884609

ESCUELA SUPERIOR de CIENCIAS JURÍDICAS

CON ESTUDIOS INCORPORADOS A LA
UNIVERSIDAD NACIONAL AUTONOMA DE MEXICO
NUMERO DE INCORPORACION 8846-09

PROPUESTA PARA UNA MEJOR APLICACIÓN E INTERPRETACIÓN DE LAS ÚLTIMAS REFORMAS A LA LEY GENERAL DE TÍTULOS Y OPERACIONES DE CRÉDITO EN MATERIA DE FIDEICOMISO

TESIS PARA OBTENER EL TITULO DE

LICENCIADO EN DERECHO

PRESENTA

ERNESTO SALVADOR URBINA NERI

ASESOR DE LA TESIS: LIC. JOSÉ MIGUEL GONZÁLEZ SÁNCHEZ

REVISOR DE LA TESIS: LIC. JORGE ALBERTO TELLO ESCAMILLA

NAUCALPAN, ESTADO DE MÉXICO FEBRERO DE 2005

M340763

TESIS CON
FALLA DE ORIGEN

Universidad Nacional Autónoma de México
UNAM
Biblioteca Central
Dirección General de Bibliotecas de la UNAM

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.

AGRADECIMIENTOS

Dedico este trabajo de tesis a toda mi familia, a mi novia Gisela y a mis amigos por brindarme siempre su cariño y apoyo incondicional y a todos aquellos que pusieron su granito de arena para hacerlo posible.

Autorizo a la Dirección General de Bibliotecas de la UNAM a difundir en formato electrónico e impreso el contenido de mi trabajo recepcional.
NOMBRE: ERNESTO ALVARADO VARGINA NERI
FECHA: 4-Feb-05
FIRMA:

ESTA TESIS NO SALE
DE LA BIBLIOTECA

"PROPUESTA PARA UNA MEJOR APLICACIÓN E INTERPRETACIÓN DE LAS ÚLTIMAS REFORMAS A LA LEY GENERAL DE TÍTULOS Y OPERACIONES DE CRÉDITO EN MATERIA DE FIDEICOMISO"

INTRODUCCIÓN

CAPITULO I
NOCIONES GENERALES

1.1. Concepto de Fideicomiso..... 1.
1.2. Objeto del Fideicomiso.....3.
1.3. Fines del Fideicomiso.....5.
1.4. Clasificación del Fideicomiso..... 6.
1.5. Elementos personales del Fideicomiso.....13.
1.6. Fideicomitente.....14.
1.7. Fiduciario.....15.
1.8. Fideicomisario.....16.
1.9. Modos de Extinción y Terminación del Fideicomiso..... 18.

CAPITULO II
NATURALEZA JURÍDICA DEL FIDEICOMISO

2.1. Introducción.....23.
2.2. Teoría del Contrato..... 25.
2.3. El Fideicomiso como desdoblamiento del derecho de propiedad.... 45.
2.4. El Fideicomiso como una transmisión de derechos de la que es titular el fiduciario..... 46.

CAPÍTULO III
REGULACIÓN DEL FIDEICOMISO EN LA LEGISLACIÓN MEXICANA

3.1. Introducción..... 50.
3.2. Regulación del Fideicomiso en la Ley General de Títulos y Operaciones de Crédito antes de las reformas del 13 de junio del 2003..... 50.
3.3. Regulación actual del Fideicomiso..... 62.
3.4. Elementos del Fideicomiso en la actualidad..... 69.
3.5. De existencia (Voluntad y objeto)..... 69.
3.6. De validez.....77.
3.7. Personales..... 82.

CAPÍTULO IV
EL FIDEICOMISO Y LOS BIENES FIDEICOMITIDOS

4.1. El patrimonio Fideicomitido..... 95.
4.2. Transmisión de propiedad de bienes o derechos a una institución fiduciaria..... 98.
4.3. Invalidez del Fideicomiso..... 99.
4.4. Tipos de Fideicomiso..... 102.
4.5. Fideicomiso por sus fines..... 103.
4.6. Por su forma..... 106.
4.7. Fideicomisos celebrados por disposición de la Ley..... 107.

CAPÍTULO V
EL FIDEICOMISO EN LA ACTUALIDAD

5.1. Situación Jurídica de los Bienes Fideicomitidos..... 109.
5.2. La propiedad en el fideicomiso..... 111.
5.3. Análisis de las reformas del 13 de junio del 2003 de la Ley General de Títulos y Operaciones de Crédito..... 115.
5.4. Problemática que presenta actualmente el fideicomiso de Garantía..... 127.
5.5. Análisis del nuevo artículo 381 de la Ley General de Títulos y Operaciones de Crédito después de las reformas..... 133.

CONCLUSIONES..... 136.
BIBLIOGRAFÍA..... 139.

INTRODUCCIÓN

El trabajo de tesis que en este momento sometemos a su consideración pretende exponer las ventajas y desventajas de las reformas del 13 de junio del 2003, hechas a la Ley General de Títulos y Operaciones de Crédito en materia de fideicomiso para analizar, hasta qué punto estas fueron benéficas o, perjudiciales.

La elaboración, preparación, redacción e investigación de un trabajo de tesis, es siempre una labor difícil pero a la vez ilustrativa que nos conduce en el amplio e inagotable mundo del derecho, es por ello, que a pesar de que la literatura jurídica mexicana sobre el fideicomiso es extensa y variada, nosotros pretendemos que nuestro tema verse sobre un problema innovador para así obtener de manera analítica una mejor visión sobre la constitución de fideicomisos y la actividad fiduciaria por la que se realizan y ejecutan los mismos.

Así, el objetivo general que se persigue en este trabajo es estudiar la forma en que la legislación jurídica vigente sobre fideicomiso, inhibe o favorece la Constitución de fideicomisos y, por ende, la actividad fiduciaria. Relacionado estrechamente con el primero, el segundo objetivo general que se propone alcanzar este estudio es evaluar críticamente, desde una perspectiva jurídica y desde un punto de vista económico la eficacia y funcionalidad de esa reglamentación.

La tesis que sustentamos en el presente trabajo es, que las últimas reformas hechas a la Ley General de Títulos y Operaciones de Crédito no han sido suficientes para desentrañar el verdadero sentido del fideicomiso.

La labor que hasta ahora se ha llevado a cabo para modificar la Ley General de Títulos y Operaciones de Crédito, ha traído como resultado una legislación sobre el fideicomiso llena de incongruencias, desaciertos, contradicciones y falta de técnica jurídica. El hecho de que quienes participen en distintas formas y a diversos niveles en la elaboración o modificación de las normas jurídicas, lo mismo en las de más alto rango, como pueden ser las constitucionales, hasta las que están en la parte más baja de la pirámide compuesta por el conjunto de nuestras leyes, lo hagan sin conocimiento ni sentido de responsabilidad, sin tener conciencia de la importancia y efectos que pueda tener su labor en los distintos ámbitos de la sociedad, es lo que dificulta que nuestro país pueda establecer, como siempre ha sido lo deseable, un régimen de derecho que merezca tal nombre; eso es lo que ha hecho decir a un conocido columnista, no sin cierta razón que "en México, la legislación es un amasijo de leyes, reformas y adiciones que se contraponen y contradicen unas con otras", *1 aunque al parecer, no es un fenómeno del que nuestro país tenga la exclusividad, pues un abogado argentino, viendo lo que sucede en el suyo, ha dicho que "legislar mal, (es) un hábito de este tiempo".*2

*1 Musacchio, Humberto, Diario Reforma, sección A, 22 de enero del 2003.

*2 Lisoprowski, Silvio V., La factura conformada. Legislar mal, un hábito de nuestro tiempo, Argentina, "LL", 1997.

CAPITULO I

NOCIONES GENERALES

1.1. Concepto de Fideicomiso

La palabra Fideicomiso proviene del latín "*fideicommissum; de fides*, fe y *commisus*, confiado. Contrato mediante el cual una persona física o moral transfiere la propiedad sobre parte de sus bienes a una institución fiduciaria, para que con ellos se realice un fin licito, que la propia persona señala en el contrato respectivo." [1]

De tal forma que puede afirmarse que el significado etimológico que se desprende del término fideicomiso es el de un encargo o una comisión de confianza.

Por fideicomiso también entendemos "toda Disposición Testamentaria por la cual el testador deja su herencia o parte de ella encomendada a la fe de uno para que, en caso y tiempos determinados la transmita a otro sujeto o la invierta del modo que se le señala."[2]

El maestro Cervantes Ahumada establece que el Fideicomiso es "un negocio jurídico por medio del cual el fideicomitente constituye un patrimonio autónomo, cuya titularidad se le atribuye al fiduciario, para la realización de un fin determinado."[3]

---

[1] INSTITUTO DE INVESTIGACIONES JURÍDICAS. Diccionario Jurídico Mexicano. T. II. 13ª edición, Porrua, México, 1999. p. 1441.
[2] REAL ACADEMINA DE LA LENGUA ESPAÑOLA. Diccionario de la Lengua Española. 19ª edición, Madrid Espasa-Calpe, 1970. p. 616.
[3] CERVANTES AHUMADA, Raúl. Títulos y Operaciones de Crédito. 15ª edición, Porrúa, México, 2002. p. 154.

Por su parte, el estudioso Vásquez del Mercado, dice que el Fideicomiso "es un contrato de naturaleza mercantil, en virtud del cual una persona llamada fideicomitente destina bienes para la concepción de un fin lícito determinado y recomienda la realización de los actos para lograr tal fin, a otra persona, llamada fiduciario,"[4]

Villagordoa Lozano considera que "el fideicomiso es un negocio de carácter fiduciario, por medio del cual el fideicomitente transmite la titularidad de ciertos bienes o derechos al fiduciario."[5]

Finalmente, la Ley General de Títulos y Operaciones de Crédito antes de su reforma en el año de 2003, establecía que "En virtud del fideicomiso, el fideicomitente destina ciertos bienes a un fin lícito y determinado, encomendando la realización de ese fin a una institución fiduciaria."[6]

Esa definición, a nuestro juicio, era insuficiente y dio origen a la mencionada reforma, publicada en el Diario Oficial de la Federación el viernes 13 de junio del 2003, pues en todo momento surgía la duda de si existía o no la transmisión de propiedad de bienes en el fideicomiso.

La actual redacción del citado artículo 381 de la Ley General de Títulos y Operaciones de Crédito aclara: "En virtud del fideicomiso, el fideicomitente transmite a una institución fiduciaria la propiedad o la titularidad de uno o mas bienes o derechos, según sea el caso, para ser destinados a fines lícitos y determinados, encomendando la realización de dichos fines a la propia institución fiduciaria."[7]

---

[4] VÁZQUEZ DEL MERCADO, Oscar. Contratos Mercantiles. 6ª edición, Porrúa, México, 2000. p. 423.
[5] VILLAGORDOA LOZANO, José Manuel. Doctrina General del Fideicomiso. 4ª edición, Porrúa, México, 2000. p. 7.
[6] Ley General de Títulos y Operaciones de Crédito.
[7] Ibidem.

1.2. Objeto del Fideicomiso

Respecto a éste punto podemos decir que las cosas futuras pueden ser objeto de un contrato. Sin embargo, no puede serlo la herencia de una persona viva, aún cuando ésta preste su consentimiento. En el fideicomiso únicamente las cosas pueden ser su objeto, mientras que en los contratos también los hechos pueden serlo.

La doctrina los divide en dos:

"El objeto directo de los negocios jurídicos es precisamente el nacimiento de consecuencias jurídicas como creación, transmisión, modificación o extinción de derechos, de obligaciones o de situaciones jurídicas. Mientras que el objeto indirecto esta representado tanto por el directo de la obligación, es decir la prestación a cargo del obligado que puede ser positiva de hacer o negativa esto es una abstención como por el objeto también indirecto de la propia obligación, el cual toma el mismo carácter en relación con el negocio."[8]

De manera general podemos decir de acuerdo con el artículo 386 de la Ley General de Títulos y Operaciones de Crédito que, "pueden ser objetos del fideicomiso toda clase de bienes y derechos, salvo aquellos que, conforme a la ley sean estrictamente personales de su titular."[9]

Así que al hablar respecto del objeto del contrato, estamos haciendo referencia tanto al objeto directo como al objeto indirecto. En el Código Civil para el Distrito Federal, en sus artículos 747 al 749 y 1825, establece los requisitos que debe cumplir el objeto del contrato y podemos distinguirlos:

"Artículo 747. Pueden ser objeto de apropiación todas las cosas que no estén excluidas del comercio.

---

[8] DOMÍNGUEZ MARTÍNEZ, Jorge Alfredo. El Fideicomiso. 9ª edición, Porrúa, México, 2001. p. 66.
[9] Ley General de Títulos y Operaciones de Crédito.

Artículo 748. Las cosas pueden estar fuera del comercio por su naturaleza o por disposición de la ley.

Artículo 749. Están fuera del comercio por su naturaleza las que no pueden ser poseídas por algún individuo exclusivamente, y por disposición de la ley, las que ella declara irreductibles a propiedad particular".

"**Artículo 1825.** La cosa objeto del contrato debe;

1º. Existir en la naturaleza.

2º. Ser determinada o determinable en cuanto a su especie.

3º. Estar en el comercio."[10]

Así, en conclusión, podemos comentar:

OBJETO DIRECTO.- Debe ser jurídicamente posible, es decir, que los derechos y obligaciones que se pretenden crear o transmitir mediante el contrato no sean contrarios a una norma jurídica.

OBJETO INDIRECTO.- Aquí debemos distinguir si consiste en una cosa o en un hecho.

La cosa debe ser física y jurídicamente posible;

- Físicamente posible significa que la cosa pueda existir en la naturaleza;
- Jurídicamente posible significa que sea determinada o determinable en cuanto a su especie o individualidad; y,
- que se encuentre dentro del comercio, esto es, que sea susceptible de apropiación particular, tanto por su naturaleza como por la ley.

El hecho debe ser física y jurídicamente posible.

[10] Código Civil para el Distrito Federal.

- Físicamente posible significa que sea conforme a las leyes de la naturaleza.
- Jurídicamente posible significa que el hecho que se debe hacer o no hacer no sea contrario a las leyes que lo regulan; y,
- Debe ser lícito.

1.3. Fines del Fideicomiso

La ley establece que el fideicomiso debe constituirse para la realización de un fin determinado, por lo cual consideramos que su consecución es el objetivo o resultado que debe obtenerse por la celebración del contrato.

Algunos autores refieren que tales fines son las actividades jurídicas que realiza el fiduciario, por instrucciones del fideicomitente, a través del ejercicio obligatorio de los derechos que le transmite.

De acuerdo con el artículo 382 de la Ley General de Títulos y Operaciones de Crédito en su último párrafo establece que "la institución fiduciaria podrá ser fideicomisaria en los fideicomisos que tengan por fin servir como instrumentos de pago de obligaciones incumplidas, en el caso de créditos otorgados por la propia institución para la realización de actividades empresariales."[11]

Asimismo, el fin del fideicomiso deber ser:

- Lícito, según lo establecido por el artículo en el 1830 del Código Civil para el Distrito Federal, el cual a la letra dice:
- "Artículo 1830. Es ilícito el hecho que es contrario a las leyes de orden público o a las buenas costumbres."
- Posible, conforme lo establece el artículo 1828 del Código Civil para el Distrito Federal que fija que es imposible el hecho que no puede existir por que es incompatible con una ley de la naturaleza o con una norma jurídica que debe regirlo necesariamente y que constituye un obstáculo insuperable para su realización.

[11] Ley General de Títulos y Operaciones de Crédito.

Determinado, conforme lo establece el artículo 382 de la Ley General de Títulos y Operaciones de Crédito que hace mención donde el fin debe estar contemplado en el fideicomiso.

Según lo expuesto, es de concluirse que pueden ser fines del fideicomiso cualesquiera actividad jurídica que sea lícita, posible y determinada; es ilícito el fin que es contrario a las leyes de orden público, de interés o a las buenas costumbres; es imposible el fin que no puede existir por ser incompatible con las leyes de la naturaleza o con una norma jurídica que debe regirla necesariamente, y que constituya un obstáculo insuperable para su realización; es inválido el fideicomiso si no se determina en forma concreta el fin que se persigue a través de su constitución.

A la autoridad judicial corresponde, en su caso, interpretar las concepciones del orden público y de las buenas costumbres prevalecientes en la sociedad, para que no choquen las voluntades de los contratantes con el fin del fideicomiso, conforme lo establece el artículo 1831 del Código Civil para el Distrito Federal.

1.4. Clasificación del Fideicomiso

Una vez analizados los fines en un fideicomiso, ahora es oportuno llegar a una clasificación, dependiendo de las operaciones que se realicen en el fideicomiso.

Es importante hacer notar que el fideicomitente constituye el fideicomiso por un acto de voluntad y en dicho acto se pueden distinguir dos aspectos.

El primero es referente a la manifestación de voluntad que se expresa a través del otorgamiento del contrato; y, el segundo, que corresponde a la causa que impulsa al fideicomitente a constituir el fideicomiso. Por lo tanto nosotros clasificaremos al fideicomiso conforme a los fines que persigue y la forma en que la doctrina y la legislación los divide.

CLASIFICACIÓN POR LA FORMA DE LOS CONTRATOS.

Con relación a la forma de los contratos, existe en la regulación del fideicomiso el principio general que establece que dicho contrato debe siempre constar por escrito, como se corrobora con las disposiciones contenidas en el artículo 387 de la Ley General de Títulos y Operaciones de Crédito vigente. Por su parte la doctrina los divide en tres: convencionales, testamentarios y por disposición de ley.

FIDEICOMISOS CONVENCIONALES.

Se constituyen por el acuerdo de voluntades de las personas o de las partes que intervienen en el fideicomiso. Este tipo de fideicomisos se perfeccionan con la voluntad del fideicomitente y la aceptación de la Institución Fiduciaria, la cual debe expresar también su voluntad, aceptando la encomienda para que opere la transmisión a su favor de los bienes o derechos que se le transmitan para que se forme el patrimonio del fideicomiso.

FIDEICOMISOS TESTAMENTARIOS.

De acuerdo a su concepto este fideicomiso puede constituirse sujetando sus efectos a la muerte del fideicomitente. En éstos casos estamos frente a un fideicomiso testamentario; estos fideicomisos, por su propia naturaleza, deben constar siempre en el testamento del fideicomitente, pues a partir de su muerte comienzan a surtir sus efectos.

El propósito de este fideicomiso, puede ser, por ejemplo, la protección de los menores de edad o el manejo de capitales que, en este caso, podrían ser una herencia o un legado. Esta masa hereditaria sería manejada por una Institución Fiduciaria y siempre deberá estar consignado en un testamento. En esta

circunstancia deberá preverse que se proteja la debida inversión del patrimonio y que se garantice el rendimiento adecuado para los fideicomisarios que, en este caso, pueden ser los herederos o legatarios, incluidos los incapaces de manejar directamente los bienes que heredan.

"En estos casos estamos frente a un fideicomiso testamentario; estos fideicomisos por su propia naturaleza, deben constar en el testamento del fideicomitente, pues a partir de su muerte comienza a surtir sus efectos."[12]

FIDEICOMISOS CELEBRADOS POR DISPOSICIÓN DE LA LEY O POR DISPOSICIÓN DE ÓRGANOS DEL ESTADO.

En este caso "no siempre se constituye el fideicomiso por la expresa voluntad del fideicomitente, ya sea en un acto contractual o en un testamento, sino por disposición expresa de la ley, cuando por este medio se crea un patrimonio que venga a satisfacer las necesidades de un determinado grupo o clase social."[13]

Su función principal es de carácter social y está encaminado a proteger los intereses de determinado grupo social y que se encuentre o se lleve a cabo de forma satisfactoria para su cumplimiento. Asimismo, mediante el fideicomiso se canalizan fondos públicos para la constitución de fondos de fomento, al través de los cuales se apoyarán actividades vitales para el desarrollo económico y social del país.

Son múltiples los fideicomisos que se han celebrado en cumplimiento a lo ordenado no solo por la ley, sino por decretos del ejecutivo federal, con la finalidad de satisfacer necesidades de interés público.

De acuerdo al concepto de los fideicomisos celebrados por disposición de órganos del Estado. Estos fideicomisos son constituidos ya sea en el ámbito federal,

[12] VILLAGORDOA LOZANO, José Manuel. Op. cit. p. 238.
[13] Ibidem. Op. cit. p. 240.

local o municipal; como es el caso de la Secretaría de Hacienda y Crédito Público o de Petróleos Mexicanos, por mencionar algunos. Tales instituciones aportan los fondos o, en su caso, los bienes que constituyen el patrimonio del fideicomiso determinándose los fines para los cuales serán destinados. Por lo regular, los fideicomisarios en esta clase de contratos son trabajadores o la sociedad en particular, dependiendo de las características que deben de reunir las personas a las que se vaya a beneficiar conforme se establezca en el fideicomiso. En este caso también debe de existir necesariamente la figura del comité técnico que regulará la inversión de los bienes fideicomitidos, para que el fiduciario pueda dar fiel cumplimiento a las finalidades previstas en la ley que crea el fideicomiso correspondiente.

CLASIFICACIÓN DOCTRINAL.

En este apartado trataremos de dar algunos conceptos acerca de la clasificación tan vasta que existe, en la doctrina y hablaremos de algunas que consideramos las más importantes.

FIDEICOMISOS PÚBLICOS Y PRIVADOS.

Dependiendo de la naturaleza de la persona que realiza la aportación de los bienes.

- Fideicomiso público, cuando en la formalización intervenga como fideicomitente el gobierno federal, el gobierno de las entidades federativas, de los municipios o alguna entidad paraestatal como creador del mismo, afectando con su constitución recursos públicos.
- Fideicomiso privado, se constituye por personas físicas o jurídicas, sobre bienes de propiedad particular y en beneficio de personas particulares o de interés social.

FIDEICOMISOS CUYA FORMA ES POR ESCRITO.

Como se ha mencionado, en atención a la forma en que debe celebrarse el contrato de fideicomiso puede ser:

- Escrito público, en los casos que de, conformidad con la legislación, la transmisión de la propiedad de los bienes fideicomitidos requiera que el documento se otorgue ante fedatario público.
- Escrito privado, el celebrado entre el fideicomitente y fiduciario sin la intervención de fedatario alguno.

FIDEICOMISOS REVOCABLES E IRREVOCABLES.

- Fideicomiso revocable, es aquel en el que el fideicomitente se reserva expresamente en el acto de constitución, la facultad de que, mediante su declaración unilateral, en cualquier tiempo se dé por terminado dicho fideicomiso, siempre y cuando éste no se haya extinguido previamente por otra causa. Esta circunstancia queda regulada en el artículo 392 de la Ley General de Títulos y Operaciones de Crédito fracción VI.
- Fideicomiso irrevocable, es aquel en el que el fideicomitente carece de la facultad de dar por terminado el fidecomiso. "Cuando los motivos provienen de causas que asemejan el fideicomiso a un contrato oneroso, o sea cuando el fideicomitente ha recibido o recibirá una contraprestación motivada por esa causa, dicho fideicomitente no tiene derecho a revocarlo o modificarlo porque lesionaría a los derechos del fideicomisario."[14]

[14] Ibidem. p. 218.

CLASIFICACIÓN POR LOS FINES

En esta clasificación vamos a partir de la base de los fines que pretende alcanzar el fideicomitente, los cuales deben ser interpretados por la actuación del fiduciario en el ejercicio de los derechos transmitidos que constituyen el patrimonio fideicomitido. Para ello, vamos a tomar las situaciones que determina el maestro José Manuel Villagordoa Lozano que propone los siguientes supuestos:

a) "El fiduciario recibe los bienes o derechos fideicomitidos para transmitirlos al fideicomisario cuando se hayan reunido los requisitos señalados por el fideicomitente.
b) El fiduciario recibe los bienes o derechos fideicomitidos, para que con ellos se garantice el cumplimiento de una obligación principal.
c) El fiduciario recibe los bienes o derechos fideicomitidos (dinero o bienes de fácil realización) para proceder a efectuar las inversiones señaladas en el acto constitutivo del fideicomiso, o para encargarse de la guarda, conservación o en general de cualquier otro acto de administración de los mismos."[15]

FIDEICOMISOS TRASLATIVOS

Estos fideicomisos "tienen como fin que el fiduciario transmita la titularidad de los bienes o derechos fideicomitidos al fideicomisario o a la persona que este señale, una vez que se hayan reunido los requisitos previamente establecidos."[16]

La operación de estos fideicomisos se realiza en los casos en los que se presenta alguna situación o, más bien dicho, un problema de carácter legal o de

[15] Ibidem. p.p. 218-219.
[16] Ibidem. p. 220.

tipo práctico para que no se pueda realizar la transmisión mediante las formas comunes en los negocios jurídicos. Nos referimos, por ejemplo, a la compra-venta, la donación o la aportación de un socio en una empresa.

FIDEICOMISOS DE GARANTÍA.

El fideicomiso de garantía se ha usado como sustituto de la hipoteca. Es un contrato de mutuo que garantiza la devolución de algún préstamo con algún bien real y que se utiliza para evitar un juicio hipotecario.

En este fideicomiso se transmite la titularidad de ciertos bienes o derechos al fiduciario, con el fin de asegurar el cumplimiento de una obligación a cargo del fideicomitente.

La naturaleza de estos fideicomisos de garantía es la misma que la de los contratos llamados accesorios, ya que se ligan a un contrato principal de los cuales surgen.

De acuerdo con las reformas del 13 de Junio del 2003, este tipo de fideicomiso sufrió modificaciones ya que antes no eran considerados como contratos reales en vista de que no generaban un derecho real y, en la actualidad su tratamiento legal considera que ya generan un derecho real, tal como en el capítulo tercero de esta investigación abordaremos.

FIDEICOMISOS DE ADMINISTRACIÓN.

"Son aquellos en virtud de los cuales se transmite al fiduciario determinados bienes o derechos para que dicho fiduciario proceda a efectuar las operaciones de

guarda, conservación o cobro de los productos de los bienes fideicomitidos que señala el fideicomitente, entregando los productos o beneficios al fideicomisario."[17]

Los fideicomisos de administración comprenden dos actividades fundamentales que se presentan en la práctica:

- La actividad de inversión consiste en que el fiduciario, con cargo al patrimonio fideicomitido, adquiera los bienes que le señala el fideicomitente.
- La actividad de administración consiste en que el fiduciario, como titular del patrimonio se encarga de la guarda y administración de los bienes que integran el patrimonio, efectuando así el cobro de productos entregándolos al fideicomisario.

Con el fin de que el fiduciario no se exceda en el ejercicio de la actividad de inversión, el fideicomitente tiene el derecho o la facultad de indicar los tipos de bienes o valores que deba adquirir con la suma de dinero que sea materia del fideicomiso. En estos casos, la responsabilidad del fiduciario se limita a la entrega de los productos o de los valores invertidos cuando se termina el fideicomiso.

1.5. Elementos personales del Fideicomiso

Después de haber analizado el origen y la naturaleza jurídica del fideicomiso Mexicano, nos referimos a los elementos que lo integran.

Estos elementos son las partes que intervienen en el fideicomiso y son tres:

- El fideicomitente.
- El fiduciario.
- El fideicomisario.

---

[17] RODRÍGUEZ RODRÍGUEZ, Joaquín. El Fideicomiso. 3ª edición, Porrúa, México, 2000. p. 118

1.6. Fideicomitente

El maestro Raúl Cervantes Ahumada establece en su libro Títulos y Operaciones de Crédito que la figura del fideicomitente es "la persona que por declaración unilateral de voluntad constituye el fideicomiso,"[18] al que se destinan los bienes o derechos necesarios para el cumplimiento de sus fines, transmitiendo su titularidad al fiduciario.

Acosta Romero señala "que es la persona titular de los bienes o derechos que transmite a la fiduciaria, para el cumplimiento de una finalidad lícita."[19]

Así tenemos que el fideicomitente debe tener poder de disposición sobre los bienes materiales o derechos que sean parte del patrimonio fideicomitido, para estar en aptitud de transmitir su titularidad.

Por lo tanto, podemos concluir que el fideicomitente es una persona física o moral, que debe contar con la capacidad jurídica necesaria para la celebración del contrato; además, debe tener la propiedad o titularidad de los bienes o derechos que se aportan al fideicomiso.

Los derechos y facultades del fideicomitente son los siguientes:

1. Señalar los fines del fideicomiso;
2. Designar a los fideicomisarios y a la o las instituciones que desempeñen el cargo de fiduciario;
3. Reservarse determinados derechos sobre la materia del fideicomiso;

---

[18] CERVANTES AHUMADA, Raúl.Op. cit. 297
[19] ACOSTA ROMERO, Miguel. Nuevo Derecho Bancario. 4ª edición, Porrúa, México, 2001. p. 185.

4. Prever la formación de un comité técnico, dar las reglas de su funcionamiento y fijar sus facultades;
5. Exigir al fiduciario la rendición de cuentas de su gestión, cuando se haya reservado este derecho expresamente en el acto constitutivo del fideicomiso o en las modificaciones del mismo;
6. En los fideicomisos onerosos, exigir del fideicomisario la contraprestación a que tenga derecho;
7. En caso de incumplimiento, exigir de la contraparte el cumplimiento o la rescisión del fideicomiso, con el resarcimiento de los daños y perjuicios causados.

1.7. Fiduciario

También el maestro Cervantes Ahumada nos orienta al definir al fiduciario como "la persona a quien se encomienda la realización del fin establecido en el acto constitutivo del fideicomiso y se atribuye la titularidad de los bienes fideicomitidos, debe ser un banco debidamente autorizado para actuar como fiduciario" [20]

Consideramos que el fiduciario es la persona que tiene la titularidad de los bienes o derechos fideicomitidos y que se encarga de la realización de los fines del fideicomiso, a través del ejercicio obligatorio de los derechos recibidos del fideicomitente.

De acuerdo con la ley de Instituciones de Crédito, será prestado por instituciones de crédito, instituciones financieras, aseguradoras o afianzadoras en los términos establecidos en la propia ley.

Por lo que se refiere a los derechos y obligaciones del fiduciario, diremos que el cumplimiento de sus obligaciones es correlativo al ejercicio de los derechos que

[20] CERVANTES AHUMADA, Raúl. Op. cit. p. 298.

se transmiten, pues está obligado a ejercerlos para alcanzar los fines del fideicomiso.

Dentro de las obligaciones de dar nos encontramos las de pagar al fideicomisario los beneficios del fideicomiso; entre las obligaciones de hacer se encuentran primordialmente las de ejecutar los fines del fideicomiso y, por último, las obligaciones de no hacer, comprenden las de abstenerse de hacer mal uso de los derechos fideicomitidos y de no excederse en el ejercicio de las facultades que se le confieren.

Por lo anterior podemos decir que el fiduciario es la entidad especializada o profesional que presta el servicio fiduciario al que se le transmite o entrega la propiedad o titularidad de los bienes o derechos, encomendándole además el cumplimiento de los fines del fideicomiso.

En ese orden de ideas, el fiduciario debe desempeñar su cargo de buena fe, como un buen padre de familia, ya que no podrá apropiarse de los bienes fideicomitidos ni usarlos en su propio provecho.

1.8. Fideicomisario

El maestro Cervantes Ahumada define al fideicomisario como "la persona que tiene derecho a recibir los beneficios del fideicomiso. Puede serlo el mismo fideicomitente; pero no puede serlo el fiduciario."[21]

En pocas palabras, consideramos que es la persona que recibe los beneficios del fideicomiso. De acuerdo con la ley pueden ser fideicomisarios las personas físicas o jurídicas que tengan la capacidad necesaria para recibir el provecho del

[21] Ibidem. p. 300.

fideicomiso, el cual debe de cumplir con los requisitos que el propio fideicomitente establezca en el contrato.

El fideicomisario puede ser el mismo fideicomitente o cualquier otra persona, siempre y cuando reúna los requisitos exigidos por la ley tenga las características necesarias para recibir los beneficios del fideicomiso.

Son derechos del fideicomisario:

1. Aquellos que se deriven del acto constitutivo del fideicomiso;
2. Exigir a la institución fiduciaria el cumplimiento de los fines del fideicomiso;
3. Atacar la validez de los actos que la institución fiduciaria cometa en su perjuicio, de mala fe;
4. Atacar la validez de los actos que aquella institución cometa en su perjuicio, en exceso de las facultades que el acto constitutivo o la ley le confieran;
5. Cuando proceda, reivindicar los bienes que a consecuencia de actos excesivos o de mala fe de la fiduciaria, hayan salido del patrimonio del fideicomiso;
6. Elegir institución fiduciaria, cuando haya renunciado la que originalmente fungió con ese carácter; fuese removida o si en el acto constitutivo del fideicomiso no fuere designada;
7. Dar su consentimiento para reformar el acto constitutivo, cuando se trate de formar un comité técnico;
8. Aquellos otros derechos que, por las peculiaridades de cada fideicomiso, pudieran corresponderle de acuerdo con lo que se haya pactado en la constitución respectiva.

Si analizamos todos estos derechos podemos concluir que se trata de derechos personales, ya que los derechos del fideicomisario no pueden ser considerados como derechos reales sobre las cosas fideicomitidas.

1.9. Modos de extinción y terminación del Fideicomiso

Del contenido del artículo 392, de la Ley General de Títulos y Operaciones de Crédito, podemos enumerar las causas de extinción del fideicomiso. Consideramos que en este artículo faltan algunos modos de terminación, aunque éstos no dejen de ser esenciales.

Según este dispositivo legal, estas causas pueden ser:

- Por la realización del fin previsto en la constitución.
- Por hacerse imposible la conclusión de este fin.
- Por hacerse imposible el cumplimiento de la condición suspensiva o por no haberse verificado dentro del término señalado, al realizarse el fidecomiso o en el plazo de 20 años siguientes a su constitución.
- Por haberse cumplido la condición resolutoria a que hubiere quedado sujeto.
- Por convenio expreso entre el fideicomitente y el fideicomisario. En este punto, la ley fue reformada y adicionada en el sentido de que el convenio será por escrito, entre el fideicomitente, fiduciario y fideicomisario.
- Por revocación expresa del fideicomitente cuando él mismo se haya reservado ese derecho, y, por último;
- Si no es posible realizar la sustitución de fiduciario.

Entre las principales consecuencias de extinción encontramos la desaparición del patrimonio fideicomitido; la reversión del patrimonio del fideicomiso al fideicomitente o la transmisión de dicho patrimonio a sus herederos; así como la cancelación de su inscripción en el registro correspondiente siempre y cuando la ley lo establezca para cada caso en especial.

"Algunas causales de extinción provienen de actos de las partes o de ellas y otras de hechos que le son ajenos, criterio distintivo que sirve de base a la clasificación adoptada"[22]

La ley General De Títulos y Operaciones de Crédito establece en su artículo 392 que "El fideicomiso se extingue: I. Por la realización del fin para el que fue constituido."[23]

La posibilidad de incontables finalidades susceptibles de alcanzar mediante el fideicomiso haría inútil, por necesariamente incompleta, cualquier tentativa de examinar ejemplos de extinción por la realización de su fin. Sin embargo, cabe destacar que este apartado debe entenderse como la realización del objeto o fin del fideicomiso ya que puede estar basado en diferente tipo de obligación.-

Aún cuando la legislación especial vigente no incluye esta causal, su procedencia es indudable. Dice el código civil que: "Es obligación a plazo aquella para cuyo cumplimiento se ha señalado un día cierto"[24] (art. 1953), pero no distingue diversas clases de plazos.

"La doctrina, en cambio, enseña que el plazo o término puede ser suspensivo o extintivo; el extintivo, que es al que aludimos, limita la duración de la obligación y a su llegada ésta termina, cesa de producir sus efectos, pero para lo porvenir solamente, pues las que había producido hasta entonces quedan adquiridos. O, dicho de otra manera, el plazo se produce sin retroactividad. Los fideicomisos en la zona prohibida (mas bien "restringida" en el caso), con emisión de certificados de participación inmobiliaria cuya duración no puede exceder de 30 años, son de interés en esta materia. Si el fideicomisario falleciere antes de la llegada de dicho plazo, el derecho al lapso restante pasa a los herederos o a cesionarios,

---

[22] BATIZA, Rodolfo. Principios Básicos del Fideicomiso y de la Administración Fiduciaria. 8ª edición, Porrúa. México, 2000. p. 242.
[23] Ley General de Títulos y Operaciones de Crédito.
[24] Código Civil para el Distrito Federal.

cumpliéndole las formalidades relativas a disposiciones testamentarias, o siguiéndose el intestado correspondiente."[25]

El maestro Batiza autor de la cita anterior, hace referencia a que no debe excederse del término de los 30 años y que, en la actualidad, es de 50 años conforme a los términos que establecen las reformas.

En este tipo de extinción se encuentra contemplada la revocación y el convenio entre las partes:

a) Revocación.- Establece la ley General de Títulos y Operaciones de Crédito en su artículo 392 fracción VI: "El fideicomiso se extingue:... Por revocación hecha por el fideicomitente, cuando éste se haya reservado expresamente ese derecho al constituir el fideicomiso."[26]
b) Convenio entre las partes; La ley General de Títulos y Operaciones de Crédito en el mencionado artículo 392 fracción V, dispone: "El fideicomiso se extingue: ...Por convenio escrito entre el fideicomitente, fiduciario y fideicomisario."[27]

Respecto a la extinción por actos ajenos a la voluntad, se maneja a la extinción por hechos que son realizados ya sea por la naturaleza o por el hombre, siempre y cuando no intervengan la voluntad de las partes del fideicomiso y que se clasifican conforme a los siguientes apartados:

a) Imposibilidad de realizar el fin.- Establece la Ley General de Títulos y Operaciones de Crédito en el artículo 392 fracción II que "El fideicomiso se extingue: "Por hacerse éste (el fin) imposible."

En esta situación, debe distinguirse la imposibilidad material de la jurídica: y, en ese sentido, es necesario acudir a lo dispuesto en el artículo 1828 del Código

---

[25] BATIZA, Rodolfo. Op. cit. p. 244.
[26] Ley General de Títulos y Operaciones de Crédito.
[27] Ibidem.

Civil para el Distrito Federal que precisa "Es imposible el hecho que no pueda existir porque es incompatible con una ley de la naturaleza o con una norma jurídica que debe regirlo necesariamente y que constituye un obstáculo insuperable para su realización."[28]

b) Falta de la condición suspensiva y cumplimiento de la resolutoria.- La ley establece "El fideicomiso se extingue: fracción III. Por hacerse imposible el cumplimiento de la condición suspensiva de que dependa o no haberse verificado dentro del término señalado al constituirse el fideicomiso, o en su defecto, dentro del plazo de veinte años siguientes a su constitución; fracción IV. Por haberse cumplido la condición resolutoria a que haya quedado sujeto."[29]

c) Destrucción de la cosa.- Aunque la legislación vigente es omisa al respecto, la procedencia de esta causal es obvia. Se vio antes cuáles son los requisitos de existencia del contrato, entre los que figura el objeto. La pérdida total de la cosa es también causa de extinción del usufructo: "El usufructo se extingue: VII. Por la pérdida total de la cosa que era objeto del usufructo. Si la destrucción no es total, el derecho continúa sobre lo que de la cosa haya quedado."[30]

En resumen, las primeras manifestaciones del fideicomiso datan desde el derecho romano y el germánico. Este se empleaba en principio como parte del derecho sucesorio en donde el fideicomitente era el autor de la herencia, el fiduciario el heredero o legatario y el fideicomisario un tercero. Este fideicomiso se realizaba en forma verbal, con absoluta libertad y la base del mismo era la buena fe del fiduciario, la ausencia de la cual no tenía sanciones jurídicas.

---

[28] Código Civil para el Distrito Federal.
[29] Ley General de Títulos y Operaciones de Crédito.
[30] Código Civil para el Distrito Federal.

Para nosotros, el fideicomiso es un contrato entre personas (físicas o morales) siempre y cuando tengan la capacidad jurídica necesaria. En tal contrato, una persona llamada fideicomitente debe transmitir la propiedad de ciertos bienes o la titularidad de ciertos derechos, siempre y cuando sean destinados a fines lícitos y determinados a una persona llamada fiduciaria, debidamente autorizada y facultada por la ley, para que el propio fideicomitente o una 3ª persona, llamada fideicomisaria, pueda recibir todos los provechos que el fideicomiso implica, conforme al contrato que se establezca.

CAPÍTULO II
NATURALEZA JURÍDICA DEL FIDEICOMISO

2.1. Introducción

En México se dificulta poder determinar la naturaleza jurídica del fideicomiso, ya que son pocos los artículos de la ley cambiaria que se ocupan de regularlo.

Para determinar la naturaleza jurídica del fideicomiso debemos recurrir a la legislación común, con objeto de precisar cuáles son los actos jurídicos que ésta considera como generadores de obligaciones.

El Código Civil para el Distrito Federal en el capítulo Primero del Libro Cuarto, califica los actos del ser humano y los hechos de la naturaleza que acarrean una consecuencia jurídica. Asimismo, el tema de la naturaleza jurídica del fideicomiso ha sido, en los últimos años, materia de estudio en diversos trabajos y tesis profesionales. Por esta razón únicamente nos concretamos a enunciar aquéllas teorías que han influido no sólo en la doctrina, sino en la misma legislación.

Esas teorías, por otra parte, muestran la evolución de nuestro pensamiento jurídico sobre esta institución tan controvertida; asimismo, nos confirman la trascendencia que tienen las doctrinas y prácticas jurídicas frente al legislador, quien no puede ignorar su desenvolvimiento.

Ante la necesidad de adoptar la institución anglosajona del *trust*, la doctrina latinoamericana iniciada por el doctor Ricardo J. Alfaro y aceptada en nuestras leyes de 1924 y 1926, se fundó en que el fideicomiso se asimilaba a un mandato de carácter irrevocable.

Posteriormente, cuando la doctrina siguió el pensamiento de Pierre Lepaulle, llegó a la conclusión de que se trataba de un patrimonio de afectación. Esta teoría trascendió a nuestra Ley General de Títulos y Operaciones de Crédito de 1932.

Surge después la doctrina de Remo Franceschelli, "quien concluye su estudio de *trust* asimilado al sistema jurídico de ascendencia romana, como un desdoblamiento de la propiedad. En nuestro medio jurídico se admite y desarrolla esta teoría, no ya enfocada al *trust*, sino a nuestro fideicomiso."[31] Manuel Lizardi Albarrán, en su obra, Ensayo sobre la naturaleza jurídica del fideicomiso, afirma que: "Esta teoría traduce a nuestro sistema jurídico el doble régimen anglosajón de la *equity* y del *common law*, como la propiedad legal, de que es titular el fiduciario y como el beneficio económico de la transmisión de dicha propiedad cuyo titular es el fideicomisario."[32]

Por último, y como un resultado del desarrollo del fideicomiso en nuestra práctica bancaria, se llega a su completa asimilación dentro de nuestro pensamiento jurídico. Se estudia ya como una operación propia desvinculada totalmente de sus antecedentes, al afirmarse que en el fideicomiso se transmiten al fiduciario los bienes y derechos que constituyen el patrimonio de la operación, para que a través del ejercicio de tales derechos se cumplan los fines que el fideicomitente señala expresamente. Esta teoría es admitida en nuestra Ley General de Instituciones de Crédito y Organizaciones Auxiliares de 1941, en los proyectos elaborados por las comisiones redactoras patrocinadas por la Asociación de Banqueros de México y por la Secretaría de Economía, antes la Secretaría de Comercio y Fomento Industrial y en la Ley General de Instituciones de Crédito de 1990.

En virtud de lo anterior se concluye que la naturaleza jurídica del fideicomiso es un contrato, sustentándolo de la siguiente forma:

---

[31] VILLAGORDOA LOZANO, José Manuel. Op. cit. p. 100.
[32] Ibidem. p. 100.

2.2. Teoría del Contrato

Batiza expone, defendiendo la tesis de que el fideicomiso es un contrato y, al respecto, afirma *"No es posible negar que el concepto legal del fideicomiso mexicano se inspira en lo esencial en la idea del patrimonio de afectación a un fin propuesto por Lepaulle, sin embargo, el concepto de afectación patrimonial es insuficiente, por sí mismo, para determinar la naturaleza jurídica del fideicomiso. Lo mismo puede decirse de otras elaboraciones doctrinarias, como la del negocio fiduciario. Más que en construcciones de doctrina, el fideicomiso debe encuadrarse dentro de las categorías reconocidas por el derecho positivo. La lectura de la ley sustantiva revela claramente que la constitución del fideicomiso resulta en un vínculo, en una relación legal que liga a las partes entre sí y de la cual derivan deberes y derechos recíprocos. Jurídicamente, el fideicomiso es una obligación."*[33]

Aunque el Código Civil se abstenga de definirla, dando su noción por supuesta, intitula el Libro Cuarto "De las obligaciones", subdividido así: Primera parte. De las obligaciones en general; Título Primero "Fuentes de las obligaciones; Capítulo I Contratos, y ofrece estas definiciones: en sus artículos 1792 y 1793 respectivamente "Convenio es el acuerdo de dos o más personas para crear, transferir, modificar o extinguir obligaciones"; "Los convenios que producen o transfieren las obligaciones y derechos toman el nombre de contratos."[34]

De ahí se sigue que el fideicomiso, constituido por acto entre vivos es la obligación jurídica resultante de un contrato.

La primera parte del artículo 387 de la Ley General de Títulos y Operaciones de Crédito antes de las reformas del 13 de junio de 2003 prescribía que: *"El fideicomiso puede ser constituido por acto entre vivos o por testamento,"*[35]

---

[33] BATIZA, Rodolfo. El Fideicomiso. 10ª edición, Porrúa, México, 2002. p. 135.
[34] Código Civil para el Distrito Federal.
[35] Ley General de Títulos y Operaciones de Crédito. 2002.

disposición copiada casi literalmente del artículo 18 del Proyecto Alfaro, que establecía "El fideicomiso puede ser constituido por testamento para que tenga efecto después de la muerte del fideicomitente o por acto entre vivos."[36] Explicando la naturaleza jurídica de la institución que había adaptado, Alfaro indicó: "El fideicomiso, según el espíritu del proyecto, es ni más ni menos un contrato tripartito cuya consumación depende del consentimiento que a su debido tiempo debe dar cada una de las partes."[37]

Claro es 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 el producir entre las partes derechos y obligaciones recíprocos, esa característica no falta en el fideicomiso, constituido el cual surgen tales derechos y obligaciones entre el fiduciario y el fideicomisario o el fideicomitente o con ambos.

La naturaleza contractual del fideicomiso, incluso su categoría específica dentro de ese género como contrato bilateral, sinalagmático perfecto, recibe confirmación adicional, sí ello fuera necesario, por la existencia de la condición resolutoria tácita según la cual en los términos del Código Civil, "La facultad de resolver las obligaciones se entiende implícita en las recíprocas para el caso de que uno de los obligados no cumpliere la que le incumbe. El perjudicado podrá escoger entre exigir el cumplimiento o la resolución de la obligación, con el resarcimiento de daños y perjuicios en ambos casos. También podrá pedir la resolución aún después de haber optado por el cumplimiento, cuando éste resultara imposible."[38]

La consecuencia fundamental que deriva de este criterio es que sólo en los contratos bilaterales opera la condición resolutoria por virtud de la cual, si uno de los contratantes falta a su obligación, puede el otro pedir la resolución del contrato o el consentimiento de su cumplimiento.

---

[36] Exposición de Motivos del Proyecto Alfaro. 2ª edición, Talleres Gráficos de la Nación, México, 1980. p. 4.
[37] BATIZA, Rodolfo. Op. cit. p. 136.
[38] Código Civil para el Distrito Federal.

Nuestra legislación consagra esos derechos recíprocos. En los términos del artículo 138 de la ley bancaria de 1941, *"si la institución bancaria no rinde cuentas de su gestión al ser requerida, o si es declarada judicialmente culpable de las pérdidas o menoscabo que sufran los bienes fideicomitidos, el fideicomisario, sus representantes legales, o el fideicomitente (si se reservó el derecho), podrán pedir su remoción, sin perjuicio de la opción que les concede el artículo 355 de la ley sustantiva para exigir al fiduciario el cumplimiento del fideicomiso."*[39] La nueva ley reglamentaria del servicio bancario dispone, en su artículo 65, *"cuando la institución de crédito, al ser requerida, no rinda las cuentas de su gestión dentro de un plazo de quince días hábiles o cuando sea declarada, por sentencia ejecutoriada, culpable de las pérdidas o menoscabo que sufran los bienes dados en fideicomiso o responsable de esas pérdidas o menoscabo por negligencia grave, procederá su remoción como fiduciaria."*[40] *A su vez, de acuerdo con el artículo 137, incisos, b) y c) de la ley bancaria anterior, "el fiduciario puede renunciar al desempeño de su cargo si el fideicomitente, sus causa-habientes, o el fideicomisario, se niegan a pagar las compensaciones estipuladas a su favor, o si los bienes dados en fideicomiso no rinden productos suficientes para cubrirlas."*[41]

Batiza sostiene "que el legislador de 1932 reconoció indirectamente la naturaleza contractual del fideicomiso al señalar: Puede aún afirmarse que el legislador mismo reconoció indirectamente la naturaleza contractual del fideicomiso, ya que al referirse en la Exposición de Motivos de la ley a las operaciones de crédito (dentro de las cuales está reglamentada la institución) indica qué no es sólo una necesidad analítica la que ha hecho incluir en la nueva ley diversas formas contractuales; y que no se limitan, por supuesto, las formas particulares de contratación, aparte de que, aludiendo al fideicomiso expreso, señala que puede servir a propósitos que no se lograrían sin él por el mero juego de

[39] Legislación Bancaria de 1941. 3ª edición, Duero, México, 1948. p. 52.
[40] Ley Reglamentaria del Servicio Bancario.
[41] Legislación Bancaria. 2ª edición, Sista, México, 2000. p. 14.

otras instituciones jurídicas o que exigirían una compilación extraordinaria para la contratación."[42]

De lo expuesto hasta aquí, concluimos, junto con el autor citado la naturaleza contractual de la institución materia de ésta tesis.

Hay otro aspecto de la naturaleza jurídica del fideicomiso que debe examinarse. El fideicomiso fue introducido en México, primero en la legislación bancaria y luego en la Ley de Títulos y Operaciones de Crédito, convirtiéndose así, en forma automática, en un acto de comercio (art. 75, fracción XIV del código de la materia, y 1°, último párrafo de la ley sustantiva especial).

Esta situación difiere de la que existe en los modelos directo e indirecto del fideicomiso. Efectivamente, la Ley 9° de Panamá de 1925 (en que se convirtió el Proyecto Alfaro) se agregó como Apéndice al Código Civil; en los países del *common law* (en que no existe la tajante dicotomía del derecho privado europeo e iberoamericano), el *trust*, figura legal de la que deriva el fideicomiso, es más bien parte del derecho sucesorio, por ser la vía testamentaria la forma predominante de constitución.

"Aparte de ser, técnicamente, un acto de comercio, se ha sostenido, además, que el fideicomiso es un acto absolutamente mercantil. Esta posición, sin embargo, no tiene apoyo en la ley. La categoría de los actos absolutamente mercantiles es más doctrinaria que legal. Aún la declaración legislativa que pudiere hacerse a efecto de que el fideicomiso reviste tal carácter, sería insuficiente para trasmutar su naturaleza jurídica. La práctica bancaria demuestra que el fideicomiso con frecuencia constituye un acto mixto en los términos del artículo 1050 del Código de Comercio, civil para el fideicomitente y mercantil para el fiduciario, en virtud de su calidad de institución bancaria. Dicho acto mixto (ampliando el concepto legal, de éste) es susceptible inclusive de

[42] BATIZA, Rodolfo. El Fideicomiso. Op. cit. p. 261.

ser administrativo (fideicomisos públicos), laboral (el que se constituyera por un sindicato) y, posiblemente, hasta agrario."[43]

NATURALEZA JURÍDICA DEL FIDEICOMISO MEXICANO

Cabe hacer el comentario de que la distinción formal establecida por nuestro código entre convenio y contrato, resulta un tanto superflua en la vida diaria, pues al no tener sanción, se aprecia que se utilizan en el tráfico jurídico indistintamente las palabras contrato o convenio, para calificar aquellos actos jurídicos en los que las personas, dos o más, expresan su voluntad de crear los efectos de derecho antes mencionados.

El uso de una u otra expresión, no trae aparejadas consecuencias para las partes, por lo que es una práctica constante que se usen indistintamente y, a veces, como sinónimos.

Para calificar al fideicomiso mexicano como contrato se considera que es una relación jurídica entre dos o más personas, puesto que siempre debe haber un fideicomitente y una institución fiduciaria. Esa relación establece derechos y obligaciones entre dos partes y, por lo tanto, no puede concebirse como una manifestación unilateral de la voluntad.

Esta afirmación se confirma con un estudio, por analogía, de cómo funciona el *trust* en Estados Unidos e Inglaterra (por ser el modelo tomado por el legislador mexicano) y con las opiniones de los más eminentes tratadistas sobre la materia en ambos países.

De manera general podemos decir que el *trust* es una relación fiduciaria con respecto a determinados bienes, por la cual la persona que los posee está obligada

---

[43] ORTIZ SOLTERO, Sergio. El Fideicomiso Mexicano. 4ª edición, Porrúa, México, 2000. p. 261.

en derecho y equidad a manejarlos en beneficio de un tercero. Este negocio surge como resultado de un acto volitivo expreso de la persona que crea el *trust*.

"Scott considera que el *trust* es una relación jurídica que tiene ciertas características y afirma: Los autores de derecho y los tribunales han definido algunas veces al *trust* como una cierta clase de derecho y obligación. Esa definición es demasiado estrecha. Es cierto que si se mira desde el punto de vista del *trustee*, hay derechos establecidos para él y a favor del beneficiario, pero el *trust* es una relación jurídica completa de la cual, las obligaciones del *trustee* son sólo una parte... el *trust* es un aparato legal completo, la relación jurídica entre las partes, con respecto a la propiedad que es su materia, incluye no sólo las obligaciones que el *trustee* tiene frente al beneficiario y el resto del mundo, sino también los derechos, privilegios, poderes e inmunidades que el beneficiario tiene en contra del *trustee* y el resto del mundo. Parece propio por lo tanto definir al *trust* ya sea como una relación que tiene ciertas características de definición o posiblemente como un instrumento jurídico o una institución legal que entraña esa relación."[44]

Aquí vemos que Scott reconoce la necesidad de dos partes en el *trust*.

El *trustee* (fiduciario) y el beneficiario, que puede entenderse como fideicomitente o fideicomisario, en el derecho mexicano.

Para Sir Arthur Underhill, el *trust* es:

"Una obligación de equidad que liga a una persona a quien se le designa *trustee* (fiduciario, para administrar una propiedad sobre la cual se le otorga un control y a la que se le llama propiedad fiduciaria) en provecho de personas a las que se designa beneficiarios o *cestuis que trust*, pudiendo ser uno de ellos el propio

[44] LEAUPALLE, Pierre. Tratado Teórico-Práctico de los Trust. 3ª edición, Porrúa, México, 2000. p. 239.

trustee (fiduciario) y cualquiera de ellos podrá darle fuerza legal al cumplimiento de la obligación"[45]

Aunque en esta definición recogida dentro de la estricta tradición inglesa, no se determina el concepto de *trust* con la precisión que lo hace Scott, existe una relación jurídica entre partes, sobre una propiedad fiduciaria.

Bogert, define el *trust* como "una relación fiduciaria en la cual una persona tiene en su poder diversos bienes, sujetos a una obligación de equidad para conservarlos o usarlos para el beneficio de otros."[46]

El significado de la frase relación fiduciaria se explica con amplitud en la sección que trata los deberes del fiduciario y de los fideicomisos constructivos, ahí aparecerá cómo la relación fiduciaria es una, en la cual la ley demanda a una persona las más altas normas de ética o conducta moral, con relación a otra y agrega más adelante que:

"... el interés en la propiedad fiduciaria es la parte fundamental de la constitución del *trust* y el *trust* presupone una propiedad específica definida o definible, una propiedad definida que se trasfiere al fiduciario y que debe conservar para su manejo o distribución."[47]

"El *settlor* (fideicomitente), en un *trust*, es la persona que intencionalmente origina que aquél exista, con cierta frecuencia es llamado creador del fideicomiso o donante."[48]

El *trustee* fiduciario es la persona individual o artificial (corporación), que mantiene la propiedad en su poder, para el beneficio de otros.

---

[45] Ibidem. p. 240.
[46] Enciclopedia Jurídica Omeba. T. IV. 10ª edición, Dris-Kill, Argentina, 1997. p. 739.
[47] Ibidem. p. 741.
[48] Ibidem. p. 742.

El beneficiario o *cestui que trust* (fideicomisario) es la persona para cuyo beneficio conserva la propiedad el fiduciario y puede ser, en los *trust* privados, un individuo o una corporación, o en aquellos que tienen fines caritativos, pueden ser el público o una clase sustancial del mismo.

En el derecho inglés y norteamericano la obligación del beneficiario es de equidad, con su claridad de pensamiento, Bogert afirma:

"En casi todos los casos existen cuando menos tres partes conectadas con el *trust*, que son:

El *settlor* (fideicomitente), una entidad legal separada que actúa como *trustee* (fiduciario), una o más terceras persona que son los beneficiarios (fideicomisarios) y más adelante agrega: sin embargo, cuando el *settlor* (fideicomitente), se declara a sí mismo *trustee*, ambas calidades recaen en una sola persona en cuyo caso un *trust* puede existir con sólo dos partes. Una persona no puede estar obligada consigo misma por lo cual no puede tener al mismo tempo la calidad de *settlor*, *trustee* y único *cestui*. Las personas que intervengan en un *trust*, no pueden ser menos de dos."[49]

Si teóricamente es permitido aplicar la analogía en aquellos casos en que existe identidad de principios y siendo el fideicomiso mexicano una adaptación del *trust* ingles y norteamericano, cabe concluir que la docta opinión de los autores que he citado, permiten afirmar que el *trust* es una relación jurídica establecida entre dos o más personas. En consecuencia, en México también existe esa relación, pues no puede haber fideicomisos únicamente con el fideicomitente, al igual que en el derecho norteamericano. Lo afirma contundentemente Bogert. En México, cuando menos, debe de haber dos personas para establecer y crear un fideicomiso.

Si se reconoce que el fideicomiso implica una relación jurídica entre dos o mas personas, que crea, establece, transmite y declara derechos y obligaciones

[49] LEAUPALLE, Pierre. Op. cit. p. 361.

entre partes es de concluirse que tiene todas las características atribuidas por el Código Civil, bien sea al convenio, bien sea al contrato.

Estimamos que se trata de un contrato, en virtud de que crea, declara y trasmite derechos y obligaciones.

Es más, en el uso bancario normal, en la experiencia mexicana ya lo hemos afirmado, se utiliza el término contrato de fideicomiso y, en algunas ocasiones, se usa la palabra convenio, con la aclaración que ya se hizo sobre la utilización de esta terminología.

El uso bancario es generador de principios de derecho complementarios de la ley, cuando existe alguna laguna. Así lo señala la fracción IV del artículo 6º de la Ley de Instituciones de Crédito. Ahora bien, dicho uso ha generado el principio de que el fideicomiso es un contrato, ya que la Ley General de Títulos y Operaciones de Crédito no señala qué tipo de acto es, y por lo que se refiere al uso bancario es aplicable al principio establecido en el artículo 2º, fracción III de la Ley General de Títulos y Operaciones de Crédito, de lo que se puede calificar como uso interpretativo en el sentido de que el fideicomiso es un contrato.

Abundando sobre el tema, también puede invocarse la intención del legislador para determinar la naturaleza de la figura que nos ocupa, y en la exposición de motivos de la Ley General de Títulos y Operaciones de Crédito de 1932, textualmente se dice:

"Aún cuando ello ofrece los peligros inherentes a la importación de instituciones jurídicas extrañas, la Ley de Títulos y Operaciones de Crédito reglamenta el fideicomiso, porque ya desde 1926 la Ley General de Instituciones de Crédito los había aceptado, y porque su implantación sólida en México, en los límites que nuestra estructura jurídica general permite, significaría de fijo un enriquecimiento del caudal de medios y formas de trabajo de nuestra economía. Corrigiendo los errores o lagunas más evidentes de la ley de 1926, la nueva ley

conserva, en principio, el sistema ya establecido de admitir solamente el fideicomiso expreso, circunscribe a ciertas personas la capacidad para actuar como fiduciarias y establece las reglas indispensables para evitar los riesgos que con la prohibición absoluta de instituciones jurídicas mejor construidas. En cambio, el fideicomiso expreso puede servir a propósitos que no se lograrían sin él por el mero juego de otras instituciones jurídicas o que exigirían una complicación extraordinaria en la contratación."[50]

De donde se concluye que el legislador está reconociendo que el fideicomiso es un contrato. Pero resulta todavía más firme este punto de vista cuando el propio legislador, autor de la redacción de los preceptos relativos al fideicomiso de la Ley General de Títulos y Operaciones de Crédito de 1932, señor Licenciado Pablo Macedo, en el trabajo ya mencionado varias veces en esta capítulo, explica con gran amplitud su intervención en la redacción de dichos preceptos y en dos ocasiones afirma que el fideicomiso es un contrato, ya que habla textualmente de que se configura en el caso como un contrato que requiere la voluntad de ambas partes y más adelante expresa en esta forma se evitaban las discusiones existentes en otros regímenes jurídicos, acerca de la buena o mala fe de quienes contratan con el fiduciario."[51] No queda duda pues, de que la intención del legislador fue diseñar el fideicomiso como un contrato.

LA PRÁCTICA MEXICANA

En lo que a la práctica en materia de fideicomiso se refiere, nuestro país y su legislación están utilizando constantemente dicha figura jurídica, razón por la cual, será necesario hacer las siguientes citas.

"Otra práctica administrativo-legal que viene a abundar a favor del criterio de que el fideicomiso es un contrato, es el hecho de que todos los fideicomisos del

---

[50] CERVANTES AHUMADA, Raúl. Derecho Mercantil Mexicano. 12ª edición, Herrero, México, 2002. p. 239.
[51] Ibidem. 240.

gobierno federal son establecidos mediante contrato, no obstante que su creación se ordena, bien sea por acuerdos presidenciales, bien por leyes, en cuyos casos, en ambos supuestos, son actos unilaterales de gobierno y por sí mismos no crean los fideicomisos."[52]

Se citan a continuación algunos ejemplos de contratos de fideicomisos celebrados por el gobierno federal, que confirman lo expuesto en este párrafo.

"La ley de 31 de diciembre de 1954 que ordenó la creación del fondo para la agricultura, ganadería y avicultura, por sí misma no constituyó el fideicomiso, sino que fue complementada con el contrato de fideicomiso, celebrado el 24 de junio de 1955, en el que el fideicomitente es el gobierno federal y la institución fiduciaria el Banco de México, y como este ejemplo, pueden citarse todos los fondos de fomento."[53]

En el acuerdo por el que se autoriza la constitución del fideicomiso para el fomento y apoyo del desarrollo pesquero, publicado en el Diario Oficial de 31 de octubre de 1980, se dice, entre otras cosas, textualmente lo siguiente: "Artículo 1° Se autoriza en los términos que se denominará fideicomiso para el fondo y apoyo del desarrollo pesquero. Como puede verse, el Ejecutivo autoriza la constitución del fideicomiso, pero el acuerdo en sí mismo, no lo crea, pues el artículo 5° del mencionado decreto, textualmente dice: Las facultades del Comité Técnico con las demás características del fideicomiso se determinarán en el contrato constitutivo que al efecto celebre el fideicomitente (gobierno federal por conducto de la SHCP) con la institución fiduciaria (BANPESCA)."[54]

En igual sentido, puede consultarse el acuerdo de la anterior Secretaría de Programación y Presupuesto (Diario Oficial de 31 de marzo de 1981), que autoriza la constitución de un fideicomiso que se denominará (Fondo Nacional para el

---

[52] ACOSTA ROMERO, Miguel. Op. cit. p. 432.
[53] Ibidem. p. 433.
[54] Diario Oficial de la Federación. 31 de octubre, México, 1980. p. 6.

Servicio Social de Estudiantes de Instituciones de Educación Superior y cuyo artículo 5° es idéntico al del anterior y que también habla de contrato constitutivo.

Los ejemplos citados que han sido transcritos al azar, confirman que el gobierno federal en todos los fideicomisos que constituye, utiliza la expresión contrato y celebra un acto jurídico de esa naturaleza.

Cabe invocar otro precedente más, el constitutivo por los contratos de fideicomiso que establecen los gobiernos de las entidades federativas y los municipios, mismos que también son contratos.

Consideramos que ha quedado plenamente confirmada la tesis expuesta, al definir formalmente el gobierno federal, en diversas disposiciones de carácter general y en leyes, el fideicomiso como un contrato.

LA TEORÍA DEL NEGOCIO JURÍDICO

La teoría del negocio jurídico está íntimamente relacionada con los hechos o fenómenos jurídicos y su clasificación.

Es conveniente aclarar, que en México, no está reconocida en la legislación la expresión negocio jurídico.

En consecuencia, se trata más bien de una cuestión teórica que, a mi modo de ver, más que aclarar los conceptos, origina imprecisión, no aporta ninguna utilidad práctica y contribuye a la confusión. La misma palabra negocio en el uso común del lenguaje corriente, implica ocupación, tarea, empleo, gestión lucrativa, acción o efecto de negociar o comerciar y en el uso común y corriente tal es la idea que se tiene de negocio.

Ahora bien, su uso en la teoría jurídica es una pretendida innovación de la doctrina, de la cual citaré la definición de Miguel Acosta Romero que señala lo siguiente:

"Negocio Jurídico es una expresión de voluntad (expresión de la propia autonomía, llamada negocial, del hombre) destinada a un fin práctico que por virtud de la ley logra más o menos cabal realización: Lo que equivale a decir que el ordenamiento jurídico, en vista de la legitimidad del fin, al que corresponde una función (la causa del negocio) y que por esa razón, dada su fisonomía, es digna de tutela, le otorga las consecuencias jurídicas más adecuadas para realizarlo."[55] El mismo autor reconoce "que el negocio jurídico es una abstracción o una categoría lógica, lo cual en el fondo implica que está reconocida por el Derecho Positivo."[56]

De lo anterior se infiere que el acto y el negocio jurídico son una especie del género acto jurídico, donde la manifestación externa de la voluntad tiene por objeto producir consecuencias de derecho distinguiéndose del hecho jurídico que en éste puede ser de la naturaleza o del hombre, pero en el último caso, sin buscar la consecuencia de derecho.

En nuestra opinión el negocio y acto administrativo es una manifestación unilateral y externa de voluntad, que expresa una decisión de una autoridad administrativa competente, en ejercicio de la potestad pública.

El fideicomiso puede encuadrarse como un acto jurídico, ya que es la expresión de voluntad de dos o más personas para crear, transmitir, reconocer, declarar, modificar o extinguir, derechos y obligaciones.

Ahora bien, dentro de las especies de actos jurídicos, nuestro Código Civil para el Distrito Federal, en sus artículos 1792 y 1793, define el convenio "como el acuerdo de dos o más personas para crear, transferir, modificar o extinguir obligaciones" y, añade, "los convenios que producen o transfieren obligaciones o derechos toman el nombre de contratos."[57]

---

[55] ACOSTA ROMERO, Miguel. Op. cit. p. 434.
[56] Ibidem. p. 435.
[57] Código Civil para el Distrito Federal.

Para calificar el fideicomiso mexicano como contrato nos basamos en que es una relación jurídica entre dos o más personas, puesto que siempre debe haber un fideicomitente y una institución fiduciaria. Esa relación establece derechos y obligaciones entre dos partes y, por lo tanto, no puede concebirse como una manifestación unilateral de voluntad.

Si se reconoce que el fideicomiso implica una relación jurídica entre dos o más personas, que crea, establece, transmite y declara derechos y obligaciones entre partes es de concluirse que tiene todas las características atribuidas al Código Civil en el contrato, ya que crea, declara y transmite derechos y obligaciones.

El propio legislador, autor de la redacción de los preceptos relativos al fideicomiso de la LGTOC de 1932, señor Licenciado Pablo Macedo explica con gran amplitud su intervención en la redacción de dichos preceptos, y en dos ocasiones afirma que "el fideicomiso es un contrato, ya que habla textualmente de que se configura en el caso como un contrato que requiere la voluntad de ambas partes y más adelante expresa en esta forma se evitaban las discusiones existentes en otros regímenes jurídicos, acerca de la buena o mala fe de quienes contratan con el fiduciario. No queda duda pues, de que la intención del legislador fue diseñar el fideicomiso como un contrato."[58]

Otra práctica administrativo legal que refuerza el criterio de que el fideicomiso es un contrato, es el hecho de que todos los fideicomisos del gobierno federal son establecidos mediante contrato, no obstante que su creación se ordena, bien sea por acuerdos presidenciales, bien por leyes. En ambos supuestos, son actos unilaterales de gobierno y por sí mismos no crean los fideicomisos.

El decreto por el que se establecen "bases para la constitución, incremento, modificación, organización, funcionamiento y extinción de los fideicomisos

[58] CERVANTES AHUMADA, Raúl. Op. cit. p. 240.

establecidos o que establezca el gobierno federal,"[59] publicado en el Diario Oficial de la Federación del 27 de febrero de 1979, refiere tanto en su considerando, como en su articulado, que el fideicomiso es un contrato. Aquí no puede decir la doctrina que se trata de disposiciones relativas a otras cuestiones y que, incidentalmente, se define el fideicomiso, pues todo el contenido del decreto que mencionamos se refiere a la materia de fideicomiso del gobierno federal.

En el párrafo tercero considerativo del decreto antes aludido dice textualmente: "Que los citados ordenamientos establecen que la Secretaría de Hacienda y Crédito Público actuará como fideicomitente único de la Administración Pública Centralizada, siendo, en consecuencia, la dependencia del Ejecutivo federal encargada de otorgar los contratos de fideicomiso, que constituya el Gobierno Federal, y de fijar en los mismos los términos a que debe someterse la encomienda fiduciaria conforme a las instrucciones del propio Ejecutivo emitidas por conducto de la Secretaría de Programación y Presupuesto."[60]

Asimismo, diversos artículos del mencionado decreto, establecen en forma reiterada, que no deja duda de ninguna especie, que el fideicomiso es un contrato y lo consideran como tal.

Los artículos a que nos referimos, son los siguientes:

"Artículo 2°. De acuerdo con la autorización que dé el Ejecutivo Federal, por conducto de la Secretaría de Programación y Presupuesto, en la que se establecerán los objetivos y características generales de los fideicomisos, la Secretaría de Hacienda y Crédito Público será la dependencia encargada de constituir y contratar los fideicomisos del Gobierno Federal."[61]

"En los contratos respectivos o en sus modificaciones, la Secretaría de Hacienda y Crédito Público deberá precisar los fines del fideicomiso, así como sus

[59] Diario Oficial de la Federación del 27 de febrero, México, 1979. p. 8.
[60] Ibidem. p. 9.
[61] Ibidem. p. 10.

condiciones y términos, siguiendo las instrucciones del Ejecutivo Federal dictadas a través de la Secretaría de Programación y Presupuesto. La Secretaría de Hacienda y Crédito Público cuidará que en los contratos queden debidamente precisados los derechos y acciones que corresponda ejercitar al fiduciario sobre los bienes fideicomitidos, las limitaciones que establezca el fideicomitente o que se deriven por derechos de terceros, así como los derechos que ése se reserve y las facultades que fije en su caso, el Comité Técnico."[62]

"Artículo 6°. La Secretaría de Hacienda y Crédito Público en los contratos de fideicomiso deberá precisar, en los casos en que las instrucciones fiduciarias se vean en la necesidad de otorgar mandatos para auxiliarse en el cumplimiento de las funciones secundarias ligadas a la encomienda fiduciaria, las facultades que se transmitan, cuidando que las mismas incluyan poderes que impliquen la expresión de voluntad de mandato o decisión. De igual manera se pactará que, en ningún poder se otorgarán facultades a los mandatarios para sustituir los poderes que se les confieran, salvo que se trate de mandatos para pleitos y cobranzas."[63]

"Artículo 9°. En los contratos de fideicomiso se deberán precisar las facultades que el fideicomitente fije al comité técnico, conforme a las instrucciones del Ejecutivo Federal, si las hubiere, indicando cuáles asuntos requieren de la aprobación del mismo, para el ejercicio de acciones y derechos que corresponden al fiduciario, entendiéndose que las facultades del citado cuerpo colegiado constituyen limitaciones para la institución fiduciaria."[64]

"Artículo 12°. La Secretaría de Haciendo y Crédito Público, en el contrato relativo y de acuerdo con la naturaleza del fideicomiso, determinará si corresponde o no suprimir las notificaciones a que se refiere el artículo 45, fracción IX, de la Ley General de Instituciones de Crédito y Organizaciones Auxiliares, sin perjuicio de la

---

[62] Ibidem. p. 11.
[63] Ibidem. p. 12.
[64] Ibidem. p. 13.

obligación que tiene el fiduciario se llevar el registro especial a que la misma norma se refiere."[65]

"Artículo 14° En los contratos constitutivos de fideicomiso del Gobierno Federal, se deberá reservar al propio Gobierno la facultad expresa de revocarlos, sin perjuicio de los derechos que correspondan a los fideicomisarios, o a terceros, salvo que se trate de fideicomisos constituidos por mandato de la ley o que la naturaleza de sus fines no lo permita."[66]

"Artículo 16°. La Secretaría de Hacienda y Crédito Público, cuando actúe como fideicomitente único del Gobierno Federal, enviará a la Secretaría de Programación y Presupuesto los contratos de fideicomiso de los que resulten derechos y obligaciones para el Gobierno Federal, así como las modificaciones de éstos y sin perjuicio de los registros que debe llevar la propia Secretaría de Hacienda y Crédito Público, deberá inscribir los fideicomisos del Gobierno Federal en el Registro que al efecto lleve la Secretaría de Programación y Presupuesto."[67]

De lo anteriormente expuesto se desprende y se colige que anteriormente las Secretarías de Estado eran las encargadas de constituir y contratar los fideicomisos del gobierno federal, los cuales se hacían casi de manera unilateral. En los decretos relativos se establecían los objetivos y características generales de los fideicomisos a contratar; asimismo, se precisaban los fines de éste, sus condiciones, términos y demás peculiaridades siguiendo siempre las instrucciones del ejecutivo federal a través de la ex Secretaría de Programación y Presupuesto, ahora Secretaría de Economía. En la actualidad, los fideicomisos celebrados con los órganos de gobierno han cambiado para su constitución haciendo de éstos más prácticos y bilaterales.

---

[65] Ibidem. p. 14.
[66] Ibidem. p. 15.
[67] Ibidem. p. 16.

Si todo lo anterior no fuera suficiente podemos mencionar que la Ley Orgánica del Banco Nacional de Obras y Servicios Públicos, cuyo artículo tercero transitorio textualmente ordena:

"El fondo de habitaciones populares a que se refiere la Ley Orgánica que se abroga, en lo sucesivo se regirá de conformidad con el contrato de fideicomiso que celebre la Secretaría de Hacienda y Crédito Público en su calidad de fideicomitente único del Gobierno Federal y del Banco Nacional de Obras y Servicios Públicos, como fiduciario."[68]

Por su parte, el Poder Judicial se ha pronunciado al respecto y la H. Suprema Corte de Justicia de la Nación en diversas ejecutorias, también ha reconocido la naturaleza contractual del fideicomiso, y pueden citarse los siguientes precedentes. Del Semanario Judicial de la Federación; Tomo CVIII, página 1328, Sosa García Efraín, tomo CXIX, página 119 de 17 de febrero de 1954, Esparza de Sánchez Leonor.

Séptima Época
Instancia: Sala Auxiliar
Fuente: Semanario Judicial de la Federación
Tomo: 21 Séptima Parte
Página: 39

"FIDEICOMISO, NATURALEZA DEL. Como negocio típico distinto de otros negocios, el fideicomiso aparece regulado en la legislación mexicana en mil novecientos treinta y dos, al entrar en vigor la Ley General de Títulos y Operaciones de Crédito. Anteriormente, fue introducido en la Ley de Instituciones de Crédito de mil novecientos veinticuatro, la cual hizo referencia a él sin reglamentarlo, y la ley sobre la misma materia, de mil novecientos veintiséis, lo consideró como un mandato irrevocable. Su antecedente inmediato es el *trust* norteamericano, cuya

[68] Ley Orgánica del Banco Nacional de Obras y Servicios Públicos.

institución en un aspecto jurídico ha sido definida como una obligación de equidad, por la que una persona llamada *trustee* (fiduciario), debe usar una propiedad sometida a su control (que es nombrada *trust property*), para el beneficio de personas llamadas *cestuique trustee*. Dicho antecedente fue adoptado parcialmente por el legislador mexicano, de acuerdo con nuestro medio, aun cuando en rigor estructuró una institución completamente diversa al *trust*, y la instituyó como una operación exclusivamente bancaria, en atención a la solvencia de los bancos y a la vigilancia que sobre ellos ejerce el Estado. Atendiendo a su naturaleza jurídica, mediante el fideicomiso, según el artículo 346 de la Ley General de Títulos y Operaciones de Crédito, el fideicomitente destina ciertos bienes a un fin lícito determinado, encomendando la realización de este fin a una institución fiduciaria. Y conforme al artículo 351 de la misma ley, los bienes que se den en fideicomiso se consideran afectados al fin a que se destinan y, en consecuencia, sólo podrán ejercitarse respecto a ellos los derechos y acciones que al mencionado fin se refieren, 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 los terceros. Por lo tanto, puede establecerse que el fideicomiso es un negocio jurídico en virtud del cual el fideicomitente constituye un patrimonio autónomo, cuya titularidad se atribuye al fiduciario, para la realización de un fin determinado. Dicho patrimonio es autónomo porque es distinto a los patrimonios propios de quienes intervienen en el fideicomiso (fideicomitente, fiduciario, fideicomisario). A ninguno de ellos tres puede ser atribuible el patrimonio constituido por los bienes fideicomitidos, ya que debe entenderse que se trata de un patrimonio afectado a un fin determinado. El fiduciario es titular, pero no propietario de los bienes afectados (no obstante que, si se trata de inmuebles, deben transmitírsele en la misma forma en que se tramite la propiedad de los mismos), y según el artículo 356 de la ley en referencia, tendrá todos los derechos y acciones que se requieran para el cumplimiento del fideicomiso, salvo las normas o limitaciones que se establezcan al afecto, al constituirse el mismo, y deberá obrar siempre como buen padre de familia siendo responsable de las pérdidas o menoscabos que los bienes sufran por su culpa."

Amparo directo 3176/65. Elvira Rascón de Macin y coagraviado. 22 de septiembre de 1970. Cinco votos. Ponente: Salvador Mondragón Guerra.

Séptima Epoca
Instancia: Tercera Sala
Fuente: Semanario Judicial de la Federación
Tomo: 121-126 Cuarta Parte
Página: 43

"FIDEICOMISO. NATURALEZA. El fideicomiso es un negocio jurídico por medio del cual el fideicomitente constituye un patrimonio fiduciario autónomo, cuya titularidad se concede a la institución fiduciaria, para la realización de un fin determinado; pero al expresarse que es un patrimonio fiduciario autónomo, con ello se señala particularmente que es diverso de los patrimonios propios de las partes que intervienen en el fideicomiso, o sea, es distinto a los patrimonios del fideicomitente, del fiduciario y del fideicomisario. Es un patrimonio autónomo, afectado a un cierto fin, bajo la titularidad y ejecución del fiduciario, quien se halla provisto de todos los derechos y acciones conducentes al cumplimiento del fideicomiso, naturalmente de acuerdo con sus reglas constitutivas y normativas. Los bienes entregados en fideicomiso, salen, por tanto, del patrimonio del fideicomitente, para quedar como patrimonio autónomo o separado de afectación, bajo la titularidad del fiduciario, en la medida necesaria para la cumplimentación de los fines de la susodicha afectación; fines de acuerdo con los cuales (y de conformidad con lo pactado), podrá presentarse dicho titular a juicio como actor, o demandado, así como vender, alquilar, ceder, etcétera."

Amparo directo 5567/74. Banco Internacional Inmobiliario, S.A. 15 de junio de 1979. Mayoría de tres votos. Ponente: José Alfonso Abitia Arzapalo. Secretario: José Guillermo Iriarte y Gómez

De lo antes señalado podemos decir que, entre el fideicomitente y el fideicomisario hay una relación de causahabiente dado que aquel transmite a este el dominio de los bienes fideicomitidos y, al extinguirse el fideicomiso, se opera la retransmisión del dominio de esos mismos bienes de la fiduciaria al fideicomitente. Por eso, no es suficiente la figura del mandato para explicar la capacidad jurídica del fiduciario para ejecutar un derecho propio, en virtud de que tiene dominio sobre los bienes afectos al fideicomiso, sin perjuicio de su obligación de rendir cuentas al fideicomitente y de devolver los bienes que resulten a la terminación del fideicomiso.

Todo el conjunto de razonamientos y disposiciones que se han expuesto y comentado, nos lleva a la conclusión clara de que el fideicomiso en México es un contrato.

2.3. El Fideicomiso como desdoblamiento del Derecho de Propiedad

Los lineamientos que prevalecen en la regulación legal llevada a cabo por la Ley de Títulos y Operaciones de Crédito para el Fideicomiso, nos permiten contemplar la posible escisión del Derecho de Propiedad en dos derechos reales, el fiduciario es titular de uno y el segundo, en el que el fideicomisario lo es del otro.

De acuerdo con Lizardi Albarrán "el Derecho atribuible al fiduciario, surge por la ostentación que de propietario tiene ante los terceros, la cual consiste en el poder de decisión que respecto a los bienes fideicomitidos tiene dicho sujeto; además, se trata de un derecho temporal, cuyo fundamento es el fin a realizar y carece para su titular de todo valor económico."[69]

Por el otro lado, podemos caracterizar al derecho real de que es titular el fideicomisario, como aquél que tiene un contenido económico, con validez *erga*

[69] LIZARDI ALBARRÁN, Manuel. Ensayos sobre la Naturaleza Jurídica del Fideicomiso. 2ª edición, Trillas, México, 1998. p. 200.

omnes, que se encuentra íntimamente ligado al fin propuesto mediante el fideicomiso, al grado de poder confundirles. Si bien es el fiduciario el que, en forma directa, ejerce el dominio sobre los bienes objeto de la relación, el fideicomisario puede, en los casos legalmente establecidos, perseguirlos y aún reivindicarlos para ser restituidos al fondo del fideicomiso. A eso se debe que el fideicomisario adquiere un derecho real, aunque de características especiales, distintas a los de los demás derechos reales objeto de regulación legislativa.

En resúmen, 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 y el del fideicomisario, por el contrario, con un valor económico, pero con efectos excepcionales que más bien tienden hacia la protección del fideicomiso contra los actos indebidos del fiduciario aunque encuentra las limitaciones que impone la naturaleza de los fines objeto de la operación.

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

En base a lo anterior, podemos decir que es jurídicamente insostenible la afirmación de que el derecho de propiedad admite desdoblarse. Aseverar tal cosa va en contra de la naturaleza misma de ese derecho real, al tratarse de un derecho absoluto que excluye la posibilidad de dos titulares diferentes, entre otras razones, porque la existencia de uno necesariamente elimina cualquier otro.

2.4. El Fideicomiso como una transmisión de Derechos de la que es titular el Fiduciario

Respecto a este punto algunos autores como Serrano Trasviña, "fomentan la idea de que la naturaleza jurídica del fideicomiso debe tener como ángulo de

observación la transmisión de derechos que tienen lugar del fideicomitente al fiduciario, salvo que conforme el fideicomiso, también puede ser contemplado como negocio fiduciario y como operación bancaria, posturas éstas de posteriores análisis y comentarios."[70]

Citando al artículo 381 de la Ley General de Títulos y Operaciones de Crédito podemos aseverar que el fideicomiso implica una traslación de dominio creando una nueva estructura en el derecho de propiedad. Efectivamente, la traslación de dominio produce efectos frente a terceros, que hace aparecer como dueño al fiduciario. Sin embargo, éste no tiene el libre uso, disfrute y dominio sobre los bienes fideicomitidos ya que dichas facultades de dominio están limitadas.

Dentro de las limitaciones señaladas podemos encontrar las siguientes:

- Todas ellas se ejercen en función del fin a realizar, 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.
- Extinguido el fideicomiso los bienes deben volver al fideicomitente, con excepción de los fideicomisos constituidos a favor de personas de orden público, instituciones de beneficencia o culturales.

A efecto de fundamentar adecuadamente lo anterior será necesario citar la siguiente tesis jurisprudencial.

Octava Época
Instancia: QUINTO TRIBUNAL COLEGIADO EN MATERIA CIVIL DEL PRIMER CIRCUITO.
Fuente: Semanario Judicial de la Federación
Tomo: I, Segunda Parte-1, Enero a Junio de 1988

---

[70] SERRANO TRASVIÑA, Jorge. Aportación al Fideicomiso. 3ª edición, Cárdenas editor, México, 1993. p. 144.

Página: 309

"FIDEICOMISO, CONSTITUYEN UN PATRIMONIO AUTÓNOMO DE LA SUSPENSA, LOS BIENES OBJETO DEL. De conformidad con lo preceptuado en los artículos 346 y 351 a 353 de la Ley General de Títulos y Operaciones de Crédito, la fiduciaria es la propietaria de los bienes que recibe en fideicomiso, dueña sólo en la medida en que precisa serlo para cumplir el fin o fines de dicho negocio jurídico y, por tanto, los bienes afectos a tal fin no quedan sujetos al juicio de suspensión de pagos de la fideicomitente."

QUINTO TRIBUNAL COLEGIADO EN MATERIA CIVIL DEL PRIMER CIRCUITO.

Amparo en revisión 85/88. Banca Serfín, S.N.C. 18 de febrero de 1988. Unanimidad de votos. Ponente: Efraín Ochoa Ochoa. Secretario: Amado Lemus Quintero.

Para Serrano Trasviña "la regulación en general de la Ley de Títulos y Operaciones de Crédito para el Fideicomiso y concretamente fundándose en los anteriores artículos 351 y 352 de éste ordenamiento se puede decir que el fideicomiso, supone un patrimonio de afectación con destino cierto y determinado que no carece de titular. Además la institución fiduciaria tendrá todos los derechos y acciones que se requieren para el cumplimiento del fideicomiso, salvo las limitaciones que se establezcan al constituirse al mismo."[71]

En síntesis, de lo señalado en este capítulo podemos concluir que el fideicomiso en México es un contrato mercantil, tomado del *trust* anglosajón a principios del siglo XX. Fue regulado definitivamente en la Ley General de Títulos y Operaciones de Crédito de 1932.

[71] Ibidem. p. 332.

En el fideicomiso cuando menos intervienen dos partes, el fideicomitente y el fiduciario. Que, entre el fideicomitente y el fideicomisario hay una relación de causahabiente en donde aquel transmite el dominio de los bienes fideicomitidos al fiduciario y, al extinguirse el fideicomiso, si así se estableció en el contrato de fideicomiso, se opera la retransmisión del dominio de esos mismos bienes de la fiduciaria al fideicomitente. Que la transmisión del dominio surte efectos contra terceros, ya que el fiduciario aparece como titular de los derechos fideicomitidos. Sin embargo, sus facultades se encuentran limitadas, ya que se ejercen en función al fin del fideicomiso, y el fiduciario no tiene el libre uso, disfrute y dominio sobre los bienes fideicomitidos.

CAPÍTULO III
REGULACIÓN DEL FIDEICOMISO EN LA LEGISLACIÓN MEXICANA

3.1. Introducción

A continuación trataremos el tema de manera analítica a fin de lograr una mejor comprensión sobre la Constitución de los Fideicomisos y la actividad fiduciaria por la que se realizan y ejecutan los mismos. Es decir, pretendemos precisar las ventajas y desventajas de las últimas reformas hechas al tratamiento del Fideicomiso parra analizar si avanzamos o retrocedemos en este aspecto.

Así, el primer objetivo general que se persigue en este trabajo es estudiar la forma en que la legislación jurídica vigente sobre fideicomiso en nuestro país, inhibe o favorece la constitución de fideicomisos y, por ende, la actividad fiduciaria. Relacionado estrechamente con el primero, el segundo objetivo general que se propone alcanzar este estudio es evaluar críticamente, desde una perspectiva jurídica, la eficacia y funcionalidad de la legislación.

3.2. Regulación del Fideicomiso en la Ley General de Títulos y Operaciones de Créditos antes de las reformas del 13 de junio del 2003

La actividad fiduciaria en México no debe representar vínculo alguno con el *trust* anglosajón. El espíritu de su adopción no se traduce en la obligación y, de ningún modo, en que su regulación jurídica se deba concebir en los términos de esa institución anglosajona. Tampoco que, por la denominación aceptada por la ley mexicana sobre el Fideicomiso, éste, debiera regularse en los términos del fideicomiso como institución jurídica de tradición y origen romano para su aplicación.

"Esta teoría e interpretación continúa causando efectos en la actualidad e influencia en la actividad fiduciaria, provocando con todo ello conceptos del

fideicomiso, ya sea como mandatos irrevocables, mediante la simple entrega al fiduciario de determinados bienes o únicamente como patrimonios de afectación; una incipiente cultura fiduciaria, la promoción de actuaciones innecesarias ante los órganos jurisdiccionales por la diversidad de opiniones en cuanto a su propia concepción e interpretación; la aplicación de figuras jurídicas tradicionales, como es la hipoteca, por el desconocimiento de las bondades y ventajas que pudiera representar tanto para el deudor como para el acreedor de determinada operación de crédito de un fideicomiso de garantía y finalmente la utilización de principios y criterios aplicables a regímenes de doble orden jurídico, en los que se presentan dos derechos de propiedad respecto de un mismo bien."[72]

Esta tendencia ha provocado que se intente crear, respecto de los bienes que constituyen el patrimonio de todo fideicomiso, un nuevo derecho de propiedad: "la propiedad fiduciaria," lo que alteraría nuestro régimen jurídico, respecto del concepto de propiedad:

Así es, si se analiza el artículo 830 del Código Civil para el Distrito Federal que establece: "el propietario de una cosa puede gozar y disponer de ella con las limitaciones y modalidades que fijen las leyes."[73]

Ahora bien, esa limitación se refiere respecto del fideicomiso exclusivamente en relación con su fin, establecida en el segundo párrafo del artículo 386 de la Ley General de Títulos y Operaciones de Crédito, el cual determina que:

"Los bienes que se den en fideicomiso se consideran afectos al fin al que se destinan y, en consecuencia, sólo podrán ejercitarse respecto a ellos, los derechos y acciones que el mencionado fin se refieran, salvo los que expresamente se reserve el fideicomitente, los que para él se deriven del fideicomiso mismo, o los adquiridos

---

[72] LUCERO, Miguel Ángel. El Fideicomiso en México. 2ª edición, Bancomer, México, 1998. p. 35.
[73] Código Civil para el Distrito Federal. 2ª edición, Porrúa, México, 2001. p. 151.

legalmente respecto de tales bienes, con anterioridad a la constitución del fideicomiso, por el fideicomisario o por terceros."[74]

Es importante destacar que, en la práctica fiduciaria, la constitución del fideicomiso se establece con apego al derecho común, ejecutando a favor del fiduciario una plena transmisión de propiedad de los bienes o derechos, sin que se pretenda crear nuevos conceptos de propiedad, conforme al artículo 387 de la Ley General de Títulos y Operaciones de Crédito se señala que: "La Constitución del fideicomiso deberá constar siempre por escrito."[75] Por su parte, el artículo 389 del mismo ordenamiento legal establece que: "el fideicomiso cuyo objeto recaiga en bienes muebles, surtirá efectos contra tercero desde la fecha en que se cumplan los siguientes requisitos: Fracción I. Si se tratare de un título nominativo, desde que éste se endose a la institución fiduciaria y se haga constar en los registros del emisor, en su caso; fracción II. Si se tratare de un título nominativo, desde que éste se endose a la institución fiduciaria y se haga constar en los registros del emisor, en su caso; fracción III. Si se tratare de cosa corpórea o de títulos al portador, desde que estén en poder de la institución fiduciaria, mismos que quedan, en todo caso, afectos al fin para el cual se constituye, efectuando en consecuencia la entrega física de los bienes, títulos o documentos que amparen los derechos que se transmiten, con el objeto de llevar a cabo los actos materiales necesarios para su operación, administración y, en general, para el cumplimiento de los fines del fideicomiso."[76]

Atendiendo lo antes expuesto, los fideicomisos deben ajustarse en su reglamentación, y a la determinación clara de sus elementos constitutivos consistentes en:

1°. Transmisión de propiedad.
2°. Afectación al fin que se destinan.
3°. Entrega física de los bienes, títulos y documentos que amparan los derechos que se transmiten o bien de sumas dinerarias,

[74] Ley General de Títulos y Operaciones de Crédito.
[75] Ibidem.
[76] Ibidem.

> cuya finalidad consiste en que el fiduciario realice operaciones de compraventa, mediante las cuales adquiera: valores (acciones), inmuebles, entre otros."[77]

De lo anterior se concluye que los fideicomisos deben ajustarse de manera clara, precisa y concisa a lo establecido por la legislación de la materia, atendiendo sobre todo a la determinación diáfana de sus elementos constitutivos como son, la transmisión de propiedad, el fin al que se destinan, la entrega física de los bienes, así como los títulos y documentos que ampararán dichos derechos o a las sumas en dinero para que el fiduciario realice las operaciones legales en beneficio del fiduciario.

A mayor abundamiento, podemos afirmar que en el fideicomiso de garantía -mediante el cual se garantizan obligaciones derivadas por créditos otorgados- se establece en forma expresa un procedimiento convencional, mediante el cual se lleva a cabo la venta de los bienes que constituyan su patrimonio. Esta venta podrá hacerse a través de corredor de bienes raíces o mediante subasta pública. Sin embargo, en reiteradas ocasiones se presenta la problemática de pretender exigir y aplicar procedimientos correspondientes a créditos hipotecarios, refaccionarios u otros mediante la intervención de la autoridad judicial, sin considerar que la venta se convino entre los contratantes de manera expresa y conforme a las bases establecidas en el acto constitutivo del fideicomiso. De ahí que el fiduciario, al realizar los actos tendientes a su venta de acuerdo con lo convenido, ha hecho que prevalezca, en cuanto a la venta o remate del bien fideicomitido, la voluntad de las partes.

A este respecto, cabe señalar que el artículo 83 de la Ley de Instituciones de Crédito dice que a falta de procedimiento convenido en forma expresa por las partes en el acto constitutivo de los fideicomisos que tengan por objeto de garantizar el cumplimiento de obligaciones, se aplicará el procedimiento

---

[77] LUCERO, Miguel Ángel. Op. cit. p. 42.

establecido en los dos primeros párrafos del artículo 341 de la Ley General de Títulos y Operaciones de Crédito, a petición del fiduciario.

Esa disposición y la práctica fiduciaria han acarreado un problema de interpretación, en el que se ha pretendido manifestar que el fiduciario ejerce una función judicial, contraviniendo lo dispuesto por el artículo 17 constitucional:

"Ninguna persona podrá hacerse justicia por sí misma ni ejercer violencia para reclamar su derecho. Toda persona tiene derecho a que se le administre justicia por tribunales que estarán expeditos para impartirla en los plazos y términos que fijen las leyes, emitiendo sus resoluciones de manera pronta, completa e imparcial. Su servicio será gratuito, quedando, en consecuencia, prohibidas las costas judiciales. Las leyes federales y locales establecerán los medios necesarios para que se garantice la independencia de los tribunales y la plena ejecución de sus resoluciones. Nadie puede ser aprisionado por deudas de carácter puramente civil."[78]

En ese sentido, es importante resaltar que el fiduciario, en ningún momento, emite fallos o resoluciones ni ejerce ninguna función pública, pues sólo da cumplimiento a un acto emanado de la libre voluntad y decisión del fideicomitente; ejecuta lo convenido por las partes, por lo que su actuación no implica una sustitución de la autoridad judicial. El fiduciario no contraviene ninguna norma legal al realizar el procedimiento de ejecución establecido en la constitución del fideicomiso, pues actúa únicamente en los términos de su clausulado; en consecuencia, resulta inexacto que el fiduciario contravenga lo dispuesto en el mencionado artículo 17, sin olvidar también que la propiedad del patrimonio fideicomitido le corresponde al fiduciario, misma que el fideicomitente transmitió de manera voluntaria, sin la presencia de error, dolo o violencia.

"A ninguna ley se dará efecto retroactivo en perjuicio de persona alguna. Nadie podrá ser privado de la vida, de la libertad o de sus propiedades, posesiones

[78] Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos.

o derechos, sino mediante juicio seguido ante los tribunales previamente establecidos, en el que se cumplan las formalidades esenciales del procedimiento y conforme a las leyes expedidas con anterioridad al hecho. En los juicios del orden criminal queda prohibido imponer, por simple analogía y aún por mayoría de razón, pena alguna que no esté decretada por una ley exactamente aplicable al delito que se trata. En los juicios del orden civil, la sentencia definitiva deberá ser conforme a la letra o a la interpretación jurídica de la ley, y a falta de ésta se fundará en los principios generales del derecho."[79]

Se ha considerado que el fideicomitente es privado del derecho y despojado de los bienes que transmitió al fiduciario para garantizar el cumplimiento de sus obligaciones y que la realización del procedimiento de ejecución presupone que el fiduciario hace justicia por su propia mano contraviniendo de esa manera la garantía constitucional consagrada en el artículo 14.

"La aceptación de las partes del procedimiento y su cumplimiento por parte del fiduciario no implica que se haga justicia por su propia mano, ya que como se ha manifestado, el fiduciario sólo da cumplimiento a lo pactado, debiendo desde luego vigilar las formas esenciales para su realización, como es la notificación correcta al fideicomitente, con el objeto de que se le permita conocer con anticipación la iniciación del procedimiento y pueda oponerse acreditando ya sea el cumplimiento de sus obligaciones, al realizar el pago de las mismas u oponerse judicialmente a la venta o remate de los bienes, con los que se otorga el derecho de acudir a los tribunales para el caso de controversia; por lo que en todo caso es válido el procedimiento, y, en conclusión, no es violatorio de la garantía de audiencia."[80] Con el propósito de fundamentar lo anotado nos permitimos transcribir el siguiente criterio jurisprudencial.

Octava Época

---

[79] Ibidem.
[80] GUAJARDO TOUCHÉ, Ricardo. Los Bienes Fideicomitidos. 4ª edición, Trillas, México, 1999. p. 161.

Instancia: PRIMER TRIBUNAL COLEGIADO EN MATERIA ADMINISTRATIVA DEL TERCER CIRCUITO
Fuente: Semanario Judicial de la Federación
Tomo: X, Octubre de 1992
Página: 366

LEGITIMACIÓN EN AMPARO. NO LA TIENE EL FIDEICOMISARIO PARA DEFENDER COMO TAL EN LA VÍA CONSTITUCIONAL, EL PATRIMONIO AFECTO A UN FIDEICOMISO INEXISTENTE. De acuerdo con los artículos 107 constitucional y 4o. de la Ley de Amparo, la procedencia del juicio de garantías requiere de la existencia de un agravio personal y directo, que resienta precisamente el legítimo titular del derecho que se considera violado. Según la interpretación armónica de los artículos 346, 350, 356 y 357, fracción VII, de la Ley General de Títulos y Operaciones de Crédito, tratándose de la institución del fideicomiso de garantía, en que la fiduciaria es la encargada de recibir el patrimonio fideicomitido y ejercer las facultades de dominio inherentes al mismo, para el debido cumplimiento de los fines del fideicomiso, si al constituirse el fideicomiso nadie intervino como fiduciaria en ese acto jurídico, la inexistencia de éste, que esa imperfección acarrea, hace que el supuesto fideicomisario carezca de legitimación para ejercer la defensa del bien que se dice fideicomitido, porque en realidad no operó la transmisión del dominio del fideicomitente.

PRIMER TRIBUNAL COLEGIADO EN MATERIA ADMINISTRATIVA DEL TERCER CIRCUITO.

Amparo en revisión 101/92. Valente Aldaco González y Miguel Corona Rodríguez. 7 de julio de 1992. Unanimidad de votos. Ponente: Jorge Alfonso Álvarez Escoto. Secretario: Francisco Olmos Avilez.

Resumiendo lo expuesto en las dos citas anteriores podemos decir que se debe respetar el derecho que consagra la constitución de que nadie podrá hacerse justicia por sí mismo sino ante los tribunales establecidos exprofesamente para

ello, haciéndose acreedor a las sanciones y limitaciones que la propia ley de la materia establece sin que sea violatorio de la garantía de audiencia.

La reforma al artículo 383 de la Ley General de Instituciones de Crédito y Organizaciones de Crédito, que modificó su párrafo cuarto:

"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."[81]

Y se adicionó un quinto párrafo, el cual quedó redactado de la siguiente manera:

"La Institución fiduciaria podrá ser fideicomisaria en los fideicomisos en que, al constituirse, se transmita la propiedad de los bienes fideicomitidos 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 éste supuesto, las partes deberán designar de común acuerdo a una institución fiduciaria sustituta para el caso de que surgiere un conflicto de intereses entre las mismas."[82]

Como podemos observar, nace un apartado más respecto de la figura jurídica del fideicomiso, sujeto a una diversidad de criterios e interpretaciones, en cuya redacción es evidente que no se involucró la participación de especialistas en la materia. Se ha considerado, entre otros criterios, que de la interpretación de este último párrafo se consolida una clara dación en pago, ya que el acreedor se da por pagado con los bienes que el deudor transmite, afecta y entrega en fideicomiso.

Si analizamos con claridad tanto los conceptos utilizados, como la determinación, designación y participación de las partes y de los derechos que a cada uno les pudiera corresponder en el fideicomiso, es menester manifestar que

---

[81] Ley General de Títulos e Instituciones de Crédito.
[82] Ibidem.

los bienes fideicomitidos, no sirven, por sí mismos, de pago de las obligaciones del deudor.

Efectivamente, el deudor fideicomitente designa al acreedor como fideicomisario, respecto del producto que se derive de la venta que se realice, a través de un procedimiento de venta de los bienes fideicomitidos que es contingente pues puede ocurrir o no. Ambas partes establecen claramente su absoluta y total voluntad y conformidad con respecto a que con dichos bienes se da por pagado convencionalmente, sin que se deba considerar como una condición de pago la realización de los bienes, toda vez de que los derechos otorgados al fideicomisario los adquiere en la constitución del fideicomiso.

En la actualidad es muy frecuente la constitución de fideicomisos mediante los cuales se pretende afectar y transmitir la propiedad de bienes inmuebles en forma irrevocable, son generalmente, de grandes extensiones de terreno propiedad de nacionales sin un fin o proyecto específico, real o viable. En ellos, se pretende designar como fideicomisario a persona física o moral extranjera, con la obligación, por parte del fiduciario, de generar documentos a los que le denominan cartas bloque respecto de tales bienes, con el objeto de recibir fondos de agrupaciones y entidades financieras del exterior. O bien, de sociedades y grupos de personas. Cabe mencionar que respecto de tales entidades, sociedades o grupos se oculta su antecedente o identidad plena, para el pago de la contraprestación correspondiente a dichos bienes. Esto ha motivado que se genere una serie de políticas y procedimientos especiales que permitan detectar rápidamente ese tipo de operaciones, con independencia de las disposiciones jurídicas que de carácter general deben ser observadas por las instituciones de crédito y sus funcionarios. Tal es el caso de la identificación y conocimiento del cliente, reporte de operaciones sospechosas, reportes de operaciones relevantes, etc.

Asimismo, se presenta en la práctica fiduciaria la solicitud de aceptación de fideicomisos para garantizar supuestos créditos de instituciones financieras del exterior otorgados a empresas mexicanas o personas físicas, en los que el origen de

los recursos proviene de cuentas personales de clientes de esas instituciones, no identificadas plenamente. O, en su caso, de fideicomisos para apoyar financieramente a empresas extractivas para la compra de maquinaria y equipo, con garantía de su producción, representada por toneladas importantes de metales (oro, plata, etc.), no identificados físicamente ni mediante documentos que acrediten su depósito o custodia, y fideicomisos para supuestos proyectos de infraestructura para los gobiernos federal, estatal o municipal y en apoyo a sus programas de desarrollo.

Con lo anterior, se demuestra que en la actualidad la constitución de fideicomisos se está dando de manera más frecuente en relación en años anteriores, razón por la cual, dicha regulación, constitución, fines y utilidad de dichos fideicomisos deben tener una normatividad adecuada suficiente y bastante para lograr su propósito.

Es interés del cliente constituir fideicomisos en las instituciones más importantes del país, como requisito fundamental para la recepción de los recursos, argumentando los clientes que sus socios, para la entrega de los recursos, solo aceptarían determinadas instituciones.

En la actualidad es frecuente que se presente en la práctica fiduciaria el caso de los fideicomisos en el que afectan y transmiten bienes suficientes para garantizar una serie de obligaciones, en caso de incumplimiento por parte del fideicomitente. Para tales efectos establece un procedimiento convencional de ejecución y realización de los bienes que conforman el patrimonio fideicomitido; por consiguiente, se detecta y se sentencia, declara en estado de suspensión de pagos al fideicomitente y con ello la orden judicial de suspender el procedimiento de ejecución establecido y cualquier pago derivado del fideicomiso, de conformidad con los artículos 408 y 409 de la Ley de Quiebras y Suspensión de Pagos:

"Artículo 408. Mientras dure el procedimiento, ningún crédito constituido con anterioridad podrá ser exigido al deudor, ni este podrá pagarlo, quedando en

suspenso el curso de la prescripción y de los términos, en los juicios a que se refiere el artículo siguiente. Sin embargo, podrán levantarse los protestos que corresponden conforme a la ley."

Resulta pues inadecuada la aplicación del artículo 408, toda vez que a través del procedimiento de ejecución, no se exige al deudor el pago de las obligaciones garantizadas, sino al fiduciario la realización del procedimiento, para que en virtud de la propiedad que detenta sobre los bienes fideicomitidos proceda a su venta o remate y, de manera directa, pague las obligaciones incumplidas.

Lo anterior, de conformidad al artículo 391 de la Ley de Títulos y Operaciones de Crédito que establece:

"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; estará obligado a cumplir dicho fideicomiso conforme al acto constitutivo; no podrá excusarse o renunciar a su encargo sino por causas graves a juicio de un Juez de Primera Instancia del lugar de su domicilio y deberá obrar siempre como un buen padre de familia, siendo responsable de las pérdidas o menoscabos que los bienes sufran por su culpa."

El fideicomisario sólo actúa basado en los derechos que le corresponden, esto es, el de exigir su cumplimiento a la institución fiduciaria, de acuerdo con el artículo 390 de la mencionada ley. El fiduciario deberá cumplir con los fines establecidos en el fideicomiso, a través del procedimiento de ejecución establecido.

La actuación del fiduciario es apoyada y fundamentada, además, en la siguiente tesis jurisprudencial.

"FIDEICOMISO.- CONSTITUYEN UN PATRIMONIO AUTÓNOMO DE LA FIDEICOMITENTE SUSPENSA. De conformidad con lo preceptuado en los artículos 346 y 351 a 353 de la Ley General de Títulos y Operaciones de Crédito, la

fiduciaria es la propietaria de los bienes que recibe en fideicomiso, dueña solo en la medida en los que precisa serlo para cumplir el fin o los fines de dicho negocio fiduciario y, por lo tanto, los bienes afectos a tal fin no quedan sujetos al juicio de suspensión de pagos de la fideicomitente."

(Amparo en revisión 85/88 "Banca Serfín S.N.C." 18 de febrero de 1988. Unanimidad de votos. Ponente Efraín Ochoa Ochoa Srio. Amado Lemus Quintero, Suprema Corte de Justicia Informe 1988. Tercera Parte Tribunales Colegiados. P. 368.

Por otra parte, el artículo 409 de la Ley de Quiebras y Suspensión de Pagos, señala que:

"Artículo 409. Con excepción de las reclamaciones por deudas de trabajo, por alimentos o por créditos con garantía real, quedarán en suspenso los juicios contra el deudor que tenga por objeto reclamar el cumplimiento de una obligación patrimonial; pero se podrá practicar en ellos las actuaciones tendientes a prevenir perjuicios en las cosas sujetas a litigio o conservar íntegramente los derechos de las partes."

A través del procedimiento de ejecución no se realiza juicio alguno en contra del deudor, sino la realización de un procedimiento administrativo en ejecución que las partes en el acto constitutivo establecieron, por lo que no se está a lo dispuesto por el artículo 409 relacionado.

Por otro lado, es importante mencionar que existen fideicomisos, que para el cumplimiento y ejecución de los fines para los cuales se constituyen, se presentan disposiciones de autoridad competente y preceptos legales, que prohíben su realización de manera directa a los fideicomitentes o fideicomisarios.

En tal sentido, se ha considerado que, en virtud de tales prohibiciones, el fiduciario debe abstenerse de cumplir con los fines establecidos en sus reglas

constitutivas y normativas, lo que resulta totalmente infundado e improcedente, pues la ejecución de las finalidades del fideicomiso, las lleva a cabo el fiduciario, quien se encuentra provisto de todos los derechos y acciones correspondientes para su cumplimiento, con cargo al patrimonio fideicomitido, que es distinto al del fideicomitente y al del fideicomisario y, en general, al de las partes que intervienen en el fideicomiso (patrimonio autónomo, afectado a un fin, bajo la propiedad absoluta del fiduciario).

3.3. Regulación actual del Fideicomiso

La Ley General de Títulos y Operaciones de Crédito, en la actualidad y en relación al fideicomiso establece que, en virtud de éste, el fideicomitente transmite a una institución fiduciaria la propiedad o la titularidad de uno o más bienes o derechos, según sea el caso, para ser destinados a los fines lícitos y determinados encomendados.

La realización de dichos fines es una obligación impuesta a la propia institución fiduciaria.

El negocio jurídico es un hecho jurídico que debe catalogarse en la categoría de los actos libres, en los cuales se manifiesta plenamente la autonomía del sujeto.

En otros términos, el negocio jurídico es un acto de voluntad libre, que tiende a un fin práctico tutelado por el ordenamiento jurídico y que produce, como consecuencia de tal tutela, determinados efectos jurídicos.

En el régimen jurídico anglosajón, se acude a la integración jurídica por medio de la costumbre y la jurisprudencia y, así, frente a una norma rígida del derecho común (*common law*), tenemos una norma de la equidad (*equity*), que hace al derecho menos rígido y notablemente más flexible. En cambio, en los regímenes jurídicos de tradición latina como el nuestro, la solución se encuentra a través de la autonomía de la voluntad de las partes o de la libertad contractual, para acoger nuevas formas contractuales atípicas e innominadas, en un principio y,

posteriormente, se convierten en nuevas formas contractuales reconocidas por el legislador.

Dentro de estos negocios jurídicos surgen los negocios fiduciarios, que en un principio se presentan como negocios atípicos e innominados y, posteriormente, se van reglamentando por parte del legislador.

En esa tesitura, podemos concluir que negocio fiduciario es aquél en virtud del cual una persona transmite plenamente a otra ciertos bienes o derechos obligándose ésta a afectarlos a la realización de una finalidad lícita y determinada y, como consecuencia de dicha finalidad, obligándose a retransmitir dichos bienes o derechos a favor de un tercero o a revertirlos al transmitente.

En la actualidad, el negocio fiduciario tiene las siguientes características:

1. Unidad del negocio.

El negocio fiduciario es un negocio único formado por dos relaciones: una real, que hace posible la transmisión de un bien o de un derecho, del fiduciante al fiduciario y una relación obligatoria, por la que el fiduciario se encuentra constreñido, frente al fiduciante, de retransmitirle ese bien o derecho o de transmitirlo a un tercero.

Ferrera sostiene que son dos contratos:

a) "Un contrato real positivo que produce la transferencia de la propiedad o del Crédito y que se realiza de modo perfecto e irrevocable; y

b) Un contrato obligatorio negativo o sea la obligación del fiduciario de usar tan sólo de una cierta forma el derecho adquirido, para restituirlo después al transferente o a un tercero."[83]

No es aceptable esta tesis porque aisladamente no pueden existir dos contratos en forma autónoma; más bien, la relación real está subordinada a la relación obligatoria, pues ésta última la limita, hace que el derecho transmitido en la relación real, siempre de carácter potestativo, invierta su naturaleza a uno de ejercicio obligatorio a efecto de que el fiduciario pueda realizar los fines señalados y, después retransmitir al fiduciante los bienes o derechos recibidos, o bien transmitirlos a un tercero, según sea lo estipulado en el contrato mismo.

2. Transmisión plena de bienes y derechos

La transmisión que se realiza en virtud de la relación real del negocio fiduciario, del fiduciante al fiduciario, es una transmisión plena. Si se trata de bienes se transmite la propiedad y si se trata de derechos, la plena titularidad.

Hay quien sostiene que en los negocios fiduciarios se crea un tipo especial de propiedad, a la que inadecuadamente se le designa como propiedad fiduciaria o bien un desdoblamiento de la propiedad y, en consecuencia, existen dos titulares respecto de un derecho real.

No es aceptable que se cree un nuevo derecho real, porque el fiduciario, para el cumplimiento de los fines encomendados requiere del ejercicio pleno de los derechos transmitidos, pero con la limitación de que dichos derechos no van a incrementar el patrimonio del fiduciario, ni los va a ejercer en su propio provecho. Lo que ocurre es la inversión del carácter del derecho recibido de potestativo, a uno cuyo ejercicio se convierte en obligatorio para el cumplimiento de las finalidades señaladas por el fiduciante, en beneficio de un tercero.

---

[83] LOZADA CHÁVEZ, Francisco. La llamada Propiedad Fideicomiso. 2ª edición, Trillas, México, 2000. p. 138.

No admitimos el desdoblamiento del derecho de propiedad recibido por el fiduciario porque, en los regímenes jurídicos de ascendencia latina como el nuestro, la existencia de un titular excluye la posibilidad de otro simultáneo.

Este desdoblamiento sólo ocurre en los regímenes anglosajones donde se admiten dos órdenes jurídicos contemporáneos: el derecho común y la equidad, pudiendo existir dos titulares diferentes respecto de un mismo derecho.

3. Afectación de un fin

La relación personal en el negocio fiduciario implica la obligación impuesta al fiduciario de afectar los bienes o derechos recibidos a un determinado fin de carácter lícito.

Esto no implica, como sostienen algunos autores, "que se empleen medios excesivos para fines restringidos, ni una contradicción entre medio empleado y fin que se persigue; más bien, se trata de medios propicios que por su flexibilidad, permite que se alcancen las finalidades que se persiguen y que normalmente le son comunes."[84]

Podemos concluir que el fideicomiso es una especie de negocio fiduciario. En el fideicomiso, el fideicomitente transmite ciertos bienes o derechos al fiduciario que se obliga a destinar los bienes o a ejercer los derechos para la obtención de una finalidad lícita y determinada, en beneficio de un tercero, llamado fideicomisario, con la obligación, una vez cumplida dicha finalidad, de retransmitirlos al fideicomitente o bien de transmitirlos al fideicomisario.

Ahora bien, hemos dicho que el fideicomitente transmite al fiduciario la titularidad de los derechos que se requieren para el cumplimiento de la finalidad que se persigue.

---

[84] BARRERA GRAF, Jorge. Estudios de Derecho Mercantil. 8ª edición, Porrúa, México, 2000. p. 145.

Por titularidad entendemos la cualidad jurídica que determina la entidad del poder de una persona sobre un derecho o pluralidad de derechos, dentro de una relación jurídica.

Es pertinente que aclaremos que dichos bienes que recibe el fiduciario en la celebración de los fideicomisos, no ingresan a su patrimonio personal, sino que se crea un patrimonio autónomo, diferente para cada operación. Siguiendo a Francisco Ferrara sostenemos que las personas pueden ser titulares de varias masas patrimoniales de las cuales cada una tiene un tratamiento y finalidad jurídica diferentes. Así nace la figura del patrimonio separado, es decir, patrimonio distinto del restante de la persona, capaz de tener relaciones jurídicas y deudas propias y además ser completamente ajeno a las vicisitudes que gravan al patrimonio personal del sujeto en cuyo seno existe. El patrimonio separado es un centro autónomo que no tiene otras relaciones con el patrimonio vecino, que la liga extrínseca de tener el mismo titular, pero el patrimonio autónomo no es una persona jurídica, porque si la autonomía es una consecuencia de la personalidad, dicha autonomía no supone inversamente la existencia de sujetos diferentes. Así, el patrimonio separado es un patrimonio destinado a un fin especial, es una *universitas juris* que comprende derechos y obligaciones que son necesarios e indispensables para el fin al cual se destinan.

Pero esa destinación especial no basta, es necesario que exista una responsabilidad por deudas particulares, deudas propias.

Para confirmar lo anterior dentro del fideicomiso, nos encontramos que de acuerdo con la Ley de Quiebras existe la separación de los patrimonios de cada fideicomiso, en caso de que ocurra la quiebra del fiduciario, sin que los bienes y derechos que lo integren se consideren dentro del patrimonio del fiduciario fallido.

Este criterio fue sostenido por la Tercera Sala de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, según consta en la tesis:

"FIDEICOMISO. NATURALEZA. El fideicomiso es un negocio jurídico por medio del cual el fideicomitente constituye un patrimonio fiduciario autónomo, cuya titularidad se concede a la institución fiduciaria, para la realización de un fin determinado. Pero al expresarse que es un patrimonio fiduciario autónomo, con ello se señala particularmente que es diverso de los patrimonios propios de las partes que intervienen en el fideicomiso, o sea, es distinto a los patrimonios del fideicomitente, del fiduciario y del fideicomisario. Es un patrimonio autónomo, afectado a un cierto fin, bajo la titularidad y ejecución del fiduciario, quien se haya provisto de todos los derechos y acciones conducentes al cumplimiento del fideicomiso, naturalmente de acuerdo con sus reglas constitutivas y normativas. Los bienes entregados en fideicomiso, salen, por tanto, del patrimonio del fideicomitente, para quedar como patrimonio autónomo o separado de afectación, bajo la titularidad del fiduciario, en la medida necesaria para la cumplimentación de los fines de la susodicha afectación; fines de acuerdo con los cuales (y de conformidad con lo pactado), podrá presentarse dicho titular a juicio como actor, o demandado, así como vender, alquilar, ceder, etc."

Tercera Sala. Semanario Judicial de la Federación. 7ª Época.
Volúmenes 121-126 Cuarta parte. Página 43.

Por lo tanto el fiduciario será titular de tantos patrimonios, como fideicomisos en los que intervenga.

Expuesto lo anterior, podemos definir al fideicomiso como un negocio fiduciario por medio del cual el fideicomitente transmite la titularidad de ciertos bienes y derechos al fiduciario, quien está obligado a disponer de los bienes y a ejercer los derechos, para la realización de los fines establecidos en beneficio del fideicomisario.

Ahora pasemos a analizar la relación que existe entre el fideicomiso y el contrato a favor de tercero.

"Los Códigos Civiles Mexicanos de 1870 y 1884 negaron la posibilidad de su existencia dentro de nuestra legislación pues siguiendo el principio romano de *Alteri stipulari nemo potest*, dispuso que los contratos sólo obligan a las personas que los otorgan."[85]

Posteriormente, el Código Civil de 1928, cambia radicalmente el principio e incluye dentro del capítulo de la declaración unilateral de la voluntad, fuente de las obligaciones, a la estipulación a favor de tercero.

El legislador de 1928 siguió la doctrina formalista del autor alemán Siegel, "para sostener la existencia de la estipulación a favor de tercero como un acto unilateral de voluntad, como reacción al principio romano de la suprema autoridad de las partes; para generar la relación contractual a través de un acuerdo de voluntades."[86]

Estimamos que si se analiza el contenido mismo de los artículos que reglamentan la estipulación a favor de tercero, nos percatamos de que se trata de un contrato, de un acuerdo de voluntades entre el estipulante y el promitente, pues el concepto mismo de estipulación lleva implícito el acuerdo de voluntades y necesariamente se trata de un contrato y no de un acto unilateral de voluntad. Particularmente el artículo 1869 ordena que la estipulación hecha a favor de tercero hace adquirir a éste, salvo pacto escrito en contrario, el derecho de exigir del promitente la prestación a que se ha obligado.

Consideramos que la aceptación en el perfeccionamiento del acto jurídico, es equivalente a la voluntad de las partes, es decir, es una forma de exteriorizar de manera material que se está de acuerdo en lo que se pretende contratar. Es decir, la aceptación en el perfeccionamiento del contrato es un requisito de validez sin el cual, éste sería ilícito porque estaría viciada la voluntad.

---

[85] ORTIZ URQUIDI, Raúl. Contratos Civiles. 4ª edición, Porrúa, México, 1990. p. 191.
[86] Ibidem. p. 192.

También confiere al estipulante el derecho de exigir del promitente el cumplimiento de dicha obligación. Sólo puede existir esta estipulación, si hay un acuerdo previo entre el estipulante y el promitente.

Ahora bien, en la actualidad, en el fideicomiso, nos encontramos que el contrato mismo se perfecciona cuando el fideicomitente, en su carácter de estipulante o promisario, transmite determinados bienes o derechos al fiduciario, en este caso promitente u obligado para que los destine a la realización de un fin en beneficio de un tercero. En este caso, el fideicomisario; si este último llegase a comparecer en el acto constitutivo del fideicomiso, lo hace con la finalidad de aceptar la estipulación hecha a su favor. Pero con las últimas reformas debiera transmitirse también la propiedad.

3.4. Elementos del Fideicomiso en la actualidad

Como lo señalamos al inicio de este capítulo, el fideicomiso, en la actualidad, tiene elementos de existencia y de validez. Dentro de los primeros, se encuadran la voluntad y el objeto y, dentro de los segundos, la licitud, capacidad, forma y ausencia de vicios en la voluntad. A efecto de detallar y explicar adecuadamente lo dicho será necesario señalar lo siguiente:

3.5. De existencia (Voluntad y Objeto)

Para que tenga lugar una plena manifestación de voluntad, el proceso volitivo habido en el fuero interno del sujeto debe preceder a una declaración externa coincidente con aquél. Así, una voluntad sin exteriorizarse, es decir, el fenómeno psicológico configurado para la concepción, deliberación, e inclusive la decisión, es insuficiente para representar al elemento esencial del negocio jurídico que fuere. Por su parte, la declaración externa aisladamente considerada, esto es, con independencia de su fuente volitiva, tampoco configura en su totalidad el elemento que comentamos. Por ende, la manifestación de voluntad como elemento esencial de un negocio jurídico, es un complejo integrado por una declaración

concordante con la voluntad interna que la originó, o como afirma Pugliatti, "el acto interno del querer, una vez que se ha formado, debe manifestarse al exterior; así tenemos una voluntad y una manifestación o declaración de voluntad, un momento interior al que debe seguir una exteriorización. Este momento exterior es el sello objetivo por el que la voluntad puede ser tomada en consideración por el ordenamiento jurídico, el momento interior se considera como base y apoyo del externo."[87]

La manifestación de voluntad puede tener lugar tanto expresa como tácitamente. Es expresa, cuando su realización es mediante cualquiera de los medios por los que el ser humano se comunica con sus semejantes, o sea, la voz, la escritura, e inclusive, gestos y ademanes mímicos. En tal supuesto, manifiesta expresamente su voluntad no sólo quien habla o escribe, sino también el mudo que se expresa por señas. La voluntad será tácita, en su caso, cuando aunque no se manifieste por una declaración formal (voluntad expresa), resultare, sin embargo, de los hechos, los cuales, de manera necesaria e indubitable revelan un determinado propósito. Por otra parte, se advierte que la manifestación tácita de voluntad tiene lugar no únicamente por medio de una actividad, esto es, mediante hechos positivos, sino también puede hacérsele derivar de abstenciones. Así, estaremos ante una voluntad manifestada tácitamente tanto cuando el comerciante coloca los artículos que ofrece al público en los aparadores de su local donde pueden ser vistos por los transeúntes, como cuando el arrendador de un bien inmueble se abstiene de comunicar su voluntad al inquilino en el sentido de dar por terminado el arrendamiento correspondiente, lo cual se traduce en la reconducción tácita de la relación contractual.

Ahora bien, la manifestación de voluntad individualmente apreciada, es insuficiente para la integración del primer elemento esencial requerido en aquellos negocios jurídicos que son plurilaterales, precisamente porque el número de voluntades que necesitan para su realización, deben ser más de una, pues como

---

[87] PUGLIATT, Salvador. Introducción al Estudio del Derecho Civil. 4ª edición, Porrúa, México, 1990. p. 389.

afirman Baudry Lacantinerie y Barde, "yo puedo querer solo, pero no puedo consentir solo, porque el consentimiento es un acuerdo de voluntades."[88] Esto es, no se concibe una figura contractual, como negocio jurídico, en la que no intervengan cuando menos dos voluntades.

De acuerdo con lo anterior, si de negocios plurilaterales se trata, el primer elemento esencial gira en forma tal que se traduce en un consentimiento, concepto éste envolvente de la pluralidad de voluntades requeridas para la integración del negocio en cuestión.

Por consentimiento, como elemento esencial de los negocios jurídicos plurilaterales, suele entenderse lisa y llanamente el acuerdo de voluntades. Sin embargo, a pesar de ser bastante explícito semejante concepto, bien puede especificarse más, sin dejar de reconocer que, en última instancia, el consentimiento siempre culminará en un acuerdo de manifestaciones volitivas.

Según lo afirma De Pas Peri, "el consentimiento admite dos diversas acepciones, una lata y otra estricta en un sentido amplio, significa el concurso mutuo de la voluntad de las partes sobre un hecho que aprueban con pleno conocimiento; y en un sentido restringido, connota la idea de adhesión del uno a la voluntad del otro."[89]

En fin, procede considerar dos clases de negocios jurídicos tomando en cuenta el número de voluntades que intervienen en su realización. Estaremos ante un negocio unilateral, mientras éste se perfeccione con la intervención de una sola voluntad a cuyo titular debe caracterizársele como autor del mismo; por el contrario, observaremos uno plurilateral, cuando para su estructuración requiera la convergencia de dos o más manifestaciones de voluntad. En este caso, quienes lo celebran son denominados partes y el acuerdo de voluntades mencionado se

---

[88] BAUDRY-LACANTINERIE, Gerardo. Práctica de Derecho Civil. 8ª edición, Trad. de Ramón Muñoz, Temis, España, 1990. p. 208.
[89] DE PAS PERI, Luis. Tratado de Derecho Civil. 3ª edición, TEA, Argentina, 1989. p. 268.

traduce en consentimiento. Además, nada impide que tratándose de un negocio jurídico en el cual intervengan únicamente dos partes, se le caracterice específicamente como bilateral.

Según el parecer de Cervantes Ahumada, "el acto constitutivo de fideicomiso es siempre una declaración unilateral de voluntad. Puede ser que el fideicomiso se contenga dentro de un contrato; pero no será el acuerdo de voluntades lo que constituya el fideicomiso, sino que éste se constituirá por la voluntad del fideicomitente;"[90] criterio que se funda en lo aseverado por Landerreche Obregón, cuando advierte que "el fideicomitente crea el fideicomiso y lo crea por un acto unilateral de voluntad, es decir, sin que para ello necesite del concurso del fiduciario ni del fideicomisario."[91] Molina Pasquel, en tanto, quien es partícipe del mismo criterio, considera "terminante el texto de los artículos 382 y 385 *in fine* de la Ley General de Títulos y Operaciones de Crédito para hacer prevalecer la unilateralidad del fideicomiso,"[92] opinión que Arrechea Álvarez comparte.

Actitud menos definitiva es la adoptada por Rodríguez Rodríguez, pues de acuerdo con sus aseveraciones, "el fideicomiso es normalmente un negocio unilateral cuando el fideicomitente declara su voluntad intervivos o al testar. En efecto, ésta es obligatoria, pues no puede revocarse por aquél si no se reservó tal derecho o estaba facultado para modificar el fideicomiso sin el consentimiento del fideicomisario; todo ello, con total independencia de las respectivas aceptaciones en estos casos por parte de la fiduciaria y del fideicomisario."[93] Admite por otra parte, la posibilidad de que el fideicomiso sea bilateral, cuando en el acto origen del mismo tanto fideicomitente como fiduciario representan intereses opuestos que se coordinan mediante el encuentro de sus manifestaciones de voluntad.

Después cabe plantear la pugna que existe en la doctrina respecto a la unilateralidad o bilateralidad del acto constitutivo de fideicomiso. Consideramos

---

[90] CERVANTES AHUMADA, Raúl. Derecho Mercantil. Op. cit. p. 281.
[91] CERVANTES AHUMADA, Raúl. Títulos y Operaciones de Crédito. Op. cit. p. 283.
[92] RODRÍGUEZ RODRÍGUEZ, Joaquín. El Fideicomiso. Op. cIt. p. 381.
[93] Ibidem. p. 38.

que cada sector de los tratadistas mexicanos tiene razón desde su punto de vista, ya que la extraordinaria flexibilidad del fideicomiso y las múltiples formas que puede adoptar en nuestro derecho, implica que el acto constitutivo puede apoyarse tanto en la declaración unilateral del fideicomitente, como ocurre frecuentemente en el que se establece por voluntad testamentaria.

En otras ocasiones asume el carácter contractual, entre el fideicomitente y la institución fiduciaria, con efectos exclusivos entre ellos, cuando el primero es al mismo tiempo beneficiario, lo que ocurre frecuentemente tratándose del llamado fideicomiso de inversión; y también puede asumir los efectos de una estipulación a favor de tercero, como lo pretende Barrera Graf, "cuando el fideicomisario es distinto del fideicomitente; pero inclusive puede adoptar la forma de un acto plurilateral, pudiéndose citar como ejemplo el fideicomiso de garantía, en el cual intervienen contractualmente y en forma simultánea, el deudor como fideicomitente, el acreedor como beneficiario y la institución fiduciaria."[94]

Por eso, consideramos más certera la visión que del acto constitutivo expresaba Rodríguez Rodríguez, cuando afirmaba "que es un negocio jurídico unilateral o plurilateral según los que intervengan en el acto constitutivo, que puede ser únicamente el fideicomitente, o bien pueden concurrir dos partes, es decir, el primero y la institución fiduciaria, y hasta tres, en el supuesto de que en el mismo acto de constitución tenga que intervenir el beneficiario, adquiriendo cada una de estas partes, obligaciones y derechos recíprocos."[95]

Por nuestra parte, y con base en las razones aludidas, consideramos que la constitución del fideicomiso tiene lugar por un acto unilateral y el acuerdo de voluntades que es requisito para esa figura, es para su ejecución. Ahora bien, previamente a que nos impongamos la tarea de fundamentar dichas opiniones, debemos, por razón natural, tratar de poner de relieve los blancos de crítica que en

---

[94] BARRERA GRAF, Jorge. Op. cit. p. 238.
[95] RODRÍGUEZ RODRÍGUEZ, Joaquín. Op. cit. p. 383.

nuestro parecer presentan quienes se inclinan por el fideicomiso-contrato. Nuestros comentarios al respecto serán en ese orden.

Así pues, uno es el acto constitutivo del fideicomiso por el que el fideicomitente afecta unilateralmente ciertos bienes a un fin determinado, y otro, que sigue al primero, el contrato por virtud del cual la institución fiduciaria se obliga a realizar el fin para el que están afectos dichos bienes, a cambio de las compensaciones a que por ello tiene derecho conforme a la ley.

Ahora bien, en lo que respecta al objeto y como afirmamos anteriormente, la manifestación de voluntad, o el consentimiento en su caso, primer elemento esencial de un negocio jurídico, se proponen un objeto, que es el nacimiento de efectos jurídicos los cuales consisten en la creación, transmisión, modificación o extinción de relaciones y estados jurídicos.

Ahora bien, de los estudios realizados por la doctrina en relación a este segundo elemento esencial de los negocios, ha surgido una dualidad de objetos, directo uno e indirecto el otro; no puede decirse lo mismo con respecto a los ordenamientos legales, que simplemente se refieren al objeto en general.

"El objeto directo de los negocios jurídicos es, precisamente, ese nacimiento de consecuencias jurídicas, o sea, la creación, transmisión, modificación o extinción de derechos, de obligaciones o de situaciones jurídicas, mientras que el indirecto está representado tanto por el directo de la obligación, es decir, la pretensión a cargo del obligado, que puede ser positiva, de dar o hacer, o negativa, esto es, una abstención, como por el objeto también indirecto de la propia obligación, el cual, toma el mismo carácter en relación con el negocio. Es la cosa, el hecho o la abstención en sí mismos, relacionados con la conducta del deudor."[96]

Ahora bien, trátese de objeto directo o indirecto del negocio jurídico, lo cierto es que ambos deben reunir ciertas características; el primero habrá de ser

[96] DOMÍNGUEZ MARTÍNEZ, Jorge Alfredo. Op. cit. p. 51.

jurídicamente posible y en el segundo dicha posibilidad no se limita a ser jurídica, sino también deberá ser física.

La posibilidad jurídica del objeto directo implica que los efectos nacidos a consecuencia de una o varias declaraciones de voluntad, sean reconocidos por el derecho, al no existir una norma jurídica que sea un obstáculo insalvable; la cosa, en su carácter de objeto indirecto, será físicamente posible si existe en la naturaleza, y su posibilidad jurídica está condicionada a que sea determinada o determinable en cuanto a su especie y a que se encuentre en el comercio; el hecho o la abstención por su parte, deberán ser físicamente posibles como objeto indirecto del negocio, lo cual se traduce en que no se oponga a ellos alguna ley de la naturaleza, que represente un obstáculo imposible de salvar para su realización.

Tanto el acto unilateral por el que se constituye el fideicomiso como el contrato relativo a su ejecución cuentan con la dualidad de objetos a que hemos hecho referencia con los requisitos que deben reunir en cada caso.

Los efectos jurídicos creados por la constitución del fideicomiso son, en primer lugar, el régimen a que se someten los bienes fideicomitidos, los cuales, según el artículo 386 de la Ley General de Títulos y Operaciones de Crédito, en su párrafo segundo: "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. La institución fiduciaria deberá registrar contablemente dichos bienes o derechos y mantenerlos en forma separada de sus activos de libre disponibilidad."

Esa constitución origina, además, una serie de derechos y obligaciones, dentro de los que se pueden citar precisamente los que se haya reservado el fideicomitente respecto a los bienes fideicomitidos, el derecho de éste a revocar el

fideicomiso si expresamente se lo reservó, o en su caso, la obligación que tiene de abstenerse de ello si no hizo oportunamente tal reserva.

En relación con el fideicomisario, si lo hubiere, independientemente de los derechos que nazcan para él con motivo de la celebración del contrato por el que se ejecuta el fideicomiso constituido, los cuales serán enunciados y comentados con posterioridad, a consecuencia del acto constitutivo del fideicomiso, tendrá el derecho a designar fiduciaria, a la que encomiende la realización del fin correspondiente, y en general, todos los derechos que le confiera el acto constitutivo del fideicomiso.

Si el fideicomitente designó en el acto constitutivo a la fiduciaria que se encargare de la ejecución del fideicomiso, ello tendrá como consecuencia que ésta deberá aceptar el desempeño del cargo, pues según lo indica el artículo 391 de la ley comentada, la fiduciaria de que se trata, no podrá excusarse de aceptar y desempeñar el cargo.

Ahora bien, tal y como lo enunciamos, la creación de todos los efectos jurídicos a que nos hemos referido en párrafos precedentes como objeto directo del acto constitutivo del fideicomiso, condiciona su posibilidad jurídica. Posteriormente, al comentar los aspectos negativos de los elementos esenciales del negocio jurídico en general, con referencia en concreto al fideicomiso, haremos alusión a aquellos casos que pueden presentarse de imposibilidad jurídica del objeto directo.

El objeto indirecto del acto constitutivo del fideicomiso puede serlo toda clase de bienes y derechos, según lo indica el artículo 386 de la Ley de Títulos o Operaciones de Crédito. Consecuentemente, es factible que ese carácter lo tenga cualquier derecho, sea real o de crédito, bienes corpóreos muebles o inmuebles, títulos de crédito, etc., los cuales, en su caso, deberán, según lo apuntamos, existir en la naturaleza para satisfacer el requisito de su posibilidad jurídica y estar en el

comercio así como ser determinados o determinables en cuanto a su especie, para ser jurídicamente posibles.

Los casos de imposibilidad física y jurídica de los bienes que pueden ser objetos indirectos del acto constitutivo del fideicomiso, serán analizados cuando corresponda el turno al negativo de este elemento.

Los derechos y obligaciones que integran el objeto del contrato celebrado para la ejecución del fideicomiso, se encuentran distribuidos entre los tres status que corresponden a los diversos elementos personales de la figura.

El hecho de que la fiduciaria haya aceptado ya el desempeño del fideicomiso, no obsta para que el fideicomitente ejercite su derecho a revocarlo, siempre y cuando lo haya reservado expresamente para sí.

La fiduciaria, por su parte, tendrá derecho a las compensaciones que en su favor se hubieren pactado, a renunciar para el caso de que no le sea cubierta esa remuneración, además de que como lo indica el artículo 391 de la Ley de Títulos y Operaciones de Crédito, tendrá todos los derechos y acciones, que se requieran para el cumplimiento del fideicomiso.

Sus obligaciones son cumplir el fideicomiso conforme al acto constitutivo, conducirse para ello como un buen padre de familia y responder de las pérdidas o menoscabo que por su culpa sufra la masa de bienes fideicomitidos.

3.6. De validez

Ya habíamos hecho referencia a que la doctrina y los ordenamientos legales de la materia suelen afirmar que los elementos de validez de los negocios jurídicos son la licitud en el objeto, fin, motivo o condición del negocio, la capacidad de ejercicio, la forma y la ausencia de vicios en la voluntad.

En términos generales, la licitud del objeto, del fin o motivo o de la condición de todo negocio jurídico, consisten en que éstos vayan en concordancia a las leyes del orden público y a las buenas costumbres. Ello según el artículo 1830 del Código Civil para el Distrito Federal.

No obstante, la mención que hacen los artículos 381 y 382 de la Ley de Títulos y Operaciones de Crédito, en el sentido de que el fin del fideicomiso debe ser lícito, ello o su ilicitud, así como las del objeto, la del motivo o las de la condición, habrán de ser calificadas particularmente en cada acto constitutivo de un fideicomiso, como en el de cada contrato que se celebre para su ejecución; por ende, cierta es la afirmación de Batiza, según la cual será "la autoridad judicial, como intérprete de las concepciones de orden público y de las buenas costumbres prevalencientes en la colectividad, la que resuelva en cada caso si el fin de un fideicomiso está o no en pugna con tales concepciones, comentario éste que debe ser aplicado también al objeto, al fin y a la condición, en su caso, de ambos negocios."[97]

Como es sabido, la capacidad en general se bifurca y de su ramificación, por un extremo surge la capacidad jurídica o de goce, y la capacidad de ejercicio o de obrar por el otro.

Capacidad de goce es la aptitud del sujeto de ser titular de obligaciones y derechos. Si bien dicha capacidad es atribuida por los imperativos legales, no es menos cierto que en la actualidad, por la evolución del género humano, difícilmente existirá lugar en el globo terráqueo en el que a un individuo le sea desconocido, inclusive, un grado mínimo de capacidad jurídica.

Es decir, no obstante que el Estado se encuentra en una situación superior a la de los particulares, éstos lo crearon para que por él les sean reconocidos sus derechos inherentes; el Estado es creación del hombre, más su finalidad, al crearlo,

[97] BATIZA, Rodolfo. Op. cit. 291.

ESTA TESIS NO SALE
DE LA BIBLIOTECA

fue ponerlo al servicio de sus propios creadores, para propiciarse ellos mismos un desenvolvimiento controlado por un orden jurídico.

En esas condiciones, habiendo quedado atrás, fuera del alcance de nuestros ojos, instituciones como la esclavitud, la muerte civil y la *capitis diminutio*, la capacidad jurídica acompaña a cuanto ser humano existe no sólo desde su nacimiento sino inclusive desde su concepción, hasta su muerte. Por consiguiente todo individuo tiene capacidad jurídica.

La capacidad de obrar, dice Trabucchi, "es la aptitud reconocida al sujeto para ejercitar válidamente manifestaciones de voluntad dirigidas a modificar la propia situación jurídica. Dicho reconocimiento puede restringirse o inclusive ser suprimido, prevaleciendo la existencia y perdurabilidad de la capacidad de goce."[98] Así por ejemplo, un bien puede pertenecer a un menor de edad (capacidad jurídica) y precisamente por esa minoría, no puede disponer libremente de él (incapacidad de obrar).

De la aseveración emitida por Rojina Villegas cuando afirma que la capacidad de ejercicio "supone la posibilidad jurídica en el sujeto de hacer valer directamente sus derechos, de celebrar en nombre propio actos jurídicos, de contraer y cumplir sus obligaciones y de ejercitar las acciones conducentes ante los tribunales,"[99] se desprenden las dos especies de esta capacidad anotadas por Trabucchi a saber: "capacidad de obrar sustancial y capacidad de obrar procesal o formal, conceptos distintos, pues la primera se refiere a la aptitud para obligarse, para celebrar negocios y actos jurídicos, para cumplir personalmente sus obligaciones, para administrar y disponer libremente de los bienes, etc., y la segunda, a la posibilidad de comparecer en juicio sin necesidad de hacerlo mediante representantes legales."[100]

---

[98] TRABUCCHI, Alberto. Instituciones de Derecho Civil. 6ª edición, Bosch, España, 1999. p. 281.
[99] ROJINA VILLEGAS, Rafael. Derecho Civil Mexicano. Contratos. 10ª edición, Porrúa, México, 2002. p. 369.
[100] TRABUCCHI, Alberto. Op. cit. p. 269.

De conformidad con los diversos artículos del Código Civil para el Distrito Federal, que regulan lo concerniente a la capacidad de ejercicio, los mayores de edad cuentan con un status jurídico que les permite disponer libremente de sus bienes, mediante la celebración de negocios jurídicos.

En efecto, según lo prevé el artículo 24 de dicho ordenamiento "el mayor de edad tiene la facultad de disponer libremente de su persona y de sus bienes, salvo las limitaciones que establece la ley," precepto éste idéntico en sustancia al artículo 647 del mismo código.

El propio Código Civil para el Distrito Federal, declara que son incapaces tanto natural como legalmente los menores de edad, los mayores privados de sus facultades mentales aún en momentos lúcidos, los sordomudos que no sepan leer y escribir y los ebrios consuetudinarios o adictos en forma habitual al uso exagerado de drogas enervantes (artículo 450).

Pues bien, de las anteriores aseveraciones se desprende que podrá ser fideicomitente, por encontrarse en aptitud legal para afectar sus bienes, todo mayor de edad que no esté incapacitado por alguna de las causas señaladas en el artículo 450, ya referido.

Asimismo, para que sea válido un fideicomiso que tuviere como objeto ciertos bienes o derechos propiedad de un incapacitado, deberá llevarse a cabo por medio de su o sus representantes, quienes a su vez, habrán de solicitar la autorización judicial a que se refieren los artículos 561 y relativos del Código Civil para el Distrito Federal. Ahora bien, la incapacidad de ejercicio que impide celebrar negocios jurídicos a un menor de edad o a un enajenado mental, aún en los momentos lúcidos de estos últimos, tienen como excepción lo establecido en la fracción I del artículo 1306 interpretado a contrario *sensu* y en el 13307, ambos del Código Civil, respectivamente.

Así es en efecto, si de conformidad con el primer precepto señalado, el menor que no ha cumplido 16 años, trátese de hombre o mujer está incapacitado para testar, debe entenderse, obviamente que podrá hacerlo en caso de contar con más edad que la mínima establecida. Además, el artículo 1307 declara válido el testamento otorgado por un enajenado mental en determinado momento de lucidez, claro está, con los requisitos que señalan los artículos siguientes. Consecuentemente nada impide que uno de estos sujetos constituya un fideicomiso que va a surtir efecto después de su muerte y fije las bases sobre las cuales se ejecutará aquél.

Según la afirmación anterior, uno de los requisitos que debe reunir la manifestación de voluntad, o consentimiento en su caso, es expresarse en observancia a la forma que la ley establece para tal declaración, la cual, bien puede no exigirse, pudiendo la voluntad, en este supuesto, ser manifestada inclusive tácitamente, o bien, por el contrario, ser por escrito; ya sea privado o mediante escritura pública, o bien, por último, revestir ciertas formalidades esenciales que se han dado en considerar, atinadamente por cierto, como solemnidades.

En efecto, los actos jurídicos pueden clasificarse, atendiendo a la forma que debe revestir, en consensuales, formales y solemnes.

"Son actos consensuales aquellos para cuya validez no se requiere ninguna formalidad; por lo tanto toda manifestación de voluntad será válida, ya que se haga verbalmente, por escrito o por señas, o se desprenda de actos que hagan presumir la voluntad."[101] La segunda categoría de actos se denominan formales. En éstos es necesario que la voluntad se exprese por escrito para que tenga validez; por lo tanto, sólo se acepta el consentimiento expreso y por escrito. Dentro de la expresión escrita caben dos formas: el documento público y el privado. Por último, los actos pueden ser solemnes. Son aquellos actos en los que debe observarse una

[101] ORTIZ URQUIDI, Raúl. Op. cit. p. 139.

formalidad especial y por escrito, otorgándose ante funcionario determinado, bajo la sanción de inexistencia si no se cumple.

Así pues, si se toma en cuenta el contenido de los preceptos relativos, podemos afirmar que para el otorgamiento del acto constitutivo del fideicomiso y para la celebración del contrato por el que se acuerde su ejecución, se trata de negocios formales, en oposición tanto a consensuales como a solemnes, pues si bien el Código Civil, establece que los contratos se perfeccionen por el mero consentimiento, excepto aquellos que deban revestir una forma establecida por la ley. La constitución del fideicomiso deberá siempre constar por escrito, señala el artículo 387 del La Ley General de Títulos y Operaciones de Crédito.

3.7. Personales

Los elementos personales, se refieren a las personas que intervienen en el fideicomiso que en esencia son tres: Fideicomitente, Fiduciario y Fideicomisario, para ejemplificar y comprender lo escrito será necesario hacer hincapié en lo siguiente.

Fideicomitente

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.

La Ley General de Títulos y Operaciones de Crédito establece en su artículo 384 lo siguiente.

"Artículo 384. Sólo pueden ser fideicomitentes las personas con capacidad para transmitir la propiedad o la titularidad de los bienes o derechos objeto del

fideicomiso, según sea el caso, así como las autoridades judiciales o administrativas competentes para ello."

En relación a lo anterior, podemos decir que el artículo 383 en su primer párrafo señala lo siguiente: "El fideicomitente puede designar varios fideicomisarios para que reciban simultánea o sucesivamente el provecho del fideicomiso, salvo el caso de la fracción II del artículo 394."

Si hacemos un análisis del concepto anterior, obtendremos el siguiente resultado: pueden ser fideicomitentes en primer término, las personas físicas o las personas jurídicas; la ley establece como requisito indispensable que tengan la capacidad necesaria para la afectación de bienes. Con estas palabras se fija, en primer término, que es necesario que el fideicomitente tenga la capacidad de ejercicio suficiente para celebrar el contrato y en caso de que dicha capacidad se encuentre limitada, que se llenen los requisitos señalados en el derecho común o en la legislación especial, para poder ejercer tal derecho. En segundo término, se establece que para ser fideicomitente es necesario ser titular de los bienes o de los derechos sobre los cuales se va a realizar la afectación del fideicomiso. Este requisito es indispensable para poder realizar la transmisión de los bienes o derechos fideicomitidos al fiduciario, quien será el único titular del patrimonio del fideicomiso.

Ahora bien, como ya dijimos, las autoridades judiciales o administrativas también pueden ser fideicomitentes.

El legislador, al poner este medio al alcance de las autoridades, les permite que puedan cumplir mejor con el cargo que se les ha conferido para la conservación, administración, liquidación, reparto o enajenación de determinados bienes. Este beneficio se pone de manifiesto al considerar que en determinadas circunstancias esas autoridades no cuentan con los medios adecuados para poder realizar directamente los fines que se les han encomendado.

Los derechos y facultades del fideicomitente pueden quedar especificados como sigue:

1°. "Señalar los fines del fideicomiso.
2°. Designar a los fideicomisarios y a la o las instituciones que desempeñen el cargo de fiduciario.
3°. Reservarse determinados derechos sobre la materia del fideicomiso.
4°. Prever la formación de un comité técnico, dar las reglas de su funcionamiento y fijar sus facultades.
5°. Exigir al fiduciario el cumplimiento de la obligación que tiene de rendir cuentas de su gestión, cuando se haya reservado expresamente este derecho en el acto constitutivo o en las modificaciones del mismo.
6°. En los fideicomisos onerosos, exigir del fideicomisario la contraprestación a que tenga derecho (artículo 1837 del Código Civil).
7°. En caso de incumplimiento, exigir de la contraparte el cumplimiento o la rescisión del fideicomiso, con el resarcimiento correspondiente de los daños y perjuicios causados (artículo 1949 del Código Civil)."[102]

A primera vista puede parecer ambiguo el tercer grupo, correspondiente a los derechos que expresamente se reserva el fideicomitente, pero esto queda aclarado con los siguientes ejemplos: en un fideicomiso de garantía sobre bienes inmuebles, cuya propiedad se transmita al fiduciario únicamente con el fin de garantizar una obligación principal, el fideicomitente puede reservarse expresamente el uso o goce de dichos bienes o de sus productos, según los ocupe directamente o los tenga arrendados a tercera persona. En otro fideicomiso en el que se afecten acciones de una sociedad anónima, con el fin semejante de

[102] LOZADA CHÁVEZ, Francisco. Op. cit. p. 301.

garantizar una obligación principal, el fideicomitente puede reservarse el ejercicio de los derechos opcionales.

Haciendo referencia a los ejemplos anteriores, observamos cómo en fideicomisos de una misma clase, en los que varía únicamente la materia, pueden ser diferentes los derechos que se reserve el fideicomitente y sólo pueden precisarse en cada caso concreto.

Por último, es conveniente aclarar la razón por la cual no incluimos entre los derechos y facultades del fideicomitente el derecho relativo a la devolución de los bienes y derechos que existan en poder del fiduciario cuando ocurra la extinción del fideicomiso. Este derecho corresponderá al fideicomitente cuando se lo haya reservado expresamente en el acto constitutivo del fideicomiso. Esta facultad no se debe otorgar en forma general al fideicomitente, porque hay numerosos casos en los que no procede, por tratarse de fideicomisos onerosos, en los cuales el fideicomitente recibe una contraprestación por la constitución del fideicomiso; en estos casos es imposible que dichos bienes o derechos reviertan al fideicomitente, pues la transmisión de los mismos debe realizarse al fideicomisario o a sus causahabientes.

La principal obligación a cargo del fideicomitente consiste en transmitir al fiduciario los bienes y derechos materia del fideicomiso. Esta obligación la fundamos en el artículo 381 de la Ley General de Títulos y Operaciones de Crédito. Asimismo, el fideicomitente está obligado al cumplimiento de las obligaciones recíprocas de los derechos que se reserve.

Fiduciario

De manera genérica, podemos decir que el fiduciario, es la persona que tiene la titularidad de los bienes o derechos fideicomitidos y que se encarga de la realización de los fines del fideicomiso. "El fiduciario lleva a efecto la realización o

cumplimiento de los fines por medio del ejercicio obligatorio de los derechos que le ha trasmitido el fideicomitente."[103]

Por lo que se refiere a los derechos y obligaciones del fiduciario, diremos que el cumplimiento de sus obligaciones es correlativo al ejercicio de sus derechos, pues está obligado a ejercerlos para lograr los fines del fideicomiso. Las obligaciones del fiduciario pueden ser: de hacer, de dar y de no hacer. Dentro de las obligaciones de hacer se encuentran primordialmente la de ejecutar los fines del fideicomiso; por lo que se refiere a las obligaciones de dar, pueden consistir en pagar al o a los fideicomisarios los beneficios del fideicomiso; y por último, las obligaciones de no hacer comprenden las de abstenerse, de no hacer mal uso de los derechos transmitidos y de no excederse en el ejercicio de las facultades que se les confieren.

El artículo 385 de la vigente Ley General de Títulos y Operaciones de Crédito, establece las reglas generales para el desempeño del cargo por parte del fiduciario y que Rodríguez y Rodríguez las resume en la siguiente forma:

"1ª. Es esencial que el fiduciario adquiera el dominio de los bienes sobre los que se constituye el fideicomiso, llegando a ser titular de un derecho de dominio con más o menos limitaciones, según se haya fijado en el acta constitutiva, limitaciones que sólo tienen eficacia obligatoria, puesto que el fiduciario como dueño puede disponer de dichos bienes.

2ª. El fiduciario asume una serie de obligaciones de hacer, cuyo alcance depende de la clase de fideicomiso de que se trate.

3ª. El desempeño del cargo es obligatorio, en la forma que antes queda indicada. El fiduciario atiende al desempeño del fideicomiso por medio de uno o más funcionarios (delegados fiduciarios), designados al efecto, de cuyos actos responde directa e ilimitadamente la institución, sin perjuicio de las responsabilidades civiles y penales en

[103] VILLAGORDOA LOZANO, José Manuel. Op. cit. p. 239.

que pueda haber incurrido el delegado como se establece en la Ley General de Títulos y Operaciones de Crédito y Organizaciones Auxiliares).

4ª. El fiduciario asume la obligación de conservar los bienes y derechos recibidos en su integridad material."[104]

Los derechos y obligaciones del fiduciario se pueden precisar en cada caso concreto teniendo en cuenta, por una parte, la naturaleza jurídica de los bienes y derechos que constituyen la materia del fideicomiso y por la otra, los fines que se persigan con dicha operación. No son las mismas facultades y obligaciones del fiduciario, cuando la materia del fideicomiso la forman bienes inmuebles, que cuando únicamente se afectan derechos personales del fideicomitente. El fiduciario no asume las mismas obligaciones en un fideicomiso de garantía, que en un fideicomiso que tenga como fin liquidar el pasivo de una persona determinada. En el primer caso, por ejemplo, el fiduciario puede vender los bienes fideicomitidos únicamente en el supuesto de que el fideicomitente deudor deje de cumplir con la obligación principal garantizada a través del fideicomiso correspondiente; en cambio, en el fideicomiso para liquidación de pasivo, debe establecerse, desde un principio, que el fiduciario proceda a la venta de los bienes fideicomitidos, para que con su producto pague a los acreedores del fideicomitente en las proporciones que corresponda. Si contrastamos estas situaciones con otros fideicomisos, observaremos que la facultad de vender los bienes fideicomitidos es contraria a la naturaleza del fideicomiso de que se trate, a las instrucciones del fideicomiso de que se trate, a las instrucciones del fideicomitente y a los intereses del fideicomisario, quien en estos casos, tiene las acciones correspondientes para que los bienes salidos del patrimonio fideicomitido reviertan al mismo. Esta situación la encontramos en los fideicomisos de administración y de inversión, por lo cual concluimos que no se puede establecer un catálogo concreto de las obligaciones y de los derechos del fiduciario, que comprenda todos los fideicomisos posibles.

---

[104] RODRÍGUEZ RODRÍGUEZ, Joaquín, Op. Cit. P. 384.

Si por la complejidad de los fines del fideicomiso se requiere de un cuerpo colegiado que tome las decisiones correspondientes en cuanto a la inversión y administración del patrimonio fideicomitido, entonces el fideicomitente establece un comité técnico en el acto constitutivo del fideicomiso o en sus reformas; en este último caso con el consentimiento del fideicomisario, señalándose las facultades del mismo que en el mayor número de los casos coinciden con las correspondientes a los consejos de administración de las sociedades mercantiles. En esta forma el fiduciario, cuando actúa sujetándose a las decisiones tomadas por el comité técnico, quedará libre de toda responsabilidad.

Fideicomisario

Como lo hemos venido señalando, el fideicomisario, es la persona que recibe los beneficios del fideicomiso.

De acuerdo con el artículo 383 de la Ley General de Títulos y Operaciones de Crédito, en su articulado señala que "el fideicomitente puede designar varios fideicomisarios para que reciban simultánea o sucesivamente el provecho del fideicomiso, salvo el caso de la fracción II del artículo 394.

Cuando sean dos o más fideicomisarios, y deba consultarse su voluntad, en cuanto no esté previsto en el fideicomiso, las decisiones se tomarán por mayoría de votos computados por representaciones y no por personas. En caso de empate, decidirá el Juez de primera instancia del lugar del domicilio del fiduciario."[105]

La institución fiduciaria podrá ser fideicomisaria en los fideicomisos en los que, al constituirse se transmita la propiedad de los bienes fideicomitidos 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

[105] Ley General de Títulos y Operaciones de Crédito.

acuerdo a una institución fiduciaria sustituta para el caso que surgiere un conflicto de intereses entre las mismas.

El artículo 30 de la Ley de Instituciones de Crédito define como Banca de Desarrollo a las entidades de la Administración Pública Federal, con personalidad jurídica y patrimonio propios constituidos con el carácter de Sociedades Nacionales de Crédito, en los términos de sus correspondientes leyes orgánicas y de esta ley.

Así tenemos que la Ley Orgánica de Nacional Financiera en su artículo once establece que en los fideicomisos que celebre la sociedad, ésta podrá actuar en el mismo negocio como fiduciaria y como fideicomisaria y realizar operaciones con la propia sociedad en el cumplimiento de fideicomisos.

"Igual disposición la encontramos en el artículo noveno de la Ley Orgánica del Banco Nacional de Obras y Servicios Públicos; también en semejante artículo de la Ley Orgánica del Banco Nacional de Comercio Interior; a su vez ordena lo mismo el artículo 8º de la Ley Orgánica del Banco Nacional de Comercio Exterior y el artículo 10 de la Ley Orgánica del Banco Nacional del Ejército, Fuerza Aérea y Armada."[106]

Los derechos del fideicomisario los podemos agrupar en la siguiente forma:

1. Los derechos que a su favor se deriven del acto constitutivo del fideicomiso.
2. Exigir a la institución fiduciaria, el cumplimiento de los fines del fideicomiso.

Dentro de este derecho encontramos otras facultades que se derivan a favor del fideicomisario:

---

[106] BATIZA, Rodolfo, Principios Básicos del Fideicomiso y de la Administración Fiduciaria. p. 302.

a) Exigir al fiduciario aviso dentro de las cuarenta y ocho horas sobre:

1º. Las operaciones de inversión, adquisición y sustitución de los bienes fideicomitidos.

2º. La percepción de rentas, frutos o productos de liquidación; y

3º. Los pagos que se hagan con cargo al patrimonio fideicomitido.

Salvo disposición expresa del fideicomitente, o que no proceda por otra causa.

b) Exigir la responsabilidad civil al fiduciario, causada por la violación del secreto propio del fideicomiso, salvo que la revelación se haga a la autoridad en juicio en que el fideicomitente o fideicomisario sean partes.

c) Pedir cuentas al fiduciario.

d) Exigir la responsabilidad en general a la institución fiduciaria.

e) Pedir la remoción de la institución fiduciaria.

3. Atacar la validez de los actos que la institución fiduciaria cometa en su perjuicio, de mala fe.

4. Atacar la validez de los actos que aquélla institución cometa en su perjuicio, en exceso de las facultades que el acto constitutivo o la ley le confieren.

5. Cuando proceda, reivindicar los bienes que a consecuencia de actos excesivos o de mala fe de la fiduciaria, hayan salido del patrimonio del fideicomiso.

6. Elegir institución fiduciaria:

a) Cuando ésta renunciare.

b) Fuere removida.

c) Si en el acto constitutivo no fuere designada.

7. Dar su consentimiento para reformar el acto constitutivo, cuando se trate de formar un comité técnico.
8. El fideicomisario puede tener otros derechos y sus correlativas acciones que no se pueden determinar previamente, sino que resultan de la situación legal en que lo coloque la ejecución del fideicomiso.

Los derechos del fideicomisario que hemos enunciado se encuentran expresamente contenidos en los artículos 383, 390, 396 de la Ley General de Títulos y Operaciones de Crédito, y en los artículos 80 y 84 de la Ley de Instituciones de Crédito.

Si analizamos los derechos anteriores para estudiar su naturaleza jurídica, podemos concluir que todos ellos son derechos personales. Por lo que se refiere al derecho de reivindicar los bienes fideicomitidos, que por actos excesivos o de mala fe del fiduciario, hayan salido del patrimonio del fideicomiso, debemos hacer un breve análisis para ver si se trata de una acción real, como lo es la reivindicatoria, o de una acción de carácter personal, como lo es la acción pauliana.

Si se trata de una acción propiamente reivindicativa, que según el artículo 4º del Código de Procedimientos Civiles del Distrito Federal compete su ejercicio a quien no está en posesión de la cosa de la cual tiene la propiedad, entonces debemos sostener que el fideicomisario es propietario de los bienes fideicomitidos; por el contrario, nos encontramos que toda la doctrina es conteste en reconocer que el fideicomisario no es dueño del patrimonio fideicomitido.

Esta acción reivindicatoria atribuida al fideicomisario por nuestra ley, no es de carácter absoluto, *erga omnes*, sino relativo, pues únicamente se otorga al fideicomisario cuando por mala fe del fiduciario o por exceso de sus facultades enajena los bienes o derechos fideicomitidos, en detrimento del patrimonio del

fideicomiso y además cuando dicha enajenación es contrario al cumplimiento de los fines del fideicomiso.

Por lo que se refiere a los efectos de la acción, observamos que tiende a que los bienes reivindicados se reintegren al patrimonio fideicomitido y no al patrimonio del reivindicante.

Ahora bien, si no se trata propiamente de una acción reivindicatoria, la única conclusión parece ser la de encuadrar la naturaleza de esta acción dentro de las acciones personales.

No creemos que sea correcto calificar a esta acción del fideicomisario como una acción reivindicatoria útil, en vista de que se trata de una acción con fundamento obligacional y con efectos reales.

En cambio, encontramos que esta supuesta acción reivindicatoria tiene mucha semejanza con la acción pauliana.

En primer lugar se trata de una acción de protección al acreedor de obligación personal contra actos fraudulentos de su deudor; es una forma de atacar la validez de los actos que el fiduciario comete en su perjuicio.

En segundo lugar no se puede intentar contra el deudor mismo, sino que endereza propiamente en contra de quien haya adquirido los bienes por virtud del acto fraudulento del deudor, y en este sentido algunos autores que consideran *erga omnes* la acción del fideicomisario, deberán aceptar que es *erga omnes* la acción pauliana.

En tercer lugar, los efectos de la acción a estudio son idénticos a los de la pauliana en cuanto a que por virtud de la nulidad que se declara de la transmisión o enajenación, los bienes escapados del patrimonio del deudor (el fiduciario) le son restituidos sin entrar al patrimonio de los acreedores. En nuestro caso, no revierten al fideicomisario, ni entran a su patrimonio, sino al del fiduciario de

donde escaparon. Se trata, como la pauliana lo es, de una acción tendiente a la reconstrucción del patrimonio del deudor.

"La acción pauliana no es una acción de nulidad porque sus efectos solamente tienden a ocasionar una ineficacia sui generis, ya que una vez ejercida, sólo invalida a aquellos efectos que se opongan a los intereses del acreedor demandante y una vez satisfechos estos últimos el acto atacado recobra su plena validez."[107]

"Tampoco se trata de una acción de revocación ni de rescisión como sostienen algunos autores,"[108] ya que la primera consiste en extinguir un acto jurídico por mutuo consentimiento de las partes que intervinieron en su celebración y la segunda se refiere a la acción que ejerce una de las partes contratantes para pedir la extinción del negocio jurídico de efectos recíprocos, fundando su petición en el incumplimiento de su contraparte. Ninguna de estas situaciones se presenta en el ejercicio de la acción pauliana.

Para establecer las obligaciones del fideicomisario debemos hacer las siguientes distinciones: "a) cuando se trata de fideicomisos cuya constitución se establece unilateralmente por parte del fideicomitente, con la intención de hacer una liberalidad al fideicomisario, ya sea en vida del fideicomitente o después de su muerte; y b) cuando se trate de fideicomisos cuya constitución se realiza con el acuerdo expreso del fideicomitente y fideicomisario y se establece una contraprestación a favor del fideicomitente, por la enajenación que realiza al fiduciario, en provecho del fideicomisario."[109]

En el primer grupo de fideicomisos, por su naturaleza misma, ya que encierran una *causa donandi,* el fideicomisario únicamente tiene el derecho de recibir los beneficios del fideicomiso, y en ningún caso se establecen obligaciones a

---

[107] VARZA OCHOA, Carlos. El Derecho de Propiedad en el Fideicomiso. 6ª edición, Porrúa, México, 2000. P. 2[illegible]

[108] Ibidem. p. 268.

[109] DOMÍNGUEZ MARTÍNEZ, Jorge Alfredo. Op. cit. p. 68.

su cargo, como contraprestación de la liberalidad del fideicomitente. En algunas ocasiones pueden establecerse diversas cargas al fideicomisario, pero únicamente tendrán dichas cargas, el carácter de una simple modalidad como lo tiene en el legado su modo o en la donación onerosa.

En el segundo grupo de fideicomisos nos encontramos con la circunstancia de que en todo caso el fideicomisario está obligado a realizar la contraprestación convenida en el mismo acto constitutivo; como ejemplo de lo anterior tenemos los fideicomisos traslativos, o de propiedad, en virtud de los cuales, el fideicomitente transmite la propiedad de determinados bienes al fiduciario, para que al término del fideicomiso sean transmitidos al fideicomisario o a la persona que éste designe. En estos fideicomisos se establece, desde un principio, que se concederá el uso y goce de dichos bienes al fideicomisario y para compensar al fideicomitente por la enajenación realizada al fiduciario y en provecho del fideicomisario, este último se obliga a dar una contraprestación al fideicomitente, que generalmente consiste en dinero.

En la actualidad, la constitución de fideicomisos se da de manera cada vez más frecuente, por lo que se hace necesario una legislación adecuada que le permita cumplir con su finalidad. Es por eso que el legislador tuvo la necesidad de reformar la Ley General de Títulos y Operaciones de Crédito, a fin de establecer las bases y regular los negocios fiduciarios, entendiendo por estos aquellos en virtud de los cual una persona transmite plenamente a otra, ciertos bienes o derechos, obligándose esta a afectarlos a la realización de una finalidad lícita y determinada y, como consecuencia de dicha finalidad, obligándose a retransmitir dichos bienes o derechos a favor de un tercero o a revertirlos al transmitente. Estos negocios fiduciarios surgen de los negocios jurídicos que consisten en actos de voluntad libre, que tienen un fin práctico tutelados por el ordenamiento jurídico y que producen efectos jurídicos. En un principio aparecen como negocios atípicos e innominados, pero por el uso tan cotidiano que se les llega a dar, se van reglamentando por parte del legislador. Este es el caso del contrato de fideicomiso.

CAPÍTULO IV
EL FIDEICOMISO Y LOS BIENES FIDEICOMITIDOS

4.1. El patrimonio fideicomitido

Como sabemos, cualquier explicación que gire en torno a las características distintivas del fideicomiso, hace referencia a su aspecto patrimonial. Así, bien se desdobla la propiedad que era única en el fideicomitente, bien se crea un patrimonio carente de titular o, bien, se transmite plena o limitadamente a la fiduciaria el dominio de los bienes. El concepto mismo que la ley ofrece señala que en virtud del fideicomiso, el fideicomitente *transmite* ciertos bienes.

"De ello se desprende que el aspecto patrimonial del fideicomiso es de vital importancia para su estructura misma y que, consecuentemente, resulta ineludible hacer una serie de comentarios relacionados con el aspecto medular de los mismos; esto es, tratar de establecer cuál es la situación jurídico-patrimonial en que se encuentran los bienes fideicomitidos durante la vigencia del fideicomiso."[110]

Recordemos que, categóricamente, hemos descartado la posibilidad de que como consecuencia del fideicomiso o de cualquier otra figura, se llegue a crear un patrimonio o una masa de bienes que carezcan de titular, por ir ello en contra del principio elemental consistente en que no puede existir derecho subjetivo sin derechohabiente ni obligación sin obligado.

En consecuencia, el problema correspondiente al régimen aplicable a los bienes fideicomitidos, se hace consistir en determinar si éstos llegan a formar un patrimonio distinto de los patrimonios personales correspondientes a cada uno de los sujetos del fideicomiso y, en su caso, a cuál o cuáles de ellos corresponde la titularidad o si, por el contrario, se trata simplemente de una masa de bienes

[110] DOMÍNGUEZ MARTÍNEZ, Jorge Alfredo. Op. cit. p. 192.

afectos a un fin. En este último supuesto, cabe también realizar algunas consideraciones para procurar determinar si el fideicomitente conserva, en mayor o menor medida, la propiedad sobre ellos o bien, los transmite en realidad a la fiduciaria sin reserva ni limitación alguna.

Se define reiteradamente el patrimonio como un conjunto de derechos y obligaciones apreciables en dinero, que pertenecen a una persona y que forman una unidad.

Derivan de ello cuatro características que son: "*a)* se trata de un conjunto de derechos y obligaciones, es decir, forman parte del patrimonio tanto el activo como el pasivo del mundo económico del sujeto; *b)* los derechos y obligaciones que integran al patrimonio tienen como centro de imputación a una sola persona, esto es, cada persona cuenta ni más ni menos que con un patrimonio; *c)* existe una interdependencia y acoplamiento tales entre los derechos y obligaciones que integran el patrimonio, que la suma de todos se traducen en una sola unidad, que es el patrimonio mismo, y la salida de un derecho o de una obligación de la unidad de que forma parte, no le afecta a este último."[111] Como se requiere que los referidos derechos sean apreciables en dinero, se excluyen del patrimonio una serie de derechos y obligaciones no valorizables, como son una buena parte de los derechos de familia, los derechos de la personalidad, etc.

La corriente más difundida que explica al patrimonio corre a cargo de la Escuela de la Exégesis; que según Jorge Alfredo Domínguez, "se le conoce como teoría tradicional o teoría del *patrimonio-personalidad;* denominada así, por la relación tan íntima habida, según sus exponentes, entre la persona y el patrimonio; su esencia la encontramos en los puntos siguientes:

"1º *Sólo las personas pueden tener un patrimonio.* Las personas son, por definición, los seres capaces de ser sujetos activos o pasivos de los

[111] Ibidem. p. 194.

derechos; por consiguiente sólo ellas tienen aptitud para poseer bienes, o para tener créditos u obligaciones.

2°. *Toda persona tiene necesariamente un patrimonio.* Una persona puede poseer muy pocas cosas, no tener ni derechos ni bienes de ninguna especie; y hasta como ciertos aventureros, no tener más que deudas; sin embargo, tiene un patrimonio. *Patrimonio* no significa riqueza; un patrimonio no encierra necesariamente un valor positivo; puede ser como una bolsa vacía y no contener nada.

3°. *Cada persona no tiene más que un patrimonio."*[112] El patrimonio es uno, como la persona; todos los bienes y todas las obligaciones forman una masa única. Este principio de la unidad del patrimonio sufre, sin embargo, algunas restricciones; hay instituciones excepcionales que operan en el patrimonio una especie de división y que hace de él dos masas distintas. El derecho civil ofrece como ejemplos de estos casos el beneficio de inventario, concedido al heredero y el beneficio de *separación de patrimonios,* concedido a los acreedores de una persona difunta. Estos dos beneficios tienen por resultado separar ficticiamente en las manos del heredero dos masas de bienes: sus bienes personales y los bienes que recibió del difunto, de modo que parece que el heredero tiene dos patrimonios.

"4°. El patrimonio es inseparable de la persona. En tanto que la persona vive no se puede producir ninguna *transmisión* de su patrimonio a otra persona; no puede enajenar más que los elementos, uno después de otro."[113]

De lo anterior podemos decir que el patrimonio es considerado como universalidad, no es sino la consecuencia de su propia personalidad y siempre permanece necesariamente unido a ella. Es por esto por lo que todas las transmisiones que se hacen *intervivos* son a título particular. La transmisión de la universalidad del patrimonio no puede hacerse sino después de la muerte de una

[112] LIZARDI ALBARRÁN, Manuel. Op. cit. p. 261.
[113] Ibidem. p. 262.

persona; en el momento de la defunción, el patrimonio del difunto es atribuido a sus sucesores que son los únicos que pueden sucederlo a título universal.

De lo anterior se infiere que los bienes y obligaciones contenidas en el patrimonio forman lo que se llama una *universalidad de derecho*. Esto significa que el patrimonio constituye una unidad abstracta distinta de los bienes y de las obligaciones que lo componen. Estos pueden cambiar, disminuir, desaparecer enteramente y no así el patrimonio que queda siempre el mismo, durante toda la vida de la persona.

4.2. Transmisión de propiedad de bienes o derechos a una institución fiduciaria

De manera general podemos decir que, en la actualidad y de acuerdo a las nuevas reformas a la Ley General de Títulos y Operaciones de Crédito en materia de Fideicomiso, sólo pueden ser instituciones fiduciarias las expresamente autorizadas para ello. Efectivamente, de acuerdo a las reformas aludidas, del 13 de junio del 2003, nos señalan que en el fideicomiso podrán intervenir varias instituciones fiduciarias para que conjunta o sucesivamente, desempeñen el cargo de fiduciario, estableciendo el orden y las condiciones en que hayan de substituirse.

Asimismo, la ley en comento nos establece que, salvo lo que se prevea en el fideicomiso, cuando por renuncia o remoción la institución fiduciaria concluya el desempeño de su cargo, deberá designarse a otra institución fiduciaria que la substituya. Cuando esto no fuere posible el fideicomiso, se dará por extinguido.

Para reafirmar lo que hemos venido exponiendo podemos citar, que pueden ser objeto del fideicomiso toda clase de bienes y derechos, salvo aquellos que, conforme a la ley, sean estrictamente personales de su titular.

Además, 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 haya reservado el fideicomitente, así como 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. La institución fiduciaria deberá registrar contablemente dichos bienes o derechos y mantenerlos en forma separada de sus activos de libre disponibilidad.

Para finalizar con este punto, podemos decir que la institución fiduciaria tendrá o debe tener todos los derechos y acciones que se requieran para darle cumplimiento al fideicomiso, obviamente, con las normas o limitaciones que se establezcan al constituirse dicho fideicomiso. También estará obligada a cumplir dicho fideicomiso conforme al acto constitutivo, sin poder excusarse ni renunciar a su cargo, salvo, por causas graves. Éstas y su calificación quedarán a juicio del Juez de Primera Instancia del lugar de su domicilio, debiendo la fiduciaria obrar siempre como buen padre de familia y siendo responsables de las pérdidas o menoscabos que los bienes sufran por su culpa.

4.3. Invalidez de fideicomiso

Cuando en la celebración de un negocio jurídico pasan lista de presente no sólo sus elementos esenciales sino también los que condicionan su validez, se estará ante un negocio plenamente válido. Por el contrario, si ese negocio no cuenta con cualquiera de los elementos que lo estructuran, o bien, los de validez esto es, que la o las manifestaciones de voluntad requeridas para ser celebrado provienen de algún incapaz, no observan las formalidades establecidas en el ordenamiento legal para que tengan lugar, no se expresan libre y concientemente, o, por último y en todo caso, si su objeto, fin, motivo o condición son ilícitos, la figura negocial de que se trate caerá en el terreno victima de la invalidez.

Ahora bien, según la opinión de algunos autores, "la invalidez de un negocio jurídico puede ser de tres diversos grados, a saber; *a)* su inexistencia, por faltarle alguno de sus elementos esenciales, ya sea la manifestación de voluntad o el consentimiento en su caso, el objeto, al ser jurídicamente imposible el directo y física y jurídicamente imposible el indirecto, o bien, la solemnidad, si se trata de un negocio solemne; *b)* nulidad absoluta, si aquél contraría disposiciones de orden público o buenas costumbres; y *c)* nulidad relativa, cuando se lesionan intereses particulares."[114] Para otros, en cambio, ante la falsedad de la inexistencia, sólo las nulidades, absoluta y relativa, son las enfermedades que en un momento dado puede padecer un negocio jurídico determinado.

Las presentes líneas, previas a la exposición de la inexistencia, en su concepto, origen, evolución histórica, características, casos específicos planteados con referencia al fideicomiso, y análisis crítico, tienen por objeto destacar lo discutido de tal institución.

En efecto, no existe otra materia de las que componen la teoría general de los actos y negocios jurídicos, que siquiera por asomo le iguale en cuanto a opiniones encontradas. Más aún, los puntos de discrepancia no se enfocan hacia situaciones más o menos secundarias, sino que el problema apunta al aspecto fundamental de determinar la veracidad o falta de realidad en la noción misma.

Para poner de manifiesto que las opiniones doctrinales en relación con la inexistencia son a tal grado opuestas, basta mencionar dos diversos comentarios a los que se ha hecho acreedora; para Bonnecase "es la verdad de los siglos con lo que el citado autor procura poner de relieve no sólo su realidad, sino su importancia;"[115] los Mazeaud "en cambio, la tildan de inútil y falsa, negándole, obviamente, hasta un mínimo de verdad."[116]

---

[114] Instituto de Investigaciones Jurídicas. Op. cit. p. 1042.
[115] BONNECASE, Julián. Tratado de Derecho Civil Francés. 3ª edición. Cajica. Trad. de José María Cajica. Puebla, México, 1990. p. 283.
[116] Ibidem. p. 284.

Los razonamientos invocados para hacer prevalecer la inexistencia de los negocios jurídicos, son por demás claros y lógicos. Ciertamente, si por una parte, hablar de elemento implica referirse a la parte integrante de una cosa y agregarle la categoría de esencial se traduce en su carácter de invariable e imprescindible para la cosa de que se trata; y si, por la otra, hemos señalado como elementos esenciales de tales sucesos a la manifestación de voluntad o consentimiento; en su caso, al objeto y de algunos negocios a la solemnidad, lógico es que la falta de un elemento esencial para la existencia de algo, se traduce en que ese algo no lo sea realmente, es decir, que en la realidad no exista. Por las mismas razones, según afirmamos con anterioridad, a los elementos esenciales también se les ha caracterizado como elementos de existencia.

Acordes a las consideraciones que preceden, los distintos autores conceptúan a la inexistencia como la falta de un elemento esencial en la celebración de un acto jurídico. Baudry Lacantinerie por ejemplo, afirma que "el acto inexistente es aquel que no se ha formado, en razón a la ausencia de un elemento esencial para su existencia"[117]; en los mismos términos, Bonnecase, señala que "el acto es inexistente cuando le hacen falta uno o varios de sus elementos orgánicos."[118] Castán Tobeñas por su parte, "atribuye la inexistencia de un acto a la falta de alguno de sus elementos esenciales;"[119]; finalmente, De Pina afirma que "el acto jurídico es inexistente cuando carece de algún elemento esencial para su formación; y en general, todos los autores coinciden en conceptuar la inexistencia en términos idénticos."[120]

Como puede observarse, existe una plena coincidencia cuando la doctrina emprende la tarea de conceptuar o describir lo que se entiende por inexistencia del acto o del negocio jurídicos o, lo que es lo mismo, cuando se señala en qué consiste un negocio jurídico inexistente.

---

[117] BAUDRY-LACANTINERIE, Gerardo. Op. cit. p. 393.
[118] BONNECASE, Julián. Tratado de Derecho Civil Francés. Op. cit. p. 391.
[119] CASTÁN TOBEÑAS, José. Derecho Civil Español Común y Foral. 4ª edición, Bosch, España, 1990. p. 361.
[120] DE PINA, Rafael. Elementos de Derecho Civil. 10ª edición, Porrúa, México, 2000. p. 389.

Para reafirmar lo expuesto sobre la invalidez del fideicomiso la Ley General de Títulos y Operaciones de Crédito, establece en su articulado lo siguiente:

El artículo 382 párrafo cuarto que: "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".

Asimismo el artículo 386 en su párrafo último establece "El fideicomiso constituido en fraude de terceros, podrá en todo tiempo ser atacado de nulidad por los interesados".

4.4. Tipos de Fideicomiso

Una vez analizados los diversos elementos del fideicomiso, esta situación nos permite fijar el punto de partida para la clasificación de la operación que nos ocupa.

En función de las personas que intervienen en el fideicomiso, nos limitaremos al análisis del fideicomitente, por ser el elemento personal más importante, ya que es quien transmite al fiduciario los bienes que son materia del fideicomiso, señala sus fines y tiene derecho a designar tanto al fiduciario, como al fideicomisario.

Es importante hacer notar que el fideicomitente constituye el fideicomiso por un acto de voluntad y en dicho acto se pueden distinguir dos aspectos.

El primero, relativo a la manifestación de voluntad, que se expresa mediante el otorgamiento del contrato; y, el segundo, que corresponde a la causa que impulsa a dicha parte a constituir el fideicomiso.

Dentro de las causas que pueden inclinar al fideicomitente para constituir un fideicomiso, nos encontramos aquellas que lo imponen sin obtener ningún

provecho o, bien, de constituirlo como contraprestación de algún beneficio obtenido o que se vaya a obtener; en esas condiciones, el fideicomiso, de acuerdo con la clasificación tradicional, puede ser gratuito u oneroso.

Cuando el fideicomiso se constituye por causas que se equiparan a un contrato gratuito, el fideicomitente tiene la facultad de reservarse el derecho de revocar o modificar el fideicomiso y, por tanto, la revocabilidad es una consecuencia del acto gratuito. Estaríamos en presencia de los fideicomisos revocables.

Cuando los motivos provienen de causas que asemejan al fideicomiso a un contrato oneroso, cuando el fideicomitente ha recibido o recibirá una contraprestación motivada por esa causa dicho fideicomitente no tiene derecho a revocarlo o modificarlo porque lesionaría los derechos del fideicomisario. Por lo tanto, nos encontraríamos frente a los fideicomisos de carácter irrevocable.

Si se clasifica al fideicomiso en función de la materia, se llega a la conclusión de que se estarán clasificando a los derechos reales y personales que pueden ser materia del mismo y que, de acuerdo con lo expresado con anterioridad, sólo existen limitaciones mínimas al respecto.

A manera de resumen podemos decir que el fideicomiso tiene tres tipos, por sus fines, que a su vez se subdivide en traslativos, de garantía y de administración, por su forma que se subdivide en convencionales y testamentarios, y aquellos celebrados por disposición de la Ley.

4.5. Fideicomiso por sus fines

De acuerdo con lo anterior podemos clasificar las especies de fideicomiso, en razón de sus fines, de acuerdo con lo siguiente:

1. *Fideicomisos traslativos*

"Estos fideicomisos tienen como fin que el fiduciario transmita la titularidad de los bienes o derechos fideicomitidos al fideicomisario o a la persona que este señale, una vez que se hayan reunido los requisitos previamente establecidos."[121]

Operan los fideicomisos traslativos en aquellos casos en que se presentan algunas dificultades de carácter legal o de tipo práctico para que se pueda realizar la transmisión mediante las formas tradicionales en los negocios jurídicos relativos, tales como la compraventa, la donación o la aportación de un socio a una sociedad.

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

2. *Fideicomisos de garantía*

"En virtud de este tipo de fideicomisos, se transmite la titularidad de ciertos bienes o derechos al fiduciario, con el fin de asegurar el cumplimiento de una obligación a cargo del fideicomitente."[122]

Por su propia naturaleza los fideicomisos de garantía son contratos accesorios, porque se ligan a un contrato principal que los motiva. No debemos considerar a estos fideicomisos como contratos reales, en vista de que no generan un derecho real a favor del fideicomisario acreedor, quien tiene sólo el derecho personal de exigir al fiduciario, en caso de incumplimiento del fideicomitente deudor, que proceda a la venta o realización de los bienes o derechos fideicomitidos, para que con su producto se haga pago del crédito.

---

[121] INSTITUTO FIDUCIARIO. Actualidad y Futuro del Fideicomiso en México. 3ª edición, Bancomer, México, 2000. p. 21.
[122] Ibidem. p. 22.

Falta página

N° 105 y 106

tácita, cuando recibe los beneficios del fideicomiso y otorga el recibo correspondiente a la institución fiduciaria.

2. Fideicomisos testamentarios

"El fideicomitente puede constituir un fideicomiso para que surta sus efectos después de su muerte."[125] En esa situación nos encontramos ante los fideicomisos testamentarios que deben consignarse en el testamento del fideicomitente, quien puede elegir cualquiera de las formas que señala el Código Civil.

En estos fideicomisos testamentarios se resuelven los problemas inherentes a los fideicomisos de inversión cuando se designan beneficiarios a menores de edad o personas inexpertas en el manejo de capitales.

4.7. Fideicomisos celebrados por disposición de la Ley

No siempre se constituye el fideicomiso por la expresa voluntad del fideicomitente, ya sea en un acto contractual o en su testamento, sino por disposición expresa de la ley, cuando por este medio se crea un patrimonio que venga a satisfacer las necesidades de un determinado grupo o clase social.

Así, el fideicomiso deja de ser una simple forma contractual y a través de una disposición legislativa, desempeña una función social para proteger los intereses de ciertas clases o grupo sociales que se encuentran impedidos de llevar adelante su normal desenvolvimiento, como miembros de una comunidad.

Estos fideicomisos se constituyen, generalmente, por el Estado a través de la Secretaría de Hacienda y Crédito Público, la que aporta los fondos o, en su caso, los bienes que constituyan el patrimonio del fideicomiso; se determinan los fines a los

[125] DOMÍNGUEZ MARTÍNEZ, Jorge Alfredo. Op. cit. p. 170.

cuales se deberán destinar tales bienes; se señala a los fideicomisarios, o se precisan las bases para su designación; y también se constituyen comités técnicos que regularán la inversión de los bienes fideicomitidos, para que el fiduciario pueda dar fiel cumplimiento a las finalidades previstas en la ley que crea el fideicomiso correspondiente.

CAPITULO V
EL FIDEICOMISO EN LA ACTUALIDAD

5.1. Situación Jurídica de los Bienes Fideicomitidos.

Es perfectamente factible y de hecho acontece seguramente, que una persona, de una manera práctica y privada, reconocida o no por los ordenamientos legales, reserve ciertos bienes de los que le pertenecen, y los destine a la satisfacción de determinadas finalidades, como puede ser emplear específicamente los frutos de un bien inmueble al pago de ciertas deudas o el precio de otro para una inversión en valores, etc.

Sin embargo, el destino que un sujeto le señale privadamente a una parte o la totalidad de sus bienes, tiene un límite de su procedencia y reconocimiento legal, que es el menoscabo de los derechos a favor de sus acreedores.

Esto es, por muy adecuada y equitativa que juzgue una persona la distribución de sus bienes, por ejemplo para el pago de determinadas deudas, no podrá oponerla a sus acreedores, ya que aquél responderá de sus deudas con la totalidad de sus bienes, hecha salvedad de los inalienables o inembargables, según lo preceptúa el artículo 2964 del Código Civil para el Distrito Federal.

Consecuentemente, una primera objeción, o cuando menos salvedad, que debe hacerse en relación con los lineamientos de la teoría del *patrimonio-afectación,* es que éste, en caso de tener realidad jurídica, procederá sólo en el supuesto de que la ley le reconozca, mediante declaración expresa, efectos a la afectación de ciertos bienes a un fin determinado.

Pues bien, esa es, ciertamente, la situación que prevalece en relación a los bienes fideicomitidos, que tal y como lo hemos comentado con anterioridad se encuentra prescrita en la ley una afectación a un fin determinado.

No obstante ello, creemos que en realidad y a pesar de la previsión legal de una afectación, no estamos ni en este ni en ningún otro caso, ante la existencia de un *patrimonio-afectación* distinto del patrimonio general y único de una persona; creemos, por el contrario, y de acuerdo con los principios de la doctrina clásica, que en efecto el patrimonio es único y que todas esas masas de bienes afectos a un fin determinado representan ciertas universalidades, autónomas sí, y legalmente organizadas, pero sin llegar a ser un patrimonio.

Fundamos las opiniones anteriores en la diversidad habida entre el patrimonio y la universalidad jurídica, lo cual trae como consecuencia la posibilidad de varías universalidades de derecho y un solo patrimonio.

Así, además de la universalidad jurídica *patrimonio,* existen otros conjuntos de bienes jurídicamente unidos para responder de ciertas deudas que también son *universitas juris,* fracciones del patrimonio, que cuentan con el mismo carácter. Como ejemplo de estas universalidades pueden citarse al acervo hereditario, al patrimonio de familia y a los bienes fideicomitidos, precisamente.

En esas condiciones, concluimos con De Ibarrola que "en esencia son certeros los postulados de la teoría clásica. Hay a veces diversos sectores independientes en un mismo patrimonio, pero para explicar ese fenómeno no es necesario acudir a la ficción de creer que existen diversos patrimonios ligados a una sola personalidad."[126] Y es que no deben confundirse las nociones de PATRIMONIO Y UNIVERSALIDAD jurídica. Todo patrimonio es una universalidad jurídica; pero no toda universalidad jurídica es un patrimonio. Podemos perfectamente imaginar que el patrimonio de una persona se divide en varias masas independientes, sin necesidad de acudir a la ficción de que existen

[126] DE IBARROLA, Antonio. Cosas y Sucesiones. 20ª edición, Porrúa, México, 2000. p. 541.

varios patrimonios, en la misma forma que sería ridículo tratar de explicar que un alumno domina perfectamente dos materias o especialidades diferentes atribuyéndole dos cerebros.

De las consideraciones realizadas en los apartados precedentes, debemos concluir que los bienes fideicomitidos no integran un patrimonio-afectación, sino más bien, se trata de una masa de bienes cuyo conjunto forma una universalidad jurídica, que es, a su vez, una fracción del patrimonio de una persona.

En el inciso siguiente trataremos de determinar a quién o a quiénes pertenece esa masa de los bienes fideicomitidos.

5.2. La propiedad en el fideicomiso.

Una vez que nos hemos inclinado por considerar la irrealidad *patrimonio-afectación* o cuando menos su inaplicabilidad en el Derecho Mexicano, y consecuentemente, por aseverar que los bienes fideicomitidos, integran una universalidad jurídica, o sea, una masa de bienes cuya vinculación conjunta hace frente a determinadas deudas, corresponde emitir nuestra opinión respecto a otro de los problemas que en ese mismo orden de ideas plantea el fideicomiso, y que consiste en determinar cuál es el destino del derecho de propiedad que sobre los bienes fideicomitidos tenía el fideicomitente. Es decir, en qué grado los transmite a la fiduciaria o bien, si lo adquiere el fideicomisario, o, inclusive, llega ese derecho de propiedad a desaparecer, como sucede, según veremos, en opinión de algunos autores.

Debemos descartar desde este momento, sin necesidad de insistir en ello en adelante, por ya haberlo planteado y comentado con anterioridad, que el fideicomisario adquiera la propiedad sobre los bienes fideicomitidos, pues los beneficios que el fideicomiso representa para él están amparados por una serie de derechos de crédito contra la institución fiduciaria. El principal de esos derechos envuelve la posibilidad legal de exigir el cumplimiento de los fines del fideicomiso.

Afirmamos con anterioridad, en primer término, que el fideicomitente transmitía a la fiduciaria, a consecuencia del fideicomiso, el derecho de disposición que formaba parte de su propiedad sobre los bienes fideicomitidos, pero limitado ese derecho a ser ejercitado únicamente en la medida que lo señalaran los fines dispuestos por el propio fideicomitente; fue considerado por nosotros en segundo lugar que el fideicomitente conservaba, según lo señalamos textualmente "cuando menos parte del derecho de propiedad sobre tales bienes, que podría ser, inclusive, todo el derecho de propiedad sobre los mismos, sólo que en estado latente".

Para explicar en aquel entonces que el fideicomitente transmitía a la fiduciaria el derecho de disposición con los alcances indicados, hicimos las afirmaciones que se contienen en la trascripción de lo escrito en esa ocasión y que es como sigue:

"En suma, consideramos que destinar determinados bienes en fideicomiso, trae como consecuencia el desmembramiento del derecho de propiedad que hasta ese momento se ejercía sobre ellos, pero al contrario de lo que sucede cuando se constituye el derecho real de usufructo, el de uso o el de habitación, por los que se trasmite el derecho de poseer o de disfrutar, en su caso, si se trata de la constitución de un fideicomiso lo que se transmite a la fiduciaria mediante ese acto de disposición que consiste en fideicomitir ciertos bienes o derechos, es precisamente el derecho de disposición que por la propiedad se tiene sobre ellos."[127]

Así pues, por medio del ejercicio de la facultad que se tiene de disponer de una cosa o de un derecho, se trasmite ese mismo derecho a la fiduciaria, la que ejercita ese derecho de disposición de acuerdo con las instrucciones recibidas, para la consecución del fin de que se trate.

---

[127] BATIZA, Rodolfo. El Fideicomiso. Op. cit. p. 263.

En esas condiciones, precisamente por habérsele transmitido el derecho de disponer del bien, es que la fiduciaria está facultada y además debe, en ejecución del fideicomiso y si así se lo encomendaron, realizar todos los actos de disposición que sean necesarios para el logro del fin del fideicomiso, como pueden ser, según vimos, ceder, vender, permutar, donar, administrar, dar en arrendamiento, hipotecar, constituir servidumbre, etc.

De inmediato puede surgir, razonablemente, la objeción en el sentido de que tratándose de usufructo, uso o habitación, el constituyente propietario se reserva la nuda propiedad, y en cambio si se trata de un fideicomiso, además de transmitir el derecho de disposición, como afirmamos, el fideicomitente no se reserva el derecho de usar y disfrutar del bien fideicomitido.

A una objeción en esos términos podemos replicar con dos consideraciones que son: Primera. Nada impide que en uso de las prerrogativas de reserva que le confiere el segundo párrafo del artículo 386 de la Ley de Títulos y Operaciones de Crédito, el fideicomitente se reserve tales derechos, y que en última instancia, podrá reservarse todos, menos el de realizar por su cuenta los actos que representen el fin del fideicomiso; y Segunda. En el supuesto de que no haya tal reserva, no es porque no se desmembre el derecho de propiedad, sino más bien porque esos derechos pueden ser la esencia misma de los fines del fideicomiso, como por ejemplo, que mediante ellos se obtengan los medios necesarios para obtener el beneficio del fideicomisario."

Por eso fue que para ello nos pareció adecuada la opinión de Batiza en el sentido de que "el fideicomiso ha producido, más aún, presupone un desmembramiento del derecho de propiedad, un nuevo derecho real, con caracteres distintivos propios, lo que podría denominarse propiedad fiduciaria, cuya reglamentación rebasa el marco de las leyes mercantiles y que corresponde estrictamente al Código Civil".[128]

---

[128] Ibidem. p. 264.

Para sostener que el fideicomitente conservaba todo o parte de su derecho de propiedad sobre los bienes fideicomitidos, sólo que en estado latente, consideración ésta que según lo indicamos oportunamente, la aceptamos de Esteva Ruiz, buscamos apoyo en diversos preceptos de la Ley de Títulos y Operaciones de Crédito, en los términos siguientes:

"En efecto como lo comentamos, el fideicomitente puede reservarse ciertos derechos en relación con los bienes fideicomitidos con lo establece el artículo 351 de la Ley General de Títulos y Operaciones de Crédito lo que implica no estar ante un desprendimiento total, si es que lo contrario lo fuera."[129]

Debemos hacer advertir por otra parte, en apoyo de nuestro parecer, que cuando el artículo 393 de la Ley General de Títulos y Operaciones de Crédito ordena la devolución de los bienes fideicomitidos al fideicomitente en el supuesto de que se extinga el fideicomiso a favor del propio fideicomitente, se está patentizando otra característica al derecho de propiedad que consiste en la atracción que ejerce sobre todos los derechos desmembrados cuando éstos se llegan a extinguir.

Así, la propiedad existe aunque falte alguno de los elementos que forman su contenido normal. La propiedad, cuando cesa la causa que limitaba su extensión, recupera automáticamente su plenitud. Se trata del fenómeno de la elasticidad, característica de su derecho que comprende un indeterminado número de facultades.

No creemos que las consideraciones anteriores deban verse modificadas cuando la figura que se observe sea un fideicomiso de aquellos en los que el fideicomitente no hace reserva de derecho alguno en relación con el o los bienes fideicomitidos, como suele acontecer con los fideicomisos llamados irrevocables

[129] VILLAGORDOA LOZANO, José Manuel. Op. cit. p. 381.

traslativos de dominio, "en los que el fideicomitente señala como fines del fideicomiso, entre otros, que la fiduciaria transmita el bien fideicomitido al fideicomisario, quien a cambio de ello cubrió una contraprestación determinada. Y consideramos que no hay tal modificación, porque la falta de reserva no destruye necesariamente la posibilidad de que el fideicomitente conserve, aun en estado latente, la propiedad sobre el objeto del fideicomiso y no sea sino hasta que se ejecute el fin correspondiente, cuando dicho bien pase en plena propiedad al fideicomisario y por ende, se desvincule por completo del fideicomitente."[130]

Además con independencia a todos los razonamientos anteriores, debe tenerse en cuenta que la fiduciaria no puede obtener un aprovechamiento común y corriente de los bienes fideicomitidos que alcanzaría por ejemplo si compra el bien de que se trata. Por el contrario, durante la vigencia del fideicomiso, la intención del fideicomitente permanece viva debido a que la fiduciaria está obligada a celebrar todos los actos tendientes a la realización de los fines del fideicomiso, señalados precisamente por el fideicomitente.

5.3. Análisis de las reformas del 13 de junio del 2003 a la Ley General de Títulos y Operaciones de Crédito.

Uno de los métodos que se utilizan para la interpretación de las normas jurídicas que han sido objeto de modificación es comparar el nuevo texto del precepto con el del anterior; es a lo que suele llamarse en la técnica interpretativa el factor histórico.

Analizaremos los artículos de la Ley General de Títulos y Operaciones de Crédito relativos al fideicomiso que fueron reformados el 13 de junio del 2003 comparándolos con el texto anterior a las reformas.

El artículo 381 de la Ley General de Títulos y Operaciones de Crédito, antes de las reformas establecía lo siguiente:

[130] TRABUCCHI, Alberto. Op. cit. p. 425.

"**Artículo 381.** En virtud del fideicomiso, el fideicomitente destina ciertos bienes a un fin lícito determinado, encomendando la realización de ese fin a una institución fiduciaria."

Actualmente dicho ordenamiento establece:

"**Artículo 381.** En virtud del fideicomiso, el fideicomitente transmite a una institución fiduciaria la propiedad o titularidad de uno o más bienes y derechos, según el caso, para ser destinados a fines lícitos y determinados, encomendando la realización de dichos fines a la propia institución fiduciaria."

La redacción de este precepto antes de las reformas, nos daba mas que una definición, un mero concepto del fideicomiso, pero además lo hacía en términos tan imprecisos que durante décadas los estudiosos del derecho tuvieron discusiones inacabables sobre su interpretación y la naturaleza de esa figura, especialmente para definir si el fideicomiso era traslativo de dominio o un simple gravamen, si se estaba frente a un contrato, un acto unilateral o una combinación de ambos, según algunos. Si bien esta situación no afectaba significativamente la utilización del fideicomiso, era aconsejable imprimirle mayor precisión y claridad al texto del precepto.

El texto actual del artículo en comento tiene de positivo que reconoce que el fideicomiso tiene efectos traslativos sobre la propiedad de los bienes que se afectan al mismo y que la ejecución de los fines, que es uno de los elementos esenciales de ese acto jurídico, constituye una obligación cuyo cumplimiento queda a cargo del fiduciario.

Artículo 382.

El texto anterior era el siguiente:

"**Artículo 382**.- pueden ser fideicomisarios las personas físicas o *jurídicas* que tengan la capacidad necesaria para recibir el provecho que el fideicomiso implica.

...

...

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.

La institución fiduciaria podrá ser fideicomisaria en los fideicomisos en que, al constituirse, se transmita la propiedad de los bienes fideicomitidos 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 de que surgiera un conflicto de intereses entre las mismas.*

El texto en vigor señala lo siguiente:

"**Artículo 382**.- pueden ser fideicomisarios las personas que tengan la capacidad necesaria para recibir el provecho que el fideicomiso implica.

...

...

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.

La institución fiduciaria podrá ser fideicomisaria en los fideicomisos 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 *convenir los términos y condiciones para dirimir conflictos de intereses.*

El texto anterior al señalar cuales personas pueden ser fideicomisarias, mencionaba expresamente que pueden tener tal carácter lo mismo las "personas físicas" que las "jurídicas", pero en la ley vigente se omite la mención expresa de las jurídicas. Tal supresión no es recomendable, ya que si la ley anterior establecía que podían ser fideicomisarias las personas físicas o jurídicas y en el nuevo texto se suprime la referencia a estas últimas, se puede interpretar que el legislador quiso suprimirle a las jurídicas esa posibilidad. Siendo el concepto de persona jurídica una ficción generada en el ámbito de la especialización técnica, poco accesible a los no profesionales del derecho, al hablar solo de "personas" se corre el riesgo de que no se consideren comprendidas en el precepto las jurídicas y que, por tanto, se estime que estas últimas quedan excluidas de la posibilidad de ser fideicomisarias. La pregunta es ¿qué propósito tuvo cambiar una norma clara y precisa por otra que nos brinda incertidumbre?

En lo que respecta a los dos últimos párrafos del artículo 382 en vigor tanto en el ordenamiento anterior como en el vigente, los autores se desentienden de que el conflicto de intereses se produce desde el momento mismo en que se celebra el contrato donde se pacta que la institución tenga las dos calidades de fiduciario y fideicomisario; y para el caso de que no ocurra desde ese momento, queda en duda quién será quién determine cual es el momento en que debe considerarse que se presentó el conflicto.

Proponemos que los párrafos de referencia quedaran sustituidos por uno solo que dijera: "es nulo el fideicomiso que se constituya a favor del fiduciario, salvo cuando esto se haga de manera irreversible, en pago de un crédito a favor de la propia institución".

En este supuesto, como el fideicomiso se constituye en pago de un adeudo contraído a favor de la propia institución, ya no es posible que se presente el conflicto de intereses, pues para el caso es irrelevante que se transmita a aquella en plena propiedad el bien en pago del crédito o que se haga en un fideicomiso que ella misma opere, ya que en ambos casos dicho bien quedaría a la absoluta

disposición de la institución, con pleno derecho a disponer del bien, al darse por pagada del adeudo.

Articulo 384

Texto anterior.- "**Artículo 384**.- Solo pueden ser fideicomitentes las personas físicas o *jurídicas* que tengan la capacidad necesaria para hacer la afectación de bienes que el fideicomiso implica y las autoridades judiciales o administrativas competentes cuando se trate de bienes cuya guarda, conservación, administración, reparto o enajenación corresponda a dichas autoridades o a las personas que estas designen."

Texto actual.- "**Artículo 384.**- Solo pueden ser fideicomitentes las personas () con capacidad para transmitir la propiedad o la titularidad de los bienes o derechos objeto del fideicomiso, según sea el caso, así como las autoridades judiciales o administrativas competentes para ello"

La supresión de la referencia expresa a las personas jurídicas para ser fideicomitentes nos lleva a la misma reflexión formulada respecto del artículo 383. Por lo demás es de reconocerse que la otra parte del texto en vigor tiene mayor congruencia que el anterior. Este es otro de los puntos buenos que hay que considerar a los autores de la ley vigente.

Artículo 385

Texto anterior.- "**Artículo 385**.- Solo pueden ser fiduciarias las instituciones expresamente autorizadas para ello, conforme a la Ley General de Instituciones de Crédito.

En caso de que al constituirse el fideicomiso no se designe nominalmente la institución fiduciaria, se tendrá por designada la que elija el fideicomisario o, en su

defecto, el juez de primera instancia del lugar en que estuvieran ubicados los bienes, de entre las instituciones expresamente autorizadas conforme a la Ley.

El fideicomitente podrá designar varias instituciones para que conjunta o sucesivamente desempeñen el fideicomiso, estableciendo el orden y las condiciones en que hayan de sustituirse. Salvo lo dispuesto en el acto constitutivo del fideicomiso, cuando la institución fiduciaria no acepte, o por renuncia o remoción cese en el desempeño de su cargo, deberá nombrarse otra para que la sustituya.

Si no fuera posible esta sustitución cesará el fideicomiso."

El texto vigente establece:

"**Artículo 385**.- Sólo pueden ser instituciones fiduciarias las expresamente autorizadas para ello conforme a la ley.

Salvo lo que se prevea en el contrato de fideicomiso, cuando por renuncia o remoción la institución fiduciaria concluya el desempeño de su cargo, deberá designarse a otra institución fiduciaria que la sustituya. Si no fuera posible esta sustitución, el fideicomiso se dará por extinguido."

El segundo párrafo del texto anterior a las reformas dejaba abierta la posibilidad de que el fideicomitente expusiera su voluntad de constituir el fideicomiso, dejando establecidas las reglas, fines y materia del mismo, independientemente de que en el momento en que dejaba expuesto ese propósito, no se diera la presencia del fiduciario aceptando la encomienda, obligándose a cumplir con ella y darse por recibido de los bienes, en su caso y no existía ninguna razón válida para que, como lo hace la ley vigente, se derogara ese párrafo y se suprima así la referencia explícita de esa posibilidad, misma que si bien es cierto que de todas maneras subsiste, aunque no se mencione en la Ley, por el principio de libertad de contratación, es preferible dejarla expresamente consignada, para que en ningún momento se vaya a interpretar que su eliminación del texto anterior fue con el propósito de que no tuviera el fideicomitente esa facultad. Lo que si es importante dejar claro que mientras sólo se haya manifestado unilateralmente la

voluntad o decisión del propietario de los bienes de establecer el fideicomiso, éste no cobra existencia sino hasta que se hace presente la voluntad de la institución fiduciaria aceptándolo.

Al considerar lo anterior, no debe perderse de vista que, como lo sostienen algunos tratadistas, el fideicomiso vino a ser dentro de nuestro sistema jurídico, una nueva especie del genero mandato, ya que constituye, como este, una encomienda, tal como lo consideró acertadamente el prestigiado jurista panameño Ricardo Alfaro; lo cual lleva a sostener que le son aplicables por analogía los principios de nuestro Código civil que rigen el mandato, y en este ordenamiento no existe no sólo impedimento alguno para que se otorgue un mandato aun sin que comparezca para tal efecto el mandatario, aunque estipula que el contrato solo se perfecciona por la aceptación del mandatario, misma que, como lo prevé el artículo 2557 de dicho Código, puede ser expresa o tácita. De ello se desprende con claridad que mientras no se produzca la aceptación, en cualquiera de sus formas, por parte del mandatario, no cobra existencia el contrato de mandato, y por analogía es válido hacer la misma consideración respecto al contrato de fideicomiso.

Por lo tanto, ante esa posibilidad, lo atinado sería dejar previstas las respectivas soluciones para los dos supuestos: una para cuando no ha nacido el fideicomiso por no haber sido aceptado por ninguna institución fiduciaria, y, la otra, cuando habiendo sido constituido, se produjo la renuncia o remoción del fiduciario y no fue posible su sustitución. Consecuentemente, el texto adecuado para el último párrafo debería ser: "si no hubiere habido aceptación o no fuere posible la sustitución, no habrá fideicomiso o el que se hubiere constituido se extinguirá".

Artículo 386.

Texto anterior.- "**Artículo 386.**- Pueden ser objeto del fideicomiso toda clase de bienes y derechos, salvo aquellos que conforme a la ley, sean estrictamente personales de su titular.

Los bienes que se den en fideicomiso se considerarán afectos al fin a que se destinan y, en consecuencia, sólo podrán ejercitarse respecto de ellos los derechos y acciones que al mencionado fin se refieran, salvo los que expresamente se reserve el fideicomitente, los que para él se 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.

El fideicomiso constituido en fraude de terceros, podrá en todo tiempo ser atacado de nulidad por los interesados".

Texto vigente.- "**Artículo 386**.- ...

...

La institución fiduciaria deberá registrar contablemente dichos bienes o derechos en forma separada de sus activos de libre disponibilidad.

...".

El texto que se adicionó al segundo párrafo del articulo en vigor carece de justificación, puesto que ya está contenido en el artículo 79 de la Ley de Instituciones de Crédito, que es a donde corresponde dicha disposición, por su carácter adjetivo, y en eso se traduce la obligación ahí establecida para la institución fiduciaria de llevar cuentas separadas para cada fideicomiso.

Artículo 387

Texto anterior.- "**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 de propiedad de las cosas que se den en fideicomiso."

Texto vigente.- "**Artículo 387**.- La constitución del fideicomiso deberá constar siempre por escrito."

De las dos afirmaciones que se hacían en la parte inicial del texto antes de las reformas, la primera era más que obvia y la segunda era un desacierto, pues no es jurídicamente posible dejar constituido un fideicomiso en un testamento. En este último aspecto el legislador original hizo un uso inadecuado del término "constituir", en lugar del cual lo indicado hubiera sido utilizar el vocablo "prever". En tal error se ha incurrido no sólo en otras legislaciones sino también en el famoso proyecto del ya citado jurista panameño Ricardo Alfaro, pero este tuvo cuidado de aclarar en diversas ocasiones que aunque el fideicomiso se podía constituir –queriendo decir prever o disponer su constitución futura- por testamento, mientras la institución no interviniera aceptando la encomienda no había fideicomiso. La ambigüedad del vocablo permitió que hubiera quienes le atribuyan un alcance que no podía tener y que contribuyó a que hubiera quien sostenía que el fideicomiso era un acto unilateral de voluntad por considerar que bastaba con que una persona previera en un testamento –acto unilateral por excelencia- que a su muerte se estableciera un fideicomiso para que por ese sólo hecho se tuviera por constituido o perfeccionado, lo que desde luego estaba fuera de toda lógica. Sin embargo, suprimir tajantemente el precepto, como ocurre con la reforma al texto del citado artículo, tiene el grave inconveniente de hacer suponer que ya no es posible que un sujeto pueda en un testamento dejar expresada su voluntad en el sentido de que a su muerte se constituya un fideicomiso con la totalidad o parte de sus bienes.

Por otra parte Rodolfo Batiza, que es quizá el autor que con más amplitud ha estudiado el fideicomiso, ha sostenido, aunque su punto de vista haya sido severamente cuestionado, que no solo son nulos sino inexistentes los fideicomisos que se constituyen contractualmente pero que han de surtir efectos a la muerte del fideicomitente, y que consecuentemente son también nulas las llamadas cláusulas testamentarias insertas en los contratos en las que se prevén actos que deberá realizar el fiduciario cuando el fideicomitente haya fallecido, pues aduce que son actos *mortis causa*, conforme a las disposiciones del Código Civil, y que, por consiguiente, sólo pueden ser válidos cuando están previstos en y con la solemnidad de un testamento. Con la supresión que se hace en el nuevo texto de la

ley se viene a fortalecer la tesis sostenida por Batiza y se hace cuando menos más discutible la eficacia de esos actos, que hasta ahora se habían venido realizando sin que hasta donde se sabe hayan sido por eso motivo de impugnación.

En lo relativo al tema de la forma que deben revestir los contratos de fideicomiso, la parte final del texto anterior del precepto que se comenta, establecía como principio general que su constitución debería constar por escrito y ajustarse a los términos de la legislación común sobre transmisión de los derechos de propiedad de las cosas que se den en fideicomiso.

Ahora el artículo 387 de la ley vigente, se concreta a establecer en forma indiscriminada y como único requisito de forma para todos los fideicomisos, sin excepción, el que deban constar por escrito, se está creando una situación confusa sobre la formalidad que deben revestir los fideicomisos sobre inmuebles, pues nos resistimos a creer que lo que se pretendía con la reforma es que estos se puedan constituir en documento privado, como parece desprenderse del precepto, pero si así fuera hay riesgo de conflicto por la interpretación que pueda dársele a la norma para la inscripción del contrato de que se trate en el Registro Público de la Propiedad.

Artículo 392.

Texto anterior.- **Artículo 392**. El fideicomiso se extingue:
I...
II...
III...
IV...
V. Por convenio expreso entre el fideicomitente y el fideicomisario.

Texto vigente.- **Artículo 392**. El fideicomiso se extingue:
V. Por convenio escrito entre fideicomitente, *fiduciario* y fideicomisario.

Es improcedente y carece de toda justificación lo que establece la reforma, en contraposición a la norma anterior, obligando a que el fiduciario también participe necesariamente en la toma del acuerdo para decidir la extinción del fideicomiso cuando los interesados, como son el fideicomitente y el fideicomisario, en uso de su derecho, toman esa decisión. No hay ninguna razón por la cual el fiduciario pudiera negarse a la extinción del fideicomiso si así lo hubieran dispuesto las demás partes; es decir, el constituyente y la persona o personas a favor de las cuales se estableció. El fideicomiso es una encomienda que se hace al fiduciario y quienes se la confirieron tienen el derecho irrestricto de retirársela cuando lo estimen conveniente, igual que cuando se otorga el mandato, sin que tenga porqué requerirse la conformidad del fiduciario, bastando al efecto que los interesados hagan tal decisión de su conocimiento.

Cabe aquí reiterar las consideraciones formuladas en relación con el mandato en el penúltimo párrafo del comentario a la reforma que se pretende al artículo 385.

Artículo 393

Texto anterior.- **Artículo 393**.- Extinguido el fideicomiso los bienes a él destinados que queden en poder de la institución fiduciaria, serán devueltos por ella al fideicomitente o a sus herederos. Para que esta devolución surta efectos tratándose de inmuebles o de derechos reales impuestos sobre ellos, bastará que la institución fiduciaria así lo asiente en el documento constitutivo del fideicomiso y que esta declaración se inscriba en el Registro Público de la propiedad en que aquel se hubiere inscrito.

Texto actual.- **Artículo 393.** Extinguido el fideicomiso, si en el contrato respectivo no se pactó lo contrario, los bienes o derechos en poder de la institución fiduciaria serán transmitidos al fideicomitente o al fideicomisario, según corresponda. En caso de duda u oposición respecto a dicha transmisión, el juez de

primera instancia competente en el lugar del domicilio de la institución fiduciaria, oyendo a las partes, resolverá lo conducente.

Para que la transmisión antes citada surta efectos tratándose de inmuebles o de derechos reales impuestos sobre ellos, bastará que la institución fiduciaria así lo manifieste y que esta declaración se inscriba en el Registro Público de la Propiedad en que aquel se hubiere inscrito.

Las instituciones fiduciarias indemnizarán a los fideicomitentes por los actos 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, que realicen en perjuicio de éstos.

El párrafo primero del precepto actual mejora atinadamente la parte relativa del texto anterior.

Conforme a la disposición anterior, con sentido práctico, bastaba para la devolución de los bienes en su caso, que la fiduciaria lo asentara así en el documento constitutivo del fideicomiso. El nuevo precepto no dice donde debe asentarse tal declaración, lo que hace suponer que tiene que ser en un documento a parte y con las mismas formalidades que se utilizaron para la constitución, lo cual le quita la agilidad que anteriormente tenía dicho trámite.

El último párrafo resulta superfluo, pues las responsabilidades de la institución fiduciaria en caso de desempeño indebido ya están previstas en el artículo 80 de la Ley de Instituciones de crédito.

Artículo 394

Texto anterior.- "**Artículo 394**. Quedan prohibidos:

I...

II...

III. Aquellos cuya duración sea mayor de *treinta* años cuando se designe como beneficiaria a una persona *jurídica* que no sea de orden público o institución de beneficencia. Sin embargo pueden constituirse con duración mayor de treinta años, cuando el fin del fideicomiso sea el mantenimiento de museos de carácter científico o artístico que no tengan fines de lucro.

Texto actual.- **Artículo 394**. Quedan prohibidos:

...

"III.- Aquellos cuya duración sea mayor de *cincuenta* años cuando se designe como beneficiario a una persona *moral*... Sin embargo, pueden constituirse con una duración mayor de *cincuenta* años cuando..."

La acertada ampliación del plazo del fideicomiso cuando el beneficiario o fideicomisario sea una persona moral es por demás conveniente, porque incrementará la utilización de ese instrumento jurídico.

5.4. Problemática que presenta actualmente el fideicomiso de Garantía.

El impacto más dañino lo constituye el hecho de que se pretenda mantener como sección aparte dentro de la Ley cambiaria una regulación específica sobre el fideicomiso de garantía sin que haya una razón lógica suficientemente válida para tal determinación. Irracionalmente se ha pretendido regular el fideicomiso de garantía como una operación distinta e independiente del fideicomiso en general, no obstante que no es sino una más de la amplia gama de operaciones que quedan comprendidas tanto dentro del concepto que de dicha figura se establece en el artículo 381 actualmente en vigor de la Ley General de Títulos y Operaciones de Crédito, como en la definición que la iniciativa consigna del mismo en dicho precepto. Atenta contra la más elemental técnica jurídica el que disposiciones adjetivas, como son las que reglamentan su operación, se inserten arbitrariamente

dentro de los preceptos sustantivos que definen su naturaleza y características. No hay además ninguna razón para alterar la práctica establecida desde que en nuestra legislación se mencionó por primera vez el fideicomiso de garantía, según la cual las reglas para su operación se establecieron, como en estricto rigor correspondía, en las leyes que han venido reglamentando la actividad bancaria: la Ley Reglamentaria del servicio Público de Banca y Crédito de 1984, que fue la primera que lo mencionó en su artículo 64, y posteriormente en la vigente Ley de Instituciones de Crédito en su artículo 83.

Es pertinente aclarar que nunca fue indispensable reglamentar de manera específica su operación, pues desde que nació el fideicomiso en México se han constituido abundantemente fideicomisos de garantía aplicando las disposiciones generales sobre ese acto jurídico sin necesidad de que se hubiera hecho siquiera mención al mismo en la ley, y cuando esto ocurrió, por prejuicios de personas y autoridades absolutamente mal informadas, se hizo de manera por demás defectuosa, al grado de que el precepto tuvo que sufrir varias modificaciones. Puede ser que reporte alguna utilidad que se establezcan las normas mínimas a que deba sujetarse su ejecución, porque ésta tiene ciertas características que le imprimen una problemática *sui generis*, que ha sido motivo de enjuiciamentos equivocados, pero eso corresponde hacerlo dentro de la Ley de Instituciones de Crédito, como venía ocurriendo antes de las funestas reformas de mayo del 2000, y a condición de que tales normas operativas sean concebidas con un criterio racional y de equidad.

Artículo 395

Texto anterior.- "**Artículo 395.** En virtud del fideicomiso de garantía el fideicomitente transmite a la institución fiduciaria la propiedad de ciertos bienes, con el fin de garantizar al fideicomisario el cumplimiento de una obligación y su preferencia en el pago.

Desde el momento de la constitución del fideicomiso de garantía se deberá designar a la institución que fungirá como fiduciaria."

El texto de este precepto ya no se incluye en el artículo en vigor, lo cual se explica respecto del primer párrafo puesto que no procede dar una definición específica del fideicomiso de garantía, ya que esta quedaría comprendida dentro de la que la propia ley contiene en el artículo 381 respecto del fideicomiso en general.

Artículo 396

Texto anterior.- "**Artículo 396.** Podrán ser fideicomitentes y fideicomisarios cualquier persona física o moral, con independencia de la actividad preponderante a la que se dedique.

Los fideicomitentes, además deberán tener la capacidad necesaria para hacer la afectación de los bienes y derechos que el fideicomiso implica."

Estas disposiciones han sido eliminadas con la reforma, pues por fortuna, los autores alcanzaron a detectar que eran innecesarias por obvias.

Artículo 397

Texto anterior.- "**Artículo 397.** El fideicomisario podrá ser designado por el fideicomitente en el acto constitutivo del fideicomiso o en un acto posterior. El fideicomitente podrá designar dos o más fideicomisarios, a cuyo efecto deberá estipular el orden de la prelación entre ellos o, en su caso, el porcentaje que de los bienes afectos al fideicomiso corresponda a cada uno de ellos."

Texto vigente.- "**Artículo 397.** Cuando así se señale, un mismo fideicomiso podrá ser utilizado para garantizar simultanea o sucesivamente diferentes obligaciones que el fideicomitente contraiga, con un mismo o distintos acreedores, a cuyo efecto cada fideicomisario estará obligado a notificar a la institución

fiduciaria que la obligación a su favor ha quedado extinguida, en cuyo caso quedarán sin efectos los derechos que respecto de él se derivan del fideicomiso. La notificación deberá entregarse mediante fedatario público a más tardar a los cinco días hábiles siguientes a la fecha en la que se reciba el pago.

A partir del momento en que el fiduciario reciba la mencionada notificación, el fideicomitente podrá designar un nuevo fideicomisario o manifestar a la institución fiduciaria que se ha realizado el fin para el cual fue constituido el fideicomiso.

El fideicomisario que no entregue oportunamente al fiduciario la notificación a que se refiere este artículo, resarcirá al fideicomitente los daños y perjuicios que con ello le ocasione."

Sobre lo que se estipula en el párrafo primero del texto anterior y que se reproduce en el artículo 382 de la ley en vigor, a nuestro juicio, es conveniente establecer que mientras no sea designado el fideicomisario o si no es designado en un determinado plazo, el fideicomiso no surte efectos o se extingue, pues de lo contrario se convierte en una fórmula para burlar acreedores. El mismo resultado se tendrá si habiéndose pagado a un acreedor, se mantiene vigente el fideicomiso sin designar un nuevo fideicomisario.

Las razones antes expuestas conducen a sostener que si bien es cierto que el principio general establecido tanto en las disposiciones anteriores como en las vigentes consiste en que el fideicomiso es válido aunque se constituya sin señalar fideicomisario, tratándose en particular del fideicomiso de garantía, no puede ni debe tenerse por constituido si en el momento en que se celebra el contrato entre el fideicomitente y el fiduciario no existe una obligación a favor de una persona determinada a quien se esté garantizando con el mismo.

Artículos 398-400

En el texto de la ley vigente se establece la regulación de los fideicomisos sobre bienes muebles, manteniendo la posibilidad –que ya había sido absurdamente establecida en las reformas del 2000- de que los mismos puedan quedar en posesión del propio fideicomitente deudor y que este pueda utilizarlos en su actividad productiva. Esa posibilidad tiene como lógica consecuencia que el fideicomiso en esas circunstancias carezca de eficacia como instrumento de garantía al permitir al deudor disponer de los bienes, y porque además solo surte efectos entre las partes y no respecto de terceros, de conformidad con lo dispuesto por el artículo 389 en sus fracciones II y III.

Artículo 403

Dice la ley vigente en la parte relativa a dicho precepto:

"**Artículo 403**. En el fideicomiso de garantía, las partes podrán convenir la forma en que la institución fiduciaria procederá a enajenar extrajudicialmente, a título oneroso, los bienes o derechos en fideicomiso, siempre que, cuando menos, se pacte lo siguiente:

...

IV...

El texto que contenga el convenio de enajenación extrajudicial a que se refiere este artículo deberá incluirse en una sección especial del contrato de fideicomiso de garantía, la que contará con la firma del fideicomitente, que será adicional a aquella con que haya suscrito dicho fideicomiso.

...".

El hecho de que el precepto estipule que en los contratos de fideicomiso de garantía las partes podrán convenir la forma en que la fiduciaria procederá a enajenar extrajudicialmente, a título oneroso, los bienes o derechos en fideicomiso,

pareciera ser que se restablece el sistema tradicional , conforme había operado durante casi setenta años este tipo de fideicomisos. Sin embargo, el articulado del Código de Comercio relativo a los procedimientos de ejecución se mantiene en los mismos términos que se establecieron en las reformas del 2000, conforme a las cuales era necesario recurrir a juicio para poder llevar a cabo la ejecución.

Lo estipulado en el párrafo segundo de la fracción IV revela la supervivencia del prejuicio que ha existido en cierto sector limitado y mal informado de la doctrina de que la facultad que se les confiere contractualmente a los fiduciarios para ejecutar los fideicomisos de garantía es inconstitucional, y es por eso que se establece una fórmula insólita, extravagante y absurda consistente en que, para que el fideicomitente faculte al fiduciario a vender los bienes, en caso de incumplimiento en el pago, debe firmar dos veces en el documento en el que se consigne el convenio respectivo. Al parecer se está considerando candorosamente – para utilizar un término amable- que la constitucionalidad o inconstitucionalidad de una manifestación de voluntad, con la que se confiere a alguien una determinada facultad, depende del número de firmas que se estampen en el documento en que tal facultad sea conferida.

Artículo 405

Este precepto reitera lo que se había prescrito en el artículo 409 antes de las reformas, al estipular:

Las acciones de los acreedores garantizados con fideicomiso de garantía prescriben en tres años contados desde la fecha en que se haya dado por vencida la obligación garantizada. En este caso se extinguirá el derecho a pedir su cumplimiento y se revertirá la propiedad objeto de los bienes de la garantía al patrimonio del fideicomitente.

No es posible encontrar justificación para que se sancione en esa forma al acreedor que pretenda que se la garantice el pago del crédito que otorga mediante

un contrato de fideicomiso cuando existen otras formas legales de garantizar obligaciones que no tienen esa consecuencia negativa para el acreedor. ¿se pretenderá acaso desalentar el uso del fideicomiso, contradiciendo así la reiterada afirmación de que con las reformas se busca incentivar el crédito?

Código de Comercio. Título tercero bis

Sus estipulaciones en general padecen una notoria falta de congruencia con los cambios que se establecen en la reforma a la Ley General de Títulos y operaciones de Crédito, lo que obliga a que sean revisadas con sentido lógico, de manera de hacerlas racionalmente aplicables y eliminar contradicciones o posibilidades de conflicto.

5.5. Análisis del nuevo artículo 381 de la Ley General de Títulos y Operaciones de Crédito después de las reformas del 13 de junio del 2003.

En la *Gaceta parlamentaria* del 3 de diciembre de 2002, fue publicado el proyecto de decreto aprobado por la Cámara de Senadores, sobre la iniciativa que la había sido enviada por el Ejecutivo Federal para reformar, adicionar y derogar disposiciones de diversos ordenamientos mercantiles, entre las que estaban incluidas las relativas al capítulo correspondiente al fideicomiso, de la Ley General de Títulos y Operaciones de Crédito.

Entre otras modificaciones, se haría la modificación al artículo 381 de la ley antes referida, por considerar que la redacción que se proponía para el mismo dejaba establecida por fin una acertada definición del fideicomiso, en la que el ordenamiento que en ese momento estaba en vigor era omiso.

El nuevo texto que se proponía, que según el maestro Juan Suayfeta Ozaeta, podemos calificar de inobjetable, era el siguiente:

"Artículo 381. El fideicomiso es *un contrato*, en virtud del cual el fideicomitente transmite a una institución fiduciaria la propiedad o la titularidad de uno o más bienes o derechos, según sea el caso, para ser destinados a fines lícitos y determinados, encomendando la realización de dichos fines a la propia institución fiduciaria."

Pero ocurrió que inexplicablemente, la Cámara de Diputados, en ejercicio de su función revisora, decidió efectuar algunas modificaciones al contenido del proyecto, y por lo que toca al precepto a que nos referimos, decidió suprimir la referencia a que el fideicomiso es un contrato, hecho que su comisión dictaminadora trató de justificar, diciendo que era "para conservar (sic) la naturaleza del fideicomiso como negocio jurídico, y por ende, no calificarlo como contrato". Esto significaba que entendían, equivocadamente, que ambos conceptos eran antagónicos, y no lo son, pues aún suponiendo sin conceder que el fideicomiso pudiera ser calificado como negocio jurídico, eso no le quitaría su naturaleza contractual, conforme a nuestro derecho.

La supresión fue tan disparatada como el argumento que la justificaba, pero lo que resulta por demás inexplicable, apartado de la realidad y además revelador de los bajos niveles de conocimiento y de consistencia de nuestro congreso en las materias sobre las que legisla, es el hecho de que la Cámara de Senadores, al producir su iniciativa, en lo que se refiere a las modificaciones propuestas a la Ley General de Títulos y Operaciones de Crédito, y en particular a la parte relativa al fideicomiso, había razonado, que con esas modificaciones se buscaba "fortalecer la figura del fideicomiso, aclarando su naturaleza contractual con el fin de consolidar la importancia del acuerdo de voluntades para alcanzar cierto fines".

Sin embargo, al serle regresado el proyecto de decreto por la Cámara de Diputados, con la modificación consistente en suprimir de la definición contenida en el precepto en comento la mención de que ese instrumento jurídico es un contrato, la aceptó sin mayor análisis ni oposición, y sin dar las razones por las

cuales asumía una postura que contrariaba radicalmente la argumentación aquí transcrita, que había sostenido cuando produjo el proyecto de decreto, con el que aprobaba en sus términos la iniciativa que le había sido enviada por el Ejecutivo. La consecuencia fue que del referido artículo 381 se excluyó definitivamente la referencia al contrato, y en el decreto publicado en el *Diario Oficial de la Federación* del 13 de junio del 2003, con el que las reformas iniciaron su vigencia, el precepto quedó redactado en los términos siguientes: "Artículo 381. En virtud del fideicomiso, el fideicomitente transmite a una institución fiduciaria la propiedad o la titularidad de uno o más bienes o derechos, según sea el caso, para ser destinados a fines lícitos y determinados, encomendando la realización de dichos fines a la propia institución fiduciaria."

El hecho de que se siga omitiendo la mención expresa de que el fideicomiso es un contrato, si bien es cierto que es irrelevante para la comprensión y utilización de ese instrumento jurídico, resulta un enorme desacierto, técnicamente hablando.

La redacción que había mantenido el anterior artículo 381 (antes 346) desde que el fideicomiso fue adoptado definitivamente en nuestra ley (1932), tenía como defecto, que solo describía los efectos de ese acto jurídico, sin dar propiamente una definición del mismo, lo que nunca significó un inconveniente serio para su comprensión y aplicación, sin embargo, había dado lugar a lo largo de ese tiempo, a interminables discusiones e incertidumbre para algunos sobre su naturaleza jurídica, lo cual hacia hasta cierto punto aconsejable redactarlo de tal manera, que superara esa deficiencia, pero, en la forma en que quedó finalmente modificado, tal propósito quedó frustrado gracias a legisladores, ya que provocaron que ese instrumento jurídico continuara careciendo en la ley de una definición, pues al excluirse la referencia al contrato, se suprimió lo que permitía dejar precisada la naturaleza del fideicomiso. En esas condiciones, el fideicomiso sigue sin tener una definición precisa y sigue también la discusión acerca de su naturaleza jurídica.

CONCLUSIONES

PRIMERA: Las primeras manifestaciones del fideicomiso datan desde el derecho romano y el germánico, en donde el fideicomiso fue empleado en principio, como parte del derecho sucesorio, en donde el fideicomitente era el autor de la herencia, el fiduciario el heredero o legatario y el fideicomisario un tercero. Este fideicomiso se realizaba en forma verbal, con absoluta libertad y la base del mismo era la buena fe del fiduciario, la ausencia de la cual no tenía sanciones jurídicas.

SEGUNDA: En la actualidad podemos decir que el fideicomiso es una operación mercantil de procedencia extranjera, que fue insertada en nuestro derecho a principios del siglo XX. Sin embargo, fue regulado definitivamente en la Ley General de Títulos y Operaciones de Crédito de 1932, copiada de alguna manera del Trust anglosajón.

TERCERA: El negocio fiduciario, tiene como antecedente el negocio jurídico, que en un principio se presenta como un negocio atípico e innominado y posteriormente se va reglamentando por parte del legislador. Por negocio fiduciario podemos entender aquél en virtud del cual una persona transmite plenamente a otra ciertos bienes o derechos obligándose esta a afectarlos a la realización de una finalidad lícita y determinada y, como consecuencia de dicha finalidad, obligándose a retransmitir dichos bienes o derechos a favor de un tercero o a revertirlos al transmitente.

CUARTA: Podemos definir al fideicomiso como un negocio jurídico por medio del cual el fideicomitente constituye un patrimonio fiduciario autónomo, cuya titularidad se concede a la institución fiduciaria, para la realización de un fin determinado.

Q U I N T A : Al decir que el fideicomiso es un patrimonio fiduciario autónomo, con ello se señala particularmente que es diverso de los patrimonios propios de las partes que intervienen en el fideicomiso, o sea, es distinto a los patrimonios del fideicomitente, del fiduciario y del fideicomisario.

S E X T A : Es un patrimonio autónomo, afectado a un cierto fin, bajo la titularidad y ejecución del fiduciario, quien se haya provista de todos los derechos y acciones conducentes al cumplimiento del fideicomiso, naturalmente de acuerdo con sus reglas constitutivas y normativas. Los bienes entregados en fideicomiso, salen por tanto del patrimonio del fideicomitente, para quedar como patrimonio autónomo o separado de afectación, bajo la titularidad del fiduciario, en la medida necesaria para la cumplimentación de los fines de la susodicha afectación; fines de acuerdo con los cuales y de conformidad con lo pactado, podrá presentarse dicho titular a juicio como actor, o demandado, así como vender, alquilar o ceder.

S É P T I M A : La transmisión que se realiza en virtud de la relación real del negocio fiduciario, del fideicomitente al fiduciario, es una transmisión plena, si se trata de bienes se transmite la propiedad y, si se trata de derechos, la plena titularidad.

O C T A V A : Los bienes o derechos que recibe el fiduciario en la celebración del fideicomiso no ingresan al patrimonio personal de éste, sino que se crea un patrimonio autónomo afectado a un cierto fin bajo la titularidad y ejecución del mismo.

N O V E N A : Pese a lo manifestado en su exposición de motivos, por la Cámara de Diputados, el fideicomiso es y ha sido siempre un acto jurídico contractual. Aún cuando especulaciones teóricas, inspiradas en el derecho o la doctrina extranjeros, pudieran calificarlo como "negocio jurídico", esto no le quita el carácter de contrato que siempre ha tenido y tiene conforme a nuestro derecho positivo.

D É C I M A : El artículo 381 de la Ley arriba citada, en la actualidad, establece lo siguiente:

"Artículo 381. En virtud del fideicomiso, el fideicomitente transmite a una institución fiduciaria la propiedad o la titularidad de uno o más bienes o derechos, según sea el caso, para ser destinados a fines lícitos y determinados, encomendando la realización de dichos fines a la propia institución fiduciaria."

La definición acertada del fideicomiso y que fue modificada del proyecto de las reformas del 13 de junio del 2003, es la siguiente:

"Artículo 381. El fideicomiso es *un contrato* en virtud del cual el fideicomitente transmite a una institución fiduciaria la propiedad o la titularidad de uno o más bienes o derechos, según sea el caso, para ser destinados a fines lícitos y determinados, encomendando la realización de dichos fines a la propia institución fiduciaria."

D E C I M A P R I M E R A : En el caso que nos ocupa, es de lamentar que no se haya aprovechado una oportunidad que difícilmente volverá a presentarse de perfeccionar la normatividad del fideicomiso, para corresponder a la utilidad que durante más de siete décadas había venido prestando esa institución jurídica al servicio de la colectividad.

BIBLIOGRAFÍA

ACOSTA ROMERO, Miguel. Nuevo Derecho Bancario. 4ª edición, Porrúa, México, 2001.

BARRERA GRAF, Jorge. Estudios de Derecho Mercantil. 8ª edición, Porrúa, México, 2000.

BATIZA, Rodolfo. El Fideicomiso. 10ª edición, Porrúa, México, 2002.

BATIZA, Rodolfo. Principios Básicos del Fideicomiso y de la Administración Fiduciaria. 8ª edición, Porrúa, México, 2000.

BAUDRY-LACANTINERIE, Gerardo. Práctica de Derecho Civil. 8ª edición, Trad. de Ramón Muñoz, Temis, España, 1990.

BEJARANO SÁNCHEZ, Manuel. Derecho de las Obligaciones. 13ª edición, Harla, México, 1990.

BONNECASE, Julián. Tratado de Derecho Civil Francés. 3ª edición, Cajica, Trad. de José María Cajica, Puebla, México, 1990.

CASTÁN TOBEÑAS, José. Derecho Civil Español Común y Foral. 4ª edición, Bosch, España, 1990.

CERVANTES AHUMADA, Raúl. Derecho Mercantil Mexicano. 12ª edición, Herrero, México, 2002.

CERVANTES AHUMADA, Raúl. Títulos y Operaciones de Crédito. 15ª edición, Porrúa, México, 2002.

DE IBARROLA, Antonio. Cosas y Sucesiones. 20ª edición, Porrúa, México, 2000.
DE PAS PERI, Luis. Tratado de Derecho Civil. 3ª edición, TEA, Argentina, 1989.

DE PINA, Rafael. Elementos de Derecho Civil. 10ª edición, Porrúa, México, 2000.

DOMÍNGUEZ MARTÍNEZ, Jorge Alfredo. El Fideicomiso. 9ª edición, Porrúa, México, 2001.

GUAJARDO TOUCHÉ, Ricardo. Los Bienes Fideicomitidos. 4ª edición, Trillas, México, 1999.

LEAUPALLE, Pierre. Tratado Teórico-Práctico de los Trust. 3ª edición, Porrúa, México, 2000.

LIZARDI ALBARRÁN, Manuel. Ensayos sobre la Naturaleza Jurídica del Fideicomiso. 2ª edición, Trillas, México, 1998.

LOZADA CHÁVEZ, Francisco. La llamada Propiedad Fideicomiso. 2ª edición, Trillas, México, 2000.

LUCERO, Miguel Ángel. El Fideicomiso en México. 2ª edición, Bancomer, México, 1998.

ORTIZ SOLTERO, Sergio. El Fideicomiso Mexicano. 4ª edición, Porrúa, México, 2000.

ORTIZ URQUIDI, Raúl. Contratos Civiles. 4ª edición, Porrúa, México, 1990.

PUGLIATT, Salvador. Introducción al Estudio del Derecho Civil. 4ª edición, Porrúa, México, 1990.

RODRÍGUEZ RODRÍGUEZ, Joaquín. El Fideicomiso. 3ª edición, Porrúa, México, 2000.

ROJINA VILLEGAS, Rafael. Derecho Civil Mexicano. Contratos. 10ª edición, Porrúa, México, 2002.

SÁNCHEZ MEDAL, Ramón. Los Contratos Civiles y sus Generalidades. 9ª edición, Porrúa, México, 2001.

SERRA ROJAS, Andrés. Derecho Administrativo. T. I. 10ª edición, Porrúa, México, 2000.

SERRANO TRASVIÑA, Jorge. Aportación al Fideicomiso. 3ª edición, Cárdenas editor, México, 1993.

SUAYFETA OZAETA, Juan. La Institución Jurídica del Fideicomiso en Caída Libre. Revista de Derecho Privado, Nueva Epoca, año II, num. 6, México, septiembre-diciembre de 2003.

TRABUCCHI, Alberto. Instituciones de Derecho Civil. 6ª edición, Bosch, España, 1999.

VARZA OCHOA, Carlos. El Derecho de Propiedad en el Fideicomiso. 6ª edición, Porrúa, México, 2000.

VÁZQUEZ DEL MERCADO, Oscar. Contratos Mercantiles. 6ª edición, Porrúa, México, 2000.

VILLAGORDOA LOZANO, José Manuel. Doctrina General del Fideicomiso. 4ª edición, Porrúa, México, 2000.

LEGISLACIÓN

CONSTITUCIÓN POLÍTICA DE LOS ESTADOS UNIDOS MEXICANOS. 2ª edición, Porrúa, México, 2004.

LEY GENERAL DE TÍTULOS Y OPERACIONES DE CRÉDITO. 4ª edición, Porrúa, México, 2004.
LEY DE INSTITUCIONES DE CRÉDITO. 4ª edición, Sista, México, 2004.

CÓDIGO DE COMERCIO. 4ª edición, Sista, México, 2004.

CÓDIGO CIVIL PARA EL DISTRITO FEDERAL. 3ª edición, Sista, México, 2004.

CÓDIGO DE PROCEDIMIENTOS CIVILES PARA EL DISTRITO FEDERAL. 2ª edición, Sista, México, 2004.

DICCIONARIOS Y ENCICLOPEDIAS

INSTITUTO DE INVESTIGACIONES JURÍDICAS. Diccionario Jurídico Mexicano. T. II. 13ª edición, Porrúa, México, 1999.

INSTITUTO FIDUCIARIO. Actualidad y Futuro del Fideicomiso en México. 3ª edición, Bancomer, México, 2000.

Enciclopedia Jurídica Omeba. T. IV. 10ª edición, Dris-Kill, Argentina, 1997.

REAL ACADEMIA DE LA LENGUA ESPAÑOLA. Diccionario de la Lengua Española. 19ª edición, Madrid Espasa-Calpe, 1970.