



UNIVERSIDAD PANAMERICANA

SEDE GUADALAJARA

**"ANÁLISIS DEL FIDEICOMISO EN
RELACIÓN A LA REFORMA DEL ARTÍCULO 348
DE LA LEY GENERAL DE TÍTULOS Y
OPERACIONES DE CRÉDITO"**

SERGIO ROMERO VELÁZQUEZ

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, Jalisco. Noviembre de 1998.



54709

CLASIF: TE
DER. 1998 ROM
ADQUIS: 54709 q. 2
FECHA: 14/09/04
DONATIVO DE _____ Apoyan al 47189
\$ _____



UNIVERSIDAD PANAMERICANA

SEDE GUADALAJARA

"ANÁLISIS DEL FIDEICOMISO EN
RELACIÓN A LA REFORMA DEL ARTÍCULO 348
DE LA LEY GENERAL DE TÍTULOS Y
OPERACIONES DE CRÉDITO"

SERGIO ROMERO VELÁZQUEZ

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, Jalisco. Noviembre de 1998.



UNIVERSIDAD PANAMERICANA

SEDE GUADALAJARA

DICTAMEN DEL TRABAJO DE TITULACIÓN

C. SR. SERGIO ROMERO VELÁZQUEZ
Presente.

En mi calidad de Presidente de la Comisión de Exámenes Profesionales y después de haber analizado el trabajo de titulación en la alternativa de TESIS titulado: "ANÁLISIS DEL FIDEICOMISO EN RELACIÓN A LA REFORMA DEL ARTÍCULO 348 DE LA LEY GENERAL DE TÍTULOS Y OPERACIONES DE CRÉDITO" presentado por usted, le manifiesto que reúne los requisitos a que obligan los reglamentos en vigor para ser presentado ante el H. Jurado del Examen Profesional, por lo que deberá entregar siete ejemplares como parte de su expediente al solicitar examen.

Atentamente
EL PRESIDENTE DE LA COMISIÓN



LIC. ALBERTO JOSÉ ALARCÓN MENCHACA

Zapopan, Jalisco a 30 de Septiembre de 1998.

Guadalajara, Jalisco a 10 de Septiembre de 1998.

**UNIVERSIDAD PANAMERICANA
SEDE GUADALAJARA
ESCUELA DE DERECHO
P R E S E N T E .**

A QUIEN CORRESPONDA.

Por este conducto me permito comunicar mi definitiva aprobación al trabajo de tesis profesional, titulado "ANÁLISIS DEL FIDEICOMISO EN RELACIÓN A LA REFORMA DEL ARTÍCULO 348 DE LA LEY GENERAL DE TÍTULOS Y OPERACIONES DE CRÉDITO" elaborado por el R. Sergio Romero Velázquez, por encontrar que reúne las características esenciales de un trabajo de esta índole.

Agradeciendo sus atenciones, quedo a sus órdenes para cualquier aclaración o comentario al respecto.

ATENTAMENTE



LIC. ALBERTO JOSÉ ALARCÓN MENCHACA

A Dios, por brindarme la oportunidad de llegar a este momento.

A mis padres, por el ejemplo, incondicional apoyo y el cariño que me han brindado en la vida y especialmente en mi educación.

Por lo que representa en mi vida, a Claudia Yaquemi.

A mis hermanos Humberto, Miguel Angel y Mauricio.

A mis tíos Male y Guillermo por el cariño que me han hecho sentir.

Al Lic. Fabian Oscar Monsalve Agraz.

I N D I C E

INTRODUCCION.	4
CAPITULO I.- ANTECEDENTES HISTORICOS.	7
A) Fiducia en Roma.	7
B) El Mayorazgo.	11
C) El Trust Angloamericano.	14
1.- Generalidades.	14
2.- Evolución Histórica del Trust Angloamericano.	18
a) El uso como antecedente.	18
b) Hipótesis Romana.	19
c) Hipótesis Germánica.	20
d) Hipótesis Aborigen.	20
e) Hipótesis Indeterminada.	21
3.- Sujetos del Trust.	28
4.- Clasificación del Trust.	29
D) Aparición del Fideicomiso en México.	34

CAPITULO II.- CONCEPTOS GENERALES.	53
A) Definición.	53
B) Elementos del Fideicomiso.	56
C) Formalidades.	61
D) Vigencia.	62
E) Derechos y obligaciones de las Partes.	63
F) Tipos de Fideicomiso.	71
G) Distinción frente a otras figuras.	76
H) Finalidades del Fideicomiso.	80
I) Extinción del Fideicomiso.	81
CAPITULO III.- MARCO LEGAL DEL FIDEICOMISO.	84
Legislación Mexicana.	84

CAPITULO IV.- REFORMA AL ART. 348 DE LA LEY	
GENERAL DE TITULOS Y OPERACIONES DE CREDITO.	98
1) MENCION DE LA REFORMA.	98
2) ANALISIS DEL ULTIMO PARRAFO DEL NUMERAL.	100
a.- Efectos en la propiedad fiduciaria.	105
a.1.- Antes de la reforma.	105
a.2.- Después de la reforma.	110
3) EL CONTRATO DE FIDEICOMISO	
AL AMPARO DE LA REFORMA.	115
a.- Características del Contrato	
al amparo de la Reforma.	115
b.- Diferencias con el Fideicomiso	
de Garantía.	121
CONCLUSIONES.	124
BIBLIOGRAFIA.	131

INTRODUCCION

La importancia que representa para nuestro sistema jurídico la figura del fideicomiso, ha sido la principal causa y motivo de la presente investigación, persiguiendo con ésta, un breve y sencillo análisis de la figura jurídica.

La presente investigación se desarrolla dividida en cuatro capítulos, los cuales hemos denominado ANTECEDENTES HISTORICOS; CONCEPTOS GENERALES; MARCO LEGAL DEL FIDEICOMISO; Y REFORMAS AL ART. 348 DE LA LEY GENERAL DE TITULOS Y OPERACIONES DE CREDITO.

En el capítulo primero, que lleva por nombre Antecedentes Generales, se abordan de una manera sencilla, los orígenes de la figura jurídica, tratando de esclarecer la verdadera naturaleza que tuvo el fideicomiso al ser creado, y que sin duda, constituye un importante precedente para el desarrollo de los posteriores capítulos.

En el capítulo segundo, hablaremos de los conceptos generales, comprendiendo éstos, desde la definición del fideicomiso, hasta las maneras en que se puede extinguir, tratando de ubicar la realidad en la que se encuentra el fideicomiso en nuestro sistema jurídico.

a todos los tipos de negocios fiduciarios, con lo cual se rompe completamente el esquema tradicional y jurídico de nuestra estructura fiduciaria.

CAPITULO I ANTECEDENTES HISTORICOS.

A.- FIDUCIA EN ROMA

El análisis del fideicomiso como institución jurídica, necesariamente nos remonta a Roma, analizando la figura jurídica llamada "fiducia". Para dicho análisis recurriremos a la opinión de Cloret y Martí¹, que considera al "Pactum Fiducia" como una forma de asegurar una deuda en el derecho Romano que consistía en que el deudor transmitía la propiedad de un objeto a su acreedor y éste tenía que hacer la devolución del mismo una vez llegado el caso convenido.

"La fiducia Cum Creditare" funcionaba cuando una persona se convertía en deudor de otro. Si el deudor no pagaba la deuda contraída a su debido tiempo, el acreedor podía retener la cosa para él o venderla.

La fiducia no sólo servía para garantizar una deuda, también se utilizaba para realizar un depósito o un comodato y entonces se le denominaba "fiducia com amico" y era cuando una persona en tiempo de peligro vendía sus bienes a un amigo más poderoso, para que se los devolviera una vez pasado el peligro.

¹ CLORET Y MARTI, nombre propio, citado por BAUCHE GARCADIAGO, Mario, Operaciones Bancarias. Primera edición, ed. Porrúa, México, D.F. 1967, p. 322.

Pero donde encontramos uno de los antecedentes remotos de nuestro actual negocio jurídico conocido como fideicomiso, fue en el "Fideicommissum" Romano. La palabra fideicommissum proviene del latín "fides" que significa fe y de "commissus" que es comisión.

El fideicomiso hace su aparición en el derecho civil y para ser más exactos en las sucesiones, naciendo como consecuencia del deseo de los testadores para que se cumpliera su voluntad una vez muertos, en relación con los bienes que transmitían a sus herederos y por otra parte suplir las incapacidades para poder heredar.

Al respecto Eugéne Petit² nos dice que sólo los ciudadanos romanos tenían la capacidad de testar, estando, por el contrario, privadas de ella las personas siguientes: los peregrinos, que podían testar según el derecho de su ciudad, pero no según el derecho romano; los latinos junianos y los dediticios, que estaban privados completamente del derecho de testar; los esclavos; los hijos de familia, ya que no podían tener su propio patrimonio; y aquéllas personas que habiendo sido testigos, hubiesen negado su testimonio.

Cuando un testador quería favorecer a una persona que no tenía la capacidad para testar o dejar un testamento válido, la "testamenti factio", rogaba a

su heredero para que ejecutara su voluntad para dar al incapaz, bien fuera un objeto particular o bien la sucesión en todo o en parte. Esto es lo que se llama un fideicomiso, a causa de los términos empleados: rogo, fideicommitto. al heredero gravado se le llama fiduciario, y aquél a quien restituye, fideicomisario.

Floris Margadant, citado por Bauche Garciadiego, dice que "el fideicomiso era una súplica hecha por el fideicomitente, a un fiduciario, para que entregara determinados bienes a un fideicomisario; la forma que tomaba era la de fideicomiso "mortis causa", en el cual el fideicomitente era el autor de la herencia, el fiduciario, el heredero o legatario y el fideicomisario un tercero".³

No siempre el fiduciario debía entregar el objeto del fideicomiso, ya que, por un intervalo podía disfrutarlo; este intervalo podía estar sujeto a un término resolutorio o a una condición; tal fideicomiso se realizaba "verbis precabitur" con absoluta libertad de forma y se basa en la buena fe, "bonafides", del fiduciario sin contar con sanciones jurídicas, servía para favorecer "post mortem" a personas que carecían de "la testamenti factio pasiva", o sea, la capacidad para heredar o para burlar la "Lex Falcidia".

Según la ley falcidia, no se puede legar más de tres cuartos de la herencia, y que el heredero conserve al menos, el cuarto de la sucesión.⁴

² PETIT, Eugène. Tratado Elemental de Derecho Romano, novena edición, editorial época, México, D.F., 1977, p. 519.

³ MARGADANT, Floris, citado por Bauche Garciadiego. Op. cit., p. 325 y ss.

⁴ PETIT, Eugène. Op. cit., p. 576.

Después de las guerras púnicas, el dinero valía más que la buena reputación y a causa de escándalos provocados por fiduciarios deshonestos, Augusto encarga a varios de sus cónsules que vigilaran el cumplimiento de los fideicomisos; desde la época de Claudio, dos pretores especiales se ocuparon de las cuestiones de fideicomisarios. La transmisión de los bienes en favor de los fideicomisarios fue estrictamente vigilada e incluso limitada, ya que en la época clásica, dicha transmisión sólo era permitida a una sola generación; en la época de Justiniano, la transmisión fue permitida a través de cuatro generaciones. en la edad media se admitía esta vinculación fideicomisario sin limitación de generaciones, siendo su manifestación más famosa el mayorazgo.

B.- EL MAYORAZGO.

La sustitución fideicomisaria Romana, tuvo, en la Edad Media, su manifestación conocida como "el mayorazgo" y que la doctrina considera como uno de los antecedentes más remotos del fideicomiso. El mayorazgo corre paralelo al feudo, el origen de éste es la defensa del suelo, y para ello nada más a propósito que conseguir hombres que a él se hallasen unidos por lazos de propiedad.

Octavio A. Hernández, nos dice respecto al poder real, que "es relativo porque tiene como contrapeso el del señor feudal, que aporta al monarca hombres y armas para hacer la guerra y que, en ocasiones la hace por su propia cuenta"⁵.

De ahí las concesiones territoriales que hace el monarca a los señores feudales. Los feudos son de dos clases: de "dignidad", que son los mayores, dados con calidad de títulos y por ello se llaman feudos reales, concedidos a los señores feudales que aportaban hombres y armas al monarca contando con el cargo de fidelidad y servicio militar en cuantas ocasiones lo reclamase el infeudador; y los "simples", siendo éstas las concesiones territoriales a quienes no poseían el cargo de fidelidad y servicio militar. Posteriormente se estableció otra

clasificación en relación al origen del feudo, pues el homenaje, reconocimiento señorial y servicio militar en que consistía antes, se cambia a la presentación efectiva de frutos y dinero que el feudatario hacía anualmente a su señor.⁶

Por otro lado, para conservar la unidad de su señorío, el señor feudal necesita perpetuar en su descendencia familiar, ya que la distribución de sus riquezas entre sus hijos habría atomizado sus propiedades y por lo tanto aminorado su poder sobre sus vasallos, así como debilitado su situación frente al monarca, de ahí nacia la idea de mantener intactos sus bienes y se creó el mayorazgo.

Cabanellas dice que el "Mayorazgo", del latín mayor o primer nacido, consiste como institución, "en el derecho que tiene el primogénito de suceder con los bienes dejados, con la condición de conservarlos íntegros y perpetuamente en su familia".⁷

Entre las diversas clases de mayorazgo puede catalogarse, entre otras, las siguientes:

a) Mayorazgo de agnación artificial, artificiosa o fingida, es aquél en que, llamando el fundador a la sucesión varones de varones, establece que si no tiene

⁶HERNANDEZ, Octavio, citado por Bauche Garciadiego, Op. cit, p 332.

⁷ FERNANDEZ DE RECA, Guillermo S., Mayorazgos de la Nueva España. Instituto Bibliográfico de Mexico. Apéndice 7º, 1985.

agnación propia o se rompe en el transcurso del tiempo, entra a poseer un cognato (pariente por consanguinidad, o una hembra o un extraño), y de allí en adelante se suceda de varón a varón, con exclusión de las hembras y sus líneas, como si se tratara de agnación rigurosa.

b) Mayorazgo alternativo. Es aquél en que sucede el hijo primogénito, después el segundo y así sucesivamente, alternando un hijo de la línea del primero con otra de la del segundo, o a defecto de éste, de la del tercero, o sea cuando se llaman a la sucesión alternando las líneas.

c) Mayorazgo electivo. Es aquél en que el último poseedor tiene facultades para señalar la persona que, entre los parientes del fundador haya de sucederle.

d) Mayorazgo de Masculinidad. Es aquel que sólo admite varones, ya sean descendientes de varón o hembra. Mayorazgo regular, que fue el típico de Castilla. En el que se suceden prefiriendo el varón de la hembra, y el mayor al menor en cada línea.

⁷ CABANELLAS, Guillermo, Diccionario de Derecho. Tomo II, sexta edición, pág. 667.

C.- EL TRUST ANGLOAMERICANO.

1.- Generalidades.

El empleo general de la palabra *trust* ha desvirtuado su naturaleza original en el sentido jurídico, para dar paso a una acepción meramente económica; esta visión económica se liga a la frecuente utilización que se le daba al *trust* en la antigüedad por las poderosas organizaciones cuyas tendencias y prácticas monopolistas se dirigían a suprimir la libre concurrencia mediante el acaparamiento de la producción, la regulación del abastecimiento y la fijación de los precios. Dichas organizaciones operaban hace alrededor de un siglo, bajo la constitución legal conocida como *Massachusetts o business trust*, entre las cuales podemos mencionar a la Compañía Petrolera *Standard Oil*.

Tratando de ubicar la realidad del *trust* angloamericano, Powell⁶, reconocido tratadista en la materia, establece que el *trust* es un híbrido que muestra vestigios de una herencia ligada al derecho de trusts y al de las sociedades colectivas y anónimas. La designación deriva de su primitivo empleo, donde las leyes prohibían a las sociedades anónimas la propiedad y el comercio de bienes raíces. Una vez conocida su utilidad, se generalizó, estimulado tanto

⁶ POWELL, Richard, citado por STEINER, William Howard. *Investment Trusts. American Experience.* Adelphi Company. New York, 1929, ps. 4 y ss.

por el deseo del hombre de negocios de evadir leyes hostiles, como por el humano deseo de lograr las ventajas de una sociedad sin incurrir en los gastos y responsabilidades de su constitución.

La acepción económica del *trust* difiere enormemente con la institución que sirve de modelo para el fideicomiso mexicano, teniendo dicho modelo, una acepción totalmente jurídica, que en el sistema angloamericano era empleado para incluir diversas relaciones en las cuales era susceptible la intervención del fiduciario, como el depósito, el albaceazgo, la tutela y el mandato.

La historia del *trust* como institución jurídica, se remonta al siglo XIII, en el cual se cree que aparecieron los primeros usos (*uses*), los cuales consistían en transmisiones de tierras a favor de personas que fungían como prestanombres, y a los cuales se les conocía como *feoffes to uses*, con los cuales se buscaban determinados propósitos, como el de la exacción de tributos feudales y la evasión de las leyes conocidas como de manos muertas (*statutes of mortmain*). Estas prácticas, que sin duda conllevan una intención ilícita y codiciosa, provocaron que se visualizara a los usos con esa finalidad y que se equiparara al *trust* con los mismos.

Sin embargo, la atinada legislación y la oportuna elaboración jurisprudencial en torno al *trust*, ha venido moldeando la figura jurídica, transformándola en una

institución reconocida por el orden jurídico, y que ha sido además, la aportación anglosajona más valiosa y original en el mundo del derecho.

Actualmente, si bien existen figuras jurídicas específicas para cada situación en particular, como puede ser el depósito, el albaceazgo, la tutela y la hipoteca, el *trust* puede utilizarse para alcanzar cualquiera de estas finalidades. El *trust* es una forma de disposición de bienes cuya flexibilidad extraordinaria permite que las obligaciones y facultades del trustee o fiduciario, sean las que el settlor o fideicomitente determine; los derechos del beneficiario o cestui que trust, serán aquellos que desee concederle, subordinándolos o no a una decisión discrecional del trustee.

Casi no existen reglas técnicas que restrinjan o limiten la constitución de un *trust*, por lo que éste ha sido utilizado para una ilimitada variedad de objetivos, entre los que podemos destacar la seguridad económica de las familias, donde los *trust* se constituían con derechos sucesivos de contenido y duración diversos sobre los mismos bienes; dicha operación era conocida como *future interests*.

Sin embargo, al resultar tan práctica y flexible la utilización de los *trusts*, estos trascendieron más allá de los límites familiares, para convertirse así en un accesible instrumento en el mundo de los negocios, ya que facilitaba enormemente la organización, financiamiento e incluso la liquidación de

empresas; ha sido tan fuerte el impacto del trust en el mundo de los negocios que se ha considerado después del contrato como la figura jurídica universal.

En el mundo de los negocios, siempre que sea aconsejable la separación de la administración de los bienes de su provecho económico, será indispensable la utilización de los trusts, debido a la adaptabilidad de este instrumento a las exigencias de cada situación en particular.

Estas características como la flexibilidad y adaptabilidad con otras figuras jurídicas que hacen del trust una figura jurídica sumamente trascendental, no permiten que dicho instrumento sea encajonado o encasillado a las fronteras de un sólo país, por lo que ha sido adoptado por diversos sistemas jurídicos que lo regulan según sus propias necesidades, costumbres y leyes.

No obstante la diversidad de aplicaciones que se le puede dar al trust, nos surge la siguiente pregunta, que si bien es una interrogante simple, nos ayuda a comprender de una manera sencilla, la importancia de esta figura ¿ Para qué sirve el trust?; al respecto, Lepaulle⁹ establece: "Es más necesario que el té para la vida inglesa y que el baseball para la americana. Si se quiere proteger a un pródigo contra sus despilfarros, constituir una dote inalienable, organizar un cartel, donar el equivalente de un usufructo, hacer una substitución testamentaria, reemplazar

⁹ LEPAULLE, Pierre, citado por Batiza Rodolfo, "EL FIDEICOMISO, Teoría y Práctica. Editorial Jus, México, D.F., 1991, p. 33.

las reglas a veces rígidas de la quiebra por un sistema más flexible, más businesslike, formar una sociedad sin sujetarla a las leyes que regulan la materia, proteger a los tenedores de obligaciones y garantizarlos con una hipoteca desde el día de su emisión, o simplemente descargarse de la administración de bienes, la respuesta es el trust".

Existen opiniones encontradas que difieren de las que consideran al trust como un instrumento jurídico trascendental, indispensable para el desarrollo del mundo de los negocios, entre las que podemos destacar, la opinión de Franklin¹⁰, el que considera al trust, como "un baluarte de un capitalismo decadente, como un instrumento de oposición al cambio social, una extensión perniciosa del poder de la mano muerta sobre las generaciones futuras".

2.- Evolución Histórica del Trust Angloamericano.

a) El Uso Como Antecedente.-

El trust moderno, se desarrolló a partir del antiguo *use*, al cual nos hemos referido anteriormente de manera breve. La palabra *use* afirma Maitland¹¹ "es un término que ha sido utilizado de una manera equívoca a su real significado de origen; pudiera pensarse que proviene del Latín *usus*, pero, en realidad, deriva de

¹⁰ FRANKLIN, Mitchell, citado por Bauche Garcíadiego. Op. Cit. p. 334

¹¹ MAITLAND, F. W., citado por Acosta Romero Miguel, "Nuevo Derecho Bancario", editorial porrua. México, D.F., 1997, p. 57 y ss.

opus y desde tiempos remotos en los siglos VII y VIII, encontramos en el latín bárbaro o vulgar *ad opus* como equivalente a "en su representación". La expresión conviértese en el francés arcaico en *al oes, ues*, que en la pronunciación inglesa se confunden con *use*, permaneciendo *ad opus* en el latín escrito".

No obstante la atinada diferenciación que hace Maitland, no podemos considerar que el uso ha sido utilizado equivocadamente, ya que como lo establecimos anteriormente los usos consistían en transmisiones de tierras a favor de personas que fungían como prestanombres, pero no se puede decir en un sentido estricto que los prestanombres actuaban "en su representación", como afirma el jurista, sino que simplemente actuaban como intermediarios para que las personas que realizaban las transmisiones alcanzaran los fines que pretendían.

El origen de los usos ha sido materia de innumerables controversias, ya que existen diversas teorías que le atribuyen un origen romano, germánico, aborigen, indeterminado y hasta gramatical, como en el caso de Maitland.

b) Hipótesis Romana.-

Esta corriente sostiene que lo que más se asemejaba al uso en el siglo XVII, era la *fideicommissio* (de *fides*, fe, y *committere*, encomendar); la *fideicommissio* tenía como principal finalidad evadir las restricciones existentes en la institución de heredero (incapacidad legal para recibir por testamento de

extranjeros, libertos, personas inciertas, etc.), mediante la súplica que se hacía al heredero (fiduciario) de efectuar una prestación a favor del tercero incapacitado (fideicomisario). Durante la República los fideicomisos representaban tan sólo obligaciones de carácter moral, pero en la época de Augusto su cumplimiento se hizo efectivo bajo la autoridad consular. Posteriormente fueron reconocidos y tutelados por el orden jurídico y a cargo de un pretor especial (praetor fideicommissarius).

c) Hipótesis Germánica.-

Esta hipótesis sostiene que el verdadero antecedente o el precursor de la figura del *feoffe to uses*, se encuentra en el *treuhand* o *salman*, que consistía en un primitivo albacea a quien se transmitirían bienes inmuebles en vida del dueño para que a su muerte cumpliera los fines previstos.

También considera esta hipótesis, que el origen de los *usos* podría atribuirse a los tribunales eclesiásticos, que surgieron después de la conquista normanda, y los cuales tenían la jurisdicción sobre los bienes del *decujus*¹².

d) Hipótesis Aborígen.-

¹² Persona que ha muerto y ha dejado una herencia.

El uso nació, según esta corriente, de las reglas del common law relativas al mandato, en realidad un mandato carente de formalidades, utilizado en un principio para bienes muebles y que en la práctica fue extendida a los inmuebles; el uso representaba una característica del derecho inmobiliario inglés poco después de la conquista de Guillermo de Normandía en 1066, de manera que, cuando el canciller concede su protección al beneficiario de un *uso*, se limitaba a reconocer y dar efectos a una relación antigua, común y bien entendida; el uso fue un producto del sistema jurídico inglés, consecuencia lógica de que "la equidad actúa sobre la conciencia", y se estima que el canciller al sancionar su exigibilidad jurídica, se guiaba en cierta forma por la antigua acción de *account* y *detinue del common law* (utilizada para obtener rendición de cuentas).

e) Hipótesis Indeterminada.-

Esta Hipótesis, que es sostenida por Keeton¹³, considera que las anteriores hipótesis, salvo en cuanto corrigen interpretaciones erróneas de hechos históricos, están fuera de lugar; sostiene que la concepción básica del uso aparece en diversos sistemas jurídicos aunque la práctica pueda en ciertos detalles mostrar diferencias considerables. Cuando determinadas personas se encuentran en la absoluta imposibilidad de gozar de las ventajas esenciales de la propiedad y otras tropiezan con dificultades o inconvenientes para ello, el jurista debe de encontrar una solución, y así como el jurista romano de tiempos de Augusto desarrolló el

fideicomiso, el jurista inglés de la Edad Media desarrolló el uso y buscó a un funcionario que lo protegiera.

Batiza sostiene que "el desarrollo histórico del trust, desde la aparición de los usos, hasta la plena integración del mismo, puede visualizarse en cuatro periodos"¹⁴:

1º.- De la Aparición de los usos hasta principios del siglo XV.- No se ha podido determinar con precisión el momento preciso en que los usos hacen su aparición en Inglaterra. De acuerdo con la hipótesis de Maitland¹⁵, la primera y general utilización de los usos ocurrió en el siglo XIII, como resultado de las transmisiones de tierras "para el uso" de los frailes franciscanos, a quienes las reglas de la orden prohibían, en lo individual o comunalmente, la propiedad de bienes.

Ya para principios del siglo XV, se generalizaron los usos, de tal manera que en el periodo de reinado de Enrique V (1413-1422), la mayor parte de las tierras estaban sujetas al régimen de los usos.

Durante ese período, los usos consistían en obligaciones de carácter moral, siendo así que el cumplimiento de dichos usos quedaba a la buena fe del

¹³ KEETON, George W.: The Law of Trusts. Sir Isaac Pitman & Sons, Ltd. Ninth edition. London, 1968, p. 21.

¹⁴ BATIZA, Rodolfo, Op. cit., p. 36 y ss.

¹⁵ MAITLAND, F. W., citado por BATIZA, Rodolfo, Op. cit. p. 40.

prestanombre o *feoffe*. El beneficiario o *cestui que use* carecía de derechos protegidos por el orden jurídico, a cambio de lo cual estaba libre de los tributos y cargas que pesaban sobre la propiedad.

El Parlamento inglés se vio en la necesidad de legislar para impedir que los usos sirvieran como propósitos abiertamente contrarios al orden público, creando así en 1376 la prohibición de las transmisiones en fraude de acreedores por las que una persona se reservaba el uso de la cosa. Un año después se promulga una ley que sancionaba con nulidad los actos que el despojante (*disseisor*) de tierras transfería a lords u otros magnates o a personas desconocidas, para su propio uso.

En el año de 1331, se amplía la aplicación de las leyes de manos muertas, que decretaban a favor del soberano la confiscación de tierras transferidas a corporaciones religiosas, para cubrir la situación en que la transferencia se hiciera al uso de dichas corporaciones.

2º.- De Principios del Siglo XV a la Promulgación de La Ley de Usos.- Desde fines del siglo XIV y comienzos del siglo XV empiezan a llegar a la cancillería y al concejo del Rey numerosas quejas en contra de los *feoffes* infieles que, por no implicar incumplimiento a obligaciones jurídicas, escapaban del conocimiento de los tribunales del common law. Sin embargo, la violación a la fe guardada cometida por los prestanombres provocaba en el canciller un alto deseo

de hacer justicia, generando así desde mediados del siglo XV su intervención para obligar a los *feoffes* a la observancia de sus obligaciones morales.

En este periodo, los usos fueron de la exclusiva competencia de la equidad y vistos con una actitud liberal; los cancilleres consideraban a los usos como derechos reales (estates) de equidad y no como simples derechos de crédito, aplicándoles por analogía algunas de las reglas del common law relativas a la propiedad.

Aún cuando los usos eran considerados como si fueran "derechos de equidad", no se admitía con plenitud ni se aplicaba de manera sistemática el principio de que "la equidad sigue al derecho estricto" (equity follows the law); el empleo de los usos tendía en general a eludir la aplicación de las normas del common law.

Durante este periodo, los usos fueron con frecuencia utilizados por los ocupantes de tierras (tenants) a fin de hacer nugatorios¹⁶ los privilegios feudales de los señores, llamados incidentes de tenencia (incidents of tenure). Los usos sirvieron también como una forma de transmisión testamentaria de bienes inmuebles, prohibida por el régimen feudal.

¹⁶ Frustráneo. Engañoso; Que burla el juicio que se había hecho o la esperanza que se había concebido.

3º.- De 1535 a fines del siglo XVII.- En este periodo, se suscitó una fuerte oposición contra los usos, debido a que era innegable que constituían un fácil expediente en fraude de acreedores y que las ventajas que representaban en beneficio de ciertas personas traducíanse en perjuicios correlativos contra otras.

Debido a las fuertes oposiciones a que hemos hecho referencia, Enrique VIII, se vio en la necesidad de pugnar por la supresión de los usos, lo que vino a culminar, después de vencer las fuertes oposiciones, con la promulgación de La Ley de Usos en el año de 1535.

En el preámbulo de ésta ley, se describían con amplitud los múltiples males originados por el empleo de los usos, entre los que se consideraban: el despojo a los herederos de sus legítimos derechos; las cesiones secretas en fraude de acreedores y adquirentes, etc... y en general, resumía el preámbulo: " Muchos otros inconvenientes han ocurrido y diariamente aumentan entre los súbditos, que causan gran perturbación e inquietud y la completa subversión del antiguo common law de este reino"¹⁷.

La solución de la Ley, parecía ser muy sencilla: no decretó la ilegalidad de los usos ni privó al *cestui que use* de su derecho de equidad, sino que adjudicó a su favor el título legal del bien puesto en uso. Así pues, los usos no fueron prohibidos, conforme al tecnicismo legal, quedaban tan sólo "ejecutados", esto es,

hacia al *cestui que use* dueño legal que dejaba de tener un derecho de equidad, para convertirse en único dueño, en tanto que el *feoffe to use* venía a ser completamente eliminado.

El efecto inmediato de la Ley de Usos, pareció haber sido satisfactorio para el rey, por haber logrado, al ejecutarlos, la desaparición de los usos de tierras; sin embargo, los tiempos difíciles que siguieron a la lucha entre Carlos I y sus súbditos, provocaron un nuevo estímulo a la creación de los usos, siendo evidente para entonces, que la Ley no comprendía todas las situaciones posibles.

4º.- De Fines del Siglo XVII a la Época Contemporánea.- Pudo haberse pensado, que la promulgación de La Ley de Usos acabaría por eliminar las prácticas abusivas que la misma enumeraba y que de ahí en adelante no sería posible la convivencia entre un título legal y el interés o derecho de equidad.

Sin embargo, todavía era factible el desdoblamiento o la separación entre el derecho legal y el derecho del beneficiario o derecho de equidad. A los pocos años de haber sido promulgada La Ley de Usos, se sostuvo que la Ley era inaplicable a los usos "activos"; cuando el *feoffe* tenía instrucciones de permitir al *cestui que use* el cobro de frutos y rentas, caso del uso "pasivo", sí quedaba ejecutado; en cambio cuando correspondía al *feoffe* la obligación de hacer los

¹⁷ SCOTT Austin Wakeman, citado por BATIZA, Rodolfo, Op. cit., p. 42.

cobros y entregar los productos de la cosa al beneficiario, se resolvía que el título legal subsistía en el *feoffe*, por lo tanto, no se consideraba ejecutado.

Este segundo uso al que nos hemos referido como uso "activo", que fue considerado por los jueces del common law, como no ejecutado, es el antecedente directo en el derecho inglés del trust, propiamente utilizado por los cancilleres.

La amplitud de las situaciones que la Ley de Usos no cubría, hicieron inevitable que el canciller viniera a dar efectos jurídicos a negocios semejantes a los antiguos usos, conocidos más tarde con el nombre de trusts.

En el siglo XVII, ya era aceptada la hipótesis de que la equidad sigue al derecho estricto, debido a la gran influencia de Lord Nottingham, canciller durante los años 1673 a 1682. Los tribunales de equidad, tuvieron que precisar con mayor exactitud hasta qué grado las doctrinas del derecho estricto interpretaban con fidelidad una política realista reconocida., o si más bien provenía de simples tecnicismos o de concepciones ya superadas del orden público.

Debido a lo anterior, lord Mansfield, emitió un juicio relativo al verdadero origen de los trusts, diciendo que "los trusts no existieron sobre verdaderas bases hasta que el Gran Sello fue encomendado a Lord Nottingham y que, partiendo de principios simples y de cierta colaboración del legislador, constituyóse desde

entonces, a través del desenvolvimiento del trust, un sistema jurídico uniforme, racional y noble"¹⁸.

Al llegar el siglo XIX, la rama jurídica de los trusts, había alcanzado plenitud, sin embargo se dió un cambio en su funcionamiento que vino a derivar en lo que actualmente se conoce como el trustee institucional, esto es, una serie de suministros técnicos especializados.

3.- Sujetos del Trust.

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

Trustee.- Para poder serlo, una persona debe de tener capacidad para adquirir y poseer la propiedad de los bienes a que el trust se refiere y la de manejarlos conforme a los términos del instrumento respectivo.

En general, el trustee debe ser una persona capaz de adquirir y retener el título legal sobre bienes, estar dotado de capacidad natural y jurídica para

¹⁸ Idem, p. 45.

desempeñar el trust y tener su domicilio dentro de la jurisdicción del tribunal competente.

Cestui que trust.- Teniendo en cuenta que la equidad sigue al derecho estricto, puede también establecerse la regla de que quienes son capaces de adquirir la propiedad legal de bienes, tienen aptitud, por vía del trust, para recibir la propiedad de equidad..

En Inglaterra, la corona puede tener tal carácter, y en cuanto a las sociedades, no puede constituirse a su favor un trust de tierras sin permiso oficial o sin la facultad expresa al respecto.

4.- Clasificación del trust.

I.- Trust voluntario .- Este primer criterio de clasificación de los trusts, que es considerado por los doctrinistas, como básico, consiste en clasificarlo según la forma en que nace, es decir, si el trust es resultado de la voluntad deliberada de su creador (trust voluntario), o si por el contrario surge como consecuencia del orden jurídico.

El trust voluntario se subdivide en trust expreso y trust implícito; el trust voluntario expreso se subdivide a su vez en trust ejecutado y trust por ejecutarse.

1.-Trust expreso.- Es aquél que se crea intencional y deliberadamente por alguna persona, ya sea en un instrumento que puede ser un convenio o un testamento. Difiere de otras especies debido a que nace de la interpretación de un instrumento escrito, no de la inferencia jurídica que impone un trust sobre la conciencia; es un trust que surge de los términos del instrumento mismo.

Dentro del trust expreso se pueden distinguir dos modalidades:

a) Trust expreso ejecutado.- Es aquél cuyos términos se declaran por el settlor de manera definitiva en el instrumento correspondiente, por lo cual no se requiere documento adicional alguno para precisar las modalidades a que está sujeto.

b) Trust expreso por ejecutarse.- Es aquél que concede derechos a los beneficiarios, pero no de inmediato, sino con subordinación a algún acto adicional que debe realizar un tercero.

2.- Trust Implícito.- Es aquél que es reconocido por los tribunales, ya como resultado de los términos empleados en el instrumento, o en razón de las circunstancias que rodearon la celebración del acto, dando efecto a lo que, a su juicio, debe haber sido la intención de las partes.

II.- Trust por ministerio de ley.- Es aquél que no deriva de declaraciones o de la supuesta intención de una persona, sino que impone la equidad con base en que los bienes se deben conservar en beneficio de alguien.

Al hablar de esta especie de trust, puede surgir la confusión en relación con el trust implícito, ya que dentro de esta categoría se incluye con frecuencia al trust interpretativo y al trust resultante, sin embargo, desde el momento en que el trust implícito surge de una intención presunta, en tanto que los dos últimos nacen por ministerio de ley, no es posible considerarlos como equivalentes.

1.- Trust Interpretativo.- Es aquél en el cual se exige a una persona que, ocupando una posición fiduciaria con respecto a ciertos bienes, debido a ella obtiene alguna ventaja personal. Citamos como ejemplo para clarificar esta especie, el del arrendatario que había celebrado un contrato por un plazo determinado y que legó su derecho, en trust, a una persona en beneficio de un menor; antes de la expiración del plazo, el trustee, a nombre del menor, solicitó su prórroga al arrendador, quien la negó, y habiéndola posteriormente obtenido para sí mismo, resolvió el juez que aunque no existía fraude y que el trustee había demostrado su preocupación por los intereses del beneficiario, debía no obstante rendirle cuentas por la prórroga al menor, debido a que la prórroga fué obtenida para su propio beneficio y no para beneficio del menor a quien se le había legado originalmente el derecho del arrendatario.

2.- Trust Resultante.- Esta especie de trust, que pretende ser explicada por el tratadista Cheshire¹⁹, puede surgir en dos formas: a.- Por la transmisión a nombre de otro, como en la situación de una compra de bienes cuyo precio cubre una persona, pero en que la propiedad se transmite a otra; en este caso, nace un trust resultante por ministerio de la ley a favor de quien entregó el precio, a menos que las circunstancias del acto indiquen que se propuso hacer una donación; y b.- Cuando un trust expreso, ya en existencia, se frustra total o parcialmente, situación en que los bienes revierten a favor del settlor o de sus herederos, salvo que una intención diversa aparezca del instrumento relativo.

III.- Trust Simple y Especial.- El trust simple equivale más o menos al antiguo "uso pasivo" al que se ha hecho referencia anteriormente, que no impide ya la creación del trust simple en forma directa, sin necesidad de los rodeos que anteriormente eran necesarios para la evasión de la ley.

En el trust especial, competen al trustee obligaciones varias, por lo común el cobro de rentas y productos de los bienes para su entrega al beneficiario; o puede contener instrucciones para enajenar los bienes y liquidar con su precio las deudas del settlor.

¹⁹ CHESHIRE. G C.. citado por BATIZA, Rodolfo, Op. Cit., p. 62.

El trust especial, se subdivide a su vez, en trust administrativo y trust discrecional:

Trust Administrativo.- En este tipo de trust, la naturaleza de las obligaciones de carácter positivo a cargo del trustee, permite que cualquier persona de aptitudes normales pueda cumplirlas satisfactoriamente, citando como ejemplo, la distribución y adjudicación de bienes entre beneficiarios determinados, según proporciones de antemano establecidas.

Trust Discrecional.- En este tipo de trust, el trustee debe emplear su propio juicio y prudencia, concediéndosele por ello amplia libertad en cuanto al control de los bienes, como en el caso en que se le den instrucciones para repartir fondos destinados a cumplir los fines de beneficencia que estime más convenientes.

IV.- Trust Público y Privado.- En el trust público se incluyen todos aquéllos que interesan a la sociedad en general o a un sector social considerable.

Por su parte, el trust privado, es aquél que se establece en beneficio de determinadas personas, aún cuando no sean de inmediato identificables, y es jurídicamente exigible mediante juicio promovido por cualquiera de los beneficiarios.

D.- APARICION DEL FIDEICOMISO EN MEXICO.

I.- La primera aplicación práctica del fideicomiso en nuestro país se dió con motivo de la construcción de ferrocarriles; el desarrollo industrial de nuestro país exigió la inversión de cuantiosos capitales que casi en su totalidad provenían de los Estados Unidos y de Inglaterra. La forma que han tomado la mayoría de estas inversiones es la de bonos hipotecarios, que era la forma empleada para reunir los fondos que requería la construcción de los ferrocarriles²⁰.

Este tipo de inversiones es una variedad del TRUST, que aunque era otorgado en el extranjero, podía surtir efectos conforme a las leyes mexicanas y se consideraba que esta variedad descompuesta en sus varios elementos, correspondía a los contratos de préstamo, mandato e hipoteca. De esta manera, fue como se inició la construcción de los Ferrocarriles en nuestro país, estableciendo como garantía de los tomadores de bonos, todos los bienes del ferrocarril.

El contrato de Trust se otorga entre la Compañía de Ferrocarril por una parte, y por otra, una persona o compañía llamada TRUSTEE, éste último no contrata por su cuenta ni para beneficio de los futuros tomadores de las obligaciones. Su misión es cuidar y vigilar los intereses de los obligacionistas y

ésta misión se ejerce desde que se intenta otorgar el contrato de trust.; una compañía de ferrocarril que decide emitir un empréstito, lo garantiza con la hipoteca de sus bienes.

II.- PROYECTO LIMANTOUR.- Algunos años más tarde, se inició cierta inquietud legislativa y surge lo que se llamó el Proyecto Limantour, que fue una iniciativa de ley presentada a la Cámara de Diputados por el entonces Secretario de Hacienda don José Ives Limantour, de fecha 21 de noviembre de 1905. Esta iniciativa tenía por objeto facultar al ejecutivo para que expidiera una ley por medio de la cual se pudieran constituir en la república instituciones comerciales cuyo objeto fuera el de desempeñar funciones de agentes fideicomisarios, siendo el autor de este proyecto el Lic. Don José Estañol.

Venia precedido de una especie de exposición de motivos en la cual se indicaba que a causa del incremento de los negocios y la Industria en México y a la invasión de capitales extranjeros, se ha notado una falta de cierto tipo de organizaciones especiales, que en los países anglosajones se llaman "TRUST COMPANIES", o compañías fideicomisarias, cuya actividad principal se encamina a ejecutar actos y operaciones en las cuales no tienen interés directo, sino que obran como meros intermediarios ejecutando imparcial y fielmente actos y operaciones en beneficio de las partes verdaderamente interesadas o de terceras personas.

²⁰ ACOSTA ROMERO, Miguel. Op. cit., p. 59.

Se decía también que la función de estas instituciones era la de interponer su mediación para asegurar el cumplimiento futuro de buena fé, (nótese que en esta parte se incluye uno de los principios que rigen a la fiducia y se puede afirmar que se pensaba en la institución romana del Fideicomiso, en la que su cumplimiento estaba subordinado a la Bona Fides del fiduciario).

Además se pensó en que debían reglamentarse estas instituciones en beneficio de los intereses confiados a éstas. Agregaba: "Que debido a las relaciones cada vez más estrechas que se van estableciendo entre nuestra vida comercial y la de los Estados Unidos de América, la afluencia de capitales de ese país hacia el nuestro, para desarrollar toda clase de transacciones en nuestra actividad general, han hecho sentir al poder público la necesidad de incorporar en nuestra legislación la institución que tan favorables resultados y tan incontables servicios presta en los Estados Unidos y en otros países....."²¹

Este proyecto no llegó a discutirse nunca a pesar de haberse turnado a las comisiones unidas primera de justicia y segunda de hacienda de la cámara de Diputados, el mismo día en que fue enviado a dicha Cámara, pero tiene el mérito de haber sido el primer intento legislativo de esta institución clásicamente anglosajona en un país de tradición jurídica romanista.

²¹ BATIZA, Rodolfo, Op. cit. p. 99.

Es de tomarse en cuenta dicha circunstancia en virtud de la diferencia de sistemas jurídicos, y que esta institución tuvo que iniciar un largo recorrido para tratar de convencer a los juristas mexicanos, tan celosos de sus tradiciones, de adoptar una institución semejante al TRUST, dentro de nuestro ordenamiento jurídico positivo.

Constaba este proyecto de ocho artículos, e indicaba que el fideicomiso para el cual se autorizaba la creación de dichas instituciones, podrá consistir: 1º. En el encargo hecho al fideicomisario, por virtud de contrato entre dos o más personas, de ejecutar cualesquiera actos, operaciones o contratos lícitos respecto de bienes determinados para beneficio de alguna o todas las partes en este contrato o de un tercero, para hacer efectivos los derechos o cumplir las obligaciones creadas expresamente en el contrato o que sean consecuencia legal del mismo. 2º En el encargo hecho al fideicomisario, por parte interesada o mandamiento judicial, de ejecutar cualesquiera actos, operaciones o contratos lícitos respecto de bienes determinados, en beneficio de un tercero que tenga o a quien se confiera derecho a una parte o a la totalidad de dichos bienes o de sus productos, o a cualquier ventaja o aprovechamiento sobre dichos bienes o en relación con ellos.

El artículo 3º. indicaba que el derecho sobre los bienes es de la naturaleza de un derecho real y contenía la manera de hacerlos valer; el artículo 4º indicaba

que la ley señalaría ciertos requisitos los cuales debían ser cumplidos por las compañías de fideicomiso y además que éstas debían ser autorizadas por la Secretaria de Hacienda y Crédito Público; el artículo 5° señalaba que las compañías fideicomisarias estarían autorizadas para realizar fines que no fueran incompatibles con sus funciones fundamentales; el artículo 6° indicaba que la ley señalaría la garantía que debían otorgar estas instituciones para el fiel desempeño de sus funciones y además la manera en que la Secretaria de Hacienda podría llevar a cabo la inspección de su funcionamiento, en bien del interés público.

El artículo 7° establecía exenciones y privilegios especiales que podían concederse a las compañías de fideicomiso; por último, el artículo 8° facultaba al ejecutivo para modificar la legislación civil, mercantil y de procedimientos a fin de adaptar el fideicomiso dentro de nuestra legislación y garantizar su funcionamiento.

A grandes rasgos notamos que casi todo el contenido de este proyecto se encaminó a institucionalizar la función del fiduciario, estableciendo requisitos para su funcionamiento. La naturaleza del derecho sobre los bienes objeto del fideicomiso sería la de un derecho real según el artículo 3° de dicho proyecto, pero no definía qué clase de derecho real dejando a la ley la tarea de determinar esa circunstancia y además la forma de hacer valer tales derechos.

En su artículo 8º encontramos el deseo de introducir al fideicomiso en nuestra legislación aún a costa de que se reformaran algunos preceptos en la legislación ordinaria para hacerle un lugar dentro del Derecho Positivo Mexicano; como ya lo indicamos anteriormente, este proyecto no paso a ser más que eso.

III.- PROYECTO CREEL.- Este es el segundo intento en que se trató de establecer en nuestro país esta institución, fue en el año de 1924 en la Convención de Banqueros; en esta convención, el señor Enrique C. Creel, expuso que se había iniciado en la República la creación de las compañías bancarias de fideicomiso y de ahorro y que, como autor de este proyecto tenía la obligación de informar la manera de cómo se llevaba a cabo esta actividad en los Estados Unidos por los TRUST AND SAVINGS BANKS, refiriéndose mas que a los textos de la ley, a los sistemas prácticos que empleaban y por lo que él había observado en aquel país.

Indicó el señor Creel que la principal de las operaciones que celebran estos bancos, y es característica de esas compañías de fideicomiso, consiste en la aceptación de hipotecas de contratos de fideicomiso de toda clase de propiedades, bonos de compañías de ferrocarriles, y de otras operaciones consistentes en recibir en fideicomiso bienes de viudas, huérfanos y niños y es así como los bienes, muebles e inmuebles, quedan asegurados y administrados por una institución de crédito y prestigio.

En la Convención, el señor Creel proponía diecisiete bases conforme a las cuales el Ejecutivo de la Unión pudiera expedir la ley general para el funcionamiento de las compañías bancarias de fideicomiso y ahorro, siendo las más importantes las siguientes:

- 1.- Las Compañías bancarias de fideicomiso y ahorro contarían con un capital de \$ 500,000.00 en el Distrito Federal y de \$ 250,000.00 en los estados y territorios;
- 2.- Dichas compañías podían recibir hipotecas en garantía de los bonos que emitieran en nombre de sociedades, corporaciones o particulares, encargarse del pago de cupones, de la amortización de bonos y de celebrar toda clase de contratos de fideicomiso;
- 3 y 4.- Ejecutar las funciones de albacea, administrador, tutor y síndico en los concursos;
- 5.- Servir como peritos valuadores de toda clase de bienes;
- 6.- Conservar en depósito y administración, de bienes de incapaces;
- 7.- Recibir en guarda los contratos condicionales celebrados por empresas o particulares, para su eventual cumplimiento;
- 8.- Pagar los impuestos y mesadas de gastos de su clientela;
- 9.- Llevar libros de registro para la transmisión de acciones y bonos nominativos de toda clase de sociedades;
- 10.- Expedir certificados sobre validez de toda clase de títulos de propiedad;
- 11.- Llevar registros de capitales y notas del concurso de los negocios para dar informes confidenciales a su clientela y al comercio en general;
- 12 y 13.- Hacer descuentos y establecer cajas de ahorro;
- 17.- Se conceden a las compañías durante un lapso

de veinticinco años, las franquicias fiscales señaladas en la Ley de Instituciones de Crédito de 1897.²²

Este segundo intento tampoco tuvo éxito, aunque la convención opinó que se pusiera a la consideración de la Secretaría de Hacienda, pero nunca fue sancionado como ley, aun así, se considera que aunque no pasó a ser ley, sí influyó en la legislación posterior.

Esta negativa del poder público para elaborar una ley de fideicomiso, posiblemente se debió al temor de implantar en nuestro país una institución jurídica diferente y que no encuadraría en nuestro sistema jurídico de orden romanista, pero sí se sentía la necesidad de su existencia, debido a las nuevas exigencias comerciales y financieras y es por eso que el mismo año de 1924 es cuando se inicia la adopción legislativa de nuestra institución.

IV.- LEY GENERAL DE INSTITUCIONES DE CRÉDITO Y ESTABLECIMIENTOS BANCARIOS DE 1924.- Como ya lo hemos anotado en líneas anteriores, fue después de varios intentos que se creó la primera Ley General de Instituciones de Crédito y Establecimientos Bancarios en 1924; se dicta esta ley y se publica en el Diario Oficial el 16 de enero de 1925. Entre las instituciones objeto de regulación de la Ley quedaban comprendidos los bancos de fideicomiso (artículo 6º fr. VII; art. 7º), a los cuales sometía a un régimen de

²² BATIZA, Rodolfo, Op. cit., p. 103.

concesión estatal; debían contar con un capital mínimo de \$ 1,000,000.00 en el Distrito Federal y de \$ 500,000.00 en los Estados y Territorios (art. 12, fracc. II, inc. E); las concesiones tenían una duración máxima de treinta años a partir de la fecha de la ley y su carácter era el de autorizaciones para establecer y explorar instituciones de crédito (art. 15); las funciones de los bancos de fideicomiso, hacíanse consistir en servir a los intereses del público en varias formas y principalmente administrando los capitales que se les confiaban e interviniendo con la representación de los suscriptores o tenedores de bonos hipotecarios al ser emitidos éstos, o durante el tiempo de su vigencia (art. 73); la ley anunciaba que los bancos de fideicomiso se regirían por la ley especial que para tal efecto había de expedirse (art. 74).

Afirma Batiza que bajo la vigencia de esta Ley no era posible la existencia de los llamados bancos de fideicomiso ni en consecuencia la actividad que éstos debían desarrollar, ya que esta ley establecía en su artículo 74 que dichos bancos se regirían por una ley especial que para el efecto debía expedirse.

V.- PROYECTO VERA ESTAÑOL.- El Lic. Jorge Vera Estañol realizó un proyecto que fue presentado a la Secretaría de Hacienda y Crédito Público en el mes de marzo de 1926. Aunque realizado muchos años antes, no fue votado como ley, pero tuvo una gran influencia en la legislación posterior.

VI.- LEY DE BANCOS DE FIDEICOMISO DE 1926.- Es en el año de 1926 cuando se dictó la ley que señalaba el artículo 74 de la ley de Instituciones de Crédito y Establecimientos Bancarios de 1924; fué publicada en el Diario Oficial de 17 de julio de 1926. Esta ley constaba de 86 artículos y estaba distribuida en cinco capítulos que se referían a: Objeto y constitución de los Bancos de Fideicomiso, operaciones de fideicomiso, departamento de ahorros, operaciones bancarias de depósito y descuento y disposiciones generales.

El objeto principal de los bancos de fideicomiso era la celebración de operaciones por cuenta ajena a favor de un tercero y autorizados por la ley; ésta celebración se confiaba a la buena fé y honradez de dichas instituciones.

En su Art. 1º, se reproducía el régimen de concesión estatal consagrado en la Ley de 1924; en el art. 2º, se exigía un capital mínimo de \$500,000.00, en el Distrito Federal y de \$250,000.00 en los Estados y Territorios; en el art. 5º, Se establecía la prohibición de que bancos y compañías extranjeras tuvieran agencias o sucursales con el objeto de celebrar operaciones de fideicomiso.

Esta ley reglamentó el fideicomiso definiéndolo en su art. 6º, como un Mandato Irrevocable, en virtud del cual se entregan al banco con carácter de fiduciario determinados bienes para que disponga de ellos o de sus productos según la voluntad del que los entrega (fideicomitente), a beneficio de un tercero

llamado fideicomisario o beneficiario. La ley, establecía como única restricción del fin del fideicomiso, que éste fuera lícito (art. 7°).

Asimismo, prohibía los fideicomisos secretos y los constituidos a título gratuito que produjeran efectos a la muerte del fideicomitente cuando fueran a favor de incapaces de heredar o recibir legados (arts. 8° y 9°). La forma en que se debería de constituir el fideicomiso, sería mediante escritura pública , mediante testamento o en escritura privada (art. 11°). En su art. 13°, se describían los bienes que podían ser objeto de fideicomiso, siendo éstos, los bienes inmuebles y derechos reales, así como cualesquiera clase de valores, créditos, títulos, dinero en efectivo, bienes muebles en general y cualesquiera derechos, exceptuando los que conforme a la ley no pudieran ser ejercitados sino directa e individualmente por su dueño. Además, los fideicomisos constituidos con bienes inmuebles, debían inscribirse en la sección de Propiedad del Registro Público, si hubiera translación de dominio o en la de hipotecas, en caso contrario, mediante la presentación del documento de aceptación del banco.

En su art. 14°, se establecía la facultad para el banco de ejercitar todas las acciones inherentes al dominio de los bienes fideicomitados aun cuando no se expresara en el documento constitutivo. Establecía la facultad del fideicomitente, fideicomisario o del Ministerio Público, para pedir la separación del fiduciario, cuando tuviere intereses opuestos a las de la ejecución del fideicomiso o cuando malverse fondos dolosamente (art. 16).

En su artículo 21 se establecía para la solución de controversias el juicio mercantil, así como las diversas causas de extinción del fideicomiso: I.- Por el cumplimiento de su objeto; II.- Por hacerse éste imposible; III.- Por no cumplirse la condición suspensiva de que dependiera, dentro de los veinte años siguientes a su constitución; IV.- Por cumplirse la condición resolutoria; V.- Por convenio expreso entre fideicomitente y fideicomisario.

La Ley de 1926 también contenía en su articulado las facultades que tenían los bancos de fideicomiso; en su artículo 22 fracción I, facultaba a los bancos de fideicomiso para encargarse como fiduciarios de las siguientes operaciones: intervenir en la ejecución de contratos a plazos o condicionales para su eventual cumplimiento conforme a lo convenido por las partes, a efecto de recibir o entregar valores o ejecutar cualesquiera otros actos al cumplirse las condiciones previstas; II.- Intervenir en la emisión de bonos al portador con garantía hipotecaria o sin ella, otorgando en unión de la parte emisora la correspondiente escritura de emisión y de garantía, así como los títulos mismos, a fin de acreditar su legitimidad, con la obligación de entregar oportunamente al emisor los fondos pagados por los suscriptores o adquirentes de los bonos; III.- Encargarse de llevar, en representación de las respectivas personas o sociedades, los libros de registro de transmisión de acciones o bonos nominativos, las escrituras constitutivas o de emisión, o los estatutos y reglamentos correspondientes; IV.- Ejercer el patronato de fundaciones de beneficencia, investigación o difusión de la

cultura; V.- Ejecutar cualquier otro acto y operación, siempre que se reuniesen los requisitos legales para la existencia del fideicomiso propiamente dicho.

El artículo 23 de la propia Ley concedía otras facultades a los Bancos de Fideicomiso: I.- Administrar bienes muebles o inmuebles incluyendo los pertenecientes a sucesiones u otros incapacitados, ausentes o ignorados y concursos de acreedores; III, IV y V.- Desempeñar el cargo de albacea general, albacea delegado, ejecutor, ejecutor testamentario, síndico e interventor en los juicios de concurso; VI y VII.- Actuar como depositario, interventor y representante de ausentes e ignorados; VIII.- Suscribir por cuenta ajena acciones de sociedades mercantiles, al ser organizadas o aumentarse su capital; IX y X.- Ejercer el cargo de representante común de obligacionistas o tenedores de bonos, comisario de sociedades anónimas, consejo de vigilancia en las sociedades en comandita; XI.- Recibir en depósito las acciones de sociedades anónimas, consejo de vigilancia en las sociedades mercantiles al ser organizadas o aumentarse su capital; XII.- Encargarse del pago de obligaciones y cupones, así como su cancelación y amortización; XIII y XIV.- Representar en las asambleas a los tenedores de acciones y bonos y recibir en depósito acciones de sociedades mercantiles, como requisito para la asistencia de asambleas o para el fiel desempeño de cargos de administración y vigilancia; XV.- Tener y cuidar a nombre del acreedor, cosas y valores dados en prenda; XVI.- Hacer manifestaciones y pago de cualquiera clase de impuestos a nombre y por cuenta de los respectivos causantes; XVII.- Comprar y vender a comisión toda clase de valores; XVIII.- Estudiar la titulación de bienes

inmuebles y dictaminar sobre su legalidad; XIX y XX.- Formular avalúos y, en general, desempeñar por cuenta ajena todas las demás comisiones que se le confiaren.

El artículo 36 señalaba que los bancos serían responsables de los actos de las personas nombradas en la escritura constitutiva y estatutos para realizar las funciones inherentes a la actividad de los bancos fiduciarios, a su vez estas personas tenían el derecho de delegar en apoderados sus funciones.

En los artículos 24 y 30, se contenía la designación de los bancos de fideicomiso para encargarse de la administración de bienes, podía hacerse por testadores, albaceas, herederos, ascendientes en ejercicio de la patria potestad, tutores, depositarios, representantes ausentes, síndicos, comisiones liquidadoras de concurso de jueces; además las personas ya nombradas en tales cargos quedaban autorizados para delegarlos a favor de los bancos fiduciarios.

En sus artículos 82 y 84, se establecía la obligación a los bancos de llevar contabilidades separadas de los diversos departamentos de fideicomiso, ahorro, depósito y descuento, debía ser una contabilidad especial, sin perjuicio de refundir en una contabilidad general todas las operaciones. Enumeraba el orden de preferencia de los créditos a cargo de los bancos de fideicomiso y les prohibía la emisión, por su propia cuenta, de bonos al portador o de circulación pública.

Esta ley estuvo vigente muy poco tiempo, pues fue por un lapso de cuatro meses, esto fue la causa por la que no se llevara a cabo ningún negocio de fideicomiso y tal vez debido también a lo novedoso de la institución. En México existió primero el órgano y después la institución, ya que la ley de 1924 creó el órgano o sea los bancos de fideicomiso y hasta 1926 fue cuando ya apareció la institución del fideicomiso con los caracteres que se señalaron anteriormente.

VII.- LEY GENERAL DE INSTITUCIONES DE CREDITO Y ESTABLECIMIENTOS BANCARIOS DE 1926.- Con esta ley de 31 de agosto de 1926, empieza la existencia real del fideicomiso en México. Esta ley abrogó la ley de Bancos de Fideicomiso y se limitó a incorporar como parte de su texto el articulado íntegro de aquella. Hubo que esperar algún tiempo a partir de su entrada en vigor para que se otorgaran los primeros contratos. El primer fideicomiso registrado tiene fecha 8 de Octubre de 1930, presentado al Registro el 7 de Marzo de 1931 e inscrito el 5 de Junio del mismo año.

VIII.- LEY GENERAL DE INSTITUCIONES DE CREDITO DE 1932.- Esta Ley fue publicada en el Diario Oficial de 29 de Junio de 1932. En su exposición de motivos decía: "Que en la ley de 1926 habían introducido en México, rompiendo la tradición, la institución jurídica del fideicomiso y que evidentemente esta institución podía ser de una grande utilidad para la actividad económica del país y estaba destinada a un gran desarrollo; pero que dicha ley no precisaba el carácter

sustantivo de la institución y dejaba, por tanto, gran vaguedad de conceptos en torno de ella. Añadía que para que la institución pudiera vivir y prosperar en nuestro medio se requería en primer término una definición clara de su contenido y de sus efectos, siendo esta definición materia de la Ley de Títulos y Operaciones de Crédito, y requería también una Reglamentación adecuada de las instituciones que actúan como fiduciarias. Esta ley sólo autorizaba la constitución de fideicomisos cuando el fiduciario fuera una institución especialmente sujeta a la vigilancia del estado y mantenía todas las prohibiciones conducentes a impedir que, contra nuestra tradición jurídica, el fideicomiso diera lugar a sustituciones indebidas o a la constitución de patrimonios alejados del comercio jurídico normal.

IX.- LEY GENERAL DE TITULOS Y OPERACIONES DE CREDITO DE 1932.- Es hasta la creación de la vigente Ley General de Títulos y Operaciones de Crédito del 1932 en la que el fideicomiso aparece en su calidad de negocio típico, distinto de otros negocios, y es bajo la vigencia de esta ley cuando el fideicomiso alcanza la gran difusión que ha logrado en la práctica bancaria en la opinión del Dr. Raúl Cervantes Ahumada²³. Esta ley recogió de la ley bancaria anterior el capítulo denominado "Del Fideicomiso propiamente dicho" y lo reguló en el Capítulo V del título II de las operaciones de crédito (artículo 346 a 359), como institución sustantiva.

²³ CERVANTES AHUMADA, Raúl, "Títulos y Operaciones de Crédito", Editorial Herrero, 5ª edición, Méx. D.F., 1966, p. 304.

El capítulo "del fideicomiso" de esta primera regulación sustantiva sustraída de la anterior ley bancaria se inspiró casi exclusivamente en las obras de Lepaulle en el artículo que tradujo el Lic. Pablo Macedo en la Revista General en el año de 1932; esta ley que marca la segunda etapa, formuló una nueva recepción de la institución anglosajona aclimatada en Francia.²⁴

La ley de 1932 al decir del Dr. Molina Pasquel²⁵ superó a la doctrina de Lepaulle, aunque creó grandes problemas por su falta de precisión al definir el fideicomiso, que hizo muy difícil el acoplamiento de la institución dentro de los marcos de nuestro derecho. La llamada "afectación" de la ley de 1932 y de Lepaulle es el problema más importante que ha sido superado doctrinariamente pero legalmente no ha sido resuelto, aún cuando la Ley de Instituciones de Crédito de 1941 fué o trató de ser interpretativa de la ley de 1932 al establecer la responsabilidad de los bancos en los fideicomisos traslativos de dominio, todavía hay quienes planteamos el cuestionamiento de si en el fideicomiso se transmite o no la propiedad al fiduciario.

Al respecto, si tenemos como fuente de nuestra institución únicamente a la doctrina y jurisprudencia anglosajona sobre el trust, la respuesta debe ser en sentido afirmativo, ya que como lo hemos notado anteriormente, desde el origen

²⁴ MOLINA PASQUEL, Roberto, "Evolución del Pensamiento Jurídico Mexicano en Materia de Trust. Revista Bancaria Vol. III. N° 3. Mayo-Junio 1955 p. 174.

²⁵ Idem, p. 174.

del trust en Inglaterra nunca se puso en duda que el SETTLOR transmitiera la propiedad al TRUSTEE, puesto que ésta era la esencia y el origen del Trust.

X.- LEY GENERAL DE INSTITUCIONES DE CREDITO Y ORGANIZACIONES AUXILIARES DE 1941.- Esta ley fue publicada en el Diario Oficial del 31 de Mayo de 1942, dicha ley abrogó a la Ley General de Instituciones de Crédito de 1932. En su exposición de motivos declara que el capítulo dedicado a las instituciones fiduciarias apenas si sufre modificaciones, como no sea añadir a la enumeración de sus cometidos algunos que pueden resultar propios de estas instituciones y ciertas normas nuevas por las cuales regirse las operaciones de inversión que realice la institución en ejercicio del fideicomiso, mandato o comisión, cuando la naturaleza de éstos o de las instrucciones recibidas no resulten indicaciones suficientemente precisas. Y agrega que sin desvirtuar la naturaleza jurídica del fideicomiso, se ha prescrito la notificación obligatoria a los interesados de las operaciones que se realicen en cumplimiento de sus encargos y de los datos que permitan identificar los bienes destinados al fin respectivo, siempre que sea posible, o cuando no se haya renunciado a dicha notificación expresamente y con el fin de hacer más real la responsabilidad de estas instituciones en el cumplimiento de sus obligaciones.

Para estudiar el fideicomiso es necesario excluir todas aquellas funciones o actividades, tales como la emisión de títulos de crédito, el mandato, la tutela, el albaceazgo, la sindicatura, la representación de ausentes e ignorados, la

intervención en contratos condicionales, la liquidación de empresas, etc., que no son propias del fideicomiso. La distinción había sido marcada claramente en la exposición de motivos de la Ley de Instituciones de Crédito de 1932 al afirmar que la nueva Ley destruye toda confusión entre fideicomiso y actos de administración o de representación de terceros, estos últimos autorizados para asegurar a las instituciones fiduciarias un campo de acción más amplio.

El fideicomiso mexicano es una institución de origen bancario, cuyo arraigo y prácticas deben ser resultantes de una complejidad determinada en la vida económica del país, la práctica del fideicomiso no progresará, mientras no exista una especialización; ésta no es una institución misteriosa e incomprensible, sino que es accesible para quienes se propongan conocerla y estudiarla.

CAPITULO II CONCEPTOS GENERALES.

A.- DEFINICION.

Etimológicamente proviene del latín "FIDEICOMMISSUM"; en donde "FIDES", significa FE y "COMMISSUS", significa CONFIADO.

La Ley General de Títulos y Operaciones de Crédito, establece en su artículo 346, que en virtud del fideicomiso, el fideicomitente destina ciertos bienes a un fin lícito determinado, encomendando la realización de ese fin a una institución fiduciaria.

La definición anterior viene a suplir la acepción que la Ley de Bancos de Fideicomiso de 1926 (abrogada) tenía del contrato, como 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.

La definición legal actual, recoge el sentido o la naturaleza del concepto anterior, sin embargo le retira el carácter de mandato irrevocable, para considerarlo como una figura jurídica independiente, el fideicomiso mismo²⁶.

La Suprema Corte de Justicia de la Nación, ha establecido diversos criterios respecto del concepto del fideicomiso, al considerarlo como un acto jurídico que debe constar por escrito, y por el cual una persona denominada fideicomitente destina uno o varios bienes a un fin lícito determinado, en beneficio de otra persona llamada fideicomisario, encomendando su realización a una institución bancaria llamada fiduciaria.²⁷

Para tratar de explicar un poco más el concepto del fideicomiso, la Suprema Corte de Justicia de la Nación, al hablar de la naturaleza del mismo, ha establecido que en 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 sobre los bienes fideicomitados, de los que pasa a ser titular la institución fiduciaria para el exacto y fiel cumplimiento del fin lícito encomendado.²⁸

²⁶ CABELLO ROMERO, José Ramón, "Lecciones de Derecho Bancario", 1997, p. 101.

²⁷ Amparo Directo 45/71 Crédito Algodonero de México, S.A., 16 de Marzo de 1977. Ponente: Gloria León Orantes.

²⁸ 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.

La doctrina también ha emitido opiniones acerca del concepto o definición del contrato de fideicomiso: Jorge Domínguez Martínez lo considera como un negocio jurídico que se constituye mediante declaración unilateral de voluntad de un sujeto llamado fideicomitente, por virtud del cual, destina ciertos bienes o derechos a un fin lícito y determinado, y los actos que tiendan a ese fin deberán realizarse por la institución fiduciaria que se hubiera obligado contractualmente a ello²⁹, mientras que Barrera Graf lo considera como un negocio fiduciario, en virtud de que atribuye a alguien un derecho patrimonial en interés de otro y a nombre propio, sobre el cual existe en mayor o menor grado la potestad de abuso por parte de aquél a quien se encarga la comisión de tal fin, en donde el patrimonio de afectación se destina exclusivamente al cumplimiento de la finalidad pactada, imponiéndose al fiduciario dueño de dicho patrimonio como obligación o limitación³⁰.

De los diferentes conceptos analizados anteriormente podemos destacar varios elementos comunes en todos ellos, con lo cual podemos concluir que el fideicomiso propiamente dicho, es un negocio jurídico en virtud del cual una Persona Física o Moral, llamada FIDEICOMITENTE, transmite ciertos bienes o derechos sobre los que puede disponer de acuerdo con la Ley, a otra denominada FIDUCIARIO, con el objeto de que realice un determinado fin lícito y posible, en beneficio de un tercero llamado FIDEICOMISARIO.

²⁹ DOMINGUEZ MARTINEZ, Jorge, El Fideicomiso ante la teoría del negocio jurídico, Editorial Porrúa, México, D.F., 1982, pág. 376.

³⁰ BARRERA GRAF, Jorge, La nueva legislación bancaria, Editorial Porrúa, México, D.F., 1985, pág. 263.

B.- ELEMENTOS DEL FIDEICOMISO.

De la misma manera en que en el *trust*, por regla general, las partes integrantes de la relación fiduciaria son tres: *settlor*, *trustee* y *cestui que trust o beneficiary*, así también en el fideicomiso mexicano intervienen el fideicomitente, el fiduciario y el fideicomisario o beneficiario.

a).- FIDEICOMITENTE.- Según LEWIN³¹, por implicar la creación del *trust* un cambio en la propiedad, puede establecerse la regla general de que todo el que sea capaz de disponer de derechos legales o de equidad es libre, si así lo desea, de transmitirlos a un *trustee* para la realización de sus propósitos.

Esta característica o requisito de libre disposición de los bienes, ha sido adoptada por la legislación mexicana, al establecer en la Ley General de Títulos y Operaciones de Crédito en su artículo 349 que sólo 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.

³¹ Cit por BATIZA, Rodolfo, op. cit. pág. 197.

Del precepto anterior se pueden distinguir varias categorías de fideicomitentes: personas físicas y jurídicas, autoridades judiciales y administrativas; sin embargo, el precepto contiene un error técnico al enunciar los propósitos para los cuales dichas autoridades pueden detentar bienes que como fideicomitentes se les autoriza para afectar en fideicomiso, ya que con excepción del caso de la enajenación, todos los demás propósitos, es decir la guarda, la conservación, la administración, la liquidación y el reparto, son jurídicamente insuficientes para permitir la constitución de un fideicomiso, si tomamos en cuenta que para ello es condición indispensable, por producir el fideicomiso una transmisión de bienes en favor del fiduciario, que el fideicomitente goce de la facultad de disposición sobre la cosa, siendo evidente que en las cinco hipótesis anteriores no puede existir dicha facultad.³²

De una manera general y sin contar con el requisito de disposición al que nos hemos referido anteriormente, podemos concluir, que el fideicomitente es la persona física o moral que dentro del contrato de fideicomiso destina o afecta ciertos bienes o derechos a un fin lícito y determinado.

b).- FIDUCIARIO.- En el derecho angloamericano la cuestión de quién podía ser *trustee* implicaba tener la capacidad para adquirir y poseer en propiedad los bienes sobre los cuales se constituye el *trust*, así como la competencia

suficiente para manejar el patrimonio, conforme a los términos establecidos en el instrumento respectivo o según las instrucciones de los beneficiarios, ya que la ejecución del *trust* puede requerir criterio y decisiones que impliquen conocimiento del mundo de los negocios.³³

Nuestra legislación establece en el artículo 350 de la Ley General de Títulos y Operaciones de Crédito, que sólo pueden ser Fiduciarias las Instituciones expresamente autorizadas para ello conforme a la Ley General de Instituciones de Crédito, siendo éstas, las instituciones de crédito conforme lo establece el artículo 46 fracción XV de dicho ordenamiento.

Conforme a nuestra legislación, la actividad del fiduciario no se limita a ser prestada por una sola institución, sino que puede ser prestada por varias instituciones fiduciarias para que conjunta o sucesivamente desempeñen el fideicomiso, siguiendo el orden y condiciones para la sustitución que al efecto gire el fideicomitente.

La Suprema Corte de Justicia de la Nación, 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 del fideicomisario y por cuenta del fideicomitente, y el fiduciario también obra en ejercicio de las facultades que se le

³² BATIZA, Rodolfo, op. cit. pág. 198

³³ BATIZA, Rodolfo, op. cit. pág. 211.

han conferido, y por esa transmisión de determinados derechos sobre los bienes dados en fideicomiso, por lo que el fideicomitente no puede modificar ni desconocer lo que el fiduciario ha hecho dentro del campo de las facultades transferidas para la realización del fin perseguido.³⁴

De las características mencionadas anteriormente, podemos concluir, que el fiduciario, es la institución de crédito legalmente constituida y con autorización para fungir como administradora o depositaria de los bienes o derechos establecidos bajo FIDEICOMISO, y encargada de llevar a cabo los fines que en el fideicomiso se establezcan.

c).- FIDEICOMISARIO.- En el sistema angloamericano, según afirma KEETON³⁵, quien tiene capacidad para adquirir un derecho legal puede, a través del *trust*, recibir un derecho de equidad, donde la capacidad pasiva para ser beneficiario de un *trust* no es la misma que la exigida para ser *settlor* o *trustee*.

En nuestro sistema, y siguiendo el concepto del sistema angloamericano, el fideicomisario es quien recibe los beneficios del fideicomiso, siguiendo el texto de la Ley General de Títulos y Operaciones de Crédito, en donde se establece en su artículo 348, que sólo pueden ser fideicomisarios las personas físicas o jurídicas

³⁴ Semanario Judicial de la Federación, Tomo CXVIII, pág. 1082, Núm. 2064 de 1952, sec. 2ª, 26 de Octubre de 1953.- ACOSTA SIERRA FRANCISCO - 26 de Octubre de 1953.- 4 votos.

³⁵ Cit. por BATIZA, Rodolfo, op. cit. pág.223.

que tengan la capacidad necesaria para recibir el provecho que el fideicomiso implica.

De igual manera que respecto al fiduciario, el fideicomitente puede designar varios fideicomisarios para que reciban simultánea o sucesivamente el provecho del fideicomiso, salvo cuando dicha sustitución deba realizarse por muerte del fideicomisario anterior.

Anteriormente, en nuestra legislación se consideraba como nulo el fideicomiso que se constituía en favor del fiduciario, sin embargo, y tras la reforma del legislador a la Ley General de Títulos y Operaciones de Crédito de 1996, el fideicomiso puede constituirse en favor del fiduciario, solamente en el caso de que los bienes se transmitan al fiduciario para servir como instrumento de pago de obligaciones incumplidas, derivadas de créditos otorgados por la propia institución que tengan como finalidad la realización de actividades empresariales.

La reforma comentada anteriormente, varía el sentido o la naturaleza que la figura del fideicomisario tuvo desde sus orígenes, situación que merece un profundo análisis y que es el principal objetivo de la presente investigación.

C.- FORMALIDADES.

Los requisitos formales que debe cumplir el contrato de fideicomiso pueden inferirse del texto de la Ley General de Títulos y Operaciones de Crédito, la cual establece en su artículo 352, que el fideicomiso puede ser constituido por acto entre vivos o por testamento, debiendo 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.

Del precepto anterior, podemos destacar tres elementos característicos que debe contener el contrato de fideicomiso para ser considerado como formalmente válido, que son:

- Debe Constar por Escrito.
- Por acto entre vivos o por Testamento.
- Debe Ajustarse a la Legislación Común sobre transmisión de bienes y/o derechos.

D.- VIGENCIA.

Cuando el beneficiario es una persona física, la vigencia puede ser determinada o indeterminada, sin limitación alguna.

Cuando el beneficiario es una persona moral, la vigencia máxima es de 30 años, con las siguientes excepciones:

- Fideicomisos de Interés Público.

- Fideicomisos en los que intervenga el Gobierno Federal como fideicomitente.

- Fideicomisos en favor de Instituciones de Beneficencia, Culturales, etc...

E.- DERECHOS Y OBLIGACIONES DE LAS PARTES.

FIDUCIARIO.- OBLIGACIONES.- La obligación primordial de las instituciones que fungen con tal carácter, es llevar a efecto los deseos del creador del *trust* según aparezca en el instrumento respectivo.

De una manera general, explica SCOTT³⁶ que la extensión de las obligaciones y facultades del *trustee* depende principalmente de los términos del *trust*. Las obligaciones del fiduciario existen en primer término frente al fideicomisario y frente al fideicomitente y, de manera subsidiaria, frente a los herederos de éste.

Conforme a nuestra legislación, el fiduciario no puede excusarse o renunciar a su encargo sino por causas graves a juicio de un Juez de Primera Instancia del lugar de su domicilio, es decir, una vez aceptado el cargo, no puede rehusarse voluntariamente a concluirlo.

El fiduciario en nuestro sistema está obligado a realizar el fin lícito que le fue encomendado, de conformidad con el acto constitutivo del mismo, por lo que el fideicomitente no puede modificar ni desconocer lo que la fiduciaria ha hecho

³⁶ SCOTT, Austin W., citado por BATIZA, Rodolfo, Op. cit., pág. 293.

dentro del campo de las facultades transferidas para la realización del fin perseguido.³⁷

Debido a lo anterior, las únicas limitaciones que pueden imponerse por el fideicomitente a la institución fiduciaria, deben constar en el acto constitutivo del fideicomiso y no en actos posteriores, porque de lo contrario podría hacerse nugatoria la consecución del fin que se pretende alcanzar.³⁸

Dentro de las obligaciones que se le imponen a la fiduciaria, el doctrinista BATIZA³⁹, las clasifica en dos grupos:

I.- Respecto al Objeto.-

a).- Control y Conservación de los Bienes.- Tales obligaciones no están expresamente señaladas en la ley, sin embargo, es claro que el fideicomiso cuyo objeto consiste en cosas corpóreas el fiduciario recibe del fideicomitente los bienes dados en fideicomiso, contrayendo la obligación de tomar posesión de ellos y de conservarlos en forma segura.

Para proceder a esta obligación, en el derecho angloamericano, el *trustee* debía hacer inventario de los mismos; sin embargo en nuestra figura, dicho

³⁷ Criterio de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, Semanario Judicial de la Federación, 3ª Sala, 5ª Época, Tomo CXIX, pag. 1111, 17 de Febrero de 1954, 3 votos, Esparza de Sánchez Leónor.

³⁸ Amparo Civil Directo 1822/54 - Francisco Sierra Acosta, 1º de Julio de 1955, 3 votos, Ponente Mariano Ramírez Vázquez.

³⁹ BATIZA, Rodolfo, Op. cit. pag. 299.

inventario se encuentra comprendido o se infiere en el acto constitutivo que le da origen.

b).- Registros Contables.- Es obligación para la fiduciaria abrir una contabilidad especial por cada contrato de fideicomiso, en donde deben registrar el dinero y demás bienes, valores o derechos que se les confían, así como los incrementos o disminuciones, por los productos o gastos respectivos (art. 79 Ley de Instituciones de Crédito).

c).- Cuidado y Pericia.- Nuestro derecho establece el principio de que el fiduciario debe realizar el fin lícito que le ha sido encomendado en virtud del fideicomiso, cumpliéndolo conforme al acto constitutivo y obrando siempre como buen padre de familia (arts. 346 y 356 Ley General de Títulos y Operaciones de Crédito), principio del cual puede inferirse la obligación contenida en el presente inciso.

d).- Existen varias obligaciones contempladas en el sistema angloamericano, que no han sido adoptadas o incorporadas a la ley especial de la materia en nuestro derecho, sino que dichas obligaciones pueden inferirse de manera supletoria de las legislaciones mercantiles y de derecho común, a falta de norma especial expresa, siendo éstas principalmente: la conservación de los bienes y la productividad de los mismos.

II.- Respecto a las partes.-

a).- Ajustarse a las Instrucciones.- En este sentido y como se ha visto anteriormente, la obligación primordial del fiduciario consiste en cumplir cabalmente la voluntad del fideicomitente, desprendiéndose de ésta la obligación de lealtad, imparcialidad, avisos, notificaciones y suministro de informes.

b).- No delegación.- La existencia de funcionarios especiales como son los delegados fiduciarios, cuya designación puede ser vetada por la Comisión Nacional Bancaria y de Valores, (a los que incluso puede ésta remover), a través de los cuales las instituciones especializadas desempeñan su cometido y ejercen sus facultades, demuestra la intención de encomendar dicha misión a personas determinadas, identificadas plenamente y con capacitación especial. Sin embargo, sería excesivo e innecesario imponer la obligación absoluta de ejecutar personalmente todos y cada uno de los actos derivados de la administración del fideicomiso. En este sentido, la Comisión Nacional Bancaria⁴⁰, ha establecido que los actos mediante los cuales se tomen resoluciones de carácter discrecional, indelegables, que implican voluntad de mando o decisión, deben ser realizados por los delegados fiduciarios, pero los actos o funciones secundarias o auxiliares que se reducen a formalidades o trámites, pueden ser desempeñados por dependientes⁴¹.

⁴⁰ Circular 547, de fecha 16 de Noviembre de 1996

⁴¹ Art. 321 del Código de Comercio: "Los actos de los dependientes obligarán a sus principales en todas las operaciones que éstos les tuvieren encomendadas"

c).- Secreto Profesional.- Existe la obligación por parte del fiduciario de guardar la información o la operación que realice o proporcione el fideicomitente o el fideicomisario, debido a la naturaleza confidencial del fideicomiso y la confianza que el fideicomitente ha depositado en la Institución, por lo que dicha información jamás debe divulgarse, salvo en los casos previstos por la Ley.

Dicha prohibición se establece expresamente en la Ley de Instituciones de Crédito, la cual establece que las instituciones de crédito no podrán dar noticias o informes de las operaciones que realicen, bajo pena de responsabilidad civil por los daños y perjuicios ocasionados, salvo que dicha información sea requerida por la propia Comisión Nacional Bancaria (arts. 117 y 118 Ley de Instituciones de Crédito).

FACULTADES Y DERECHOS.- Las facultades del fiduciario, se observan como las necesarias para hacerle posible el cumplimiento de su obligación fundamental, o sea, la realización del fin del fideicomiso, que se le encomienda. La existencia de dichas facultades no se da de manera independiente, sino que se encuentran íntegramente subordinadas al cumplimiento de sus obligaciones.

Para poder determinar las facultades del fiduciario, se hace indispensable analizar, en cada caso, los términos del fideicomiso para estar en condiciones de saber qué facultades se le concedieron al fiduciario, cuáles se reservó el

fideicomitente y cuáles derivan para él del acto constitutivo, cuáles corresponden al fideicomisario y a terceros y en qué consiste el fin del fideicomiso.

La legislación vigente, específicamente la Ley General de Títulos y Operaciones de Crédito, establece de una manera vaga, (pero otorgando autoridad al acto constitutivo del fideicomiso), que 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.

Debido a tal disposición y ya que la intención del legislador es la de otorgar plena autonomía a la voluntad de las partes intervinientes en el acto constitutivo del fideicomiso, se puede considerar que las facultades del fiduciario, son aquéllas que expresamente el fideicomitente quiera otorgarle, y aquéllas que por ley le corresponden para el cumplimiento de los fines del fideicomiso; entre dichas facultades potestativas de otorgar por parte del fideicomitente, la Suprema Corte de Justicia de la Nación ha señalado las siguientes: facultad de enajenar, permutar o donar, facultad de obtener créditos y gravar, facultad de arrendar, facultad de hacer reparaciones o mejoras, facultad para realizar erogaciones, facultad para pleitos y cobranzas⁴².

⁴² Semanario Judicial de la Federación, Tercera Sala, Epoca 8A, Tomo VI primera parte. Tesis J/3a. 42/90. Pág. 197. "Corresponde a la Institución Fiduciaria llevar a cabo la defensa del patrimonio fideicomitado, por ser quien tiene todos los derechos y acciones que se requieren para el cumplimiento del fideicomiso, por lo cual, podrá presentarse el fiduciario como titular a juicio como actor o demandado, así como vender, alquilar, ceder y realizar demás actos relativos, pues tales derechos y acciones no pueden circunscribirse a los actos ordinarios tendientes a la consecución de los fines de aquél, sino que también deben comprender los actos cuya finalidad sea la defensa del patrimonio fideicomitado frente al actuar de

Como el derecho principal que tiene el fiduciario, en virtud de la administración y desempeño del fideicomiso, se encuentra el de percibir honorarios, cuyo monto y formas de determinación se ajustan a las disposiciones que al efecto establezca la Ley Orgánica del Banco de México, de conformidad con lo establecido por el artículo 48 primer párrafo de la Ley de Instituciones de Crédito.

FIDEICOMITENTE.- OBLIGACIONES.- Las obligaciones del fideicomitente, se pueden determinar de una manera sencilla, ya que al ser su voluntad constituir el fideicomiso y por ende transmitir los bienes que se vayan a afectar, no existen más obligaciones que las referentes a la transmisión y conservación de los mismos, por lo que podemos enumerarlas de la siguiente manera:

- a).- Transmitir el Bien afecto en el Fideicomiso.
- b).- Saneamiento para el caso de evicción.
- c).- Pago de Honorarios y Gastos al Fiduciario. (Esto sólo cuando dicha obligación se hubiese pactado expresamente a cargo del fideicomitente, ya que la misma puede constituirse a cargo del fideicomisario o beneficiario, como lo afirma Villagordoa)⁴³.

quienes alteren, obstaculicen o imposibiliten el cumplimiento de estos fines, pues ello implica en su sentido amplio, llevar a cabo el objeto del fideicomiso".

⁴³ VILLAGORDOA LOZANO, José M, "Doctrina General del Fideicomiso", Asociación de Banqueros de México, México, D.F., 1976, p. 174.

FACULTADES Y DERECHOS.- Las facultades del fideicomitente, debido a la autonomía y autoridad del acto constitutivo del fideicomiso, serán aquéllas que expresamente él mismo se reserve, o aquéllas que por la naturaleza misma del fideicomiso le correspondan, dentro de las cuales podemos mencionar las siguientes: facultad para designar varios fideicomisarios, facultad de designación de varios fiduciarios, facultad de supervisión del fideicomiso, facultad para hacer requerimiento de cuentas, facultad para remover al fiduciario y la reversión de los bienes.

FIDEICOMISARIO.- OBLIGACIONES.- Como única obligación que pudiera establecerse a cargo del fideicomisario o beneficiario, se encuentra la obligación de pagar los honorarios y gastos efectuados por el fiduciario, siempre y cuando dicha obligación se hubiese convenido en el acto constitutivo del fideicomiso y el fideicomisario la acepte expresamente.

FACULTADES Y DERECHOS.- Al ser el fideicomisario el legitimado para recibir los beneficios del fideicomiso, sus facultades y derechos se circunscriben a la realización del fin del fideicomiso, por lo que se pueden señalar entre ellas: exigir el cumplimiento del fideicomiso, la protección de los bienes fideicomitados, la anulación de los actos del fiduciario hechos en contravención de las instrucciones giradas por el fideicomitente y la transmisión de los derechos cuando así se hubiese pactado.

F.- TIPOS DE FIDEICOMISO.

Para hacer una clasificación de los diferentes tipos de fideicomisos, se hace indispensable seguir la realizada por uno de los principales doctrinistas de la materia, BATIZA⁴⁴, quien los clasifica en cinco apartados:

a).- FIDEICOMISO EXPRESO E IMPLICITO.- El fideicomiso expreso, es aquél que se constituye por la manifestación exteriorizada de la voluntad de una persona, ya sea por acto entre vivos, o por testamento.

El fideicomiso implícito, no ha sido reconocido por nuestro sistema jurídico, sin embargo, se hace referencia a este tipo de contrato, debido a la eficacia que representa dicha variante del fideicomiso en otros sistemas jurídicos, en materia de fines sociales.

b).- FIDEICOMISOS CONDICIONAL, SUCESIVO Y DE BENEFICENCIA.- El fideicomiso condicional, es aquél en donde la ejecución del mismo depende de que se realice o se deje de realizar un hecho futuro e incierto y el derecho del fideicomisario nace el día en que se cumpla la condición y se extingue el día que deja de cumplirse, siendo éstas: la condición suspensiva y la resolutoria.

⁴⁴ BATIZA, Rodolfo, Op. Cit. pág. 169.

El fideicomiso sucesivo se refiere principalmente a la substitución de fideicomisarios, es decir, cuando el beneficio del fideicomiso se conceda a varias personas sucesivamente; sin embargo, ésta modalidad ha sido estrictamente regulada por el legislador, al grado de que prohíbe que dicha substitución se realice por muerte del fideicomisario anterior, salvo el caso de que la substitución se realice en favor de personas que estén vivas o ya concebidas a la muerte del fideicomitente.

El fideicomiso de beneficencia, es entendido por el legislador como aquél en donde la persona que recibe el beneficio del fideicomiso, es una persona jurídica cuya característica es que no persigue fines de lucro, como en el caso de las fundaciones, de las casas hogar, etc., incluso el legislador permite que dichos fideicomisos se constituyan por una duración superior a la permitida, es decir, por más de 30 años (art. 359-III, Ley General de Títulos y Operaciones de Crédito).

c).- FIDEICOMISOS ONEROSO Y GRATUITO.- La distinción entre estos dos tipos de fideicomisos, parece ser muy obvia, debido a que lo que distingue a ambos son las cargas que se establezcan por las partes; sin embargo, afirma ALFARO⁴⁵, que los términos gratuito y oneroso, no marcan una división del fideicomiso propiamente dicho, y que lo que es gratuito y oneroso es la administración del mismo.

d).-FIDEICOMISOS DE INVERSION, ADMINISTRACION Y GARANTIA.-

Por fideicomiso de inversión, se entiende aquél que consiste en el encargo hecho por el fideicomitente al fiduciario de utilizar un fondo constituido al efecto, para producir rendimientos para el fideicomisario, es decir, se le da la facultad discrecional o limitada al fiduciario, para que éste maneje el fondo constituido con la finalidad de que produzca el mejor rendimiento posible para el fideicomisario, ya sea mediante inversión en bonos, acciones de sociedades, valores o en otra clase de bienes.

Por fideicomiso de administración se conoce aquél en que el fideicomitente entrega bienes inmuebles al fiduciario para que se encargue de la celebración de contratos de arrendamiento, del cobro de rentas, de la promoción de juicios de desahucio o lanzamiento, del pago de los diversos impuestos que gravan la propiedad, todo ello en interés del beneficiario.

El fideicomiso de garantía ha venido substituyendo con ventaja a las figuras jurídicas de la prenda y la hipoteca, haciendo más sencillo, flexible y seguro el manejo del crédito; el contrato, por lo general, se realiza en el sentido de ser traslativo de dominio e irrevocable mientras la obligación que garantiza permanezca insoluta, sea por la suerte principal o accesorios legales.

⁴⁵ Cit por BATIZA, Rodolfo, Op. Cit. pág. 172.

e).-FIDEICOMISOS PUBLICOS.- Los fideicomisos públicos son aquéllos en donde el Gobierno Federal, se constituye como fideicomitente, siendo parte de la estructura jurídica del poder público, teniendo una variedad de aplicaciones casi ilimitada en todos los campos de la actividad económica y social: industria, comercio, agricultura, ganadería, forestación, turismo, exportación, pesca, educación, etc.

En contraste con los fideicomisos públicos, encontramos otra diversidad de fideicomisos que pueden ser considerados como privados, los cuales aún y cuando no se hayan cristalizado en una categoría definida, sirven de base para la clasificación de otros, siendo éstos por ejemplo: los que se constituyen con la finalidad de fraccionar y lotificar terrenos, para emitir certificados de participación, para seguros de vida, para riesgos laborales, para maquiladoras, para sociedades de autores, de tiempos compartidos, etc.

En la práctica, las Instituciones de Banca Múltiple, con fines estrictamente utilitarios y contables, clasifican los fideicomisos de acuerdo con los objetos o materia de los contratos de la siguiente manera:

FIDEICOMISOS DE GARANTÍA

FIDEICOMISOS EN ADMINISTRACIÓN.

FIDEICOMISOS DE INVERSIÓN.

G.- DISTINCION FRENTE A OTRAS FIGURAS.

El fideicomiso, debido a la flexibilidad que presenta y a la diversidad de negocios que se pueden realizar con el mismo, presenta semejanzas con otros contratos; sin embargo, existen elementos que hacen más propicia la celebración del fideicomiso. Dentro de estos contratos, se mencionan los más semejantes:

a).- MANDATO.- Tal vez es con esta figura jurídica con la que más se asemeja el fideicomiso, a tal grado, que en sus primeras apariciones en México, el fideicomiso era considerado como un Mandato Irrevocable⁴⁶; sin embargo, se puede establecer que la diferencia entre ambos radica principalmente en la transmisión de dominio que opera en favor del fiduciario sobre los bienes fideicomitidos, situación que no se da en el contrato de mandato, sin embargo, es innegable y justificable que el fideicomiso fuera considerado anteriormente como un mandato, debido a que las características de ambos parecen ser similares en cuanto a la finalidad que persiguen.

b) DEPOSITO.- En el contrato de fideicomiso, el que se constituye por acto entre vivos sobre bienes presentes, existe una entrega material de la cosa, acto que provoca o genera la semejanza con el contrato de depósito, sin embargo, a diferencia de la entrega que se hace por el depósito, en que sólo hay un cambio

de posesión del depositante al depositario, en el fideicomiso se produce un cambio en la propiedad, del fideicomitente al fiduciario, característica que en ciertos negocios, hace más viable la utilización del fideicomiso.

c) ESTIPULACION A FAVOR DE TERCERO.- El artículo 1868 del Código Civil para el Distrito Federal prescribe que en los contratos se pueden hacer estipulaciones en favor de tercero, conforme a sus siguientes artículos: "La estipulación hecha en favor de tercero, hace adquirir a éste, salvo pacto escrito en contrario, el derecho de exigir del promitente la prestación a que se ha obligado. También confiere al estipulante el derecho de exigir del promitente el cumplimiento de dicha obligación (art. 1869). El derecho de tercero nace en el momento de perfeccionarse el contrato, salvo la facultad que los contratantes conservan de imponerle las modalidades que juzguen convenientes, siempre que éstas consten expresamente en el referido contrato (art. 1870). La estipulación puede ser revocada mientras que el tercero no haya manifestado su voluntad de querer aprovecharla. En tal caso, o cuando el tercero rehuse la prestación estipulada a su favor, el derecho se considera como no nacido (art. 1871). El promitente podrá, salvo pacto en contrario, oponer al tercero las excepciones derivadas del contrato" (art. 1872).

El punto principal de contacto entre la estipulación a favor de tercero y el fideicomiso reside en el beneficio que a través de una y otro puede concederse a

⁴⁶ Ley de Bancos de Fideicomiso de 1926.

favor de una persona que no intervino en la constitución de la obligación original. Las diferencias, en cambio, son considerables: el fideicomiso es una relación jurídica autónoma que no surge incidentalmente dentro de un contrato; en el fideicomiso, a diferencia de la estipulación a favor de tercero, la revocación del fideicomitente no está condicionada a la aceptación del beneficiario; 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 y aún para finalidades del todo ajenas a las personas.⁴⁷

d) DONACION.- Podría también pensarse que existe no únicamente analogía, sino identidad, entre la donación y el fideicomiso, cuando éste es resultado de una liberalidad. Pero es de observarse que la donación se refiere a bienes presentes, sin que pueda comprender los futuros, restricción inaplicable en el fideicomiso; por otra parte, interviene en el fideicomiso una persona, el fiduciario, que se interpone entre el fideicomitente y el fideicomisario, lo que no ocurre respecto a donante y donatario.

Las diferencias y semejanzas entre el fideicomiso y otros contratos y figuras jurídicas, podrían hacerse indefinidas, ya que el fideicomiso dada la flexibilidad a que se ha hecho mención anteriormente, podría aplicarse a cualquier situación y a cualquier acto, sin embargo, es de considerar, que el fideicomiso es una figura jurídica sui generis, y que si no revistiera caracteres diferenciales propios que lo

⁴⁷ BATIZA, Rodolfo, Op. Cit. pág. 187.

separan y distinguen de figuras ya conocidas, su adopción hubiera implicado una duplicidad innecesaria.

H.- FINALIDADES DEL FIDEICOMISO.

Todo acto jurídico, por principio, debe tender a un fin lícito, esto es, que no sea contrario ni a la ley ni al orden público; en nuestra legislación, se establece que el fideicomiso debe constituirse para la realización de un fin lícito determinado (arts. 346-347 de la Ley General de Títulos y Operaciones de Crédito); aclarando lo que debe entenderse por licitud en el fin, el artículo 1830 del Código Civil para el Distrito Federal, establece: "Es ilícito el hecho que es contrario a las leyes de orden público o a las buenas costumbres", por lo cual, le corresponderá a la autoridad judicial, el resolver en cada caso, si el fin de un fideicomiso está o no en pugna con tales concepciones.

De la consideración anterior, se puede deducir que la finalidad del fideicomiso gira alrededor de la licitud del acto, por lo que podemos establecer, que dicha finalidad debe ser:

- a) Lícita.
- b) Determinada.
- c) Posible.
- d) Realizable.

I.- EXTINCION DEL FIDEICOMISO.

Algunas de las causales de extinción del fideicomiso provienen de actos de las partes, o de una de ellas y otras de hechos que les son ajenos, como lo son las relativas a la destrucción de la cosa objeto del contrato, la renuncia del fideicomisario y la resolución del derecho del fideicomitente sobre dicha cosa.

En nuestra legislación positiva, específicamente en la Ley General de Títulos y Operaciones de Crédito (art. 357), se establecen las causales de extinción del fideicomiso, siendo éstas:

a) Realización del fin.- En principio, podríamos observar lógica esta causal, es decir, que el fideicomiso se extingue por la realización del fin para el cual fue constituido, sin embargo, es de considerar que el contrato de fideicomiso puede conllevar incontables finalidades susceptibles de alcanzarse con su constitución, por lo que la extinción de la principal de ellas extinguiría el contrato, situación que no se daría cuando se extinguiese una finalidad secundaria o accesoria⁴⁸ a la principal.

⁴⁸ La distinción entre finalidad principal y secundaria, no quiere decir que expresamente se pacten como tales en el contrato, sino que dentro de las múltiples finalidades que se pueden pactar en el mismo, existe una de ellas que sigue la naturaleza misma del contrato específico, y existen otras, que son consecuencia o se derivan de la finalidad primordial. En este sentido y únicamente como ejemplo concreto para ésta causal, en un fideicomiso de Inversión, podríamos considerar la inversión misma del capital destinado al efecto, como la finalidad principal, y el derecho del fideicomisario a retirar los gananciales que mensualmente genere la inversión, como la finalidad secundaria o accesoria.

b) Por hacerse Imposible la Realización del Fin.- Así como el cumplimiento de los fines para los cuales fue constituido el fideicomiso produce su extinción, así también la imposibilidad de su cumplimiento debe producir su extinción, debido a que el fiduciario no podría ejecutar encargo alguno ni el fideicomisario recibir el beneficio específico que se dispuso en su favor, por lo que el contrato de fideicomiso no tendría razón de ser⁴⁹.

c) 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. Esta causal de extinción no amerita mayor comentario, mas si una reflexión en el sentido de la terminología utilizada, ya que en efecto, si es precisamente la existencia del fideicomiso la que depende del cumplimiento de la condición suspensiva, al hacerse ésta imposible o no verificarse dentro del término, es inadecuado hablar de extinción del fideicomiso, sino que debiera hablarse de que se extingue la posibilidad de su existencia.

d) Por haberse cumplido la Condición Resolutoria.- En este sentido si es propio hablar de extinción del fideicomiso, ya que en efecto si existió, pero quedó sujeto a que se diera un acontecimiento futuro, que de verificarse, produciría la extinción del mismo.

e) Por Convenio expreso entre el Fideicomitente y el Fideicomisario.- Esta causal resulta aplicable para el caso de que el fideicomitente no se haya reservado la facultad de extinguir el fideicomiso sin consentimiento del fideicomisario en el acto constitutivo del mismo, por lo que al ser el fideicomisario quien recibe los beneficios propios del fideicomiso, resulta indispensable su consentimiento para extinguirlo.

f) Por Revocación hecha por el Fideicomitente.- Esta causal de extinción resulta aplicable para el caso de que el fideicomitente se hubiese reservado expresamente ese derecho al constituir el fideicomiso.

g) Por Renuncia, Remoción o no Aceptación de la Fiduciaria.- Cuando la institución fiduciaria no acepte, renuncie o sea removida del cargo, y no se ha pactado la substitución de la misma por otra institución, o bien, dicha substitución se hace imposible, el contrato de fideicomiso se extingue, por no existir titular de los derechos fideicomitados, y por ende, por no existir quien lleve a cabo la finalidad del fideicomiso.

⁴⁹ VASQUEZ DEL MERCADO, Oscar, "Contratos Mercantiles", Editorial Porrúa, México, D.F., 1985, p. 421.

CAPITULO III MARCO LEGAL DEL FIDEICOMISO

LEGISLACION MEXICANA.

La figura del fideicomiso, ha sido positivizada en innumerables ordenamientos jurídicos, en los cuales el legislador busca abarcar todos los posibles supuestos que se deriven de la peculiar naturaleza del contrato, el cual como se ha comentado anteriormente, posee la característica de ser un instrumento flexible adaptable a casi cualquier negocio jurídico lícito.

El análisis de dichos ordenamientos no puede desarrollarse profundizando en cada uno de ellos, debido a la diversidad y extensión de los mismos, ya que de hacerse de esa manera, sería necesario transcribir íntegramente sus respectivos numerales y compararlos unos con otros, situación que resulta impráctica y notoriamente antimetodológica.

Sin embargo, y debido a la importancia que reviste la legislación actual en materia de fideicomiso, analizaremos los diversos ordenamientos, buscando agruparlos según la naturaleza de la norma, es decir, dividir dichas normas según los aspectos que regulen el contrato.

En este sentido, podemos distinguir dos grupos de normas: las que se refieren a los aspectos generales del contrato, que lo regulan de una manera directa, y las que regulan al contrato en situaciones o casos concretos.

A) NORMAS DE REGULACION DIRECTA.- Si bien es cierto, que la transcripción íntegra de normas y numerales, resulta antimetodológica, en este apartado se hace indispensable hacerlo, dada la importancia de las mismas, por lo que servirá únicamente como base para el comentario que de las mismas se realice.

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

ARTICULO 346.- En virtud del fideicomiso, el fideicomitente destina ciertos bienes a un fin lícito determinado, encomendando la realización de ese fin a una institución fiduciaria.

ARTICULO 347.- El fideicomiso será válido aunque se constituya sin señalar fideicomisario, siempre que su fin sea lícito y determinado.

ARTICULO 348.- 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 359.

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

ARTICULO 349.- Sólo 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.

ARTICULO 350.- Sólo pueden ser fiduciarias las instituciones expresamente autorizadas para ello conforme a la Ley General de Instituciones de Crédito.

En caso de que al constituirse el fideicomiso no se designe nominalmente la institución fiduciaria, se tendrá por designada la que elija el fideicomisario o, en su defecto, el juez de primera instancia del lugar en que 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 substituirse. Salvo lo dispuesto en el acto constitutivo del fideicomiso, cuando la institución fiduciaria no acepte, o por renuncia o remoción cese en el desempeño de su cargo, deberá nombrarse otra para que la substituya. Si no fuere posible esta substitución, cesará el fideicomiso.

ARTICULO 351.- Pueden ser objeto del fideicomiso toda clase de bienes y derechos, salvo aquellos que, conforme a la ley, sean estrictamente personales de su titular.

Los bienes que se den en fideicomiso se considerarán afectos al fin a que se destinan y, en consecuencia, sólo podrán ejercitarse respecto 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.

ARTICULO 352.- El fideicomiso puede ser constituido por acto entre vivos o por testamento. La constitución del fideicomiso deberá siempre constar por escrito y ajustarse a los términos de la legislación común sobre transmisión de los derechos o la transmisión de propiedad de las cosas que se den en fideicomiso.

ARTICULO 353.- 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.

ARTICULO 354.- El fideicomiso cuyo objeto recaiga en bienes muebles, surtirá efectos contra terceros 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 las institución fiduciaria.

ARTICULO 355.- 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 correspondan, y cuando ello sea

procedente, el de reivindicar los bienes que a consecuencia de estos 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.

ARTICULO 356.- 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.

ARTICULO 357.- El fideicomiso se extingue:

- I. Por la realización del fin para el cual fue constituido;
- II. Por hacerse éste 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 350.

ARTICULO 358.- 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 aquél hubiere sido inscrito.

ARTICULO 359.- Quedan prohibidos:

- I. Los fideicomisos secretos;
- II. Aquellos en los cuales el beneficio se conceda a diversas personas sucesivamente que deban sustituirse por muerte de la anterior, salvo el caso de que la sustitución 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.

Los numerales de la Ley General de Títulos y Operaciones de Crédito, que regulan directamente al fideicomiso, han sido analizados y comentados en el capítulo II de ésta investigación, por lo que únicamente separaremos el artículo 348, anteriormente transcrito, para ser comentado y analizado en el capítulo IV, en donde se profundizará acerca de la naturaleza o el fin que persigue la reforma legal que afecta dicho numeral⁵⁰.

II.- LEY DE INSTITUCIONES DE CREDITO.-

ARTICULO 6o.- 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 aplicarán en el orden siguiente:

- I. La legislación mercantil;
- II. Los usos y prácticas bancarios y mercantiles;
- 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.

ARTICULO 46.- Las Instituciones de Crédito sólo 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;

⁵⁰ Reforma a la Ley General de Títulos y Operaciones de Crédito, de fecha 26 de Mayo de 1996.

ARTICULO 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.

ARTICULO 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 confien, 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. En ningún caso estos bienes estarán afectos a otras responsabilidades que las derivadas del fideicomiso mismo, mandato, comisión o custodia, o las que contra ellos correspondan a terceros de acuerdo con la Ley.

ARTICULO 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.

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

Si el deudor no se opone conforme a lo previsto en dicho artículo, el juez mandará que se dé cumplimiento a lo establecido en el acto constitutivo del fideicomiso o sus modificaciones.

ARTICULO 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 perjuicio 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 350 de la Ley General de Títulos y Operaciones de Crédito.

ARTICULO 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 359 de la Ley General de Títulos y Operaciones de Crédito.

ARTICULO 106.- A las Instituciones de Crédito les estará prohibido:

XVII. Otorgar créditos o préstamos con garantía de :

b)Derechos sobre fideicomisos, mandatos o comisiones que, a su vez, tengan por objeto los pasivos mencionados en el inciso anterior;

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 356 de la Ley General de Títulos y Operaciones de Crédito, o garantizar la percepción de rendimientos por los fondos cuya inversión se les encomiende.....

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

El Banco de México podrá autorizar, mediante reglas generales, excepciones a lo dispuesto en las fracciones XV a XVIII de este artículo, con vistas a propiciar 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 Ley de Instituciones de Crédito, regula al fideicomiso desde el punto de vista de la actuación del fiduciario, es decir, establece el marco legal para que las instituciones de crédito puedan actuar en el desempeño del cargo que se les confiere, con las limitaciones que la propia ley señala expresamente, ya que en lo que se refiere a la constitución y a las partes intervinientes en el mismo, remite expresamente a la Ley General de Títulos y Operaciones de Crédito, situación

que coloca a éstos dos ordenamientos, como reguladores directos del contrato de fideicomiso, reiterando así la imperiosa necesidad de su integración total dentro de la presente investigación.

B) NORMAS DE REGULACION INDIRECTA.- El contrato de fideicomiso, como hemos visto anteriormente, presenta una diversificación que hace necesaria la existencia de normas que regulen aspectos concretos y específicos para cada caso en particular, que si bien no regulan directamente la existencia del contrato, sí regulan su efectos, como pueden ser, fiscales, productivos, económicos, etc., por lo que únicamente nos limitaremos a mencionar dichos ordenamientos que pueden servir como referencia de apoyo en la elaboración o estudio de cada contrato de fideicomiso.

Las normas que regulan indirectamente el contrato de fideicomiso, en los aspectos propios de cada ley, son: La Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos; La Ley Del Banco De México, y su Reglamento Interior; Ley de Inversión Extranjera; El Reglamento de la Ley para promover la Inversión Mexicana y regular la Extranjera; La Ley Minera y su Reglamento; La Ley de Asociaciones Religiosas y Culto Público; La Ley Federal del Derecho de Autor; La Ley Federal de Correduría Pública y su Reglamento; El Código de Comercio; La Ley de Quiebras y Suspensión de Pagos; La Ley Federal de Instituciones de Fianzas; La Ley General De Instituciones y Sociedades Mutualistas de Seguros; El Código Civil para el Distrito Federal; El Reglamento del Registro Público de la

Propiedad en el Distrito Federal; La Ley del Mercado de Valores; La Ley de Sociedades de Inversión; El Código Fiscal de la Federación; La Ley del Impuesto Sobre la Renta y su Reglamento; La Ley del Impuesto al Activo y su Reglamento; La Ley del Impuesto Sobre Adquisición de Inmuebles; La Ley Orgánica de la Administración Pública Federal; La Ley Federal de las Entidades Paraestatales y su Reglamento; La Ley General de Bienes Nacionales; La Ley de Adquisiciones y Obras Públicas; La Ley del Presupuesto, Contabilidad y Gasto Público; La Ley General de Deuda Pública; La Ley de Hacienda; La Ley del I.M.S.S.; El Código Penal para el Distrito Federal; La Ley Federal de Responsabilidades de los Servidores Públicos; La Ley Federal de los Trabajadores al Servicio del Estado; y El Reglamento de la Ley Federal de Armas de Fuego y Explosivos.

CAPITULO IV REFORMAS AL ARTICULO 348

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

1.- MENCION DE LA REFORMA.

ARTICULO 348.- 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 359.

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 constituya 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 fideicomitidos y que tengan por fin servir como instrumento de pago de obligaciones incumplidas, en el caso

de créditos otorgados por la propia institución para la realización de actividades empresariales. En este supuesto, las partes deberán designar de común acuerdo a una institución fiduciaria sustituta para el caso que surgiera un conflicto de intereses entre las mismas.

54709.

2.- ANALISIS DEL ULTIMO PARRAFO DEL NUMERAL.

a) "La institución fiduciaria podrá ser fideicomisaria".- Es de observarse el carácter facultativo de la disposición para las instituciones fiduciarias, es decir, la expresión "podrá", deja a las instituciones en posibilidad de constituir o no fideicomisos con esas características.

b) "En los fideicomisos en que al constituirse se transmita la propiedad de los bienes fideicomitidos".- El texto de reforma contenido en el presente apartado, contiene una contradicción respecto de la naturaleza del fideicomiso, esto es, la expresión "en que al constituirse se transmita la propiedad", supone la existencia o la posibilidad de fideicomisos en los cuales no se de la transmisión de dichos bienes, o bien, podría interpretarse en el sentido de que el legislador contempla la posibilidad futura de la existencia de dichos fideicomisos, mediante una reforma generalizada de la figura.

Por lo que se refiere a la transmisión de la propiedad que opera en favor del fiduciario que a su vez funge como fideicomisario, es de observarse que al ser el titular de derecho de el (los) bien (es) fideicomitido (s), se daría por recibido del pago adeudado, es decir un supuesto de pago anticipado.

c) "Servir como instrumento de pago".- Es una expresión conflictual, ya que como se expresó anteriormente, la transmisión del bien ya operó en favor del fiduciario, por lo que de darse el cumplimiento de la obligación, por vía directa del deudor, es decir mediante amortizaciones puntuales del capital adeudado, estaríamos en una situación de doble pago, ya que el bien fideicomitado se transmitió, como pago anticipado⁵¹ al fiduciario, por lo que se dejaría al fideicomitente en un estado de indefensión jurídica y pago de lo indebido.

d) "Créditos otorgados por la propia institución para la realización de actividades empresariales".- Resulta una disposición desfavorable para los inversionistas, ya que las instituciones de crédito no se colocan en una situación de apoyo a los mismos, sino que se encuentran en una situación de seguridad crediticia exagerada, ya que resulta inviable para los empresarios el reestructurar los créditos otorgados para apoyo a sus actividades⁵², los cuales han pagado anticipadamente, substituyendo así la figura jurídica de la garantía, por la del pago, por lo que quedarían sin efecto las recepciones de inmuebles vía dación en pago⁵³ como última opción de los deudores, ya que de antemano se encuentran adjudicados al acreedor, sólo que de manera condicionada, desvirtuando asimismo, los programas federales de apoyo a deudores mediante quitas,

⁵¹ En este supuesto podríamos hablar de un pago anticipado condicionado, ya que de no darse el cumplimiento por parte del deudor en la fecha preestablecida, el fiduciario ejecutaría el fideicomiso en favor de él mismo, validando o bien ratificando el pago anticipado que se le había efectuado vía transmisión fiduciaria.

⁵² No debe confundirse con los denominados "Fideicomisos Empresariales", cuyos fines consisten en la realización de actividades empresariales a través de un fideicomiso, los cuales tienen efectos fiscales específicos y se sujetan al cumplimiento de una serie de obligaciones contenidas en el artículo 9º de la Ley del Impuesto Sobre la Renta.

⁵³ En realidad, la reforma parece regular las daciones en pago a través de fideicomisos.

reestructuras o beneficios similares, elementos que sí resultan en apoyo directo a los deudores.

Esta política gubernamental, parece estar en favor de las instituciones de crédito, pretendiendo subsanar de manera equívoca y salvar la situación financiera de las mismas, la cual es provocada por una recesión económica generalizada. Sostenemos que es una vía equívoca, ya que existe la prohibición legal para las instituciones de crédito, de mantener en propiedad los bienes que se otorgan como pago de obligaciones incumplidas por más de dos años, por lo que en vez de ser una solución, agrava más la situación de las instituciones, que se verían saturadas de bienes que resultaría imposible enajenarlos en tan corto plazo, o si bien enajenándolos, repercutiría en pérdida para la institución, ya que generalmente dichas ventas se realizan por un valor menor que el valor real de los bienes, que supuestamente estarían garantizando o pagando al 100%, los créditos otorgados.

Asimismo, la anterior situación, pudiera ser utilizada incluso en perjuicio de las instituciones crediticias, ya que se les podría utilizar como medio de capitalización empresarial, esto es, supongamos que una empresa pretende la venta de ciertos activos fijos para hacerse de recursos que destinaría al pago de los créditos incumplidos; sin embargo, el realizar la enajenación con otro particular, le representaría el pago del Impuesto Sobre la Renta por la obtención de los ingresos que resulten con motivo de dicha venta, aunado ésto al bajo valor

comercial de venta de los bienes inmuebles, por lo que la supuesta capitalización o venta de activos fijos par hacer frente a las obligaciones incumplidas estaría por debajo del valor real esperado; sin embargo, amparados con la reforma, los empresarios podrían solicitar una reestructura de sus créditos incumplidos, transmitiendo al fiduciario el activo fijo que pretendían enajenar, el cual sería tomado a valor comercial real, vía avalúo bancario, por lo que al reestructurarse el crédito constituyendo un "fideicomiso de pago"⁵⁴, el empresario manejaría la posibilidad de incumplir voluntariamente el pago de la obligación principal, para que dicho fideicomiso se ejecutara y el bien inmueble que había sido transmitido en fideicomiso para servir como instrumento de pago, automáticamente se transmitiera a su acreedor quedando pagada su deuda en una especie de dación en pago, que en realidad no sería otra cosa que una venta a valor real, obteniendo así la capitalización esperada por la empresa, ya que por disposición de la Ley del Impuesto Sobre la Renta en Vigor (art. 10-C), las personas morales que realicen la enajenación de inmuebles, certificados de vivienda o derechos de fideicomitente o de fideicomisario que recaigan sobre inmuebles, por dación en pago o adjudicaciones en favor de instituciones de crédito quedan exentas del pago de dicho impuesto.

Por otro lado, resulta inexplicable la disposición, de que sean créditos otorgados para la realización de actividades empresariales, ya que no queda claro si se pretende ampliar o limitar el apoyo sólo a un determinado sector

⁵⁴ Denominación personal, utilizada para definir el fideicomiso que se crea con la reforma comentada.

económico, sin aclarar el porqué no se otorga dicho apoyo a los créditos hipotecarios o de consumo.

e) "las partes deberán designar de común acuerdo a una institución fiduciaria sustituta para el caso que surgiere un conflicto de intereses entre las mismas".- ¿Qué debe entenderse por conflicto de intereses?; esta situación no aclarada por el legislador puede obstruir la finalidad del fideicomiso, ya que el fideicomitente se encuentra en libertad para determinar la existencia de un conflicto entre las partes, por simple que éste sea.

a.- Efectos en la Propiedad Fiduciaria.

a.1.- Antes de la Reforma.

La Propiedad como una figura jurídica de derecho positivo, se encuentra regulada y reconocida por la legislación común, siendo para el efecto de la presente investigación aplicable la legislación común del Distrito Federal.

No obstante la aplicabilidad de la legislación común para el Distrito Federal, ésta carece de una definición concreta de lo que es la propiedad en un sentido genérico, por lo que, solamente para determinar las características esenciales de la propiedad, nos remitiremos a la legislación común aplicable en el Estado de Jalisco.

El Código Civil para el Estado de Jalisco, en su artículo 900, define lo que es la propiedad de la siguiente manera: " 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"

Del precepto anterior podemos concluir las características que posee la propiedad, siendo éstas la Disposición, el Goce y el Disfrute de un bien, presumiéndose la posesión real del inmueble.

La Propiedad Fiduciaria, derivada de los contratos de Fideicomiso, es una institución *sui generis* que ha sido adoptada por la Legislación Mexicana de otros países que cuentan con sistemas jurídicos completamente diferentes al nuestro, y en los cuales la Naturaleza del Fideicomiso surte efectos también diferentes a los nuestros.

Dada la eficacia de esta singular figura jurídica en sus países de origen, se optó por "*importarla*", ya que la flexibilidad que presenta, hace posible que la voluntad de los individuos moldeen de acuerdo a sus necesidades y expectativas, el contrato de Fideicomiso.

Sin embargo, la regulación que se ha hecho del Contrato de Fideicomiso en nuestro sistema jurídico, pierde concreción y objetividad respecto de instituciones jurídicas reconocidas y protegidas por nuestras leyes que forman parte en la consecución de los fines que se establezcan en la constitución del Contrato de Fideicomiso, siendo en el caso que nos ocupa, la propiedad fiduciaria.

La peculiaridad, moldeabilidad y flexibilidad que presenta el contrato de fideicomiso, no puede de ninguna manera desvirtuar figuras jurídicas reconocidas por la Ley, sino que dichas características del Fideicomiso, deben aplicarse para combinar y ajustar las figuras reales de derecho positivo existentes, a determinadas situaciones en las cuales los particulares o el Estado necesitan complementar unas con otras para lograr un objetivo lícito.

En este sentido, y tomando en cuenta que la propiedad fiduciaria ha sido considerada por la corte diferente a la propiedad civil, estamos en el supuesto de que se ha creado una nueva figura jurídica, según se desprende de la siguiente jurisprudencia:

== Instancia: Tercera Sala

Fuente : Semanario Judicial de la Federación

Época : 7A

Volumen : 139-144

Página : 53

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

TEXTO: Existe una gran diferencia entre la propiedad civil y la titularidad fiduciaria, pues en la primera se 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 el derecho de gozar del bien, porque 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 que 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 leyes prohibitivas o de interés público.

PRECEDENTES:

Amparo directo 2158/76. Ma. de los Dolores Teresa Saldivar Porras y coags. 25 de julio de 1980. 5 votos. Ponente: Raúl Lozano Ramirez. Véase: Séptima Época: Volúmenes 133-138, Cuarta Parte, pág. 97

El Artículo 352 de la LGTOC, establece: *".....La Constitución del Fideicomiso deberá siempre constar por escrito y ajustarse a los términos de la legislación común sobre transmisión de los derechos o la transmisión de propiedad de las cosas que se den en fideicomiso"*.

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 que 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 a la finalidad que se ha pactado en el contrato de fideicomiso.

De lo anterior, podemos identificar a la propiedad fiduciaria como una figura jurídica sui géneris, en la cual el titular fiduciario no puede disponer para sí mismo de los bienes que le son transmitidos, por ser éste el espíritu o la naturaleza jurídica del fideicomiso.

a.2.- Después de la Reforma.

La naturaleza de la propiedad fiduciaria que se constituye o se transmite al fiduciario en virtud de la constitución de un contrato de fideicomiso, es desvirtuada con la reforma al numeral 348 de la Ley General de Títulos y Operaciones de Crédito, anteriormente analizada. Como se ha visto, la llamada titularidad fiduciaria, no comprende la facultad de disposición sobre los bienes fideicomitados, ya que ésta solamente podría realizarse mediante la ejecución del contrato, de conformidad con la finalidad establecida en el mismo; en este sentido, al fiduciario solamente le estaba concedida la facultad de administración, conservación, y en algunos casos, la facultad de uso, de los bienes fideicomitados para que posteriormente, éstos fueran dispuestos por el propio fiduciario, de acuerdo a las instrucciones previamente giradas por el fideicomitente.

A la luz de la reforma del numeral anteriormente citado, la propiedad fiduciaria ha dado un giro que parece ser benéfico para las instituciones crediticias, ya que aunque discretamente limitada, se les concede la facultad de disposición de los bienes fideicomitados a las mismas. Esta facultad de disposición, es cierto que solamente puede operar en caso de incumplimiento por parte del deudor o acreditado 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 de garantía, en donde, no se habla de una transmisión para pago de obligaciones incumplidas, sino de una transmisión para garantizar obligaciones incumplidas.

Hablar de garantía es radicalmente contrario a hablar de pago, ya que en la primera deben de agotarse diversas instancias previas a la ejecución de la garantía, y sólo mediante resolución judicial que ordene la ejecución o bien por acuerdo entre las partes, pero no solamente el fideicomitente tiene la opción de defensa de los bienes otorgados en garantía, sino que tiene 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.

En oposición a lo anterior, al hablar de bienes transmitidos para pago en caso de 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 sólo hecho, dicha transmisión habrá extinguido la deuda, es decir, aunque de manera condicionada, ya se encuentra pagada de antemano la misma, al haber transmitido sus bienes, por ser éste el fin del fideicomiso, por lo que en realidad estaríamos en un supuesto de un fideicomiso de garantía con ejecución inmediata del fin, sin necesidad de acudir a las instancias anteriormente mencionadas, y por ende ante un supuesto de pérdida de acción de defensa por parte del fideicomitente, por lo que resulta obvio, 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.

Los fideicomisos de pago y fideicomisos de garantía, son categorías que han surgido de los usos bancarios, y que sin embargo han sido reconocidos como tales en el ámbito de la materia, y por lo tanto, se les han reconocido naturalezas distintas. Esta diferenciación, hace aún más flexible el uso del fideicomiso, incluso para evitar prohibiciones legales que, estando legisladas para uno de ellos, no se encuentran previstas para el otro.

Tal es el caso de el artículo 106 en correlación con el art. 46, ambos de la Ley de Instituciones de Crédito, que a la letra dicen: "art. 106.- A las Instituciones de Crédito les estará prohibido:.....XVII.- Otorgar Créditos o Préstamos con Garantía de: ... A) Los pasivos a que se refieren las fracciones I, incisos b), c), y d) y II a IV del artículo 46 de ésta Ley, a su cargo o de cualquier institución de crédito, y... B) Derechos sobre fideicomisos, mandatos o comisiones que, a su vez, tengan por objeto los pasivos mencionados en el inciso anterior;"...."art. 46.- Las Instituciones de Crédito sólo podrán realizar las operaciones siguientes:.....I.- Recibir depósitos bancarios de dinero:.....b) Retirables en días preestablecidos;...c) De ahorro, y....d) A plazo o con previo aviso.....II.- Aceptar préstamos y créditos;.....III.- Emitir Bonos Bancarios;....IV.- Emitir obligaciones subordinadas."

La prohibición anterior tiene como finalidad que las instituciones de crédito no tengan la facultad de disponer arbitrariamente de los bienes que le han sido otorgados vía transmisión fiduciaria, por el hecho de haber sido incumplida la deuda contraída, ya que de lo contrario, la institución de crédito tendría "amarrado" al deudor, y en caso de incumplimiento simplemente realizaría movimientos contables y se cobraría automáticamente con la garantía que le fue depositada con anterioridad, disposición que resulta de clara protección para el deudor.

Esa protección brindada por el legislador a los deudores, o en su caso a los fideicomitentes, ha sido seriamente afectada con la reforma en comento, ya que amparadas con la misma, las instituciones de crédito podrían realizar, en vez de fideicomisos con garantía de los pasivos anteriormente descritos, fideicomisos de pago, donde los bienes fideicomitados sean los mismos pasivos; hipótesis que encontrándose prohibido en el caso de fideicomiso de garantía, no lo está en caso de que lo sean de pago, y por lo tanto, sería legalmente válido hacerlo, perdiéndose así la verdadera naturaleza del manejo de la titularidad fiduciaria.

En este caso, la verdadera naturaleza de la propiedad fiduciaria no debe entenderse sólo para dichos pasivos, sino que también para todos los bienes que sean fideicomitados, 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 los bienes por parte de la fiduciaria, retirando por ende la protección de los bienes fideicomitidos.

3.- EL CONTRATO DE FIDEICOMISO AL AMPARO DE LA REFORMA.

a.- Características del Contrato al Amparo de la Reforma.

La flexibilidad como característica principal de los contratos de fideicomiso, deriva de una regulación genérica del mismo, permitiendo por ende la más extensa variedad o modalidad en los fines de los fideicomisos constituidos por las instituciones de crédito.

Sin embargo, dicha flexibilidad giraba alrededor de un marco legal que marcaba la pauta a seguir o, dicho propiamente, marcaba los principios legales del contrato acordes con la propia naturaleza del fideicomiso.

Uno de los principios legales considerados anteriormente como pilares de los contratos de fideicomiso era la prohibición bajo pena de nulidad de que la institución de crédito que fungiera con el carácter de fiduciario tuviese a la vez el carácter de fideicomisario en primer lugar, evitando así el tan cuestionado carácter de "juez y parte" en el negocio.

La reforma al artículo 348 de La Ley General de Títulos y Operaciones de Crédito lleva consigo un efecto jurídico que va más allá de incluir una variante

más a la flexibilidad característica del contrato de fideicomiso a la cual nos hemos venido refiriendo, ya que en una apreciación personal, rompe con el principio legal de prohibir la actuación de juez y parte en un negocio fiduciario a las instituciones de crédito.

Si bien es cierto que el doble carácter de las instituciones de crédito permitido a raíz de la reforma en comento se encuentra limitado a ciertas operaciones, trataremos en líneas posteriores de desvirtuar la necesidad de su inclusión o permisión:

De conformidad con la reforma, los elementos para que se pueda constituir un fideicomiso con la característica mencionada anteriormente, son los siguientes:

- 1.- Transmisión del bien: presupuesto de todos los fideicomisos.
- 2.- Créditos incumplidos: no especificando si el bien que deba transmitirse pueda provenir de un tercero.
- 3.- Créditos otorgados por la propia Institución.
- 4.- Servir como instrumento de pago: puede confundirse con la transmisión efectuada en los fideicomisos de garantía.
- 5.- Créditos otorgados para la realización de actividades empresariales.

Del desglose efectuado anteriormente se puede inferir que la naturaleza jurídica del contrato al amparo de la reforma adquiere una modalidad de pago

condicionado, esto es, si tratamos de concretizar de una manera práctica el supuesto en el cual pudiera formalizarse un fideicomiso de esta naturaleza, sería el siguiente:

Una persona física o moral que ha incumplido en las obligaciones de pago a su cargo y a favor de una institución de crédito, derivadas de cualquier operación de crédito tendiente a una actividad empresarial.

Si dicho incumplimiento deviene de un crédito otorgado únicamente con garantía personal⁵⁵, sería necesario transmitir al fiduciario un bien libre de todo gravamen que sirva como instrumento de pago; ese bien susceptible de transmisión al fiduciario podrá ser propiedad del deudor o de un tercero.

Si el incumplimiento deviene de un crédito otorgado con garantía real, sería necesario transmitir el mismo inmueble objeto de la garantía dejando subsistente el gravamen constituido para efectos de conservar la prelación, o bien, otorgar un nuevo inmueble libre de gravamen ya sea propiedad del deudor o de un tercero que sustituya la garantía contractual original y que sirva como instrumento de pago.

El hecho de transmitir un bien al fiduciario con la finalidad de servir como instrumento de pago, en una apreciación personal, adquiere una modalidad de

pago condicionado, es decir, tratando de evitar el tan cuestionado procedimiento convencional de ejecución en los fideicomisos de garantía, se transmite la propiedad al fideicomiso, en el cual uno de los fines del mismo sería el siguiente: Que el fiduciario conserve la propiedad del bien fideicomitado y que con el mismo, dicho fiduciario dé por pagada automáticamente ya sea parcial o totalmente la obligación incumplida originalmente, en el caso en que el fideicomitente no cumpla con las obligaciones a su cargo que deriven de la reestructura que originó la creación del "fideicomiso de pago".

Esta modalidad, pretende sustituir el procedimiento convencional de la ejecución del fideicomiso de garantía, ya que en éste una vez incumplida la obligación, el fiduciario procede previa instrucción del fideicomisario a subastar los bienes fideicomitados y con el producto pagar al fideicomisario, o bien, proceder a la transmisión del bien en favor del mismo como pago de la deuda.

Esta última opción, la de transmitir en favor del fideicomisario los bienes dados en garantía fiduciaria tendría exactamente los mismos efectos que la transmisión derivada de un "fideicomiso de pago", ya que en ambos sería indispensable la previa notificación al fideicomitente del incumplimiento y posteriormente al no efectuar el pago o al no acreditar el haberlo realizado, proceder a la transmisión de los bienes.

⁵⁵ Denominados en la práctica "Préstamos Quirografarios".

En éste orden de ideas, se estima que la reforma mencionada pretende agilizar el proceso de transmisión de los bienes fideicomitidos como pago de deudas incumplidas, al ser el fiduciario el interesado directo en la rápida transmisión de los bienes en favor de él mismo pero con el carácter de fideicomisario, evitando así que una institución de crédito que funja como fiduciaria y que sea diferente a la que tenga el carácter de fideicomisario, pudiese obstaculizar o retrasar la rápida transmisión del patrimonio en favor del fideicomisario, por no tener un interés directo en la recuperación de ese crédito incumplido.

Como se comentó anteriormente y de acuerdo a lo explicado en líneas anteriores, para lograr esa rapidez en la transmisión de los bienes fideicomitidos, que pudiese evitar la interposición de demandas judiciales de nulidad del fideicomiso por parte del fideicomitente que suspendan la ejecución del fideicomiso, no se estima necesario romper con un principio básico del contrato de fideicomiso al permitir el doble carácter de las instituciones de crédito, ya que se debe analizar que actualmente existe la Integración de varias instituciones de crédito, que, conservando cada una de ellas su autonomía jurídica en conjunto forman un grupo financiero, en el cual todas las instituciones de crédito que lo integran persiguen los mismos intereses, por lo cual, sin necesidad de esa permisión de la reforma se pudiese agilizar la transmisión vía ejecución de

fideicomisos, actuando uno de los integrantes del grupo financiero como fiduciario y otro de ellos como fideicomisario.

Debido a lo anterior, consideramos que no era necesario romper con la estructura y naturaleza jurídica del contrato de fideicomiso para lograr una agilidad en la transmisión en favor del fideicomisario de los bienes fideicomitados, ya que como se vio anteriormente, si constituimos un fideicomiso de garantía en donde el fiduciario y fideicomisario pertenezcan al mismo grupo financiero, y se ejerce la opción de transmisión y no la de subasta, arrojaría exactamente los mismos resultados de recuperación y las mismas consecuencias jurídicas que los que se obtendrían al utilizar el "fideicomiso de pago" creado a raíz de la reforma.

b.- Diferencias con el Fideicomiso de Garantía.

En la práctica, y en el lenguaje jurídico, entendemos que el fideicomiso de garantía es aquél que constituye una persona sobre determinados bienes o derechos de su propiedad, para garantizar a su acreedor o al acreedor de un tercero, el pago oportuno de un crédito o el cumplimiento de una obligación y cuya finalidad es que si el deudor no cumple oportunamente con la obligación garantizada, el fiduciario deberá proceder a la venta o transmisión de los bienes o derechos fideicomitados mediante un procedimiento convencional que en el propio contrato se establezca y con el producto, hacer pago o dar cumplimiento, hasta donde alcance, del crédito o de la obligación garantizada; o bien que en el caso de que el adeudo sea atendido o la obligación cumplida por el deudor, el fiduciario le revierta al fideicomitente, los bienes o derechos que fueron materia del fideicomiso⁵⁶.

Para que un fideicomiso pueda ser considerado de garantía, es necesario que exista un adeudo o una obligación, cuyo cumplimiento corresponda directamente o no al fideicomitente, pero que sea susceptible de cumplirse en caso de que el deudor sea omiso, con la venta o transmisión que el fiduciario lleve a cabo de los bienes o derechos fideicomitados.

⁵⁶ DAVALOS MEJIA, Carlos, "Títulos y Contratos de Crédito, Quiebras", Editorial Harla, México, D.F., 1964, P. 422 y ss.

Dentro del fideicomiso de garantía, las partes determinan lo que en la práctica se conoce como el procedimiento de ejecución del fideicomiso para el caso de incumplimiento de la obligación garantizada, el cual generalmente consiste en que el fideicomisario notifique el incumplimiento de la obligación al fiduciario para que éste a su vez notifique al fideicomitente el plazo que se le otorga para acreditar el cumplimiento de la obligación garantizada con el patrimonio fideicomitado.

Transcurrido el plazo que le fue otorgado, si el fideicomitente no acredita el cumplimiento de la obligación, el fideicomisario puede elegir entre dos opciones, instruir al fiduciario para que realice la venta de los bienes fideicomitados y con el producto se le haga el pago de la obligación adeudada, o bien instruir al fiduciario para que realice la transmisión de los bienes fideicomitados en su favor como pago de dicha obligación adeudada.

El procedimiento de ejecución de los fideicomisos mencionados anteriormente ha sido diseñado por las instituciones de crédito para la celebración de este tipo de contratos, sin embargo, no debemos pasar desapercibido el hecho de que por tratarse de un procedimiento convencional, las partes se encuentran en la libertad de determinar cualquier cantidad de opciones y variantes.

El procedimiento convencional de ejecución en los fideicomisos de garantía ha sido objeto de innumerables criterios que pretenden desvirtuar la legalidad de

su establecimiento, sin embargo, el tratar de fundamentarlo o desvirtuarlo legalmente no constituye un elemento esencial dentro de la presente investigación, debido a que como se ha comentado a lo largo del cuerpo del presente análisis, se pretende lograr un entendimiento de la más reciente modalidad de los contratos de fideicomiso en la cual la misma Institución Fiduciaria detenta las figuras de fiduciario y fideicomisario en primer lugar.

Si analizamos los elementos característicos del contrato de fideicomiso de garantía, podemos advertir sus semejanzas en cuanto a los fines perseguidos, sin embargo, no podemos dejar a un lado la enorme diferencia que existe entre ambos en cuanto a los elementos personales de cada uno de ellos, siendo ésta la función que desempeñan las instituciones de crédito al desempeñarse como fiduciario y/o fideicomisario en primer lugar.

CONCLUSIONES

El contrato de fideicomiso en México, como se ha visualizado a través de la presente investigación, ha sufrido a través de la historia innumerables adaptaciones, modificaciones y adhesiones, con la finalidad de organizar una estructura jurídica ideal que permita materializar legalmente las más diversas clases de negocios, adoptando en cada uno de sus procesos, elementos que en vez de limitar la materia o el ámbito de ejercicio del fideicomiso, facilitan o amplían ese campo de actuación para que sea únicamente la licitud del negocio el aspecto limitativo en la creación de alguna modalidad o variedad en los fines del negocio fiduciario.

Las conclusiones que podemos establecer a raíz del estudio desarrollado, son las siguientes:

PRIMERA.- La naturaleza o el espíritu jurídico de nuestra actual figura jurídica conocida como fideicomiso, se ha formado al tomar parte de cada una de las figuras que forman el antecedente o el origen de nuestro actual contrato de fideicomiso. Así observamos:

A.- Resulta por demás interesante y trascendental observar cómo desde sus inicios, al analizar la figura de la Fiducia en Roma, el negocio fiduciario perseguía como finalidad el encomendar o comisionar a una persona "fiducia com amico" ciertos bienes, con la finalidad de que los conservara y posteriormente se los devolviera una vez pasado el peligro que sobre ellos existiese. De esta figura podemos advertir la semejanza con nuestro actual fideicomiso de administración.

B.- Al analizar las figuras conocidas como "Pactum Fiducia" y "La Fiducia Cum Creditare", se han podido visualizar los elementos característicos de las mismas, siendo éstos, que el acreedor asegurara su deuda mediante la transmisión en su favor de ciertos bienes propiedad del deudor, para que una vez cumplido el asunto convenido se los devolviese al deudor, o bien en caso de no ser cumplida la deuda en su oportunidad el acreedor pudiese retener la cosa para él o bien venderla. De ésta figura se puede apreciar el espíritu seguido en nuestro actual fideicomiso de garantía.

C.- La flexibilidad como característica de nuestro actual contrato de fideicomiso se fue adquiriendo o moldeando a través de diversas figuras que regulaban situaciones concretas que buscaban un beneficio adicional de cualquier índole para los intervinientes en un negocio, tal y como se observó al analizar las variantes que presentaba la figura del mayorazgo o posteriormente con la aparición de la figura conocida como trust.

SEGUNDA.- La adopción de la figura del fideicomiso en México, se vió precedida de varios proyectos legislativos, que pretendían "importar" elementos característicos del contrato conocido como trust, inclusive la adopción de la figura del fiduciario reservada exclusivamente a las instituciones de crédito, con lo cual podemos deducir que la figura del contrato de fideicomiso en México carece de una iniciativa propia, lo cual no significa que contenga exactamente los mismos elementos o características legales de aquellos contratos que le sirvieron de modelo, sino que más bien de ellos tomamos la base o la estructura inicial de nuestro contrato de fideicomiso, para posteriormente adecuarla a nuestras propias necesidades o estructuras jurídicas.

TERCERA.- El análisis de nuestro actual contrato de fideicomiso, incluida su más reciente reforma, materia de la presente investigación, forzosamente requiere de un conocimiento general de todos sus elementos y conceptos utilizados, así como del sustento legal de los mismos, o propiamente dicho, del marco legal de nuestro fideicomiso. Por lo tanto:

A.- Con la inclusión en la presente investigación de los capítulos segundo y tercero, denominados conceptos generales y marco legal del fideicomiso respectivamente, podemos tener un conocimiento general de la finalidad o del contrato de fideicomiso mismo, pudiendo observar que nuestra legislación y nuestra doctrina han moldeado una estructura jurídica que contiene los elementos

indispensables para permitir una extensa gama de posibilidades en la formación de negocios fiduciarios.

B.- Los elementos que forman parte esencial del contrato de fideicomiso consisten:

- 1.- En la transmisión de bienes o derechos por quien tenga la facultad de disponer de los mismos en favor de una institución de crédito.
- 2.- La institución de crédito, fungiendo como fiduciario, conserva la propiedad de los bienes transmitidos y los destina a la finalidad pactada en el fideicomiso.
- 3.- La finalidad del fideicomiso debe ser lícita y posible.

C.- Con esa base, podemos crear tantos fideicomisos como finalidades existan, siempre y cuando tengan un destino lícito y determinado; para efectos prácticos y de operatividad, las instituciones de crédito han diseñado y nominado algunas de las variedades del contrato de fideicomiso, entre las que podemos señalar, los fideicomisos de administración, de inversión, de garantía, etc..., y más recientemente se ha diseñado el "fideicomiso de pago"⁵⁷; sin embargo, dichos modelos no son de ninguna manera limitativos, sino que, como se ha mencionado, tienen una función práctica y operativa.

CUARTA.- La intervención principal concedida por la ley al fiduciario en la relación contractual formada con motivo del fideicomiso, (a grado tal que desplaza al

fideicomitente en toda acción o derecho de disposición sobre los bienes fideicomitidos), impide que pueda llegar a asumir la calidad de fideicomisario, (o sea la persona física o jurídica facultada para recibir el provecho implícito en el contrato), pues de permitirse esa situación, la actuación del repetido fiduciario ya no estaría determinada por los intereses de quien le encomendó la realización del fin, sino en función de sus intereses propios, con el consiguiente daño en perjuicio de aquél.

La permisión del doble carácter de las instituciones de crédito en los negocios fiduciarios, no era necesaria, o no representa un avance jurídico importante que motivara o justificara el romper con la naturaleza de una figura jurídica; esto debido a que, como se comentó en el capítulo cuarto de la presente investigación, no se obtiene ninguna ventaja adicional al utilizar el "fideicomiso de pago".

QUINTA.- La única ventaja que podemos apreciar en la inclusión del "fideicomiso de pago" es, como se comentó en el capítulo cuarto, la de evitar el cuestionado procedimiento convencional de ejecución en los fideicomisos de garantía y agilizar la transmisión de los bienes transmitidos en favor de la propia institución de crédito fungiendo como fideicomisaria en primer lugar.

⁵⁷ Denominación personal, materia de la Investigación.

Sin embargo, se sostiene que dicha ventaja no resulta trascendental como para romper la naturaleza intrínseca del contrato de fideicomiso, en virtud de las siguientes consideraciones:

1.- La ejecución del "fideicomiso de pago", requiere forzosamente de la previa notificación al fideicomitente del incumplimiento de la obligación garantizada, situación igualmente requerida en los fideicomisos de garantía.

2.- Previa a la transmisión en favor de la institución de crédito actuando como fideicomisaria en primer lugar de los bienes afectos al "fideicomiso de pago", se debe otorgar un plazo al fideicomitente para que cumpla con la obligación incumplida o bien que acredite su cumplimiento, lo cual también es una situación requerida en los fideicomisos de garantía.

3.- Transcurrido el plazo para el cumplimiento de la obligación, se presume que la intención de la reforma fue el agilizar la inmediata transmisión de los bienes fideicomitados en favor de la institución de crédito actuando como fiduciario-fideicomisario en primer lugar, al tener los mismos intereses, evitando así una posible interrupción del procedimiento convencional de ejecución en los fideicomisos de garantía mediante la interposición por parte del fideicomitente de una acción judicial tendiente a nulificar dicho contrato.

No obstante, y como se comentó en el cuerpo de la presente Investigación, la agilidad en la transmisión de los bienes se puede lograr mediante la creación de

un fideicomiso de garantía en donde la institución de crédito como fiduciaria, y la institución de crédito como fideicomisaria en primer lugar, sean diferentes en cuanto a personalidad jurídica, pero pertenezcan a un mismo grupo financiero, con lo cual se unifican los intereses de ambas en el grupo y se obtiene una inmediata transmisión de los bienes fideicomitados al elegir la opción de transmisión en favor del fideicomisario en primer lugar, en vez de elegir la opción de subasta pública de los bienes fideicomitados.

Con lo anterior, reiteramos que para lograr la ventaja que se ha venido mencionando con la creación de los contratos de "fideicomiso de pago", no era necesario el permitir el doble carácter de fiduciario-fideicomisario en primer lugar de las instituciones de crédito, sino que, amparados en la flexibilidad de nuestro contrato de fideicomiso, se pudo haber conseguido el mismo resultado utilizando el esquema sugerido en el párrafo anterior.

BIBLIOGRAFIA

Acosta Romero Miguel, "Nuevo Derecho Bancario", (México, D.F., Editorial Porrúa, 1997) p. 57 y siguientes.

Barrera Graf Jorge, "La Nueva Legislación Bancaria" (México, D.F., Editorial Porrúa, 1985) p. 263.

Batiza Rodolfo, "EL FIDEICOMISO, Teoría y Práctica" (México, D.F., Editorial JUS, 1991) p. 36 y siguientes.

Bauche Garciadiego Mario, "Operaciones Bancarias" (México, D.F., Editorial Porrúa, S.A. 1985) p. 327 y siguientes.

Cabanellas Guillermo, "Diccionario de Derecho", (Tomo II, sexta edición, p. 667).

Cabello Romero José Ramón, "Lecciones de Derecho Bancario", (Zapopan, Jalisco, México, Editorial Amate, 1997) p. 101 y siguientes.

Cervantes Ahumada Raúl, "Títulos y Operaciones de Crédito" (México, D.F., Editorial Herrero, 1976) p. 287.

Código Civil para el Distrito Federal.

Código Civil para el Estado de Jalisco.

Dávalos Mejía Carlos, "Títulos y Contratos de Crédito, Quiebras", (México, D.F., Editorial Harla, 1984) p.422 y siguientes.

Domínguez Martínez Jorge, "El Fideicomiso ante la Teoría del Negocio Jurídico" (México, D.F., Editorial Porrúa, 1982) p. 376.

Fernández De Reza Guillermo, "Mayorazgos de la Nueva España" (Instituto Bibliográfico de México, 7º Apéndice).

Instituto de Investigaciones Jurídicas, "Diccionario Jurídico Mexicano", (México, D.F., Editorial Porrúa, Universidad Nacional Autónoma de México, 1991, Tomo D-H) p. 1441 y siguientes.

Keeton George W., "The Law of Trusts", (Londres, Editorial Sir Isaac Pitman and Sons, Ltd., 1968) p. 21.

Ley de Instituciones de Crédito.

Ley General de Títulos y Operaciones de Crédito.

Molina Pasquel Roberto, "Evolución del Pensamiento Jurídico Mexicano en Materia de Trust" (Revista Bancaria Vol. III, Mayo-Junio 1955) p. 174.

Petit Eugene, "Tratado elemental de Derecho Romano" (México, D.F., Editorial Nacional, 1966).

Rodríguez Rodríguez Joaquín, "Curso de Derecho Mercantil", (México, D.F., Editorial Porrúa, 1976) p. 118 y siguientes.

Steiner William Howard, "Investment Trusts, American Experience", (New York, Adelphi Company, 1929) p. 4 y siguientes.

Vasquez Del Mercado Oscar, "Contratos Mercantiles", (México, D.F., Editorial Porrúa, 1985) p. 421 y siguientes.

Villagordoa Lozano José M., "Doctrina General del Fideicomiso", (México, D.F., Asociación de Banqueros de México, 1976) p. 63 y siguientes.

ESTACIONAMIENTO SOLO PARA NUESTROS CLIENTES

ADIE COMPITE CON NUESTRA CALIDAD DE
IMPRESION Y TIEMPO DE ENTREGA, COMPRUEBELO!

O TENEMOS SUCURSALES

TESIS PROFESIONALES

TESINAS • MEMORIAS • INFORMES

8 DE JULIO No. 13

(ENTRE PEDRO MORENO Y MORELOS)

TELS. **614-01-22**

613-61-42

GUADALAJARA, JAL.

PASAMOS TUS TESIS
EN MAQUINA IBM



copi • offset
(TIROS CORTOS AL INSTANTE)