de Valores) con la participación del representante común y del aval solidario.

En cuanto a su administración, el fiduciario, entre otras actividades, invierte los fondos en los términos acordados por el comité técnico, paga las estimaciones de obra y a los tenedores de papel, vigila que el plazo de construcción sea acorde con el plazo del financiamiento, en su caso, solicita las prórrogas necesarias, efectúa los pagos en general que se requieran en cumplimiento de los fines y establece los sistemas necesarios, además, lleva la contabilidad particular del fideicomiso, abre en la contabilidad las sub-cuentas necesarias que permiten identificar los recursos procedentes por: emisión de papel, explotación de la carretera, recursos propios y aportaciones de los inversionistas.

En el ámbito fiscal da cumplimiento a las obligaciones que señale la ley sobre las actividades empresariales que se realicen a través de éste tipo de fideicomiso.

Por lo que atañe a los aspectos de construcción de la obra e ingeniería en coordinación con el supervisor, vigila el cumplimiento de los contratos de obra y supervisión, revisa previo a su pago las estimaciones de obra, lleva el control de sus estimaciones, justifica las prórrogas y vigila su calidad.

En este tipo de fideicomisos, por su complejidad, así como por la experiencia y especialización que se requiere para la ejecución y realización de los

TESIS CON
FALLA DE ORIGEN

finés, es conveniente que su administración, operación y control se realicen mediante el establecimiento de una estructura organizacional propia, contratando al personal requerido para que en forma directa y exclusiva se lleve a cabo estas tareas, actividades y funciones en los términos del artículo 82 de la Ley de Instituciones de Crédito.

Esta estructura será sometida a la aprobación del comité técnico y deberá contemplar entre otros aspectos, lo relativo a los niveles jerárquicos y tabuladores de sueldos de personal, así mismo el fiduciario es el responsable de ejecutar y llevar a buen término la encomienda fiduciaria.

La relación laboral de los empleados y trabajadores no es con la institución de crédito por su propio derecho, sino actuando en su carácter de fiduciario de estos fideicomisos, por lo que la fiduciaria no responderá en ningún caso con su patrimonio propio sino con el del fideicomiso, con cargo al cuál se deberán cubrir los sueldos y cualquiera otra prestación laboral que fuera exigible por los trabajadores.

La contratación del personal la realizará el director general del fideicomiso, con los poderes que para tal efecto y a solicitud del comité técnico le sean otorgados por el fiduciario.

El fiduciario se reserva el derecho de revisar en cualquier momento que lo juzgue pertinente, la actuación de esta "administración propia o delegada", informando de los resultados al comité técnico, para que éste en su caso, tome las medidas necesarias para el buen funcionamiento del mismo. Los gastos que pudieren derivarse de estas revisiones, serán con cargo al patrimonio del

TESIS CON
FALLA DE ORDEN

fideicomiso, los cuales se someterán previamente a la aprobación del Comité Técnico.

Estos fideicomisos, por su diseño, manejo y administración, significan una excelente herramienta que proporciona, para los sectores que intervienen, muchos beneficios tales como: manejo transparente de recursos, agilidad en el desarrollo del proyecto, seguridad en el cumplimiento de los fines y objetivos previstos al estar encomendados a una institución fiduciaria; generan fuentes de trabajo que brindan solución a problemas de carácter social y económico en el desarrollo de la infraestructura del país; asimismo, para los inversionistas, significa un negocio rentable por su explotación y comercialización durante la realización de las obras.

Los fideicomisos de infraestructura, por lo general pueden ser financiados por medio de la emisión de certificados de participación.

En un proyecto carretero por ejemplo, el Gobierno Federal, ante la necesidad de ampliar la red carretera del país, concursa y adjudica la concesión para la construcción, operación, explotación, y mantenimiento de la carretera; el inversionista constructor gana el concurso al presentar el estudio de factibilidad más viable. Por su parte, el fiduciario, con la intervención del gobierno federal y del concesionario, formaliza la constitución del fideicomiso, al cuál se afectan los derechos al cobro previstos en la concesión, derivados del aforo, que se convierten en ingresos netos después de deducir los gastos de operación de la carretera, cuyos recursos pecuniarios son básicamente el patrimonio del fideicomiso. Así se tramita el financiamiento, ya sea por conducto de la banca de desarrollo, de otras instituciones de crédito o mediante la emisión de instrumentos

TESIS CON
FALLA DE ORIGEN

de deuda. Obtenido el financiamiento y emitidos los certificados respectivos, se conceden las garantías a los tenedores a efecto de cubrir el riesgo del proyecto, su viabilidad y flujo financiero, ofreciendo una tasa atractiva.

Los bienes fideicomitidos conforman un fondo que sustenta la emisión de los certificados de participación, que se colocan entre inversionistas, tanto en el mercado nacional como extranjero.

Los certificados de participación que en estos casos se emiten, confieren a sus tenedores el derecho a una parte alícuota de los productos que genera el fondo común.

Los recursos que se obtienen en la colocación de los certificados se destinan a la satisfacción de las necesidades que el flujo financiero del proyecto haya planteado al fideicomitente.

De esta manera se muestra el propósito de la emisión; sin embargo, es conveniente destacar que las particularidades de la misma son variables en función de las características propias de cada proyecto; de esta suerte, el proyecto determina el grado de complejidad administrativa de la emisión, el acceso al mercado sea nacional o extranjero, los plazos de amortización y pagos de rendimientos, las características del proceso mercado lógico, las instancias promotoras, colocadoras y valuadoras que habrán de tener injerencia, el grado de riesgo que en su caso habrán de evaluar los tomadores de papel, las seguridades que en función de éste se habrán de ofrecer; en suma, las notas aplicables al caso de que se trate.

TESIS CON
FALLA DE ORIGEN

Como se aprecia, el manejo de una emisión de certificados para este tipo de proyectos genera una muy amplia gama de relaciones jurídicas y de procesos de índole administrativa, que tienen su origen en el fideicomiso.

En conclusión, estos esquemas fiduciarios de infraestructura han significado para las instituciones fiduciarias una oportunidad en la constante actividad de encontrar nuevas aplicaciones del fideicomiso en México y aportar así una nueva dimensión a los servicios que presta.

3.1.5. FIDEICOMISO TESTAMENTARIO

Conforme al Diccionario Jurídico Mexicano, el testamento es un acto jurídico unilateral, personalísimo, revocable, libre y formal, por medio del cuál una persona física capaz dispone de sus bienes y derechos, y declara o cumple deberes para después de su muerte.

Del latín *testamentum*, para algunos juristas como Justiniano y Alfonso X el Sabio, el vocablo procede de *testamento-mentis*, el testimonio de la mente; para otros se trata de un juego de palabras que deriva de *testibus-mentio*, la mención de testigos, por la necesidad de testar frente a testigos.

El testamento es el acto celebrado con las formalidades legales, en el cuál se expresa la última voluntad del testador, designando quien ha de ser su heredero directo.

Según éste mismo diccionario, Modestino lo define así: "*Testamentum est voluntatis nostrae justa sententia, de eo quod quis post mortem suam fieri vult*", es decir, justa manifestación de nuestra voluntad acerca de lo que uno quiere que se

haga después de su muerte. Es preciso hacer constar que en el derecho romano la palabra "*justom*"; "*justo*"; significa muchas veces "lo que es conforme con las prescripciones legales o se ajusta a las formalidades exigidas por la Ley".

Esta institución tan importante del derecho romano, para designar por un acto de última voluntad a quien habría de ser el heredero directo del testador, contenido esencial de todo testamento, contenía o podía contener, además la desheredación y la sustitución, pudiendo abrazar otros muchos aspectos, como legados, *fideicomisos*, nombramiento de tutor, etc. El contenido "última voluntad" no se refiere al momento de la muerte, sino mas bien al deseo último de su vida, manifestado mucho antes de producirse la muerte, de que sigue queriendo lo mismo que quería desde el instante en que lo manifestó formalmente.

En la ley de las doce tablas aparece consignada la facultad de testar, según consta en el siguiente texto: *Pater familias uti legassit super pecunia tutelave suar rei ita jus*; esto que significa: "*lo que el padre de familia dispusiere acerca de su herencia téngase por ley*". En este orden de ideas, concluimos que se reconoce la facultad para testar, pero no obstante se continuó haciendo el *testamentum per aes et libram*, modificado por la intervención del *familiae emptor* y la *mancipatio*, ó nombramiento y designación del heredero escrito en unas tablas.

Posteriormente, cambiaron las costumbres romanas, y con los pretores apareció el derecho honorario que superó el antiguo formulismo. En lo referente al testamento, desaparecen por completo el *emptor familiae* y el *emptor librepens*, elevando a siete el número de testigos, y dándole al acto un carácter unilateral, haciéndole perder la calidad de contrato que había tenido hasta entonces. Ante el

TESIS CON
FALLA DE ORIGEN

pretor se presentaba un testamento sin formulismo legal alguno, porque se había suprimido el rito de la emancipación, en el que constaba que el testador había manifestado su voluntad de designar heredero ante siete testigos, quienes en el testamento escrito habían de fijar sus sellos. Las constituciones de los emperadores añadieron el requisito de firma del testamento, y Justiniano, para evitar fraudes, exigió que el nombre del heredero fuera escrito de mano del testador o de uno de los testigos. La Novena.119, suprimió esta formalidad.

El Código Civil para el Distrito Federal en el artículo 1295 conceptúa al testamento como un acto personalísimo, revocable y libre, por el cuál una persona capaz dispone de sus bienes y derechos, y declara o cumple deberes para después de su muerte.

Además, conforme al artículo 1296, no pueden testar en el mismo acto dos o mas personas, ya en provecho recíproco, ya a favor de un tercero.

Como lo dispone el artículo 387 de la Ley General de Títulos y Operaciones de Crédito, el Fideicomiso puede ser constituido por acto entre vivos o por testamento.

En cualquier caso, si en un testamento se señalan bienes para que mediante un fideicomiso se destinen a un fin determinado, la realidad es que ésta disposición no determina la transmisión del derecho de propiedad de los bienes al fiduciario, pues éstos permanecen en el patrimonio del testador hasta su muerte. Se trata sólo de una disposición testamentaria que habrá de cumplir el albacea formalizando el contrato de fideicomiso conforme a los términos y condiciones que han quedado enunciados en el testamento.

TESIS CON
FALLA DE OMBEN

En la práctica, se califican como testamentarios aquellos fideicomisos cuya constitución, efectos y cumplimiento están condicionados al fallecimiento del fideicomitente o testador.

Así, la persona logra que a su fallecimiento los bienes de su propiedad sean conservados, administrados, distribuidos o entregados por una institución fiduciaria, en la forma, términos y condiciones establecidos por aquella, a favor de las personas físicas o morales que designó como beneficiarios (fideicomisarios).

Respecto a cómo constituir este tipo de fideicomisos, existen varias opiniones que parten de la confusión que aparentemente suscita la Ley General de Títulos y Operaciones de Crédito en su artículo 387, al referirse a que el fideicomiso puede ser constituido por acto entre vivos o por testamento, como se ha mencionado.

Posiblemente, la forma mas adecuada consiste en el fideicomiso constituido en ejecución de un testamento, ya que, en estricto sentido jurídico, el fideicomiso testamentario se constituye cuando el fallecido testador, el albacea de la sucesión en cumplimiento de la voluntad de aquél celebra el fideicomiso, transmitiendo al fiduciario los bienes de que se trate, quien los administrará y entregará a los beneficiarios de acuerdo a los fines contenidos en el clausulado "fiduciario" inserto en el propio testamento.

Estos fideicomisos testamentarios tienen gran semejanza con los de pólizas de seguro, ya que en ambos la finalidad principal va encaminada a lograr una profesional, adecuada y responsable administración de los bienes y recursos, en beneficio generalmente de la familia.

TESIS CON
FALLA DE ORIGEN

Surtirán los efectos en este tipo de fideicomisos cuando ocurra la muerte del fideicomitente. A partir de ese momento, la institución fiduciaria recibe la titularidad del derecho de propiedad sobre los bienes afectados para que, a través de la titularidad que tiene sobre los mismos, pueda realizar cumplir los fines señalados. El procedimiento de la aceptación del fiduciario, deberá darse dentro del juicio sucesorio que se siga.

Por su parte, Rodolfo Batiza, (citando a Lizardi Albarrán), afirma que "el fideicomiso constituido por testamento, si bien no tiene exactamente la configuración de un contrato, es indispensable una concurrencia de voluntades entre el testador y la institución fiduciaria pues de lo contrario no es posible su existencia".⁷³

Para facilitar el trámite de la sucesión, puede en la práctica designarse como albacea a la institución fiduciaria, desde el momento mismo de otorgar testamento.

3.2. MODALIDADES DEL FIDEICOMISO.

El fideicomiso es único, sin embargo, para efectos didácticos y prácticos se le ha clasificado siguiendo distintos criterios.

El fideicomiso mexicano puede revestir las siguientes modalidades que bien pueden tomarse como clasificación, a reserva de que veamos mas clasificaciones adelante.

⁷³ BATIZA Rodolfo, "El fideicomiso teoría y práctica" Editorial Porrúa, México, Página 210.

a) Así el fideicomiso puede ser con reserva o sin reserva:

Esto es, será con reserva aquel fideicomiso en el cual el fideicomitente se reserve algunos derechos como sería el uso de un inmueble el usufructo o se reserve la posesión del mismo; y sea sin reserva, cuando el fideicomitente no se reserve algún derecho, V. gs. Como sucede en los fideicomisos traslativos de dominio.

b) Otro criterio de distinción es el que los divide en revocables e irrevocables.

B1. FIDEICOMISOS REVOCABLES. Serán revocables aquellos en los que el fideicomitente se reserve tal derecho, y en cualquier momento podrá revocar el fideicomiso.

B2. FIDEICOMISOS IRREVOCABLES. Son aquellos en los cuales el fideicomitente no se reserve expresamente tal derecho. Por ejemplo el fideicomiso para fondo de pensiones o para la emisión de certificados de participación en los que la ley obliga que sean irrevocables.

c) Fideicomisos de vida y por testamento.

C1. EN VIDA. Son aquellos que se constituyen en vida del fideicomitente aunque se ejecutan a la muerte del mismo.

C2. POR TESTAMENTO. Son aquellos que se constituyen por el albacea, por instrucciones del fideicomitente plasmadas en un testamento. Y no como argumentan algunos autores, que se constituya el fideicomiso con el simple hecho de plasmarlo en un testamento.

TESIS CON
FALLA DE ORIGEN

d) Fideicomiso Individual y Colectivo.

D1. FIDEICOMISO INDIVIDUAL. Aquellos fideicomisos cuyo beneficiario es una sola persona encuadran en esta categoría.

D2. FIDEICOMISO COLECTIVO. Aquellos en los que se designan varios fideicomisarios.

e) Fideicomisos Gratuitos y Onerosos.

E1. FIDEICOMISOS GRATUITOS. Son aquellos fideicomisos en los que no contienen para el fideicomitente alguna contraprestación al momento de constituirse.

E2. FIDEICOMISOS ONEROSOS. Existen en estos fideicomisos una contraprestación a favor del fideicomitente.

f) Fideicomisos lucrativos y caritativos.

F1. FIDEICOMISOS LUCRATIVOS. Son aquellos que se constituyen con el objeto de obtener un beneficio económico; como por ejemplo tenemos los fideicomisos en que se emiten certificados de participación.

F2. FIDEICOMISOS CARITATIVOS. Son aquellos que se constituyen para fines altruistas.

3.3. OTRAS CLASIFICACIONES

1.-La Comisión Nacional Bancaria de México propone la siguiente clasificación:⁷⁴

- a) Fideicomisos de Garantía.
- b) Fideicomisos de Administración.
- c) Fideicomisos de Inversión.

Esta clasificación no tiene sino la función de orientar la actividad del organismo controlador de las instituciones fiduciarias, razón por la cual resulta insuficiente para cualquier otro propósito, reconociéndole que, al menos clasifica en tres grandes géneros las finalidades del fideicomiso.

2.- Por su parte el licenciado Jorge Antonio Zepeda nos señala que: "resulta extraordinariamente difícil hacer una clasificación de los fideicomisos, toda vez que, las mas de las veces, ninguna clase de fideicomiso es pura, antes viene conjugada con otra u otras, por lo que inclusive puede hablarse en ocasiones, de casos de frontera, respecto de los cuales la clasificación se torna imposible..."⁷⁵Y así propone la siguiente clasificación: fideicomisos traslativos de propiedad, fideicomisos de garantía, fideicomisos de administración, fideicomisos de inversión.⁷⁶

⁷⁴ Citado por PEÑA CASTRILLON, Gilberto; "Fiducia Mercantil"; Asociación Bancaria de Colombia, Bogotá Colombia, 1986 Página 24.

⁷⁵ ZEPEDA Jorge A.; "Perspectiva del fideicomiso", Biblioteca Felaban, Bogotá Colombia, 1981. Página 62.

⁷⁶ Loc. Cit.

TESIS CON
FALLA DE ORIGEN

3.- Mas que una clasificación la siguiente es una descripción de los fideicomisos que normalmente elaboran una institución fiduciaria:

- a) Fideicomisos de garantía sobre inmuebles, valores o derechos.
- b) Fideicomisos de administración de inmuebles.
- c) Fideicomisos para desarrollos turísticos e inmobiliarios.
- d) Fideicomisos de simple inversión.
- e) Fideicomisos con base en pólizas de seguros.
- f) Fideicomisos con base en reservas de primas de antigüedad y planes de pensiones.
- g) Fideicomisos con bases en planes de incentivos al personal de las empresas.
- h) Fideicomisos de inmigrantes rentistas.
- i) Fideicomisos testamentarios.
- j) Fideicomisos a favor de instituciones culturales, deportivas, sociales, artísticas.
- k) Fideicomisos abiertos.
- l) Fideicomisos de planeación patrimonial.

4.- Por su parte el Licenciado Juan Suayfeta nos clasifica el fideicomiso distinguiendo aquellos que sirven a la empresa y aquellos que sirven al individuo.⁷⁷

⁷⁷ SUAYFETA, Juan; "El fideicomiso al servicio del individuo y de la familia". Biblioteca Felaban, Bogotá, Colombia, 1981, página 62.

3.4. FIDEICOMISO PÚBLICO

En nuestro país el gobierno federal se ha valido también de la versatilidad que presenta el fideicomiso mexicano, integrándolo como instrumento para el apoyo y desarrollo de sus múltiples actividades. El derecho administrativo al adaptar a sus necesidades a esta figura la dotó de ciertas características especiales, que la enmarcan en una categoría aparte de los fideicomisos constituidos por los particulares.

En virtud de la amplitud de las finalidades que es posible alcanzar mediante el fideicomiso, el Gobierno Federal, a mediados de la década de los años cincuenta, lo empezó a utilizar como opción de administración para resolver problemas de la más diversa índole y como apoyo a las actividades económicas, de los sectores prioritarios del país.

Así pues, se fueron creando fondos para garantía, fomento y desarrollo de las diversas actividades económicas específicas en determinadas regiones y sectores de la población, como lo son la industria, la agricultura y el turismo, cuya finalidad primordial era la de facilitar con tasa de interés preferencial, asistencia técnica y garantías, el financiamiento a empresarios de baja capacidad económica, para su inversión en los sectores mencionados.

Los buenos resultados de estos fondos dieron la pauta para la constitución de otros fideicomisos públicos, creando un desmedido crecimiento a los mismos.

Dado el rango y el volumen de estas operaciones, poco a poco se fueron demandando formalidades especiales para su constitución, contratación y manejo,

TESIS CON
FALLA DE ORIGEN

las cuales lo distinguen del fideicomiso en general y son ahora normas especiales que regulan al fideicomiso publico como una especie del fideicomiso en general o fideicomiso privado, y lo ubican dentro de la administración pública paraestatal.

3.4.1. CONCEPTO DE FIDEICOMISO PÚBLICO.

Para Miguel Acosta Romero el fideicomiso público es un "contrato por medio del cual, el gobierno federal, a través de sus dependencias y en su carácter de fideicomitente transmite la titularidad de bienes del dominio público (previo decreto de desincorporación) o del dominio privado de la federación, o afecta fondos públicos en una institución de crédito (por lo general llamados bancos de desarrollo), para realizar un fin lícito de interés público. Aclarando que esta definición: *es aplicable a los fideicomisos públicos federales, por ello no excluye la existencia de fideicomisos públicos locales establecidos en las entidades federativas, o incluso contratos por municipios, ya que no habiendo prohibición para ello, creemos que el concepto es también aplicable a estos dos tipos de entidades que, de hecho, ya han celebrado este tipo de contratos, los cuales pueden clasificarse de fideicomisos públicos locales y municipales*".⁷⁸

Por su parte los coautores de la obra "Fideicomiso Público una alternativa de la administración" señalan con respecto a la definición de Acosta Romero que "es necesario precisar que al referimos al fideicomiso público nos concretamos al constituido por el fideicomitente único del Gobierno Federal y no a los constituidos

⁷⁸ ACOSTA ROMERO Miguel: "Teoría General del Derecho Administrativo", Editorial Porrúa, S.A. México, 1981, Página 256.



por el Departamento del Distrito Federal o los gobiernos de los estados de la República, aun cuando mucho de lo que se comenta es aplicable a estos".⁷⁹

Por otro lado Villagordoa Lozano nos comenta sobre la definición de Acosta Romero que: "con relación a la definición anterior, estimamos pertinente señalar que si bien es cierto que, desde el punto de vista formal, el fideicomiso es una operación de crédito que se plasma mediante contrato que celebran fideicomitente y fiduciario, en el caso del fideicomiso público la celebración del contrato es una fase dentro del proceso, toda vez que existe un procedimiento jurídico 'sui generis' que se inicia con el acto jurídico que da viabilidad al fideicomiso (ley decreto o acuerdo del Ejecutivo Federal), fija sus objetivos o características, determina las condiciones y términos a que se ejecutara la condición, incremento, modificación, organización funcionamiento y extinción de los fideicomisos del Gobierno Federal. La situación se explica porque a través del fideicomiso público no se integra una corporación con personalidad jurídica propia, sino una unidad económica reconocida por el derecho, operada a través de instituciones fiduciarias. Consecuentemente, el fideicomiso público no se agota en una forma contractual, pues la ley le confiere el carácter de entidad auxiliar del Ejecutivo de la Unión".⁸⁰

⁷⁹ LINCON BACA y Coautores "Fideicomiso Público una alternativa de la Administración", Servicios Técnicos de diseño e Impresión, S.A. México, 1982, Página 17.

⁸⁰ VILLAGORDOA LOZANO Op. cit. Página 189.

TESIS CON
FALLA DE ORIGEN

3.4.2. ELEMENTOS

3.4.2.1. FIDEICOMITENTE.

- A) El Gobierno Federal a través de la Secretaría de Programación y Presupuesto como fideicomitente único del Gobierno Federal.
- B) Los gobiernos de las entidades federativas.
- C) Los ayuntamientos de los municipios.

Otra variante de los fideicomisos públicos según los coautores de Lincon Baca la constituyen aquellos fideicomisos celebrados por "entidades del sector paraestatal que tienen personalidad jurídica propia", y como ejemplo citan a Petróleos Mexicanos, la Comisión Federal de Electricidad, el Seguro Social, etcétera, y en cuyo caso, el fideicomitente es el órgano público descentralizado y actúan por conducto de sus órganos de administración y representación, y por lo general, el director de estas instituciones es quien celebra el contrato con un banco y afecta bienes de la institución a un fin lícito".⁸¹

3.4.2.2. PATRIMONIO FIDUCIARIO.

La transmisión de la titularidad de los bienes de dominio público o del dominio privado de la federación o fondos públicos de acuerdo con la Ley de Instituciones de Crédito, deberá seguir la forma de transmisión que se requiere para cada tipo de bienes, pero si se trata de bienes del dominio público, se tendrá presente que éstos deberán desafectarse de dicho dominio, y pasar al dominio

⁸¹ LINCON BACA *Et al.* Op. cit. Página 18.



privado de la Federación, mediante el respectivo decreto de desincorporación dictado por el Ejecutivo.

Por el efecto del fideicomiso, los bienes se transfieren al fiduciario para que con ellos se realice el objeto y las finalidades que se pacten en el contrato respectivo.

3.4.2.3. FIDUCIARIO.

No existe imposibilidad legal para que cualquier institución financiera que tenga concesión o autorización para realizar operaciones fiduciarias, de acuerdo con la ley de Instituciones de Crédito, pero en la práctica y por razones obvias generalmente funge como fiduciaria para este tipo de fideicomisos el Banco de México ó Nafinsa.

3.4.3. FINES

El objeto de los fideicomisos públicos puede ser amplísimo, se utiliza para realizar la gama mas variada de actividades, que a manera de ejemplo señalaremos:

Aquellos constituidos para realizar planes de construcción de conjuntos habitacionales para personas de bajos ingresos, por citar algunos: Conjunto habitacional Tlaltelolco, Culhuacán, Unidad Habitacional Presidente Francisco I. Madero, Picos de Iztacalco, entre otros.

Los que operan eficientemente cierta clase de empresa sin tener personalidad jurídica propia, como ejemplo el Fondo de Cultura Económica.

TESIS CON
FALLA DE ORIGEN

Los desarrollos y parques industriales.

Los que actúan conjuntamente autoridades federales, locales y municipales.

Los que operan como fondos de descuento, utilizados por el gobierno federal con recursos presupuestarios o fiscales, tanto en el Banco de México, como en NAFINSA.

Los que se constituyen para desarrollo de cuestiones culturales, por ejemplo: FONDAN; para construcción de escuelas; para desarrollos portuarios; para realizar la remodelación urbana, solo por citar algunos.

3.4.4. DURACIÓN.

La duración de un fideicomiso como se vio con antelación, si se trata de persona jurídica es de 30 años, sin embargo la ley señala que **cuando sean instituciones de beneficencia o de orden público su duración puede ser indefinida.**

Asimismo la Ley de Instituciones de Crédito en su artículo 85 establece que "Cuando se trate de operaciones de fideicomiso que constituya el Gobierno Federal o que él mismo, para los efectos de este artículo declare de interés público, no será aplicable el plazo que establece la fracción III de artículo 394 de la Ley General de Títulos y Operaciones de Crédito".

TESIS CON
FALLA DE ORIGEN

3.4.5. CARACTERÍSTICAS QUE DISTINGUEN AL FIDEICOMISO PÚBLICO DEL PRIVADO.

Según los coautores de la obra ya citada son ocho las características propias del fideicomiso público, a saber:⁸²

ESPECIALIDAD: El fideicomiso permite reunir en un mecanismo relativamente mas simple que una Secretaría de Estado o empresa paraestatal a grupos de técnicos especializados, programas concretos, presupuestos con orientación específica y mayor control en la efectividad de los programas.

RANGO DE OPERACIONES: En algunos de los fideicomisos públicos se practican simultáneamente operaciones de la más diversa índole, como por ejemplo, operaciones de crédito, inversiones financieras, infraestructura, construcción, mantenimiento, investigaciones, etcétera.

RÉGIMEN ESPECIAL: Al fideicomiso público le son aplicables además de las reglas generales previstas en la Ley de Títulos y Operaciones de Crédito y en la Ley de Instituciones de Crédito un régimen especial constituido por diversos ordenamientos. Además el comité técnico cobra especial importancia en este tipo de fideicomiso ya que los mismos se rigen por su comité técnico y sus reglas de operación en su caso.

TEMPORALIDAD: Como se vio anteriormente estos fideicomisos no están sujetos a plazos.

⁸² *Ibid.*, Páginas 19 y 20.

RECEPTOR DE FONDOS ESPECÍFICOS: Por su naturaleza el fideicomiso permite recibir fondos en que el fideicomitente desea que se mantengan en cuentas específicas y separadas. Este es el caso de los fondos públicos que por su naturaleza deben ser transparentes en su manejo.

OPERACIONES BAJO REGIMENES PREFERENCIALES: Muchos de los fideicomisos constituidos por el Gobierno Federal tienen por finalidad otorgar créditos a tasas de interés mas bajas que las comerciales. En este sentido, el fideicomiso se convierte en un instrumento de política económica que contribuye a apoyar con mas claridad alguna actividad considerada como prioritaria.

FORMA DE CREACIÓN: Estos fideicomisos normalmente tienen como antecedente para su constitución una ley, un decreto, un acuerdo o alguna otra disposición administrativa del Ejecutivo Federal a través de sus dependencias, correspondiendo a la Secretaría de Hacienda y Crédito Público con el carácter de fideicomitente en los fideicomisos constituidos o que constituya el Gobierno Federal.

TESIS CON
FALLA DE ORIGEN

**CAPITULO 4: Naturaleza Juridica Del
Fideicomiso En Mexico**

TESIS CON
FALLA DE ORIGEN

CAPÍTULO 4. NATURALEZA JURÍDICA DEL FIDEICOMISO EN MÉXICO.

4.1. DIFERENCIAS CON OTRAS FIGURAS JURÍDICAS.

En éste apartado se tratará de señalar las principales diferencias entre la figura del fideicomiso y otras figuras jurídicas.

4.1.1. FIDEICOMISO Y ESTIPULACIÓN A FAVOR DE TERCEROS.

Mediante el contrato que contenga una estipulación a favor de terceros dará a éste, derecho a reclamar la estipulación. Este beneficiario tiene una posición similar a la del fideicomisario y ello nos conduce a comparar ambas instituciones.

Para el derecho positivo mexicano la regulación de la estipulación a favor de tercero es de la siguiente manera:

La estipulación hecha a favor de tercero hace adquirir a éste, salvo pacto escrito en contrario, el derecho a exigir del prominente la prestación a que se ha obligado, y a su vez confiere al estipulante, el derecho de exigir del prominente el cumplimiento de dicha obligación según lo establece el artículo 1869 del Código Civil.

Según lo contenido en el artículo 1870 del Código Civil, "El derecho de tercero nace en el momento de perfeccionarse el contrato, salvo la facultad de que los contratantes estipulante y promitente, conserven de imponer las modalidades que juzguen convenientes, siempre que éstas se consignen expresamente en el referido contrato". De éste principio se desprenden dos consecuencias:

TESIS CON
FALLA DE ORIGEN

No hay posibilidad de que la aceptación del tercero sea necesaria para el nacimiento de su derecho.

Según lo señala el artículo 1871, la estipulación puede ser revocada mientras que el tercero no haya manifestado su voluntad de querer aprovecharla. En tal caso, o cuando el tercero rehúse la prestación estipulada a su favor, el derecho se considera como no nacido.

Por último, el artículo 1872 nos señala que el promitente podrá, salvo pacto en contrario, oponer al tercero las excepciones del contrato.

Así creemos que las diferencias con el fideicomiso son las siguientes:

En el fideicomiso existe forzosamente una afectación de bienes o derechos a un fin determinado y en la estipulación a favor de terceros no existe tal afectación ya que la obligación del promitente es de carácter personal.

Dentro del fideicomiso el fiduciario tiene la obligación de ejecutar la voluntad del fideicomitente y en la estipulación a favor de terceros, el promitente no tiene la obligación de ejecutar o cumplir la voluntad del estipulante, pues cumple su propia voluntad.

4.1.2. EL FIDEICOMISO Y EL DEPÓSITO.

Mediante el contrato de depósito una persona llamada depositante se obliga hacia otra llamada depositaria a recibir una cosa, mueble o inmueble que aquél le confía y a guardarla para restituirla cuando la pida el depositante (artículo 2516 del Código Civil).

TESIS CON
FALLA DE ORIGEN

Existe al igual que en el fideicomiso un conjunto de bienes que son confiados a una persona para un fin lícito determinado.

Pero a nuestro particular modo de ver, existen las siguientes diferencias:

En el fideicomiso los fines del mismo, como se ha visto no tienen prácticamente limitantes por lo que hace de él la figura jurídica de mayor elasticidad en nuestro derecho. En cambio en el depósito solo existe la guarda de los bienes.

En el fideicomiso como se verá mas adelante existe una transmisión de propiedad o de titularidad de los bienes fideicomitados al fiduciario, mientras en el depósito regular el depositante nunca pierde la propiedad de los bienes, únicamente transmite al depositario la posesión de los mismos.

Aunque en el depósito irregular existe la transmisión de bienes de acuerdo con el artículo 268 de la Ley General de Títulos y Operaciones de Crédito; la obligación del banco depositario únicamente se restringe a la devolución del dinero a favor del depositario.

4.1.3. EL FIDEICOMISO Y LA SOCIEDAD.

Existe entre ambas figuras jurídicas un elemento común importante: la formación de un "patrimonio autónomo", que se destina en caso del contrato de sociedad al logro de los objetos sociales y en el fideicomiso a la realización del fin lícito y determinado señalado por el fideicomitente.

TESIS CON
FALLA DE ORIGEN

A nuestro particular modo de analizar, las diferencias que existen entre ambas figuras jurídicas son las siguientes:

Mientras que en la sociedad ésta adquiere personalidad jurídica en virtud de la ley; el fideicomiso carece de personalidad jurídica.

En el fideicomiso existe forzosamente una institución fiduciaria encargada de realizar el de aquél; en la sociedad existe una estructura para cumplir los fines de la sociedad.

4.1.4. EL FIDEICOMISO Y LOS CONTRATOS DE GARANTÍA.

En la práctica aquél fideicomiso cuya finalidad principal es la de garantizar una obligación principal, se le conoce como fideicomiso de garantía.

Ahora bien, nuestra legislación civil reconoce a los contratos de garantía como son la prenda e hipoteca cuya finalidad es precisamente garantizar una obligación principal.

Sin embargo existen dos diferencias esenciales entre éstos últimos y el fideicomiso, a saber:

El fideicomiso de garantía tiene una flexibilidad para su estructuración que no existe en los contratos de garantía.

Para la ejecución de un fideicomiso de garantía no es necesaria la intervención de un juez y en los contratos de garantía si.

4.1.5. EL FIDEICOMISO Y EL MANDATO.

Dejaremos para un análisis posterior las diferencias entre estas dos figuras jurídicas en virtud de que al analizar las diferentes teorías sobre la naturaleza jurídica del fideicomiso encontraremos quienes comparan estas figuras.

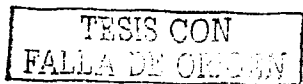
4.2. ALGUNAS TEORÍAS QUE EXPLICAN LA NATURALEZA JURÍDICA DEL FIDEICOMISO.

Como se ha analizado en capítulos anteriores, el fideicomiso mexicano, aunque inspirado en el *trust* y el *fideicomissum* romano, la práctica del mismo ha hecho que se configure propiamente una figura jurídica que dista de las anteriores; de ahí que sea pertinente el hablar de un fideicomiso mexicano.

Ahora bien, dentro de los grandes estudiosos del derecho mexicano, la figura jurídica de fideicomiso ha encontrado incluso oposición a su adopción y desarrollo.

Así desde sus inicios hubo titubeos para su adopción que empezaron, como ya se vio, en los albores de éste siglo, con la primera tentativa que fue el proyecto Limantour y sólo terminaron hasta 1932, veintisiete años después con su inclusión definitiva en la ley general de Títulos y Operaciones de Crédito, después de haber pasado por la entonces Ley de Bancos e Instituciones de Crédito y Establecimientos Bancarios de agosto del mismo año.

Por su parte el Licenciado Toribio Esquivel Obregón refiriéndose a la Ley General de Instituciones de Crédito y Establecimientos Bancarios de 1926 se preguntaba si podía haber "*trust*" entre nosotros y respondía con otra pregunta: la



de si puede haber y conviene que haya cortes de equidad. A ello contestaba en forma categórica, no vacilando en sostener que en el estado actual de la cultura en México, las cortes de equidad serían destructivas por la existencia de las mentalidades india, mestiza y europea contaminada, no adaptadas, sino en el exterior y aparente, a la cultura europea y quizá en el fondo atávico enemigas de ella. Por ello concluía que el *trust* anglosajón era imposible en nuestro país, que las cortes de equidad serían una amenaza y los bancos de fideicomiso una engaño y un disparate.⁸³

Se ha visto en la vida del fideicomiso en México que hasta la fecha no ha sido necesario crear un nuevo sistema de justicia y que su utilidad ha superado con creces las anteriores afirmaciones.

Así si el Licenciado Esquivel Obregón hubiera visto esa utilidad que ha tenido en México el fideicomiso y la profesionalidad con la que se ha manejado a ésta figura por parte de la banca mexicana, es posible que se hubiera retractado de lo anteriormente dicho.

Ahora bien, como se manifestó en capítulos anteriores a lo largo del nacimiento del fideicomiso mexicano en nuestra legislación los proyectos que sucedieron, en los que hay diferencias, aún en terminología utilizada, demuestran la incertidumbre que existía entre los promotores de éste, sobre la forma en que

⁸³ ESQUIVEL OBREGÓN, Toribio: "Carácter Legal de lo que la Ley Bancaria llama Fideicomiso", Revista de Derecho y Jurisprudencia, fideicomiso I, No. 4, México, 1930. Página 601.

debía quedar redactada la reglamentación de la que, para el México de aquella época, era una nueva institución jurídica.

Esa incertidumbre quedó de manifiesto en la propia exposición de motivos de la Ley de junio de 1926, en la que se trasluce la duda que el legislador tenía sobre la adecuada concepción de las normas reguladoras de la nueva figura y respecto al alcance, efectos y dificultades que las mismas tendrían al pretender aplicarlas a la realidad; y así reconocía que la ley constituía solamente un ensayo para aclimatar entre la sociedad mexicana una nueva institución, y que por lo tanto habría de transcurrir algún tiempo antes de que produjera sus plenos resultados, y asimismo preveía que había necesidad de que transcurriera algún tiempo antes de que produjera sus plenos resultados y asimismo preveía que había necesidad de introducir en ella las reformas que la práctica fuera aconsejado.

Así pues, desde un principio se previó que la práctica de la institución iría moldeando la figura concediéndole a aquella un aspecto importante para su desarrollo.

Cuando se fue desarrollando el fideicomiso fueron haciéndose ostensibles incongruencias, fallas de redacción y la presencia de normas de dudosa aplicabilidad o bien que conducen a confusión o dificultades en su interpretación a lo que hay que agregar que en la forma en que se ha ampliado el campo de aplicación del fideicomiso ha traído como consecuencia que muchas operaciones no encajen ya estrictamente en la letra de la ley, sino que de alguna manera rebasen el contenido de su texto.

TESIS CON
FALLA DE ORIGEN

Además creemos que éste fenómeno se explica porque al redactar el capítulo correspondiente contaba con alguna experiencia previa por el legislador.

En un principio, el legislador no se atrevió a dar una definición del fideicomiso, sino que se concreto a esbozar un concepto del mismo y dejó impreciso de algunos otros aspectos y han conducido a interpretaciones encontradas.

Asimismo aumenta la complicación el hecho de que las diversas disposiciones de nuestra legislación sustantiva sobre el fideicomiso fueron tomadas de fuentes distintas que partían de criterios antagónicos entre si respecto a la figura.

En el presente capítulo nos dedicaremos a exponer las diferentes teorías que han tratado de explicar la naturaleza jurídica del fideicomiso y las críticas de la mismas.

4.2.1. EL FIDEICOMISO COMO MANDATO IRREVOCABLE.

El mejor exponente de esta de esta teoría es el Dr. Ricardo J. Alfaro en su trayectoria distinguimos dos etapas de pensamiento:

En 1920 nos dice que el fideicomiso es un mandato irrevocable en virtud del cual se transmite al fiduciario, determinados bienes, para que se disponga de ellos

TESIS CON
FALLA DE ORIGEN

y de sus productos, según la voluntad del que los entrega, llamado fideicomitente, en beneficio de un tercero llamado fideicomisario.⁸⁴

Así Alfaro nos señala que han dado muchas definiciones tanto del fideicomiso romano como del *trust* inglés. Pero si se les compara cuidadosamente se echará de ver que todas coinciden en un elemento esencial: que tanto el fiduciario como el *trustee* inglés es siempre una persona que ejecuta siempre un encargo o comisión que le ha sido dado por otra persona para el beneficio de un tercero.⁸⁵

"En el antiguo fideicomiso se habilitaba al fiduciario para desempeñar su cargo instituyéndole heredero. En el *trust* angloamericano se habilitaba al *trustee* envistiéndolo con el 'título legal' sobre los bienes. De consiguiente, si tanto en el fideicomiso como en el *trust* lo que hacen el fiduciario y el *trustee* es ejecutar un encargo por cuenta del testador o constituyente, y si en el derecho civil el mandato es un contrato por medio del cual una persona encarga a otra la ejecución o dirección de determinado negocio, no hay duda que el mandato es la institución del derecho civil que tiene mas estrecha semejanza con el *trust*, puede ser y ha sido asimilado a un mandato en el que el fideicomitente es el mandante y el fiduciario el mandatario."⁸⁶

⁸⁴ ALFARO, Ricardo J.; "Adaptación del Trust del Derecho Anglosajón al Derecho Civil", Volumen II, Academia Interamericana de Derecho Comparado e Internacional, La Habana Cuba, 1948, pagina 41.

⁸⁵ *Ibid.*, Pagina 42

⁸⁶ *Loc. cit.*

"Pero ¿es el concepto de mandato suficiente por si solo para caracterizar el *trust*? Evidentemente que no, por que si así fuera, los fines del *trust* podrían cumplirse por medio del mandato y ello no es así. Las razones son obvias."

"El mandato se extingue por la muerte del mandante y puede ser revocada por el cualquier tiempo. Esto basta para evidenciar que el mandato ordinario de los códigos civiles seria del todo ineficaz para afrontar las situaciones que se arreglan por medio del *trust*. Es de la esencia del *trust* el ser irrevocable, como lo es de las donaciones intervivos. Ciertamente es que el derecho común reconoce la existencia de *trusts* revocables pero para la mentalidad estos casos no son sino la acepción que confirma la regla."⁸⁷

"Ahora bien, si por una parte se hallaba que el mandato era la institución mas análoga al *trust*, pero por la otra se observaba que el mandato resultaba ineficaz para los fines del *trust* por el hecho revocable. ¿Qué figura surgía ante la mente como la mas apropiada para presentar ante la mentalidad latina la institución extraña del *trust*? Pues la figura antitética y contradictoria de un mandato irrevocable de una comisión o encargo que el mandante no pudiera deshacer y mediante el cual se desprendiera efectivamente del dominio de las cosas objeto del encargo. Solo así se podría crear un patrimonio independiente cuyo dominio adquiriría el fiduciario en forma definitiva y no precaria y con la obligación de cumplir con las disposiciones del *trust*."⁸⁸

⁸⁷ Ibid. Página 43

⁸⁸ Ibid. Página 44.

Posteriormente y al criticar acerbamente y no sin razón su doctrina, Alfaro se vio precisado a contestar dichas críticas diciendo que "así pues al formular una definición para mi proyecto de 1920, afronta la necesidad de hacerlo mas inteligible que se pudiera, una ley que venia a introducir una institución exótica, innovadora y de concepción difícil para los no familiarizados con el derecho anglosajón; y me animaba el propósito de ofrecer su texto a la comprensión de los jueces, abogados y legados en la forma mas sencilla y con mayor claridad. Fueron estas razones prácticas las que me impulsaron a hacer uso del símil del mandato irrevocable, que han criticado algunos no sin razón, porque se han atenido al significado ordinario de esos dos términos.

Pero la crítica ha sido formulada sin conocer y por ende sin apreciar el criterio programático que determinó el empleo de aquel símil y dando una importancia exagerada a una terminología que no afecta en lo absoluto la esencia de la cuestión. Por otra parte los críticos han procedido como si la definición dijera: "El fideicomiso es un mandato irrevocable", y terminaría allí con un punto final. Se ha prescindido por completo de las que siguen, que son las que explican la esencia de la cosa definida: "en virtud del cual se transmiten criterios, bienes, etcétera..."⁸⁹

Después de que consta la crítica que la doctrina le hizo a su primer intento de definición del fideicomiso como mandato irrevocable, Alfaro desarrolla la segunda etapa de su pensamiento al sostener que "cualquiera entiende lo que es

⁸⁹ Loc. cit.

un *trust* o fideicomiso moderno si se le expone mas o menos en los términos, que en sustancia equivalen a los de la definición que formule para la ley panameña".⁹⁰

"El fideicomiso es un acto en virtud del cual se transmiten determinados bienes a una persona llamada fiduciario, para que disponga de ellos conforme lo ordena la persona que lo transmite, llamada fideicomitente, a beneficio de un tercero llamado fideicomisario. Quedan comprendidos en esta definición los tres elementos constitutivos del acto, a saber:

La transmisión del patrimonio.

La destinación que se da al patrimonio.

El encargo que se debe ejecutar.

Quedan asimismo expresadas la función y nomenclatura de cada una de las personas que intervienen en el acto jurídico a saber:

El que hace la transmisión del patrimonio.

El que recibe el encargo de dar cumplimiento a la destinación.

El que va a gozar de beneficio.

COMENTARIO:

No coincidimos en la primera etapa del pensamiento de Alfaro, ya que la naturaleza del fideicomiso mexicano no se puede explicar simplemente como un mandato irrevocable puesto que presenta diversas diferencias, como las apuntadas a continuación:

⁹⁰ *Loc. cit.*

El mandato se extingue con la muerte del mandante o del mandatario, y en el fideicomiso no existe un simil a ésta extinción.

El mandante nunca pierde la posibilidad de realizar por el mismo los actos encomendados al mandatario (a menos que sea mandato irrevocable), mientras que en el fideicomiso la fiduciaria a través de su delegado fiduciario, es la única persona que tiene potestad para realizar los actos del fideicomiso; y para que una tercera persona incluyendo al fideicomitente o al fideicomisario, puedan realizar cualquier acto requieren que la fiduciaria les otorgue poder.

Respecto a la segunda etapa del pensamiento de Alfaro, en cuanto a los elementos constitutivos del fideicomiso, falta inclusive el elemento contractual que en otro apartado se analizará y el elemento afectación patrimonial.

Ahora bien "el encargo" hecho a la fiduciaria por el fideicomisario comprende el ejercicio de todos los derechos y acciones necesarias para el cumplimiento de los fines del fideicomiso.

4.2.2. TEORÍA DEL PATRIMONIO DE AFECTACIÓN.

Primeramente en un aspecto general Francisco Ferrara nos expone la teoría de Brinz relativa al patrimonio de afectación. Este autor comienza por la división de los patrimonios en dos categorías:

Patrimonios de personas, estos son los que pertenecen a un sujeto.

Patrimonios impersonales, llamadas también patrimonios afectos a un fin o patrimonios de destino. Estos carecen de un dueño, pero se encuentran adscritos

al logro de una finalidad determinada y gozan de garantías jurídicas especiales... los derechos existen, pero no son de alguien, sino de algo, es decir, un patrimonio. La distinción que acabamos de esbozar explica claramente, según Brinz, la esencia de las personas colectivas.⁹¹

Por su parte el alemán Bekker acepta esta teoría, pero introduce los términos de patrimonio dependiente y patrimonio independiente. La primera denominación se refiere a los patrimonios destinados a un fin concreto, que pertenece a una persona y forman parte de su patrimonio general, sin perder su autonomía; responde a la segunda los patrimonios de destino, que carecen de sujeto.⁹²

Por otro lado Pierre Lepaulle explica la naturaleza jurídica del *trust*, partiendo del concepto de patrimonio de afectación.

Al buscar este autor la idea que en cada caso especial del *trust* fija y organiza los derechos y obligaciones de cada parte, inicia su estudio con la idea de la intención del creador del *trust*, el *settlor* que desecha de inmediato porque encuentra numerosos casos en los cuales no existe un *settlor*, sino que son impuestos los *trusts* por disposición expresa de la ley; como ocurre con numerosos *resultings*, *trust* y todos los *constructive trusts*. Continúa este autor su trayectoria recordando el primer término que para que exista un *trust* basta que haya bienes afectos al mismo y además una afectación prevista. El único ser

⁹¹ Citado por VILLAGORDOA *Op. Cit.* Página 100.

⁹² *Ibid.* Página 101.

esencial para el funcionamiento del *trust* es el *trustee* cuyos derechos y obligaciones varían en función de una sola cosa que es la fundamental y siempre idéntica: la función que debe realizar. "Ahora bien -agrega este autor- ¿de qué depende esta misión de la afectación prevista de los bienes?; esta afectación puede ser determinada por voluntad del *settlor*, por la ley o por la jurisprudencia, pero su fuente no es en realidad sino un elemento secundario. Para que haya *trust* se necesita una res, es decir, bienes y afectación provista para los mismos; nada mas es indispensable para la existencia jurídica de un *trust*; el *trustee* solamente es el medio de realizar prácticamente esa afectación".⁹³

Continúa Lepaulle que una afectación no se realiza por si sola: es necesario tener un medio práctico para llevarla a cabo. Este medio práctico es el *trustee*, único sujeto de derecho necesario pero suficiente para el funcionamiento del *trust*. Puede no haber un *settlor* ni *cestui que trust* que constituyen una persona física o moral, pero debe haber un *trustee*. La afectación debe realizarse por medio de un sujeto de derecho.⁹⁴ Así Lepaulle concluye proponiendo la siguiente definición de *trust*: "como una afectación de bienes garantizada por la intervención del creador del *trust*, el *settlor* que desecha de inmediato porque encuentra numerosos casos en los cuales no existe un *settlor*, sino que son impuestos los *trusts* por disposición expresa de la ley; como ocurre con numerosos *resultings*, *trusts* y todos los *constructive trusts*. Continúa este autor su trayectoria recordando en primer

⁹³ LEPAULLE *Op.cit.* Páginas 113 y 114.

⁹⁴ *Loc. Cit.*

término que para que exista un *trust* basta que haya bienes afectos al mismo y además una afectación prevista.

Por su parte, entre nosotros, Juan Landerreche Obregón, estudia la naturaleza jurídica del fideicomiso fundamentándola en la teoría del patrimonio de afectación.

"El fideicomiso es fundamentalmente un patrimonio que se afecta a un fin determinado. Para entender este concepto y su alcance es indispensable partir de la noción de propiedad considerada en su sentido mas amplio, como facultad exclusiva de usar y disponer de los bienes.

Partiendo de la idea de propiedad como medio de realizar el aprovechamiento de los bienes para fines humanos, resulta económica y jurídicamente fundada la formación de un patrimonio destinado a un fin lícito, sin que necesariamente tenga como requisito la existencia de un propietario determinado, sino como simple condición, la que de un órgano realice el fin que se persigue.

En este caso puede no existir propietario de los bienes afectados al fin perseguido, siendo bastante con que la afectación se organice de modo adecuado para que los bienes cumplan su función de medios de alcanzar los fines de que se trata".⁹⁵

⁹⁵ LANDERRECHE OBREGÓN, Juan: "Naturaleza del Fideicomiso en el Derecho Mexicano", Jus. Revista de Derecho y Ciencias Sociales Tomo IX, septiembre 1942, México, Página 197.

Así Landerreche Obregón, refiriéndose a los elementos del fideicomiso agrega que "los elementos esenciales del fideicomiso son pues, un fin lícito que alcanzar y la destinación de ciertos bienes a su realización, para lo cual se requiere como condición que una persona maneje el patrimonio así formado y disponga de él para dicho objeto, persona que, en nuestro derecho, debe ser una institución fiduciaria".⁹⁶ Por virtud de la afectación que se realiza en el fideicomiso, "el fideicomitente transfiere el dominio de las cosas o derechos que entrega".⁹⁷

"La autonomía del patrimonio del fideicomiso implica... que respecto a los bienes de éste, no pueden ejercitarse sino los derechos y acciones que a su fin se refieran".⁹⁸ Más adelante afirma "por razón igualmente de la autonomía del patrimonio del fideicomiso debe concluirse que las obligaciones contraídas por el fiduciario en el desempeño de su cargo sólo pueden hacerse efectivas en el patrimonio del fideicomiso, sin que por ellas sea responsable el propio fiduciario ni menos aún, ni el fideicomitente ni el fideicomisario".⁹⁹

"Una y muy importante consecuencia de la autonomía del patrimonio del fideicomiso, es que éste queda legalmente fuera de la quiebra del fideicomitente, del fiduciario y del fideicomisario, en tanto que el patrimonio del fideicomiso como

⁹⁶ *Loc. Cit.*

⁹⁷ *Loc. Cit.*

⁹⁸ *Ibid.* Página 198.

⁹⁹ *Loc. Cit.*

tal puede ser objeto de quiebra, salvo las responsabilidades en que pueda haber incurrido por negligencia o mala fe".¹⁰⁰

COMENTARIO:

Por lo que respecta al patrimonio fiduciario, éste efectivamente no forma parte de la fiduciaria, ni tampoco del patrimonio del fideicomitente, ya que el patrimonio de este último, únicamente, en la mayoría de los casos, ingresa una serie de derechos de crédito oponibles a la fiduciaria.

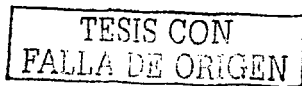
Asimismo, el patrimonio fideicomitado se encuentra destinado a los fines del fideicomiso, por lo que la fiduciaria únicamente podrá ejercitar los derechos y acciones necesarias para el cumplimiento de dichos fines y el fideicomitente no podrá disponer de ninguna forma de los mencionados bienes.

Por lo tanto consideramos, que los bienes fideicomitados constituyen un patrimonio separado de cualquier otro en virtud de que están afectados a un fin y en virtud de que la fiduciaria detenta sobre los mismos una propiedad o titularidad sui generis.

4.2.3. TEORÍA DE MANUEL LIZARDI ALBARRAN.

Este autor en su tesis "Ensayo sobre la naturaleza jurídica del fideicomiso", sostiene la teoría del desdoblamiento de la propiedad en nuestro fideicomiso.

¹⁰⁰ Ibid. Página 200.



"Estudiando de cerca el proceso de la construcción (del fideicomiso), encontramos que opera sobre el derecho de propiedad -en ocasiones habría de decir la titularidad para evitar confusiones-regulado por nuestro derecho y lo descompone en dos derechos, cuya existencia es formalmente posible por el contenido de las normas que rigen la nueva institución".¹⁰¹

"Uno de estos derechos, el del fiduciario, se caracteriza, si no de manera absoluta, cuando menos en su tendencia general, por la facultad de disposición, y es por esto que el mismo fiduciario queda frente a terceros ostentándose como propietario; ya que dicha facultad es atributo esencial del derecho de propiedad. Así se observa contemplando la situación en su aspecto muy general, pero entrando a estudiar los detalles, se encuentran tales características que permiten configurar el derecho del fiduciario como un nuevo derecho, distinto del de propiedad".¹⁰²

"En primer lugar es temporal, y su duración no puede, por regla general exceder de treinta años; en segundo lugar, existe la función de un fin por realizar y, finalmente, no representa para su titular -el fiduciario- ningún valor económico".¹⁰³

"El segundo derecho es el del fideicomisario que, a diferencia del fiduciario, se caracteriza por tener fundamentalmente un contenido económico, válido *erga omnes*. Este derecho está intrínsecamente ligado al fin de la operación y tiende a

¹⁰¹ LIZARDI ALBARRAN Op. Cit. Página 199.

¹⁰² Loc. Cit.

confundirse con él, por representar dicho fin, en una forma o en otra, un beneficio económico para el fideicomisario".¹⁰⁴

"La existencia del derecho del fideicomisario depende de la del fiduciario y es, por consiguiente, como este último también temporal".¹⁰⁵

"La última característica distintiva del derecho del fideicomisario está en los efectos reales a que da lugar. Normalmente el fiduciario es el que ejerce el dominio directamente sobre los bienes objeto de la relación y sin embargo puede el fideicomisario, en los casos señalados por la ley, perseguirlos y aún reivindicarlos dentro de los límites de un régimen especial según sean inmuebles o títulos valores para restituirlos al fondo del fideicomiso".¹⁰⁶

"Es por esto que el derecho del fideicomisario adquiere la configuración de un auténtico derecho real, aunque de tipo especial, diferente de los demás que conoce nuestro ordenamiento positivo".¹⁰⁷

"En resumen, concurren sobre una misma cosa dos derechos con efectos reales: el del fiduciario sin contenido económico y con todos sus efectos normales que le permiten reivindicar de un tercero que detente o posea sin justo título; el del fideicomisario, por el contrario, con valor económico, pero con efectos excepcionales que mas bien tienden hacia la protección del fideicomisario contra

¹⁰³ *Loc. Cit.*

¹⁰⁴ *Loc. Cit.*

¹⁰⁵ *Ibid.* Página 200.

¹⁰⁶ *Loc. Cit.*

¹⁰⁷ *Loc. Cit.*

actos indebidos del fiduciario, aunque encuentre las limitaciones que impone la naturaleza de los bienes objeto de la operación".¹⁰⁸

"Los dos derechos a que nos hemos venido refiriendo tienen por su relación entre sí y su temporalidad la tendencia a confundirse y revertir en el derecho de propiedad originario; reversión que depende del transcurso del tiempo o de la realización de una condición".¹⁰⁹

COMENTARIO:

Por un lado, existe en virtud de la afectación de los bienes en el fideicomiso, más que un desdoblamiento, la creación de un nuevo derecho real o una nueva titularidad a favor de la fiduciaria cuyas características propias analizaremos más adelante.

Sin embargo, todos los derechos que pudieran pertenecer al fideicomitente, son de carácter personal en contra de la fiduciaria; ya que la supuesta reivindicación de los bienes que dejaron de integrar el patrimonio fiduciario por culpa de la institución fiduciaria, se ejerce a través de una acción pauliana más que una acción reivindicatoria.

TEORÍAS DE LA TITULARIDAD DE FIDUCIARIO.

Dentro de las diversas teorías que explican la naturaleza jurídica del fideicomiso como una transmisión de derechos al fiduciario, encontramos las de

¹⁰⁸ *Ibid.* Página 202.

¹⁰⁹ *Loc. Cit.*

Mariano Navarro Martonell, Joaquín Rodríguez y Rodríguez, Carlos Yaza Ochoa y Jorge Serrano Trasviña.

4.2.4. TEORÍA DE MARIANO NAVARRO MARTONELL.

Nos señala este autor, cuando critica a Cariota Ferrara, quien niega la existencia de un concepto de propiedad fiduciaria, que "por lo demás, el que la propiedad transmitida al fiduciario sea una verdadera y plena propiedad no es razón para afirmar, como lo hace Cariota Ferrara, que no pudiéndose distinguir del similar derecho de otro titulares inexacto hablar de una propiedad fiduciaria. Es bien claro que no es precisa una diferencia en la esencia de una institución jurídica para justificar un calificativo meramente determinativo. La propiedad transmitida fiduciariamente posee las suficientes particularidades para justificarlo, y por otra parte, la razón aducida por dicho autor serviría, al pie de la letra, para anular toda denominación no especificativa. Convenimos en que es cierto que no se trata de una propiedad "especial" pero sí creemos que sus circunstancias la caracterizan lo suficiente para merecer una denominación peculiar".¹¹⁰

Más adelante agrega que "sin admitir tampoco una separación tajante más aceptable creemos una también teórica división entre los efectos externos y los internos de la propiedad transmitida al fiduciario, siendo claro que aquellos deben ser indudablemente reconocidos en toda su plenitud; o sea que habiéndose transmitido verdadera y plena propiedad, el objeto para el que ha sido hecha la

¹¹⁰ NAVARRO MARTORELL, Mariano: "La Propiedad Fiduciaria". Bosch. Casa Editorial, Barcelona, 1950, páginas 178 y 179.

transmisión implica un especial predominio de su efectividad exterior, mientras que el vínculo obligatorio establecido modifica, desde luego no realmente, la relación de propiedad interpartes. De estas consideraciones no importa deducir que en la titularidad del fiduciario hay que destacar su valor hacia el exterior, porque en el terreno subjetivo es donde precisamente el fiduciario se sabe limitado en su titularidad y habida cuenta de que lo concluido por los dos autores últimamente citados se completa por el propio Castan diciendo que "la palabra dominio tiene un sentido predominantemente subjetivo, la palabra (propiedad) lo tiene predominantemente objetivo, acentuando la relación de pertenencia, nos parece que de todo ellos se puede extraer una razón sino muy poderosa, si lo suficientemente para afirmarnos en la denominación de "propiedad fiduciaria", dando los sutiles varios y endebles criterios que la doctrina ha debido intentar, en vista de un uso indiferente de ambos términos por nuestra legislación".¹¹¹

Luego agrega que "la propiedad fiduciaria no es una propiedad limitada ni dividida.

El fiduciario, como se ha dicho antes de llegar a este apartado, adquiere sobre el objeto la plena e irrevocable propiedad, no solo frente a terceros, sino frente al fiduciante. Es decir, que la propiedad recibida por el fiduciario puede ser calificada —como la temperancia con que este carácter debe ser aplicado a todo derecho de propiedad— de absoluta".¹¹²

¹¹¹ *Ibid.* Páginas 181 y 182.

¹¹² *Loc. Cit.*

"En resumen, debe concluirse afirmando la integridad del derecho de propiedad desde el punto de vista real. Mediante el negocio fiduciario se transmite una titularidad plena y, como tal, tanto las limitaciones relativas a su extensión, es decir, a las normales facultades de su titular, como las relativas a su duración, no recaen sobre el derecho real en sí, sino más bien sobre su sujeto; son obligaciones personales en cuyo nombre, efectivamente, podrá el fiduciante, en caso de incumplimiento del fiduciario, exigir un resarcimiento de daños, más no una renovación de lo dispuesto por este último, ni menos la reivindicación de la cosa".¹¹³

"Puede, por lo tanto, definirse la propiedad fiduciaria como una propiedad peculiar, caracterizada por una limitación obligatoria que afecta personalmente a su titular sobre el uso de sus facultades y generalmente sobre el tiempo de duración de su titularidad".¹¹⁴

"Es algo así como una verdadera propiedad detenida legalmente por un no verdadero propietario; exagerada expresión e inexacta, pero que puede mejor que cualquiera otra dar una idea gráfica de lo que representa la vinculación personal del sujeto titular en contraste con la integridad real del derecho".¹¹⁵

"Ahora bien, de acuerdo con la armonía que debe presidir la completa visión del negocio complejo fiduciario, es evidente que, al añadirse al contrato real transmisivo la convención obligatoria, el resultado de ambos se interpretará

¹¹³ *Ibid.* Página 197.

¹¹⁴ *Ibid.* Página 198.

correctamente concluyendo que el fiduciario no debe enajenar si en el pacto obligatorio se comprometió a no hacerlo. Pero esto es muy diferente si se puede realmente llevar a cabo con eficacia la enajenación; y el tercero adquiriente recibirá válidamente la cosa en propiedad".¹¹⁶

COMENTARIO:

En términos generales, coincidimos con la doctrina de Mariano Navarro Martorell respecto a la situación de los bienes fideicomitidos, sin embargo nosotros creemos que sí existe una propiedad lo suficientemente distinguible como para constituir una propiedad especial.

4.2.5. TEORÍA DE JOAQUÍN RODRÍGUEZ Y RODRÍGUEZ.

Rodríguez y Rodríguez analiza el fideicomiso desde un triple punto de vista: "El que se refiere a su configuración como negocio jurídico, el que atañe a su estructura como modalidad del derecho de propiedad y el que concierne a su calificación como operación bancaria".¹¹⁷

En primer término Rodríguez y Rodríguez afirma que "el fideicomiso debe considerarse como una variedad de los negocios fiduciarios. Estos se caracterizan por la discrepancia entre el fin perseguido y el medio elegido para realizarlo".¹¹⁸

¹¹⁶ *Loc. Cit.*

¹¹⁷ *Loc. Cit.*

¹¹⁸ *Op. Cit.* Página 531.

¹¹⁹ *Ibid.* Página 532.

"...se admite que en los negocios fiduciarios existe un aspecto real, traslativo de dominio, que opera frente a terceros, y un aspecto interno de naturaleza obligatoria, que restringe los alcances de la transmisión interior, pero solo con efectos inter-partes".¹¹⁹

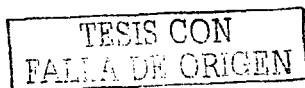
"Por eso es evidente que el fideicomiso debe considerarse como un negocio fiduciario en cuanto se trata de un negocio jurídico en virtud del cual se atribuye al fiduciario la titularidad sobre ciertos bienes con la limitación, de carácter obligatorio, de realizar sólo aquellos actos exigidos por el cumplimiento del fin para la realización del cual se destinan".¹²⁰

"El dueño fiduciario tiene un dominio limitado, que no por eso deja de ser dominio, es decir, el dueño del patrimonio, pero dueño fiduciario lo que quiere decir que es dueño en función del fin que debe cumplir y que es dueño normalmente temporal...en resumen, puede decirse, que el fiduciario es dueño jurídico, pero no económico de los bienes que recibió en fideicomiso. Dicho de otro modo, el fiduciario es quien ejerce las facultades dominicales, pero en provecho ajeno".¹²¹

Por lo que se refiere al fideicomiso como un régimen de propiedad, Rodríguez y Rodríguez agrega: "La ley señala... que el fideicomiso implica una transmisión de propiedad a favor del fiduciario y que debe reunir los requisitos publicitarios correspondientes (inscribirlo en el Registro Público de la Propiedad y

¹¹⁹ *Loc. Cit.*

¹²⁰ *Ibid.* Página 531.



el Comercio cuando se trata de bienes inmuebles, o notificación endoso, tradición, etcétera, cuando se trata de bienes muebles). Esta traslación de dominio produce efecto contra terceros, lo que quiere decir que el fiduciario aparece como dueño".¹²²

El dominio del fiduciario, según este autor, tiene las siguientes limitaciones:

"Todas ellas se ejercen en función del fin a realizar y no en interés del fiduciario.

El beneficio económico del fideicomiso recae sobre el fideicomisario.

El fideicomisario puede impugnar los actos del fiduciario que salgan de los límites funcionales del establecimiento.

Los bienes deben volver al fideicomitente o a sus herederos (artículo 393 de la Ley General de Títulos y Operaciones de Crédito).

Quiere decir que todo esto que los bienes dados en fideicomiso constituyen un patrimonio separado, un patrimonio fin o de afectación. Bien entendido que un patrimonio separado a un patrimonio fin o de afectación no son patrimonio sin titular".¹²³

En cuanto a que el fideicomiso sea una operación financiera, este autor se funda, para llegar a tal información, en la Ley General de Títulos y Operaciones de

¹²¹ Loc. Cit.

¹²² Loc. Cit.

¹²³ Loc. Cit.

Crédito. Por esta misma virtud el fideicomiso es un acto de comercio, y por estar considerado como una operación de crédito.¹²⁴

COMENTARIO:

En general, estamos de acuerdo con la doctrina de Rodríguez y Rodríguez, únicamente haremos la siguiente observación:

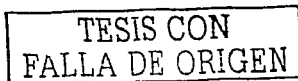
Al referirse este autor a las limitaciones del dominio del fiduciario, sostiene que los bienes deberán volver al fideicomitente, una vez que se haya extinguido el fideicomiso.

Discrepamos con la anterior interposición que hace dicho autor del artículo 393 de la Ley General de Títulos y Operaciones de Crédito, ya que consideramos que este artículo es supletorio de la voluntad de las partes contratantes del fideicomiso, pues debemos estar a lo que haya dispuesto en el acto constitutivo o sus reformas, toda vez que hay casos que es imposible la retransmisión de los bienes fideicomitados al fideicomitente o a sus herederos.

4.2.6. TEORÍA DE CARLOS YAZA OCHOA.

Este autor en su obra "El derecho de propiedad en el fideicomiso" expone su posición acerca del régimen de propiedad en el fideicomiso, cuando se afecta este derecho real para la realización de los fines de esta operación.

¹²⁴ Ibid Página 535.



"... en términos generales nos adherimos a esta... corriente de opiniones que consideran que el fiduciario puede ser titular del derecho de propiedad sobre los bienes fideicomitidos, en el fideicomiso mexicano. Creemos encontrar la fundamentación de nuestra opinión en los antecedentes históricos y doctrinales de nuestro fideicomiso, en el concepto de derecho de propiedad de nuestro ordenamiento jurídico, y en la tendencia general contenida en las leyes sobre títulos y Operaciones de Crédito y sobre instituciones de crédito y organizaciones auxiliares".¹²⁵

Analiza en primer término, este autor, el fideicomiso angloamericano, el derecho de propiedad de nuestro régimen jurídico, las modalidades de este derecho y el derecho de propiedad en el fideicomiso. A través del desarrollo de su trabajo desecha las teorías que niegan al fiduciario el carácter de propietario de los bienes fideicomitidos cuando éstos son objeto de un derecho de propiedad; declara erróneo pretender que en el fideicomiso exista un derecho de propiedad sin titular, porque el fideicomiso sea un patrimonio de afectación sin titular o un patrimonio autónomo; insiste en que el fideicomiso no hace desaparecer el derecho de propiedad, ni su esencia consiste en la creación de un nuevo derecho real.¹²⁶

"El derecho de propiedad en nuestro ordenamiento jurídico positivo, concede al titular el máximo señorío posible sobre una cosa, por lo que el

¹²⁵ YARZA OCHOA, Carlos: "El Derecho de Propiedad en el Fideicomiso", Tesis, U.N.A.M. México, 1949, Página 120.

¹²⁶ Loc. Cit.

TESIS CON
FALLA DE ORIGEN

propietario puede imponer su derecho a las restricciones, límites y modalidades que considere necesario, inclusive adquirirlo o transmitirlo 'ad tempus' por lo que es posible que pueda faltar al contenido del derecho de propiedad, una o mas facultades sin que se deje de ser dueño, puesto que dicho contenido es esencialmente elástico... El fiduciario, una institución de crédito, puede algunas veces adquirir un derecho de propiedad, puede hacer de su derecho lo que considere adecuado para el mejor cumplimiento de los fines, y no importan las limitaciones inherentes al fideicomiso, ya sean impuestas por la ley o por la voluntad de las partes, para considerarlo como un verdadero propietario, pues la falta de libre disposición... o el de no aprovechar para si de los productos de la cosa no desnaturalizan su derecho de propiedad. Cuando se destina un derecho a un fin y por el beneficio social que involucra, o por el rendimiento económico que puede obtenerse en un país determinado, recibe de su legislador una figura legal, y al mismo tiempo la protecciones y privilegios necesarios para que el fin pueda realizarse, no hay razón para que cambie la naturaleza jurídica de ese derecho y para que deje de tener un titular".¹²⁷ Mas adelante este mismo autor agrega: "El artículo 351, (hoy artículo 386) de la Ley General de Títulos y Operaciones de Crédito dice que pueden ser objeto de fideicomiso toda clase de bienes y derechos, salvo los que sean estrictamente personales de su titular ; y como el derecho de propiedad, la mayoría de las veces es transmisible y no estrictamente personal, tendremos que aceptar que se puede constituir un fideicomiso que tenga por objeto un derecho de propiedad; la solución la

¹²⁷ Ibid. Página 121.

TESIS CON
FALLA DE ORIGEN

obtenemos del artículo 352 (hoy artículo 386) del mismo cuerpo legal, al establecer que la constitución del fideicomiso deberá ajustarse a los términos de la legislación común sobre la transmisión de los derechos o la transmisión de la propiedad de las cosas que se den el fideicomiso, a favor del fiduciario, y del artículo 356 (hoy artículo 391) del citado ordenamiento que dice que la institución fiduciaria tendrá todos los derechos que se requieran para el cumplimiento del fideicomiso, y a mayor abundamiento, como se trata de un derecho de propiedad, concluiremos que: cuando se constituye un fideicomiso que tenga por objeto un derecho de propiedad, el único dueño es la institución fiduciaria, en el fideicomiso actual del derecho Mexicano...¹²⁸

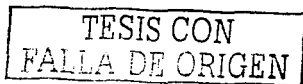
COMENTARIO.

Yaza Ochoa se concreta a estudiar el problema de la situación de los bienes fideicomitidos cuando son formados por el derecho de propiedad, creemos, por nuestra parte, que en lo que es compatible, se puede hacer extensivo cuando se afectan derechos de crédito en un fideicomiso. Por lo que coincidimos en términos generales con esta postura.

4.2.7. TEORÍA DE JORGE SERRANO TRASVIÑA.

En su tesis titulada "Aportación al fideicomiso" este autor analiza la naturaleza jurídica de la institución partiendo de conceptos tan generales como el

¹²⁸ Ibid. Página 122.



de "fiducidad" y tipicidad, para concluir con los conceptos sobre la titularidad del patrimonio del fideicomiso.

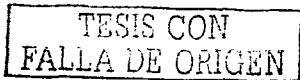
"En el negocio fiduciario se encuentra el elemento fiducidad (sic) contrario al de tipicidad como hace notar el Licenciado Cervantes Ahumada. El segundo elemento mencionado es característico del fideicomiso, elaborado por la Ley General de Títulos y Operaciones de Crédito. Esta delineación hace innecesaria la confianza, porque establece medios jurídicos que garantizan a los beneficiarios protección efectiva de sus derechos. El fideicomiso es, por consiguiente, —según asegura el maestro mencionado— negocio fiduciario por excelencia: procura acabar con la práctica de los negocios fiduciarios y no descansa en la fe que entre sí guardan las partes que lo integran sino en la medida que existe generalmente en toda relación interhumana y, mas aún, jurídica".¹²⁹

Respecto al patrimonio de afectación, éste autor considera: "... la regla general establecida en el artículo 386 de la LGTOC, que los bienes que se den en fideicomiso se consideran afectos al fin que se destinan... rige indefectiblemente en el fideicomiso. Los derechos fideicomitidos sólo pueden emplearse con la finalidad prevista por el fundador".

De acuerdo con lo dicho y basándose en los diversos artículos transcritos sobre el particular cabe afirmar que el fideicomiso supone un patrimonio de afectación con destino cierto y determinado.¹³⁰

¹²⁹ SERRANO TRASVIÑA, *Op. Cit.* Página 326.

¹³⁰ *Ibid.* Página 331.



Más adelante agrega: "hay que hacer constar, sin embargo, que el patrimonio no carece de titular."¹³¹

"El patrimonio mencionado (del fideicomiso) tiene un destino concreto que determina los derechos y acciones imputados a un titular, que razonablemente debe de ser la fiduciaria encargada de sustanciar el negocio y llevar a cabo la consecución del mismo. Dicha consecución supone una actividad —según el objeto perseguido y la naturaleza de los derechos fideicomitados— cuya realización requiere a su vez, la correspondiente autorización normativa: el 'facultamenti' (sic) otorgado por el orden jurídico. Ahora bien, los derechos subjetivos necesarios al cumplimiento del fideicomiso se otorgan a la institución fiduciaria, según disposición expresa del artículo 391 de la LGTOC: "La institución fiduciaria tendrá todos los derechos y acciones que se requieran para el cumplimiento del fideicomiso, salvo las normas o limitaciones que se establezcan al efecto, al constituirse el mismo... "

"Puede oponerse a lo dicho la afirmación de que el fideicomiso está facultado a vender únicamente si fuere necesario a la consecución del negocio. Ciertamente; pero eso no niega al fiduciario su carácter de titular de los derechos fideicomitados. Los únicos derechos y acciones sobre el patrimonio del negocio son los tendientes a la finalidad del mismo; y solo estos precisamente, se otorgan al fiduciario. De aquí que en los casos en que no se haga necesaria la enajenación del patrimonio y no se autorice al fiduciario, se concluye que tampoco se consumó

¹³¹ Ibid. Página 332.

TESIS CON
FALLA DE ORIGEN

la transmisión se limitó al usufructo u otro derecho real: el requerido por el negocio en sí. Se dan casos concretos de transmisión de dominio con prohibición expresa de vender, como sucedería con un patrimonio destinado a producir una renta vitalicia a favor de un sujeto determinado. Pero ello no quiere decir que la propiedad no sea el fiduciario, sino que, no debe enajenarla, pues en caso de no hacerlo faltaría a su obligación, frustrando la consecución del fideicomiso".¹³²

"Puede oponerse a lo dicho la afirmación de que el fideicomiso está facultado a vender únicamente si fuere necesario a la consecución del negocio. Ciertamente; pero eso no niega al fiduciario su carácter de titular de los derechos fideicomitados. Los únicos derechos y acciones que se ejercitan sobre el matrimonio del negocio son los tendientes a la finalidad del mismo; y solo estos precisamente se otorgan al fiduciario. De aquí que en los casos en que no se haga necesaria la enajenación del patrimonio y no se autorice al fiduciario, se concluye que tampoco se consumó la transmisión de propiedad al fiduciario. Tal transmisión se limitó al usufructo u otro derecho real: el requerido por el negocio en sí. Se dan casos concretos de transmisión de dominio con prohibición expresa de vender, como sucedería con un patrimonio destinado a producir una renta vitalicia a favor de un sujeto determinado. Por ello no requiere decir que la propiedad no sea del fiduciario, sino que, no debe enajenarla, pues en caso de hacerlo faltaría a su obligación, frustrando la consecución del fideicomiso".¹³³

¹³² *Loc. Cit.*

¹³³ *Ibid.* Página 333.

Así, este autor después de comparar al fideicomiso con otros conceptos jurídicos afines, concluye definiendo al mismo como "negocio jurídico por el cual los derechos destinados a su consecución invierten su modo de ejercicio de potestativo en obligatorio, en virtud del deber jurídico impuesto a su titular"¹³⁴

COMENTARIO:

Contrario a lo que establece este autor respecto al antagonismo del elemento fiducidad y tipicidad, creemos que estos dos últimos se dan conjuntamente en el fideicomiso, ya que aunque esté tipificado esta operación en la legislación mexicana no obsta para que en razón de la confianza que tiene el fideicomitente a una institución fiduciaria elija celebrar el contrato con ésta.

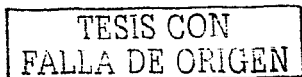
4.2.8. TEORÍA DE RAMÓN SÁNCHEZ MEDAL.

Este autor en el apéndice de su obra titulada "de los contratos civiles" trata de explicar la verdadera naturaleza del fideicomiso mexicano.

Después de exponer la teoría del fideicomiso como mandato y rechazarla comienza a criticar la teoría de la transmisión de propiedad en el fideicomiso.

Así nos señala que "...cuando la regla general ya no es la libertad de disfrutar y de disponer de la cosa, sino que se suprime por completo tal libertad, para poner en su lugar y a título de excepción, unas cuantas y expresas facultades sobre la cosa en cuestión, ya no puede de ninguna manera hablarle en serio de una verdadera propiedad, ni siquiera que ha surgido una "propiedad restringida",

¹³⁴ Loc. Cit.



porque si esta manera de hablar estuviera permitida, podría decirse que el usufructo y aún el titular de una servidumbre son propietarios, pero con una propiedad limitada o restringida".¹³⁵

Este autor continúa criticando la teoría de la transmisión de propiedad diciendo que "... los derechos reales limitados tienen como características una duración temporal, con la única excepción de las servidumbres prediales... a diferencia de la perpetuidad que acompaña como sello distintivo a la propiedad... Ahora bien, esta nota distintiva de una verdadera propiedad: falta por regla general a las facultades limitadas que se conceden a la institución fiduciaria..."¹³⁶

Mas adelante Sánchez Medal dice que "dos claras confirmaciones de la ausencia de transmisión de propiedad a favor de la institución fiduciaria, lo es primeramente de que cuando ésta, en ejercicio de los derechos que le concede el fideicomiso, vende a terceras personas los bienes fideicomitidos, no es ella, sino el fideicomitente, quien responde del saneamiento por causa de evicción; y en segundo término el hecho de que para la constitución del fideicomiso basta, según el artículo 382 de la ley, la afectación de un bien al fin del fideicomiso, sin necesidad de designar en este momento, sino hasta después, a la institución fiduciaria que se encargará de realizar tal finalidad, lo cuál sería inexplicable si en realidad hubiera transmisión de propiedad a la institución fiduciaria, sea que ésta

¹³⁵ SANCHEZ MEDAL, Ramón: "De los Contratos Civiles". Editorial Porrúa, S.A., México, 1984, página 511.

¹³⁶ Loc. Cit.

se designe en el acto constitutivo del fideicomiso o con posterioridad a este acto inicial".¹³⁷

A este último respecto apuntaremos que Sánchez Medal se contradice mas adelante al señalarnos que "...a su vez, en todo contrato y, por lo tanto, también en el fideicomiso deben distinguirse a saber..."¹³⁸

Por último al criticar la teoría de la transmisión de propiedad al fiduciario Sánchez Medal nos señala que "quienes afirman que por virtud del fideicomiso se produce una transmisión de propiedad por parte del fideicomitente a favor de la institución fiduciaria, pero que tal propiedad no es una propiedad plena, sino solo una propiedad restringida o una llamada propiedad fiduciaria, no pudiendo explicar como es entonces que dicha institución fiduciaria puede transmitir mas adelante a favor de terceros una propiedad restringida que es la única que se dice ella tiene".¹³⁹

Así las cosas, este autor comienza a exponer el porqué el fideicomiso es una institución de la legitimación por parte del fiduciario sobre el fideicomitente en relación a los bienes fideicomitidos.

Primero nos señala que se entiende como propiedad la situación jurídica de un bien determinado que pertenece a, o forma parte de un cierto patrimonio, en tanto por legitimación ha de entenderse la facultad concedida o reconocida a una

¹³⁷ *Ibid.*, Página 512.

¹³⁸ *Ibid.*, Página 213.

¹³⁹ *Ibid.*, Página 512.

persona por la ley para disfrutar y disponer de dicho bien.¹⁴⁰ En seguida nos señala que existen situaciones en el derecho mexicano en que la legitimación no coincide con el propietario y así pone de ejemplo la representación de las personas sujetas a interdicción o a las facultades del síndico sobre los bienes del fallido.¹⁴¹

Así concluye este autor: "En suma, en el fideicomiso mexicano no hay transmisión de bienes a la institución fiduciaria, sino solo se enviste a ella de la legitimación para ejercitar en forma exclusiva aquellos derechos que necesita para realizar la finalidad del fideicomiso sobre bienes cuyo dominio conserva el fideicomitente. De esta manera la institución fiduciaria, con una legitimación que en el acto constitutivo entre vivos del fideicomiso le otorga y que la ley le confirma y reconoce, realiza actos válidos sobre un patrimonio ajeno, esto es, sobre bienes que pertenecen al fideicomitente, pero sin que tales bienes puedan disponer el citado fideicomitente ni los acreedores de éste pueden embargarlos o practicar ejecución sobre dichos bienes. Es pues, el fideicomiso mexicano sólo una nueva especie de gravamen distinto de la hipoteca y de la prenda, porque brinda mayor seguridad y eficacia..."¹⁴²

COMENTARIO:

No coincidimos con el pensamiento de Sánchez Medal, en virtud de que:

¹⁴⁰ *Ibid.* Página 514.

¹⁴¹ *Ibid.* Página 520.

¹⁴² *Loc. Cit.*



1.- Es perfectamente posible hablar de una propiedad fiduciaria, e inclusive de una propiedad "restringida" ya que nuestra legislación reconoce diversas figuras, además del fideicomiso, en las que es factible hablar de la "propiedad restringida".

Tenemos como ejemplo una figura citada por Sánchez Medal en la misma obra que comentamos, es decir "El patrimonio de Familia", en la que, como señala este autor, quien constituye dicha figura sigue siendo propietario, sin embargo puede destinar este patrimonio a otro fin; por lo que su propiedad es restringida.

Ahora bien, el autor en reflexión señala que los derechos reales limitados, como el uso y usufructo, son por regla general temporales, pero admiten una excepción, es decir, la servidumbre; esta figura constituye esa excepción en virtud de su utilidad.

Así pues, siguiendo el anterior pensamiento, creemos que no existe impedimento alguno para el fideicomiso, también en virtud de su utilidad, constituya una excepción a la perpetuidad de la propiedad.

2.- El hecho de que sea el fideicomitente quien responde a el saneamiento para el caso de evicción y no el fiduciario, cuando este transmite los bienes fideicomitidos a un tercero, no creemos que sea una "clara" confirmación de la ausencia de transmisión de propiedad a favor de la fiduciaria, como lo señala este autor, ya que esta obligación puede, por pacto interpartes, disminuir sus efectos e incluso desaparecer, y es así como:

- a) No existe disposición alguna en nuestra legislación que expresamente prohíba que el saneamiento para el caso de evicción sea prestado por un tercero.
- b) Si la legislación permite a las partes suprimir esta obligación, luego entonces si aplicamos el principio de que "el que puede lo más, puede lo menos", es posible pactar que un tercero preste esta obligación.
- c) Por justicia elemental, no sería equitativo obligar a la fiduciaria a prestar el saneamiento para el caso de evicción sobre un bien que nunca ha disfrutado en su provecho.

3.- Respecto a que quienes afirman la existencia de una transmisión a favor de la fiduciaria en el fideicomiso, "no han podido explicar", la aparente incongruencia, de que la fiduciaria teniendo una propiedad limitada pueda transmitir a un tercero una propiedad plena, señalaremos que no lo han explicado, porque no se explica lo obvio.

Es decir, la fiduciaria al transmitir un bien, lo hace en ejecución de un fideicomiso "no han podido explicar", la aparente incongruencia, de que la fiduciaria teniendo una propiedad limitada pueda transmitir a un tercero una propiedad plena, señalaremos que no lo han explicado, porque no se explica lo obvio.

Es decir, la fiduciaria al transmitir un bien, lo hace en ejecución de un fideicomiso cuya finalidad es precisamente la transmisión de ese bien; por lo que está perfectamente facultado para realizar ese acto.

Ahora bien, quien adquiere ese bien fideicomitado, lo adquiere con una propiedad plena, puesto que simultáneamente a la transmisión opera la extinción del fideicomiso, es decir, concluye ese último en virtud de que se ha cumplido.

Pensar lo contrario, es decir que la fiduciaria al transmitir el bien lo transmite con la propiedad restringida que detentó durante el fideicomiso, caeríamos en el siguiente absurdo: si afectamos en fideicomiso un bien inmueble, cuya finalidad fuera la de transmitírselo a un fideicomisario determinado, luego entonces al adquirirlo este último tendría la obligación de transmitírselo a él mismo.

4.- En cuanto que en el fideicomiso opera una simple sustitución de la legitimación que ostentaba el fideicomitente a favor de la fiduciaria, pensando de este modo tendríamos lo siguiente:

Si la fiduciaria detenta únicamente la legitimación desdoblada por el fideicomitente respecto a los bienes afectados, luego entonces este último detentaría la propiedad.

Sin embargo, en la práctica, es usual en algunos fideicomisos que mediante una contraprestación dada al fideicomitente en la constitución del mismo, este último renuncie a cualquier derecho que pudiera tener en su calidad de fideicomitente, por lo que no tiene absolutamente ningún interés sobre los bienes, convirtiéndose para efectos del fideicomiso en un sujeto totalmente indiferente; es

decir, como sucede en una compraventa, el hecho de que el adquirente realice cualquier acto sobre los bienes adquiridos, es totalmente indiferente para el vendedor.

Así el fiduciario es el único que puede ejercitar todos los actos y acciones posibles de ser ejecutados sobre los bienes afectados.

4.3. CARÁCTER CONTRACTUAL DEL FIDEICOMISO MEXICANO.

Quienes apoyan la teoría de que el fideicomiso es un acto unilateral de voluntad, se basa primeramente en el artículo 387 de la Ley de Títulos y Operaciones de Crédito que establece que el fideicomiso se puede constituir mediante testamento. Así sostienen que como el testamento es un acto unilateral de voluntad; el fideicomiso que el testador establezca en el mismo, también lo es. Pero es obvio que por el solo hecho de establecerlo en el testamento aquél no queda perfeccionado, sino únicamente puede el testador preverlo; los bienes no quedan por ese solo hecho, bajo la titularidad del fiduciario, sino que siguen integrados al patrimonio del testador.

Si el testador prevé, por ejemplo, una donación a favor de una persona determinada, la misma no se consuma con la sola expresión de la última voluntad del testador, sino que será necesario que ocurra el fallecimiento y que el ejecutor testamentario acatando la voluntad del *de cujus* efectúe la transmisión del bien donado al donatario y éste lo acepte; mas aún ni siquiera es perfecta, por el solo testamento la transmisión de los bienes del testador a favor de sus herederos, ya

que como mencionamos antes, es necesaria la muerte de aquél y la aceptación del heredero.

Por otro lado el artículo 385 de la Ley de Títulos y Operaciones de Crédito, es otro precepto (de cuyos últimos párrafos), se valen los unilateralistas para apoyarse en lo que algunos dicen textualmente:

"...En caso de que al constituirse el fideicomiso no se designe nominalmente la institución fiduciaria, se tendrá por designado la que elija el fideicomisario, o en su defecto el juez de primera instancia del lugar que estuvieren ubicados los bienes de entre las instituciones expresamente autorizadas por la ley.

... Salvo lo dispuesto en el acto constitutivo del fideicomiso, cuando la institución fiduciaria no acepte, o por renuncia o remoción cese en el desempeño de su cargo, deberá nombrarse otra para que la sustituya. Sino fuere posible esta sustitución, cesará el fideicomiso".

Para los unilateralistas el hecho de que al final del artículo transcrito se establezca que "cesará el fideicomiso" de ahí deducen que únicamente cesa lo que ha existido y por lo tanto se puede constituir un fideicomiso unilateralmente.

Pero, si se lee con mas cuidado se verá que todo el artículo está implicando la afirmación de que no puede haber fideicomiso sin fiduciario.

Ahora bien, para ser congruente con dicho principio, el precepto debe interpretarse en virtud de dos supuestos distintos, uno cuando nadie en ningún momento estuvo dispuesto a aceptar ni acepto el cargo de fiduciario. En este

caso, hubo imposibilidad de hecho y legal para que hubiera fideicomiso, por lo que no nació.

Otro caso, es aquel en el que el fideicomiso fue constituido y el fiduciario que se constituyó con tal carácter renunció o fue removido; aquí si opera la sustitución fiduciaria, entonces, el fideicomiso que en ese caso si tuvo existencia jurídica deja de tenerla, cesa, como dice la ley se extingue.

Así las cosas, la sola renuncia o remoción del fiduciario, no puede tener como efecto que quede automáticamente sin fiduciario, éste continua como titular de los bienes hasta que transmite a quien lo sustituya, solo que, mientras tanto, queda impedido para actuar; pero si no hay quien asuma el cargo en su sustitución entonces se presenta la consecuencia prevista por la ley que es la extinción del fideicomiso. En este caso si puede decirse con propiedad que cesa o se extingue el fideicomiso, porque existió, tuvo vida jurídica, lo que permite que deje de tenerla. En el otro caso, cuando simplemente se designa a un fiduciario determinado y éste no acepta el cargo, en estricto rigor no se puede hablar de sustitución en el cargo, porque nadie lo había asumido, sino que el efecto es que se propone otro u otros para que lo acepten y desempeñen, y si esto ocurre quede así perfeccionado el fideicomiso, mientras tanto la declaración unilateral voluntad del fideicomiso, cualquiera que sea la forma en que se haya manifestado, no tiene mas efecto que el que podría tener una oferta o policitación.

Por otro lado en cuanto a la legislación adjetiva contenida en diversas leyes que reglamentan la actividad fiduciaria, han dado por sentado el principio de fideicomiso como contrato.

Así la ley reglamentaria del servicio público de Banca de Crédito de 1985, en su artículo 60 y la Ley de Instituciones de Crédito en vigor, en su artículo 79 establecen en lo conducente que:

"En las operaciones de fideicomiso... las instituciones abrirán contabilidades especiales por debiendo registrar en las mismas y en su propia contabilidad el dinero y demás bienes que se les confien..."

El artículo 106, fracción XIX, inciso b, párrafo cuarto de la Ley de Instituciones de crédito vigente establece que:

"En los contratos de fideicomiso...se insertarán en forma notoria los párrafos anteriores de este inciso y una declaración de la fiduciaria en el sentido de que hizo saber inequívocamente su contenido a las personas de quienes haya recibido bienes para su inversión".

Así también en materia de fideicomisos públicos la Ley federal de Entidades Paraestatales establece lo siguiente:

Artículo 41: El Ejecutivo Federal a través de la Secretaría de Programación y Presupuesto, quien será el fideicomitente único de la Administración Pública Federal Centralizada, cuidará que en los CONTRATOS queden debidamente precisados los derechos y acciones que corresponda ejercitar al fiduciario sobre sus bienes..."

Artículo 44: En los CONTRATOS constitutivos de fideicomisos de la administración Pública Federal Centralizada, se deberá reservar el Gobierno Federal la facultad expresa de revocarlos...

TESIS CON
FALLA DE ORIGEN

Y en el Reglamento de la Ley antes aludida:

Artículo 9: ...en la extinción de los fideicomisos se formalizará mediante la firma del convenio de extinción correspondiente.

Ahora bien, según el documento emitido, respecto al carácter contractual del fideicomiso, por la Subcomisión de Estudios Legales de la Comisión de Fiduciarios de la Asociación Mexicana de Bancos que preside el Licenciado Juan Suayfeta, la práctica fiduciaria ha demostrado lo siguiente:

"Las instituciones fiduciarias, casi sin excepción han operado como base el carácter contractual del fideicomiso, salvo en un pequeño periodo, hace algunos años en que inducidos por uno o dos notarios del Distrito Federal y alguna institución fiduciaria, con la condescendencia de personal del Registro Público de la Propiedad, hubo quienes constituyeron fideicomisos, sin la comparecencia del fiduciario, que eran inscritos en esas condiciones en el Registro Público de la Propiedad y sólo se solicitaban la aceptación del fiduciario al momento en que el fideicomiso iba a ejecutarse; evitándose así el pago de honorarios a la institución durante toda la vigencia del fideicomiso.

"Tal práctica fue censurada en el seno de la comisión de Fiduciarios de la entonces Asociación de Banqueros de México y fue muy pronto desechada por la totalidad de las instituciones de crédito y en el Registro Público dejaron de inscribir los fideicomisos en éstas circunstancias; sin embargo se sabe que en provincia suele haber notarios que inducen a sus clientes a utilizar este procedimiento, haciéndoles creer que aunque el fiduciario no haya comparecido al acto constitutivo del fideicomiso, éste es el perfecto y que al inscribirlo en el Registro se

TESIS CON
FALLA DE ORIGEN

hace oponible a terceros, lo cual constituye una falacia; el fideicomiso mientras el fiduciario no intervenga aceptándolo es inexistente y la inscripción en el Registro no le da eficacia y, en cuanto no se ha efectuado la transmisión de bienes a la fiduciaria, éstos tienen que considerarse dentro del patrimonio del supuesto fideicomitente y expuestos a sus acreedores. El Registro no puede convertir en existente una transmisión que no se ha efectuado".¹⁴³

Lo anterior nos revela que de hecho existe como un uso bancario el no aceptar este tipo de "constitución" de fideicomisos.

En cuanto a los precedentes judiciales, la Suprema Corte no se ha ocupado específicamente del fideicomiso como contrato.

Sin embargo, en todas las ejecutorias se ha referido al fideicomiso como acuerdo de voluntades.

Así tenemos como ejemplo a las siguientes:

"... si la institución fiduciaria, ajustándose a lo EXPRESAMENTE PACTADO, vende o remata los bienes del deudor, en los casos, forma y términos convencidos con éste, no hace sino cumplir conforme AL CONTRATO y a la Ley, las obligaciones que por su parte contrajo en el acto constitutivo del fideicomiso..."¹⁴⁴

"... sus facultades son equiparables y no menores que las del Director General, pero solo limitadas y referidas a lo estipulado en los CONTRATOS DE

¹⁴³ SAUYFETA, Juan; "El fideicomiso como acto jurídico contractual". Subcomisión de Estudios Jurídicos de la Comisión de Fiduciarios. Asociación Mexicana de Bancos, México, 1991. Página 12.

¹⁴⁴ Domínguez Martínez Roberto. Amparo Directo 2618/74.

FIDEICOMISO, en que le corresponda intervenir. Ahora bien, si en el CONTRATO DE FIDEICOMISO presentado no se contiene restricción alguna... la ratificación del escrito de desistimiento esta hecha en términos de ley, debe aceptarse tal desistimiento".¹⁴⁵

En cuanto a la doctrina citaremos a Rodolfo Batiza quien sostuvo recientemente lo siguiente:

"El artículo 352 (hoy 386) de la LGTOC, en efecto fue tomado del artículo 18 del proyecto del Doctor Alfaro quien al precisar la naturaleza jurídica de la institución que había construido. Explicaba que el fideicomiso según el espíritu de su proyecto era ni más ni menos un contrato tripartito cuya consumación depende del consentimiento que a su debido tiempo debe dar cada una de las partes. Claro está, indicaba, que se trata de un convenio sui generis que tiene diferencias notables con la mayoría de los contratos sinalagmáticos definidos por el Código Civil. Mas si la característica esencial de los contratos es producir entre las partes derechos y obligaciones recíprocas, esta característica no falta en el fideicomiso constituido del cual surgen tales derechos y obligaciones entre el fiduciario y el fideicomisario o el fideicomitente".

"Por lo anterior debe rechazarse la posición que sostiene que el fideicomiso puede constituirse por acto unilateral del fideicomitente. La declaración que a tal efecto hiciera no pasaría de ser una oferta o policitación pues nadie puede imponer a otro la aceptación de obligaciones. La obligatoriedad de aceptar

¹⁴⁵ Nacional Financiera S.A., 21 de enero 1958, Vol. VII, Cuarta Parte, página 220.

fideicomisos que la ley establece para las instituciones fiduciarias, tampoco puede justificar la posición indicada porque la disposición legal contradice lo dispuesto por el artículo 5 Constitucional".¹⁴⁶

Por su parte Sergio Rodríguez Azuero nos da la siguiente definición de fideicomiso:

"El fideicomiso o *fiducia* mercantil es un CONTRATO principal, oneroso y conmutativo de ejecución instantánea o tracto sucesivo, según el caso, tipificado en algunas legislaciones atípico o innominado en el resto".¹⁴⁷

Por último nos resta señalar que cuando una institución financiera se constituye como fideicomitente de un fideicomiso, (lo cual no se encuentra prohibido), aparentemente sería el único caso en que se pudiera constituir un fideicomiso por un acto unilateral.

Sin embargo nos adherimos a la postura de la Comisión de Fiduciarios de la Asociación Mexicana de Bancos en el sentido de que este supuesto la institución bancaria actúa en un doble carácter, esto es como fideicomitente comparecería a la firma de cualquier mandatario del banco y por otra parte de la fiduciaria un delegado fiduciario.¹⁴⁸

¹⁴⁶ BATIZA y otros opositores. "La inversión extranjera en Latinoamérica", Op. Cit. Página 68.

¹⁴⁷ RODRIGUEZ AZUERO, Op. cit. Página 29.

¹⁴⁸ SUAYFETA "El Fideicomiso como Acto Jurídico Contractual", Op.cit. Página 17.

4.4. RESUMEN DE NUESTRA POSTURA.

Por último independientemente de las conclusiones del presente trabajo, creemos necesario incluir un resumen de nuestra postura en éste último apartado, relativo a la naturaleza jurídica específica del fideicomiso mexicano.

Por un lado, y como se ha expuesto anteriormente, el fideicomiso es un contrato.

Este contrato se clasifica, en nuestra opinión, en los siguientes rubros:

Es de naturaleza mercantil, puesto que constituye una operación financiera, por consiguiente el régimen de supletoriedad legal a que está sujeto es el señalado por el artículo 2 de la Ley de Títulos y Operaciones de Crédito, es decir:

Por lo dispuesto en la Ley General de Títulos y Operaciones de Crédito y leyes especiales como la Ley de Instituciones de Crédito, en su defecto:

Por la legislación mercantil en general;

Por los usos bancarios y mercantiles, en su defecto.

Por el Código Civil para el D. F.

Es bilateral, ya que crea derechos y obligaciones, recíprocos para ambas partes del contrato y es así como la fiduciaria tiene el derecho de percibir honorarios y con la obligación de cumplir con la ejecución del fideicomiso y para el fideicomitente su obligación principal es el de exigirle a la fiduciaria el cumplimiento del fideicomiso.

TESIS CON
FALLA DE ORIGEN

Es conmutativo, puesto que desde un principio se determinan los fines del fideicomiso y los honorarios que recibirá la fiduciaria.

Es un contrato traslativo de dominio y a su vez constitutivo de un derecho real o de una titularidad especial.

Constituye una obligación de hacer para la fiduciaria y de dar para el fideicomitente.

Es un contrato consensual si versa sobre bienes muebles y formal si versa sobre inmuebles.

Es un contrato real en oposición a consensual pues se perfecciona con la entrega de los bienes.

Es un contrato típico y nominado, puesto que está regulado y nominado por nuestra legislación.

Por otro lado y por lo que respecta a la situación que se crea sobre los bienes fideicomitados por efecto del fideicomiso señalaremos que:

Se constituye, al operar la transmisión de los bienes a favor de la fiduciaria, una propiedad especial que perfectamente puede denominarse como una propiedad fiduciaria.

Asimismo en virtud de la afectación de los bienes que opera por efecto del contrato de fideicomiso, estos bienes integran un patrimonio separado desligado del patrimonio del fideicomitente y no mezclado con el del fiduciario.

Respecto al fideicomitente y fideicomisario la afectación fiduciaria produce un ingreso de derechos a favor de ellos, los cuales pueden ser renunciables.

Cualquier acción relativa al patrimonio fideicomitado tendrá que ser ejercitada en contra de la institución fiduciaria.

Para que un tercero (incluyendo al fideicomitente y fideicomisario) pueda realizar actos que surtan efectos en el patrimonio fideicomitado es necesario obtener poder otorgado por la fiduciaria.

Las características que hacen de la propiedad fiduciaria una propiedad singular, son a nuestro juicio las siguientes:

Es una posesión temporal, en cuanto a que por regla general la detentará el fiduciario mientras se cumpla con el objetivo del fideicomiso.

Es una posesión detentada por la fiduciaria con carácter obligatorio, es decir, que la fiduciaria deberá ejercer todos los actos necesarios para el cumplimiento de los fines del fideicomiso.

El provecho económico y disfrute del bien que acompañan a la propiedad plena, son suprimidos temporalmente durante la vigencia de la propiedad fiduciaria y el fideicomisario los detentará cuando adquiera la propiedad de los bienes.

Hacemos la aclaración de que todo lo dicho anteriormente se hace extensivo a la titularidad que detenta la fiduciaria cuando se afectan en fideicomiso derechos de crédito.

TESIS CON
FALLA DE ORIGEN

CONCLUSIONES

TESIS CON
FALLA DE ORIGEN

CONCLUSIONES

- 1.- El fideicomiso tuvo como influencia inmediata el proyecto de Ricardo Alfaro y las ideas de Piere Lepaulle, inspiradas en el *trust* anglosajón, tanto el legislador mexicano como dichos juristas no desconocían al *fideicomisum* y al *pactum fiduciae* romanos; por lo que éstas últimas instituciones influyeron al menos por lo que respecta al nombre de la nueva institución.
- 2.- El legislador mexicano estuvo consciente desde un principio de que la práctica iría dictando las modificaciones necesarias a la estructuración de la nueva institución.
- 3.- La duración del fideicomiso es, por regla general la necesaria para el cumplimiento de los fines, y excepcionalmente 30 años.
- 4.- El comité técnico es una figura sui generis del derecho Mexicano, sin antecedentes históricos en nuestro país.
- 5.- La escasa regulación del comité técnico ha hecho posible la libertad y flexibilidad para su constitución y estructuración.
- 6.- El comité técnico no constituye un órgano liberatorio para las responsabilidades de la fiduciaria.
- 7.- El fideicomiso público en México reviste ciertas características que lo diferencian del fideicomiso privado que señalamos en el capítulo tercero.
- 8.- A nuestro juicio existen tres tipos de fideicomiso públicos:

TESIS CON
FALLA DE ORIGEN

a) Los constituidos a través de la Secretaría de Hacienda y Crédito Público, por el Gobierno Federal.

b) Los constituidos por los gobiernos de las entidades federativas, y

c) Los fideicomisos que se constituyen con recursos de las entidades paraestatales.

9.- Además de la Ley de Títulos y Operaciones de Crédito se le aplican al fideicomiso público una serie diversa de leyes especiales.

10.- A nuestro criterio, el Gobierno Federal ha abusado en la creación de fideicomisos públicos.

11.- No es posible asimilar la figura del fideicomiso mexicano con otras instituciones de nuestro derecho, ya que constituye una institución sui generis.

12.- Es imposible concebir la figura del fideicomiso sin fiduciario, por lo que es necesario la aceptación del cargo (para su plena configuración) por lo cual, para su existencia es necesaria la voluntad de las partes, por conclusión el fideicomiso es un CONTRATO.

13.- Tanto la Suprema Corte de Justicia como diversos preceptos legales reconocen el carácter contractual del fideicomiso.

14.- En virtud del contrato de fideicomiso se transmite la propiedad de los bienes afectados, a favor de la fiduciaria.

15.- Los bienes fideicomitidos constituyen un patrimonio separado.

TESIS CON
FALLA DE ORIGEN

16.- La propiedad fiduciaria reviste características muy específicas que la diferencian de la plena propiedad.

TESIS CON
FALLA DE ORIGEN

BIBLIOGRAFIA

TESIS CON
FALLA DE ORIGEN

BIBLIOGRAFÍA

ACOSTA ROMERO, Miguel; *"Derecho Bancario"*, Editorial Porrúa, S.A. México, 1978.

"Teoría General de Derecho Administrativo", Editorial Porrúa, S.A. México, 1981, 431 páginas.

ALFARO, Ricardo J.; *"Adaptación del Trust del Derecho Anglosajón al Derecho Civil"*, Volumen II, Academia Interamericana de Derecho Comparado e Internacional, La Habana, Cuba, 1948.

BANCO DE BILBAO Y BANCO NACIONAL DE MÉXICO; *"El Fideicomiso en México y su Viabilidad en España"*, Madrid, 1979.

BANCO MEXICANO SOMEX, S.A.; *"Las Instituciones Fiduciarias y el Fideicomiso en México"*, Fomento Cultural de la Organización SOMEX, A. C. México, 1982.

BANCO NACIONAL DE OBRAS Y SERVICIOS PÚBLICOS, S.A.; *"Manual del Fideicomiso Mexicano"*, México, 1973.

BATIZA, Rodolfo; *"El Fideicomiso, Teoría y Práctica"*, Editorial Porrúa, México, 1973.

BATIZA, Rodolfo, et al *"La inversión Extranjera en Latinoamérica. El fideicomiso como herramienta de Canalización y Control"*. Asociación Mexicana de Bancos, Acapulco, Guerrero, 1990.

"Principios Básicos del Fideicomiso y la Administración Fiduciaria". Editorial Porrúa.

BAYER ESPARZA, Jorge; *"El fideicomiso, Anales de Jurisprudencia"*, Tomo II, Estudios Jurídicos, México 1977.

BONAFANTE, Pedro; *"Instituciones de Derecho Romano"*, Instituto Español de Derecho, Madrid, 1980.

BROSETA PONT, Manuel *"Manual de Derecho Mercantil"*, Editorial Tecnos, Madrid, 1980.

TESIS CON
FALLA DE ORIGEN

- CERVANTES AHUMADA, Raúl; *"Títulos y Operaciones de Crédito"*, Editorial Herro, S.A., México 1979.
- DE DIOS, Juan Y DE LA RADA Y DELGADO, Flavio; *"Elementos de Derecho Romano"*, Editorial Nacional, México, 1966.
- DE PINA VARA, Rafael; *"Diccionario de Derecho"*, Editorial Porrúa, S.A. México, 1981.
- DOMÍNGUEZ MARTÍNEZ, Jorge A.; *"El Fideicomiso ante la Teoría General del Negocio Jurídico"*, Editorial Porrúa, S.A., México 1972.
- D'Ors Álvaro; *"Elementos del Derecho Romano"*, Ediciones Universidad Navarra, Pamplona España, 1975.
- ESCRICHE, Joaquín; *"Diccionario Rozando de Legislación y Jurisprudencia"*, Tomo II, Editorial Porrúa, S.A. México., 1979.
- ESQUIVEL OBREGÓN, Toribio, *"Carácter Legal de lo que la ley Bancaria llama Fideicomiso"*, Revista de Derecho y Jurisprudencia, Año I, No. 4, México 1930.
- FLORIS MARGADAN, Guillermo; *"El Derecho Privado Romano"*, Editorial Esfinge, S.A. México, 1930.
- GALINDO GARFIAS, Ignacio, *"Derecho Civil"*, Editorial Porrúa, S.A., México 1979.
- GARCÍA MAYNES, Eduardo; *"Introducción al Estudio del Derecho"*, Editorial Porrúa, S.A. México, 1969.
- GUTIÉRREZ Y GONZÁLEZ, Ernesto; *"Derecho de las Obligaciones"*, José M. Cajica Jr. S.A., Puebla, Puebla. 1978.
- HART, Walter G.: *What is a trust? The law Quarterly Review*, Vol 15 No. LIX, July, 1899.
- HERNÁNDEZ, Octavio; *"Derecho Bancario Mexicano"*, Tomo II, Ediciones de la Asociación Mexicana de Investigaciones Administrativas, México, 1956.
- IGLESIAS, Juan; *"Derecho Romano, Instituciones del Derecho Privado"*, Editorial Ariel, Barcelona 1972.

KEETON, George. W. *"An introduction to Equity"*; Ashburner's *Principles of Equity*. Second Edition by Denis Browne. Butterworth & Co. Ltd. London, 1933.

LANDERRECHE OBREGÓN, Juan, *"Naturaleza del Fideicomiso en el Derecho Mexicano"*; Jus, Revista de Derecho y Ciencias Sociales, Tomo IX, México, Septiembre de 1942.

LEÓN LEÓN, Rodolfo, *"El Fideicomiso y las Casas de Bolsa"*, Academia Mexicana de Derecho Bursátil. México 1991.

LEPAULLE, Pierre, *"Tratado Teórico y Práctico de los Treusts"*, Editorial Porrúa, S.A. México 1975.

LICON BACA, Clemente, BERNAL ITURRIAGA, Julián, MORENO FERNÁNDEZ, Jesús; *"Fideicomiso público, una alternativa de la administración"*, Servicios Técnicos de diseño e Impresión. S.A. México 1982.

LIZARDI ALBARRAN, Manuel; *"Ensayo sobre la naturaleza jurídica del Fideicomiso"*, Tesis Profesional, U.N.A.M., México 1945.

LÓPEZ PADILLA, Agustín; *"Exposición Práctica y Comentarios a la Ley del Impuesto Sobre la renta"*, Dofiscal Editores, México 1975.

MACEDO, Pablo; *"El fideicomiso Mexicano"*, Editorial Porrúa, S. A., México 1975.

MUÑOZ Luis; *"El fideicomiso"*, Cárdenas Editor y Distribuidor, México 1980.

NAVARRO MATORELL, Mariano; *"La propiedad Fiduciaria"*, Bosch Casa Editorial, Barcelona, 1950.

PALLARES Eduardo; *"Diccionarios de Derecho Procesal Civil"*, Editorial Porrúa, S.A., México 1970.

PEÑA CASTRILLON, Gilberto; *"Fiducia Mercantil"*, Asociación Bancaria de Colombia, Bogotá, Colombia, 1986.

RABASA, Oscar; *"El Derecho Angloamericano, Estudio Expositivo y Comparado del Common Law"*, Fondo de Cultura Económica, México 1944.

TESIS CON
FALLA DE ORIGEN

RODRÍGUEZ AZUERO, Sergio; *"Contratos Bancarios, su Significación en América Latina"*, Biblioteca Felaban, Bogotá Colombia. 1990.

RODRIGUEZ Y RODRIGUEZ, Joaquín; *"Derecho Bancario"*, Editorial Porrúa, S.A., México 1979.

RODRÍGUEZ RUIZ, Raúl; *"El Fideicomiso y la Organización Contable Fiduciaria"*, Editorial Escasa, México, 1977.

ROJINA VILLEGAS, Rafael; *"Compendio de Derecho Civil"*, Editorial Porrúa, S.A., México, 1984.

SÁNCHEZ MEDAL, Ramón; *"De los Contratos Cíviles"*, Editorial Porrúa, S.A., México 1984.

SCOTT, *"Fifty Years of Trust"* Harvard Law Review. Vol. L, 1936-37.

SERRANO TRASVIÑA, Jorge; *"Aportación al Fideicomiso"*, Tesis Profesional, U.N.A.M., México, 1950.

SUAYFETA, Juan; *"El fideicomiso como acto jurídico contractual"*, Subcomisión de Estudios jurídicos de la Comisión de fiduciarios, Asociación Mexicana de Bancos, México 1991.

SUAYFETA, Juan, *"El Fideicomiso al Servicio de Individuo y de la Familia"*, Biblioteca Felaban, Bogotá Colombia, 1981.

VEJAR VALDEZ, Carlos; *"Reflexiones en torno al Comité Técnico o de Distribución de Fondos en el Fideicomiso Mexicano"*, Publicación del Banco Obrero, S.A., Estudios Bancarios, México, 1981.

VILLAGORDOA LOZANO, José M; *"Doctrina General del Fideicomiso"*, Asociación de Banqueros de México, México, 1976.

YARZA OCHOA, Carlos. *"El Derecho de Propiedad en el Fideicomiso"*, Tesis UNAM 1949.

ZEPEDA Jorge A.; *"Perspectiva del Fideicomiso"*, Biblioteca Felaban, Bogota, Colombia, 1981.

TESIS CON
FALLA DE ORIGEN