IV. LA NATURALEZA JURÍDICA.

El hecho de que la legislación mexicana no determine específicamente la naturaleza jurídica del fideicomiso ha motivado que la doctrina se encuentre dividida sobre el particular sin que hasta la fecha se haya logrado unificar los criterios para su determinación. En el presente capítulo siguiendo al Dr. Acosta Romero[34], trataremos de hacer un análisis sobre el particular, desarrollando las teorías más representativas que han influido en la doctrina y en la misma legislación, sin pretender profundizar demasiado sobre la cuestión, ya que ello rebasaría el motivo de éste estudio.

Al tratar sobre la naturaleza del fideicomiso, hemos detectado que algunos autores analizan ésta conjuntamente con las modalidades de ésta figura, lo que ocasiona una confusión sobre su naturaleza jurídica lo cual debe quedar aclarado.

Si partimos que uno de los efectos del fideicomiso es la transmisión de la propiedad que efectúa el fideicomitente al fiduciario para destinarlo a los fines establecidos, se conjunta lo que se conoce como patrimonio fiduciario y al tratar lo relativo a la propiedad fiduciaria y su titularidad, algunos autores confunden lo que es una consecuencia del fideicomiso con su naturaleza misma, por lo que nos debe quedar bien claro que esos conceptos no se refieren al tema en cuestión y por ende aquellas teorías que tratan sobre ello, tales como las denominadas "Del patrimonio afectación," "Desmembramiento de la propiedad", "Del mandato", "De la titularidad del Fiduciario", etc., van encaminadas como ya se comentó a analizar lo relativo al patrimonio fiduciario y su titularidad, pero no a su naturaleza jurídica, razón por la cual las analizaremos al tocar el tema de la propiedad en el fideicomiso.

Nosotros consideramos que la naturaleza jurídica del fideicomiso debe analizarse desde el punto de vista de los actos humanos que tienen consecuencias de derecho, es decir del hecho y el acto jurídico, haciendo referencia a lo que la doctrina llama negocio jurídico y negocio fiduciario, por lo que a continuación enunciaremos:

A. Teorías del negocio jurídico y del acto jurídico.

La teoría del negocio jurídico está íntimamente relacionada con los hechos o fenómenos jurídicos y su clasificación, sin que se encuentre reconocida en la legislacion mexicana tal expresión, por lo que se considera que se trata más bien de una cuestión teórica que provoca confusion mas que aclarar conceptos

El negocio jurídico es una expresión de voluntad destinada a un fin practico que por virtud de la ley logra más o menos cabal realizacion, lo que equivale a decir que el ordenamiento jurídico, en vista de la legitimidad del fin, al que le corresponde una funcion y que por esa razon, dada su fisonomía, es digna de tutela, le otorga las consecuencias jurídicas más adecuadas para realizarlo.[35]

---

[34] Banco Mexicano Somex, S A **Las Instituciones Fiduciarias y el Fideicomiso en México**, Capitulo XI, La Naturaleza Jurídica del Fideicomiso, redactado por el Dr Miguel Acosta Romero, Fomento Cultural de la Organizacion Somex, A.C , Mexico, 1982, pag 128 y ss

[35] Giuseppe Branca, **Instituciones de Derecho Privado**, Trad de la 6ª edicion italiana por Pablo Macedo, Mexico, 1978, Ed. Porrúa, citado por Acosta Romero, op. Cit Pag 129

Para Castán el negocio jurídico es un "acto integrado por una o varias declaraciones de voluntad privadas dirigidas a la produccion de un determinado efecto jurídico y a las que el derecho objetivo reconoce como base del mismo, cumplidos los requisitos y dentro de los límites que el propio ordenamiento establece"[36]

El Dr. Acosta Romero señala que en México los principales defensores de la doctrina del negocio jurídico son los Doctores Miguel Villoro Toranzo y Raúl Ortiz Urquidi[37], para quien el vocablo *negotium* se encontraba en los textos romanos y en los del antiguo derecho español, pero usado con tanta variedad de sentidos que parecía inservible para el lenguaje técnico-jurídico. Por ello no se introduce directamente en la ciencia jurídica sino después de haberse dado especial relevancia al término de acto jurídico, entonces se empleará la frase negocio jurídico para nombrar un tipo especial de actos jurídicos.

Para el Dr. Ortiz Urquidi la consagración del negocio jurídico como termino técnico y figura básica de la dogmática del derecho privado es recibido por la doctrina alemana, austríaca y belga en la primera mitad del siglo XIX, no obstante que es hasta 1963, cuando el Código Civil de Sajonia lo incorpora diciendo " Un acto es un negocio jurídico cuando la accion de la voluntad se dirige, de acuerdo con las leyes, a constituir, extinguir o cambiar una relación jurídica".

Este autor considera suficiente tomar en cuenta la intervención de la voluntad, presencia o ausencia de ella, en dos momentos: En la realización del acontecimiento en que el hecho, el acto o el negocio pueden consistir y en la produccion de las consecuencias jurídicas. En el hecho no interviene la voluntad ni en la realizacion del acontecimiento ni en la producción de las consecuencias; en el acto la voluntad interviene solo en la realización del acontecimiento, más no en la produccion de efectos, no obstante lo cual éstos se producen; en cambio en el negocio, la voluntad intervienen en los dos momentos, es decir en la realización del acontecimiento y en la produccion de las consecuencias jurídicas.

Para el Doctor Toranzo[38] no se puede dar el mismo tratamiento al acto jurídico propiamente dicho y al negocio jurídico; en el primero las normas jurídicas deben limitarse a reconocer la responsabilidad que tiene el sujeto sobre las consecuencias jurídicas de su acto; en tanto que, en el negocio jurídico, las normas tienden además a verificar si se dieron todos los elementos necesarios para su nacimiento y para proteger sus efectos.

En contraposición con la doctrina del negocio jurídico, esta toda la teoría derivada del derecho francés, que es recogida por la doctrina mexicana y que clasifica los hechos jurídicos en naturales y del hombre y estos ultimos, en hechos en sentido estricto y en actos jurídicos.

---

[36] Cabanellas Guillermo y N Alcala Zamora y Castillo, **Diccionario enciclopédico del derecho**, T-IV, 12ª edicion, Ed. Heliasta, p.534, citado por Acosta Romero, op. Cit p 129

[37] Ortiz Urquidi Raul, **Derecho Civil**, Mexico, 1977, Editorial Porrua, p 237

[38] Villoro Toranzo Miguel, **Introducción al Estudio del derecho**, 4ª edicion, Editorial Porrúa, p 364

En esta teoría se considera el acto jurídico como un hecho del hombre, consistente en una manifestación de voluntad que tiene la intención de crear efectos de derecho, tales como crear, trasmitir, modificar, declarar o extinguir derechos y obligaciones.

Nuestro Derecho recoge esta teoría en los artículos 1792 y 1793 del Código Civil para el Distrito Federal y sus correlativos del Estado de Nuevo León, al establecer que convenio es el acuerdo de dos o más voluntades para crear, transferir, modificar o extinguir derechos y obligaciones y que los convenios que producen o transfieren obligaciones y derechos, toman el nombre de contratos.

Como puede apreciarse, los conceptos de negocio jurídico y acto jurídico, son muy similares, teniendo ambos la consecuencia de producir derechos y obligaciones, sin embargo, el primero de ellos aunque es aceptado en la doctrina italiana y alemana, no ha logrado ser aceptado por la legislación internacional, salvo algunos países como Brasil y Grecia; al menos en nuestro país no se encuentra definido en ninguna disposición legal, por lo que coincidimos con el Dr. Acosta Romero en que no se debe aceptar la utilización del termino negocio jurídico, porque no se adapta a nuestra tradición legal y únicamente ocasionaria confusiones, además de que no aporta nada nuevo a la teoría del acto jurídico, que tal y como lo conocemos cumple adecuadamente con las necesidades de nuestra realidad jurídica.

En lo tocante a la ubicación de la figura del fideicomiso en las teorías que acabamos de mencionar, es curioso que la mayoría de los autores sobre la materia[39], conceptúan al fideicomiso como un negocio jurídico.

José M. Villagordoa

En esta teoria se considera el acto juridico como un hecho del hombre, consistente en una manifestacion de voluntad que tiene la intencion de crear efectos de derecho, tales como crear, trasmitir, modificar, declarar o extinguir derechos y obligaciones

Nuestro Derecho recoge esta teoria en los articulos 1792 y 1793 del Código Civil para el Distrito Federal y sus correlativos del Estado de Nuevo Leon, al establecer que convenio es el acuerdo de dos o más voluntades para crear, transferir, modificar o extinguir derechos y obligaciones y que los convenios que producen o transfieren obligaciones y derechos, toman el nombre de contratos

Como puede apreciarse, los conceptos de negocio juridico y acto juridico, son muy similares, teniendo ambos la consecuencia de producir derechos y obligaciones, sin embargo, el primero de ellos aunque es aceptado en la doctrina italiana y alemana, no ha logrado ser aceptado por la legislación internacional, salvo algunos paises como Brasil y Grecia; al menos en nuestro pais no se encuentra definido en ninguna disposición legal, por lo que coincidimos con el Dr. Acosta Romero en que no se debe aceptar la utilización del término negocio jurídico, porque no se adapta a nuestra tradicion legal y únicamente ocasionaría confusiones, además de que no aporta nada nuevo a la teoria del acto juridico, que tal y como lo conocemos cumple adecuadamente con las necesidades de nuestra realidad jurídica.

En lo tocante a la ubicación de la figura del fideicomiso en las teorías que acabamos de mencionar, es curioso que la mayoría de los autores sobre la materia[39], conceptúan al fideicomiso como un negocio jurídico.

José M. Villagordoa Lozano justifica la existencia de los negocios jurídicos, por el hecho de que junto a las normas tradicionales de los contratos, se van desarrollando nuevas formas contractuales que no estan expresamente previstas en la legislacion actual y que contrastan notablemente con los contratos tradicionales por la simplicidad y carencia de complicados formalismos juridicos que caracterizan a estos contratos y al efecto expresa que "en nuestro derecho se ha reconocido y reglamentado el fideicomiso, que es una especie de negocio juridico; es así como el derecho positivo mexicano va comprendiendo dentro de su ambito, las nuevas formas contractuales, desconocidas para su derecho tradicional" [4]

Jorge Alfredo Domínguez hace alusión que en los catorce artículos que se contienen en el capítulo relativo al fideicomiso de la Ley General de Titulos y Operaciones de Crédito, se pone de manifiesto el campo tan grande en el que pueden desplazarse la autonomia de la voluntad privada, cuando tiene lugar la celebración de una de esas operaciones; mas aun, precisamente por ell no hay otra figura jurídica en toda la legislación perteneciente al Derecho Privado Mexicano que cuente con la versatilidad de ésta [41]

---

[39] Según el Dr. Acosta Romero, en esto coinciden Octavio Hernández, Mario Bauche Garciadiego. El Dr. Raúl Cervantes Ahumada, Jorge Alfredo Dominguez Martinez, Jorge Serrano Trasviña y Jose M Villagordoa Lozano.

[4] Villagordoa Lozano José Manuel, op cit., p 55

[41] Dominguez Martinez Jorge Alfredo. **El fideicomiso ante la teoría General del Negocio Jurídico**, 2ª edicion, Editorial Porrua, Mexico, 1975. p 34 y ss.

Es decir, sostiene que en virtud de la diversidad tan grande de fines que pueden perseguirse mediante el mismo, la amplitud del campo en que actúa la autonomía de la voluntad y por las múltiples posibilidades que ofrece la figura, debe considerarse que el fideicomiso es una especie de los negocios jurídicos.

Por su parte Emilio Krieguer Vázquez señala que "doctrinas relativamente recientes profundizan un poco más y distinguen entre los actos jurídicos en los que no sólo aparece la voluntad del sujeto, sino tambien la intención o proposito de buscar los efectos jurídicos propios del acto que se realiza, en cuyo caso se trata de negocios jurídicos. Frente a éstos, están los actos voluntarios, en los que no se busca la consecuencia jurídica, como es el caso del delito intencional, en donde el agente voluntariamente incurre en la conducta delictuosa, pero no para buscar que se le aplique la sanción penal.

Siguiendo las ideas expuestas, se llega a clasificar al fideicomiso como un negocio jurídico, puesto que el fideicomitente, al crear el fideicomiso, realiza voluntariamente un acto que produce consecuencias de derecho, que son buscadas por el mismo fideicomitente," [42]

Existen otros autores que igualmente conceptúan al fideicomiso como un negocio jurídico, sin embargo, no dan una explicación del porqué se le debe considerar de esa forma, por lo que aunado a lo ya comentado en líneas anteriores en el sentido de que con la noción de acto jurídico que se utiliza en nuestra tradición jurídica es suficiente para entender y explicar la figura que nos ocupa, consideramos que no debe utilizarse dicho término para ubicar su naturaleza jurídica.

B. Teoría del negocio fiduciario.

El negocio fiduciario es un negocio indirecto no tipificado por el derecho, integrado por un negocio jurídico manifiesto, válido ante terceros y otro negocio jurídico oculto que responde a la verdadera finalidad perseguida por las partes, válido solo entre ellas, negocios jurídicos cuyos efectos coinciden.[43]

Villagordoa Lozano, siguiendo a Barrera Graf lo define como "aquel en virtud del cual una persona trasmite plenamente a otra ciertos bienes o derechos, obligándose ésta a afectarlos a la realización de una finalidad lícita y determinada y, como consecuencia de dicha finalidad, obligándose a retransmitir dichos bienes o derechos a favor de un tercero o a revertirlos en favor del trasmitente".[44]

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

---

[42] Krieguer Vázquez Emilio, op. cit. p. 27.
[43] Hernández Octavio, **Derecho Bancario Mexicano-Instituciones de Crédito**, México, 1956, p 245, citado por Acosta Romero, en Banco Mexicano Somex, op. Cit. p.138.
[44] Villagordoa Lozano, op. Cit P.56 y ss

Francisco Ferrara[45] dice que el negocio fiduciario consta de dos contratos de índole y efectos diferentes: 1° Un contrato real positivo que produce la transferencia de la propiedad o del crédito y que se realiza de un modo perfecto e irrevocable y 2° Un contrato obligatorio negativo; la obligación del fiduciario de usar tan sólo en una cierta forma el derecho adquirido para restituirlo después al transferente o a un tercero.

Señala el autor que "al negocio fiduciario se le llama con este nombre, porque implica "Fiducia" en el comportamiento de aquél a quién se le hace una atribución patrimonial, se emplea de la siguiente manera: a). Para conferir, de modo particularmente eficaz, un encargo al fiduciario; b). O bien para facilitarle el ejercicio o la ulterior transferencia de un derecho; c). O bien para procurarle la más fácil satisfacción de un derecho de crédito (por ejemplo que nace *ex mutuo*) (se transfiere un bien, en lugar de constituirle una garantía real por suministro de dinero recibido: la llamada *fiducia cum creditore*, o negocio fiduciario de garantía); d). O bien igualmente para confiarle la custodia y la disponibilidad de bienes a través de la transferencia de la propiedad de ellos, con el acuerdo de que el fiduciario debe hacer el uso de esos bienes prescrito por el fiduciante; e). O bien para eludir prohibiciones de la ley; g). O bien para "poner al seguro" (denominada *fiducia cum amico*, negocio fiduciario de custodia o de administración); h). O finalmente para sustraer bienes a los derechos de los acreedores.

De estas últimas figuras parece que el negocio fiduciario puede también ser ilícito, o dar lugar a una hipótesis de fraude. En tales casos, pero sólo en tales caso, el mismo no es válido."

Rodolfo Batiza [46] señala que la construcción doctrinal del negocio fiduciario no es idónea para explicar la naturaleza jurídica del *trust* y tampoco lo es para explicar la del fideicomiso que, como aquél, es también una figura regulada por el derecho positivo. El fideicomiso tampoco representa una especie dentro del género de los negocios fiduciarios, desde el momento en que no consiste en un negocio formado por dos elementos cuyos efectos son contradictorios entre sí y en que el primero, es real, exteriorizado, jurídicamente obligatorio, en tanto que el segundo sólo tiene eficacia interna entre las partes. Tiene con el negocio fiduciario una diferencia radical de estructura: el fideicomiso es un acto jurídico reglamentado por el derecho positivo, un vínculo único con validez y eficacia identicas entre las partes y frente a terceros.

Como puede apreciarse el negocio fiduciario no debe ser confundido con la figura del fideicomiso, probablemente es utilizado en aquellos países cuyas legislaciones no tienen implementado una institucion jurídica que permita cumplir con encomiendas de confianza perfectamente licitas y determinadas, con toda la proteccion legal para las partes que en él intervienen como son el fideicomiso y el *trust* anglosajón; consideramos que el negocio fiduciario se asemeja a la idea del *fideicomissum* de las primeras epocas del derecho romano, donde se confiaba en la *bona fides* del fiduciario para el cumplimiento de la encomienda al no existir sanciones jurídicas para su incumplimiento.

---

[45] Ferrara Francisco, **La Simulación de los Negocios Jurídicos**, Editorial Revista de Derecho Privado, tercera edición, Madrid, 1953, citado por ídem

[46] Batiza Rodolfo, op. cit., p.160.

Para concluir podemos señalar que el negocio fiduciario es una figura atípica, es decir no prevista expresamente en la ley, que se asemeja en mucho a la simulación de actos jurídicos, porque conlleva una intención aparente de celebrar un acto diferente de la finalidad real de las partes y ésta sólo será efectiva si quién recibe los bienes obra de estricta buena fe y cumple moral y jurídicamente su obligación. Cabe destacar que el negocio fiduciario en general se encuentra prohibido en nuestro sistema legal, así lo ha establecido la Suprema Corte de Justicia de la Nación en diversas tesis jurisprudenciales, como la siguiente:

"FIDEICOMISO. NEGOCIOS FIDUCIARIOS ILÍCITOS.- La venta de garantía de un préstamo es un negocio fiduciario prohibido por la ley. Sólo es lícito el fideicomiso expreso, con la intervención de las instituciones de crédito autorizadas par operar como fiduciarias. El acreedor no puede apropiarse por sí y ante sí de los bienes dados en garantía, sin los procedimientos señalados en nuestras leyes y los contratos de compraventa en garantía de operaciones de mutuo, son objeto de una simulación parcial y nulos por lo tanto. En consecuencia, debe declararse la nulidad del contrato aparente y la subsistencia de la operación disimulada, debiendo restituirse las partes las prestaciones que mutuamente se hubieren hecho." [47]

Por otro lado encontramos al fideicomiso que es una figura típica, lícita, legal y perfectamente reglamentada por el orden jurídico, cuya finalidad es encomendada a una institución debidamente facultada por el Estado para llevar a cabo dichas actividades [48]

C. El fideicomiso como manifestación unilateral de voluntad.

Gran parte de los tratadistas del fideicomiso coinciden en que esta figura es un acto unilateral de voluntad de un sujeto capaz y con facultades para decidir sobre la afectación de los bienes fideicomitidos a un fin determinado y para encomendar a una institución fiduciaria el cometido de llevar a efecto esa afectación patrimonial.

El contenido de la declaración de voluntad del fideicomitente es doble: por una parte, constituye un régimen especial respecto de un bien o un conjunto de bienes y, por otra parte, decide que sea una institucion fiduciaria quien se encargue de poner en ejecucion ese régimen especial. Puede el fideicomitente no designar una institución fiduciaria concreta, bastará con la declaración unilateral de voluntad relativa al destino especifico de los bienes determinados y la expresión de voluntad de que la tarea la realice una institución fiduciaria para que el fideicomiso sea existente y valido.[49]

El problema estriba en el acto que crea al fideicomiso y queda planteado conforme al derecho mexicano en saber si es un acto unilateral en el que solo interviene el fideicomitente o si es necesaria la participación de fideicomitente y fiduciario. La confusión creemos que se ha dado por la redacción de los artículos 350 y 352 de la Ley de Títulos y Operaciones de Credito, que a la letra dicen:

"Artículo 350. Sólo pueden ser fiduciarias las instituciones expresamente autorizadas por ello conforme a la Ley General de Instituciones de Crédito.

---

[47] **Apéndice de Jurisprudencia 1917-1988** al Semanario Judicial de la Federación Segunda parte. Salas y Tesis Comunes Vol. VI. Pag. 2890.
[48] Banco Mexicano Somex, op. cit. p.138.
[49] Krieguer Vazquez Emilio, op. cit. p.27

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

El fideicomitente podrá designar varias instituciones fiduciarias para que conjunta o sucesivamente desempeñen el 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 fuese posible esta substitución, cesará el fideicomiso."

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

El Dr. Domínguez Martínez[50] afirma que el fideicomiso es un negocio jurídico que se constituye mediante declaración unilateral de voluntad de un sujeto llamado fideicomitente por virtud de la cual este destina ciertos bienes o derechos a un fin lícito y determinado y la ejecución de los actos que tiendan al logro de ese fin deberá realizarse por la institución fiduciaria que se hubiere obligado contractualmente a ello El fideicomiso en general está compuesto de dos diversos negocios: 1. El constitutivo que es una declaración de voluntad por la que el fideicomitente manifiesta su voluntad en el sentido de destinar ciertos bienes a la realización de un fin lícito y determinado..."

En igual sentido opina el Dr. Raúl Cervantes Ahumada al indicar que " el acto constitutivo del fideicomiso es siempre una declaración unilateral de voluntad".[51]

Emilio Krieguer Vázquez en su obra denominada Manual del Fideicomiso Mexicano[52], toca ampliamente el tema, señalando que la solución al problema reside en dividirlo en dos etapas: constitución y ejecución.

En la primera de ellas, es decir en la constitución de la situación jurídica, basta una sola expresión de voluntad, la del fideicomitente jurídicamente capaz y apto para crear esa situación. Esa expresión de voluntad puede ser espontánea o puede ser el cumplimiento de un compromiso previamente concertado, pero en todo caso, será la voluntad del fideicomitente la que tenga eficacia jurídica en la etapa y para los efectos de constitución del fideicomiso.

Otra cosa ocurre en la etapa de realización, en la cual, evidentemente, no pueden producirse las consecuencias jurídicas del acto constitutivo si no existe una institución fiduciaria que acepte el cargo y lo cumpla, pero la aceptación no lleva, necesariamente a la noción de bilateralidad, pues pueden darse dos actos jurídicos sin que ello signifique que esos actos se fundan en un sólo acto contractual.

Continúa dicho autor expresando que si se atiende al contenido de la voluntad del fideicomitente y de la institución fiduciaria, parece difícil encontrar el consentimiento, es decir la coincidencia de voluntades sobre un objeto común. El fideicomitente, si decide

---

[5] Op cit. p. 188

[51] Cervantes Ahumada Miguel, op cit , p 289.

[52] Op cit p 28 y ss.

elegir por sí mismo a la institución, puede hacerlo, aunque puede tambien abstenerse de nombrarla, en cuyo caso la designación correspondera al o a los fideicomisarios o, en su defecto a un juez. El contenido de la declaración del fideicomitente es doble: afectar bienes a un fin lícito determinado y decidir que se encargue de ejecutar esa decisión una institución fiduciaria. En la primera parte, en la afectación patrimonial no tiene injerencia la institución fiduciaria; sólo podría tenerla en la segunda· en la encomienda.

Pero la mejor prueba de que la designación y la aceptación no llegan a fusionarse en un solo negocio bilateral es que la designación es válida, aunque no la acepte la institución, y la aceptación de esta es condición para la eficacia, pero no para la validez de la designación.

Si la designación de la institución y la aceptación del cargo hecha por ésta constituyen un negocio bilateral de tipo contractual, esa misma naturaleza correspondería al nombramiento que hiciera del fideicomisario y la aceptación del fiduciario, y, lo que es absurdo e inadmisible, la designación hecha por un juez y la aceptación de la institución nombrada constituirían una relación contractual.

Por ello, este autor concluye que en la etapa de constitución, hay una voluntad unilateral, la del fideicomitente. En la etapa de ejecución, surge otra voluntad unilateral, la del fiduciario que acepta y ejecuta el encargo. Eventualmente, puede surgir una tercera voluntad unilateral: la del fideicomisario, en ningún caso, estas voluntades llegan a constituir el consentimiento típico de los negocios contractuales.

Como crítica a ésta teoría, encontramos el estudio realizado por el Dr. Miguel Acosta Romero, con la que concordamos plenamente y que a continuación expondremos, en el opina que los autores son poco claros al afirmar que existe fideicomiso por el hecho de que el fideicomitente lo constituya, aunque la fiduciaria no lo haya aceptado, y esto parece mas un sofisma a la luz de la lógica jurídica. [53]

El Dr. Acosta establece que la declaración unilateral de voluntad sólo puede ser fuente excepcional de las obligaciones en los casos en que específicamente lo reconoce la ley. En materia mercantil nuestra legislación reconoce expresamente efectos a la manifestación unilateral de voluntad en la emisión por parte de sociedades anónimas o de las instituciones de crédito, de obligaciones, bonos hipotecarios y financieros, bonos bancarios y certificados de participación. En todos ellos la ley expresamente señala que se emitirán por declaración unilateral de voluntad de la sociedad emisora[54]

Como puede observarse, nuestro sistema jurídico cuando establece la figura de la manifestación unilateral de voluntad, la reconoce expresamente y le señala cuales son sus efectos y hasta ahora no se ha pretendido que exista la declaración unilateral de voluntad tácita.

En ninguno de los artículos que regulan al fideicomiso se utilizan las palabras "manifestación unilateral de voluntad del fideicomitente" a la que el sistema legal le reconozca el efecto de constituir el fideicomiso, de donde es dudoso deducir que el

[53] Op cit p 141 y ss.
[54] Ver por ejemplo los artículos 213 y 228 de la Ley de Títulos y Operaciones de Crédito

fideicomiso es una manifestación unilateral de voluntad, pues ello no se desprende, ni de los antecedentes legales del fideicomiso en México, ni tampoco del pensamiento del legislador, como más adelante lo veremos.

La simple manifestación de voluntad no trasmite los bienes o derechos, pues para que ésta transmisión se realice, es necesaria la aceptación de aquella persona que va a recibir tales bienes. En consecuencia, la afirmación de que la simple manifestación unilateral de voluntad constituye y perfecciona el fideicomiso, resulta totalmente ilógica, pues mientras no haya aceptación de la fiduciaria, no habrá transmisión de bienes y no habrá perfeccionamiento del contrato.

La defectuosa redacción del artículo 350 de la Ley de Títulos y Operaciones de Crédito lleva a esta interpretación sofística, cuando habla de que el fideicomitente podrá designar varias instituciones fiduciarias para que, conjunta o sucesivamente, desempeñen el fideicomiso estableciendo el orden y las condiciones en que hayan de sustituirse.

La experiencia ha demostrado que solamente se sustituyen cuando por alguna causa el fiduciario no pueda cumplir el fideicomiso o bien, por acuerdo entre las partes.

Además es evidente que el legislador mexicano en las diversas leyes que sobre fideicomiso existieron de 1926 a 1932, fue influido por el pensamiento del Dr Ricardo J. Alfaro por una parte y por el libro de Pierre Lepaulle por la otra, pues parece ser que esa obra era la única obra accesible en esa época, consultada por quien redacto los artículos de la Ley de Títulos y Operaciones de Crédito.

El Dr. Alfaro, influido por la institución del *trust*, tanto en Estados Unidos como en Inglaterra, llegó a afirmar que el fideicomiso podía constituirse por testamento y así lo propuso en el artículo 17 de su proyecto conocido como "El fideicomiso", pero al mismo tiempo, el artículo 13 expresaba que la existencia de los fideicomisos comienza cuando el fiduciario acepta el cargo, es decir, no podían existir por declaración unilateral de voluntad.

Tanto la Ley de Bancos de Fideicomiso como la Ley General de Instituciones de Credito y Establecimientos Bancarios,[55] ambas de 1926, consagraron tambien el principio de que el fideicomiso podía constituirse por testamento, sin embargo, no precisaron el carácter sustantivo de ésta institución.

En el prólogo de la obra de Pierre Lapaulle denominada Tratado Teorico y Práctico de los Trusts, el Lic Pablo Macedo reconoce que formo parte de la comision designada para redactar la Ley General de Títulos y Operaciones de Credito y sobre la institucion del fideicomiso textualmente dice:

"Mi estudio consistió en proponer el articulado de la Ley de Títulos que habría de convertirse en el título segundo, capítulo V, Del Fideicomiso, que la comisión antes señalada me hizo el honor de aceptar en sus términos pero del que soy único autor y pleno responsable, especialmente en lo que a defectos puedan atribuírsele. En la configuración de las instituciones fiduciarias, no tuve intervención alguna."[56]

---

[5] Secretaría de Hacienda y Credito Publico, op cit , p. 347.

[56] Citado por Acosta Romero Miguel, en Banco Mexicano Somex, op cit , p. 147.

Se desprende del estudio citado que las fuentes básicas del redactor de la ley fueron: primero un artículo de Pierre Lapaulle denominado "La naturaleza del Trust", traducido por el propio Lic. Macedo y publicado por la Revista General del Derecho y Jurisprudencia, en su tomo III de 1932 y posteriormente el tratado de Lapaulle que también fue traducido por dicha persona.

Ahora bien, respecto de la poca claridad del artículo 350 de la Ley Cambiaria, vale la pena observar el último párrafo que dice:

"El fideicomitente podrá designar varias instituciones fiduciarias para que conjunta o sucesivamente desempeñen el 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 fuese posible esta substitución, cesará el fideicomiso."

Por una parte se reconoce la autoridad del fideicomitente, expresada en el acto constitutivo y, sólo supletoriamente se dictan las reglas siguientes y por otra parte no se impone la designación de la institución fiduciaria; ya que puede negarse a aceptar el encargo o renunciar a él, pues se configura el caso como *un contrato que requiere la voluntad de ambas partes* y en esos supuestos o cuando al igual que en el de remoción, se nombrará sustituto, fuera de esos casos, como es natural, por falta de fiduciaria cesará el fideicomiso, es decir, terminará o caducará.

Como se desprende de lo anterior, el legislador que redactó la parte relativa al fideicomiso de la Ley General de Títulos y Operaciones de Crédito determina que es un contrato y que requiere la voluntad de fideicomitente y fideicomisario.

Aun cuando más adelante usa los términos contradictorios de que el fideicomiso "cesa ", "termina", o "caduca", como es posible que cese, termine o caduque algo para lo cual se necesitan las voluntades y una de ellas no se da; creemos que la terminología usada por el doctor Alfaro en Panama en su proyecto era más adecuada y técnica al decir (artículo 13) la existencia de los fideicomisos "comienza cuando el fiduciario acepta al cargo".

Más adelante el Licenciado Macedo, en la página XXXII del estudio antes citado, reitera que el fideicomiso es un contrato:

"Dos son las ideas rectoras del precepto: 1a. La reiteración de la constitución del patrimonio fiduciario mediante la salida de los bienes del patrimonio del fideicomitente, y su asignación a su nuevo titular; y 2a. La publicidad que en nuestro medio rige la materia de los inmuebles, como garantía del comercio jurídico y para protección de terceros.

En esta forma se evitan las discusiones existentes en otros regímenes jurídicos acerca de la buena o mala fe de quienes contratan con el fiduciario, con todos los inconvenientes y peligros y las dificultades consiguientes de liquidación, que las mismas acarrean. "

Respecto de la admisión del fideicomiso, en nuestro país, el licenciado Macedo señala lo siguiente:

"Toda la estructura que por ello se dio al fideicomiso mexicano responde a esas ideas. Conviene sólo agregar aquí, que hubiese probablemente sido imposible proceder de otro modo por dos

poderosísimas razones: la primera, porque los "resulting trusts" y los " constructive trusts" son fundamentalmente estructuras que descansan en la jurisprudencia anglosajona, fuente de derecho de riqueza desconocidas en nuestro sistema jurídico; y, en segundo lugar, porque se estimó como una ambición de proporciones poco sensatas el tratar de importar, de golpe y en toda su plenitud el "trust", institución tan peculiar, y prácticamente desconocida en el medio de origen latino en que nos formamos."

A la crítica formulada en el sentido de que para la importación angloamericana a México, los legisladores se basaron en la obra de Pierre Lepaulle (autor francés), en lugar de acudir a tratadistas ingleses o norteamericanos y al derecho angloamericano, pues un jurisconsulto francés no puede ser autoridad en materia de derecho anglosajón y que por lo tanto la Ley General de Títulos y Operaciones de Crédito no captó la verdadera naturaleza del *"trust"* anglosajón, el licenciado Macedo afirma que no sólo fueron las ideas de Lepaulle las que inspiraron y orientaron la redacción de la Ley en materia de fideicomiso, sino que "se requirió también a los auténticos expositores de la institución, a los tratadistas ingleses y norteamericanos que se pudieron consultar".

Cabe comentar que el licenciado Macedo no indica cuáles fueron los tratadistas ingleses y norteamericanos que en esa época pudo consultar y creemos que las grandes obras inglesas y norteamericanas posiblemente no fueron tomadas en cuenta, pues la obra básica de Sir Arthur Underhill (publicada en Inglaterra ya para esas fechas), es dudoso que la hubieran consultado los legisladores y también es de reconocer que las grandes obras norteamericanas se redactaron con posterioridad a la Ley cambiaria de 1932, pues de la monumental obra (18 volúmenes) de Bogert, *The Law of Trusts and Allied Subjects Affecting Trust Creation and Administration*, su primera edición data de 1935 y la obra de Scott *The Law of Trusts* (6 volúmenes) apareció por primera vez en 1939.[57]

En conclusión, no se deduce que el fideicomiso en el pensamiento y letra del legislador pueda tomarse como una manifestación unilateral de voluntad y sí lo ha reconocido más bien como un contrato.

El segundo párrafo del artículo transcrito que consideramos ha dado origen a toda esta polémica, es el siguiente:

"En caso de que la constituirse el fideicomiso no se designe nominalmente la institución fiduciaria, se tendrá por designada la que elijan el fideicomisario, o, en su efecto, el Juez de la Primera Instancia del lugar en que estuvieren ubicados los bienes, de entre las instituciones expresamente autorizadas, conforme a la Ley."

Sin embargo, debe señalarse que la interpretación del mismo no puede llegar al extremo de reconocer que, en su redacción, este implícita la idea de que el fideicomiso pueda constituirse mediante manifestaciones unilaterales de voluntad, pues ya hemos visto que, por lo menos en nuestro sistema jurídico, no existe manifestación de voluntad unilateral en forma tácita o implícita

Cuando en el precepto que comentamos se usa la palabra "designación", creemos que lo hace impropiamente, pues los fiduciarios no se designan, pues ello traería como

---

[57] Idem

consecuencia la aceptación forzosa de los fideicomisos por parte de quienes los van a desempeñar y consideramos que dada la garantía constitucional establecida en el artículo 5o. de nuestra Constitución política, fuera de los casos que el mismo contempla, a nadie se puede obligar a trabajar en contra de su voluntad, por lo cual los fiduciarios no están obligados a aceptar cualquier fideicomiso y ni siquiera como lo dice el precepto comentado, los jueces de primera instancia, pueden llegar a esa determinación.

El supuesto de manifestación unilateral de voluntad no puede tomarse en esta materia más que como una policitación que hace el presunto fideicomitente, misma que si no es aceptada por ningún fiduciario, no tendrá ningún efecto, pues como ya lo dijo el doctor Alfaro, la existencia del fideicomiso comienza cuando acepta el cargo el fiduciario.

Ya hemos afirmado que el legislador mexicano de 1932 se inspiró en Pierre Lepaulle y efectivamente estuvo diseñando una institución diferente a la norteamericana, principalmente por una cuestión de principios. En México no puede haber fideicomiso tácito ni tampoco se desempeña por personas físicas y no es el resultado de una gran tradición de uso y costumbre como en el derecho anglonorteamericano y en México no existen dos sistemas separados de regulación jurídica, el de equidad y el de derecho común, como si existieron en Inglaterra y en los Estados Unidos y por lo tanto, en México no hay *"resulting trusts"* ni tampoco *"Constructive trusts"*, pues son creaciones jurisprudenciales.

En México ya se dijo que no hay instituciones de equidad, ni tribunales de equidad, sino únicamente tribunales ordinarios y nuestra legislacion es escrita.

Uno de los efectos fundamentales del fideicomiso es la transmisión de bienes o derechos al fiduciario, sin la cual no se puede hablar de fideicomiso; en efecto, el licenciado Macedo en la página XXXIX del estudio que comentamos textualmente dice:

"El precepto confirma en su primera parte (artículo 349) que el fideicomiso implica por virtud de la *afectación que le es esencial la constitución de un patrimonio distinto del personal del fideicomitente, y por tanto, la salida de los bienes correspondientes de ese patrimonio personal*, por lo que es condición *sine qua non* la capacidad de disponer en la persona del fideicomitente."

Estimamos que hay consenso general de los autores en reconocer que es un efecto lógico, básico, natural del fideicomiso, la transmisión o transferencia de bienes al fiduciario, para que este realice un fin lícito establecido en el acto constitutivo, entonces como es posible que pueda haber transmisión de bienes en una manifestación unilateral de voluntad, pues ningún artículo de la ley cambiaria habla de que por la manifestación unilateral de voluntad salgan esos bienes del patrimonio del fideicomitente y pasen al fiduciario y menos si éste es indeterminado, pues si se trata de inmuebles el fideicomiso debe inscribirse en el Registro Público de la Propiedad y cancelar la inscripción a favor del fideicomitente y hacer la correspondiente al fiduciario, si se trata de otros bienes, como acciones, valores, dinero y joyas, para que exista trasmisión de la mayor parte de estos bienes, es necesaria la tradición o entrega de los mismos, además del endoso en aquellos títulos de crédito que así lo requieren, por lo que no es posible que la simple manifestación unilateral de voluntad haga salir del patrimonio del fideicomitente

esos bienes, si no existe fiduciario o éste no ha aceptado y por tanto no se le hace tradición de los mismos.

En este aspecto, como lo comenta el Dr. Acosta Romero en la teoría que venimos exponiendo, los autores partidarios de la manifestación unilateral de voluntad son totalmente omisos.

Como ya se indicó. Al usar las palabras "cesa del fideicomiso" en el artículo que tantas veces hemos citado. El legislador dio lugar a toda clase de interpretaciones, pues ya se demostró que no obstante su gran capacidad y los elementos con que contaba en su época, no parecen haber sido suficientes para perfilar esta institución, que se ha ido afinando en nuestro país en los pocos años que tiene de vida, por lo cual el hecho de que aparezcan esas palabras en la ley, está contra la lógica jurídica del contrato.

Por lo que hace a la parte del artículo 349 que habla de que las autoridades pueden ser fideicomitentes, cuando se trata de bienes cuya guarda, conservación, administración, liquidación, reparto o enajenación corresponda a dichas autoridades, creemos que es la base para la creación de los fideicomisos públicos, con la salvedad de que en ciertos casos, sobre todo cuando se trata de bienes en guarda o conservación, no podrán establecer fideicomisos porque no tienen la disposición de los bienes, sino precisamente sólo su guarda o conservación.

El otro aspecto por cuya razón los autores comparan el fideicomiso con la manifestación unilateral de voluntades, es el relativo a que nuestro legislador, siguiendo el proyecto Alfaro y las leyes mexicanas anteriores a 1932, estableció la posibilidad de que el fideicomiso pueda constituirse mediante testamento, sin embargo, si analizamos a fondo este aspecto, se puede llegar a la conclusión de que testamento y fideicomiso son conceptos que se excluyen uno al otro.

En principio, cabe un comentario sobre una cuestión constitucional.

Hay una contradicción de competencia legislativa en el artículo 352 de la Ley General de Títulos y Operaciones de Crédito, pues si bien el legislador federal tiene facultades constitucionales en materia mercantil de acuerdo con el artículo 73 fracción X, carece en cambio de facultades para legislar en materia civil (sucesiones), que es esencialmente local y está reservada a la autonomía de los Estados y a los legisladores de dichas entidades, por lo tanto al hablar de testamento, el legislador de 1932 invadió la competencia legislativa de las entidades federativas.

Creemos que en este aspecto no puede argumentarse que el Código Civil Federal sea supletorio conforme al artículo 2o. de la Ley General de Títulos y Operaciones de Crédito, pues la supletoriedad rige únicamente para aquellos casos de lagunas de la ley, no previstas por el legislador y en este supuesto, evidentemente que no se trata de una laguna de la ley, sino de una invasión de la competencia legislativa de las Estados.

Compararemos a continuación el testamento y el fideicomiso para ver que son incompatibles, pues uno excluye al otro.

El testamento tal como lo define el Código Civil para el Distrito Federal de 1928 en su artículo 1295, es un acto personalísimo revocable y libre por el cual una persona capaz dispone de sus bienes y derechos y declara o cumple deberes para después de la muerte.

En este orden de ideas, puede tomarse el testamento como una acto unilateral de voluntad, esencialmente revocable, de disposición de bienes y derechos para después de la muerte; el fideicomiso por el contrario, es un acto mediante el cual una persona destina ciertos bienes a un fin a una institución fiduciaria (artículo 346 de la Ley Cambiaria), además el fideicomiso debe constar por escrito y ajustarse a los términos de la legislación común sobre transmisión de los derechos o transmisión de propiedad de las cosas que se den en fideicomiso (artículo 352 de la misma ley).

Formalmente, el testamento puede revestir todas las variantes a que se refieren los artículos 1500 y 1501 del Código Civil para el Distrito Federal y sus correlativos de las Entidades Federativas, por lo cual, en tratándose de bienes inmuebles, el fideicomiso no puede constituirse mediante testamento ológrafo o privado y es dudoso que en tratándose también de esos bienes, se constituya en el testamento militar o marítimo.

Por otra parte, la distinción fundamental consiste en que el fideicomiso es disposición de bienes entre vivos, es decir, en el momento en que se constituye, y no puede ser condicionado a la muerte, pues en ese caso ya no es fideicomiso, sino testamento y por otra parte, este último es un acto de disposición de bienes para después del fallecimiento, estimamos que no basta la voluntad del testador para que se transfiera una propiedad inmueble al fiduciario, ni para que el fideicomiso surta sus efectos; en este caso, no lo inscribiría el Registro Publico de la Propiedad ya que es necesaria la aceptación de la institución fiduciaria para ello y la determinación de los derechos y obligaciones de las partes.

La disposición de bienes por testamento esta sujeta a la aleatoriedad de que los bienes permanezcan dentro del patrimonio del testador, durante el lapso que corre entre la fecha del testamento y la muerte de aquél; el patrimonio puede desaparecer por muy diversas causas: que el testador disponga de sus bienes, los enajene, que los expropien, que se los embarguen y rematen, que los bienes perezcan o desaparezcan, o por cualquier otra circunstancia salgan de su patrimonio; en este supuesto, al fallecer no habría materia de sucesión, además, el testamento y la sucesión tambien estan sujetos a que los herederos acepten aquél o lo repudien, a que existan herederos y a que no se impugne la validez del testamento.

Puede suceder que el testador disponga que a su muerte ciertos bienes de la masa hereditaria, sean dados en fideicomiso para un fin lícito, en cuyo caso esa disposición no es constitutiva del fideicomiso, sino que corresponderá al albacea, como representante de la sucesión, celebrar el contrato respectivo con una institución fiduciaria, en ejecución de las disposiciones testamentarias del *de cujus* (lo cual no es un acto de ejecución de fideicomiso, puesto que éste no existe).

En estos supuestos, por más que se hable en el testamento de constituir un fideicomiso, no existe tal, pues mientras los bienes permanezcan en el patrimonio del

frecuente que se contraten pólizas de seguro de vida y se designe beneficiaria una institución fiduciaria; pues bien, en ese momento se está constituyendo un fideicomiso sobre derechos y no un testamento.

Es de hacer notar que, en México, hasta donde hemos podido investigar, ha sido muy escasa o casi nula la práctica de constituir fideicomisos mediante testamento, habida cuenta de las limitaciones señaladas[59].

D. El fideicomiso como acuerdo de voluntades.

Una vez analizadas las teorías sobre la naturaleza del fideicomiso, hemos llegado a la conclusión de que para la constitución del mismo se requiere necesariamente del acuerdo de dos o más voluntades, es decir que coincidimos con aquellos tratadistas que lo conceptúan como un contrato de acuerdo a su regulación en el derecho positivo mexicano y también tal como se utiliza en el uso y la práctica bancarias de nuestro país. Continuando con las ideas del Dr. Acosta Romero enseguida vamos a dar los razonamientos en que se basa esta afirmación.

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

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

Cabe hacer el comentario de que la distinción formal establecida por nuestro código entre convenio y contrato, resulta un tanto superflua en la vida diaria, pues al no tener sanción, se aprecia que se utilizan en indistintamente las palabras contrato o convenio para calificar aquellos actos jurídicos en los que las personas, dos o más, expresan su voluntad de crear los efectos de derecho antes mencionados, sin que el uso de una u otra expresión traiga aparejadas consecuencias para las partes, por lo que es una práctica constante que se usa indistintamente y a veces como sinónimos.

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

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

---

[59] Op. cit. P. 156.

Scott[60] considera que el *trust* es una relación jurídica que tiene ciertas características y afirma:

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

Aquí vemos que Scott reconoce la necesidad de dos partes en el *trust*. El *trustee* (fiduciario) y el beneficiario, que pueden entenderse como fideicomitente o fideicomisario, en el derecho mexicano.

Para Sir Arthur Underhill, [61] el *trust* es "Una obligación de equidad que liga a una persona a quien se le designa trustee (fiduciario) para administrar una propiedad sobre la cual se le otorga control (y a la que se llama propiedad fiduciaria) en provecho de personas (a las que se designa beneficiario o cestuis que trust), pudiendo ser uno de ello el propio trustee (fiduciario) y cualquiera de ellos podrá darle fuerza legal al cumplimiento de la obligación".

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

Bogert, es más claro y define el *trust* como: "Una relación fiduciaria en la cual una persona tiene en su poder diversos bienes, sujetos a una obligación de equidad para conservarlos o usarlos para el beneficio de otros." [62]

El significado de la frase *relación fiduciaria* se explica con amplitud en la sección que trata de los deberes del fiduciario y de los fideicomisos constructivos, ahí aparecerá cómo la relación fiduciaria es una, en la cual la ley demanda a una persona las más altas normas de ética o conducta moral, con relacion a otra y agrega más adelante que: "el interés en la propiedad fiduciaria es la parte fundamental de la constitución del trust y el trust presupone una propiedad específica definida o definible, una propiedad definida que se transfiere al fiduciario y que debe conservar para su manejo o distribución."

---

[60] Scott Wakerman Austin, **The Law of Trusts**, citado por Acosta Romero Miguel, op. cit. p.158.
[61] Underhill Artur, citado por ídem
[62] Bogert Gleason George, **The Law of Trust and Trustees a Treatise Covering the law Relating to Trust and Allied Subjets Affecting Trust Creation and Administration**, citado por ídem.

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

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

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

En el derecho inglés y norteamericano la obligación del beneficiario es de equidad; Bogert afirma: "En casi todos los casos existen cuando menos tres partes conectadas con el trust, que son: El settlor (fideicomitente) una entidad legal separada que actúa como trustee (fiduciario), una o más terceras personas que son los beneficiarios (fideicomisarios) y más adelante se agrega: sin embargo cuando el settlor (fideicomitente), se declara a sí mismo trustee (fiduciario), ambas calidades recaen en una sola persona en cuyo caso un trust puede existir con sólo dos partes. Una persona no puede estar obligada consigo misma por lo cual no puede tener al mismo tiempo la calidad de settlor, trustee y único cestui. Las personas que intervengan en un trust, no pueden ser menos de dos."

Si teóricamente es permitido aplicar la analogía en aquellos casos en que encontramos identidad de principios y siendo el fideicomiso mexicano una adaptación del *trust* inglés y norteamericano, cabe concluir que la docta opinión de los autores que hemos citado nos permiten afirmar que el *trust* es una relación jurídica establecida entre dos o más personas. En consecuencia, en Mexico también existe esa relación, pues no puede haber fideicomiso únicamente con el fideicomitente, al igual que en el derecho norteamericano como lo afirma contundentemente Bogert. En México cuando menos debe haber dos personas para establecer y crear un fideicomiso.[63]

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

Nos inclinamos a pensar que se trata de contrato, en virtud de que crea, declara y trasmite derechos y obligaciones. Además en el uso bancario normal, en la experiencia mexicana, se utiliza el término contrato del fideicomiso.

Estimamos que el uso bancario es generador de principios de derecho complementarios de la ley, cuando existe alguna laguna y en el caso, dicho uso ha generado el principio de que el fideicomiso es un contrato, ya que la Ley General de Títulos y Operaciones de Crédito no señala qué tipo de acto es, y por lo que se refiere al uso bancario es aplicable el principio establecido en el artículo 2o., fracción III de la

---

[63] Idem, p. 160.

propia ley, de lo que pudiéramos calificar como uso interpretativo en el sentido de que el fideicomiso es un contrato.

Para tratar de ser más contundentes al determinar la naturaleza de la figura que nos ocupa, podemos realizar una interpretación auténtica, invocando la intención del legislador, que en la exposición de motivos de la Ley Cambiaria de 1932, textualmente señala:

"Aún cuando ello ofrece los peligros inherentes a la importación de instituciones jurídicas extrañas, la Ley de Títulos y Operaciones de Crédito reglamenta el fideicomiso, porque ya desde 1926 la Ley General de Instituciones de Crédito los había aceptado, y porque su implantación sólida en México, en los límites que nuestra estructura jurídica general permite, significará de fijo un enriquecimiento del caudal de medios y formas de trabajo de nuestra economía. Corrigiendo los errores o lagunas más evidentes de la Ley de 1926, la nueva Ley conserva, en principio, el sistema ya establecido de admitir solamente el fideicomiso expreso, circunscribe a ciertas personas la capacidad para actuar como fiduciarias y establece las reglas indispensables para evitar los riesgos que con la prohibición absoluta de instituciones similares al fideicomiso, ha tratado de eludir siempre la legislación mexicana. Los fines sociales que el fideicomiso implícito llena en países de organización jurídica diversa de la nuestra, pueden ser cumplidos aquí con notorias ventajas, por el juego normal de otras instituciones jurídicas mejor construidas. En cambio, el fideicomiso expreso puede servir a propósitos que no se lograrían sin él por el mero juego de otras instituciones jurídicas o que exigirían una complicación extraordinaria en la contratación."[64]

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

Rodolfo Batiza señala que "La naturaleza contractual del fideicomiso mexicano, incluso su categoría especifica dentro del género como un contrato bilateral, sinalagmático perfecto, se confirma todavía más por la existencia de la condición resolutoria tácita según la cual, conforme al art. 1949 del Código de Civil: ' La facultad de resolver las obligaciones se entiende implícita en las recíprocas, para el caso de que uno de los obligados no cumpliere la que le incumbe. El perjudicado podrá escoger entre exigir el cumplimiento o la resolución de la obligación, con el resarcimiento de daños y perjuicios en ambos casos. También podrá pedir la resolución aun después de haber optado por el cumplimiento, cuando este resultare imposible'. Idéntico principio sustenta Rugiero cuando expresa que la consecuencia fundamental que deriva de este criterio es que sólo en los contratos bilaterales opera la condición resolutoria tácita por virtud de la cual si uno de los contratantes falta a su propia obligación, puede el otro pedir la resolución del contrato

[64] Secretaría de Hacienda y Credito Publico, Dirección General de Banco, Seguros y Valores, **Legislación Bancaria**, T-II, México, 1980, p

o el constreñimiento a su cumplimiento. ' La *exceptio non adimpleti contractus*, que da derecho a cada contratante a rehusar su propia prestación si el otro la reclama sin haber cumplido la suya, agrega éste tratadista, sólo es aplicable a esta clase de contratos.'

Nuestra reglamentación positiva consagra esos derechos recíprocos con lo cual se confirma la posición que sostenemos. En efecto, según el art. 128 de la Ley Bancaria, si la institución fiduciaria no rinde las cuentas de su gestión al ser requerida, o si es judicialmente declarada culpable de las pérdidas o menoscabos que sufran los bienes fideicomitidos, el fideicomisario, sus representantes legales, o el fideicomitente (si se reservó éste derecho), podran pedir su remocion, sin perjuicio de la opción que les concede el art. 355 de la ley sustantiva para exigir al fiduciario el cumplimiento del fideicomiso. A su vez conforme al art. 137 inc. b) y c) de la ley bancaria, el fiduciario puede renunciar al desempeño de su cargo si el fideicomitente, sus causahabientes, o el fideicomisario, se niegan a pagar las compensaciones estipuladas a su favor, o si los bienes dados en fideicomiso no rinden productos suficientes para cubrirlas. "[65]

Otra práctica administrativo-legal que sustentan tanto Rodolfo Batiza como el Dr. Acosta Romero y que viene a abundar en favor del criterio de que el fideicomiso es un contrato, es el hecho de que todos los fideicomisos del gobierno federal son establecidos mediante contrato, no obstante que su creación se ordena, bien sea por acuerdos presidenciales, bien por leyes, en cuyos casos, en ambos supuestos son actos unilaterales de gobierno y por sí mismos no crean los fideicomisos.

Como ejemplo tenemos la ley de 31 de diciembre de 1954 que ordenó la creación del Fondo para la Agricultura, Ganadería y Avicultura, por sí mismo no constituyó el fideicomiso, sino que fue complementada con el contrato de fideicomiso celebrado el 24 de junio de 1955 en el que el fideicomitente es el Gobierno Federal y la institución fiduciaria el Banco de Mexico, S. A., como este ejemplo, pueden citarse todos los fondos de fomento.

En el acuerdo por el que se autoriza la constitución del fideicomiso para el Fomento y Apoyo del Desarrollo Pesquero, publicado en el Diario Oficial de 31 de Octubre de 1980, se dice entre otras cosas, textualmente lo siguiente: "Artículo 1o. Se autoriza en los términos que a continuación se señalan la constitución de un fideicomiso que se denominará fideicomiso para el fondo y apoyo del desarrollo pesquero"; Como puede verse, el Ejecutivo autoriza la constitución del fideicomiso, pero el acuerdo en sí mismo, no lo crea, pues el artículo 5o. del mencionado decreto textualmente dice: "Las facultades del Comité Técnico con las demás características del fideicomiso en el contrato constitutivo que al afecto celebre el fideicomitente (gobierno federal por conducto de la Secretaría de Hacienda y Crédito Publico) con la institución fiduciaria (Banpesca)."

Los ejemplos confirman que el Gobierno Federal en todos los fideicomisos que constituye, utiliza la expresión contrato y celebra un acto jurídico de esa naturaleza.

---

[65] Batiza Rodolfo, op. cit. p. 163 y ss.

Creemos que ha quedado plenamente confirmada la tesis que hemos venido sosteniendo, al definir formalmente el Gobierno Federal, en diversas disposiciones de carácter general y en leyes, el fideicomiso como un contrato.

Por otra parte tenemos la ley Orgánica del Banco Nacional de Obras y Servicios Públicos (D.O. 31 de diciembre de 1980), cuyo artículo transcrito textualmente ordena "El fondo de habitaciones populares a que se refiere la Ley Orgánica que se abroga, en lo sucesivo se regirá de conformidad con el contrato de fideicomiso que celebre la Secretaría de Hacienda y Crédito Público en su calidad de fideicomitente único del Gobierno Federal y del Banco Nacional de Obras y Servicios Públicos, S.A., como fiduciario."

La Comisión Nacional Bancaria también reconoce al fideicomiso el carácter de contrato en las siguientes circulares: número 362 de 9 de junio de 1951, 480 de 25 de julio de 1957, oficio circular 11961-749 de 4 de abril de 1970, circular número 711 de 10 de junio de 1976, circulares 1231 y 1234 de 16 de enero de 1995, etc.

Por su parte el Banco de México mediante su circular 2019/95 de fecha 20 de septiembre de 1995 señala que salvo las excepciones previstas en dicha circular, el destino de los fondos recibidos en fideicomisos, mandatos y comisiones, a que la misma se refiere, deberán comprender un deposito en efectivo sin interés en el Banco de México, debiendo mantenerse durante la vigencia del contrato de fideicomiso.

La H. Suprema Corte de Justicia de la Nación en diversas ejecutorias también habla del fideicomiso como contrato, pueden citarse los siguientes precedentes:

"**FIDEICOMISO. VENTA DE LOS BIENES AFECTOS AL. NO CONTRAVIENE EL ARTÍCULO 17 CONSTITUCIONAL. Tratándose de la venta por la institución fiduciaria de los bienes afectados a un fideicomiso, es inexacto que se contravenga a lo dispuesto por el artículo 17 constitucional, ya que la Ley General de Instituciones de Crédito y Organizaciones Auxiliares faculta u obliga incluso a las instituciones fiduciarias para llevar a cabo la venta de los bienes que les fueron trasmitidos en propiedad fiduciaria, sin la intervención de la autoridad judicial, en virtud de que no se trata de bienes ajenos, dado que ellas son las titulares y están facultadas para disponer de ellos de acuerdo con las instrucciones que se dieron en el contrato de fideicomiso y por ello es improcedente que en la venta intervenga autoridad judicial, cuando no se pacto ese requisito; ni debe estimarse que la fiduciaria ejerce una función judicial, dado que dispone de los bienes del patrimonio del fideicomiso de los cuales es el titular, lo que de ninguna manera implica sustitución de dicha autoridad judicial, sino sólo la realización de un acto emanado de la libre voluntad y determinación del fideicomitente al destinar bienes de su propiedad para la constitución de un fin lícito determinado, y de tal suerte que siendo ello así, es claro que la fiduciaria no vulnera ninguna norma legal al ejecutar el fideicomiso, si obra conforme a los términos estipulados en el mismo.**"[66]

"**FIDEICOMISO. NULIDAD CUANDO EL FIDUCIARIO ASUME LA CALIDAD DE FIDEICOMISARIO. 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 fideicometidos, impide que pueda llegar a asumir la calidad de fideicomisario, o sea la persona física o jurídica facultada para recibir el provecho implícito**

[66] SUPREMA CORTE DE JUSTICIA DE LA NACIÓN. COMPILACIÓN PRECEDENTES DE LA TERCERA SALA 1969-1986, página 628. amparo directo 3351/79 Juan Calvillo Lozano, unanimidad de 4 votos. Ponente : Raúl Lozano Ramírez. Septima época: Vols. 133-138, cuarta parte, pag. 97.

en el contrato, pues de permitirse tal situación, la actuación del referido 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 aquel. En este orden de ideas y conforme a la interpretación jurídica del último párrafo del artículo 348 de la Ley General de Títulos y Operaciones de Crédito, la nulidad ahí instituida obedece a la prohibición de que se constituyan fideicomisos en favor del fiduciario y comprende por ende a todos los casos en los cuales el fiduciario asume la calidad de fideicomisario, con entera independencia de que la reunión de esas calidades en el mismo sujeto tenga lugar en el acto constitutivo o bien en cualquier momento posterior. Además estableciéndose la referida nulidad como una sanción a los contratos celebrados contra la prohibición aludida, es correcto estimar que se trata de una nulidad absoluta y por lo mismo no susceptible de convalidación por las partes, a la luz de lo dispuesto por los artículos 8o. y 2226 del Código Civil para el Distrito Federal y Territorios Federales, aplicables supletoriamente conforme al artículo 2o. Fracción IV de la Ley General de Títulos y Operaciones de Crédito citada."[67]

Consideramos que con todo el conjunto de razonamientos y disposiciones que se han expuesto y comentado en este capítulo, nos llevan a la conclusión clara de que el fideicomiso en México es un contrato.

El contrato de fideicomiso no es un contrato tipo ni uniforme, ni tampoco inmutable, es por ello que da origen a que la doctrina con frecuencia divague al tratar de precisarlo, puesto que es tan amplio y puede abarcar tantas posibilidades que además entraña una serie de actos de administración, de dominio, de pleitos y cobranzas que debe desempeñar el fiduciario, pues no siempre el contrato de fideicomiso es simple, sino que a veces su complejidad es mucha por la característica de su gran flexibilidad, por ello hay que entenderlo como uno de los pocos contratos que todavía se redactan y se discuten entre las partes y cuya gama de posibilidades para establecer derechos y obligaciones es enorme.

Las teorías que existen sobre el particular, nos demuestran la evolución que ha tenido esta figura tan controvertida en el pensamiento jurídico de nuestro tiempo y confirma la importancia y que ha tenido la figura en el desarrollo económico y social de nuestro país.

---

[67] Amparo Directo 4391/69 Banco Hipotecario, Fiduciario y de Ahorros, S.A., 6 de noviembre de 1970 5 votos, Ponente: Mariano Azuela.

V. ELEMENTOS DEL FIDEICOMISO.

Los elementos necesarios para la constitución de un fideicomiso en el derecho mexicano, son por una parte la persona o personas que van a destinar ciertos bienes o derechos a un fin lícito y determinado, expresando su voluntad de que dichos fines sean llevados a cabo por una institución fiduciaria; por otra parte encontramos el o los bienes o derechos que serán destinados al fin lícito y determinado, éste último puede ser abstracto o dirigirse directamente al beneficio de una persona o grupo de personas, que serán los beneficiarios o fideicomisarios; finalmente encontramos al fiduciario, que será la institución que tenga autorización para realizar las actividades fiduciarias y que será la encargada de ejecutar los fines del fideicomiso.

De los elementos arriba mencionados, la figura del fideicomitente, los bienes o derechos y los fines tienen el carácter de esenciales para el nacimiento del fideicomiso, ya que puede constituirse y operarse el fideicomiso sin existir un fideicomisario y respecto del fiduciario aun y cuando la ley señala la posibilidad de constituir el fideicomiso sin su comparecencia, consideramos que también es un elemento esencial, ya que sin su presencia simple y sencillamente el fideicomiso no operaría.

A continuación analizaremos cada uno de los elementos que conforman el fideicomiso.

A. Las partes.

En el Fideicomiso conforme a la ley que lo regula intervienen los siguientes elementos personales:

1. Fideicomitente. En el proceso de gestación y surgimiento del fideicomiso, el primer personaje en hacer su aparición es el fideicomitente. Puede después desaparecer por completo y para siempre; puede reservarse una modesta segunda parte en los estadios ulteriores o bien puede continuar desempeñando un papel de primera figura, su actuación es variable, versátil, ajustable a las necesidades o deseos, a cuya satisfacción atiende concretamente el fideicomiso.[68]

El artículo 349 de la Ley de Títulos y Operaciones de Crédito señala que " Sólo pueden ser fideicomitentes las personas físicas o jurídicas que tengan la capacidad necesaria para hacer la afectacion de bienes que el fideicomiso implica, y las autoridades judiciales o administrativas competentes, cuando se trate de bienes cuva guarda, conservación, administración, liquidacion, reparto o enajenación corresponda a dichas autoridades o a las personas que éstas designen".

Derivado del precepto legal invocado podemos decir que el fideicomitente es la persona física o jurídica titular de los bienes o derechos que se transmiten al fiduciario para el cumplimiento de los fines, que tenga la capacidad necesaria para hacer la afectación que el fideicomiso implica.[69]

---

[68] Krieguer Vázquez Emilio, op Cit p.36

[69] Rocha Nuñez Eduardo, **La Banca Fiduciaria**, editado por Banco BCH, S.N.C., México, 1987

El primer aspecto que se nos presenta en el concepto vertido es lo relativo a la capacidad jurídica. Será condición *sine qua non* para que una persona pueda ser fideicomitente que tenga capacidad jurídica para realizar el acto correspondiente a la afectación al fideicomiso, ya que estos actos tendrán consecuencias de derecho, por lo que se requiere ser sujeto de derecho en pleno ejercicio de su capacidad jurídica.

Por otro lado tenemos que pueden ser fideicomitentes todas las personas físicas y morales, ya sean públicas o privadas, atendiendo desde luego a la esfera de su competencia, tratándose de las primeras y a los límites de su objeto social, tratándose de las segundas.

Es evidente que la constitución del fideicomiso implica un acto de disposición del propietario de los bienes, por lo que es necesario que el fideicomitente sea propietario de los mismos y tenga la libre disposición de los mismos, para que por sí o por conducto de su representante trasmita su propiedad a la institución fiduciaria para el cumplimiento de los fines establecidos.

Mención especial merece el señalamiento del precepto arriba citado, en lo tocante a las autoridades que pueden constituir fideicomisos. Como se comentó anteriormente[70] las autoridades administrativas en la esfera de su competencia, ya sea federal, estatal o municipal, pueden ser fideicomitentes respecto de los bienes cuya disposición les corresponde conforme a las leyes, pero respecto de las autoridades administrativas que no tengan esas facultades, así como de las judiciales no estamos de acuerdo, ya que consideramos que resulta un error del legislador hablar de la constitución del fideicomiso por autoridades que sólo tienen la guarda o custodia de bienes ajenos, porque como hemos venido señalando la afectación implica la transmisión de propiedad en favor del fiduciario y sin esa transmisión éste último estaría imposibilitado para cumplir con los fines del fideicomiso, estando más bien en presencia de un mandato.

En este punto Batiza considera que "es un error técnico el enunciar los propósitos para los cuales dichas autoridades pueden detentar bienes que, como fideicomitentes, se les autoriza para afectar en fideicomiso. Con la única posible salvedad del caso de la enajenación, todos los demas propósitos, sea la guarda, conservación, administración, liquidación y el reparto, son jurídicamente insuficientes para permitir la constitución de un fideicomiso, si se tiene en cuenta que para ello es condición indispensable que el fideicomitente goce de la facultad de disposición sobre la cosa porque el fideicomiso produce la transmisión de bienes a favor del fiduciario. Es evidente que en las cinco hipótesis anteriores, con la excepcion apuntada, no puede existir dicha facultad "[71]

2. Fideicomisario. De conformidad con el artículo 348 de la ley cambiaria, puede ser fideicomisario la persona física o jurídica que tenga la capacidad necesaria para recibir el provecho del fideicomiso. Pudiendo ser uno o varios fideicomisarios o el propio fideicomitente o incluso puede constituirse validamente el fideicomiso sin designación de fideicomisario, en cuyo caso los beneficios los podrá recibir el fideicomitente hasta en tanto no designe fideicomisario[72].

1020130159

[70] Ver supra capítulo IV inciso c). p. 32.
[71] Batiza Rodolfo, op. Cit. P. 198.
[72] Rocha Núñez Eduardo, op. cit. p. 6

Como se desprende del concepto anterior, el fideicomisario es el beneficiario del fideicomiso, es quien recibirá el provecho derivado del mismo, como pudiera ser la transmisión de la propiedad de bienes, el producto de la inversión de capitales, el ejercicio de los derechos corporativos o pecuniarios de acciones representativas del capital social de una empresa, el uso y aprovechamiento de un inmueble, la garantía con los bienes fideicomitidos respecto de obligaciones a cargo del fideicomitente o un tercero donde el propio fideicomisario tenga el carácter de acreedor, etc.

Ahora bien, hemos visto que por voluntad del fideicomitente se crea el fideicomiso y es él quien establece las reglas de aplicacion del patrimonio a la encomienda correspondiente. Por regla general esa aplicación del patrimonio es en favor de una tercera persona, que precisamente es el fideicomisario y que el fideicomitente legitima como verdadero titular de los derechos derivados del fideicomiso, al efecto Emilio Krieguer[73] señala que es necesario diferenciar al fideicomisario del simple beneficiario económico del fideicomiso, que eventualmente pudiera recibir algún provecho económico, al efecto afirma que "desde el punto de vista estrictamente jurídico, solamente pueden ser considerados como fideicomisarios aquellas personas a quienes el fideicomitente, en el acto constitutivo o en un momento ulterior, si se ha reservado el derecho de hacerlo posteriormente, designa como fideicomisarios y, en consecuencia, los legitima para hacer valer los derechos y acciones que integran la situación jurídica del fideicomisario." Más adelante añade que "por el contrario, el simple beneficiario indirecto, no queda legitimado para exigir que el fideicomiso se lleve a cabo, en su favor, en el mejor de los casos, podra solicitar al fiduciario o instar al Ministerio Público para que cumplan sus respectivas funciones, pero nunca actuar con plena legitimacion frente al fiduciario."

No basta que el fideicomitente designe a una persona como fideicomisario para que reciba los beneficios del fideicomiso, sino que ésta, para poder llegar a tener ese caracter, sera necesario que tenga la capacidad necesaria para ello, que en el caso del fideicomiso, será cuando menos la capacidad de goce, que por regla general, todos la tenemos, ya que respecto de la capacidad de ejercicio, como sería el caso de menores o incapacitados, se vera suplida por la intervención de su representante legal. Al respecto Rodolfo Batiza al realizar el análisis del artículo 248 de la Ley General de Títulos y Operaciones de Crédito, menciona que "Al exigir capacidad a los fideicomisarios, éste artículo debe interpretarse en el sentido, no de aludir a la capacidad activa para ser fideicomitente, sino más bien a la ausencia de alguna incapacidad especial derivada de la ley, puesto que el fideicomiso puede constituirse a favor de incapacitados y aun de no nacidos "[74]

Entre las principales incapacidades especiales que puede tener una persona para ser designada fideicomisario tenemos las siguientes:

La ley de la materia en su artículo 348 menciona que sera nulo el fideicomiso constituido en favor del propio fiduciario, por lo que éste no tiene capacidad para ser designado como fideicomisario en un fideicomiso a su cargo, salvo por las excepciones que en el mismo dispositivo se señalan.

---

[73] Krieguer Vázquez Emilio, op. cit p.47
[74] Batiza Rodolfo, op. cit. P. 225.

El artículo 27 constitucional en su fracción I, establece que sólo los mexicanos por nacimiento o naturalización y las empresas mexicanas tienen derecho a adquirir el dominio de las tierras, aguas y sus accesiones o las concesiones de explotación de minas o aguas, agregando que los extranjeros podrán gozar del mismo derechos, siempre que convengan ante el Estado Mexicano en considerarse como nacionales respecto de dichos bienes y en renunciar a la protección de su gobierno por lo que se refiere a aquellos, bajo la pena, en caso de faltar al convenio celebrado, de perder en beneficio de la Nación los bienes que hubieren adquirido en virtud de lo mismo.

Añadiendo además que por ningún motivo los extranjeros podrán adquirir el dominio directo sobre tierras y aguas en una franja de cien kilómetros a lo largo de la frontera y de cincuenta en las playas, es decir la denominada zona restringida; por esta razón un extranjero estaría incapacitado para ser designado fideicomisario en un fideicomiso que tuviera dentro de alguno de sus fines el trasmitirle la propiedad de algún inmueble dentro de la franja mencionada.

Ley de Inversión Extranjera señala determinadas actividades económicas e integración de sociedades, que están reservadas de manera exclusiva a mexicanos o sociedades mexicanas con cláusula de exclusión de extranjeros, tales como el transporte terrestre nacional de pasajeros, turismo y carga, sin incluir los servicios de mensajería y paquetería; el comercio al por menor de gasolina y distribución de gas licuado de petróleo; servicios de radiodifusión y otros de radio y televisión distintos de la televisión por cable; las uniones de crédito; Instituciones de banca de desarrollo, etc., por lo que los extranjeros no podrán participar en fideicomisos que les otorgue control o participación en dichas actividades o empresas.

Por otro lado encontramos el artículo 1328 del Código Civil para el Distrito Federal y su correlativo para el Estado de Nuevo León que establecen una incapacidad para heredar de los extranjeros por falta de reciprocidad internacional, es decir, cuando los mexicanos tengan esa incapacidad en el país de origen de dicho extranjero, de igual forma un extranjero no podría recibir a traves de un fideicomiso que haya de producir efectos *post mortem* beneficio alguno al coincidir con la hipótesis normativa mencionada.

De igual forma debe aplicarse lo establecido por los artículos 1316, 1331, 1322, 1323, 1324 y 1325, del ordenamiento citado, que establecen la incapacidad para heredar (y por ende para ser fideicomisario) a una persona que haya sido condenada por haber dado, mandado o intentado dar muerte al fideicomitente, o a los padres, hijos, cónyuges o hermanos del mismo; el haber hecho contra el fideicomitente, ascendientes, descendientes, hermanos o cónyuge, acusación de delito que merezca pena capital o de prisión, aun y cuando la acusacion sea fundada, a no ser que ese acto lo haga para salvar su vida, su honra o la de las personas señaladas; el cónyuge que mediante juicio haya sido declarado adúltero, si se trata de recibir beneficio del cónyuge inocente; el padre y la madre respecto del hijo expuesto por ellos; los padres que abandonen a los hijos, prostituyeren a las hijas o atentaren a su pudor; . El tutor y el curador del menor fideicomitente; el médico que haya asistido al fideicomitente durante su última enfermedad; el notario ante quien se celebre el fideicomiso, etc

Sobre éste particular, aunque ya hemos comentado que no es lo mismo el testamento y el fideicomiso con disposición testamentaria, consideramos que no sería conveniente dejar abierta la posibilidad de adquirir bienes o derechos vía fideicomiso entre vivos que surtirá efectos *post mortem,* cuando la capacidad para adquirir por sucesión legítima o testamentaria, este negada a ciertas personas.

Finalmente consideramos que las prohibiciones señaladas en el artículo 12 del Código de Comercio, representan incapacidad para participar como fideicomisarios en fideicomisos con actividad empresarial, a los corredores, a los quebrados que no han sido rehabilitados, así como aquellas personas que hayan sido condenados por sentencia ejecutoriada por delitos contra la propiedad, cuando por cualquier título tengan la facultad de decisión en las actividades propias del fideicomiso.

3. Fiduciario. Es la institución debidamente autorizada para actuar como tal y es quien recibe del fideicomitente la titularidad de ciertos bienes o derechos para manejarlos o administrarlos, de conformidad con los fines establecidos en el acto constitutivo del fideicomiso. [5]

De conformidad con lo establecido en el artículo 350 de la ley cambiaria, sólo pueden ser fiduciarias las instituciones expresamente autorizadas para ello conforme a la Ley de Instituciones de Crédito. Sin embargo a partir del 14 de julio de 1996, se rompió el monopolio de las instituciones de crédito en ésta actividad, ya que con las reformas a la Ley del Mercado de Valores y a la Ley de Instituciones de Seguros y Fianzas publicadas en el Diario Oficial de esa fecha, se autorizó a las Casas de Bolsa e Instituciones de Seguros y de Fianzas a ser fiduciarias respecto de actividades relacionadas con su objeto social.

Por su parte la ley bancaria en su artículo 3° dispone que el sistema bancario mexicano estara integrado por el Banco de México, las instituciones de banca múltiple y de desarrollo, el Patronato del Ahorro Nacional y los fideicomisos públicos constituidos por el Gobierno federal para el fomento económico, así como aquellos que se constituyen para el desempeño de las funciones que la ley encomienda al Banco de México. Cabe señalar que las cuatro primeras entidades mencionadas tienen la facultad de actuar como fiduciarios, Banco de México, las instituciones de banca de desarrollo y el Patronato del Ahorro Nacional, la tienen de acuerdo a sus respectivas leyes orgánicas, mientras que las instituciones de banca múltiple la tienen al operar el servicio de banca y crédito, que consiste en la realizacion de operaciones activas, pasivas y de servicios, donde se incluyen los servicios fiduciarios El articulo 8° de la ley en mención, a la letra dice.

"Artículo 8°. Para organizarse y operar como institución de banca múltiple se requiere autorización del Gobierno Federal que compete otorgar discrecionalmente a la Secretaría de Hacienda y Crédito Público, oyendo la opinión de Banco de México y de la Comisión Nacional Bancaria. Por su naturaleza estas autorizaciones serán intrasmisibles."

De acuerdo con el articulo 9° sólo gozarán de autorización las sociedades anónimas de capital fijo, organizadas conforme a la ley general de sociedades mercantiles en lo que

---

[75]Rocha Núnez Eduardo, op. cit. p. 6

no este previsto en la ley y particularmente con lo siguiente: I. Tendrán por objeto la prestación de servicio de Banca y Crédito; II. Su duración será indefinida; III. Deberán contar con el capital social y el mínimo conforme a la ley; IV. Su domicilio social estará en el territorio nacional.

En cuanto al tema en estudio, el artículo 46 de esa ley, precisamente en su fracción XV es donde se determina la facultad de las instituciones de banca múltiple para desempeñar fideicomisos, mandatos y comisiones. Adicionalmente en las fracciones XVI a XXII encontramos las facultades de dichas instituciones para prestar los otros servicios que tradicionalmente han venido siendo atendidos por los fiduciarios. Textualmente dice:

"Artículo 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;
XVI. Recibir depósitos en administración o custodia, o en garantía por cuenta de terceros, de títulos o valores y en general de documentos mercantiles;
XVII. Actuar como representante común de los tenedores de títulos de crédito;
XVIII. Hacer el servicio de caja y tesorería relativo a títulos de crédito, por cuenta de las emisoras.
XIX. Llevar la contabilidad y los libros de actas de registro de sociedades y empresas;
XX. Desempeñar el cargo de albacea;
XXI. Desempeñar la sindicatura o encargarse de la liquidación judicial o extrajudicial de negociaciones, establecimientos, concursos o herencias;
XXII. Encargarse de hacer avalúos que tendrán la misma fuerza probatoria que las leyes asignan a los hechos por corredor público o perito..."

De lo anteriormente analizado se desprende que a diferencia del *trust* anglosajón, donde pueden ser fiduciarios las personas físicas y las morales, en nuestro país sólo podrán serlo las instituciones de crédito organizadas conforme a la Ley de Instituciones de Crédito, las instituciones de seguros, fianzas, casas de bolsa, el Banco de México y el Patronato del Ahorro Nacional, fuera de ellas ninguna persona física ni moral, nacional o extranjera, podrá desempeñar el cargo de fiduciario Ya desde la exposición de motivos de la ley bancaria de 1932, expresaba el legislador la conveniencia de que sólo se autorizara la constitución de fideicomisos cuando el fiduciario fuera una institución especialmente sujeta a la vigilancia del Estado, ello derivado de lo delicado que resulta la encomienda de confianza, que como ya hemos comentado puede llegar incluso más allá de la vida del creador del fideicomiso, es decir del fideicomitente y por ello se requiere una administración y una vigilancia escrupulosa.

B. La materia.

1. Los bienes del fideicomiso. El elemento real o material del fideicomiso lo constituyen los bienes o derechos que el fideicomitente destina a la realización de un fin lícito determinado y pueden ser de cualquier clase como bienes muebles, inmuebles, acciones, pagarés, dinero en efectivo etc., salvo aquellos derechos que conforme a la ley sean estrictamente personales de su titular, tales como las garantías individuales, el ejercicio de la patria potestad, etc. Deben tener conforme a los artículos 727, 748 y 749 del Código Civil para el Distrito Federal y su correlativo del Estado de Nuevo León, las siguientes características:

- Existir en la naturaleza o que puedan llegar a existir
- Tener una comercialización no restringida.
- Ser propios o que el dueño consienta en que se fideicomitan.

Los bienes que se encuentran fuera del comercio, pueden estarlo por su naturaleza o por disposición de la ley. Están fuera del comercio por su naturaleza los que no pueden ser poseídos por algún individuo exclusivamente, como lo es el aire, la luz, etc., y por disposición de la ley, los que ella declara irreductibles a propiedad individual, como lo son los monumentos públicos, los bienes afectos al patrimonio de la familia, etc. Estos bienes forman el grupo que la doctrina denomina como " inalienables"[76].

Hay algunos bienes o derechos que no reúnen los requisitos anteriores y que no pueden ser trasmitidos al fiduciario, por encontrarse afectos a algún gravamen a favor de tercero, y que para transmitirse al fiduciario conservan dicho gravamen y además, se requiere el consentimiento expreso del tercero a favor de quien se encuentran efectos tales bienes o derechos.[77]

El titular de los bienes y en general del patrimonio fideicomitido lo será siempre la institución que desempeñe el cargo de fiduciario, con la limitacion de que los bienes que se den en fideicomiso se considerarán afectos al fin que se destinan, con las modalidades y limitaciones que se establezcan en el acto constitutivo.

Asimismo, respecto de dicho patrimonio el fideicomitente o los fideicomisarios sólo podrán ejercer frente al fiduciario los derechos o acciones que se refieran al fin del fideicomiso, salvo las que expresamente se reserve el fideicomitente, los que deriven del fideicomiso mismo o los adquiridos legalmente respecto de tales bienes con anterioridad a la constitución por el fideicomisario o por terceros.

2. El Patrimonio Fideicomitido. Evidentemente que los bienes o derechos constituyen un elemento esencial del fideicomiso, ya que no podría pensarse en la existencia del mismo si no hay un conjunto de bienes o derechos que son destinados a un fin específico. Ahora bien, ese conjunto de bienes o derechos entran a formar parte de un patrimonio, el llamado patrimonio fideicomitido, que estará afecto en forma temporal a los fines señalados en el propio contrato y respecto de los cuales el fiduciario únicamente podrá efectuar los actos exigidos para el cumplimiento de dichos fines; situación que nos obliga a tratar de dilucidar la naturaleza del mismo, ya que de inicio choca con nuestro concepto de propiedad en su concepción tradicional, es decir con los atributos que le son reconocidos en el Derecho Romano, los llamados *ius utendi, ius fruendi y ius abutendi*, que representan el derecho de usar, de disfrutar y de enajenar libremente la cosa sobre la que tenemos el derecho de propiedad.

A continuación expondremos las principales teorías sobre el particular.

---

[76] Villagordoa Lozano, op cit p. 178
[77] Idem.

Primeramente veremos lo que se entiende por patrimonio, para ello siguiendo al maestro Rafael Rojina Villegas[78] tenemos que es "un conjunto de obligaciones y derechos susceptibles de una valoración pecuniaria que constituye una universalidad de derecho".

Añade dicho autor que el patrimonio de una persona siempre estará integrado por un conjunto de bienes, de derechos y, además de obligaciones y cargas; pero es requisito indispensable que éstos derechos y obligaciones que constituyen el patrimonio sean siempre apreciables en dinero, es decir, que puedan ser objeto de una valoración pecuniaria. Como elementos de patrimonio, considera el activo y el pasivo:

El activo se integra por el conjunto de bienes y derechos apreciables en dinero. Estos bienes y derechos siempre se traducen en derechos reales, personales o mixtos, por lo que el patrimonio invariablemente estará integrado por ese tipo de derechos; entendiendo por derecho real aquel poder jurídico que se ejerce directa e inmediatamente sobre los bienes; por derecho personal aquella relación jurídica que le otorga al acreedor la facultad de exigir al deudor una prestacion o una abstención de carácter patrimonial o moral y por derecho mixto, aquellos que tienen caracteres reales y personales a la vez.

El pasivo está compuesto por el conjunto de obligaciones y cargas, que como ya se comentó deben ser susceptibles de valorización pecuniaria. Las obligaciones o deudas, son el aspecto pasivo de los derechos personales, es decir, contemplados desde la posicion del deudor representan el deber de cumplir la exigencia del acreedor frente a la relación jurídica que los vincula; las cargas, también llamadas obligaciones reales, son aquellas obligaciones distintas de las personales que se ejercen sobre los bienes, tales como la hipoteca.

Sobre la naturaleza jurídica del patrimonio Rojina Villegas nos indica que existen principalmente dos teorías:

a. La teoría clásica del patrimonio-personalidad. Sustentada por la escuela clásica francesa o escuela de la exégesis, para cuyos exponentes[79] el conjunto de bienes, derechos, obligaciones y cargas que integran el patrimonio, constituyen una entidad abstracta, una universalidad de derecho que se mantiene siempre en vinculación constante con la persona jurídica. Señalan como principales fundamentos los siguientes:

- Solamente las personas pueden tener patrimonio, pues sólo ellas son aptas para poseer, adquirir y obligarse.
- Toda persona tiene necesariamente un patrimonio aunque éste no signifique riqueza actual, ya que tendrá la aptitud de poseer en un momento dado.
- Cada persona tiene un solo patrimonio del mismo modo que solo tiene una personalidad.
- El patrimonio es inseparable en su totalidad de la persona puesto que emana de la propia personalidad.

---

[78] Rojina Villegas Rafael, **Compendio de Derecho Civil, T-II**, Bienes, Derechos Reales y Sucesiones, octava edición, Editorial Porrúa, México, 1976, p 7 y ss

[9] Aubry y Rau, **Cours de Droit Civil Français**, T-IX, p. 333, citado por ídem, p 8.

La crítica que se le ha hecho a esta teoría es que llega a una noción ficticia y artificial del patrimonio, despegada de la realidad y vinculada hasta confundirse con la capacidad, aceptando la existencia de un patrimonio sin bienes presentes, bastando la posibilidad de adquirirlos en el futuro, es decir que toda persona debe tener un patrimonio aunque no posea bienes ni reporte obligaciones, bastando la aptitud o posibilidad de adquirirlos o llegar a ser sujeto de obligaciones y derechos y a consecuencia de esta confusión, se atribuyen al patrimonio las características de indivisibilidad e inalienabilidad, que son inherentes a la persona.

Estas características de indivisibilidad e inalienabilidad que se derivan de la teoría del patrimonio personalidad, son criticadas por diversos autores que pretenden demostrar que la noción de patrimonio ni es un concepto tan abstracto o ficticio que llegue a confundirse con la capacidad, ni es exacto que el patrimonio sea siempre indivisible e inalienable por acto entre vivos. Planiol, Ripert y Picard [80] aportan el concepto de universalidad jurídica y para ello señalan que el conjunto de bienes, derechos, obligaciones y cargas de una persona apreciables en dinero, constituye una universalidad jurídica, la cual integra el patrimonio, es decir, que si todo el conjunto no forma una universalidad jurídica, no es patrimonio.

El concepto de universalidad comprende absolutamente todos los bienes, derechos, obligaciones y cargas apreciables en dinero. Los bienes y las obligaciones contenidas en el patrimonio forman lo que se llama una universalidad de derecho. Existen en el derecho masas de bienes que conforman una universalidad de hecho, pero no son patrimonios, la persona podrá tener distintas universalidades de hecho, pero sólo un patrimonio que se presenta como único, indivisible y abarcando tanto el conjunto de bienes presentes como los futuros

La universalidad de hecho se distingue de la universalidad jurídica en que sólo comprende una masa de bienes destinados a un fin económico, como es el caso del fundo mercantil y por tanto constituyen un sector limitado dentro de la esfera patrimonial de la persona con la posibilidad de ser objeto de contrato o de derechos reales; en cambio la universalidad jurídica es sobre todo un conjunto de derechos y obligaciones imputables a la persona, por lo que no se podría tener dos o más universalidades jurídicas y como abarca todo lo que la persona puede poseer, logra la indivisibilidad, que no podría ser objeto de algún contrato.

Nuestro derecho sigue los caracteres y tendencias generales del derecho francés y por tanto, salvo algunas excepciones y modalidades en materia de sucesiones (que el heredero tenga dos patrimonios) mantiene en sus características principales la doctrina clásica como eje para regular el régimen de los bienes y el de las sucesiones, sin llegar al extremo de admitir como principios absolutos la inalienabilidad ni la indivisibilidad del patrimonio; no obstante lo anterior, admite la teoría del patrimonio afectación, únicamente como excepción.

b. La teoría del patrimonio-afectación. Por la dificultad de explicar con la teoría clásica algunas instituciones jurídicas de fundamental importancia en el

---

[8] Planiol, Ripert y Picard. **Tratado Práctico de derecho Civil Francés**, T.- III, p. 22, citado por ídem

derecho positivo, nace esta teoría que considera al patrimonio como un conjunto de bienes, derechos y obligaciones afectados a la realización de un fin jurídico economico que le da autonomía propia y que permite la existencia de un régimen jurídico especial para darle también fisonomía distinta en el derecho a esa masa autónoma de bienes. En esta teoría, el patrimonio no se confunde ya con la personalidad, ni se le atribuyen las mismas características de indivisibilidad e inalienabilidad propias de la persona, no obstante que exista una relación entre dichos conceptos.

Se contempla la posibilidad de que existan varias masas independientes de bienes, cuyo común denominador y caracteres distintos a la vez, sea su destino en vista de obtención de ciertos fines económicos-jurídicos.

El patrimonio es conceptualizado tomando en cuenta el destino que en un momento dado tengan determinados bienes, derechos u obligaciones en relación con un fin jurídico gracias al cual se organizan legalmente en una forma autónoma. Es decir que siempre se encontrará un conjunto de bienes, derechos y obligaciones destinados a la realización de un fin determinado, sea de naturaleza jurídica o económica y se estará en presencia de un patrimonio, por cuanto que se constituya una masa autónoma organizada jurídicamente en forma especial, como es el caso del fundo mercantil, el patrimonio de familia, la herencia, etc., por lo que pueden existir y de hecho existen distintos patrimonios de una misma persona, como masas autónomas de bienes, derechos y obligaciones y puede también trasmitirse su patrimonio por acto entre vivos, especialmente por contrato.

Cabe señalar que esta doctrina es la utilizada en el derecho anglosajón, donde la concepción del patrimonio personalidad ha sido siempre desconocida por no tener influencia del derecho romano y evidentemente que la idea del patrimonio afectación es aplicada en el *trust*, de donde la toma nuestro legislador para integrarla al derecho mexicano mediante la figura del fideicomiso, razón por la que consideramos que ha sido problemática su asimilación a nuestro sistema jurídico. Para una mejor comprensión de lo expuesto, en el siguiente punto trataremos de aclarar ésta postura dentro de nuestro derecho.

Ahora bien, el maestro Rojina Villegas concluye diciendo que se ha criticado a esta teoría por el hecho que las masas de bienes afectos a un fin determinado representan ciertas universalidades autónomas entre sí, además de que choca con los postulados de la teoría clásica respecto a que existe un solo patrimonio general y único de la persona.

Existe diversidad, luego entonces entre el patrimonio y la universalidad jurídica, la cual trae como consecuencia la posibilidad de varias universalidades de derecho y un solo patrimonio; así, el patrimonio de familia y el patrimonio fiduciario son ejemplo de dichas universalidades. Todo patrimonio es una universalidad jurídica pero no toda universalidad jurídica es un patrimonio.

Evidentemente que el problema al que nos enfrentamos es el de determinar si debemos considerar el patrimonio fiduciario como afectación o como universalidad jurídica, que entra en un todo (patrimonio único) que venía siendo sustentado por la doctrina clásica francesa.

c. El patrimonio afectación en el fideicomiso. Como ya se comentó anteriormente, la exposición de motivos de la Ley de Instituciones de Crédito de 1932 indica "que el fideicomiso no es un mandato irrevocable, sino una afectación de patrimonio encaminada a un fin que se confiaría a un fiduciario" y por su parte el redactor de la Ley de Títulos y Operaciones de Crédito, Lic. Pablo Macedo lo confirma al comentar el artículo 349 de dicha Ley diciendo "que el fideicomiso implica por virtud de la afectación que le es esencial la constitución de un patrimonio distinto del personal del fideicomitente". [81]

Del análisis de la Ley de Títulos y Operaciones de Crédito se desprende que las ideas referentes al patrimonio-afectación, son aplicables a la masa fideicomitida. En efecto, el segundo párrafo del artículo 351 señala·

"Los bienes que se dan en fideicomiso se considerarán afectos al fin que se destinan, y en consecuencia, sólo podrán ejercitarse respecto de ellos, los derechos y acciones que el 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."

A éste respecto Jorge A. Domínguez Martínez [82] señala "ciertamente que mediante la figura en cuestion se destina uno o varios bienes al logro de una finalidad, señala el artículo 346 de la Ley enunciada según el cual en virtud del fideicomiso el fideicomitente destina ciertos bienes a un fin determinado" y mas adelante continúa diciendo que "Son asimismo contundentes los artículos 349 y 351 del ordenamiento señalado pues el primero hace mención expresa a que el fideicomiso implica una afectación de bienes y el segundo se refiere a que dichos bienes se entienden afectos a los fines de aquel. Más aún, el articulo 355 de la misma ley hace referencia al patrimonio objeto del fideicomiso y en la fracción III del articulo 45 de la Ley de Instituciones de Credito y Organizaciones Auxiliares se establece que por cada fideicomiso las instituciones fiduciarias deberan abrir una contabilidad especial, en la que se incluiran todos los bienes particularmente a él afectos, los cuales en ningun caso podrán destinarse a otras responsabilidades que los derivados precisamente de ese fideicomiso".

Cervantes Ahumada[83], a través del proyecto para nuevo Código de Comercio establece en el artículo 807 " Por el fideicomiso, el fideicomitente transmite la titularidad de un derecho al fiduciario, quien queda obligado a utilizarlo para la realización de un fin determinado".

Pierre Lepaulle[84] contempla el fideicomiso como un patrimonio afecto a un fin determinado, para ello señala que "El elemento para el funcionamiento del *trust* es el *Trustee* cuyos derechos y obligaciones varian en funcion de una cosa que le es fundamental: La misión que debe realizar y ésta última depende de la afectación de los bienes, la cual puede ser determinada por la voluntad del *settlor*, por la ley o la jurisprudencia.

---

[81] Ver supra Capítulo III, punto B, numeral 7 y Capítulo IV. Punto C., p. 18 y 32, respectivamente.
[82] Domínguez Martínez Jorge Alfredo. op Cit. p 45.
[83] Cervantes Ahumada Miguel. op cit , p 289.
[84] Idem

Así, dicho autor define el *trust* como "... una afectación de bienes garantizada por la invención de un sujeto de derecho que tiene la obligación de hacer todo lo razonable necesario para realizar esa afectación y que es titular de todos los derechos que le sean útiles para cumplir dicha obligación..."

3. La propiedad fiduciaria.

Para analizar la propiedad fiduciaria, comencemos primeramente por conocer el concepto de la propiedad. Rojina Villegas aplicando la definición del derecho real de la propiedad menciona que ésta se manifiesta en el poder jurídico que una persona ejerce en forma directa e inmediata sobre una cosa para aprovecharla totalmente en sentido jurídico siendo oponible este poder a un sujeto pasivo universal, por virtud de una relacion que se origina entre el titular y dicho sujeto.[85]

El poder jurídico total significa que el aprovechamiento se ejerce bajo la forma de uso, disfrute o disposición de la cosa para enajenarla o gravarla o que se tiene simplemente la posibilidad normativa de ejecutar todos los actos de dominio o de administración, aun y cuando jamás se ejecuten; es decir se trata de un aprovechamiento jurídico y no económico.

Partiendo del concepto arriba señalado, el primer problema al que nos enfrentamos es el de determinar si los bienes y derechos que integran el patrimonio del fideicomiso, son propiedad del fiduciario, ya que como se vio en el punto anterior, aquellos son afectados y entregados a éste para destinarlos a una finalidad determinada de antemano por el fideicomitente y evidentemente que el fiduciario no podrá ejercer el poder jurídico sobre los mismos en provecho propio y en principio la idea de ser propietario sin disponer totalmente de la cosa, choca con nuestra tradicion romanista del derecho de propiedad. El segundo problema consiste en determinar la naturaleza de esa propiedad especial que resulta del fideicomiso.

Entre las principales opiniones vertidas sobre el particular tenemos las siguientes:

La teoría del patrimonio de afectación, sustentada por Paul Lapaulle, es recogida en México por el Lic. Pablo Macedo y por el Lic. Juan Landereche Obregón; éste último sostiene que "El fideicomiso es fundamentalmente un patrimonio que se afecta a un fin determinado. Para entender este concepto y su alcance, es indispensable partir de la noción de propiedad considerada en su sentido más amplio, como facultad exclusiva de usar y disponer de los bienes Partiendo de la idea de la propiedad como medio de realizar el aprovechamiento de los bienes humanos, resulta economica y juridicamente fundada la formación de un patrimonio destinado a un fin licito, sin que necesariamente tenga como requisito la existencia de un propietario determinado, sino como simple condición la que de un órgano que realice el fin que se persigue. En este caso puede no existir propietario de los bienes afectos al fin perseguido, siendo bastante con que la

[85] Rojina Villegas Rafael, op. cit., p.79

afectación se organice de un modo adecuado para que los bienes cumplan su función de medios de alcanzar los fines de que se trata."[86]

Esta teoría es también sustentada por Emilio Krieguer Vázquez,[87] quien señala que " respecto de los bienes entregados en fideicomiso el fideicomitente deja de ser dueño de ellos, si lo era; el fiduciario no adquiere la propiedad y, cuando mucho, se ostenta como titular de los derechos que son meros instrumentos para el cumplimiento de la tarea que tiene encomendada; el fideicomisario, cuando existe, tiene un derecho personal frente al fiduciario y, eventualmente, una acción persecutoria de la cosa que indebidamente haya salido del patrimonio del fideicomiso. Los bienes fideicomitidos corresponden al grupo de los bienes que, por estar afectos a un fin determinado, no son de libre disposición. Quien en un momento tuvo facultad de disponer libremente de esos bienes, se auto-privó de ella y los consagró a un cierto y determinado fin. Y en el caso del fideicomiso regular esa aceptación se refuerza porque el fideicomitente no sólo expresa la decision de destinar los bienes a un propósito definido, con exclusión de otros fines, sino que encomienda a una institución bancaria especializada que esa afectación se realice."

Continúa sosteniendo dicho autor que "el fideicomiso hace desaparecer el derecho de propiedad del fideicomitente, pero no lo sustituye por otro derecho de propiedad, sino por tres conjuntos de facultades y derechos que tienen como sujetos o puntos de imputación al fideicomitente, al fiduciario y al fideicomisario". Más adelante añade que "los bienes fideicomitidos están sujetos a un régimen especial, incompatible con el de propiedad plena, en virtud de su destinación a un fin especifico, es excluyente de cualquier otro. Esa destinación especial trae aparejada la consecuencia de que respecto de esos bienes sólo pueden ejercitarse los derechos y acciones que al fin específico se refieren, quedando excluida la posibilidad de que se ejerciten otros derechos o acciones."

Mucho se ha criticado a las teorias sustentadas por los autores mencionados, en virtud de la imposibilidad de la existencia de patrimonios sin titular, además de que aquellos que no lo tengan, jamás podrán llegar a ser sujetos juridicos.

Existe otra teoría denominada del desdoblamiento del derecho de propiedad y como consecuencia de ella se obtienen dos titulares acerca de un determinado bien, uno que es titular juridico, que es el fiduciario y otro que es titular economico, que es el fideicomisario. Remo Franceschelli[88] afirma que "el desdoblamiento del derecho de propiedad originario en dos nuevos derechos de propiedad sobre el mismo objeto, que se encuentran atribuidos a dos sujetos diversos, se efectúa de la siguiente forma: en primer término tenemos el derecho de propiedad formal exterior (del trustee), y después el derecho de propiedad sustancial (del cestui que trust)."

---

[86] Landereche Obregon Juan. **Naturaleza del fideicomiso en el Derecho mexicano**, Revista Jus, tomo IX. No. 50, septiembre de 1942, Mexico, D F., citado por Villagordoa Lozano, op cit p 93.
[87] Krieguer Vázquez Emilio, op. cit p 74 y ss.
[88] Franceschelli Remo, **Il trust nel Diritto inglese**, Casa Editrice Antonio Milani, 1935, p 23 citado por Villagordoa Lozano, op cit p 99.

En esta misma postura, Lizardi Albarrán[89] al tratar el proceso de construcción del fideicomiso, afirma que opera sobre el derecho de propiedad una descomposición en dos derechos, cuya existencia es formalmente posible por el contenido de las normas que rigen la nueva institución; señala que "uno de los derechos, el del fiduciario, se caracteriza, si no de manera absoluta, cuando menos en su tendencia general, por la facultad de disposición, y por esto el mismo fiduciario queda frente a terceros ostentándose como propietario; ya que dicha facultad es atributo esencial del derecho de propiedad... entrando a estudiar los detalles, se encuentran tales caracteristicas que permiten configurar el derecho del fiduciario como un nuevo derecho, distinto del de propiedad. En primer lugar es temporal y su duración no puede, por regla general exceder de treinta años, en segundo lugar, existe la función de un fin por realizar y, finalmente no representa para su titular -el fiduciario- ningún valor económico... El segundo derecho es el del fideicomisario que, a diferencia del fiduciario, se caracteriza por tener fundamentalmente un contenido económico, válido *erga omnes*. Este derecho está intrínsecamente ligado al fin de la operación y tiende a confundirse con él, por representar dicho fin en una forma o en otra, un beneficio económico para el fideicomisario."

Esta teoría también ha sido criticada, ya que en nuestro régimen jurídico la existencia de un titular sobre un mismo derecho real implica la exclusión de cualquier otro. Consideramos que el patrimonio fideicomitido no puede tener dos titulares, ya que es claro que el fideicomitente trasmite la propiedad al fiduciario y no hay desdoblamiento de la propiedad ya que los derechos de los fideicomitentes y de los fideicomisarios no son reales sino de naturaleza personal frente al fiduciario, para exigirle las prestaciones señaladas en el contrato de fideicomiso

Finalmente encontramos teorías que contemplan al fideicomiso como una transmisión de derechos al fiduciario, por ejemplo Joaquin Rodriguez y Rodriguez[90] señala que: "la institución tiene un dominio sobre los bienes limitado que no por ello deja de ser dominio, es decir, dueño del patrimonio, pero es dueño fiduciario, lo que quiere decir que es dueño en funcion del fin que debe cumplir y dueño normalmente temporal. El fiduciario es dueño juridico, pero no economico de los bienes que recibio en fideicomiso. Dicho de otro modo, el fiduciario es quien ejerce las facultades dominicales pero en provecho ajeno..." más adelante agrega que "la Ley . . . señala que el fideicomiso implica una transmisión de propiedad en favor del fiduciario y que debe reunir los requisitos publicitarios correspondientes, inscribirlo en el Registro Público de la Propiedad, cuando se trata de bienes inmuebles, o notificacion, endoso, tradición, etc., cuando se trate de bienes muebles. Esta traslación de dominio produce efectos contra terceros, lo que quiere decir que el fiduciario aparece como dueño."

Mariano Navarro Martorell [91] manifiesta que "En resumen, debe concluirse afirmando la integridad del derecho de propiedad desde el punto de vista real. Mediante

---

[89] Lizardi Albarrán Manuel, **Ensayo sobre la naturaleza jurídica del fideicomiso**, Mexico, 1945, p.199, citado por idem.
[90] Rodriguez y Rodríguez Joaquin, Derecho Bancario, Editorial Porrua, Mexico, 1978, p. 531
[90] Lapaulle Pierre, **La Naturaleza del Trust,** Revista General de Derecho y Jurisprudencia, Mexico, 1932.
[91] Navarro Martorell Mariano, **La propiedad fiduciaria**, Editorial Bosh, Barcelona, 1950, p 178, citado por Villagordoa Lozano, op. cit p 109

el negocio fiduciario se trasmite una titularidad plena, y, como tal, tanto las limitaciones relativas a su extension, es decir, a las normales facultades de su titular, como las relativas a su duración, no recaen sobre el derecho real en sí, sino más bien sobre su sujeto; son obligaciones personales en cuyo nombre, efectivamente, podrá el fiduciante, en caso de incumplimiento del fiduciario, exigir un resarcimiento de daños, más no una revocación de lo dispuesto por éste último, ni menos la reivindicación de la cosa." Y añade "Puede por lo tanto, definirse la propiedad fiduciaria, como una propiedad peculiar, caracterizada por una limitación obligatoria que afecta personalmente a su titular sobre el uso de sus facultades y generalmente sobre el tiempo de duración de su titularidad."

Por su parte Villagordoa Lozano[92] sostiene que la transmisión de bienes y derechos que integran el patrimonio fiduciario que se realiza del fiduciante al fiduciario es una transmisión plena. Si se trata de bienes se transmite la propiedad, y si se trata de derechos de crédito, se transmite la plena titularidad de los mismos. Los bienes fideicomitidos salen del patrimonio del fideicomitente para colocarse en situación del patrimonio de afectación.

Finalmente admite que la transmisión hecha al fiduciario no es absoluta ya que dicho fiduciario no dispone de los derechos transmitidos en su propio provecho. La limitación que se impone al fiduciario que consiste en la obligación de destinarlos al cumplimiento de la finalidad del negocio, no modifica la esencia del derecho de propiedad, de tal manera que pueda implicar la creación de un nuevo derecho real, sino únicamente implica una modalidad de dicho derecho de propiedad.

Ahora bien, consideramos que las diversas dificultades técnicas que tuvo que enfrentarse el legislador mexicano de 1932 en la adaptación del fideicomiso como una figura jurídica con funciones y finalidades semejantes a las del *trust*, en un sistema legal cuya influencia española y francesa se remonta hasta el derecho romano, se debe principalmente a que en México no existen dos sistemas separados de regulación jurídica, el de equidad y el de derecho comun, como es el caso de la gran tradición de uso y costumbre en el derecho angloamericano, que ha permitido la existencia de una doble propiedad con contenido diverso, con lo que se evita cualquier confusión por lo que hace al efecto traslativo de dominio.

En efecto, si analizamos los regímenes de la propiedad en los sistemas legales mencionados, se advertirá que la propiedad en el *trust* difiere de la "propiedad bonitaria, pretoria" o *in bonis* del derecho romano, desde el momento en que la propiedad *in bonis* prevalecía sobre la propiedad *dominium ex jure quiritium*, para reconocer al adquirente frente al propietario que tenía el *nudum ius quiritium* o título de nudo propietario, cuando aquel había adquirido sin utilizar la forma prescrita por el derecho civil, es decir que no se daba la posibilidad de que pudiesen existir dos propietarios respecto del mismo bien, sino que uno excluía necesariamente al otro. En tanto que en el *trust* coexisten, la propiedad legal del fiduciario o *trustee* y la propiedad económica del beneficiario o *cestui que trust*. Esta doble propiedad, es la que ocasiona el conflicto de adaptación del fideicomiso a aquellos sistemas legales que, como el nuestro, tienen una marcada influencia romanista y

[92] Villagordoa Lozano, op cit p 121

es precisamente la que debe adecuarse si se quiere incorporar con éxito el *trust* al sistema legal respectivo.

Definitivamente que uno de los efectos fundamentales del fideicomiso es la transmisión de bienes o derechos al fiduciario, sin la cual no se puede hablar de fideicomiso; ya lo comentamos al tratar lo relativo a la naturaleza jurídica,[93] que el efecto lógico, básico y natural del fideicomiso, es la transmision o transferencia de bienes al fiduciario, para que este realice un fin lícito establecido en el acto constitutivo, ésta situacion la vemos confirmada por el redactor de la Ley sustantiva al sostener que la afectación, conjuntamente con la salida de los bienes del patrimonio del fideicomitente es esencial al fideicomiso y lo refleja en los articulos 352, 353 y 354 de dicha ley al establecer que el fideicomiso debe reunir los requisitos de forma que señale la legislación común sobre transmisión de propiedad de los derechos o las cosas que conformen su materia, así como la obligación, si se trata de inmuebles, de inscribir el fideicomiso en la sección de propiedad del Registro Público de la Propiedad y cancelar la inscripción a favor del fideicomitente; si se trata de otros bienes, como acciones, valores, dinero y joyas, para que exista transmisión de estos bienes es necesaria la tradición o entrega de los mismos, además del endoso en aquellos títulos de crédito que asi lo requieren.

Esto es esencial, ya que consideramos que el fiduciario debe contar con todas las facultades inherentes al propietario de los bienes y si no fuese el propietario se vería imposibilitado de dar cumplimiento a los fines que le fueron encomendados, convirtiendo su gestión en un simple mandato; como ejemplo podemos citar el caso de los fideicomisos "con disposición testamentaria", denominados así dentro de la práctica bancaria de nuestro país, donde los fines se ven ampliados en el tiempo más allá de la muerte del fideicomitente y en éste caso el fiduciario acatando en los términos la encomienda que le hizo el fideicomitente, tendrá que llevar a buen término la misma, exista o no fideicomisario determinado. Evidentemente que si al constituirse el fideicomiso el fideicomitente no hubiere trasmitido la propiedad de los mismos, al ocurrir su fallecimiento, los bienes fideicomitidos seguirían la suerte de su sucesion, haciendose nulas las disposiciones sobre su destino; sin embargo ello no sucede, ya que el fiduciario es el dueño de los bienes y deberá aplicarlos conforme se le haya indicado en el contrato, al ocurrir la condicion suspensiva consistente en la muerte del fideicomitente.

Situacion similar la encontramos en los fideicomisos de garantía en los que el fideicomitente trasmite la propiedad de ciertos bienes o derechos al fiduciario, para que con los mismos se garanticen las obligaciones a cargo de dicho fideicomitente y en favor del fideicomisario. En caso de ocurrir el incumplimiento de las obligaciones garantizadas, el fiduciario llevara a cabo un procedimiento de ejecucion pactado en el propio contrato, enajenando los bienes fideicomitidos para que con el producto de la venta se cubran los adeudos respectivos; si el fiduciario no fuese propietario de los bienes tampoco podria cumplir con los fines del fideicomiso; como ya se comentó, tratándose de inmuebles el fideicomiso debe inscribirse en la seccion de propiedad del Registro Público, ya que en caso de inscribirse en la seccion de gravámenes, el fideicomitente podria disponer de los bienes e incluso otros acreedores podrian embargar los bienes materia del fideicomiso,

[93] Ver supra p. 42.

impidiendo el cumplimiento de los fines establecidos, además de la dificultad del fiduciario para enajenar los bienes para cumplir con su propósito y en los casos en que se contemple la constitución de otros gravamenes resultaría gravamen sobre gravamen, situación por demás irregular.

Cabe señalar que desgraciadamente esta situación es común en la práctica, ya que todavía existen algunos registradores públicos en las diferentes entidades federativas, que no obstante que el artículo 353 de la Ley de Títulos y Operaciones de Crédito ordena la inscripción respectiva en la sección de propiedad, insisten en considerarlo como un gravamen, salvo que se cubra el Impuesto Sobre Adquisición de Inmuebles, lo cual es indebido acorde a lo establecido en el artículo 16 del Código Fiscal de la Federación y sus correlativos de las legislaciones fiscales de los Estados, ya que conforme a ésta disposición, en los fideicomisos de garantia no existe enajenación fiscal, no obstante que el fideicomitente trasmita los bienes al fiduciario y designe un fideicomisario diverso de el; esto es comprensible ya que el fideicomiso se constituye para garantizar una obligación y una vez que se satisface ésta el fiduciario revierte la propiedad de los bienes al fideicomitente y éste en tanto no se ejecute el fideicomiso no pierde el derecho a readquirir dichos bienes y por ende al no encuadrar en la hipótesis normativa de la enajenación, evidentemente no se causa dicho impuesto. Como lo veremos más adelante, para efectos fiscales nuestro sistema tributario considera como propietario de los bienes al fideicomitente o al fideicomisario, según tenga uno u otro la facultad de disposicion o provecho de los mismos.

Ahora bien, si hemos de concluir que los bienes pasan a ser propiedad del fiduciario en virtud de la afectacion que el fideicomitente realiza en el contrato de fideicomiso, el segundo problema, como ya comentamos lineas atrás, versa en determinar la naturaleza de dicha propiedad. Hemos expuesto algunas de las teorías sustentadas por los principales doctrinarios de la materia, las cuales difieren substancialmente entre si, sobre todo por todas las posibilidades que encierra la solucion del problema; nosotros consideramos que al adaptarse la figura del *trust* en nuestro sistema legal, con las caracteristicas propias de nuestro sistema legal, no sólo se instrumento una institucion novedosa, sino que para lograr una importación congruente se estableció un nuevo concepto de la propiedad desconocido en nuestra tradición jurídica.

Este concepto, conocido en la práctica bancaria como "propiedad fiduciaria" es aplicable a la titularidad de cualquier derecho, sea real o personal, siempre y cuando este último sea susceptible de valoracion pecuniaria, que se trasmite al fiduciario para destinar los bienes que conforman su objeto indirecto o los creditos que amparen, según sea el caso, a los fines establecidos en el contrato de fideicomiso.

En efecto, la Ley General de Título y Operaciones de Crédito reglamenta la propiedad que resulta de la constitución de un fideicomiso, no obstante que emplea la palabra "titular" y en ninguno de sus preceptos se menciona la palabra "propiedad fiduciaria".

Sin embargo esa titularidad abarca todo tipo de derechos, salvo los estrictamente personales de su titular, segun lo dispone el articulo 351 de la citada ley y debemos

entender que se refiere a la propiedad cuando se trate de bienes susceptibles de dicho derecho.

Esta propiedad "especial" que surge con el fideicomiso no es más que una categoría dentro del género de la propiedad y debemos entenderla precisamente como un derecho real que se caracteriza no por un poder económico sobre el bien, sino por un poder jurídico que se integra por un conjunto de posibilidades normativas para realizar actos de dominio o de administración sobre la cosa, pero sin necesidad de que tales facultades se ejerzan, es decir basta la posibilidad reconocida en el derecho subjetivo para que se hagan valer, aun cuando jamás lleguen a tener ejecución.

De acuerdo a lo anterior existirá el derecho real como simple facultad jurídica a través de un conjunto de posibilidades para realizar actos de dominio o de administración sobre la cosa, sin que sea necesario que exista el poder económico que se traduce en el aprovechamiento total o parcial del bien. La propiedad existe, por el solo hecho de reconocerse al dueño un conjunto de facultades jurídicas para usar o disponer de la cosa aun cuando jamás se ejerzan esas facultades, es decir, a pesar de que no se lleve a cabo un poder económico de aprovechamiento efectivo.[94] Además no debemos olvidar que el objeto directo e inmediato del derecho real es la conducta, tanto del sujeto activo que se manifiesta en las facultades jurídicas comentadas, como del sujeto pasivo determinado o indeterminado que da lugar a las obligaciones reales. Y únicamente como objeto indirecto encontramos el bien sobre el que recaen los actos jurídicos derivados de dichas conductas.

Las facultades jurídicas que tiene el titular para usar, gozar, disponer o afectar un bien en garantía que conforman el aspecto activo del derecho real de propiedad, las tiene plenamente el fiduciario y así lo ostenta frente a los terceros en general, siendo valederas *erga omnes*, es decir que una vez que se le ha trasmitido la plena propiedad o titularidad de los bienes o derechos, la ostenta frente a todos los terceros e incluso frente al fideicomitente y al fideicomisario, aun y cuando el primero se haya reservado el derecho de revocar el fideicomiso o se señale al segundo como beneficiario de los bienes, pues en ese caso, ambos tendrán un derecho personal frente al propietario o titular de los bienes o derechos, es decir frente al fiduciario para exigirle la reversión o la transmisión de los bienes al momento en que así lo decidan, según sea el caso, pero será necesario un acto jurídico en el que en cumplimiento de esa obligación personal, el fiduciario le trasmita, a quien corresponda, la propiedad de los bienes o la titularidad de los derechos.

En ese orden de ideas, el hecho de ejercer única y exclusivamente las facultades jurídicas necesarias para el cumplimiento de los fines o hacerlo en provecho ajeno, es decir en beneficio del fideicomitente o del fideicomisario, no quiere decir que el fiduciario no sea el propietario de los bienes o que dicha propiedad sea limitada, ya que es perfectamente válido que el titular del derecho imponga las modalidades que considere necesarias según convenga a los intereses de las partes contratantes, así lo dispone el articulo 830 del Codigo Civil Federal y sus correlativos de las entidades federativas, al señalar que "el propietario de una cosa puede gozar y disponer de ella con las limitaciones y modalidades que fijen las leyes".

---

[94] Rojina Villegas Rafael. op cit . p 45.

Este artículo, como se desprende de una interpretación auténtica a la exposición de motivos de citado código federal, encontramos que rompe con la teoría individualista del sistema romano que aun se venia manejando en el Codigo Napoleónico y en nuestro Derecho durante la primera mitad del siglo pasado, en donde se consideraba a la propiedad como un derecho absoluto para usar y disponer del bien. En la citada exposicion de motivos se lee que la comisión redactora " adoptó la teoría progresista que considera el derecho de propiedad como el medio de cumplir una verdadera función social. Por tanto, no se consideró el derecho de propiedad como un derecho individual del propietario, sino como un derecho mutable que debia modelarse sobre las necesidades sociales a las cuales estaba llamado a responder preferentemente, para cuyo efecto, y de acuerdo con los preceptos constitucionales relativos, se habia impuesto algunas modalidades a la propiedad tendientes a que no queda al arbitrio del propietario dejar improductiva su propiedad y a que no usara de su derecho con prejuicio de tercero o en detrimento de los intereses generales."[95]

Esto significa que al derecho de propiedad en su concepción actual, se le reconoce el derecho subjetivo de usar, disfrutar y disponer de una cosa, pero como función social, no como un derecho subjetivo, absoluto e inviolable que la norma jurídica no puede tocar, sino al contrario, como consecuencia de un deber social en donde todo hombre tiene que intensificar la interdependencia humana; por eso consideramos válido las modalidades que se establezcan en el contrato de fideicomiso respecto de los bienes y conforme a las cuales el fiduciario ejercitara sus facultades de dueño para la consecución de los fines, conforme lo señale el contrato, el fideicomitente, el fideicomisario o el comité técnico, según corresponda.

Esta categoría de la propiedad que permite ejecutar las facultades jurídicas que se tienen respecto de los bienes o derechos materia del fideicomiso en beneficio de una persona diversa al titular, implica el reconocimiento de una universalidad jurídica dentro del patrimonio de la institución que funja como fiduciario, tomando en cuenta el destino que tengan determinados bienes, derechos u obligaciones en relación con el fin jurídico para el cual fue constituido y gracias al cual se organizan aquellos en forma autónoma.

Por ello al hablar de fideicomiso siempre encontraremos un conjunto de bienes o derechos que constituyen un patrimonio autonomo que se organiza jurídicamente para la realización de un fin licito y determinado y no se confunden con los restantes bienes de su titular, así lo conceptúan los artículos 351 de la Ley de Titulos y Operaciones de Credito, en cuanto señala que los bienes se consideraran afectos al fin a que se destinan y al 79 de la Ley de Instituciones de Credito que al efecto señala.

Artículo 79. - En las operaciones de fideicomiso, mandato o comisión, administración o custodia, las instituciones abrirán contabilidades especiales por cada contrato, debiendo registrar en las mismas y en su propia contabilidad el dinero y demás bienes, valores o derechos que se les confíen, así como los incrementos o disminuciones, por los productos o gastos respectivos. Invariablemente deberán coincidir los saldos de las cuentas controladas de la contabilidad de la institución de crédito, con los de las contabilidades especiales.

---

[95] **Código Civil para el Distrito Federal**, exposición de motivos. Libro Segundo, De los bienes, editorial Porrua. México, 1990, p 19.

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 a la Ley."

Por su parte la Suprema Corte de Justicia de la Nación ha emitido diversas ejecutorias en las que aun y cuando no se precisa la naturaleza jurídica del fideicomiso, se desprende de ellas que mediante ésta figura se constituye un patrimonio autónomo mediante la afectación de determinados bienes o derechos a un fin lícito y determinado, que se logra mediante la transmision de la propiedad o de la titularidad de los derechos que conforman dicho patrimonio en favor del fiduciario; entre ellas encontramos las siguientes:

"FIDEICOMISO, NATURALEZA DEL.- Entre el fideicomitente y el fiduciario hay una relación de causahabiencia, dado que aquél trasmite a éste el dominio de los bienes fideicometidos y al extinguirse el fideicomiso se opera la retrasmisión del dominio de esos mismos bienes de la fiduciaria al fideicomitente, por lo que no es suficiente la figura del mandato para explicar la capacidad jurídica del fiduciario para ejecutar los actos jurídicos que se le han encomendado, ya que no actúa en nombre de otro sino que ejecuta un derecho propio, en virtud de que tiene el dominio sobre los bienes afectos al fideicomiso, sin perjuicio de su obligación de rendir cuentas al fideicomitente y de devolver los bienes que resulten a la terminación del fideicomiso." [96]

"FIDEICOMISO, NATURALEZA DEL.- Según puede advertirse en los artículos 346, 351 y 356 de la Ley General de Títulos y Operaciones de Crédito, en nuestra legislación se concibe el 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 fideicometidos, de los que pasa a ser titular la institución fiduciaria para el exacto y fiel cumplimiento del fin lícito encomendado". [97]

"FIDEICOMISO, INTERÉS JURÍDICO PARA IMPUGNAR ACTOS DE AUTORIDAD QUE ATENTEN CONTRA EL.- RADICA EN LA INSTITUCIÓN FIDUCIARIA. Al ser el fideicomiso un contrato mediante el cual una persona trasmite a una institución fiduciaria, parte de sus bienes, para la realización de un fin lícito, que la propia persona señala en el contrato respectivo, es claro que el titular de los bienes o derechos transferidos es la institución fiduciaria y es a ésta a quien corresponde vigilar el cumplimiento de las obligaciones o fines del fideicomiso, en los términos de lo dispuesto por el artículo 356 de la Ley General de Títulos y Operaciones de Crédito y por ello, es la única legitimada para reclamar en la vía de amparo cualquier acto de autoridad que atente contra el mismo; por lo que si acudió al juicio constitucional una de las partes del contrato de fideicomiso(fideicomisario), debe estimarse que carece de interés jurídico, puesto que no tiene el carácter de propietario o poseedor de los bienes objeto del fideicomiso y es por ello que la afectación que pudiera sufrir, no deriva directamente del acto de autoridad, sino del incumplimiento por parte de la institución fiduciaria del contrato respectivo, por ende, procede sobreseer en el juicio de garantías con apoyo en lo dispuesto por la fracción III del artículo 74 de la Ley de Amparo." [98]

"SOCIEDADES ANÓNIMAS, PERSONALIDAD JURÍDICA DE LAS. FIDEICOMISO. Nada impide que una sociedad, sin perder su unidad, actúe en diversos actos con personalidades jurídicas distintas, como en el caso del fideicomiso, evento en el que la fiduciaria, independientemente de las obligaciones que le son inherentes de acuerdo con el contrato social, se sujeta a las derivadas del fideicomiso conforme al acta constitutiva y a la ley, adquiriendo así una personalidad jurídica

---

[96] Amparo directo 171/65, José Refugio Dévora Mojarro, 13 de abril de 1967, 4 votos, Ponente· Mariano Azuela Precedente Quinta epoca, Tomo CXVIII, Pág 1083.

[9] Amparo directo 4391/69, Banco Hipotecario, Fiduciario y de Ahorros, S A., 6 de noviembre de 1970, 5 votos, Ponente Mariano Azuela.

[98] PRIMER TRIBUNAL COLEGIADO DEL QUINTO CIRCUITO. Amparo en revisión 170/88 Banco de México, S.N.C., 11 de febrero de 1989, unanimidad de votos, ponente· Enrique Ramon Garcia Vasco

distinta y con la que actúa en el fideicomiso, del que nacen obligaciones dentro de las cuales se encuentra la de identificar los bienes fideicomitidos, registrarlos y mantenerlos separados de sus propios bienes; luego así una institución, en su calidad de fiduciaria, avala títulos de crédito expedidos a la orden de la misma institución, actuando por su propio derecho, y cubre a ésta última lo adeudado por el avalado, lo hace con personalidades jurídicas distintas y, por lo tanto, se encuentra legitimada activamente para el ejercicio de la acción que deduzca en contra del deudor." [99]

"FIDEICOMISO. INEMBARGABILIDAD DE LOS BIENES MATERIA DEL. Es cierto que la fracción I del artículo 45 de la Ley General de Instituciones de Crédito y Organizaciones Auxiliares impone a los bancos fiduciarios el deber de guardar el secreto propio de la clase de operaciones a que el invocado precepto alude; según el artículo 346 de la Ley General de Títulos y Operaciones de Crédito, los bienes constituyen un patrimonio autónomo afecto a un fin lícito determinado, o sea al del fideicomiso; esto significa que dichos bienes salen del patrimonio del fideicomitente para constituir el de afectación y por ello los acreedores del fideicomitente no pueden perseguir tales bienes, salvo el caso de fideicomiso constituido en fraude de acreedores, según el artículo 351 de la Ley últimamente invocada; y por lo tanto resulta evidente que si no existe el aludido derecho de persecución, como es el caso de quien no es fideicomitente o fideicomisario, menos puede existir el de embargar al fideicomitente los bienes materia del fideicomiso." [100]

El reconocimiento que hace la Suprema Corte de Justicia en lo que se refiere al efecto traslativo de dominio en el fideicomiso y la creación de un patrimonio administrado autónomamente respecto de los restantes bienes del fiduciario, que se logra mediante la afectación de los bienes o derechos, nos confirma la existencia de una nueva modalidad de la propiedad, que conjuntamente con el patrimonio de familia, el fundo mercantil, el patrimonio de una fundación y otras figuras similares, conminan al legislador a buscar una reforma al Código Civil Federal para adecuar nuestro derecho positivo a la realidad jurídica en que vivimos, acorde a lo previsto por el legislador de 1928 que ya vislumbraba el derecho de propiedad como un derecho mutable que debía modelarse sobre las necesidades sociales a las cuales estaba llamado a responder.

Así lo señala Ignacio Fuentes Torres [101] al mencionar que· "Aunque la propiedad fiduciaria carece de antecedentes expresos en nuestro sistema legal, entendido este en sentido estricto para comprender sólo al derecho legislativo, se encuentra no obstante reconocida por obra de la jurisprudencia de la Suprema Corte, auxiliada por la doctrina. Tal situación, lejos de haber eliminado la necesidad de reformar el *Código Civil*, acentua la conveniencia de esta solución técnica para una mejor y más correcta regulación del fideicomiso y de la propiedad fiduciaria en el sistema jurídico mexicano"

C. Los Fines.

El fin del fideicomiso es el objeto o propósito principal de la relación contractual resultante de su constitucion, se representa como un conjunto de actos juridicos que realiza el fiduciario para llevar a cabo las instrucciones del fideicomitente vertidas en el acto constitutivo o durante su vigencia, con el objeto de cumplir con los intereses buscados mediante la canalizacion de los bienes o derechos que le transmite dicho fideicomitente

---

[99] APENDICE DE LA JURISPRUDENCIA 1917-1988 AL SEMANARIO JUDICIAL DE LA FEDERACIÓN SALAS Y TESIS COMUNES, Quinta epoca, Tomo XXVII, Pág 691, Compañía Hidroelectrica Potosi

[100] PRIMER TRIBUNAL COLEGIADO DEL PRIMER CIRCUITO Amparo en revision 155/1969

[101] Banco Mexicano Somex, S A., op cit., cap. XII, Elementos Reales del Fideicomiso, p 190

Toda la actividad jurídica que desempeña el fiduciario va encaminada a cumplir con el propósito fijado por el fideicomitente y lo consigue mediante la realización de los actos jurídicos concretos que se requieren para el fiel y exacto cumplimiento del fideicomiso.

En los términos de los artículos 346 y 347 de la Ley General de Títulos y Operaciones de Credito, puede ser contemplada como fin del fideicomiso, cualquier actividad humana que sea posible y que además sea lícita y determinada.

Para entender más claramente los requisitos jurídicos que se deben cumplir al establecer los fines de un fideicomiso, sin pretender profundizar demasiado sobre el particular, habremos de analizar las disposiciones relativas contenidas en el Código Civil para el Distrito Federal, cuya aplicación supletoria a la materia mercantil la permite la fracción IV del artículo 2° de la Ley General de Títulos y Operaciones de Crédito.

El artículo 1827 de dicho Código señala que el hecho positivo o negativo, objeto de un contrato, debe ser posible y lícito.

El objeto en las obligaciones de hacer debe ser posible, tanto física como jurídicamente. Se dice que hay imposibilidad física cuando una ley de la naturaleza impide la realización del hecho, constituyendo un obstaculo insuperable, de tal manera que en forma absoluta y para toda persona no podrá realizarse la prestación debida Hay imposibilidad jurídica cuando el hecho no puede realizarse porque una norma de derecho constituye a su vez un obstáculo insuperable para su ejecucion; en la imposibilidad jurídica no se trata de violar una norma de derecho, sino que ni siquiera llega a realizarse la prestación, por cuanto que la ley impide de plano la posibilidad de ejecucion y desde el punto de vista legal, el acto no tiene ni tuvo existencia alguna.[102]

Por tanto es imposible el fin que no puede existir por ser incompatible con una ley de la naturaleza o con una norma jurídica que deba regirlo necesariamente y que constituya un obstáculo insuperable para su realizacion (artículos 1828 y 1830 del Codigo Civil).[103]

De conformidad con el artículo 1830 del citado ordenamiento es ilicito el fin que es contrario a las leyes de orden público o a las buenas costumbres y por otro lado el artículo 1831 dispone que el fin o motivo determinante de la voluntad de los que contratan, tampoco debe ser contrario a las leyes de orden publico ni a las buenas costumbres.

Aplicados a *contrario sensu* obtenemos el concepto legal de fin licito, en el sentido de que será aquel que no sea contrario a las leyes de orden público o a las buenas

---

[102] Rojina Villegas Rafael op cit., Tomo III, p 67.
[103] Villagordoa Lozano, op cit , p. 180.

costumbres Por su parte Rafael de Pina lo conceptúa como lo Justo, lo permitido, segun justicia y razón. Ajustado a Derecho.[104]

Ahora bien, por leyes de orden público entendemos aquellas normas jurídicas prohibitivas o imperativas destinadas a cubrir una necesidad social o a procurar una adecuada convivencia dentro de la comunidad. Rafael de Pina[105] lo define como el estado o situación social derivada del respeto a la legalidad establecida por el legislador.

Por lo tanto podemos concluir que cualquier acto que sea contrario a las disposiciones jurídicas de una sociedad, deberán ser consideradas contrarias al orden público por provocar el rompimiento de la legalidad establecida en dicha sociedad, excepción hecha de las normas supletorias de la voluntad de las partes que son dictadas para reglamentar obligaciones en los contratos, cuando las partes no han manifestado su voluntad sobre cierto punto de interés jurídico.

Respecto del segundo elemento que integra la licitud del fin en un contrato, es decir las buenas costumbres, Rafael del Pina[106] se refiere a ellas como la "conducta derivada del acatamiento espontáneo de los principios morales aceptados en una sociedad determinada en un momento también determinado de su historia".

Al respecto Rafael Rojina Villegas nos indica lo siguiente: "Jellinek afirma que el derecho es un mínimo ético, porque dentro de las normas morales, en un momento dado, se consideran indispensables para la convivencia social un conjunto mínimo de ellas, que se elevan a la categoría de jurídicas, y respecto de las cuales el Estado, es decir, el poder publico, administra una sancion." Más adelante continúa diciendo "Existen infinidad de normas de moral social que no son indispensables para la convivencia, por lo tanto, el poder publico no las juzga necesarias y no las protege decretando una sancion cuando son violadas. Sólo aquellas normas de moral social que tienen una misma finalidad con las jurídicas o sea garantizar las bases para lograr la convivencia social, deben tener una sancion semejante para decretar la nulidad de aquellos actos que se ejecutan en violacion de las mismas.[107] Como ejemplo de este tipo de conductas, tenemos la promesa de una prestacion bajo condición de efectuar un acto inmoral; las recompensas o penas convencionales condicionadas a la celebración del matrimonio o al divorcio, la usura, etc

Es importante añadir que para ser considerado como contrario a las buenas costumbres, el negocio en sí, su contenido o el fin común perseguido por las partes es el que debe atentar en contra de la moral, es decir que no basta con la intención inmoral de una de las partes.

Por último en lo tocante a la determinacion de los fines, este es un elemento de primordial importancia en el fideicomiso, ya que el señalar o fijar claramente el resultado que se persigue con su constitución, permitira al fiduciario realizar los actos adecuados

---

[104] De Pina Rafael y De Pina Vara Rafael, **Diccionario de Derecho**, Editorial Porrúa, Décima Edicion, México, 1981, p 334.

[105] De Pina Rafael op cit. p. 363

[106] Idem. p. 132.

[107] Rojina Villegas Rafael, op Cit p. 73

para lograrlo y dada la importancia y lo delicado que representa la encomienda de confianza implícita en el fideicomiso, si no se determina en forma concreta el fin, difícilmente el fiduciario podrá llevar a buen término dicha encomienda.

Además el artículo 351 de la Ley General de Títulos y Operaciones de Crédito, en lo tocante a los bienes materia del fideicomiso nos indica que se considerarán afectos al fin a que se destinan y que únicamente se podrán ejercitar respecto de ellos, los derechos y acciones que al mencionado fin se refieran, por lo que, como ya comentamos, si dicho fin no estuviere perfectamente determinado, el fiduciario estaría imposibilitado para cumplir con su cometido, además de que correr el riesgo de responder de las pérdidas o menoscabos que los bienes sufran por su culpa, según lo dispone el artículo 356 del mismo ordenamiento, por lo que consideramos que el legislador mercantil impuso éste requisito para ser congruente con la figura que nos ocupa y como un principio de certeza en cuanto a las obligaciones de las partes en la relacion contractual o como dice Galindo Garfias al hablar del fin en los contratos, "Se exige que sea determinado en cuanto se debe especificar concretamente en qué ha de consistir la conducta del obligado."[108]

Para concluir podemos sostener que cualquier actividad jurídica que el fideicomitente pretenda encomendar al fiduciario puede ser fin del fideicomiso, siempre que dicha actividad sea posible física y jurídicamente, que no vaya en contra de alguna ley prohibitiva o imperativa cuya violación provoque un rompimiento del orden social o implique en su contenido un acto inmoral, además de que deberá estar perfectamente señalada la conducta que llevará a cabo el fiduciario, fuera de esas limitantes, el fideicomitente no tendrá más limite que su imaginación.

D. La Forma.

Respecto de la formalidad que debe revestir la constitucion de un fideicomiso, encontramos su regulación en el artículo 352 de la Ley General de Títulos y Operaciones de Crédito, que al efecto señala:

"Artículo 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 trasmisión de los derechos o a la trasmisión de la propiedad de las cosas que se den en fideicomiso."

En la primera parte del artículo en comento, se señala que el fideicomiso puede ser constituido por testamento, situación que como ya lo comentamos anteriormente,[109] consideramos que es un evento de imposible realización, ya que mediante un acto unilateral de voluntad como es el testamento, no es posible trasmitir la propiedad de los bienes o derechos en favor de un tercero, además de que no se puede saber si éste tercero en favor de quien se pretende hacer la trasmision aceptara la encomienda a realizar con dichos bienes. Por lo que reiteramos lo ya comentado en el sentido de que en estos casos, mas bien sera el albacea quién en ejecución de la voluntad del testador y como representante legal de la sucesión, celebrara el contrato de fideicomiso respectivo, por lo

---

[108] Galindo Garfias Ignacio, **Derecho Civil,** Editorial Porrúa, México, 1974, p 311

[109] Ver infra Capitulo IV , punto C p. 32

que a partir de esa fecha será cuando verdaderamente se constituya y surta sus efectos, pero no antes, ya que previo al fallecimiento del de cujus, los bienes podrán salir del patrimonio de éste último, dejando sin posibilidad la existencia del fideicomiso.

Por lo que se refiere a la constitución del fideicomiso por acto entre vivos, encontramos que el primer elemento a considerar es que el contrato debe ser escrito. Por tanto tenemos que el contrato de fideicomiso es un contrato formal, en oposición al consensual, ya que el consentimiento debe manifestarse por escrito, como un requisito de validez, de tal manera que si el consentimiento no se manifiesta en escritura pública o privada según sea el caso, el contrato estará afectado de nulidad. Lo anterior de acuerdo a lo conceptuado por el artículo 1833 del Código Civil federal, al disponer que cuando la Ley exija determinada forma para un contrato, mientras que éste no revista esa forma, no será válido, salvo disposición en contrario; pero si la voluntad de las partes para celebrarlo consta de manera fehaciente, cualquiera de ellas puede exigir que se dé al contrato la forma legal; con esto el legislador pretende darle a los contratantes seguridad y precisión en sus operaciones, así como una mayor posibilidad de análisis sobre el acto a celebrarse

Ahora bien, el contrato de fideicomiso como acto jurídico formal, debe ajustarse a los términos de la legislación común sobre la transmisión de los bienes o derechos que conformarán su materia, así los artículos 2316, 2317, 2321 del propio Código Civil federal, en concordancia con el artículo 78 de la Ley del Notariado del Distrito Federal, establecen que en tratándose de inmuebles no se requiere formalidad alguna para su enajenación, salvo que dicha enajenación, así como la constitución o transmision de derechos reales tengan un valor superior al salario mínimo diario en el Distrito Federal elevado al año, caso en el cual deberá otorgarse en escritura pública, ante fedatario publico autorizado para ello.

Por tanto los contratos de fideicomisos podrán celebrarse en escrito pr vado cuando se refieran a bienes muebles o derechos personales, incluidos el dinero en efectivo y los valores. Para la validez de un contrato privado cuando su objeto indirecto sean bienes inmuebles cuyo valor de avalúo no exceda de la cantidad mencionada en el parrafo anterior, bastará la firma del fideicomitente, del fiduciario y, en su caso del fideicomisario, estampada ante dos testigos y ratificadas sus firmas ante notario público, cuando así lo prevenga la ley.

Los casos de excepción en los que no importa el valor de los inmuebles para poder celebrar un acto jurídico en escrito privado los encontramos en el propio artículo 2117 cuando el acto sea celebrado por el Departamento del Distrito Federal para la constitucion de patrimonio de familia y en el articulo 42 de la Ley del Instituto del Fondo Nacional de la Vivienda para los Trabajadores, referente a los contratos u operaciones que celebre dicho Instituto, casos en los cuales no será necesario formalizar la transmision de la propiedad o derechos reales ante fedatario público

Es necesario destacar la importancia de la formalidad en el contrato de fideicomiso para lograr la plena validez del mismo, tanto ante las partes que intervienen, como frente a los terceros. El artículo 353 de la Ley cambiaria establece que el fideicomiso cuya materia este conformada por bienes inmuebles, surte sus efectos contra terceros a partir de la fecha de inscripción los bienes en el Registro Publico de la Propiedad en favor del fiduciario

Respecto de los bienes muebles y derechos, el ordenamiento legal citado, nos indica en su artículo 354 que los fideicomisos que integren su patrimonio con ellos, surtirán sus efectos contra terceros desde la fecha en que se cumplan los siguientes requisitos:

- Si se trata de un crédito no negociable o de un derecho personal, desde la fecha en que la celebración del fideicomiso fuere notificada al deudor.

- Si se trata 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.

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

En lo tocante a la formalidad para la transmisión de los bienes por parte del fiduciario, ya sea en ejecución total o parcial de los fines, consideramos que deberá seguir la misma formalidad que para la constitución del fideicomiso, no obstante que pudiera interpretarse el artículo 358 en el sentido de que para la reversión de los bienes inmuebles bastará que el fiduciario asiente tal circunstancia en el documento constitutivo y se inscriba en el Registro Público para que opere la reversión en favor del fideicomitente.