



UNIVERSIDAD PANAMERICANA
CAMPUS GUADALAJARA

LAS PARTICULARIDADES DEL "PATRIMONIO
FIDUCIARIO": NATURALEZA JURÍDICA DE LOS BIENES
FIDEICOMITIDOS

ANA LUISA VÁZQUEZ ALDANA VIZCARRA

Tesis presentada para optar por el título de Licenciado en
Derecho con Reconocimiento de Validez
Oficial de Estudios de la SECRETARÍA DE EDUCACIÓN PÚBLICA,
Según acuerdo número 86809 con fecha 13-VIII-86.

Zapopan, Jal., Junio de 2002.



47548



CLASIF: TE DER VA 2 2002
ADQUIS: 47548 E/1
FECHA: 23-08-02
DONATIVO DE _____ 113 p.
\$ _____

- 1 Fideicomiso
- 2 Propiedad



UNIVERSIDAD PANAMERICANA
CAMPUS GUADALAJARA



UNIVERSIDAD PANAMERICANA
SEDE GUADALAJARA
BIBLIOTECA

**LAS PARTICULARIDADES DEL “PATRIMONIO
FIDUCIARIO”: NATURALEZA JURÍDICA DE LOS BIENES
FIDEICOMITIDOS**

ANA LUISA VÁZQUEZ ALDANA VIZCARRA

**Tesis presentada para optar por el título de Licenciado en
Derecho con Reconocimiento de Validez
Oficial de Estudios de la SECRETARÍA DE EDUCACIÓN PÚBLICA,
Según acuerdo número 86809 con fecha 13-VIII-86.**

Zapopan, Jal., Junio de 2002.



ESCUELA DE DERECHO

UNIVERSIDAD PANAMERICANA

CAMPUS GUADALAJARA

DICTAMEN DEL TRABAJO DE TITULACIÓN

C. ANA LUISA VÁZQUEZ ALDANA VIZCARRA
Presente

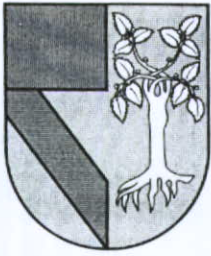
En mi calidad de Presidente de la Comisión de Exámenes Profesionales y después de haber analizado el trabajo de titulación en la opción TESIS titulado: **LAS PARTICULARIDADES DEL "PATRIMONIO FIDUCIARIO": NATURALEZA JURÍDICA DE LOS BIENES FIDEICOMITIDOS** presentado por usted, le manifiesto que reúne los requisitos a que obligan los reglamentos para ser presentado ante el H. Jurado del Examen Profesional, por lo que deberá entregar nueve ejemplares como parte de su expediente al solicitar el examen.

Atentamente

EL PRESIDENTE DE LA COMISIÓN



LIC. ALBERTO JOSÉ ALARCÓN MENCHACA



UNIVERSIDAD PANAMERICANA

CAMPUS GUADALAJARA

Guadalajara, Jal. a 3 de Junio de 2002.

ESCUELA DE DERECHO

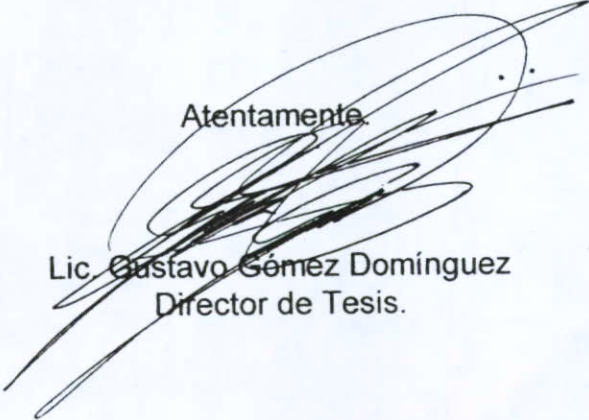
Lic. Alberto José Alarcón Menchaca
Director de la Escuela de Derecho
Universidad Panamericana
Campus Guadalajara.
Presente.

Estimado Lic. Alarcón:

Me permito comunicar a usted que la Srita. **ANA LUISA VÁZQUEZ ALDANA VIZCARRA**, quién cursó los estudios de la licenciatura en Derecho, ha concluido satisfactoriamente su tesis titulada **LAS PARTICULARIDADES DEL "PATRIMONIO FIDUCIARIO": NATURALEZA JURÍDICA DE LOS BIENES FIDEICOMITIDOS**.

Al respecto le manifiesto que el trabajo de investigación realizado por la Srita. Vázquez Aldana, que tuve la satisfacción de dirigir, reúne los requisitos de fondo y forma necesarios para solicitar fecha de examen profesional.

Atentamente,


Lic. Gustavo Gómez Domínguez
Director de Tesis.

CONTENIDO

NATURALEZA JURÍDICA Y PARTICULARIDADES DE LOS BIENES FIDEICOMITIDOS

INTRODUCCIÓN 3

CAPÍTULO I

ANTECEDENTES DEL FIDEICOMISO 7

CAPÍTULO II

CONCEPTOS BÁSICOS DEL FIDEICOMISO 18

2.1 CONCEPTOS DE FIDEICOMISO

- a) DEFINICIÓN
- b) CLASIFICACIÓN JURÍDICA
- c) OBJETO
- d) SUJETOS
- e) DERECHOS Y OBLIGACIONES DE LAS PARTES
- f) REQUISITOS DE EXISTENCIA Y VALIDEZ
- g) RAZÓN
- h) FINES
- i) FORMA
- j) TIPOS O MODALIDADES
- k) VENTAJAS
- l) EXTINCIÓN

2.2 FIDEICOMISO Y FIGURAS AFINES

- a) MANDATO
- b) DEPÓSITO
- c) MUTUO
- d) ALBACEAZGO
- e) ESTIPULACIÓN A FAVOR DE UN TERCERO.

CAPÍTULO III

| | |
|--|----|
| EL FIDEICOMISO DENTRO DE LA LEGISLACION MEXICANA | 66 |
|--|----|

CAPÍTULO IV

| | |
|---|----|
| NATURALEZA JURÍDICA DEL "PATRIMONIO FIDUCIARIO" | 85 |
|---|----|

CAPÍTULO V

| | |
|---|-----|
| ANÁLISIS DE LAS PARTICULARIDADES DE LA "PROPIEDAD FIDUCIARIA" | 100 |
|---|-----|

| | |
|--------------|-----|
| CONCLUSIONES | 111 |
|--------------|-----|

| | |
|--------------|-----|
| BIBLIOGRAFÍA | 113 |
|--------------|-----|

INTRODUCCIÓN

El *fideicomiso*, además de ser la contribución más característica y valiosa proporcionada por el Derecho angloamericano, no solo al Derecho mexicano, sino al Derecho en general, es una institución que podríamos considerar nueva. Nueva no solo por el tiempo, ya que tiene relativamente poco de haberse establecido y empezado a practicar en México; sino también nueva porque su materia es extraña a nuestro Derecho Civil-Romano. Es importante hacer la aclaración que la legislación mexicana, en ocasiones ha adoptado figuras jurídicas extranjeras que se han podido adaptar perfectamente a nuestras necesidades, tanto de seguridad jurídica como de flexibilidad, en el ámbito de acción que las relaciones comerciales pedían, tal es el caso del fideicomiso.

Podemos decir que se está en formación; los notarios, los abogados litigantes, los abogados expertos de instituciones de crédito, los jueces, son los que están elaborando el fideicomiso, y es así como deben surgir las normas jurídicas de los actos y de los hechos que ocurren en la vida diaria: se formulan las normas que van a regirlos. En el caso del fideicomiso, se antojaría que hubiera un juez que, de los hechos, pudiera establecer con sabiduría, las normas jurídicas que lo configuraran. Este papel puede desempeñarlo la jurisprudencia, de la que tenemos derecho de esperar normas, definiciones y prácticas en esta institución.

Son de sobra conocidas las teorías que tratan de explicar lo que es el fideicomiso, el destino y la propiedad (si es que podemos utilizar dicho término) de los bienes fideicomitados: un mandato, un dominio limitado, una institución para una idea directriz, un patrimonio autónomo o de afectación, un derecho real fraccionado, propiedad y titularidad de bienes, negocio fiduciario, simple titularidad, estipulación a favor de tercero, etc.

No pretendemos analizar cuál de estas teorías es cierta o cuál es la más probable, sino más bien hacer un estudio del fideicomiso y del patrimonio fiduciario, especialmente de la situación jurídica en la que se encuentran los bienes fideicomitidos, con el fin de puntualizar algunos conceptos y dudas que la práctica nos ha llevado a analizar tales como: ¿quién es el dueño del patrimonio fiduciario? ¿podemos hablar de propiedad fiduciaria? ¿se trata de propiedad, titularidad o posesión? entre muchos otros, tratando de aportar algo nuevo a esta materia tan versátil.

En fin, existe tanta discusión en torno al fideicomiso, que nada tan sugestivo como emprender la tarea de destinarle atención a una figura de tal complejidad, pero al mismo tiempo de tanta riqueza teórica y práctica.

Ahora bien, como por nuestra parte consideramos que no solo todas y cada una de esas cuestiones objeto de discusión doctrinal y práctica que giran en torno al "patrimonio fiduciario", es decir, a los bienes fideicomitidos que por una u otra razón están íntimamente relacionadas con los derechos patrimoniales, en los que inclusive, creemos, puede llegarse a encontrar la misma naturaleza jurídica del fideicomiso. Nos hemos propuesto llevar a cabo, como lo haremos en los capítulos que componen esta monografía, una serie de comentarios y reflexiones adaptados al fideicomiso, basados en los siguientes planteamientos:

1. Si partimos de la premisa de que los derechos reales son oponibles *erga omnes* porque tienen un componente de publicidad que les permite oponerse a cualquier tercero, tenemos que concluir que dicho componente debe ser de una naturaleza que efectivamente permita que los terceros adquieran conocimiento de la constitución del correspondiente derecho real para ser excluidos del fideicomiso.

Conforme señaláramos anteriormente, los mecanismos de publicidad son dos: la posesión y el registro; a través de cualquiera de ellos, un tercero, ajeno a la relación de la cual se origina el respectivo derecho real, puede tomar conocimiento del registro y, en particular, de la transferencia de propiedad: sobre la base que se

presume que el poseedor es propietario o porque de la información registral puede tomar rápido y seguro conocimiento de quién es el titular del correspondiente bien.¹

2. Ahora bien, si admitimos que el consenso es un modo y, por ende, permite transferir propiedad ¿de qué clase de propiedad estamos hablando?. Ya que el consentimiento se asocia a la existencia de un contrato, resulta elemental destacar que todo contrato sólo surte efectos entre las partes y, por ende, no compromete a terceros.

Se ha pretendido dar una respuesta al problema argumentándose que el “solo consenso” transfiere “propiedad relativa”; esto es, plena y exigible entre las partes, más no “propiedad absoluta”² porque para esto último se requiere como complemento de un mecanismo de publicidad, que sería de manera precisa la posesión o el registro; de manera que con la observancia de dicha publicidad la propiedad adquiriría una dimensión absoluta.

La propiedad es por su naturaleza misma un derecho *erga omnes*, oponible a cualquier tercero; por lo tanto si carece de dicha característica no es un derecho real, sino uno de naturaleza estrictamente personal, lo cual es un contrasentido. El derecho vigente comparte la tesis conforme a la cual el “solo consenso” es una manera para transferir propiedad, por la simple razón de que el pretendido no cumple con su finalidad de configurarse en un medio para que cualquier tercero tome conocimiento de la transferencia y, por ende, para que el derecho transferido sea oponible *erga omnes*.

Así pues, en los primeros capítulos ubicaremos al fideicomiso. Hablaremos de sus antecedentes, sus conceptos básicos y sus figuras afines, así como su marco jurídico. En los capítulos posteriores comentaremos y analizaremos los derechos patrimoniales; los últimos serán destinados al análisis de la *propiedad fiduciaria* así como a la naturaleza jurídica y particularidades del *patrimonio fiduciario* en los que

¹ En aplicación de los principios registrales de legitimidad y publicidad.

² Oponible frente a terceros.

haremos algunas consideraciones cuyo punto principal será la transmisión titularidad y naturaleza jurídica de los bienes afectos al fideicomiso.

CAPÍTULO I

ANTECEDENTES DEL FIDEICOMISO

El fideicomiso, encuentra fundamento y caracterización suficiente en el deber de lealtad, habiéndose aplicado primero a sistemas de venta a crédito como sustituto de la prenda o hipoteca, se lo adoptó después a usos, contratos o comisiones de confianza, alcanzando especial importancia en materias como la propiedad horizontal, fondos de inversión, etcétera. Tal era la caracterización del fideicomiso en el Derecho Romano como relación de confianza en la lealtad ajena, y de allí su raíz etimológica. *Fides* es sinónimo de fe y *commissum* significa comisión; en otros términos: encomendado a la fe de un sujeto.

El fideicomiso se originó en Roma y originalmente se trató de una forma de sucesión para beneficiar a las personas que carecían de *testamenti factio pasiva*. El titular de los derechos rogaba de *bona fides* a algún conocido, para que en un tipo de *mandato*, comisionarle el transmitir la sucesión al verdadero beneficiario de la voluntad de aquel "*de cujus sucessionem agitur*".

En su nacimiento fue utilizada esta estructura jurídica con el objeto de hacer frente a las trabas legales que impedían darle a determinados bienes cierto destino. La base sobre la que se fundamentó desde el principio fue la confianza que el fideicomitente de un bien depositaba en el fiduciario. La transferencia se realizaba en propiedad teniendo el fiduciario las facultades derivadas de su condición de dueño de la cosa, de acuerdo con las instrucciones del fideicomitente. Frente al amplio poder jurídico que el fideicomitente daba al fiduciario, éste se comprometía a usar ese poder en lo preciso dentro de los límites impuestos por el fin restringido acordado, al cual se apuntaba, respetando la voluntad de aquél.

Con el correr del tiempo y en atención a los abusos en que incurría el fiduciario al no respetar los encargos fiduciarios, se fue limitando su potestad sobre los bienes transmitidos, manteniendo su condición de titular jurídico pero con poderes recortados por la normativa jurídica y por la intervención de la justicia, que priorizaron la

voluntad del constituyente y los derechos de los beneficiarios por sobre el derecho de propiedad que aquél ostentaba.

El fideicomiso es una figura compleja que combina un negocio real de transmisión de una cosa o bien, con un negocio de obligación cuyo fundamento es la atenuación de los efectos de aquella transmisión. Cada uno de estos diferentes negocios produce sus propios efectos. Nos hallamos pues, frente a un negocio complejo que resulta de la unión de otros dos negocios distintos que se vinculan entre sí antagónicamente, por un contrato real ³ y por otro obligatorio negativo o *pactum fiduciae* ⁴

En la evolución del fideicomiso se va perfilando una condición que le es característica y que consiste en reconocer en ella la coexistencia de dos caras perfectamente identificables: la primera, relacionada con las formas jurídicas que la visten, y la segunda, con la realidad económica que la motiva. Nótese, además, que la apariencia externa de esta figura revela la adquisición de un derecho de propiedad fiduciaria sobre un bien por parte del fiduciario; mientras que, en su lado interno, existe una relación de obligación entre el fideicomitente y el fiduciario, en virtud de la cual este último ve limitada las facultades de tal derecho, por causa del *pactum fiduciae* que ha celebrado en forma simultánea.

En el fideicomiso no existe correlación o concordancia entre el fin perseguido por las partes al celebrar el contrato y el medio jurídico empleado. Esto nos introduce en el campo de los denominados "negocios indirectos", es decir, aquellos que, para obtener un determinado efecto jurídico, emplean una vía transversal y no directa; negocios en los cuales las partes se valen de figuras típicas del Derecho, pero las utilizan para alcanzar un fin distinto al que previó el legislador al diseñar el tipo.

La doctrina se encuentra dividida entre el punto de considerar al fideicomiso como negocio indirecto. Nos interesa destacar que, sin perjuicio de alguna semejanza con los negocios simulados, sus diferencias son notorias. En primer lugar,

³ Transmisión de la propiedad o del crédito de modo fiduciario.

mientras en el negocio fiduciario no es de su esencia que el fuero interno subyacente sea secreto, aunque esto es lo que normalmente ocurre, en el negocio simulado, en cambio, su cara interna nunca se exhibe porque es de su esencia que algo oculto debe tener.

Siendo el fideicomiso un contrato normalmente regulado y, por ello, tipificado en el Derecho Sustantivo, otorga a las partes contratantes la garantía de su leal ejecución a través de normas concretas positivas que prevén los efectos jurídicos para las partes, quedando amparado, inclusive, por el principio de la autonomía privada emergente del Código Civil, limitada solo por los principios generales en cuanto a que los fines del negocio no sean contrarios a la ley, al orden público, a la moral y a las buenas costumbres.

La constatación de la legitimidad de las formas empleadas para alcanzar los fines previstos, en especial frente al empleo de figuras jurídicas complejas como el fideicomiso, tiene relevancia, obviamente, en relación con las partes y ante terceros, por las implicaciones que de ello pueden derivarse en caso de calificar al vínculo aparente como un negocio en fraude de la ley; es decir, tendiente a lograr, mediante la combinación de diferentes figuras, un resultado prohibido por aquélla. Cabe aquí distinguir, para que no haya lugar a dudas, el fideicomiso, de los negocios fraudulentos, a pesar de que en ambos supuestos exista un punto de coincidencia, es decir, que mediante un procedimiento indirecto se procure conseguir fines que no pueden alcanzarse por la vía directa. En el fideicomiso hay un fin lícito que consiste en obtener un resultado permitido, amparado por una regulación positiva que regula los efectos entre las partes y ante terceros. En el negocio fraudulento, en cambio, se está frente de un fin ilícito de resultado prohibido.

En el fideicomiso no se da la circunstancia de que las partes le confieran a las formas jurídicas una apariencia diferente al fin que se proponen alcanzar.

⁴ Obligación del fiduciario de hacer sólo un uso limitado del bien adquirido, para restituirlo luego al que trasmite o a un tercero por aquél indicado.

Del mismo modo que frente a cualquier otra figura jurídica, el análisis ponderado del caso concreto permitirá averiguar la verdadera intención que se tuvo al celebrarlo, con el objeto de establecer si se ha pretendido obtener resultados prohibidos que derivasen en la anulación del contrato por objeto ilícito.

En tanto las partes del fideicomiso respeten los elementos claves de la figura tal y como ésta ha sido regulada por el Derecho Sustantivo y le den al negocio la configuración jurídica prevista por el legislador al calificarlo atendiendo a su especial naturaleza, sin introducirle contradicciones extrañas a las permitidas por la propia configuración legal, no existe el empleo de un "medio jurídico excesivo" que vaya más allá de los fines perseguidos, ya que las partes quieren el medio típico (fideicomiso) con todas las consecuencias derivadas de su naturaleza. Estamos, pues, frente a un negocio típico que de ningún modo presupone un abuso de las formas empleadas, ni su asimilación al negocio simulado.

De un origen restringido en el ámbito familiar pasó a insertarse activamente en el ámbito de los negocios por su adaptabilidad a las cambiantes condiciones económicas y a la fértil imaginación de los que se dedican a la ingeniería de nuevos productos.

Las posibles aplicaciones del fideicomiso, especialmente para los bancos y demás entidades financieras, son innumerables, dada su naturaleza, con una proyección que les abre perspectivas; se puede prever, que en pocos años más la incidencia del fideicomiso en los resultados financieros de aquéllas llegará a un nivel de real importancia, como ha ocurrido en otros países de América.⁵

Para llegar a esa conclusión debe considerarse que el Fideicomiso no tiene transcendencia autónoma como tal. Es un verdadero instrumento que sirve para la realización de otros negocios que le son "subyacentes" y que pueden ser de la más variada naturaleza dentro del campo de lo lícito. De ahí su versatilidad y flexibilidad y la enorme gama de su utilización tanto en el sector empresario cuanto en el de la

⁵ México, Colombia, Venezuela, Costa Rica, Panamá, entre varios más.

vida individual y familiar de las personas. En menor medida ello ocurre, también, con otras instituciones del Derecho Positivo.

El fideicomiso asume una posible operatividad mucho más extensa ya que el negocio subyacente tiene variedad prácticamente innumerable dentro del ámbito de lo lícito.

En cuanto a su desarrollo histórico y de acuerdo con lo afirmado por Maitland,⁶ el origen del *trust* moderno, lo encontramos en el antiguo *use* consistente en una transmisión de tierras realizada por acto entre vivos o por testamento a favor de un prestanombre, quien las poseería en provecho del beneficiario.

Así mismo, nos dice Keeton⁷ en su libro *The Law of Trust* que el terrateniente Inglés ponía sus tierras en *trust* para lograr fines diferentes, ya fueran lícitos o de plano fraudulentos, que requerían una interpósita persona.

Por lo que se refiere al origen del *trust*, nos encontramos con que es uno de los problemas más controvertidos de la historia del Derecho y aún más, actualmente está irresoluto dicho problema; al respecto nos encontramos con varias hipótesis que le atribuyen origen romano, germánico, aborigen y hasta ninguno en particular.

En el Derecho Romano el fideicomiso se origina por la tendencia de los testadores a imponer su voluntad aun más allá de su vida, respecto de los bienes que transmiten a sus herederos, y por otra parte, en el deseo de eludir las numerosas incapacidades para heredar.

Lo cierto es que podemos encontrar cuatro períodos en el desarrollo del *trust*; comenzando desde la aparición de los *usos*, hasta principios del siglo XV. No se ha podido determinar en forma satisfactoria el momento en que hacen su aparición los *usos* en Inglaterra; sin embargo, la hipótesis de Maitland nos habla del siglo XIII,

⁶ Citado en el libro Las instituciones fiduciarias y el fideicomiso, publicado por Banco Mexicano Somex.

⁷ BATIZA, Rodolfo, *Principios básicos del fideicomiso y de la administración fiduciaria*, Porrúa, 1997, p.18.

aclarando que en ese entonces, éstos no eran jurídicamente exigibles. Ahora bien, en los albores del siglo XV se había generalizado mucho esta costumbre. Durante este período los usos consistían en obligaciones de carácter moral, cuyo cumplimiento quedaba a la buena fe del prestanombre. Un segundo período lo tenemos de principios del siglo XV, a la promulgación de la Ley de Usos.

En este siglo ya con la notoria la rigidez que había ido adquiriendo el sistema normativo aplicado por los tribunales de *Common Law*. Si alguna causa no encuadraba dentro de la Ley exactamente, los tribunales no podían poner recurso alguno. Sin embargo a fines del siglo XIV surgieron numerosas quejas en contra de los prestanombres infieles, hasta que el canciller, alto dignatario eclesiástico, intervino para obligar a cumplir con sus compromisos morales a dichas personas. También en este periodo se sostuvo que el interés o derecho del beneficiario se transmitiría a su muerte, en favor de sus herederos y asimismo, se estimó que eran susceptibles de cesión.

De lo anterior deducimos que los usos sirvieron como una forma de transmisión testamentaria de bienes inmuebles que era prohibida por el régimen feudal.

Posteriormente en el tercer período, comprendido de 1535 a finales del siglo XVII, se había suscitado una fuerte oposición contra los usos, ya que constituían fácil fraude de acreedores y las ventajas que traían a ciertas personas, repercutían en perjuicio de otras. Fue Enrique VII quien instigó la supresión de los usos, la cual vino a culminar en la Ley de Usos de 1535. En ésta se mencionaba en el preámbulo la serie de desventajas traídas por los usos, y la solución propuesta era en apariencia sencilla. No decretó la ilegalidad de los usos, ni privó al beneficiario de su derecho de equidad, sino que adjudicó a su favor el título legal del bien puesto en uso, el fin de esta ley fue darle legalidad a los usos.

Así pues, los usos no fueron prohibidos, sino que quedaban ejecutados, quedando el prestanombre eliminado y el beneficiario como único dueño.

Por último la cuarta etapa, se sucedió desde fines del siglo XVII hasta la época contemporánea.

La ejecución de los usos provocada por la ley ya citada, tuvo muchas salidas y por lo tanto no pudo abolir, como se pretendía, dichos usos; esto aunado al auge creciente de la riqueza mobiliaria hizo inevitable que el canciller viniera a dar efectos jurídicos a negocios semejantes a los antiguos usos, conocidos más tarde con el nombre de *trust*, en estos cualquier persona física capaz podía ser *trustee*.

En el siglo XVII se aceptaba el principio de que la equidad sigue al Derecho estricto y dicho principio determinó que el Derecho de *trusts* fuera progresivamente sistematizado hasta que al llegar el siglo XIX la rama jurídica de *trusts*; había alcanzado una completa madurez, solo pendiente de algunos detalles.

Una vez adoptada por el Derecho inglés esta figura jurídica, sufrió una notable transformación, ya que la doble jurisdicción de aquellos: el common law y el equity law, permitieron una prolífica, por no decir discriminada utilización del fideicomiso, y en tanto estas formas jurídicas permitían resolver conforme a la equidad las cuestiones no previstas en las leyes, las controversias que surgían podían derivar en el abuso de aquel "encargo de confianza".

Es en el Derecho anglosajón, más en los Estados Unidos de Norte América, donde el fideicomiso puro ha germinado como en ningún otro lugar del mundo, bajo la figura del *trust*, entendido como una relación fiduciaria respecto a determinados bienes, por la cual la persona que los posee está obligada a manejarlos en beneficio de un tercero; ello, en tanto ese Derecho admite una doble titularidad de ciertos bienes: la propiedad legal se halla a nombre de una persona, el beneficio corresponde a otra distinta.

En nuestra legislación, a diferencia de nuestros vecinos del Norte, el fiduciario solo podrá ser una institución de crédito debidamente autorizada por la Ley de Instituciones de Crédito, a las que llama instituciones fiduciarias.

De lo anterior, y atendiendo a que no existe una definición en las leyes que rigen este contrato, el concepto del mismo ha sido diferente en los países que han adoptado esta figura; más aun, en los países latinoamericanos que a pesar de tener semejantes raíces jurídicas, enfocan dicho negocio a sus propias necesidades. De esta manera, México y Guatemala consagran la teoría del patrimonio de afectación; en Panamá se sostiene que el fideicomiso encuentra fundamento suficiente en la figura del mandato irrevocable, mismo que no tenemos en nuestro país; y las legislaciones de Colombia, Honduras, Costa Rica y El Salvador coinciden en sostener que se trata de una transmisión de derechos para el logro de una finalidad determinada.

Lo que resulta evidente en el intento de adecuar el fideicomiso a los sistemas codificados latinoamericanos, y que se distingue del Derecho angloamericano, es que en éste, no siempre el fideicomiso es un contrato, en tanto puede ser creado por una simple declaración.

Respecto de su evolución dentro del Derecho Mexicano, de la que se hará constante referencia en los capítulos posteriores, lo que actualmente se llama fideicomiso en México no es una institución derivada directamente del Derecho Romano, sino más bien una transformación del *trust* anglosajón, introducido en México, a través de Panamá en 1924. En 1932, el fideicomiso se estructuró de nuevo en la Ley de Títulos y Operaciones de Crédito, bajo la influencia de las ideas de Pierre Leapaulle, y se considera actualmente como la dedicación de ciertos bienes a un fin lícito determinado, cuya realización se encomienda a una institución fiduciaria expresamente autorizada para figurar como tal.⁸

⁸ MARGADANT S, Guillermo, *Derecho Romano*, Esfinge, S.A., México, 1995, p.504.

Desde 1924 hasta antes de que entraran en vigencia la LTOC (Ley de títulos y operaciones de crédito), los ordenamientos que regularon al fideicomiso, son los siguientes:

- a) Ley General de Instituciones de Crédito y Establecimientos Bancarios de 1924;
- b) Ley de Bancos de Fideicomiso de 1926, y
- c) Ley General de Instituciones de Crédito y Establecimientos Bancarios de 1926.

Estas leyes tenían como precepto “el fideicomiso propiamente dicho es un mandato irrevocable en virtud del cual se entrega al banco, con el carácter de fiduciario, determinados bienes para que disponga de ellos o de sus productos según la voluntad del que los entrega, llamado fideicomitente, en beneficio de un tercero llamado fideicomisario”.⁹ Además, en sus artículos 12 y 108, respectivamente, establecieron que “los bienes entregados en fideicomiso, se consideran salidos del patrimonio del fideicomitente, en cuanto sea necesario que dicha ejecución o por lo menos gravados a favor del fideicomisario. En consecuencia, no serán embargables ni se podrá ejercitar sobre ellos acción alguna que perjudique al fideicomiso, lo anterior, no impedirá que se demande la nulidad del fideicomiso cuando éste se haya constituido en fraude de acreedores, o sea ilegal por otros motivos”.

El fiduciario tuvo, respecto de los bienes dados en fideicomiso, el ejercicio de todas las acciones y derechos derivados de su dominio, con independencia de aquello que se mencionare o no en el acto constitutivo del fideicomiso, mas le estaba prohibido disponer de aquellos en beneficio propio, sin la autorización expresa, o de ser indispensable para el cumplimiento de su obligación.

⁹ Específicamente la LBF (Ley de Bancos de Fideicomiso) y la LICEB (Ley General de Instituciones de Crédito y Establecimientos Bancarios en el artículo 6 de la primera y el 102 de la segunda.

La contemplación conjunta de los artículos referidos, hace advertir que según las disposiciones relacionadas, el fideicomiso tuvo para el legislador el carácter de un mandato; además, deriva de los mismos preceptos la necesaria intervención de una institución bancaria para desempeñar el cargo de fiduciario; y, por último, debe destacarse la consideración legislativa según la cual, *los bienes dados en fideicomiso, se consideran salidos del patrimonio del fideicomitente.*

De la regulación actual del fideicomiso, debemos hacer alusión a lo que sigue:

Según el artículo 381 de La LTOC, “en virtud del fideicomiso, el fideicomitente destina ciertos bienes a un fin lícito determinado, encomendando la realización de este fin a una institución fiduciaria”; consecuentemente, se puede observar la concurrencia de dos elementos personales en el fideicomiso: el fideicomitente,¹⁰ que podrá ser toda persona legitimada para afectar los bienes objeto del negocio; y el fiduciario, o sea, la institución legitimada que se obliga a realizar la ejecución del fideicomiso, mediante el desempeño de dicho cargo.

Además, no obstante que con fundamento en el artículo 382 de la ley en cita, para la constitución y ejecución del fideicomiso no se requiere que intervenga una tercera persona, titular de los beneficios que traigan aparejados los fines señalados por el fideicomitente; tampoco está prohibida su presencia, sino que inclusive la ley se refiere a ella, para cuando sea designada. Este tercer elemento personal es el fideicomisario, carácter que puede tener cualquier sujeto con capacidad para recibir provecho del fideicomiso.¹¹

El objeto del fideicomiso, por su parte, puede ser toda clase de bienes y derechos, hecha salvedad de los estrictamente personales de su titular. Los bienes o derechos fideicomitados se considerarán afectos al fin a que se destinan; en consecuencia solo podrán ejercitarse respecto a ellos los derechos y acciones relacionados con ese fin, salvo los que expresamente se reserve el fideicomitente,

¹⁰ Con base en el artículo 384 de la propia ley de Títulos y Operaciones de Crédito.

¹¹ Artículo 383 de la misma LTOC.

los que deriven para él del fideicomiso mismo o de los adquiridos legalmente con anterioridad a la constitución del fideicomiso, bien sea por el fideicomisario o por terceras personas.¹²

El precepto en cuestión, deja a salvo los derechos de los acreedores, al señalar que “el fideicomiso constituido en fraude de terceros, podrá en todo tiempo ser atacado de nulidad por los interesados”.

Los diversos preceptos analizados de las legislaciones citadas, se refieren al fideicomiso desde diversos ángulos. Las leyes del 26 señalan que se trata de un mandato; las siguientes aluden al fideicomiso como una afectación de derechos; y todas tienen como denominador común exigir que el cargo de fiduciaria lo desempeñe una institución bancaria realizada para fungir como tal en operaciones de esa índole. Los preceptos citados hasta ahora, y particularmente de la LTOC, los cuales, por razón de su vigencia, serán la base de nuestro análisis, cuyo contenido ha sido objeto de comentarios, de interrogantes, las cuales, a su vez, originan criterios doctrinales en la mayoría de las veces encontrados.

Para algunos, el fideicomiso, es una especie o modalidad de los negocios fiduciarios; opinión no compartida unánimemente, pues también hay quienes le niegan dicho carácter. Así mismo, algunos autores señalan que su constitución, implica una declaración unilateral de voluntad, lo que ha traído como consecuencia serias críticas, pues otros prefieren considerarlo como acto jurídico bilateral. Por otra parte, y a la que se enfocará nuestro análisis, se refiere a los bienes fideicomitados a los que suele tenerseles como un patrimonio sin titular o bien, como un caso de patrimonio-afectación, entre muchas otras teorías que analizaremos para llegar a nuestro punto de vista personal.

¹² Artículo 386 de la LTOC.

CAPÍTULO II

CONCEPTOS BÁSICOS DEL FIDEICOMISO.

2.1 Conceptos de Fideicomiso

A. Definición.

En México aparece por primera vez en la Ley General de Instituciones de Crédito y Establecimientos Bancarios del 24 de diciembre de 1924, en la que se describía en su Capítulo VIII la forma en que los bancos de fideicomiso servían los intereses del público, pero en esta ley no se definía en sí el fideicomiso, sino que se dejaba a una ley especial llamada Ley de Bancos de Fideicomiso del 30 de junio de 1926, en la cual se define de la siguiente manera:

“El fideicomiso propiamente dicho, es un mandato irrevocable en virtud del cual se entregan al banco con el carácter de fiduciario, determinados bienes para que disponga de ellos o de sus productos, según la voluntad del que los entrega, llamado fideicomitente, a beneficio de un tercero, llamado fideicomisario o beneficiario”.

Esta ley está influenciada por el Proyecto Alfaro¹³, que lo define de una manera parecida, pero se aparta de esta influencia en dos cosas: por una parte no señala, como en el proyecto, que existe una transmisión de dominio, en la ley habla de una entrega, y por otro lado, circunscribe solo a favor de los bancos la capacidad para actuar como fiduciarios, mientras que el proyecto panameño faculta a cualquier persona a actuar como tal. Posteriormente y con la modernización del Sistema Bancario en México en 1932, fue necesario mejorar el concepto de Fideicomiso y en la Exposición de Motivos de la Ley General de Instituciones de Crédito se hablaba del siguiente concepto: “Quedaré el Fideicomiso concebido como una afectación patrimonial a un fin”.

¹³ Aún cuando desde el proyecto Limantour de 1905 se había empleado el vocablo “fideicomiso” como equivalente al “Trust”, su arraigo en la tramitología jurídica hispanoamericana se deba más bien al Proyecto Alfaro.

Por Último, la Ley General de Títulos y Operaciones de Crédito de 1932 en su artículo 381 nos dice: “En virtud del fideicomiso, el fideicomitente destina ciertos bienes a un fin lícito determinado, encomendando la realización de ese fin a una institución fiduciaria”. Este es el concepto vigente en nuestro Derecho Positivo Mexicano.

Analizando en nuestra legislación actual este concepto nos encontramos con que deja vaguedades y no precisa su naturaleza jurídica ni sus efectos.

La doctrina nos dice el fideicomiso es el modo de adquirir el dominio fiduciario de una cosa con la condición de entregarla a un tercero, luego de cumplirse la condición o el plazo resolutorio impuesto; de tal forma, el dominio fiduciario es básicamente el objeto del negocio jurídico fideicomiso y, más genéricamente, del negocio fiduciario. El dominio fiduciario es el que se adquiere en un fideicomiso singular, subordinado a durar solamente hasta el cumplimiento de una condición resolutoria, o hasta el vencimiento de un plazo resolutorio, para el efecto de restituir la cosa a un tercero; este dominio fiduciario puede constituirse entre vivos o por testamento.

El género *negocio fiduciario* responde a una finalidad perseguida por las partes, para la cual se utiliza un medio jurídico excesivo, puesto que produce mayores efectos de los que serían necesarios para obtener tal finalidad; es un negocio donde la confianza debe ser absoluta, ya que por sus características, puede concluir en un abuso.

El fideicomiso convencional evolucionó luego procurando otorgar una mayor protección a aquel que lo constituía, con el fin de asegurar el efectivo cumplimiento de los cargos, denominándose fideicomiso impuro por oposición al puro que se identifica con aquella relación de confianza absoluta sin restricciones legales.

En 1926 el efecto traslativo de dominio se reemplazó por una entrega de bienes. El Lic. Rodolfo Batiza opina que “en nuestra ley vigente persiste esta mutilación, ya que consagra la idea de afectación, pero no admite que el sujeto de derecho encargado de realizarla es el titular de todos los derechos que le sean útiles para cumplir su obligación”¹⁴ Sino se transmitiesen los bienes no habría confianza del fideicomitente para con el fiduciario, ni puede cumplirse el propósito del fideicomiso, es de la esencia del fideicomiso que el fideicomitente se aparte de la propiedad de los bienes sobre los cuales versa y que los transmita a la persona en quien deposita su confianza.

La Suprema Corte ha ratificado mediante varias ejecutorias el efecto traslativo de dominio del fideicomiso. Bueno es diferenciar la transmisión de propiedad en el fideicomiso, con la que se da en la compra venta, permuta o donación. Tenemos que en el primero la transmisión opera para el sólo efecto de que el fiduciario pueda realizar el fin.

Alfaro nos habla de que el fiduciario no es dueño absoluto sino que tiene una propiedad fiduciaria o sea, su dominio está sujeto a las limitaciones impuestas por el fideicomiso. La Suprema Corte nos habla de propiedad fiduciaria, dueño fiduciario y dominio restringido. Es fin de esta investigación dar una opinión sobre si se transfiere absolutamente o no la propiedad, únicamente que esta propiedad se transmita para realizar el fin pactado en el fideicomiso, pero el sujeto de Derecho encargado de realizar el fin, si es titular de todos los derechos que le sean útiles para cumplir su obligación.

La Suprema Corte de Justicia de la nación, ha establecido diversos criterios respecto del concepto de fideicomiso, al considerarlo como un acto jurídico que debe constar por escrito, y por el cual una persona denominada fideicomitente destina una o varios bienes a un fin lícito determinado, en beneficio de otra persona llamada

¹⁴ BATIZA, Rodolfo, *El fideicomiso. Teoría y practica*, Porrúa, México, 1987, p.154.

fideicomisario, encomendando su realización a una institución bancaria llamada fiduciaria.¹⁵

B. Clasificación jurídica.

a) El contrato de fideicomiso es consensual, en tanto produce efectos, desde que las partes - fideicomitente y fiduciario- manifiestan recíprocamente su consentimiento, resultando la entrega de los bienes en propiedad un acto de ejecución del convenio, cuya falta autoriza a reclamar la entrega y el otorgamiento de las formalidades que imponga la naturaleza de los bienes.

b) Es bilateral, pues genera obligaciones recíprocas para fideicomitente y fiduciario; el primero debe entregar la cosa y la remuneración del encargo, el segundo debe administrarla de acuerdo con las disposiciones de la convención. El citado jurista Rodríguez y Rodríguez, considera que también puede ser unilateral "cuando el fideicomitente establece su voluntad en un acto *inter vivos* o en su testamento",¹⁶ o bien trilateral.

c) Es oneroso, ya que el beneficio que procura a una de las partes no le es concedido, sino por una prestación que ella le ha hecho o se obliga a hacerle; así, el constituyente del fideicomiso debe al fiduciario una remuneración.

d) Es formal, en tanto su constitución requiere escritura pública u otras formas determinadas, según la naturaleza de los bienes fideicomitados.

e) Es, por lo general, de tracto sucesivo, pues hay periodicidad en la administración y en la percepción de la remuneración, las cuales no se agotan en un solo instante.

¹⁵ Amparo directo 45/71 Crédito Algodonero de México S.A., 16 de marzo de 1997. Ponente: Gloria León Orantes.

¹⁶ RODRÍGUEZ Y RODRÍGUEZ, Joaquín, *Derecho Mercantil*, Porrúa, 1994.

f) Es una operación bancaria, puesto que en México, el contrato de fideicomiso está limitado y sólo puede ser practicado, como ya se dijo, por instituciones de crédito, expresamente autorizadas para ello conforma a la Ley de Instituciones de Crédito.

g) Es abierto a diferencia de otros contratos tradicionales, como la hipoteca, la compraventa, el arrendamiento, etc. los cuales sirven para un solo fin; por ejemplo, la hipoteca solo sirve para establecer un gravamen sobre un inmueble en garantía de un crédito específico, o el contrato de compraventa que sirve solamente para enajenar un bien. A través del fideicomiso se pueden efectuar un sinnúmero de actividades, realizar inversiones, adquirir inmuebles, otorgar garantías, enajenar inmuebles, etcétera, cualquier actividad que sea lícita, logrando así una extraordinaria flexibilidad en la realización de los negocios.

C. Objeto.

Podrán ser objeto de fideicomiso toda clase de bienes y derechos excepto, conforme a la ley los estrictamente personales de su titular, como son el matrimonio y la patria potestad. Los bienes son causas de comercio y son objeto de apropiación por parte de una persona, se clasifican en bienes muebles e inmuebles.¹⁷

Los bienes muebles que pueden entregarse en fideicomiso son: lo que por su naturaleza no sean considerados como inmuebles; los que por su naturaleza pueden trasladarse de un lugar a otro ya sea que se muevan por sí mismos o por el efecto de una fuerza exterior. Los bienes que conforme a lo anotado en los inmuebles hayan recobrado su calidad de bienes muebles cuando el dueño de ellos los separe del edificio, salvo en el caso de que al valor de este se haya computado el de aquellos para construir algún derecho real a favor de un tercero. Las obligaciones y los derechos o acciones que tienen por objeto las cosas muebles o cantidades exigibles

¹⁷ Los bienes muebles que pueden en fideicomiso son los señalados en el artículo 750 del libro del libro segundo de los Bienes del Código Civil Federal.

en virtud de acción personal. Las acciones que cada socio tiene de sociedades o asociaciones, aun cuando a estas pertenezcan algunos bienes inmuebles. Las embarcaciones, los materiales procedentes de una demolición de un edificio y los que se hubieren acopiado para repararlo o para construir uno nuevo, mientras no se empleen en la fabricación. Los derechos de autor. Los bienes o derechos se entregan en titularidad fiduciaria, transmitiéndosele virtualmente para que él como titular los destine exclusivamente conforme a su fin; esto lo señala el artículo 351 de la LGTOC.

El Código Civil Federal dispone que es objeto de los contratos la cosa que el obligado debe hacer o no hacer. Ahora bien, si buscamos cuál es el objeto del fideicomiso encontramos que por una parte el segundo párrafo del artículo 386 de la LGTOC “Los bienes que se den en fideicomiso son en realidad una traslación de dominio. Por otro lado, la misma ley en su artículo 381 dice que “en virtud del fideicomiso, el fideicomitente destina ciertos bienes a un lícito determinado, encomendando la realización de ese fin a una institución fiduciaria”; y esta institución está obligada a cumplir dicho fideicomiso.

Todo lo anterior implica que para que haya fideicomiso se deben dar bienes y hacer gestiones para la realización de un fin. Podemos afirmar que en cada caso el propósito del fideicomiso adquiere especial relieve en la voluntad de las partes para dar su configuración propia a las operaciones y determinar las facultades y obligaciones de fideicomitente, fiduciaria y fideicomisaria. Su existencia descansa en un elemento real, negocio de traslación, que tiene carácter de medio, y dicho carácter y su contenido esencial constituyen la realización del fin o fines encomendados a una institución fiduciaria, por lo que ésta contrae obligaciones.

El objeto fundamental del fideicomiso es la actuación de la institución fiduciaria, la que se obliga a administrar, custodiar, entregar, etcétera. No obstante, como jurídicamente es propietaria o titular de los bienes o derechos que le fueron transmitidos al constituirse el fideicomiso, en algunos casos podría librarse de las

obligaciones de dar, como cuando se extingue la operación y deben los bienes volver al fideicomitente, si no han debido consumirse en la realización del fin buscado, o cuando este fin haya sido la entrega a uno de los fideicomisarios. La obligación parece configurarse correctamente, pues los bienes existen legalmente, aunque no económicamente, dentro del patrimonio de la fiduciaria; pero aún así creemos que no puede hablarse de una obligación de dar, por la naturaleza de la relación fiduciaria que existe en el fideicomiso. Podríamos aceptar esto en último caso, pero haciendo la salvedad de que se trata de una obligación secundaria, no la que primordialmente contemplaron las partes, para quienes la transmisión fue un simple medio para hacer posible la actuación de la fiduciaria.

De lo anterior podemos concluir que el objeto inmediato es la entrega de la propiedad de un bien para ser administrado a título de propietario; en tanto el objeto mediato puede ser toda clase de bienes o derechos.

De conformidad con el artículo 1792 del CCDF, para la existencia del contrato se requiere consentimiento y objeto que pueda ser materia de él; según el artículo 1824 del propio ordenamiento, son objeto del contrato la cosa que el obligado debe dar o el hecho que el obligado debe hacer o no hacer. Doctrinalmente, por su parte, se ha considerado que este objeto, concretamente la cosa, es el objeto indirecto del acto, pues el directo está representado por los efectos o consecuencias de éste.

La ley de títulos, en el capítulo, relativo al fideicomiso, señala en el primer párrafo de su artículo 391 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".

Así, lo indicado por objeto en la LGTOC, coincide con el objeto de los contratos que como regla jurídica general señala el ordenamiento civil, es decir, se

trata de objeto como cosa, sea bien o derecho, sobre la que recaen los efectos del fideicomiso y en ningún caso objeto como fin u objetivo.

Ahora bien, el precepto comentado indica en su parte complementaria que dichos bienes o derechos requieren no ser estrictamente personales de su titular; esa indicación trae consigo tener en cuenta que lo fideicomitado debe ser enajenable en todo caso. Así por ejemplo, los derechos reales de uso y de habitación, quedan excluidos de la posibilidad de ser fideicomitados por su inalienabilidad prevista en el artículo 1051 del CCDF(Código Civil del Distrito Federal). Igual tratamiento es aplicable a los bienes afectos al patrimonio de la familia, los que conforme al artículo 727 del mismo ordenamiento son inalienables e inembargables.

D. Sujetos.

A pesar de que hemos caracterizado al fideicomiso como un contrato bilateral, aunque el negocio se explica como una relación tripartita cuando el beneficiario es persona distinta del constituyente del fideicomiso, no se altera en absoluto aquel carácter bilateral, puesto que el beneficiario no concurre al acto constitutivo ni se genera el él obligación alguna; es un tercero y el fideicomitente interviene a manera de quien contrata para otro.

Las personas que intervienen en el contrato son cuatro:

1. *Fideicomitente*: este es quien establece los fines del fideicomiso, y al mismo tiempo destina para su cabal cumplimiento los bienes necesarios; puede, asimismo ser el beneficiario, ya sea con la reversión del dominio o con la percepción de la renta o con ambos beneficios integrados.

Es, el primero y el principal de los sujetos actuantes en el fideicomiso, a quien, según el artículo 381, corresponde en primer lugar, destinar a un fin lícito y determinado los bienes por él fideicomitados y en segundo término, encargar la realización de ese fin a una institución fiduciaria.

Sin prejuzgar sobre lo que la constitución del fideicomiso trae aparejado respecto del derecho de propiedad por el fideicomitente ostentado en los bienes que fideicomite, el si transmite ese derecho o desaparece o lo conserva, etcétera, Esto será objeto de comentarios en un capítulo posterior, pues la realidad es que, amén de que también puedan ser fideicomitentes "las autoridades judiciales o administrativas competentes cuando se trate de bienes cuya guarda, conservación, administración, liquidación, reparto o enajenación corresponda", según lo dispone el artículo 384 de la LGTOC, "sólo pueden serlo las personas físicas o jurídicas que tengan la capacidad necesaria para hacer la afectación de bienes que el fideicomiso implica".

Ese señalamiento tajante de la ley que para ser fideicomitente se requiere de una capacidad determinada, interpretado relacionadamente con la regulación completa de la figura en la LGTOC, orilla a aseverar que el fideicomiso es para el fideicomitente un acto de dominio y no de administración.

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

bien que sea su intención afectar en fideicomiso, necesita de la aprobación y participación de su consorte, dado el dominio común que ese régimen patrimonial implica, según el artículo 194 del Código Civil para el Distrito Federal, etcétera.

Se puede dar el caso de varios fideicomitentes como sería el caso de entregar en fideicomiso un bien sujeto a copropiedad, o varias personas propietarias de bienes distintos que convinieran en constituir un solo fideicomiso. Podríamos definir a este sujeto como el “Titular o propietario de la cosa o derecho que es objeto de la transmisión”.

2. *Fiduciaria*: Es a quien se transmite la propiedad de dichos bienes y se encarga de dar cumplimiento al fideicomiso.

El fiduciario no puede ser el beneficiario de la transmisión posterior del bien ni de las rentas que produzca la administración.

El status de la fiduciaria en el fideicomiso, es por demás interesante, especialmente a propósito de su situación y derechos respecto de los bienes fideicomitados. Consideramos que la primera presentación de la ley para este segundo sujeto del fideicomiso, es como el encomendero del fideicomitente a efecto de ejecutar los actos por los cuales se alcance el fin al que éste ha destinado los bienes precisamente para ello fideicomitados. La parte final del artículo 381, previsor de dicha encomienda, permite así afirmarlo.

La restricción señalada en el primer párrafo del artículo 385 de la LGTOC de que solo pueden ser fiduciarias las instituciones expresamente autorizadas para ello conforme a la ley bancaria, soporta un buen número de salvedades; aunque de escasa positividad, existió la previsión legal de que la Comisión de Fomento Minero operara como tal y por otra parte, el Patronato del Ahorro Nacional, también puede hacerlo.

Estas dos situaciones, todavía excepcionales, de cualquier modo hacen reconocer una derogación cuando sea meramente formal de la orden restrictiva contenida en el citado primer párrafo del artículo 385 de la ley.

Como tercer supuesto derogador de este último precepto, cabe señalar al inciso d) de la fracción IV del artículo 22 de la Ley del Mercado de Valores; autoriza expresamente a las Casas de Bolsa a que con apego a las reglas generales que el Banco de México fije al efecto, actúen "como fiduciarias en negocios directamente vinculados con las actividades que les sean propias, sin que sea aplicable en este caso el primer párrafo del artículo 385 de la Ley General de Títulos y Operaciones de Crédito".

El éxito del fideicomiso en cuanto a su aprovechamiento instrumental, tiene como factor fundamental el que, conforme a la ley y como regla general, solo las instituciones de crédito puedan ser fiduciarias, sin perjuicio de la bondad que las excepciones mencionadas traen consigo. El requisito impuesto ha permitido poner en juego la experiencia, eficacia y seguridad bancarias, de manera que seguramente, en todo caso, los fideicomisos constituidos han llegado a buen fin, sin darse supuestos de incumplimiento en la gestión de una fiduciaria por falta de aplicación a su actividad y menos por razones ilícitas.

Ahora bien, ciertamente el precepto citado se refiere no a que como fiduciaria solo puede fungir una institución de crédito, sino que podrá hacerlo la institución que esté facultada para operar como fiduciaria. Esa situación se vio con más claridad durante la vigencia de la Ley General de Instituciones de Crédito de 1931, pues con la única salvedad, durante los años de ambos lapsos, podría tratarse de una institución de crédito con autorización únicamente para operaciones fiduciarias, o bien podría, en su caso, ser el departamento fiduciario de una institución de depósito o financiera o hipotecaria o de otra actividad única, pues como se recordará, si bien las instituciones de crédito no podían ser

autorizadas más que para una sola actividad principal, cada una de ellas podía tener su departamento de ahorro y su departamento fiduciario.

La banca múltiple incorporada en 1979 a la LICOA permitió que a partir de entonces una sola institución operara en actividades de diversas especialidades bancarias y en todo caso, con autorización para operar como fiduciarias.

De entonces a estas fechas, las divisiones fiduciarias de los bancos, sean las instituciones de crédito de banca múltiple anteriores, sean las sociedades nacionales de crédito de la época de la banca nacionalizada según lo previsto y regulado por la Ley Reglamentaria del Servicio Público de Banca y Crédito, o sean las nuevas instituciones de crédito con la nueva banca privatizada regulada por la LIC, así es como han venido operando, es decir, son instituciones con posibilidad de llevar a cabo la generalidad de las operaciones bancarias, activas o pasivas y de fungir como fiduciarias.

De conformidad con lo establecido en la fracción XV del artículo 46 y en el primer párrafo del artículo 80, ambos de la LIC, la actuación de las instituciones fiduciarias es mediante la intervención de sus funcionarios denominados delegados fiduciarios, que son a quienes corresponde llevar a cabo los actos por los cuales la fiduciaria desempeña su gestión como tal.

En efecto, según el primer precepto citado, las instituciones de crédito podrán, además de llevar a cabo otras actividades, "practicar las operaciones de fideicomiso a que se refiere la Ley General de Títulos y Operaciones de Crédito...". De conformidad con el segundo de dichos dispositivos, "en las operaciones a que se refiere la fracción XV del artículo 46, las instituciones desempeñarán su cometido y ejercerán sus facultades por medio de sus delegados fiduciarios".

Los términos de este primer párrafo del artículo 80, hacen desprender que los delegados fiduciarios son funcionarios de la institución correspondiente y que por tanto, no requieren de facultad expresa y concreta alguna que deba conferírseles; es suficiente su designación para el desempeño de ese cargo.

Más aún la posición legal guardada por los delegados fiduciarios les permite, en el ejercicio de su gestión, otorgar poderes, para lo cual, dado ese carácter de órganos, no requieren tampoco de facultamiento expreso alguno. Situaciones para las que el ordenamiento legal ofrece con previsión expresa soluciones idénticas; son la de los consejos de administración, del administrador y del o de los gerentes de las sociedades anónimas, los cuales, por el mero hecho de su nombramiento y sin necesidad de facultamiento expreso para ello, pueden conferir poderes, tal y como el artículo 149 de la LGSM lo dispone. Lo mismo sucede con la posibilidad que conforme al artículo 85 de la LGTOC, tienen también los administradores y los gerentes para suscribir letras de cambio (y títulos de crédito en general, para la aplicación de dicho precepto previsto en la regulación de otros títulos como pagaré y cheque).

Tomando como base el derecho Anglo-americano, vemos que para que una persona pueda ser "trustee" debe tener capacidad para adquirir y poseer los bienes sobre los que se constituya el fideicomiso competencia para manejar un patrimonio de acuerdo con la constitución del instrumento.

En el proyecto Alfaro¹⁸ se facultaba a diferencia del anglo-americano, tanto a las personas físicas como jurídicas, para ser fiduciarias y así lo vemos en el artículo 24 que decía que podía ser fiduciaria una persona natural o jurídica. Alfaro en su comentario al artículo anterior, nos dice que es muy conveniente por las ventajas que se puedan obtener cuando se encomienda en fideicomiso a las compañías

¹⁸ ALFARO, Ricardo J., *El fideicomiso*, Imprenta nacional, Panamá, 1920.

fiduciarias. En cuanto a las personas físicas, se les exigían las mismas calidades que a los tutores.

En nuestro Derecho, desde un principio se ha exigido que el fiduciario sea una persona moral y en concreto una institución Bancaria concesionada especialmente para ello, la exposición de motivos de la Ley de 1932 nos dice que para que se apruebe la constitución de un nuevo fideicomiso, el fiduciario debe ser una Institución especialmente sujeta a la vigilancia del Estado; en cambio la exposición de motivos de la Ley Sustantiva en vigor, únicamente dice que se circunscribe a ciertas personas la capacidad de actuar como fiduciarios.

Para poder dedicarse al ejercicio de la banca y del crédito se requiere autorización del Gobierno Federal, a través de la Secretaría de Hacienda y Crédito Público, una vez que ha oído la opinión de la Comisión Nacional Bancaria y de Seguros y del Banco de México, S.A.

En el decreto del 27 de diciembre de 1970, publicado en el Diario Oficial en día 29 del mismo, en su artículo 20 habla que para dicho ejercicio “se requerirá concesión” siendo ésta intransmisible.

En el proyecto de la Asociación de Banqueros y del Código de Comercio se habla de que “Sólo podrán ser fiduciarias las instituciones de crédito expresamente autorizadas para ello”.

Tenemos una restricción que consiste en la prohibición de que las agencias o sucursales de Bancos extranjeros practiquen operaciones fiduciarias en México. Esta prohibición la tenemos en nuestro Derecho, al decir que los bancos e instituciones de crédito del extranjero, podrán tener en la República establecimientos u oficinas con el carácter de sucursales o agencias, únicamente para efectuar las operaciones de banca.

En cuanto al número de fiduciarios, la ley actual establece en su artículo 385: “El fideicomitente podrá designar varias Instituciones fiduciarias para que junta o sucesivamente acepten el fideicomiso”.

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 se encuentren ubicados los bienes, de entre las Instituciones expresamente autorizadas conforme a la Ley. Cuando sean dos o más fideicomisarios y deba consultarse su voluntad, en cuanto no esté previsto en la constitución del fideicomiso, las decisiones se tomarán a mayoría de votos computados por representaciones y no por personas, en caso de empate, decidirá el Juez de Primera Instancia del domicilio del fiduciario.

3. *Fideicomisario o beneficiario*: Que es quien recibe el provecho que el fideicomiso implica.

Analizando este término nos encontramos con que el fideicomisario o beneficiario, no necesita tener la misma capacidad que la requerida para el fideicomitente o fiduciario, inclusive una de las razones por las cuales opera el fideicomiso es precisamente para dar protección a los incapacitados. No es posible crear un fideicomiso en favor de personas que no sean susceptibles de identificación, sin embargo si puede crearse el fideicomiso en favor de una persona no determinada pero si determinable en cierto momento, como lo afirma el Profesor Batiza.¹⁹

Otro caso que se puede presentar es que el beneficiario o fideicomisario sea una persona aún no nacida, pero ya concebida al momento de la muerte del fideicomitente. En contraposición a esto en el “*trust* Anglo—americano”, si se puede poner como fideicomisario a una persona no concebida. En el caso de los

¹⁹ BATIZA, *ob. ult.cit.*, p.51.

fideicomisarios concebidos, éstos en el momento de ser viables pueden exigir el cumplimiento del citado fideicomiso.

Es interesante analizar que en Estados Unidos de Norteamérica se presentó el caso de una familia que constituyó un fideicomiso cuya finalidad era mantener en buen estado una cripta familiar, pero éste se declaró nulo en virtud de que tiende a una perpetuidad; existe otro cuyo fin es únicamente el de construir una tumba y éste por supuesto fue declarado válido, en los casos y a dicha clase de fideicomisos se les denomina "trust Honorarios", estos fideicomisos no son admitidos por el Proyecto Alfaro ya que no existe un beneficiario determinado lo cual es fundamental, ya que uno de los sujetos del fideicomiso es el fideicomisario, porque aquel es creado en interés de éste. No se puede concebir un fideicomiso sin interés para alguien, si ese alguien no es determinable.

Nuestra legislación actual establece en su artículo 383 párrafo primero, que pueden ser fideicomisarios las personas físicas o jurídicas que tengan la capacidad necesaria para recibir el provecho que el fideicomiso implica.

Resulta importante señalar, que según la ley artículo 383 primer párrafo "pueden ser fideicomisarios las personas físicas o jurídicas que tengan la capacidad necesaria para recibir el provecho que el fideicomiso implica".

De lo anterior podemos hacer las siguientes consideraciones:

a) La capacidad a la que dicho precepto se refiere es la capacidad de goce, es decir, a la posibilidad del sujeto de ser titular de los beneficios jurídico-económicos generados por el fideicomiso del caso.

b) La posibilidad de graduación de la capacidad de goce explica y justifica la mención aparentemente sobrante de que el fideicomisario puede ser una persona física o una persona jurídica, más conocida en nuestro medio como persona moral,

pues si bien, ciertamente, parece obvio que la situación de un sujeto a otro varía frente a la capacidad, nada impide, aun cuando fuere un tanto aberrante, que las personas jurídicas no pudieren ser fideicomisarias. Hay varias situaciones que permiten corroborar lo anterior.

Un caso sería el de los extranjeros sin capacidad de goce para ser titulares del derecho de propiedad respecto de inmuebles en zona prohibida;²⁰ otro supuesto es de las sociedades extranjeras que en general, con excepción de las señaladas para ello en el artículo 395 de la LGTOC, que carecen de la posibilidad de ser titulares de un beneficio derivado de un fideicomiso, constituido para una duración mayor de 30 años.

Por cierto, este precepto, el artículo 395 de la ley, da pie para comentar, también relacionado con la capacidad de goce del fideicomisario, que a la tríada ofrecida por el CCDF. De los únicos derechos patrimoniales de los que el *nasciturus* puede ser titular, o sea, estar en la posibilidad reconocida por la ley de ser heredero, donatario y legatario, se agrega el de ser fideicomisario.

En efecto, conforme a la fracción II del precepto indicado, están prohibidos los fideicomisos " en los cuales los beneficios se concedan a diversas personas sucesivamente que deban substituirse por muerte de la anterior, salvo el caso de que la substitución se realice a favor de personas que estén vivas o concebidas ya a la muerte del fideicomitente".

Así, se puede ser fideicomisario no solo desde que se ha nacido, sino desde que se es concebido, pero claro está, sujeto a la condición resolutoria negativa consistente en no nacer viable; de esa manera, se adquiere el carácter de fideicomisario desde que en vida intrauterina se es designado como tal. Si se nace no viable, se realiza el acontecimiento que consiste en la condición resolutoria

²⁰ Fracción I del artículo 27 constitucional.

indicada, por lo que quedan resueltos todos los efectos jurídicos creados por el fideicomiso del caso; por el contrario, si se nace vivo y viable, la condición señalada no tiene lugar y los efectos indicados continúan inamovibles desde su creación por la designación de fideicomisario hecha en su oportunidad.

Un último comentario sobre el fideicomisario, también derivado del contenido de ese primer párrafo del artículo 383 de la LGTOC, es a propósito de la mención en dicho precepto de que el fideicomiso trae aparejado un provecho determinado para la titularidad del fideicomisario, relacionándolo ello con la participación de este último en la dinámica de la figura, pues el contenido de la disposición permite confirmar que no puede haber fideicomiso sin fideicomisario, no obstante lo aseverado en contrario por un sector de la doctrina.

Según el maestro Cervantes Ahumada, por ejemplo, el artículo 382 mencionado y conforme al cual, "el fideicomiso será válido aunque se constituya sin señalar fideicomisario, siempre que su fin sea lícito y determinado", ²¹ permite la existencia de fideicomisos sin fideicomisario.

"El fideicomisario -asevera Cervantes Ahumada- no es un elemento esencial del fideicomiso ya que pueden darse fideicomisos sin fideicomisario. Por ejemplo: se constituye un fideicomiso para que con los productos del patrimonio fideicomitado se levante una estatua o un prócer, se recojan los perros callejeros, se realice una investigación científica o se funde una clínica para determinada clase de enfermos. En estos casos no habrá fideicomisario como sujeto jurídico".

Para que el contrato tenga virtualidad jurídica, se requiere la presencia del fideicomitente y del fiduciario. La aceptación del fideicomisario no es requisito necesario para que se configure el contrato de fideicomiso pero, en cambio, para que el acto tenga validez jurídica, sí se exige que el beneficiario exista y se encuentre

²¹ CERVANTES AHUMADA, Raúl, *Títulos y Operaciones de Crédito*, Santillana, México, 1983, p.165.

individualizado o, en caso de no existir al momento de la celebración, que consten los datos que permitan su futura individualización.

Si el fideicomiso implica un provecho, y según el Diccionario de la Lengua, por ello debemos entender un beneficio o una utilidad particularmente el "que se proporciona a otro", de esto deriva que necesariamente el provecho debe ser de alguien; se trata de un incremento patrimonial representado por bienes y derechos de cualquier naturaleza. En los ejemplos del autor citado, el fideicomisario respectivo será el gobierno de la ciudad donde la estatua se levante y donde los perros se recojan. Siempre habrá uno o varios sujetos a cuya disposición estén los fondos producidos por el patrimonio fideicomitado para una investigación y por su parte, los beneficiados por un fideicomiso al efecto, serán los enfermos atendidos en la clínica fundada.

En el caso debe traerse a colación el razonamiento tan válido de García Máynez en el sentido de que todo derecho necesariamente tiene un titular.²²

El razonamiento es, ciertamente, aplicable al fideicomiso; si éste implica un provecho, deberá haber quien participe de aquél; puede ser indeterminado al momento de la constitución del fideicomiso, pero bajo las circunstancias que se den al efecto, el fideicomisario pasará a ser determinado. Así es como el contenido del precepto comentado admite ser interpretado, es decir, el fideicomiso será válido aun cuando al constituirse no se haya identificado al fideicomisario, o que se constituya "sin señalar fideicomisario", como textualmente lo indica dicho precepto, lo cual es manifiestamente diverso a que no exista fideicomisario como Cervantes Ahumada lo pretende. Tan es así, que en otro precepto relacionado, el artículo 391 de la LGTOC, se hace referencia a que "no exista fideicomisario determinado" y no a que "no exista fideicomisario".

²² Sacado del libro GARCÍA MAYNEZ, Eduardo. *Introducción al Estudio del Derecho*; Porrúa. 1992.

4. *Comité Técnico*: Como un órgano de supervisión, de vigilancia y director de la actividad de la fiduciaria en el desempeño del fideicomiso, creado no por la LGTOC, sino por las diversas leyes bancarias, concretamente la LICOA, las reglamentarias del servicio público de banca y crédito y la actual LIC, contemplan la posibilidad de constituir lo que la primera de dichas leyes denominó " comité técnico o de distribución de fondos ", en tanto que los ordenamientos siguientes se han limitado a denominarle sólo "comité técnico".

En todo caso, las disposiciones previsoras de dichos comités han establecido que la fiduciaria quedará libre de responsabilidad cuando obre con sujeción a los dictámenes o acuerdos de aquéllos.

A propósito del órgano indicado, merece la pena tener presente y dejar constancia de que si bien en los fideicomisos ordinarios la recurrencia a prever su constitución es relativa, por el contrario, en los fideicomisos públicos no solo es constante, sino obligada, dado lo establecido por la Ley Orgánica de la Administración Pública Federal, en su artículo 47, en el sentido de que los fideicomisos públicos constituidos por el gobierno federal o por las entidades paraestatales, tendrán comités técnicos.

Es interesante también subrayar el viraje observado en el contenido de las disposiciones previsoras del órgano en cuestión. Como tales, están el artículo 45 fracción IV tercer párrafo de la LICOA, como ley anterior y el artículo 80 de la LIC como ley vigente dado que en el primero de dichos preceptos se señaló que " en el acto constitutivo del fideicomiso o en sus reformas que requerirán el consentimiento del fideicomisario, si lo hubiere, podrán los fideicomitentes prever la formación de un comité técnico o de distribución de fondos..." El segundo, por su parte señala que "en el acto constitutivo del fideicomiso o en sus reformas, podrá preverse la formación de un comité técnico..."

E. Derechos y obligaciones de las partes.

a) del fideicomitente: El derecho más relevante es aquel vinculado con la finalidad del contrato, esto es, la facultad de designar uno o más fiduciarios y, coetáneamente, la de reservarse derechos específicos, vinculados con la posibilidad de vigilar que se cumplan las disposiciones del convenio, entre los cuales habrá que destacar la facultad de revocar el fideicomiso, aun contra el principio genérico que impone la irrevocabilidad, única forma de poner fin al encargo cuando éste resulta ineficaz o innecesario.

Corresponde exigir del fiduciario rendición de cuentas y, eventualmente, ejercer acciones de responsabilidad.

Puede, además, solicitar la revocación del fiduciario y designar uno nuevo, frente a los supuestos de mala conducta, extremo que solo se verifica en aquellas legislaciones que admitan la constitución unilateral del fideicomiso y no donde es convencional, ya que aquella remoción importa la resolución del contrato y el fin del fideicomiso.

En fin, es propio del convenio exigir que el dominio de los bienes vuelva al fideicomitente o que le sean entregados al beneficiario, según los alcances y modalidades del acuerdo.

Son obligaciones del fideicomitente remunerar al fiduciario, reembolsar los gastos efectuados por éste en ocasión del encargo y sanear la evicción.

b) del fiduciario: Para enunciar los derechos y obligaciones del fiduciario resulta oportuno apuntar que éste posee todas las facultades inherentes a la finalidad del fideicomiso, en particular las relativas al dominio y administración que tiene de la cosa. así, puede usar y disponer de los bienes, aunque no puede apropiarse de los frutos, pero siempre hasta lograr el fin del contrato.

Son obligaciones propias administrar en la forma establecida, resultando inherente la conservación y custodia material y jurídica de los bienes, efectuar las mejoras y reparaciones necesarias, contratar seguros y pagar los tributos que los graven.

Debe, fundamentalmente, administrar haciendo producir frutos de acuerdo con la utilización regular de las cosas sin disponer de ellas, pero produciendo el mayor rendimiento; algunas legislaciones imponen la diversidad de inversiones para evitar los riesgos derivados de la concentración en una sola actividad económica.

Es obligación inexcusable y típica mantener la identidad de los bienes del encargo, separados de los del fiduciario, y no pueden incluirse en su contabilidad ni considerarlos en su activo.

Debe rendir oportuna cuenta sobre las gestiones que realiza, las que comprende, distintas manifestaciones particulares, como la de avisar dentro de un corto tiempo la celebración de ciertas operaciones de inversión o el recibo de frutos derivados de éstas, pero en forma más concreta se refiere a la necesidad de presentar informaciones completas y fidedignas sobre el movimiento contable de los bienes en su poder.

Por último, debe transferir los bienes de acuerdo con lo convenido al tiempo del encargo o aun después por el fideicomitente, siendo la regla que el dominio vuelva a este último o a sus herederos, salvo que se haya previsto la entrega a un beneficiario tercero en la relación contractual.

c) derechos del beneficiario: Coincidimos con la mayoría de los autores en sostener que el beneficiario es un acreedor especial del fideicomiso, pudiendo serlo por los frutos que produzcan los bienes fideicometidos o con relación a éstos una vez transcurrido el tiempo, o cumplida la condición prevista para transferir la propiedad. Ello es así en tanto no se concibe en nuestro Derecho la dualidad del Derecho inglés relativo a la titularidad de la propiedad y la propiedad en equidad o

en beneficio; aquí, quien detenta la propiedad lo hace en plenitud y el beneficiario no tiene derecho real alguno, lo que no obsta a su derecho creditorio que lo legitima para requerir los frutos en término y la ulterior entrega de los bienes.

Para proteger ese derecho creditorio, en el Derecho comparado, advertimos la presencia de facultades excepcionales en favor del beneficiario, tales como la de exigir al fiduciario el cumplimiento del fideicomiso y el correlativo ejercicio de acciones de responsabilidad por incumplimiento, en cuanto a acciones conservatorias. Cabe, además, la facultad de impugnar los actos cumplidos por el fiduciario contrariando las instrucciones del fiduciante, acción que se identifica con la pauliana de los acreedores en general.

Obligaciones fiscales de las partes

Obligaciones de la fiduciaria:

a) Con fideicomitentes personas físicas

Efectuar pagos provisionales en los meses de mayo, septiembre y enero del siguiente año de los ingresos que correspondan a los fideicomitentes personas físicas.

El pago provisional será del 10% de los ingresos del cuatrimestre anterior, sin deducción alguna.

Proporcionar constancia de rendimientos disponibles, de los pagos provisionales efectuados y de las deducciones correspondientes del año calendario anterior; a más tardar en el mes de enero del siguiente ejercicio.

Presentar en el mes de febrero del siguiente año una declaración en donde señalará: Nombre, RFC, rendimientos disponibles, pagos provisionales efectuados y deducciones, relacionados con cada una de las personas a quienes correspondan los rendimientos, durante el mismo período.

Llevar los libros, expedir los recibos.

Lo anteriormente expuesto se encuentra contenido en el artículo 93 de la Ley del Impuesto sobre la Renta.

Obligaciones de los fideicomitentes:

a) Personas físicas:

1. Acumular los ingresos por arrendamiento que reciban de la fiduciaria.

2. Solicitar constancia de rendimientos disponibles, pagos provisionales y deducciones; que acompañarán a la declaración anual.²³

F. Requisitos de existencia y de validez.

Los negocios jurídicos requieren de ciertos elementos para su completa estructuración. Estos elementos concurrentes en la formación de un negocio jurídico, deben reunir a su vez, determinados requisitos.

Toda manifestación de voluntad proviene de un sujeto al que el ordenamiento legal le reconozca capacidad para celebrar esa clase de operaciones y además dicha manifestación debe realizarse libre, conscientemente y en acatamiento a la forma establecida en la ley para el negocio respectivo. En cuanto al objeto, tendiendo por supuesto su posibilidad física y jurídica, no ha de contrariar las prescripciones impuestas por las leyes de orden público y las buenas costumbres. Esto también tendrá que ser observado por el fin, el motivo o la condición del negocio jurídico de que se traten.

²³ Artículo 145 último párrafo de la Ley del Impuesto sobre la Renta.

Con lo anterior y a reserva de analizarlos más particularmente, podemos considerar como elementos esenciales del negocio jurídico, la manifestación de voluntad y el objeto; también se toma en cuenta la solemnidad.

Los dos primeros comunes a todos los negocios, y la última solo cuando especialmente la ley la requiere. Como elementos de validez tenemos la licitud en el objeto, motivo, fin o condición del negocio; la capacidad para realizar el negocio en cuestión, requerida por la ley. La forma, esto es, que el negocio jurídico debe llenar ciertas formalidades requeridas por la ley en cada caso particular. Por último, la ausencia de vicios en la voluntad, o sea, contemplar una manifestación libre y consciente.

Analizando los elementos de existencia en el fideicomiso, nos encontramos primeramente con el consentimiento o manifestación de voluntad. Para que tenga lugar una plena manifestación de voluntad debe existir una declaración externa coincidente con el proceso volitivo interno del sujeto manifestante, es decir, que si no se exterioriza, la decisión es insuficiente para representar el elemento esencial.

Por otro lado, la declaración externa aisladamente considerada, tampoco configura en su totalidad el elemento comentado.

En consecuencia, la manifestación de voluntad como elemento esencial, es un compuesto integrado por una declaración concordante con la voluntad interna que la originó; esto es, los elementos objetivo y subjetivo del consentimiento en el negocio jurídico. Una voluntad que se mantiene en el interior del sujeto, carece de relevancia jurídica y una declaración desvinculada con el querer psicológico es una manifestación imperfecta.

La manifestación puede ser expresada o tácita. La primera puede ser mediante cualquiera de los medios por los que el ser humano se comunica con sus semejantes, voz, escritura, etcétera. La segunda, cuando aunque no se manifieste

por una declaración formal, resultare sin embargo de los hechos, los cuales de manera inequívoca revelan un determinado propósito.

La manifestación de voluntad individualmente apreciada no es suficiente para la integración del primer elemento esencial en los negocios jurídicos plurilaterales, ya que el número de voluntades necesarias para su realización deben ser más de una. Se ha discutido por la doctrina que estudia el fideicomiso, si éste es un negocio jurídico unilateral por quedar constituido por la simple manifestación de voluntad del fideicomitente, o bien, si es plurilateral al requerir su constitución, la presencia de dos manifestaciones volitivas por lo menos. Analizaremos algunas opiniones al respecto; Cervantes Ahumada²⁴ nos dice que el acto constitutivo del fideicomiso es siempre una declaración unilateral de voluntad; Molina Pasquel²⁵ participa del mismo criterio, considera el texto del artículo 385 infiere de la Ley de Títulos y Operaciones de Crédito para hacer prevalecer la unilateralidad del fideicomiso.

Rodríguez Rodríguez²⁶, dice que el fideicomiso es normalmente un negocio unilateral, pero admite la posibilidad de que sea bilateral. Otro grupo de autores, entre ellos por Batiza, Barrera Graf y Lizardi Albarrán, disienten de los anteriores. Según afirma Batiza, el legislador reconoció indirectamente la naturaleza contractual del fideicomiso, ya que en diversas partes de la exposición de motivos de la Ley de Títulos y Operaciones de Crédito se hace referencia a formas contractuales. El profesor Fix Zamudio²⁷ adopta una posición ecléctica al expresarse como sigue: "Sugerimos 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 lo que se establece por voluntad testamentaria. En otras

²⁴ CERVANTES AHUMADA, Raúl, *Títulos y Operaciones de Crédito*, Santillana, México, 1983, p.162.

²⁵ BATIZA, *ob. ult.cit.*, p. 111.

²⁶ RODRÍGUEZ RODRÍGUEZ, Joaquín, *Curso de Derecho Mercantil*, Porrúa, México, 1994, p.234.

²⁷ Tal y como lo comenta en su artículo denominado "Algunos problemas relacionados con el fideicomiso mexicano" citado por Batiza en su libro *El fideicomiso ante la teoría general del negocio jurídico*.

ocasiones asume el carácter de contractual entre el fideicomitente y la institución fiduciaria”.

Nos adherimos a la opinión del licenciado Rodríguez Rodríguez, que afirma que es un negocio jurídico unilateral o plurilateral, según los que intervengan en el acto constitutivo, admitiendo la posibilidad de ambos casos, ya que como analizamos anteriormente con la opinión de Fix Zamudio, el fideicomiso es una figura sumamente flexible como para encasillarla en una sola postura: resultan lógicas ambas, todos dependen de las personas que intervengan en el acto de constitución.

Una vez analizado el primer elemento esencial, nos encontramos con el objeto, segundo elemento y éste consiste en dar los bienes para la realización de un fin, como ya lo habíamos profundizado en el segundo capítulo.

El objeto directo deber ser posible. El objeto indirecto del acto constitutivo del fideicomiso puede serlo toda clase de bienes y derechos, que no sean de los estrictamente personales, Artículo 386 L.T.O.C.

Elementos de validez del fideicomiso.

1. Licitud en el objeto, fin o condición en el fideicomiso.

La licitud del objeto, fin, motivo o condición de todo negocio jurídico, consiste en que uno y otro vayan de acuerdo con las leyes de orden público y las buenas costumbres.

Los artículos 381 y 382 de la Ley de Títulos y Operaciones de Crédito, nos dice que el fin del fideicomiso, debe ser lícito y la licitud del objeto, motivo o condición deberán ser calificados particularmente en cada caso constitutivo de un fideicomiso. Batiza nos dice que la autoridad judicial como intérprete de las concepciones de

orden público y de las buenas costumbres prevalecientes en la colectividad, resuelve en cada caso si el fin de un fideicomiso está o no en pugna con tales concepciones.

2. Capacidad de ejercicio.

La capacidad se divide en jurídica o de goce y de ejercicio. La primera es la aptitud del sujeto de ser titular de obligaciones y derechos; ésta se atribuye prácticamente a todo el género humano.

La capacidad jurídica acompaña a cuanto ser humano exista desde su concepción hasta su muerte (no habiendo sido así en tiempos de la esclavitud), por consiguiente podemos concluir que “todo individuo tiene capacidad jurídica”.

La capacidad de ejercicio es la aptitud reconocida al sujeto para ejercitar válidamente manifestaciones de voluntad directa y modificar la propia situación jurídica. El reconocimiento referido puede restringirse y aun más suprimirse, pero persistiendo la existencia de la capacidad de goce.

El artículo 47 del Código Civil Federal reconoce que “el mayor de edad tiene facultad de disponer libremente de su persona y de sus bienes, salvo las limitaciones que establece la ley”, asimismo, él propio Código nos dice en su artículo 49 quienes son considerados incapaces.

Con lo anterior podemos opinar que podrá ser fideicomitente todo mayor de edad, que no esté incapacitado por alguna de las causas señaladas en el artículo 49 del Código Civil.

Previendo el caso de un fideicomiso que tuviere por objeto ciertos bienes o derechos de propiedad de un incapacitado, éste se llevará a cabo a través de su o sus representantes, previa autorización judicial.

La forma mencionada anteriormente es requisito la manifestación de voluntad expresa de acuerdo con la forma que la Ley requiera. Tenemos casos en que la Ley no exige ninguna forma y casos en que exige que todo acto se haga constar, ya sea por escrito privado o mediante escritura pública, o bien algunos que necesiten ciertas formalidades esenciales, éstos últimos llamados solemnes.

Los actos jurídicos pueden clasificarse atendiendo a la forma requerida por la Ley, en consensuales, formales y solemnes.

Actos consensuales los que para su validez no necesitan ninguna formalidad, por lo tanto cualquier manifestación de voluntad será válida, ya sea verbal, por escrito o de cualquier manera. En los actos formales es necesario que la voluntad se exprese por escrito para que tenga validez. Dentro de esta clasificación tenemos los documentos públicos o privados. Por último, tenemos los actos solemnes que son aquellos en los que se debe, observar toda formalidad especial y por escrito, otorgándose ante autoridad competente determinada, y bajo la sanción de inexistencia si no se cumple.

En el caso particular del fideicomiso consideramos que se trata de un acto formal, ya que la Ley exige que el acto constitutivo del fideicomiso debe constar por escrito; ahora bien, lo que hace variar la forma que se adopta en cada caso particular, es la transmisión misma que implica el fideicomiso, la que podrá ser en escrito público o privado.

En el testamento con fideicomiso, que no implica una transmisión inmediata, se deben satisfacer todas las solemnidades requeridas para el testamento.

3. Ausencia de vicios en la voluntad.

Al analizar los vicios en la voluntad nos encontramos algunos que son aplicables al fideicomiso:

Error: cuando una persona va a realizar un negocio jurídico, siempre toma en cuenta una serie de factores que lo influyen para decidir si es conveniente o no la realización de ese negocio; toma en cuenta y valora las razones que le inducen a crear determinadas consecuencias de Derecho, como podrían ser las características de la persona con quien va a realizar el negocio, la prestación objeto de la obligación creada, etc.

Si esta noción que él se formó una vez que meditó todo lo necesario, no es exacta o no concuerda con la realidad, ésta persona será víctima de error y esto muy probablemente provoque la nulidad del negocio jurídico en cuestión. Podemos definir al error como una noción falsa de la realidad. Cabe considerar que la doctrina en general está de acuerdo con la distinción que existe entre el error y la ignorancia. El primero como ya lo señalamos viene a ser una noción falsa sobre la realidad, en cambio la ignorancia, implica la absoluta carencia de noción sobre la misma, sin embargo, los efectos jurídicos producidos por ambos son idénticos.

Por lo que refiere a las clases de error, nos encontramos cuatro: *error de hecho*: si éste recae sobre la naturaleza del negocio celebrado sobre la identidad subsistiría, característica o cualidad de la cosa, error de derecho, éste viene a ser el falso conocimiento de la Ley que determina una forma errónea de la voluntad, error de cálculo, producido por un resultado distinto en las ventajas derivadas de la celebración de un negocio y por último, error de cuentas, consiste en un error matemático.

Temor: Sí una persona se ve constreñida a celebrar un negocio jurídico, para así evitar un mal mayor que en efecto vaya a padecer o cuando menos que así lo considere, su voluntad habrá carecido de libertad, ya que fue influido por la trascendencia del mal del que hablamos. En este caso tenemos una voluntad manifestada por temor.

Dentro del temor existen algunas intrascendencias para la validez del fideicomiso en sí como puede ser el fortuito, el reverencial o el causado por la

advertencia de un derecho a ejercitar. Analizando un poco cada uno de los mencionados, empezando por el fortuito, muchos negocios tienen por objeto erradicar por quienes intervienen en ellos, el acaecimiento de un mal futuro. Como por ejemplo: ante el temor de una futura escasez de un material necesario, un sujeto se vea constreñido a abastecerse de él. En este caso este tipo de temor no afecta en lo más mínimo a la voluntad, así que es perfectamente válido.

Por lo que se refiere al reverencial, vemos que determinadas personas sienten un sumo respeto por otras como sería el caso de algunas descendientes con sus ascendientes. Esta clase de temor no se traduce en un vicio de la voluntad.

Por último está el temor causado por la advertencia de un derecho para ejercitar: el caso concreto es el siguiente: un sujeto, deudor de una obligación se ve amenazado por su acreedor, en el sentido de que sino goza el cumplimiento de la misma, éste procederá judicialmente en contra del deudor.

En este caso, no se puede privar de la garantía al acreedor, bajo pretexto de que la obtuvo mediante el temor provocado por sus amenazas, ya que éstas fueron apoyadas en un derecho.

Temor vicio: es aquel que por su naturaleza si viola la voluntad, ordinariamente va acompañado de violencia ya sea física o moral, según consista en vías de una amenaza.

Es muy importante considerar que la primera no sólo pueda inventar temor en una voluntad, sino también es factible que mediante ella se cause dolor físico, el cual a su vez no se traduce en temor, ya que este último siempre es de algún mal futuro y el mal producido por el dolor es actual; se sufre al momento, Este sufrimiento físico, se proyecta mentalmente, que viene a ser también vicio de la voluntad.

Elementos prescindibles en el fideicomiso

El Fideicomiso será válido aunque se constituya sin señalar Fideicomisario...²⁸

En caso de no designarse Fiduciario, podrá designarla el fideicomisario, o en su defecto, el juez de primera instancia del lugar en que estuvieren los bienes.²⁹

G. Razón o causa.

Entendida la causa como motivo determinante, sostenemos que ésta radica en la búsqueda de una gestión de confianza y plena respecto de un bien determinado, procurando un beneficio personal o para un tercero; ese interés puede ser variable, según se pretenda asegurar el cumplimiento de una obligación, desentenderse de una administración, obtener una renta derivada de la explotación de aquel patrimonio, o cualquier otro que impulse al fideicomitente a transmitir la propiedad en la confianza de un encargo.

Por otro lado, debemos considerar al fideicomiso como una útil herramienta del derecho, con el cual se pueden realizar todas las actividades jurídicas limitadas únicamente por la licitud y determinación del artículo 381 de la Ley de Títulos y Operaciones de Crédito.

H. Fines.

Varios preceptos se refieren al fin del fideicomiso; el 381 de la LGTOC señala que el fideicomitente destina ciertos bienes a un fin lícito y determinado; el siguiente permite constituir un fideicomiso sin la designación de fideicomisario, con tal de que su fin sea lícito y determinado al 386 atribuye a los bienes fideicomitados estar afectos al fin al que se destinan.

²⁸ Artículo 382 LGTOC.

²⁹ Artículo 385 LGTOC.

En el Derecho General existe el fin, como concepto fundamental, en la dinámica de los acontecimientos jurídicos voluntarios. Como se recordará, "el contrato puede ser invalidado:... porque su fin sea ilícito" (artículo 1795 fracción III del CCDF); "el fin ... de los que contratan tampoco debe ser contrario a las leyes de orden público ni a las buenas costumbres" (artículo 1831); "la ilicitud... en el fin... del acto produce su nulidad, ya absoluta, ya relativa, según lo disponga la ley" (artículo 2225).

El fin en el fideicomiso es una manifestación de lo que lo es en la teoría del contrato y del acto jurídico en general. Éste puede ser considerado como los objetivos que los sujetos pretenden alcanzar con su manifestación; aquél, en cambio y dada su especialidad, bien puede ser, con esencia idéntica, la situación jurídica concluyente, terminante y última que el fideicomitente dispone para los bienes que fideicomite.

Ahora bien, dada la identidad substancial apuntada, los requisitos del fin en general no son sólo nominativamente los mismos que los del fin específico en el fideicomiso, sino que inclusive uno y otro significan lo mismo. Así, que el fin en el fideicomiso deba ser lícito, es precisamente que no sea, como tampoco deberá serlo el fin en general "contrario a las leyes de orden público o a las buenas costumbres", (artículo 1830 del CCDF), esto es, que lo que el fideicomitente pretende como destino a alcanzarse por el fideicomiso no contraríe ni a unas ni a otras.

Por su parte, el fin en el fideicomiso sea además determinado, significa que en lo que dicho fin consista, quede bien fijado al señalársele con toda precisión en la constitución del fideicomiso. No es el caso de que fuera simplemente determinable, y solo quedaren señaladas las bases y reglas para llegar a esa determinación, como podría ser el que el fideicomitente instruyera a alguien, el fiduciario o un ajeno, con una serie de reglas para que por la aplicación de las mismas se llegare el fin a determinar.

I. Forma.

El contrato puede ser constituido entre vivos o por testamento. Deberá siempre constar por escrito, ajustándose a la legislación común acerca de transmisión de derechos o de propiedad de las cosas que hayan de darse en fideicomiso. Cabe señalar, que la forma escrita no es un elemento esencial, sino un requisito de prueba, y a falta de esta forma, el contrato debe ser considerado como carente de validez, mismo que podrá en todo caso ser convalidado, de conformidad con los artículos 1795-IV, 1832 y 2232 de Código Civil para el Distrito Federal.

J. Tipos de fideicomiso.

La doctrina suele agrupar en especies esa variedad tan generosa, con una finalidad didáctica y de sistematización de la figura legal. De tal modo, se enumeran fideicomisos:

- de administración;
- de inversión;
- mixtos (de administración e inversión);
- inmobiliarios;
- de garantía;
- de seguros;
- traslativos específicos de propiedad;
- de desarrollo;
- públicos y privados.
- planeación patrimonial
- arrendamiento inmobiliario

- de pago

De administración: responde a la conveniencia del fideicomitente en relevarse de la administración de sus bienes, sea por razones de edad, de ocupación o simplemente de comodidad.

De inversión: constituye una modalidad del anterior, y con él se procura obtener un rendimiento de los bienes, que se optimiza por el manejo profesional que efectúa el banco.

De garantía: encuentra fundamento en la conveniencia de respaldar el cumplimiento de una obligación contraída con un tercero o aun con el propio banco.

De seguro: en esta modalidad se designa a la entidad bancaria como beneficiaria del seguro de vida para que al fallecimiento del constituyente la suma se destine a un fin específico.

Testamentario: para posibilitar que el fiduciario reciba a la muerte del fideicomitente la totalidad o parte de sus bienes con el objeto de destinarlos a cierta finalidad, o para beneficiar a personas determinadas.

El fideicomiso es un contrato que puede emplearse para la realización de ilimitados fines, en tanto y en cuanto sean lícitos.

De pago: Los fideicomisos de pago así como los fideicomisos de garantía, son categorías que han surgido de usos bancarios, y que sin embargo, han sido reconocidas como tales en el ámbito de la materia, y por lo tanto, se les han identificado naturalezas distintas. Esta diferencia hace más flexible el uso del fideicomiso, incluso para evitar prohibiciones legales que estando legisladas para uno de ellos, no se encuentra prevista para el otro.

FIDEICOMISO PARA DESARROLLOS INMOBILIARIOS

| DESCRIPCIÓN | VENTAJAS | APLICACIONES |
|--|--|---|
| <p>Mediante este fideicomiso varias personas concurren como fideicomitentes transmitiendo la titularidad de un inmueble a la institución fiduciaria, actuando ésta como enlace entre el propietario del terreno, el promotor, el inversionista y los futuros adquirentes. El fiduciario conserva la propiedad, en tanto las partes con las obligaciones pactadas en el contrato, tales como: elaboración del proyecto, obtención de permisos, ejecución de obra, comercialización, etc., sin que el inmueble pueda destinarse a otro fin que no sea el desarrollo del terreno, evitándoles riesgos a las partes.</p> | <ol style="list-style-type: none"> 1. Garantiza la inversión de los participantes, ya que ésta debe aplicarse de acuerdo con los fines señalados en el fideicomiso. 2. El fiduciario puede manejar el producto de las ventas y distribuirlo entre las partes, de conformidad con los porcentajes que les corresponda, evitando desviación de los recursos. 3. A través del fideicomiso se da continuidad en el negocio por la agilidad con que se maneja la escrituración de las unidades resultantes del desarrollo inmobiliario, factor que da confianza a las partes, ya que el fiduciario es el responsable de la escrituración y no como en otros desarrollos que está a cargo de personas físicas con los riesgos que ello conlleva (fallecimiento, embargo, etcétera.) | <ol style="list-style-type: none"> 1. Personas físicas o morales dedicadas al ramo de la construcción. 2. Inmobiliarias. 3. Personas físicas propietarias de un inmueble con vocación para desarrollos inmobiliarios |

FIDEICOMISO DE GARANTÍA

| DESCRIPCIÓN | VENTAJAS | APLICACIONES |
|--|--|---|
| <p>En virtud de este fideicomiso una persona (deudora), en su calidad de fideicomitente entrega en fideicomiso a la institución fiduciaria, determinados bienes, con objeto de garantizar a un (acreedor) fideicomisario, el cumplimiento de una obligación; una vez cumplidas las obligaciones, el fiduciario revierte los bienes al fideicomitente (deudor) y solo en caso de incumplimiento, el fiduciario está facultado para vender el bien dado en garantía y con su producto realizar el pago al fideicomisario de las obligaciones a su favor.</p> | <p>1. Pueden darse en garantía: <i>inmuebles, acciones, facturas de activos fijos, etc.</i></p> <p>2. Brinda seguridad para el deudor y el acreedor, ya que el fiduciario cumple cabalmente con lo establecido en el fideicomiso.</p> <p>3. En caso de incumplimiento del deudor, el fiduciario vende los bienes dados en garantía, de acuerdo con un procedimiento de ejecución eficaz, ágil y jurídicamente válido.</p> <p>4. Se puede prever que en la medida en que el fideicomitente haga pagos parciales, se vayan liberando bienes dados en garantía.</p> <p>5. A través del fideicomiso pueden garantizarse diversas operaciones de crédito, siempre y cuando no se afecten los derechos de ninguna de las partes, sin necesidad de otorgar nuevas escrituras como en el hipoteca, que se requiere de una escritura por cada crédito que se obtiene, con los gastos que esto representa.</p> <p>6. Es importante señalar que la constitución de cada tipo de fideicomisos está exenta del Impuesto sobre la Renta.</p> | <p>1. Personas físicas y morales que realicen transacciones de las cuales se deriven créditos que deban ser garantizados, evitando así riesgos en su recuperación, ejemplo: <i>proveedores que suministran mercancías o servicios a clientes a quienes les otorgan plazos para su liquidación.</i></p> <p>2. Empresas del sistema financiero que realicen o intermedien en actividades crediticias con el público en general, tales como: <i>Bancos, Casas de Bolsa, Empresas de Factoraje, Arrendadora, Afianzadoras, Uniones de Crédito, etcétera..</i></p> |

FIDEICOMISO DE ADMINISTRACIÓN DE ACCIONES

| DESCRIPCIÓN | VENTAJAS | APLICACIONES |
|---|--|---|
| <p>Es un fideicomiso por virtud del cual una persona en su carácter de fideicomitente, aporte en fideicomiso acciones de una empresa, con el fin de establecer determinados lineamientos en su manejo accionario, reglamentando la participación de sus socios actuales o futuros.</p> <p>Para mayor claridad lo ejemplificaremos de la siguiente manera:</p> <p>Con el objeto de mantener la afinidad de los socios y por ende, la continuidad de una empresa, se constituye un fideicomiso con las siguientes características:</p> <p>Los socios de una empresa transmiten en fideicomiso sus acciones, ejerciendo en vida los derechos corporativos y estipulando que al fallecimiento de cualquiera, los beneficiarios que hayan designado no formarán parte de la sociedad, ya que recibieron únicamente el valor real de las acciones; por lo que respecta a los derechos corporativos, son reconocidos en favor del resto de los fideicomitentes, limitando así la participación de terceros en la toma de decisiones estratégicas de la empresa. Así mismo se protege a los beneficiarios del socio fallecido, ya que se les liquidará a través del fiduciario, el valor de sus acciones con recursos del resto de los fideicomitentes, o bien, con un seguro de vida que el grupo financiero ponga a su disposición.</p> | <p>1. Aseguramiento de la afinidad de los socios y de la continuidad de los negocios, ya que se impide la participación de nuevos socios con desconocimiento total de la operación de la empresa y de la filosofía de sus accionistas.</p> <p>2. Protección a los familiares o seres queridos de los accionistas, pues a su fallecimiento éstos reciben a través del fiduciario el valor real de las acciones cuyos derechos les corresponden.</p> | <p>1. Personas físicas propietarias de acciones de empresas que tienen varios socios, que pretenden mantener su afinidad corporativa.</p> |

FIDEICOMISO DE INVERSIÓN

| DESCRIPCIÓN | VENTAJAS | APLICACIONES |
|--|---|---|
| <p>En este tipo de fideicomiso el fideicomitente aporta una cantidad determinada de dinero para que el fiduciario (banco) adquiera determinados valores o realice inversiones, procediendo a aplicar los productos conforme lo señale el fideicomitente.</p> | <p>1. Administración profesional del capital fideicomitado generando rendimientos altamente competitivos.</p> <p>2. Amplia la disponibilidad de los recursos fideicomitados pudiendo el fideicomitente disponer de ellos total o parcialmente.</p> <p>3. A falta del fideicomitente el patrimonio del fideicomiso, es administrado profesionalmente por el fiduciario para destinarlo en favor de los beneficiarios del fideicomitente, de conformidad con los fines establecidos en el contrato, pudiendo ser entre otros:</p> <p style="padding-left: 40px;">Pago de pensiones alimenticias, gastos médicos, gastos educativos, y en general los gastos necesarios para una correcta manutención de los familiares del fideicomitente o de las personas que éste consigne.</p> <p>4. Facilidades de operación a través de la red de sucursales del banco, ya que se pueden realizar en forma simultánea las operaciones a través de cuentas de cheques o inversiones.</p> | <p>1. Las personas físicas inversionistas conscientes en la necesidad de una adecuada planeación patrimonial en favor de sus familiares o seres queridos.</p> |

FIDEICOMISO DE PLANEACIÓN PATRIMONIAL FAMILIAR

| DESCRIPCIÓN | VENTAJAS | APLICACIONES |
|---|--|---|
| <p>Es un fideicomiso a través del cual el fideicomitente con quien a su vez se designa como fideicomisario en primer lugar, transmite al fiduciario (banco) ciertos bienes, para que a su fallecimiento el fiduciario los destine de conformidad con los fines del contrato, en favor de los fideicomisarios en segundo lugar designados por el fideicomitente.</p> | <p>1. El fideicomitente puede aportar en este tipo de fideicomisos, una diversidad de bienes, tales como: <i>inmuebles, acciones de empresas, inversiones en instrumento de duda o renta variable, etc.</i></p> <p>2. El fideicomitente puede disponer en vida de la manera en que lo desee de la totalidad del patrimonio aportado al fideicomiso.</p> <p>3. El fideicomitente puede revocar, o modificar en vida en vida cualquier disposición en el contrato, incluso el cambio o nominación de nuevos beneficiarios.</p> <p>4. Al fallecimiento del fideicomitente, el fiduciario destinará el patrimonio del fideicomiso siguiendo al pie de la letra la voluntad del fideicomitente, plasmada en los fines del fideicomiso, evitando los prolongados y costosos trámites legales que para un juicio sucesorio se tienen que respetar, con sus habituales conflictos y desgastes familiares que conlleva un testamento.</p> <p>5. El fideicomitente puede nombrar un comité técnico integrado por personas de su entera confianza, quienes para el caso de su fallecimiento podrán coadyuvar con el fiduciario al correcto cumplimiento de los fines del fideicomiso, dando seguridad a la recepción de los beneficios a los fideicomisarios.</p> | <p>1. Personas físicas que deseen asegurar adecuadamente la distribución y administración de su patrimonio entre sus familiares y seres queridos.</p> |

FIDEICOMISO DE ARRENDAMIENTO INMOBILIARIO

| DESCRIPCIÓN | VENTAJAS | APLICACIONES |
|---|--|--|
| <p>Es un fideicomiso por virtud del cual una persona física o moral, en su carácter de fideicomitente, aporta en fideicomiso el inmueble, con el fin de que el fiduciario lo rente y entregue a él o los beneficiarios la cantidad íntegra de las rentas.</p> | <p>1. Aseguramiento del destino de las rentas, ya que el fiduciario impide que se desvíen éstas a otros fines.</p> <p>2. Se asegura un ingreso para él o los beneficiarios, pudiendo ser estos familiares o seres queridos de él o los propietarios del inmueble, o bien, si se quiere que las rentas se destinen a un fin específico tales como: la reinversión de en valores rentables, en la compra de otro inmueble, como aportaciones de los fideicomisarios en diferentes empresas, etc... No olvidando que él o los fideicomisarios acumularan los ingresos derivados del fideicomiso a sus demás ingresos.</p> | <p>1. Personas físicas propietarias de inmuebles, que pretenden destinar a un fin específico las rentas derivadas de los mismos.</p> |

K. Ventajas.

Por las características antes mencionadas podemos señalar que la utilización de un fideicomiso, nos deriva varias ventajas, dentro de las cuales podemos resaltar las siguientes:

a) *Seguridad jurídica*: factor elemental del fideicomiso ya que a través de un fideicomiso se adquiere la seguridad de que los bienes que son transmitidos al fiduciario, no se destinan a otro fin que no sea el pactado, salvaguardando los bienes de posibles contingencias o contratiempos que puedan ocasionarles cuando participan en algún negocio solo personas físicas, o bien, sociedades que pueden poner en riesgo nuestro patrimonio.

b) *Transparencia*: ésta se obtiene en virtud de que el fiduciario está responsabilizado del correcto manejo del patrimonio del fideicomiso, y de informar a las partes en forma periódica sobre el estado que guarda dicho patrimonio y la manera en que ha sido manejado, la cual debe ser totalmente transparente; en caso contrario, el fiduciario es responsable de las pérdidas o menoscabos que los bienes sufran por su culpa.

c) *Equidad*: cuando el fideicomitente y el fideicomisario son distintas personas, el fiduciario debe actuar siguiendo al pie de la letra los fines del fideicomiso, sin que se incline en favor de alguna de las partes, desprotegiendo así los derechos de la otra.

d) *Economía*: los tiempos que hoy vivimos, la creciente competitividad y lo vertiginoso de los cambios de nuestro entorno, nos obligan a que cada día actuemos con una mejor planeación y dejando a un lado la improvisación.

Un fideicomiso con las ventajas antes mencionadas, nos permite instrumentar negocios con menores riesgos, lo cual por consecuencia nos ahorra grandes cantidades que pueden perderse cuando no apoyamos dichos negocios en bases seguras, transparentes y duraderas.

I. Extinción.

De las causas que la ley indica, en su artículo 392 de la LGTOC la primera es la que se refiere al fin del fideicomiso.

Por causa de condición suspensiva que pudiera haberse hecho valer en el contrato, cuando ésta se hace imposible en su cumplimiento, implica la extinción del fideicomiso. En realidad hacerse imposible el cumplimiento no es otra cosa que la imposibilidad de que el fin se logre, por haberse cumplido la condición resolutoria a que haya quedado sujeto el fideicomiso.

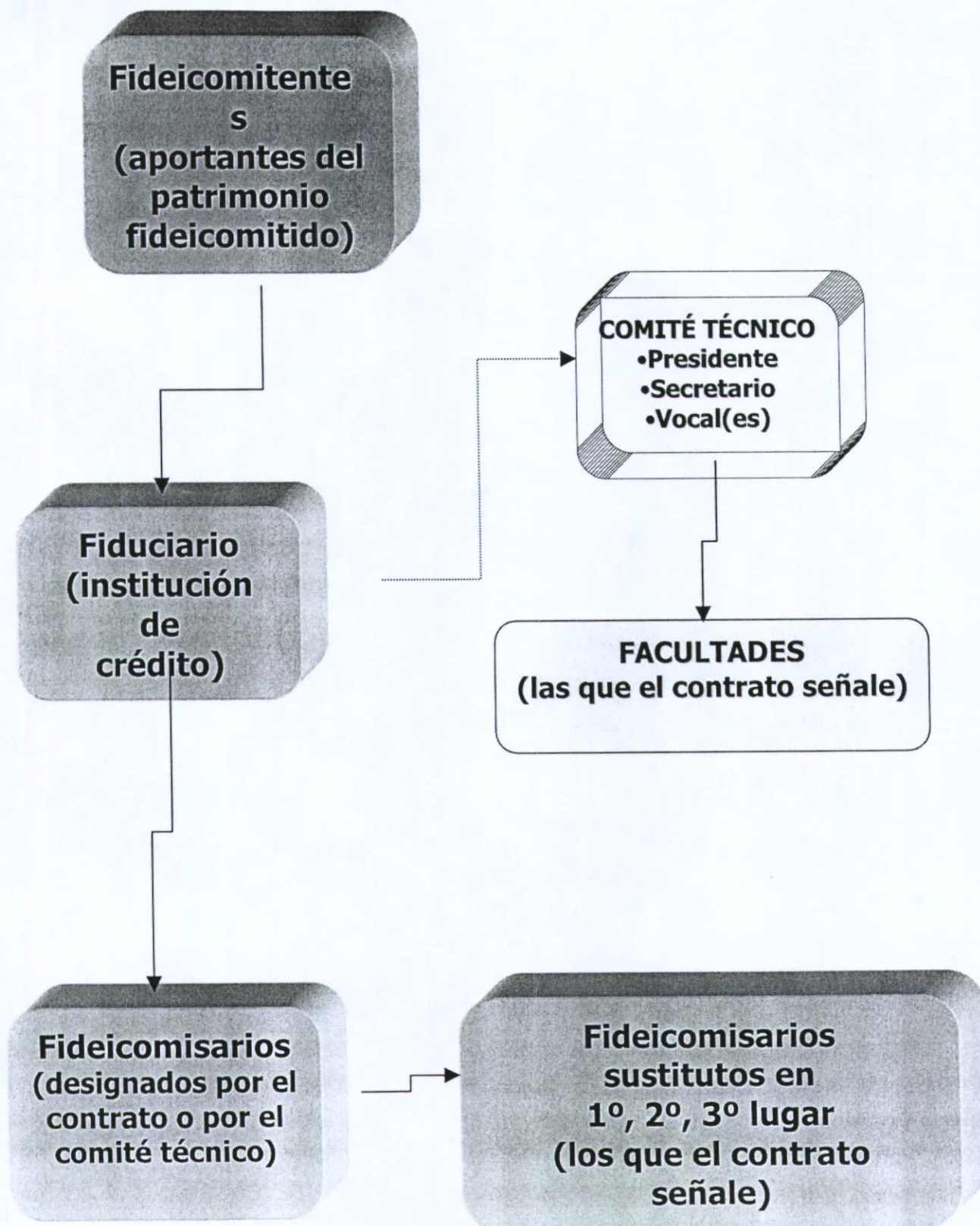
Por último, la ley establece como causa de extinción el caso en que habiéndose designado varias instituciones fiduciarias para que actúen conjunta o sucesivamente en el orden y condiciones en que hayan de sustituirse, la institución fiduciaria no acepte, o por renuncia o remoción cese en el desempeño de su cargo, y no fuere posible la respectiva sustitución.

En el caso del párrafo final del artículo 386.³⁰

³⁰ El fideicomiso constituido en fraude de terceros, podrá en todo tiempo ser atacado de nulidad por los interesados.

Devolución de los bienes fideicomitidos

Como consecuencia de la extinción del contrato de fideicomiso los bienes a él destinados que queden en poder de la institución fiduciaria serán devueltos por ella al fideicomitente o a sus herederos.



2.2 Distinción frente a figuras semejantes.

Mandato: Esta es la figura jurídica que más semejanza aparente tiene con el fideicomiso. En ambas figuras se encomienda tanto a los fiduciarios como a los mandatarios, los intereses personales y patrimoniales de otras personas, para terceros, en beneficio de aquellos a quien pertenecen. En los dos casos se trata de actos representativos de los derechos de terceros que les están encomendados. Sin embargo, se distinguen por su naturaleza jurídica y por los distintos efectos que producen. El mandato sólo implica una representación jurídica, en tanto que el segundo, es un acto traslativo de dominio.

El mandato es un contrato por el cual una persona mandante, otorga a otra, mandatario, la facultad de ejecutar en su nombre actos jurídicos con terceros, de manera que no se transmite el título de propiedad al mandatario, sino que lo conserva el mandante.

Ahora bien, el fideicomiso es un acto por el cual el fideicomitente se desprende de la propiedad sobre los bienes fideicomitados, transmitiéndola al fiduciario y éste obra a nombre propio y no de otro como en el mandato.

Depósito: El fideicomiso de bienes muebles, es parecido a un depósito en que el fiduciario y el depositario reciben una cosa que se les confía y que deben guardar por cuenta de un tercero, desempeñando un encargo de confianza, por lo que generalmente ambos están obligados a ejercitar, en su conservación, el mismo cuidado, o sea: el de toda persona prudente tratándose de sus propios intereses.

Ambos tipos de obligaciones se diferencian esencialmente, en que el fideicomiso es un acto traslativo de dominio, y el depósito no implica transmisión de propiedad; de lo anterior concluimos que si una persona entrega bienes muebles a otra para que ésta los conserve en beneficio de un tercero, transmitiendo únicamente la posesión de la cosa, se trata de un contrato de depósito, y la persona que recibe

dicho mueble lo conserva a título de depositario. Ahora bien, si se transmite el dominio, y la posesión del mueble en beneficio de tercero, el acto que se otorga es un fideicomiso y el depositario adquiere la calidad de fiduciario.

Mutuo: También se puede comparar al fideicomiso con el mutuo, en cuanto a que ambos provienen de un contrato traslativo de dominio y que quien recibe las cosas fungibles o el dinero contrae una obligación jurídica, a favor de otra persona, respecto del bien objeto de la operación. Sin embargo, existe una diferencia fundamental entre ambas figuras. El fiduciario tiene la obligación de conservar los bienes recibidos para uso y provecho del fideicomisario; el mutuuario o deudor puede por regla general disponer del dinero o cosa que le entrega su acreedor; recibe la propiedad en pleno dominio, y solo está obligado a devolver otro tanto de la misma especie y calidad.

Para determinar cuándo la obligación de una persona es de fiduciario y cuándo de deudor, es necesario saber si existe o no el pago de intereses; en el primer caso se tratará de un contrato de mutuo y en el segundo, de fideicomiso.

Albaceazgo: El cargo de albacea es otra figura jurídica que se asemeja, en apariencia, al fideicomiso. La misión del albacea es también de confianza, ya que administra un patrimonio ajeno que el autor de la herencia o la ley ponen bajo su guarda y buena fe, considerando el caso de la sucesión intestada en la que también se da esta figura.

Como albacea es simplemente un mandatario que tiene a su cargo hacer cumplir y ejecutar lo que el testador ha ordenado en su testamento.

El fiduciario recibe un título de dominio que lo faculta para obrar por sí, con el carácter de propietario de Derecho, a diferencia del albacea que, excepción hecha de que también sea heredero no adquiere el dominio, que pasa a los herederos como tales, si no facultades como representante legal de la sucesión y lleva a cabo todos

los trámites necesarios para que se cumpla la voluntad del testador, o bien, se cumpla la ley en sucesión legítima.

Estipulación a favor de terceros: Esta última figura se asemeja también al fideicomiso, ya que en ambas figuras generalmente nace un derecho a favor de una tercera persona, que no figura necesariamente en el otorgamiento del acto y que es, sin embargo, el verdadero beneficiado por la operación.

Se diferencian en que el fideicomiso es una relación jurídica autónoma, que por regla general no surge incidentalmente dentro de un contrato. En el fideicomiso, la revocación del fideicomitente no está condicionada a la aceptación del beneficiario y por último, la estipulación a favor de tercero supone la existencia de éste, en tanto que el fideicomiso puede constituirse a favor de los no nacidos.

CAPÍTULO III

EL FIDEICOMISO DENTRO DE LA LEGISLACIÓN MEXICANA

Es de sobra conocido que son muchas las leyes mexicanas que regulan el fideicomiso mismo o sus efectos; en los anteriores capítulos hemos analizado varios artículos pero a diferencia de estos, en el presente capítulo hay leyes que regulan de manera directa la figura jurídica del fideicomiso, mientras existen muchas otras que regulan más bien sus efectos y modalidades.

A manera de facilitar el estudio y después de haber hecho la anterior aclaración, distinguiremos las leyes que regulan la figura jurídica del fideicomiso y las que regulan sus efectos.

Dentro de la primera categoría encontramos dos leyes:

La Ley de Instituciones de Crédito

La Ley General de Títulos y Operaciones de Crédito

Ley General de Títulos y Operaciones de Crédito:

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.

Artículo 382

El fideicomiso será válido aunque se constituya sin señalar fideicomisario, siempre que su fin sea lícito y determinado.

Artículo 383

Pueden ser fideicomisarios las personas físicas o jurídicas que tengan la capacidad necesaria para recibir el provecho que el fideicomiso implica.

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 los fideicomisarios y deba consultarse su voluntad, en cuanto no esté previsto en la constitución del fideicomiso, las decisiones se tomarán a 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.

Es nulo el fideicomiso que se constituye en 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 fideicomitados y que tengan por fin servir como instrumento de pago de obligaciones incumplidas, en el caso de créditos otorgados por la propia institución para la realización de actividades empresariales. En este supuesto, las partes deberán designar de común acuerdo a una institución fiduciaria sustituta para el caso que surgiera un conflicto de intereses entre las mismas.

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, liquidación, reparto o enajenación corresponda a dichas autoridades o a las personas que éstas designen.

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 elijan el fideicomisario o, en su defecto, el juez de primera instancia del lugar en que estuvieren ubicados los bienes, de entre las instituciones expresamente autorizadas conforme a la ley.

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

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

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, solo 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.

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

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 la transmisión de los derechos o la transmisión de propiedad de las cosas que se den en fideicomiso.

Artículo 388

El fideicomiso cuyo objeto recaiga en bienes inmuebles, deberá inscribirse en la sección de la propiedad del registro público del lugar en que los bienes estén ubicados. El fideicomiso surtirá efectos contra tercero, en el caso de este artículo, desde la fecha de inscripción en el registro.

Artículo 389

El fideicomiso cuyo objeto recaiga en bienes muebles, surtirá efectos contra tercero desde la fecha en que se cumplan los requisitos siguientes:

I.- Si se tratare de un crédito no negociable o de un derecho personal, desde que el fideicomiso fuere notificado al deudor;

II.- Si se tratare de un título nominativo, desde que éste se endose a la institución fiduciaria y se haga constar en los registros del emisor, en su caso;

III.- Si se tratare de cosa corpórea o de títulos al portador, desde que estén en poder de la institución fiduciaria.

Artículo 390

El fideicomisario tendrá, además de los derechos que se le concedan por virtud del acto constitutivo del fideicomiso, el de exigir su cumplimiento a la institución fiduciaria; el de atacar la validez de los actos que ésta cometa en su perjuicio, de mala fe o en exceso de las facultades que por virtud del acto constitutivo o de la ley le corresponda, y cuando ello sea procedente, el de reivindicar los bienes que a consecuencia de esos actos hayan salido del patrimonio objeto del fideicomiso.

Cuando no exista fideicomisario determinado o cuando éste sea incapaz, los derechos a que se refiere el párrafo anterior, corresponderán al que ejerza la patria potestad, al tutor o al ministerio público, según el caso.

Artículo 391

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

Artículo 392

El fideicomiso se extingue:

- I.- Por la realización del fin para el cual fue constituido;
- II.- Por hacerse este imposible;
- III.- Por hacerse imposible el cumplimiento de la condición suspensiva de que dependa o no haberse verificado dentro del término señalado al constituirse el fideicomiso o, en su defecto, dentro del plazo de 20 años siguientes a su constitución;
- IV.- Por haberse cumplido la condición resolutoria a que haya quedado sujeto;
- V.- Por convenio expreso entre el fideicomitente y el fideicomisario;
- VI.- Por revocación hecha por el fideicomitente, cuando éste se haya reservado expresamente ese derecho al constituir el fideicomiso; y
- VII.- En el caso del párrafo final del artículo 386.

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 de la propiedad en que aquel hubiere sido inscrito.

Artículo 394

Quedan prohibidos:

- I.- Los fideicomisos secretos;
- II.- Aquellos en los cuales el beneficio se conceda a diversas personas sucesivamente que deban substituirse por muerte de la anterior, salvo el caso de que la substitución se realice en favor de personas que estén vivas o concebidas ya, a la muerte del fideicomitente; y
- III.- Aquellos cuya duración sea mayor de 30 años, cuando se designe como beneficiario a una persona jurídica que no sea de orden público o institución de

beneficencia. Sin embargo, pueden constituirse con duración mayor de 30 años cuando el fin del fideicomiso sea el mantenimiento de museos de carácter científico o artístico que no tengan fines de lucro.

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.

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 bienes y derechos que el fideicomiso implica.

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 estipularse 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.

Artículo 398

Un mismo fideicomiso de garantía podrá ser utilizado para garantizar simultánea o sucesivamente diferentes obligaciones que el fideicomitente contraiga con distintos acreedores, a cuyo efecto el fideicomisario estará obligado a notificar a la institución fiduciaria que la obligación a su favor ha quedado extinguida, dentro de los 10 días siguientes a que esto ocurra, quedando 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.

Artículo 399

Podrán actuar como fiduciarias de los fideicomisos de garantía previstos en esta sección segunda, sujetándose a lo que dispone al efecto el artículo 85 bis de la Ley de Instituciones de Crédito, las entidades siguientes:

- I. Instituciones de crédito;
- II. Instituciones de seguros;
- III. Instituciones de fianzas;
- IV. Sociedades financieras de objeto limitado, y
- V. Almacenes generales de depósito.

Artículo 400

Las instituciones y sociedades mencionadas en el artículo anterior, podrán reunir la calidad de fiduciarias y fideicomisarias, tratándose de fideicomisos cuyo fin sea garantizar obligaciones a su favor.

Dichas instituciones y sociedades serán responsables por los actos que cometan en perjuicio de los fideicomitentes, de mala fe o en exceso de las facultades que les correspondan para la ejecución del fideicomiso, por virtud del acto constitutivo o de la ley, salvo por aquellas actividades u operaciones distintas a las establecidas en el artículo 402 de esta ley.

Artículo 401

Pueden ser objeto de fideicomisos de garantía toda clase de derechos y bienes muebles e inmuebles.

Los bienes y derechos que se den en fideicomisos serán propiedad de la institución fiduciaria, se considerarán afectos al fin de garantizar obligaciones contraídas por el fideicomitente y, en consecuencia, solo podrán ejercitarse respecto a ellos, los derechos y las acciones referidos al mencionado fin, salvo los que se deriven para el fideicomitente del fideicomiso mismo o los adquiridos legalmente por terceros, con anterioridad a la constitución del fideicomiso.

Artículo 402

Tratándose de fideicomisos sobre bienes muebles, salvo pacto en contrario, el fideicomitente tendrá derecho a:

I. Hacer uso de los bienes fideicomitados, así como combinarlos con otros y emplearlos en la fabricación de otros bienes, siempre y cuando en estos dos últimos supuestos su valor no disminuya y los bienes producidos pasen a formar parte de la garantía en cuestión;

II. Percibir y utilizar los frutos y productos de los bienes fideicomitados, y

III. Enajenar los bienes fideicomitados en el curso normal de sus actividades preponderantes, sin responsabilidad para el fiduciario, en cuyo caso cesarán los efectos de la garantía fiduciaria y los derechos de persecución con relación a los adquirentes de buena fe, quedando afectos al fideicomiso los bienes o derechos que el mismo fideicomitente reciba o tenga derecho a recibir en pago por la enajenación de los referidos bienes.

El derecho otorgado al fideicomitente para vender o transferir en el curso normal de sus actividades preponderantes los bienes muebles afectos en fideicomiso, quedará extinguido desde el momento en que reciba notificación del inicio de cualquiera de los procedimientos de ejecución en su contra, previstos en el libro quinto, título tercero bis del Código de Comercio. En caso de que los bienes pignorados representen más del 80% de los activos del deudor, éste podrá enajenarlos en el curso ordinario de sus actividades, con la previa autorización del juez o del acreedor, según sea el caso.

El fiduciario no podrá encargarse de la realización de las actividades y las operaciones previstas en este artículo.

Artículo 403

En caso de que en el contrato respectivo se establezca que los bienes afectos en fideicomiso distintos al suelo deban estar asegurados por una cantidad que alcance a cubrir su valor de reposición, el deudor tendrá la facultad de determinar la compañía

aseguradora que se encargará de ello. En el mencionado seguro deberá designarse como beneficiario al fiduciario.

El fiduciario utilizará las cantidades que reciba de la institución de seguros, para liquidar el saldo insoluto del crédito a favor del fideicomisario. De existir algún remanente, el fiduciario deberá entregarlo al fideicomitente.

Artículo 404

Los riesgos de pérdida, daño o deterioro del valor de los bienes fideicomitidos, corre por cuenta de la parte que esté en posesión de los mismos, debiendo permitir a las otras partes inspeccionarlos a efecto de verificar, según corresponda, su peso, cantidad y estado de conservación general.

De convenirse así en el contrato, si el valor de mercado de los bienes fideicomitidos disminuye de manera que no baste para cubrir el importe del principal y los accesorios de la deuda que garantizan, el deudor podrá dar bienes adicionales para restituir la proporción original. En caso contrario, el crédito podrá darse por vencido anticipadamente, teniendo el acreedor que notificar al deudor de ello judicialmente o a través de fedatario.

Artículo 405

Cuando corresponda al fideicomitente la posesión material de los bienes fideicomitidos, estará obligado a conservarlos como si fueran propios, a no utilizarlos para objeto diverso de aquel que al efecto hubiere pactado con el fideicomisario y a responder de los daños que se causen a terceros al hacer uso de ellos. Tal responsabilidad no podrá ser exigida al fiduciario.

En este caso, serán por cuenta del fideicomitente los gastos necesarios para la debida conservación, reparación, administración y recolección de los bienes fideicomitidos.

Si los bienes fideicomitidos se pierden o se deterioran, el fideicomisario tiene derecho de exigir al fideicomitente la afectación en fideicomiso de otros bienes o el pago de la deuda aun antes del plazo convenido.

Artículo 406

Para efectos de lo dispuesto en los artículos 402, 404 y 405, las partes deberán convenir, desde la constitución del fideicomiso:

- I. En su caso, los lugares en que deberán encontrarse los bienes fideicomitados;
- II. Las características y el alcance tanto de las inspecciones como de la reducción del valor de mercado de los bienes fideicomitados, a que se refiere el artículo 404;
- III. Las contraprestaciones mínimas que deberán recibir el fideicomitente de su contraparte, por la venta o transferencia de los bienes muebles fideicomitados;
- IV. La persona o personas a las que el deudor podrá vender o transferir dichos bienes, pudiendo, en su caso, señalar las características o categorías que permitan identificarlas, así como el destino que aquel deberá dar al dinero, bienes o derechos que reciba en pago.
- V. La información que el fideicomitente deberá entregar al fideicomisario sobre la transformación, venta o transferencia de los mencionados bienes;
- Vi. La forma de valuar por un tercero los bienes fideicomitados, o dependiendo de la naturaleza y características del bien que garantice la referencia a un índice de valores o parámetro de referencia reconocido por las partes, así como la extensión de la pérdida o el grado de deterioro de los mismos bienes, que pudiera dar lugar a la aplicación de lo dispuesto en el segundo párrafo del artículo 404 y el último párrafo del artículo 405, y
- VII. Los términos en los que se acordará la revisión del aforo pactado, en el caso de que el bien o bienes dados en garantía incrementen de manera sustancial su valor.

En caso de incumplimiento a los convenios celebrados con base en este artículo, el crédito garantizado por el fideicomiso se tendrá por vencido anticipadamente.

Artículo 407

El contrato constitutivo del fideicomiso de garantía deberá constar por escrito y cuando la operación se refiera a bienes muebles y su monto sea igual o superior al equivalente en moneda nacional a doscientas cincuenta mil unidades de inversión, las partes deberán ratificar sus firmas ante fedatario.

La afectación en fideicomiso de garantía de bienes inmuebles, se hará constar en escritura pública.

La garantía se tendrá por constituida a la firma del contrato, surtiendo efectos entre las partes desde la fecha de su celebración

Artículo 408

Cuando se afecten en fideicomiso bienes muebles deberán especificarse ajustándose a lo dispuesto en el artículo 354.

Artículo 409

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

Artículo 410

Los actos en los que se haga constar la constitución, modificación, extinción, cesión y las resoluciones judiciales sobre cancelaciones de los fideicomisos de garantía a que se refiere esta sección segunda, deberán ser inscritos en el Registro Público de Comercio del lugar en el que se encuentre ubicado el domicilio del deudor cuando se trate de fideicomisos en los que solamente se afecten bienes muebles.

Cuando el fideicomiso de garantía tenga por objeto bienes inmuebles, o muebles e inmuebles, la inscripción de los actos a que se refiere el párrafo anterior deberá hacerse en el registro que corresponda al lugar de ubicación de los bienes inmuebles o, en los casos que proceda, en el registro especial que corresponda según su naturaleza.

Artículo 411

Las instituciones señaladas en el artículo 399 de esta ley, indemnizarán a los fideicomitentes por los actos de mala fe o en exceso de las facultades que les corresponda para la ejecución del fideicomiso, por virtud del acto constitutivo o de la ley, que realicen en perjuicio de éstos.

La indemnización que corresponda pagar en términos de este artículo, no será menor al 10% del valor del principal y los intereses de la suma garantizada, y en todo momento se procurará que tal indemnización cubra los perjuicios causados por dichas instituciones. Cuando la institución infractora reúna a la vez la calidad de fiduciaria y fideicomisaria, la indemnización será del doble de la cantidad antes mencionada.

Artículo 412

Las partes deberán estipular en los contratos a través de los cuales se otorguen garantías mediante fideicomiso de garantía, que en caso de que el producto de la venta del bien o de los bienes objeto de la garantía no alcance para cubrir el importe total de las obligaciones garantizadas a cargo del deudor; éste quedará liberado de cubrir las diferencias que resulten, considerándose extinguidos los derechos del acreedor de exigir las diferencias.

Lo dispuesto en este artículo es irrenunciable.

Artículo 413

Al que, teniendo la posesión material de los bienes objeto de garantías otorgadas mediante fideicomiso de garantía, aun siendo el acreedor, transmita en términos distintos a los previstos en la ley, grave o afecte la propiedad o posesión de los mismos, sustraiga sus componentes o los desgaste fuera de su uso normal o por alguna razón disminuya intencionalmente el valor de los mismos, se le sancionará con prisión hasta de un año y multa de cien veces el salario mínimo general diario vigente en el Distrito Federal, cuando el monto de la garantía no exceda del equivalente a doscientas veces de dicho salario.

Si dicho monto excede de esta cantidad, pero no de diez mil, la prisión será de uno a seis años y la multa de cien a ciento ochenta veces el salario mínimo general diario vigente en el Distrito Federal. Si el monto es mayor de diez mil veces de dicho salario, la prisión será de seis a doce años y la multa de ciento veinte veces el salario mínimo general diario vigente en el Distrito Federal.

Artículo 414

Será aplicable al fideicomiso de garantía previsto en esta sección segunda, en lo conducente, los artículos 346 al 349, 351, del 367 al 375 y del 378 al 393 de esta ley.

Ley de Instituciones de Crédito:

Artículo 6

En lo no previsto por la presente ley y por la Ley Orgánica del Banco de México, a las instituciones de banca múltiple se les aplicaran en el orden siguiente:

- I. La Legislación Mercantil;
- II. Los usos y prácticas bancarias y mercantiles, y
- III. El Código Civil para el Distrito Federal.
- IV. El Código Fiscal de la Federación, para efectos de las notificaciones y los recursos a que se refieren los artículos 25 y 110 de esta ley.

Las instituciones de banca de desarrollo, se regirán por su respectiva ley orgánica y, en su defecto, por lo dispuesto en este artículo.

Artículo 46 fracc. XV

Las instituciones de crédito solo podrán realizar las operaciones siguientes:

- XV. Practicar las operaciones de fideicomiso a que se refiere la Ley General de Títulos y Operaciones de Crédito, y llevar a cabo mandatos y comisiones;

Artículo 77

Las instituciones de crédito prestarán los servicios previstos en el artículo 46 de esta ley, de conformidad con las disposiciones legales y administrativas aplicables, y con apego a las sanas prácticas que propicien la seguridad de esas operaciones y procuren la adecuada atención a los usuarios de tales servicios

Artículo 79

En las operaciones de fideicomiso, mandato, comisión, administración o custodia, las instituciones abrirán contabilidades especiales por cada contrato, debiendo registrar en las mismas y en su propia contabilidad el dinero y demás bienes, valores o derechos que se les confíen, así como los incrementos o disminuciones, por los productos o gastos respectivos. Invariablemente deberán coincidir los saldos de las

cuentas controladas de la contabilidad de la institución de crédito, con los de las contabilidades especiales.

Artículo 80

En las operaciones a que se refiere la fracción XV del artículo 46 de esta ley, las instituciones desempeñarán su cometido y ejercerán sus facultades por medio de sus delegados fiduciarios.

La institución responderá civilmente por los daños y perjuicios que se causen por la falta de cumplimiento en las condiciones o términos señalados en el fideicomiso, mandato o comisión, o la ley.

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

Artículo 81

Las operaciones con valores que realicen las instituciones de crédito en cumplimiento de fideicomisos, mandatos, comisiones y contratos de administración, se realizarán en términos de las disposiciones de esta ley y de la Ley del Mercado de Valores, así como de conformidad con las reglas generales que, en su caso, emita el Banco de México oyendo la opinión de la Comisión Nacional de Valores, con vistas a procurar el desarrollo ordenado del mercado de valores.

Las instituciones de crédito, con sujeción a las disposiciones de carácter general que expida el Banco de México, podrán realizar operaciones de reporto y préstamo de valores por cuenta de terceros, sin la intermediación de casas de bolsa, cuando tales operaciones tengan por finalidad proveer al buen funcionamiento del sistema de pagos.

Artículo 82

El personal que las instituciones de crédito utilicen directa o exclusivamente para la realización de fideicomisos, no formará parte del personal de la institución, sino que, según los casos, se considerará al servicio del patrimonio dado en fideicomiso.

Sin embargo, cualesquiera derechos que asistan a esas personas conforme a la ley, los ejercerán contra la institución de crédito, la que, en su caso, para cumplir con las resoluciones que la autoridad competente dicte afectará, en la medida que sea necesaria, los bienes materia de fideicomiso.

Artículo 83

A falta de procedimiento convenido en forma expresa por las partes en el acto constitutivo de los fideicomisos que tengan por objeto garantizar el cumplimiento de obligaciones, se aplicarán los procedimientos establecidos en el título tercero bis del código de comercio, a petición del fiduciario.

Artículo 84

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.

Las acciones para pedir cuentas, para exigir la responsabilidad de las instituciones de crédito y para pedir la remoción, corresponderán al fideicomisario o a sus representantes legales, y a falta de éstos al ministerio público, sin perjuicios de poder el fideicomitente reservarse en el acto constitutivo del fideicomiso o en las modificaciones del mismo, el derecho para ejercitar esta acción.

En caso de renuncia o remoción se estará a lo dispuesto en el párrafo final del artículo 385 de la Ley General de Títulos y Operaciones de Crédito.

Artículo 85

Cuando se trate de operaciones de fideicomiso que constituya el Gobierno Federal o que el mismo, para los efectos de este artículo declare de interés público a través de la Secretaría de Hacienda y Crédito Público, no será aplicable el plazo que establece la fracción III del artículo 395 de la Ley General de Títulos y Operaciones de Crédito.

Artículo 85 BIS

Para poder actuar como fiduciarias de los fideicomisos de garantía las instituciones a que se refieren las fracciones II a V del artículo 398 de la Ley de Títulos y Operaciones de Crédito, deberán contar con el capital mínimo, adicional que, para este efecto, determine la Secretaría de Hacienda y Crédito Público, mediante disposiciones de carácter general, previa opinión de las comisiones nacionales bancaria y de valores y de seguros y fianzas, según corresponda en virtud de la institución de que se trate, y del Banco de México, así como con la autorización que otorgará discrecionalmente el Gobierno Federal, a través de dicha Secretaría.

Las sociedades financieras de objeto limitado que cumplan con los requisitos señalados en el párrafo anterior, solo podrán aceptar el desempeño de fideicomisos cuyos bienes afectos, deriven de las operaciones inherentes a su objeto social.

Las sociedades a que se refieren las fracciones II a V del artículo 399 de la Ley General de Títulos y Operaciones de Crédito, deberán administrar las operaciones de fideicomiso en los términos que para las instituciones de crédito señalan los artículos 79 y 80 de esta ley.

Artículo 85 BIS 1

La Comisión Nacional Bancaria y de valores y la Comisión Nacional de Seguros y fianzas, según corresponda, podrán suspender, por un periodo no menor de seis meses, la contratación de nuevas operaciones de fideicomisos de garantía, a las entidades que sean condenadas a pagar en más de una ocasión las indemnizaciones a que se refiere el artículo 410 de la Ley General de Títulos y Operaciones de Crédito.

Artículo 106

A las instituciones de crédito les estará prohibido:

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

A) Celebrar operaciones con la propia institución en el cumplimiento de fideicomisos, mandatos o comisiones. El Banco de México podrá autorizar, mediante disposiciones de carácter general, la realización de determinadas operaciones cuando no impliquen un conflicto de intereses;

B) Responder a los fideicomitentes, mandantes o comitentes, del incumplimiento de los deudores, por los créditos que se otorguen o de los emisores, por los valores que se adquieran, salvo que sea por su culpa, según lo dispuesto en la parte final del artículo 392 de la Ley General de Títulos y Operaciones de Crédito, o garantizar la percepción de rendimientos por los fondos cuya inversión se les encomiende.

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

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

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

C) Utilizar fondos o valores de los fideicomisos, mandatos o comisiones destinados al otorgamiento de créditos, en que la fiduciaria tenga la facultad discrecional, en el otorgamiento de los mismos para realizar operaciones en virtud de los cuales resulten o puedan resultar deudores sus delegados fiduciarios; los miembros del consejo de administración o consejo directivo, según corresponda, tanto propietarios, como suplentes, estén o no en funciones; los empleados y funcionarios de la institución; los comisarios propietarios o suplentes, estén o no en funciones; los auditores externos de la institución; los miembros del comité técnico del fideicomiso respectivo; los ascendientes o descendientes en primer grado o cónyuges de las personas citadas, las sociedades en cuyas asambleas tengan mayoría dichas personas o las mismas instituciones, asimismo aquellas personas que el banco de México determine mediante disposiciones de carácter general, y

D) Administrar fincas rústicas, a menos que hayan recibido la administración para distribuir el patrimonio entre herederos, legatarios, asociados o acreedores, o para pagar una obligación o garantizar su cumplimiento con el valor de la misma finca o de sus productos, y sin que en estos casos la administración exceda del plazo de dos años.

El Banco de México podrá autorizar, mediante reglas generales, excepciones a lo dispuesto en las fracciones I y II de este artículo, con vistas a propiciar el buen funcionamiento del sistema de pagos, y para lo previsto en las fracciones XV a XVIII a fin de procurar la captación de recursos por las instituciones o regular la celebración de operaciones, en los términos más adecuados a la situación del mercado o del sistema bancario.

La Comisión Nacional Bancaria podrá autorizar excepciones a lo dispuesto en las fracciones I y II de este artículo, siempre y cuando sea para coadyuvar a la estabilidad de las instituciones de crédito o del sistema bancario.

Por su parte las leyes que regulan los efectos llámese fiscales, productivos, económicos entre otros del fideicomiso o de una manera indirecta al mismo son:

Constitución

Ley de Banco de México y Reglamento

Ley de Inversión Extranjera y Reglamento

Ley Minera y Reglamento

Ley de Asociaciones Religiosas y Culto Público

Ley Federal e Derechos de Autor

Ley Federal de Correduría Pública y Reglamento

Código de Comercio

Ley de Concursos Mercantiles

Ley Federal de Instituciones de Fianzas

Ley Federal de Instituciones y Sociedades Mutualistas de Seguros

Código Civil para el Distrito Federal

Reglamento de Registro Público de la Propiedad en el Distrito Federal

Ley del Mercado de Valores

Ley de Sociedades de Inversión

Código Fiscal de la Federación

Ley del Impuesto Sobre la Renta y Reglamento

Ley del Impuesto al Activo y Reglamento

Ley Orgánica de la Administración Pública Federal

Ley Federal de Entidades Paraestatales y Reglamento

Ley General de Bienes Nacionales

Ley de Adquisiciones, Arrendamientos y Servicios del Sector Público

Ley de Presupuesto, Contabilidad y Gasto Público

Ley General de la Deuda Pública

Ley del Instituto Mexicano de Seguro Social

Código Penal para el Distrito Federal

Ley Federal de Responsabilidades de los Servidores Públicos

Ley Federal de los Trabajadores al Servicio de Estado

Reglamento de la Ley Federal de Armas de Fuego y Explosivos.

CAPÍTULO IV

NATURALEZA JURÍDICA DEL PATRIMONIO FIDUCIARIO

Definir la naturaleza jurídica del patrimonio fiduciario es una labor difícil, ya que se trata de un tema en el que existe una gran disparidad doctrinaria y legislativa. Pueden citarse diversas teorías, entre las que sintéticamente anunciaremos las siguientes:

1. Mandato irrevocable

Se pretende calificar así la transmisión de bienes que supone el fideicomiso. La sostuvo en 1920 el jurista panameño Dr. Ricardo Alfaro y son un trasunto de ella las leyes de México de 1924 y 1926, y el Código de Comercio de Panamá de 1941. Se le ha criticado con el simple argumento de que en el mandato se actúa en relación con bienes que son y continúan siendo del mandante. En cambio, en el fideicomiso los bienes se transmiten al fiduciario³¹ y cuando dispone de ellos lo hace a su propio nombre.

2. Titularidad doble

Es una teoría que deriva del régimen propio del *trust* anglo-americano, adaptado a un sistema normativo distinto al de los países del *civil law*, que tiene vigencia principal en los países de Europa y América del Sur. La titularidad jurídica (legal) la tendría el fiduciario, y la titularidad económica, el beneficiario (o el fideicomisario). En Italia la apoyó Remo Franceschelli en un libro destacado, sobre la materia.

3. Patrimonio de afectación (autónomo)

El patrimonio fideicomitado carece de titularidad real. Sostuvo la teoría Pierre Lepaulle, autor francés, previamente citado. Tiene un reflejo positivo: el Código Civil de Québec (Canadá) la adopta. Su artículo 1261 dice: "El patrimonio fiduciario, formado por los bienes transferidos en fideicomiso, constituye un patrimonio de

afectación autónomo y distinto del patrimonio del constituyente, del fiduciario o del beneficiario, sobre el cual ninguno de ellos tiene un derecho real".

Pues bien, las consideraciones anteriores han sido adoptadas tanto en el campo doctrinal como en el legislativo para determinar la naturaleza jurídica del fideicomiso mexicano.

La LTOC está inspirada en materia de fideicomiso en las ideas sustentadas por Lepaulle respecto del *trust* como patrimonio de afectación.

Términos similares a los expuestos por Lepaulle son los que expresa Landerreche Obregón, cuando se refiere concretamente al fideicomiso mexicano.

De acuerdo con su punto de vista, y con base en que todos los bienes pertenecientes a un sujeto son destinados a la satisfacción de ciertas necesidades, resulta económica y jurídicamente fundada la formación de un patrimonio autónomo destinado a un fin lícito, sin que necesariamente tenga como requisito la existencia de un propietario determinado, sino como simple condición de la de un órgano que realice el fin que se persigue. En este caso puede no existir propietario de los bienes afectados al fin perseguido, siendo bastante con que la afectación se organice de modo adecuado para que los bienes cumplan su función de medios para alcanzar los fines de que se trata.

En esas condiciones, deducible es para Landerreche Obregón, que el fideicomiso constituye un patrimonio autónomo, es decir, que no pertenece a ninguna de las personas que participan en el fideicomiso, y al cual quedan transferidos los derechos afectados por el fideicomitente³².

³¹ Que no puede equipararse a un mero mandatario.

³² LANDERRECHE OBREGÓN, Juan, *Naturaleza jurídica del fideicomiso en el Derecho Mexicano*, en Revista *Jus*, t. X, No 50, México, sep. 1942, p.197

Consecuencias del patrimonio autónomo del fideicomiso, son, entre otras, en concordancia con el autor referido, que tal patrimonio "... se constituye una unidad que se conserva en el tiempo mientras dure el fideicomiso, independientemente de que los bienes que lo formulaban en su origen se sustituyan por otra que quedan, como los sustituidos, afectos al fin del fideicomiso";³³ además, "... respecto de los bienes de este (fideicomiso) no pueden ejercitarse sino los derechos y acciones que a su fin se refieran".³⁴

Una última y muy importante consecuencia de la autonomía del patrimonio del fideicomiso, es que éste queda legalmente fuera del concurso del fideicomitente, del fiduciario y del fideicomisario, en tanto que el patrimonio del fideicomiso como tal puede ser objeto de concurso, sin que por ello su afecte al patrimonio del fiduciario, salvo las responsabilidades en que pueda haber incurrido por negligencia o mala fe.

Una postura intermedia ante el mismo problema, es la tomada por Arrechea Álvarez,³⁵ cuando hace notar "que no necesariamente alguna de las partes que intervienen en el negocio ha de ser la propietaria del patrimonio fideicomitado.... los bienes fideicomitados por encontrarse afectos al logro de un fin, no pertenecen a nadie, no tienen dueño por más actos de dominio que sobre ellos pueda realizar la fiduciaria: es la teoría de la autonomía del patrimonio fideicomitado"; haciendo la salvedad más adelante de que en otros fideicomisos, como cuando el fideicomitente se ha reservado el dominio y éste es libre, o cuando las condiciones de la afectación se lo permiten; en ciertos fideicomisos de garantía, él es el propietario de los bienes fideicomitados".³⁶

La afectación de bienes que tiene lugar en el fideicomiso no implica tal autonomía del patrimonio correspondiente, que se traduzca en una masa de relaciones carente de titular.

³³ LANDERRECHE OBREGÓN *Ob. cit.*, p. 203.

³⁴ *Idem.*

³⁵ *Idem.*

³⁶ *Idem.*

4. Titularidad del fiduciario

Atribuye la titularidad de los bienes fideicomitidos al fiduciario, como "propiedad fiduciaria", y constituyendo un "patrimonio separado" del propio patrimonio del fiduciario.

En la aceptación de la herencia con beneficio de inventario, por parte del heredero la misma tiene el efecto de que el heredero beneficiario sólo responde de las deudas y cargas de la sucesión hasta la concurrencia del valor de los bienes que ha recibido de la herencia: su patrimonio no se confunde con el del difunto, y puede reclamar como cualquier otro acreedor los créditos que tuviese contra la sucesión. Además, el heredero por su aceptación bajo beneficio de inventario, no pierde el derecho de propiedad de la herencia. Ello significa que el heredero beneficiario, hasta que cese la situación, es titular de dos masas patrimoniales: la propia y personal, y la recibida del causante, que no se confunde con aquélla.

Similar caso ofrece la llamada separación de los patrimonios del difunto y del heredero la cual establece que todo acreedor de la sucesión puede demandar contra todo acreedor del heredero la separación de los bienes de la herencia de los del heredero, con el fin de hacerse pagar con los bienes de la sucesión con preferencia a los acreedores del heredero. Se confiere igual derecho a los legatarios para ser pagados del patrimonio del difunto, antes que los acreedores personales de los herederos. De tal modo, mientras subsiste la separación indicada, el heredero es igualmente titular de dos masas patrimoniales, a los fines indicados.

Finalmente, el caso de presunción de muerte una vez declarada la presunción de muerte del ausente, los herederos o legatarios al día fijado como presuntivo del fallecimiento, reciben los bienes del ausente, inscribiéndose el dominio en el registro correspondiente.

La libre y plena disponibilidad de los bienes, la adquieren una vez declarada la ausencia. Ello supone que durante el período respectivo, el heredero o legatario, son

titulares de dos patrimonios separados: el propio y el recibido del ausente, al ser declarado su fallecimiento presunto.

No obstante, la existencia de los supuestos antes recordados, cabe observar una diferencia importante respecto del fiduciario en el fideicomiso. En las situaciones antes mencionadas, el heredero, que retiene la titularidad de los bienes recibidos, aunque separados de los bienes que integran su patrimonio personal, mantendrá la propiedad de dichos bienes una vez cesada la respectiva situación, o de los bienes remanentes que restaren, quedando entonces legitimado para su plena disponibilidad. En cambio ello no ocurre con el fiduciario, quien cesado o extinguido el fideicomiso, no puede adquirir su dominio o propiedad plenos, que pasarán al beneficiario o al fideicomisario o en suma al fideicomisario.

5. Fideicomiso como patrimonio sin titular

Ante la situación jurídica especial que puedan dar ciertos bienes, según opinión de algunos autores, es fiable contemplar patrimonios que carezcan de un titular.

En Alemania, por ejemplo, se ha admitido desde hace mucho tiempo que aquel que desea fundar un establecimiento útil, no tiene necesidad de hacer ingresar los bienes con que cuenta en el patrimonio de una persona realmente existente, su fundación halla en si misma la razón de su existencia: es un *patrimonio afectado una finalidad determinada*. Lo notable de esto es que esas fundaciones no son el patrimonio de una corporación, *Körperschaft*, son un *Stiftung*, un establecimiento compuesto por una masa de bienes sin que nadie sea considerado como propietario de la misma".³⁷

³⁷ RIPERT y BOULANGER fueron los que ecabezaron dicha teoría.

Para BRINZ,³⁸ deben tomarse en cuenta dos diversos patrimonios. Unos de personas e impersonales los otros; los segundos admiten con propiedad el calificativo de patrimonios a un fin o patrimonio de destino.

De los primeros es titular un sujeto; los segundos en cambio, si bien no tienen propietario, se encuentran destinadas a cierta finalidad y por ende, los derechos que confieren no pertenecen a alguien, sino a algo: el propio patrimonio.

Parece inconcebible la existencia de un patrimonio que carezca de titular, pues como afirma García Maynez³⁹ “todo derecho es, *a fortiori*, facultad jurídica de alguien, así como toda obligación necesariamente supone un obligado. Hablar de derechos sin titular es contradecirse. La noción de deber encontrarse ligada inseparablemente al concepto de persona.

Sostener la existencia de patrimonios sin titular, sería admitir el absurdo de que “algo distinto a las personas realizara las finalidades jurídico-económicas de ese patrimonio, cuya naturaleza reclamara el ejercicio de los derechos y el cumplimiento de las obligaciones que le corresponden; como si pudiera concebirse que algo distinto también a la persona pudiese tener la facultad de rehacer o incrementar el conjunto de bienes que lo constituyan”⁴⁰

Consecuentemente, ante la imposibilidad de patrimonio sin titular, lo positivo respecto a los razonamientos anteriores, es que el fideicomiso trae aparejado en efecto, la afectación de ciertos bienes o derechos a la consecución de un fin determinado.

³⁸ FERRARA, *Teoría de las personas jurídicas*, trad. esp., Ceo, Madrid, 1929, pp. 147 y ss.

³⁹ GARCÍA MAYNES, Eduardo, *Introducción al estudio del Derecho*, Porrúa, México, 1992, p. 89.

⁴⁰ ARAUJO VALDIVIA, Luis, *Derecho de las cosas y Derecho de las sucesiones*, Cajica, 1970, p. 92.

6. El fideicomiso como desdoblamiento del derecho de propiedad

Los lineamientos que prevalecen en la regulación legal llevada a cabo por la LTOC para el fideicomiso, le permite pensar en la posible escisión del derecho de propiedad en dos derechos reales, el fiduciario de uno y el fideicomisario del otro.

El derecho atribuible fiduciario, surge por la ostentación que de propietario tiene ante los terceros, la cual consiste en el poder de decisión 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.⁴¹

Lizardi Albarrán⁴² caracteriza al derecho real es titular el fideicomisario, como aquel que tiene un contenido económico con validez *erga omnes*, que se encuentra íntimamente ligado al fin propuesto mediante el fideicomiso al grado de poder confundirlos y, porque, si bien es fiduciario el que en forma directa ejerce el dominio sobre el objeto de la relación, el fideicomisario puede, en los casos legalmente establecidos, perseguirlos y aun reivindicarlos.

En resumen, concurren sobre una misma cosa 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 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.

En explicación de anterior podríamos decir que existen en el fideicomiso dos tipos de propiedades:

⁴¹ Citado por Batiza en su libro "El fideicomiso ante la teoría general del Negocio jurídico".

⁴² Citado por Batiza en su libro *El fideicomiso ante la teoría general del Negocio jurídico*, Porrúa, 1997, p.89.

Propiedad jurídica: el fiduciario tendrá los derechos de disposición y administración, de acuerdo a los límites del contrato, de los bienes fideicomitidos para poder cumplir con los fines del fideicomiso

Propiedad económica: el fideicomisario tendrá el derecho de disfrutar de los frutos propios que emanen del bien, según los fines del contrato.

7. El fideicomiso como una transmisión de derechos de los que es titular el fiduciario

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 tiene lugar del fideicomitente al fiduciario; criterio compartido por Rodríguez Rodríguez, salvo que conforme al parecer de este último autor, el fideicomiso también puede ser contemplado como negocio fiduciario y como operación bancaria.

A) Opinión de Rodríguez Rodríguez:

Al inferir del artículo 387 de La LTOC, que el fideicomiso implica una traslación de dominio, Rodríguez Rodríguez⁴³ afirma que dicha figura “...*crea una nueva estructura en el derecho de propiedad*”, pues la traslación de dominio habida produce efectos frente a tercero que hace aparecer como dueño al fiduciario, además de que éste no tiene un libre uso, disfrute y dominio sobre los bienes fideicomitidos, ya que dichas facultades de dominio le están limitadas.⁴⁴

Dichas limitaciones son las siguientes:

1) Todas ellas se ejercen en función del fin para efectuar no en interés del fiduciario (artículos 381 y 386, párrafo 2º).

⁴³ RODRÍGUEZ Y RODRÍGUEZ, *op cit*, p.178

⁴⁴ *Idem*.

2) El beneficio económico del fideicomiso recae sobre fideicomisario (artículo 383, párrafo 1º).

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

4) Extinguido el fideicomiso los bienes deben volver fideicomitente (artículo 394), con excepción de los fideicomisos constituidos en favor de personas de orden público (operaciones de derecho público), instituciones de beneficencia o culturales

En ese orden de ideas, los bienes fideicomitados para Rodríguez Rodríguez vienen a constituir un patrimonio separado; esto es, un patrimonio fin o patrimonio de afectación, pero hecha la salvedad y advertencia de que tal patrimonio cuenta con titular.

Así, "el fideicomiso tiene como titular jurídico al fiduciario, pero como titulares económicos al fideicomisario y al fideicomitente; es titular jurídico el fiduciario, porque él, aunque temporal y revocable, es el dueño. Titulares económicos son el fideicomisario y el fideicomitente, porque de ellos son los beneficios de la propiedad misma al concluirse el fideicomiso".⁴⁵

El fiduciario, según el régimen creado, no puede ser beneficiario ni fideicomisario; que el contrato constitutivo no podrá dispensar al fiduciario "de la prohibición de adquirir para sí los bienes fideicomitados". Esta prohibición es demasiado estricta y ha merecido críticas de la doctrina; la limitación puede ir en perjuicio de la posible amplitud práctica de aplicación del fideicomiso.

Al no integrar los bienes transmitidos el patrimonio personal del fiduciario, les da el carácter de "patrimonio separado". En efecto, los bienes fideicomitados constituyen un patrimonio separado del patrimonio del fiduciario y del fideicomisario. La mención del segundo (el fideicomisario) en realidad está de más, pues si el

⁴⁵ RODRÍGUEZ Y RODRÍGUEZ, *op cit*, p. 180.

fideicomisario transfirió los bienes al fiduciario, los mismos ya no forman parte de su patrimonio, dado que han salido de él.

Disponiendo que los bienes fideicomitidos están fuera de la acción de los acreedores del fiduciario, del fideicomisario y del beneficiario. La ley deja a salvo la acción de fraude.

Como complemento de lo expuesto, los bienes del fiduciario no responden por las obligaciones contraídas en la ejecución del fideicomiso las que solo serán satisfechas con los bienes fideicomitidos, con la salvedad de que el contrato no podrá dispensar al fiduciario de la culpa o dolo en que pudieren incurrir él o sus dependientes.⁴⁶

La transferencia fiduciaria de los bienes es el medio o vehículo para alcanzar los fines previstos y no un fin en sí mismo. La transferencia de la propiedad es a "título de confianza", en razón de que la transmisión se realiza porque el fideicomitente confía en el fiduciario para encomendarle un encargo determinado. La transferencia fiduciaria no es onerosa porque el fiduciario no le da nada a cambio del bien al fideicomisario y tampoco es gratuita, porque éste no le regala la propiedad a aquél, quien la recibe sólo para ejecutar el encargo.

El carácter a título de confianza de la transmisión de los bienes fideicomitidos no debe confundirse con el carácter que pueda tener el contrato mismo de fideicomiso. En efecto, éste será oneroso o gratuito en función de que el fiduciario reciba o no una retribución por su gestión. En este caso, en ausencia de una manifestación expresa en tal sentido presume su onerosidad, delegando en el juez la medida de la retribución.

Una característica de la propiedad fiduciaria es su transitoriedad, ya que la misma está restringida a que el fiduciario la retransmita en cumplimiento del encargo

⁴⁶ En cuyo caso responde personalmente de los daños y perjuicios causados.

de que el bien sea entregado al fideicomisario, dándose, así, por extinguido el carácter fiduciario del bien con ese nuevo traspaso.

Los bienes fideicomitados ante la teoría del patrimonio-afectación

Los principios del patrimonio-personalidad

Se define reiteradamente al 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 no cuenta más 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. 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, etcétera.

La corriente más difundida que explica al patrimonio corre a cargo de la Escuela de la Exégesis; 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:

1.- *Solo las personas pueden tener un patrimonio.* Las personas son, por definición, los seres capaces de ser sujetos activos o pasivos de los derechos; por consiguiente solo 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.- *Toda persona no tiene más que un patrimonio.* El patrimonio es uno, como la persona; los bienes y 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 beneficiario 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: personales y los bienes que recibió del difunto; así parece que el heredero tiene dos patrimonios.

4.- *El patrimonio es inseparable de la persona.* En tanto la persona vive no se puede producir ninguna transmisión de su patrimonio a otra persona; no puede enajenar más elementos, uno después de otro. Su patrimonio considerado como universalidad no es sino la consecuencia de su propia personalidad y siempre permanece necesariamente unido a él por lo que todas las transmisiones que se hacen *inter vivos* son a título particular. La transmisión de la universalidad del patrimonio no puede hacerse sino después de la muerte de una 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.

Carácter propio del patrimonio. Los bienes y las 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. Éstos pueden cambiar, desaparecer enteramente y no así el patrimonio que siempre es el mismo, durante toda la vida de la persona.

La posibilidad de que existan varias masas independientes de bienes, cuyo común denominador y características distintivas a la vez, sean su destino para la obtención de ciertos fines económico-jurídicos, es lo que ha dado lugar a que surja una nueva teoría que pretende explicar el patrimonio. Es la teoría del *Patrimonio-afectación*.

El patrimonio actualmente se ha definido tomando en cuenta el destino que en un momento dado tengan determinados bienes, derechos y obligaciones, con relación a un fin jurídico, gracias al cual se organizan legalmente en una forma autónoma. De esta suerte, siempre encontraremos un conjunto de bienes, derechos y obligaciones destinados a la realización de un fin determinado, sea de naturaleza jurídica o económica estaremos en presencia de un patrimonio por cuanto que se constituye una masa autónoma organizada jurídicamente en forma especial, tal como sucede con el patrimonio de familia.⁴⁷

De lo anterior se desprende que una persona puede tener tantos patrimonios como grupos de bienes que destine a la consecución de otros tantos fines, siendo titular de todos y cada uno de ellos, algunos artículos rectores del fideicomiso en la LTOC, le son aplicables a la masa fideicomitida al *patrimonio afectación*

Ciertamente, a través de la figura en cuestión se destina uno o varios bienes al logro de una finalidad, como señala el artículo 381 de La ley enunciada, según el cual, repetimos, "en virtud del fideicomiso el fideicomitente destina ciertos bienes a un fin determinado"

Son asimismo contundentes los artículos 384 y 386 del ordenamiento señalado, pues el primero hace mención expresa aquel fideicomiso implica una *afectación de*

⁴⁷ ROJINA VOLLEGAS, Rafael, *Compendio de Derecho Civil*, Porrúa, México, 1985, p.15.

bienes, y el segundo se refiere a que dichos bienes se entienden *afectos* a los fines de aquél. Más aún, el artículo 391 de La misma ley hace referencia al patrimonio objeto del fideicomiso.

Consecuentemente Los puntos que fundamentan La teoría al patrimonio-afectación por un lado y los dispositivos rectores del fideicomiso por el otro, dan como conclusión primera que la masa de bienes fideicomitados integran un patrimonio.⁴⁸

El fideicomiso es el negocio mediante el cual una persona trasmite la propiedad de ciertos bienes con el objeto de que sean destinados a cumplir un fin determinado. En esta conceptualización genérica se destacan dos aspectos claramente definidos: uno, la transferencia de la propiedad del bien; otro, un mandato en confianza.

⁴⁸ Autor, citado por Batiza en su libro *El fideicomiso ante la teoría general del Negocio jurídico*, Porrúa, 1997, p.90.

CAPÍTULO V

ANÁLISIS DE LAS PARTICULARIDADES DE LA PROPIEDAD FIDUCIARIA

En el capítulo anterior, que destinamos a comentar las distintas opiniones emitidas para explicar la naturaleza jurídica del fideicomiso, veíamos que entre otras teorías se mencionan la del fideicomiso como patrimonio sin titular, o bien, como desdoblamiento del derecho de propiedad.

En consecuencia, el problema correspondiente al régimen aplicable a los bienes fideicomitados, 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, cuál o cuáles de ellos es o son sus titulares, o si, por el contrario, se trata simplemente de una masa de bienes afectos a un fin, supuesto en el cual, cabe también hacer 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.

La propiedad, como figura del Derecho Positivo, se encuentra reconocida y regulada por la legislación común.⁴⁹ Debido a la carencia que dicha legislación tiene respecto a una definición de propiedad, ya que solamente determina las características de la misma, nos referiremos a la Legislación del Estado de Jalisco.

“La propiedad es el derecho real, de usar, disfrutar, conservar y disponer de un bien con las limitaciones y modalidades que fijen las leyes. La propiedad presume para su titular la posesión del bien”. Artículo 900 del Código Civil para el estado de Jalisco.

⁴⁹ Siendo aplicable la legislación del Distrito Federal.

Del anterior precepto se puede concluir las características que posee la propiedad: disposición, goce y disfrute, que representan el señorío jurídico que se tiene sobre una cosa. El propietario ejerce un poder pleno sobre la cosa *ius utendi, ius fruendi, ius abutendi*.⁵⁰ Es el Derecho Subjetivo que otorga a su titular el poder de gozar y disponer plenamente de una cosa.

Recordemos que los derechos reales, son derechos oponibles a cualquier tercero, que facultan a su titular para que saque provecho de una cosa, sea en la forma máxima que permite el derecho en cuyo caso hablamos del derecho de propiedad o en una forma reducida, como sucede con los diversos "desmembramientos de la propiedad".⁵¹

La propiedad fiduciaria, es muy importante ya que como se ha señalado, en todos los fideicomisos se transmiten los bienes que integran su patrimonio al fiduciario, quien está obligado a destinarlos única y exclusivamente a los fines del fideicomiso, con la ventaja de que cuando el fideicomitente y el fideicomisario son distintas personas y a través del fideicomiso se regulan ciertos derechos y obligaciones, los bienes no pueden destinarse a fines diversos, poniendo en riesgo el adecuado cumplimiento y el ejercicio de los derechos de las partes.

Es importante señalar que el patrimonio de un fideicomiso es inembargable, lo cual le da gran seguridad a las partes que realizan negocios mediante fideicomisos.

Asimismo, por el hecho de que en el fideicomiso el fiduciario es el titular del patrimonio, al fallecimiento de alguna de las partes, los bienes no forman parte de la masa hereditaria, sino que están destinados solamente a la realización del fin del fideicomiso, dándole continuidad a la culminación de los negocios, los cuales

⁵⁰ Derechos inherentes del propietario establecidos en el Derecho Romano. Derecho de usar, disfrutar y disponer respectivamente.

⁵¹ MARGADANT S, Guillermo, *Derecho Romano*, Esfinge, México, 1995. p. 228.

no se ven bloqueados por el fallecimiento o desviaciones fraudulentas, ya que está de por medio una institución fiduciaria.

El fideicomiso constituye una transmisión de bienes que hace una parte fideicomitente a la otra fiduciario, bienes que deben estar individualizados en el contrato (o testamento) o, de no ser ello posible, constará la descripción de sus requisitos y características.

Patrimonio fideicomitado. Según el artículo 386, los bienes que comúnmente se aporta a un fideicomiso son los siguientes:

Dinero para realizar inversiones, acciones de empresas que coticen o no en bolsa, terrenos, casas, facturas de maquinaria y otros activos fijos, derechos emanados de otros tipos de contratos, títulos de crédito y en general todo tipo de bienes y derechos susceptibles de comercializarse.

Es por esto que el fideicomiso sirve como base en la realización de un gran número de negocios y de las actividades económicas y familiares en general.

La propiedad fiduciaria, derivada del fideicomiso, es una institución sui generis que ha sido adoptada por la legislación mexicana de otros países.

La peculiaridad y flexibilidad del fideicomiso, no puede desvirtuar, figuras jurídicas reconocidas por la ley, por lo tanto deben aplicarse y ajustar las figuras reales del derecho positivo ya existentes a determinadas situaciones en las cuales los particulares o el Estado necesitan complementar unas con otras para lograr un objetivo lícito.

La Suprema Corte de Justicia de la nación considera la propiedad civil diferente de la propiedad fiduciaria, estando en el supuesto de que se ha creado una nueva figura jurídica:

Instancia 3^a sala

Fuente Semanario Judicial de la Federación

Época 7^a

Volumen 139-144

Página 53

Rubro: FIDEICOMISO. TITULARIDAD FIDUCIARIA. SU DIFERENCIA CON LA PROPIEDAD CIVIL.

Existe una gran diferencia entre la propiedad civil y la titularidad fiduciaria, pues la primera tiene la facultad de gozar y disponer de un bien, solamente con las modalidades y limitaciones que fijen las leyes; en cambio, en la segunda el titular no tiene derecho de gozar del bien, por que no puede disponer para su provecho de la posesión y de los frutos, puesto que normalmente tales derechos se destinan al fideicomisario, que no lo puede ser la institución fiduciaria; y por otra parte, la titularidad fiduciaria solamente puede desarrollarse dentro de los límites fijados en el contrato de fideicomiso, mas esta circunstancia lleva a establecer que mientras la fiduciaria desarrolle la titularidad que le fue conferida por el fideicomitente , sobre el bien afectado en fideicomiso, su actuación no podrá considerarse nula por ser contraria al tenor de las leyes prohibitivas o de interés público.⁵²

En el caso del fideicomiso estamos en presencia de una transmisión de bienes afectos a un fin lícito, y si se considera la propiedad fiduciaria completamente diferente a la propiedad civil, dicha transmisión se realiza mediante la llamada titularidad fiduciaria , en donde precisamente la institución de crédito actúa como fiduciario, recibe la propiedad de los bienes afectos al fideicomiso, pero no con la facultad de gozar de ellos para beneficio de sí mismo, sino que debe conservarlos y destinarlos al los fines pactados en el fideicomiso.

La naturaleza de la propiedad fiduciaria se ve desvirtuada con la reforma al artículo 383 de la LGTOC, la llamada titularidad fiduciaria, no comprende la facultad de disposición de los bienes, ya que ésta solamente podría realizarse mediante ejecución del contrato, de conformidad con la finalidad establecida en el mismo: en

⁵² Amparo directo 2158/76. Ma de los dolores Teresa Saldivar Porras y coags. 25 de julio de 1980. 5 votos. Ponente: Raúl Lozano Ramírez. Véase: Séptima época: Vol. 133-138, Cuarta parte, pág.97.

este sentido, al fiduciario solamente le estaba concedida la facultad de administración , conservación y en algunos casos , la facultad de uso , de los bienes par que posteriormente , estos fueran dispuestos por el propio fiduciario, de acuerdo con las instrucciones previamente giradas por el fideicomitente.

Con la reforma la propiedad fiduciaria ha dado un giro que parece ser benéfico para las instituciones crediticias, ya que aunque limitada se le concede la facultad de disposición , es cierto que solamente puede operar en caso de incumplimiento por parte del deudor o acreditando de las obligaciones contraídas con la propia fiduciaria, pero también es cierto que esa facultad elimina la posibilidad de defensa de los bienes por parte del fideicomitente, misma que ocurre en los llamados fideicomisos en garantía , en donde no se habla de una transmisión para el pago de obligaciones incumplidas, sino de una transmisión para garantizar obligaciones incumplidas. Hablar de garantía es diferente que hablar de pago. En la primera deben agotarse varias instancias previas a la ejecución de la garantía y solo mediante resolución judicial que ordene la ejecución o bien, por acuerdo entre las partes; pero no solamente los fideicomitentes tienen la opción de la defensa de los bienes otorgados en garantía, sino que tienen además la facultad de negociación con la acreedora de la deuda contraída, con lo cual el deudor no se vería privado de los bienes que otorgó para garantizar sus adeudos.

Al hablar de bienes transmitidos para pago en caso obligaciones incumplidas, se puede decir que no ha habido tal supuesto ya que si hablamos de que al constituirse el fideicomiso, los bienes son transmitidos por ese solo hecho, dicha transmisión habrá extinguido la deuda, es decir, aunque de manera condicionada, ya se encuentra pagada de ante mano la misma, al haber transmitido sus bienes, por ser este el fin del fideicomiso de garantía con ejecución inmediata del fin, sin necesidad de acudir a las instancia anteriormente mencionadas y por ende ante un supuesto de pérdida de acción de defensa por parte del fideicomitente , que se pretende proteger a las instituciones de crédito, para que no se les garantice el pago

del crédito otorgado, sino para que se les pague anticipadamente la deuda, aunque sea de manera condicionada.

La verdadera naturaleza de la propiedad fiduciaria no debe entenderse solo para los pasivos, sino también para todos los bienes fideicomitidos, situación que no está prevista en la reforma, ya que con la misma se está validando una prohibición legal, siendo ésta la posibilidad de disposición inmediata y arbitraria de bienes por parte de la fiduciaria, retirando por ende, la protección de los bienes fideicomitidos.

Lo adquirido por el fiduciario lo califica la ley como propiedad fiduciaria, quedando entendido que ella será dominio fiduciario si se trata de cosas (muebles o inmuebles), y propiedad fiduciaria, propiamente dicha, si recae sobre objetos inmateriales o incorporales susceptibles de valor (créditos, derechos intelectuales, marcas de fábrica y "derechos" en general).

El "dominio" y "propiedad" no tienen plena equivalencia pese a que el Código Civil suele usarlos en modo indistinto y con igual alcance. Propiedad sería el género y el dominio una de sus especies.

La Corte Suprema de Justicia de la Nación, en su reiterada jurisprudencia, le ha dado a la voz "propiedad" un alcance amplísimo, con el sentido comprensivo de todo y cualquier derecho patrimonial. La expresión de "dominio", está reservada para las cosas, muebles o inmuebles).

El fiduciario no se equipara al que asume comúnmente el dominio de la propiedad del bien que es objeto del acto transmisivo. En cuanto respecta al "dominio" ⁵³

El dominio perfecto tiene tres caracteres: **es exclusivo**: dos personas no pueden tener cada una la totalidad el dominio de una cosa, ya que, si hay titularidad común de dos ó más personas, el derecho real no es ya "dominio" sino "condominio"; **es perpetuo**: ya que subsiste independientemente de su ejercicio, salvo que otra

⁵³ Que es el "modelo" con que se expresa la ley.

persona lo adquiera por prescripción, caso en el que el anterior titular pierde el dominio por razón del carácter exclusivo antes mencionado; y es **absoluto**: se confiere el máximo de facultades a su titular, quien podrá disponer, usar, poseer y gravar la cosa dentro de los límites que marca la ley.

El dominio fiduciario sólo goza de la característica de exclusividad y carece de las otras dos, y es justamente aquí donde aparece la diferencia que distingue al dominio fiduciario como especie del dominio imperfecto o menos pleno.

El "dominio fiduciario" no es perpetuo, ya que tiene un plazo resolutorio o extintivo, que puede quedar sujeto a una condición resolutoria y, al producirse su cumplimiento, también se extingue.

El dominio fiduciario carece también del carácter de ser absoluto, ya que el bien, en sentido amplio, que se transfiere al fiduciario, se lo entrega el fideicomisario para que cumpla una finalidad, a especificar en el contrato o testamento que crea el fideicomiso y que configura, por lo general, la condición cuyo cumplimiento produce su extinción (resolución) faculta al fiduciario para disponer o gravar los bienes fideicomitados "cuando lo requieran los fines del fideicomiso", la ley le impone el deber de conducirse "con la prudencia y diligencia del buen hombre de negocios"⁵⁴ que actúa sobre la base de la confianza depositada en él".

La ley confirma los "fines" a cumplir por el fiduciario al disponer que la "propiedad fiduciaria" deberá ser ejercida por el fiduciario "en beneficio de quien se designe en el contrato" (o en el testamento) y dar a los bienes el destino indicado, a la finalización del fideicomiso

La ley establece que el fiduciario no adquiere "para sí" los bienes que se le transmiten, lo que le prohíbe expresamente.

Los bienes objeto del fideicomiso no ingresan al patrimonio personal del fiduciario, quien sólo tiene la titularidad formal, con el dominio de la cosa inmueble o

⁵⁴ Se reemplazó el término tradicional que imponía actuar como "un buen padre de familia".

mueble susceptible de registro, inscripto a su nombre, lo que le confiere la necesaria legitimación para proceder a su disposición, ya sea para cumplir los fines o ya para transferirlos al fideicomisario o a quien corresponda, al producirse su extinción.

La ley dispone que el carácter fiduciario del dominio tendrá efecto frente a terceros desde el momento en que se cumplan las formalidades exigibles.

El acto de transmisión del dominio o de la propiedad, no es ni gratuito ni oneroso para el fiduciario; recibe los bienes a título de confianza, para cumplir los fines instruidos por el fideicomisario, con los alcances indicados, es el titular del dominio fiduciario o propiedad fiduciaria de esos bienes.

La ley ratifica esa posición normativa al prever la muerte del fiduciario, si es persona física, o su extinción si es persona jurídica. En el primer los bienes no se transmiten a los herederos del fiduciario, ni aun como propiedad fiduciaria, prevén supuestos de que al cesar el fiduciario en sus funciones como tal, debe ser reemplazado, o por el sustituto designado, o aplicando el procedimiento fijado para el reemplazo, o en última instancia por designación judicial, debiendo en todos los casos, transmitir los bienes fideicomitidos al nuevo fiduciario; todo lo cual confirma el criterio de la ley de que esos bienes no se transmiten a los sucesores del fiduciario.

Podríamos hablar de un "patrimonio separado" al patrimonio personal del fiduciario, pues si el fideicomisario transfirió los bienes al fiduciario, los mismos ya no forman parte de su patrimonio, dado que han salido de él. Los bienes fideicomitidos están fuera de la acción de los acreedores del fiduciario (singular o colectiva), del fideicomitente. En cuanto al fideicomitente, ello es obvio por la razón antes expuesta y por no ser acreedor del patrimonio fiduciario (la ley deja a salvo la acción de fraude), y en cuanto a los acreedores del fideicomisario, cabría agregar, la conclusión surge de que ellos no son aun titulares del dominio o propiedad de los bienes transmitidos al fiduciario, lo que ocurrirá una vez extinguido el fideicomiso. Estos últimos acreedores (los del beneficiario) podrán ejercer sus derechos sobre los frutos de los bienes fideicomitidos, sin perjuicio de lo que establezca a su respecto el contrato o testamento. Cabe recordar que esos frutos no integran el patrimonio

personal del fiduciario, sino que ingresan al patrimonio fiduciario, al igual que los bienes que se lleguen a adquirir con los mismos.

Los bienes del fiduciario no responden por las obligaciones contraídas en la ejecución del fideicomiso "las que sólo serán satisfechas con los bienes fideicomitidos".

La naturaleza jurídica de la intervención del fiduciario en los contratos de fideicomiso, se ve seriamente afectada o modificada con la inclusión de la ya mencionada reforma al artículo 383 de la LGTOC ya que el permitir que la institución de crédito actué como fiduciario y como fideicomisario en primer lugar, representa un claro prejuicio en contra de los intereses del fideicomitente.

Si bien es cierto, que dicha permisión se encuentra limitada únicamente a una situación concreta, también lo es, que puede representar un antecedente que motive iniciativas o proyectos legislativos que tiendan a extender dicha posibilidad a todos los tipos de negocios fiduciarios, con lo cual se rompe completamente el esquema tradicional y jurídico de nuestra estructura fiduciaria.

Al hablar de la naturaleza del mismo la SCJN ha establecido que nuestra legislación se concibe al fideicomiso como una afectación patrimonial a un fin, cuyo logro se confía a las gestiones de un fiduciario, afectación por virtud de la cual el fideicomitente queda privado de toda acción o derecho de disposición de los bienes fideicomitidos, de los que pasa a ser titular la institución fiduciaria para el exacto y fiel cumplimiento del fin lícito encomendado.⁵⁵

Ha establecido el criterio de que en el fideicomiso, a semejanza del mandatario que actúa en interés y por cuenta de un mandante, el fiduciario actúa en interés y cuenta del fideicomitente, y el fiduciario también obra en ejercicio de las facultades que se le han conferido, y por esa transmisión de determinados derechos sobre los bienes dados en fideicomiso, por lo que el fideicomitente no puede modificar ni

⁵⁵ Amparo directo 4391/69 Banco hipotecario, Fiduciario y de ahorros, S.A., 6 de noviembre de 1970, 5 votos, Sexta época: Volumen CXXXV, Cuarta parte, pág.77, Ponente: Mariano Azuela.

desconocer lo que el fiduciario ha hecho dentro del campo de las facultades transferidas para la realización del fin perseguido.

Séptima Época

Instancia: Pleno

Fuente: Semanario Judicial de la Federación

Tomo: 205-216 Primera Parte

Página: 52

Fideicomiso, naturaleza del. El fideicomiso es un negocio jurídico por medio del cual el fideicomitente constituye un patrimonio autónomo, diverso de los patrimonios propios de las partes que intervienen en el contrato respectivo, cuya titularidad se concede a la institución fiduciaria para la realización de un fin determinado.⁵⁶

⁵⁶ Amparo en revisión 769/84. Unitas, S. A. de C. V. 26 de agosto de 1986. Mayoría de diecisiete votos. Disidentes: Mariano Azuela, Atanasio González Martínez y Ulises Schmill Ordoñez. Ponente: Felipe López Contreras. Secretario: Diego Isaac Segovia Arrazola.

CONCLUSIONES

Como puede observarse, cualquier explicación que gire en torno a las características distintivas del fideicomiso, hace referencia a su aspecto patrimonial. Así, podemos tomar ideas importantes de cada teoría, de cada autor, desechar posturas, bien se desdoble la propiedad que era única en el fideicomitente, bien se crea un patrimonio carente de titular, o bien, se transmite plena o limitante a la fiduciaria el dominio de los bienes. Más aún, como ya lo hemos enunciado, el concepto mismo que la ley señala que "por virtud del fideicomiso, el fideicomitente destina ciertos bienes...".

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

Una vez descalificando la posibilidad anterior, consideramos remarcable los siguientes puntos:

Primero.- El fideicomiso es un negocio jurídico, en oposición a los actos jurídicos *stricto sensu* por lo que consideramos esto el punto de partida de cualquier consideración tendiente a determinar su naturaleza.

El fideicomiso en general está compuesto de dos diversos negocios; uno, el constitutivo, que es una declaración unilateral por la que el fideicomitente manifiesta su voluntad en el sentido de destinar ciertos bienes a la realización de un fin lícito y determinado; y otro, éste sí un contrato, que admite denominársele "de ejecución de fideicomiso", por el que la fiduciaria se obliga con quien lo celebra a llevar a cabo todos los actos tendientes a la realización de ese fin.

Segundo.- La transferencia fiduciaria de los bienes es un medio o un vehículo para alcanzar los fines previstos y no un fin es sí mismo.

Tercero.- Tomamos como válido el termino "propiedad fiduciaria" sin perder de vista que es esta una institución *sui generis*, distinta de la propiedad civil, ya que en el caso del fideicomiso estamos en presencia de una transmisión de bienes afectos a un fin lícito, y si se considera la propiedad fiduciaria completamente diferente a la propiedad civil, dicha transmisión se realiza mediante la llamada titularidad fiduciaria , en donde precisamente la institución de crédito actúa como fiduciario, recibe la propiedad de los bienes afectos al fideicomiso, pero no con la facultad de gozar de ellos para beneficio de sí mismo, sino que debe conservarlos y destinarlos al los fines pactados en el fideicomiso.

Incluso nos permite pensar en la posible escisión del derecho de propiedad en dos derechos reales, el fiduciario de uno y el fideicomisario del otro, hablar tanto de una titularidad legal o jurídica (la tendría el fiduciario) como de una titularidad económica que ostentaría el fideicomisario.

El fideicomiso tiene como titular jurídico al fiduciario, pero como titulares económicos al fideicomisario y al fideicomitente; es titular jurídico el fiduciario, porque él, aunque temporal y revocable, es el dueño. Titulares económicos son el fideicomisario y el fideicomitente, porque de ellos son los beneficios de la propiedad misma al concluirse el fideicomiso.

Cuarto.- Aceptamos como cierta la constitución de un patrimonio autónomo; esto es, un patrimonio fin o patrimonio de afectación, pero hecha la salvedad y advertencia de que tal patrimonio cuenta con titular.

El fiduciario es el receptor de ciertos bienes, los que se mantienen separados del patrimonio de los demás sujetos que participan en el negocio y del suyo propio.

La transmisión del bien produce el efecto jurídico de hacer nacer el patrimonio separado en cabeza del fiduciario transformándose, así, en un bien fideicomitido.

Después del análisis desarrollado a lo largo de esta monografía y tomando en cuenta los puntos más importantes desarrollados en aspectos tanto legales como doctrinales concluimos que:

El fideicomiso es un negocio jurídico por medio del cual el fideicomitente constituye un patrimonio autónomo, diverso de los patrimonios propios de las partes que intervienen en el contrato respectivo, cuya titularidad se concede a la institución fiduciaria para la realización de un fin determinado.

BIBLIOGRAFÍA:

ACOSTA ROMERO MIGUEL, *Las instituciones fiduciarias y el fideicomiso en México*, Porrúa, México, 1992.

ACOSTA ROMERO, Miguel, *Nuevo Derecho Bancario*, Porrúa, México, 1997.

ALFARO, Ricardo J, *El fideicomiso*, Imprenta nacional, Panamá, 1920.

ARAUJO Valdivia, *Derecho de las cosas y derecho de las sucesiones*, Cajica, México 1970.

BARRERA GRAF, Jorge, *Tratado de Derecho Mercantil*, Porrúa, México, 1957.

BARRERA GRAF, Jorge, *Nueva Legislación Bancaria*, Porrúa, México, 1985.

BATIZA Rodolfo, *Principios básicos de fideicomiso y de la administración fiduciaria*, Porrúa, México, 1997.

BATIZA Rodolfo, *El fideicomiso. Teoría y práctica*, Porrúa, 1987

CABELLO ROMERO, José Ramón, *Lecciones de Derecho Bancario*, Amate, Zapopan Jalisco, México, 1997

CERVANTES AHUMADA, Raúl, *Títulos y Operaciones de Crédito*, Santillana, México, 1983.

Código de Comercio, Porrúa, México, 2001.

Código Civil para el Distrito Federal, Porrúa, México, 2001.

Código Civil para el estado de jalisco, Delma, México, 2002.

FERRARA, Francisco, *Teoría de la personas jurídicas*, Ceo, Madrid, 1992.

GARCÍA MAYNEZ, Eduardo, *Introducción al Estudio del Derecho*, Porrúa, México, 1992.

LANDRECHE Obregón, *Naturaleza jurídica del fideicomiso en el Derecho Mexicano*, en revista *jus*.

Legislación Bancaria, Delma, México, 2002.

Ley general de instituciones de crédito, Porrúa, México, 2002.

Ley general de títulos y operaciones de crédito, Porrúa, México, 2002.

MARGADANT, Guillermo, *Derecho Romano*, Esfinge, S.A., México, 1995.

RODRÍGUEZ Y RODRÍGUEZ, Joaquín, *Curso de Derecho Mercantil*, Porrúa, México, 1992.

ROJINA VILLEGAS, Rafael, *Compendio de Derecho Civil*, Porrúa, México, 1986.

"*El Fideicomiso y la Ley de Inversiones Extranjeras*", estudio publicado revista *El Foro*, Órgano de la Banca Mexicana del Colegio de Abogados, sexta época, núm. 7, octubre-diciembre, México, D. F., 1926, pp. 43 y ss.

