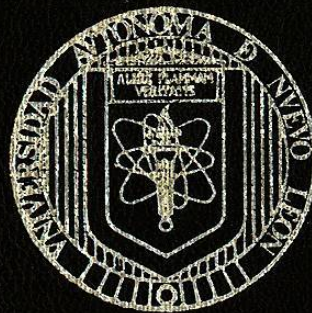


UNIVERSIDAD AUTONOMA DE NUEVO LEON

FACULTAD DE DERECHO Y CIENCIAS SOCIALES
DIVISION POSTGRADO



“LA PROPIEDAD FIDUCIARIA Y SU
REGLAMENTACION EN EL DERECHO
MEXICANO”

TESIS:

QUE PARA OBTENER EL GRADO DE
MAESTRIA EN DERECHO MERCANTIL

PRESENTA

LIC. MA. ENRIQUETA GARCIA FARFAN

ASESOR: MDM. BERTIN ZAVALA CARRANZA

SAN NICOLAS DE LOS GARZA, N. L. ENERO, 2003

TM
K1

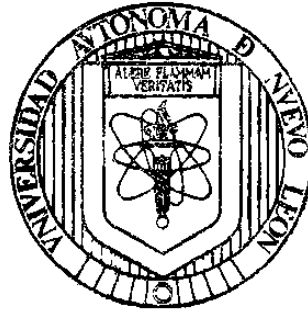
F D Y C S
2 0 0 3
. G 3 7 2



1020148567

UNIVERSIDAD AUTONOMA DE NUEVO LEON

FACULTAD DE DERECHO Y CIENCIAS SOCIALES
DIVISION POSTGRADO



“LA PROPIEDAD FIDUCIARIA Y SU
REGLAMENTACION EN EL DERECHO
MEXICANO”

TESIS:

QUE PARA OBTENER EL GRADO DE
MAESTRIA EN DERECHO MERCANTIL

PRESENTA
LIC. MA. ENRIQUETA GARCIA FARFAN

ASESOR: MDM. BERTIN ZAVALA CARRANZA

SAN NICOLAS DE LOS GARZA, N. L. ENERO, 2003

313117

TH
K.
FDyCS
2003
.653.



**FONDO
TESIS**

1.-Hipótesis

1.1. Considerando que en México la escasa legislación de la figura del fideicomiso ha sido encuadrada y limitada a treinta y cuatro artículos de la Ley General de Títulos y Operaciones de Crédito, falta (i) regular la propiedad fiduciaria o el dominio imperfecto que se gesta respecto de los bienes fideicomitados y (ii) dar respuesta a la sistematización e instrumentación de importantes aspectos de los fideicomisos.

1.2. Para asegurar el control administrativo, ejercer de manera más eficiente, transparente y sencilla la fiscalización pensada por los creadores del registro público, falta gestar una sección fiduciaria con subsecciones en la que se puedan organizar los diferentes tipos de fideicomisos.

Sin lo anterior, seguiríamos (i) consintiendo un tratamiento generalizado respecto de los bienes fideicomitados que sólo se justifica en la propiedad civil cuando el propietario sí puede gozar y disponer de la cosa de la manera más absoluta y (ii) propiciando la falta de control y administración de los diversos tipos de fideicomisos en el Registro Público por lo que mi propuesta la desarrollaré en mi trabajo de tesis que a continuación someto a su consideración.

2.- Introducción

2.1 . Del Fideicomiso en General

Es importante, previo al planteamiento de nuestra tesis, entendamos el concepto general y evolución de esta figura jurídica. En un intento por explicar el origen verdadero de su existencia en México, analizaremos su definición, desde el punto de vista etimológico y desde los significados que diversos estudiosos de la materia han aportado. Tal vez el parecido escritural con la figura romana y las funciones del *trust* que en los países del *common law*: Inglaterra y Estados Unidos prevalecen, nos permitan su justificación.

2.1.1. Raíz Etimológica

El término fideicomiso encuentra sus raíces etimológicas en las palabras latinas *fides* que significa *fe, confianza* y *commissus*, que equivale a *encargo, comisión, encomienda*.

Por lo tanto, asegura Raúl Rodríguez Ruíz, "el fideicomiso es, simple y sencillamente, UN ENCARGO, UNA COMISIÓN DE CONFIANZA".¹

2.1.2. Definición

Rodolfo Batiza, categóricamente asegura que "todavía no ha podido elaborarse, a pesar de su antigüedad, una definición que satisfaga en forma unánime. De tiempo en tiempo, expresa Powell, se han hecho esfuerzos para encerrar este nebuloso concepto dentro de límites precisos", no obstante cita como significado tradicional, conforme al derecho romano, la

¹ Raúl Rodríguez Ruíz, *El Fideicomiso*. Primera Edición. Ediciones Contables Administrativas. 1990. Página 34

herencia o parte de ella que el testador manda (mejor dicho, ruega) al heredero transmitir a otro".²

El diccionario de Legislación y Jurisprudencia Escriche, lo define de la siguiente manera :
"Todo lo que deja el testador a uno para que lo entregue a otro: o bien, la herencia o parte de ella que el testador ruega, encarga ó manda al heredero restituir a otro." ³

A dicho del autor Jorge A Domínguez Martínez, "la definición más generalizada del trust, aceptada por diversos autores e incorporada a sus opiniones doctrinales, es la que se encuentra en el Restatement of Trust... un *trust* es un estado de relación fiduciaria respecto a bienes, que sujeta a la persona por quien dichos bienes son poseídos, a deberes en Equidad al manejar dichos bienes para beneficio de otra persona, lo cual se origina como resultado de la manifestación de la intención de crearlo".⁴

Raúl Cervantes Ahumada, refiere como definición del trust "una obligación de equidad, por la cual una persona llamada "trustee" debe usar una propiedad sometida a su control (que es llamada "trust property"), para el beneficio de personas llamadas "cestui que trust"". Oscar Vázquez del Mercado, en su obra Contratos Mercantiles, conceptualiza al fideicomiso como "un encargo que se confía a la honradez y a la fe ajena".⁵

²Batiza Rodolfo. *Fideicomiso Teoría y Práctica* . Sexta Edición. Editorial Jus. 1990. Página 31

³ Diccionario de Legislación y Jurisprudencia Escrich. Cárdenas Editores y Distribuidores. 2ª Edición. Página 689

⁴ Jorge A Domínguez Martínez, *Teorías sobre la Naturaleza del Fideicomiso*.

⁵Vázquez del Mercado. *Contratos Mercantiles*. Tercera Edición. Editorial Porrúa. 1989. Página 467.

Para Rafael de Pina, el fideicomiso consiste en una Operación mercantil conforme a la cual una persona-física o moral, llamada fideicomitente, destina ciertos bienes a la realización de un fin lícito determinado, encomendando ésta a una institución de crédito. Es de observar que esta definición fue formulada con anterioridad a la reforma atravesada recientemente por la Ley de Títulos y Operaciones de Crédito, ya que no prevé la posibilidad de actuar como fiduciarias, en fideicomisos de garantía, a las Instituciones de Seguros, Instituciones de Fianzas, Sociedades Financieras de Objeto Limitado y a los Almacenes Generales de Depósito según lo establece el artículo 399 vigente.

Otra definición interesante, la encontramos en la derogada Ley de Bancos de Fideicomiso de 1926, en su artículo 6º, en donde apreciamos un esfuerzo del legislador por ubicar este contrato atípico al considerarlo como un mandato irrevocable en el que el mandatario recibe determinados bienes para disponer de ellos o de sus productos según la voluntad del que los entrega, a beneficio de un tercero. A gusto de muchos doctrinarios, se encuentra en el mandato la verdadera naturaleza del fideicomiso. No obstante, como en su oportunidad lo abordaremos en este estudio, no compartimos esa opinión.

En la actualidad, nuestra Ley General de Títulos y Operaciones de Crédito en su artículo 346, omite la calidad de mandato, definiéndolo en los siguientes términos :

En virtud del fideicomiso, el fideicomitente destina ciertos bienes a un fin lícito determinado, encomendando la realización de ese fin a una institución fiduciaria" agregando en su artículo 347, "que el fideicomiso será válido aunque se constituya sin señalar fideicomisario.

Es por las anteriores consideraciones que, (i) hubicamos como origen del fideicomiso, la necesidad de confianza y buena fe para que un tercero, quien no recibe el beneficio directo de los bienes tutelados, pueda llevar al cabo la voluntad de quien le deposita su confianza. (ii) deducimos al fideicomiso como un acuerdo de voluntades que consta por escrito, conforme al cual, una persona denominada fideicomitente destina uno o varios bienes a uno o diversos fines lícitos determinados, en beneficio de una persona llamada fideicomisario, encomendando la realización de sus fines a una institución autorizada a la que se denominará la fiduciaria. Razonando la definición expuesta tenemos que el fideicomiso :

- implica el desprendimiento y afectación de un bien patrimonial para la realización de un fin;
- deduce una transmisión real de los bienes afectados;
- el o los fines deben ser lícitos y determinados;
- la realización del fin queda a cargo de quien asume la custodia de los bienes;
- la obtención de tal fin podrá o no tener un destinatario específico, que en la materia se llama fideicomisario.

2.1.3. Características

2.1.3.1. Consensual

Se trata de un contrato consensual, es decir, queda concluido para producir sus efectos propios desde las partes hubiesen recíprocamente manifestado su consentimiento.

2.1.3.2. Oneroso

El contrato será oneroso si se estipula una retribución para el fiduciario por la ejecución de los encargos encomendados.

2.1.3.3. Bilateral

Se trata de un negocio bilateral, pues su consumación depende del consentimiento que a su debido tiempo debe dar cada una de las partes, y porque su característica esencial es la de producir derechos y obligaciones recíprocos, lo que lo hace sinalagmático.

2.1.3.4. Unitario

Se trata de un solo acto jurídico, aunque determine complejas modificaciones en la relación jurídica. Además, tiene una causa propia, la “causa fiduciae”

2.1.3.5. Formal

Teniendo en cuenta que “el contrato debe contener” determinadas indicaciones en lo que concierne a los bienes, a su duración, y a los derechos y obligaciones de las partes, cabe deducir que debe celebrarse por escrito, quedando descartada la forma oral, además, deben cumplirse los requisitos formales correspondientes a la naturaleza de los bienes transmitidos. Así, se trata de inmuebles, el contrato deberá ser otorgado por escritura pública, mientras que si el objeto lo constituyen créditos, basta con el instrumento escrito. Asimismo, cuando se trate de cosas registrables –v. gr., inmuebles, automotores- se deberá inscribir la transmisión fiduciaria en el registro correspondiente a nombre del fiduciario, a los efectos de su oponibilidad a los terceros interesados de buena fe.

2.1.4. Antecedentes Históricos

Es difícil situar el país de gestación del fideicomiso mexicano. La doctrina no es coincidente al respecto. Encontramos de manera fundamental, rasgos en él de figuras jurídicas que tuvieron su uso en la antigüedad tanto en la cultura romana como la anglosajona.

2.1.4.1. En Roma

Raúl Rodríguez Ruiz, cita una Ponencia del Lic José Luis de la Peza "El Fideicomiso en México; antecedentes, desarrollo y proyección" quien establece que "El Fideicomiso, en su esencia, se originó en el derecho Romano; pero que desgraciadamente sucedió, sus seguidores durante la Edad Media, lo pervirtieron y lo hicieron odioso, en tanto que en Inglaterra, habiendo pasado por vicisitudes parecidas, se encontraron más soluciones buenas que malas; se dieron aplicaciones que resultaron útiles en el manejo del patrimonio como instrumentos excelentes en el desarrollo económico y cuando se manifiesta ante todo el mundo su bondad, donde está operando bien es en el sistema anglosajón y naturalmente, hacia allá volteamos la cara para tomarlo. . . pero. . . el fideicomiso en México cada día se parece menos al trust anglosajón, cada día es más mexicano y no cabe duda que en la actualidad forma parte muy importante de nuestro acervo jurídico."⁶

Horacio Sánchez Sodi, ubica el origen del fideicomiso en el derecho romano, considerando egoístamente al fideicomiso testamentario, al cifrar esta figura a partir de la intención del

testador para imponer su voluntad más allá de su vida y sobreponerse a las restricciones que la legislación de la época imponía para testar, toda vez que el lugar impedía que los testamentos se realizaran conforme a las leyes romanas, precisando hacer una encomienda a su heredero para que entregara a una persona designada por él parte de los bienes o la totalidad de éstos. Si exclusivamente existiera el fideicomiso testamentario, tal vez aplicaría su razonamiento. No obstante, de su aseveración se desprende un hecho que es innegable : el fideicomiso, como figura versátil y escasamente reglamentada, desde siempre ha sido optado para documentar voluntades que bajo alguna otra figura jurídica, no serían posibles o bien desencadenarían efectos que quedan “ocultos” en su mar de posibilidades.

Para explicar lo anterior, revisemos los significados que los romanos daban a las figuras *fiducia* y *fideicommissum*. Para algunos, como José Manuel Villagordoa Lozano, el término *fideicommissum* era conceptualizado como una súplica, por medio de la cual el testador encomendaba a la buena fe de la persona a quien se dirigía el encargo de entregar a otro la herencia o parte de ella, sin que existiere sanción judicial o legal para hacerlo efectivo; para otros como Rodolfo Batiza, en su obra *El Fideicomiso Teoría y Práctica*, el *Fideicommissum* consistía en evadir las restricciones existentes en la institución del heredero (incapacidad legal para recibir por testamento de extranjeros, libertos, personas inciertas), mediante la súplica que se hacía al heredero (fiduciario) de efectuar una prestación a favor de un tercero incapacitado (fideicomisario). Durante la República los fideicomisos representaban tan sólo obligaciones de carácter moral, no obstante en la época de Augusto su cumplimiento se hizo efectivo bajo la autoridad consular. Posteriormente fueron reconocidos y tutelados por el orden jurídico y a cargo de un pretor especial.

⁶ Ob Cit. Página 33

Raúl Rodríguez Ruíz, coincide al ver el *fideicommissum* como respuesta a una necesidad para que aquellos incapacitados, los no casados y los casados sin hijos, pudieran heredar sobreponiéndose a la fuerte limitación de la Ley Romana.

Por otra parte tenemos a la figura romana de *fiducia*, aquella *mancipacio*, forma solemne de transmitir la propiedad, hecha con la obligación de *accipiens* quien la recibía de remancipar. En otros términos, la fiducia romana consistió en una *mancipacio*, forma solemne de transmitir la propiedad, o en una *jure cessio*, que se acompañaba de una *pactum o fiduciae*, mediante la cual el *accipiens*, quien recibía la propiedad del bien transmitido, se obligaba a su vez frente al *tradens*, de transmitirlo después de que se realizaran determinados fines, al propio *tradens* o a una tercera persona.

El autor Raúl Rodríguez Ruíz, visualiza a la *fiducia* como el antecedente inmediato del Fideicomiso, tal vez comparándola con el fideicomiso de garantía, pues implicaba garantizar el cumplimiento de una obligación o el pago de un crédito mediante una relación (deudor-acreedor) establecida de buena fe, conservando el adquirente del patrimonio, la facultad de custodiar o de usar los bienes objeto o materia de la operación, y al fin devolverlos a su dueño original.

Respecto a si son o no el origen de nuestro fideicomiso, podemos consentir parcialmente si le comparamos con los fideicomisos mexicanos testamentarios y los de garantía. Los testamentarios, en semejanza con el *Fideicommissum* sujetan sus efectos a la muerte del fideicomitente y a las formas establecidas por el derecho común para los testamentos; los

fideicomisos de garantía, en similitud a la *fiducia*, se transmiten al fiduciario la titularidad de ciertos bienes o derechos para asegurar el cumplimiento de una obligación que está a cargo del fideicomitente. No obstante, la versatilidad de la figura de fideicomiso mexicano y por ende las diversas clases de fideicomiso no comprendidas en el *Fideicommissum* y la *Fiducia*, consideramos que no es aceptable, por ningún motivo, concentrar el origen de nuestro fideicomiso en el derecho romano.

2.1.4.2. En Inglaterra

Jorge Domínguez Martínez, trata al *Trust* anglosajón, como el antecedente directo del fideicomiso mexicano, ya que asegura que la verdadera acepción jurídica del *trust* implica el derecho de dominio de bienes muebles e inmuebles que una persona tiene en favor de otra.

A su vez, el *trust* tiene su origen en otra figura jurídica inglesa usada durante la Edad Media a la cual se conocía bajo el nombre de *Use*. La necesidad de evitar confiscaciones durante las guerras o bien la posibilidad de gozar o poseer bienes raíces, evadiendo prohibiciones, dio lugar en Inglaterra, a recurrir a la transmisión directa a una persona de confianza, con la que no se arriesgara el patrimonio y se conservara el provecho del mismo de las personas a quienes se deseaba beneficiar.

2.1.4.2.1 Del *Use*

Dolores Vega Corona, en su publicación *Breve esbozo del trust anglosajón*, explica al *Use* "consistía fundamentalmente en que una persona (*settlor*) propietario de una tierra, traspasara a otra (*feoffe to use*) el dominio de ella, con el entendimiento entre las partes de que aún cuando el cesionario sería el dueño legítimo de la cosa, una tercera persona (*cestui que use*) tendría derecho de gozar y disfrutar de todos los beneficios y prerrogativas de verdadero

propietario respecto de dicho bien. El cesionario (*feoffe*) recibía la plena propiedad de la cosa pero no para que la aprovechara en su propio beneficio sino con el encargo, confiando en su buena fe, de que poseyera para uso exclusivo el *cestui que use*, que podía ser el mismo settlor".⁷

Carlos Felipe Dávalos Mejía, en su obra *Títulos y Operaciones de Crédito*, establece que "Según los *Uses*, un individuo no podía pasar a sus herederos la propiedad de la tierra; luego para legarla debía primero transmitirla *inter vivos* a un tercero sólo para su uso, y a su muerte ese uso se transmitía al presunto heredero; la propiedad quedaba, en estado perpetuo, en el propietario original".

Raúl Cervantes Ahumada, en su obra *Títulos y Operaciones de Crédito*, establece claramente al *Trust* como un derivado los antiguos *Uses* que se prestaban a ocultaciones y fraudes; siendo tal su eficacia que en Estados Unidos se extendió su aplicación a la actividad bancaria. Esta comercialización del *trust* distingue principalmente al *trust* inglés del norteamericano, siendo que en Inglaterra se conserva "casero", en Estados Unidos se profesionaliza la actividad fijando una compensación por dichos servicios.

Es notable que el *use* se asemeja a la figura romana de la *fiducia*, sólo que a diferencia de ésta, en el *use* no se evidenciaba una intención de transmitir el bien, meramente establecer un uso legal que otrora sería imposible para el incapacitado.

2.1.4.2.2 Épocas de desarrollo del *Trust*

⁷ Vega Corona, Dolores. Breve esbozo del *Trust* anglosajón, en *Revista de Derecho y Legislación*. 1963. Página 131

Seis épocas detectamos entre la aparición del *Use* y la plena integración del *trust*, mismas que pretendemos ilustrar en la siguiente tabla:

Época	Forma de Manifestación	Observaciones
Siglo XIII	Transmisiones de tierras "para el uso" a frailes incapacitados por ley para tener en propiedad bienes	<i>Tenían "el uso" aunque no la propiedad</i>
Siglo XV	Ya generalizada la aceptación del <i>Uso</i> , se aplicó en las cruzadas que partían a Tierra Santa y para eludir represalias políticas.	<i>Al tratarse de obligaciones morales cuyo cumplimiento quedaba a la buena fe del prestanombre o feoffee, el Parlamento legisló para impedir propósitos contrarios al orden público</i>
Siglo XV a Promulgación de la Ley de Usos	Intervención del Canciller para obligar a los feoffees cumplir sus obligaciones morales. Los usos eran utilizados para hacer nugatorios los privilegios feudales; aparecen como forma de transmisión testamentaria de bienes inmuebles	<i>El empleo de los usos tendía en general a eludir la aplicación de las normas del common law</i>
Siglo XV a Fines del Siglo XVII	Enrique VIII instigó la supresión de los <i>Usos</i> por ser un fácil expediente en fraude de acreedores y que las ventajas de unas personas se traducían en perjuicios de otras. Ordenó que cuando una persona estuviera en posesión dominical para el uso, trust o confianza de varias personas de alguna entidad política, a ellas correspondería en su integridad el derecho a los bienes, cesando la posesión dominical existente sobre los mismos.	<i>La solución de la ley: no decretó la ilegalidad de los usos ni privó al cestui que use de su derecho de equidad, sino que adjudicó a su favor el título legal del bien puesto en uso.</i>
De Fines del Siglo XVII a la Época Contemporánea	Los acontecimientos posteriores a la Ley de Usos no eliminó las prácticas abusivas, todavía era posible el desdoblamiento entre el derecho legal y el del beneficiario, adicional al auge de riqueza mobiliaria obligaron al canciller a dar efectos jurídicos a negocios semejantes a los antiguos usos, a los que más tarde se conoció como trusts.	<i>Los usos cesaron de ser intereses de equidad bajo la jurisdicción de la Cancillería, convirtiéndose en intereses legales, sujetos a tribunales del common law</i>
Al llegar el Siglo XIX	La rama jurídica del Trusts había alcanzado su madurez completa, y quedarían sólo por solucionar aspectos de detalle.	<i>El cambio de mayor importancia tiene lugar en el suministro de servicios técnicos especializados, con la aparición del trustee.</i>

2.1.4.3. En México

2.1.4.3.1. Origen

A criterio del autor Horacio Sánchez Sodi, quien en su obra *El Fideicomiso en México* sostiene que "el fideicomiso mexicano deriva de una especie de adaptación del trust anglosajón"⁸.

El autor Raúl Cervantes Ahumada expone en su obra *Títulos y Operaciones de Crédito* que "Los grandes éxitos de los bancos fiduciarios norteamericanos, y la inversión de capital norteamericano en México, proyectaron sobre nuestro país la institución del *trust*".⁹

Sergio Monserrat Ortiz Soltero, en su obra *El Fideicomiso* lo percibe importado del derecho anglosajón para perfeccionar el sistema bancario mexicano para que desde un contexto legal las operaciones financieras y comerciales se hicieran sin las trabas del derecho tradicional.

Carlos Felipe Dávalos Mejía atribuye como primer esbozo fiduciario en Inglaterra. En opinión del maestro Batiza, la primera autorización para operar un fideicomiso en México se dio respecto de un "Trust Deed" (transmisión de propiedades de inmuebles). El término Trust Deed tiene dos acepciones: (i) en el sentido lato, es el documento en el cual se crea un fideicomiso cualquiera; (ii) en el sentido estricto, se entiende que el fideicomiso de garantía, en general hipotecaria, en el cual el bien se transmite a varios fiduciarios y no sólo a uno.

⁸ Sánchez Sodi Horacio. *El Fideicomiso en México*. Greca Editores. Primera Edición. 1996. Página 12

⁹ Cervantes Ahumada. *Títulos y Operaciones de Crédito*. Editorial Herrero, S.A. Décimo Tercera Edición. P. 288

Durante el siglo anterior y el que corre, el fideicomiso ha hecho presencia en nuestra práctica y en nuestros sistemas bancarios de una u otra forma. De manera enfática, compartimos la postura del Doctor Bruno Oppetit quien sostenía que el fideicomiso se origina en la necesidad y no en un país.

Para nuestro gusto, respecto de los fideicomisos de garantía y los testamentarios es aceptable un origen romano no sólo del fideicomiso mexicano, sino del trust inglés y norteamericano; no obstante, es de suponer que la cercanía geográfica así como la interacción comercial con nuestro país vecino, justifican que la figura de fideicomiso arraigada en México, respecto de las demás clases, adopte tintes de mayor semejanza con el trust norteamericano.

2.1.4.3.2. Antecedentes Legislativos del Fideicomiso en México

Así, no obstante que un Trust Deed se otorgó en Estados Unidos de América, produjo efectos en el derecho mexicano y fue el instrumento con el que se garantizó la emisión de bonos, cuya captación se dedicó para financiar la compra de ferrocarriles y vías férreas (febrero de 1908). Antes en 1905, se había enviado a la cámara una iniciativa de ley, en virtud de la cual se podrían constituir instituciones comerciales encargadas de desempeñar la función de agentes fiduciarios, que nunca se llegó a discutir.

En la Convención Bancaria de 1924 se propuso la reglamentación de cierto tipo de compañías bancarias que tendría como objeto el fungir como fiduciarias, no obstante, la doctrina coincide

en que la figura del fideicomiso fue incorporada por primera vez al sistema legal mexicano en la ley bancaria del 16 de enero de 1925.

Al respecto Sergio Monserrat Ortíz Soltero asevera que "sin reglamentarlos, a los Bancos de Fideicomiso con facultades para administrar capitales e intervenir como representante común de obligacionistas y tenedores de bonos hipotecarios, disposición que contempla la necesidad de expedir una . . . la *Ley de Bancos de Fideicomiso* que constituye el punto de lanzamiento de esta importante institución jurídica".¹⁰

En un articulado de 86 preceptos la *Ley de Bancos de Fideicomiso*, de Junio de 1926, organiza por primera vez de forma modular el fideicomiso en nuestro país. Este ordenamiento le dio expresamente el carácter de mandato irrevocable. Pero su existencia fue efímera, porque en noviembre de 1926 fue abrogada con la entrada en vigor de la *Ley General de Instituciones de Crédito y Establecimientos Bancarios*.

El 27 de agosto de 1932, se publicó en el Diario Oficial la Ley General de Títulos y Operaciones de Crédito y entró en vigor el 15 de septiembre del mismo año. Esta ley fue la primera que reguló el fideicomiso en forma integral y sustantiva no sólo en México, sino en todo el mundo, porque Uniform Trusts Act se había de publicar todavía cinco años después de 1937.

La Ley General de Instituciones de Crédito y Organizaciones Auxiliares del 3 de mayo de 1941, fue el ordenamiento encargado de organizar el funcionamiento de los principales sujetos

activos del fideicomiso, las instituciones fiduciarias, por más de 40 años, hasta 1982. Por su carácter de leyes enunciativas y no integrales, las LRSPBC (Ley Reglamentaria del Servicio Público de Banca y Crédito) de 1983 y de 1985 y la LIC (Ley de Instituciones de Crédito) de 1990, no modificaron la estructura sustantiva del fideicomiso, sino que lo consideraron como una actividad permitida para los bancos y su organización material descansa supletoriamente en la LGTOC (Ley General de Títulos y Operaciones de Crédito).

A partir del 23 de mayo de 2000, el capítulo V de la LGTOC se modificó integrándose por treinta y cuatro artículos- del 381 al 414-que regulan la institución jurídica del fideicomiso. Anteriormente se integraba por catorce artículos-del 346 al 369 que regulaban en forma substancial el fideicomiso. De hecho, el texto de estos permaneció inalterado; no obstante se modificó su numeración en virtud de las adiciones que se hicieron con esa fecha al capítulo IV relativo a la prenda y agregando, a su vez, en el capítulo V, veinte artículos relacionados todos ellos con el fideicomiso de garantía.

2.1.4.3.3. Épocas de Desarrollo del Fideicomiso en México

Es notable que no se han registrado las reformas que la evolución del fideicomiso exige en nuestro país. En 68 años, escasamente tres modificaciones ha atravesado la Ley General de Títulos y Operaciones de Crédito- dejando sin respuesta la sistematización e instrumentación de importantes aspectos de los fideicomisos. Las reformas que se han vivido no se han dirigido a excluirlo de la citada legislación que, para nuestro punto de vista, erróneamente lo encuadra como operación de crédito. Veamos pues, de manera gráfica, las seis épocas que identificamos

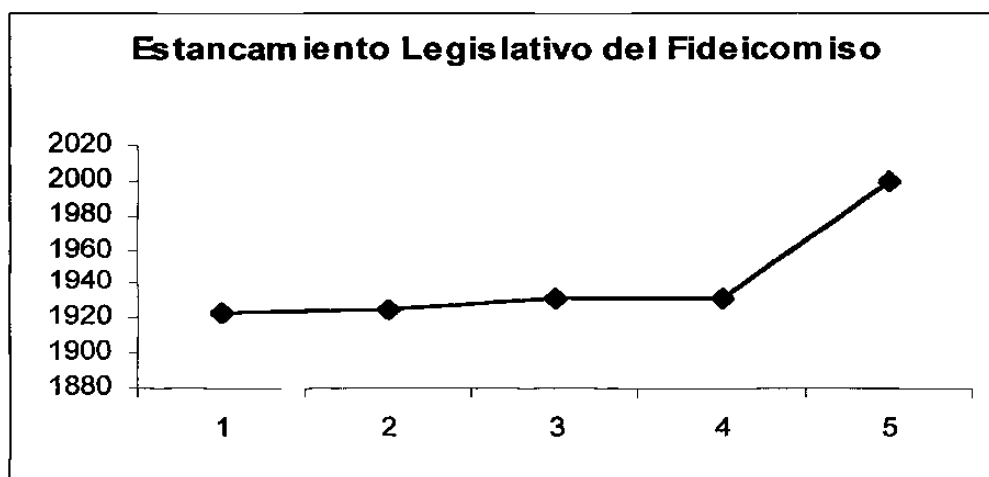
¹⁰ Ortiz Soltero, Sergio Monsefrat. El Fideicomiso Mexicano. Editorial Porrúa. 2ª Edición. Página

entre lo que para algunos es la adopción del *Trust* y el fideicomiso que actualmente se practica en México:

Año	Ley	Manifestación
1924	Ley General De Instituciones De Crédito Y Establecimientos Bancarios	Dispuso ordenamiento especial para bancos de fideicomiso, estableciendo como actividades principales: administración de capitales y representación común de subscriptores o tenedores de bonos
1926	Ley de Bancos de Fideicomisos	Distingue las operaciones del fideicomiso de las otras bancarias, define la naturaleza jurídica del fideicomiso como un mandato. Objetivo, su legalización y permitir que las operaciones financieras y comerciales fueran sin trabas del derecho tradicional
1932	Ley de Instituciones de crédito	Debido a que la ley de bancos de fideicomiso no preciso carácter sustantivo dejando vaguedad de motivos, intención (i) Precisar la naturaleza jurídica del fideicomiso al señalar que es una afectación patrimonial a un fin cuya gestión se confía a un fiduciario debiendo ser materia de la ley de títulos y operaciones de créditos, (ii) Eliminar el concepto de mandato
1932	Ley General de Títulos y Operaciones de crédito	Define el contenido y efectos de la institución jurídica del fideicomiso objetivo. Adecúa a nuestra tradición romanista una institución jurídica importada del derecho anglosajón adopta la teoría del patrimonio afectación
1941	Ley General de Instituciones de Crédito y Organizaciones Auxiliares	Organiza el funcionamiento de los principales sujetos activos del fideicomiso, las instituciones fiduciarias.
2000	Ley General de Títulos y Operaciones de Crédito	Adiciones al título segundo capítulo V creando el fideicomiso de garantía admitiendo una transmisión a la institución fiduciaria respecto propiedad de ciertos bienes para garantizar cumplimiento de obligaciones

Desde una perspectiva general notamos un lamentable retroceso legislativo que no hace sino mostrar la falta de dedicación y atención a esta importante figura mercantil por parte de los diferentes cuerpos legisladores. De disponer con una ley especial a la introducción de su uso en México, hemos parado en situar su regulación en un capítulo de una Ley que regula

operaciones de crédito. Es demostrable que no se le ha dado la importancia que merece dado la creciente demanda de operaciones mercantiles que encuentran refugio en el fideicomiso para “perderser” en la falta de regulación.



2.1.5. Naturaleza Jurídica

Existen muchas consideraciones respecto a la naturaleza jurídica del fideicomiso : acto unilateral, acto jurídico bilateral y sinalagmático, mandato irrevocable, contrato, patrimonio de afectación o bien, negocio fiduciario. Nuestra legislación, específicamente la Ley General de Títulos y Operaciones de Crédito, lo adopta como una operación de crédito, tal vez sólo por conveniencia de acomodar esta institución extranjera.

El maestro Jorge Barrera Graff sostiene que el fideicomiso es un negocio fiduciario; primero, porque ha sido acogido expresamente de manera típica por la legislación mexicana, y en segundo porque a través de él se atribuye a alguien un derecho patrimonial en interés de otro y a nombre propio; del mismo modo afirma que de no ser aceptada la explicación del negocio fiduciario tendríamos que admitir que el fideicomiso es un negocio "sui generis", sin

conducirnos a ningún lado, ya que es la forma de adecuar una figura jurídica extranjera al derecho mexicano, y en el que no es posible un desdoblamiento de la propiedad que desconcentraría la unicidad indispensable de la propiedad. Por el contrario, afirma Graf, que el patrimonio afectado en el negocio fiduciario es precisamente eso : un patrimonio autónomo o de afectación. Sostiene enfáticamente, que a pesar de ser un negocio en esencia traslativo, tiene correlativamente la obligación para el fiduciario, de resumir la amplitud de sus derechos sólo a los necesarios para cumplir con el fin señalado por el fiduciante, para lo cual dispone de una mayor o menor potestad de abuso sobre los bienes afectados a él.

En el mismo sentido se postula Osvaldo H Soler, al definirlo como negocio en el que una persona transmite la propiedad de ciertos bienes para cumplir un fin determinado para dotar de mayor seguridad a un determinado negocio.

Visto lo anterior, consideramos prudente analizar aquellas teorías identificadas en la doctrina, que a nuestro modesto parecer, encontramos sustentables para generar una nueva postura.

2.1.5.1 Teoría del Mandato Irrevocable

Tal vez esta teoría tenga como base la definición que la Ley de Bancos de Fideicomisos desde 1926 establecía :

Artículo 6°.- El fideicomiso propiamente dicho es un mandato irrevocable en virtud del cual se entregan al Banco, con el carácter de fiduciario, determinados bienes para que

disponga de ellos o de sus frutos, según la voluntad del que los entrega, llamado fideicomitente, a beneficio de un tercero, llamado fideicomisario o beneficiario.

No obstante, aunque el mandatario se encuentra en una relación fiduciaria frente al mandante, del mismo modo en que el fideicomitente lo está hacia fideicomisarios, una y otras relaciones difieren entre sí. La historia del derecho medieval inglés revela que el mandato en su origen, con dificultad se distinguía de lo que vino a ser el uso y después el trust. En el siglo XIII se empleaba la misma expresión *ad opus* para caracterizar las relaciones que en la actualidad corresponden al trust y al mandato, y que a través de una evolución gradual llegaron a diferenciarse, analicemos el siguiente cuadro de semejanzas:

Mandato	Fideicomiso
El mandatario actúa para el mandante, en su representación y sujeto a sus instrucciones	La fiduciaria no lo está sujeta a las instrucciones del fideicomitente sino a los fines propios del fideicomiso.
El mandatario carece de título sobre los bienes del mandante, aún cuando pueda estar facultado para enajenar	La fiduciaria tiene el título legal de los bienes en trust
Si el mandatario procede dentro de los límites de su encargo, obliga al mandante contractual y extracontractualmente	La fiduciaria no origina tal consecuencia
Las diversas obligaciones impuestas a los propietarios de bienes recaen en el mandante no en el mandatario	Las diversas obligaciones son impuestas a la fiduciaria no al beneficiario
La relación emanada del mandato termina a voluntad de las partes o por la muerte de cualquiera de ellas, salvo en el caso de la "facultad unida a un derecho	la relación resultante del fideicomiso, al contrario, no se extingue por voluntad del fideicomitente, del fideicomisario o de la fiduciaria, ni por la muerte de cualquiera de ellos, a menos que así lo disponga el instrumento

Revisando las disimilitudes encontradas, podríamos decir que, si bien es cierto que existe la encomienda de realizar algo, también lo es que en el mandato, bajo ningún concepto existe la titularidad de los bienes. Conforme a lo anterior, resulta inválido seguir sustentando la

posición doctrinal influenciada, tal vez por la Ley de Bancos de Fideicomisos de 1926, que determinaba que el fideicomiso era un mandato.

2.1.5.2. Teorías del Contrato y del Negocio Fiduciario

Existen opiniones muy diversas en la doctrina que pretenden situar como naturaleza jurídica del Fideicomiso ya como contrato, o bien como negocio fiduciario.

Batiza expone, defendiendo la teoría de que el fideicomiso es un contrato, que : "No es posible negar que el concepto legal del fideicomiso mexicano se inspira en lo esencial en la idea del patrimonio de afectación a un fin propuesto por Lepaulle (. . .) sin embargo, el concepto de afectación patrimonial es insuficiente, por si mismo, para determinar la naturaleza jurídica del fideicomiso. Lo mismo puede decirse de otras elaboraciones doctrinarias, como la del negocio fiduciario. Más que en construcciones de doctrina, el fideicomiso debe encuadrarse dentro de las categorías del derecho positivo. La lectura de la ley sustantiva revela claramente que la constitución del fideicomiso resulta en un vínculo, en una relación legal que liga a las partes entre sí y de la cual derivan deberes y derechos recíprocos. Jurídicamente, el fideicomiso es una obligación."¹¹

El Licenciado Dávalos Mejía asevera que "Los actos no son papeles, cosas o hipótesis, sino conductas humanas. Y el acto jurídico es la conducta que está impregnada de la voluntad del

¹¹ Batiza Rodolfo. Principios Básicos del Fideicomiso y de la Administración Fiduciaria. Editorial Porrúa. 1985. Página 39

actor en su totalidad. Desea realizar el acto y, por ende, quiere que sus consecuencias se actualicen." ¹²

Ahora bien, hemos de definir el concepto "Negocio Jurídico", para lo cual la doctrina nos brinda interesantes contribuciones. Barrera Graf lo entiende como un negocio conforme al cual una persona transmite plenamente a otra ciertos bienes o derechos, afectos a la realización de una finalidad lícita y determinada y, por lo tanto, existiendo la consigna de retransmitir dichos bienes o derechos a favor de un tercero o a revertirlos en favor del que transmite.

Villagorda Lozano sustenta que "el negocio fiduciario es un hecho jurídico, que debe catalogarse en la categoría de los actos libres, en los cuales se manifiesta la plena autonomía del sujeto." ¹³

Betti, define al negocio jurídico como "el acto con el cual el individuo regula por sí los intereses propios, en las relaciones con otros (acto de autonomía privada) y al que el Derecho enlaza los efectos más conformes a la función económica-social que caracteriza su tipo (típica en este sentido)". ¹⁴

De Gasperi por su parte, concibe por la noción de negocio jurídico "una declaración de voluntad o complejo de declaraciones de voluntad encaminadas a la producción de determinados efectos jurídicos que el ordenamiento reconoce y garantiza". ¹⁵

¹² Davalos Mejía Carlos Felipe. Oxford University Press México. 2002. Pp533

¹³ Villagordoa Lozano, José Manuel. Doctrina General del Fideicomiso. Editorial Porrúa. 1982. Página 53

¹⁴ Betti, Emilio, Teoría General del Negocio Jurídico. Editorial Revista de Derecho Privado. Página 51

Por nuestra parte coincidimos en un híbrido, ya que efectivamente existe un mandato girado a la fiduciaria, el cual se documenta en una contrato que delimita los derechos y obligaciones de las partes, generándose una afectación del dominio de las cosas o derechos que entregan a la fiduciaria.

También es cierto que se gesta el negocio fiduciario porque se constituye mediante formalidades contractuales originadas en la obligatoriamente coincidente manifestación de voluntad que emitan y hagan concordantes fideicomitente y fiduciario, respecto de la transmisión real en nombre propio, aunque para un destino limitante de las facultades del nuevo titular; pero los interpretes judiciales y privados requieren darle un nombre legal y no doctrinal al asunto, que debe ser el nombre de contrato.

Finalmente puntualizamos que la Teoría del Contrato queda subsumida en la Teoría del Negocio Fiduciario; es decir al tratarse de un negocio, presume un acuerdo de voluntades que desencadenará consecuencias jurídicas. Que si bien es cierto sus fines son predecibles, en muchos otros contratos también lo son, sin que por ello se justifique llamarlos "negocio". Consideramos que la insuficiencia de la legislación para reglamentar esta variante contractual, ha dado pie a estas confusiones doctrinales, perdiendo de vista situar lo que para nuestro gusto es el "fondo" de la naturaleza, es decir como verdadera naturaleza del fideicomiso la creación de un patrimonio con un dueño especial, quien tendrá la consigna de tutelarlos, y al cumplimiento de los fines, transmitirlos a un tercero o retransmitirlos a quien se lo transmitió .

¹⁵ De Gasperi, Luis. Tratado de Derecho Civil. Editorial Rea. 1964. Página 17.

2.1.5.3. Teoría del Patrimonio de Afectación

Sitúa su origen en el francés Pierre Lepaulle quien a dicho de Villagordoa, " al buscar...la fuerza en cada caso especial de *trust* fija y organiza los derechos y obligaciones de cada parte, inicia su estudio con la idea de la intención del creador del trust, el *settlor*, que desecha de inmediato porque encuentra numerosos casos en los cuales no existe un *settlor*, sino que son impuestos los trusts por disposición expresa de la ley, como ocurre con numerosos *resulting trusts* y todos los *constructive trusts*. Continúa este autor su trayectoria recordando que para que exista un *trust* basta que haya bienes afectos al mismo y además una afectación prevista. El único ser esencial para el funcionamiento del *trust* es el *trustee*, cuyos derechos y obligaciones varían en función de una sola cosa que es fundamental y siempre idéntica: la función que debe realizar.. . Para que haya trust, se necesita una res, es decir, bienes y afectación prevista para los mismos; nada más es indispensable para la existencia jurídica del *trust*; el *trustee*, solamente es el medio de realizar prácticamente esa afectación. . . Puede no haber *settlor* ni *cestui* que trust que constituyan una persona física o moral, pero debe haber trustee. La teoría del trust se opone a la concepción de la propiedad individual por su carácter social y por lo mismo se opone a las teorías individualistas del derecho subjetivo."¹⁶

Pierre Lepaulle en su artículo "La Naturaleza del Trust" publicado en México por la Revista General de Derecho y Jurisprudencia, dirigida por Alberto Vázquez del Mercado sostiene que la idea del patrimonio de afectación es fundamental, tomando en cuenta que en ese patrimonio, que ya no pertenece al fideicomitente, pero tampoco pertenece al fiduciario ni al fideicomisario, radica toda la institución.

Rodolfo Batiza asegura que “no es posible negar que el concepto legal del fideicomiso mexicano se inspira en lo esencial en la idea del patrimonio de afectación a un fin, propuesta por Lepaulle, con la mutilación del efecto traslativo de dominio . . . Sin embargo, el concepto de afectación patrimonial es insuficiente, por sí mismo, para determinar la naturaleza del fideicomiso. . . Jurídicamente el fideicomiso es una obligación”.¹⁷

2.1.5.3.1 De la Propiedad Civil

A juicio de Ortiz Soltero quien coincide con Villagordoa, para entender la teoría del patrimonio de afectación, es indispensable partir de la noción de propiedad considerada en su sentido más amplio, como facultad de usar y disponer de los bienes. Por lo anterior, es menester revisar lo que nuestro Código Civil Federal establece respecto de la propiedad civil, encontramos en el artículo 830,

ARTÍCULO 830. El propietario de una cosa puede gozar y disponer de ella con las limitaciones y modalidades que fijen las leyes.

Es notable que nuestra ley no define de manera directa a la propiedad, se concreta a señalar las facultades y atributos del propietario: gozar y disponer de la cosa con limitaciones y modalidades que marca la ley. Este señalamiento sigue la doctrina francesa en donde se define a la propiedad como el derecho de gozar y disponer de las cosas de la manera más absoluta,

¹⁶ Op Cit, p 91

¹⁷ Op Cit, p. 39

siempre y cuando su uso no sea contrario a las leyes o reglamentos. Contiene en forma implícita los tres elementos que desde el derecho romano se han atribuido a la propiedad : *jus utendi, fruendi, abutendi*.

Explorando un poco los significados de los conceptos *jus utendi, fruendi y abutendi*, se comprenden los derechos reales para usar, disfrutar de los frutos y disponer del bien respectivamente,. El uso, explica Rojina Villegas, "implica aprovechar la cosa sin alterarla, de manera que pueda reiterarse constantemente esa forma de aprovechamiento. El disfrute implica el uso y la apropiación de los frutos de la cosa. Los frutos no alteran la sustancia del bien, y son las crías de los animales, los productos de la tierra, los réditos de los capitales, etc. En cambio, los productos implican una desintegración del bien, como ocurre con los materiales extraídos de una cantera, los metales de una mina. El derecho de disfrute implica la facultad de apropiarse de los frutos."¹⁸

La propiedad es un concepto que ha sufrido una evolución significativa. En el derecho romano, hasta antes de Justiniano tenía, además de los elementos que ya citamos, tres características : absoluta, exclusiva y perpetua, cuando se trataba del dominio romano. La primera modificación la encontramos en el derecho pretoriano en donde, por razones políticas que orillaron a conceder el dominio sólo a los ciudadanos romanos, se estableció una forma distinta de propiedad, sobre todo en lo referente a su forma de transmisión. Con el paso del tiempo ambos tipos de propiedad perdieron sus diferencias y se estableció un concepto único de dominio o propiedad para extranjeros y ciudadanos romanos.

Durante la Edad Media, el Estado feudal concedió al propietario no sólo el derecho absoluto sobre la cosa sino también el imperio, de tal suerte que, en relación a la propiedad de las tierras, el señor feudal no sólo usaba, disfrutaba y disponía de los bienes sino que también mandaba sobre los vasallos establecidos en sus feudos. Estos privilegios terminaron con la Revolución Francesa. A partir de entonces y a través de la Declaración de los Derechos del hombre se conceptúa a la propiedad como un derecho natural que el Estado reconoce y debe proteger en favor del individuo.

Estos principios filosófico - individualistas de la Revolución francesa fueron plasmados en el Código Napoleónico y a través de él llegaron a nuestra legislación, primero a los códigos de 1870 y 1884 y después al vigente.

Sin embargo, todo aquél que estudie, o tenga algún interés sobre la propiedad de tierras y aguas debe tener presente el artículo 27 de nuestra Constitución pues en él se encuentran no sólo los límites y modalidades más importantes a este derecho, como lo señala el artículo que comentamos, sino toda la concepción filosófica en torno a la función que la propiedad tiene en nuestro país a raíz de la gesta de 1910 y, concretamente a partir de la promulgación de la Constitución de 1917.

A partir del primer párrafo del artículo 27 se plasma la nueva concepción de la propiedad que perfila a nuestro país como un Estado social de derecho. Es por ello que la propiedad privada en México ya no es un derecho absoluto, sino relativo; no es un derecho natural anterior al Estado, sino que proviene de la propia nación; no es un derecho ilimitado sino precario,

¹⁸ Op Cit, Página 293

limitado y denominado; sin embargo, está protegido por la propia Constitución contra actos arbitrarios de autoridad.

2.1.5.3.2 De la Propiedad Fiduciaria

Revisando la teoría del patrimonio de afectación y analizando lo expuesto en relación con lo previsto por la legislación común en nuestro país, seguimos sosteniendo el surgimiento de una nueva acepción de la propiedad : la propiedad fiduciaria.

Villagorda cita aseveración de Landerreche que "Por virtud de la afectación que se realiza en el fideicomiso, el fideicomitente transfiere el dominio de las cosas o derechos que entrega, a menos que en forma expresa haga reserva de dicho dominio. Esta situación es semejante a la aportación de bienes a una sociedad, la que salvo pacto en contrario, se entiende hecha en propiedad, conforme al artículo 11 de la Ley General de Sociedades Mercantiles. La transferencia del dominio que hace el fideicomitente no es un favor de una persona determinada, sino como una afectación para el fin que constituye el objeto del fideicomiso. Esta afectación se realiza por una especie de desmembración de la propiedad semejante al usufructo en que se separa el derecho de usufructo y la nuda propiedad: en el fideicomiso hay una separación del derecho de aprovechamiento que se destina al fin del fideicomiso sin que haya una persona titular de dicho derecho, y que por la otra, la facultad de ejercitar los derechos y obligaciones referentes a los mismos bienes, facultad que se atribuye al fiduciario para que pueda realizar el fin del fideicomiso."¹⁹

Sergio Monserrat sostiene que “el concepto de propiedad fiduciaria tiene profundas diferencias con el concepto de propiedad civil ya que mientras en ésta el sujeto ejerce sobre la cosa un poder jurídico en forma directa e inmediata para aprovecharla totalmente bajo la forma de uso, disfrute y/o disposición, oponiendo este poder jurídico a un sujeto pasivo universal lo que le permite que el sujeto aproveche la cosa, (desde el punto de vista jurídico), con exclusión de los demás y con la posibilidad normativa de realizar actos de dominio o de administración con la limitación que fijen las leyes, en aquella la fiduciaria no tiene derecho de aprovechar (lato sensu) el bien, en tanto que no puede disponer para su beneficio de la posesión o de los frutos ya que, por regla general, es nulo el fideicomiso que se constituye a favor de la fiduciaria.”²⁰

En ratificación a la tesis que hemos venido sosteniendo en este trabajo, respecto a la existencia de una propiedad fiduciaria (dominio fiduciario), traemos como argumento el hecho mismo que el Código Civil de la República Argentina, en su Libro Tercero, Sobre los derechos reales, Título VII, clasifica la propiedad que se gesta en el fideicomiso dentro de su apartado Del Dominio Imperfecto, como una propiedad fiduciaria:

Libro Tercero

De los derechos reales

Título VII

Del dominio imperfecto

Art.2661.- Dominio imperfecto es el derecho real revocable o fiduciario de una sola persona sobre una cosa propia, mueble o inmueble, o el reservado por el dueño perfecto de una cosa que enajena solamente su dominio útil.

¹⁹ Ob Cit, P. 93

Art.2662.- Dominio fiduciario es el que se adquiere en un fideicomiso singular, subordinado a durar solamente hasta el cumplimiento de una condición resolutive, o hasta el vencimiento de una plazo resolutive, para el efecto de restituir la cosa a un tercero.

Art.2663.- Dominio revocable es el que ha sido transmitido en virtud de un título revocable a voluntad del que lo ha transmitido; o cuando el actual propietario puede ser privado de la propiedad por una causa proveniente de su título.

Art.2664.- El dominio no se juzga revocado cuando el que posee la cosa a título de propietario es condenado a entregarla en virtud de una acción de nulidad, o de rescisión, o por una acción contra un hecho fraudulento, o por restitución del pago indebido. En estos casos se juzga que el dominio no había sido transmitido sino de una manera interina.

Art.2665.- La revocación del dominio transmitido por medio de un título revocable a voluntad del que lo ha concedido se efectúa por la manifestación misma de su voluntad.

Art.2666.- Exceptúase de la disposición del artículo anterior, el pacto comisorio en el contrato de venta, el cual no obra la revocación del dominio sino en virtud del juicio que la declare, cuando las partes no estén de acuerdo en la existencia de los hechos de que dependía.

Art.2667.- La misma excepción se aplica a la condición resolutoria impuesta en el caso de ingratitud del donatario o legatario, y a la inejecución de las cargas impuestas a estos últimos.

Art.2668.- Extínguese el dominio revocable por el cumplimiento de la cláusula legal constante en el acto jurídico que lo transmitió, o por la condición resolutive o plazo resolutive a que su duración fue subordinada.

Art.2669.- La revocación del dominio tendrá siempre efecto retroactivo al día en que se adquirió, si no hubiere en la ley o en los actos jurídicos que la establecieron, disposición expresa en contrario.

Art.2670.- Revocándose el dominio con efecto retroactivo, el antiguo propietario está autorizado a tomar el inmueble libre de todas las cargas, servidumbres o hipotecas con que lo hubiese gravado el propietario desposeído o el tercer poseedor; pero está obligado a respetar los actos administrativos del propietario desposeído, como los alquileres o arrendamientos que hubiese hecho.

²⁰ Ortiz Soltero Sergio Monserrat. El Fideicomiso Mexicano. Editorial Porrúa. 2001. Página 99.

Quedan a salvo los actos de disposición realizados por el fiduciario de conformidad con lo previsto en la legislación especial.

Art.2671.- La revocación del dominio sobre cosas muebles no tiene efecto contra terceros adquirentes, usufructuarios, o acreedores pignoratícios, sino en cuanto ellos, por razón de su mala fe, tuvieren una obligación personal de restituir la cosa.

Art.2672.- Cuando por la ley, o por disposición expresa en los actos jurídicos que constituyan el dominio revocable, la revocación no tuviere efecto retroactivo, quedan subsistentes las enajenaciones hechas por el propietario desposeído, como también los derechos reales que hubiese constituido sobre la cosa.

Es de apreciar, que más allá de la propiedad civil normal, los legisladores de ese país han percibido la indudable existencia de otros tipos de dominio, entre los que se encuentra el que es materia de esta tesis: el dominio fiduciario. Es tal su afán por dejar claro que si existe un nuevo tipo de propiedad que en su Ley Nacional 24.441 de la República Argentina de reciente creación establece claramente que sobre los bienes fideicomitidos se crea un patrimonio separado o de afectación en cabeza del fiduciario con un régimen específico.

A continuación una transcripción literal del Título Primero de la legislación citada para análisis en nuestro estudio:

Ley Nacional 24.441

Sancionada: Diciembre 22 de 1994.

Promulgada: Enero 9 de 1995.

TITULO I

Del fideicomiso

CAPITULO I

ARTICULO 1°.- *Habrá fideicomiso cuando una persona (fiduciante) transmita la propiedad fiduciaria de bienes determinados a otra (fiduciario), quien se obliga a ejercerla en beneficio de quien se designe en el contrato (beneficiario), y a transmitirlo al cumplimiento de un plazo o condición al fiduciante, al beneficiario o al fideicomisario.*

ARTICULO 2°.- *El contrato deberá individualizar al beneficiario, quien podrá ser una persona física o jurídica, que puede o no existir al tiempo del otorgamiento del contrato; en este último caso deberán constar los datos que permitan su individualización futura.*

Podrá designarse más de un beneficiario, los que salvo disposición en contrario se beneficiarán por igual; también podrán designarse beneficiarios sustitutos para el caso de no aceptación, renuncia o muerte.

Si ningún beneficiario aceptare, todos renunciaren o no llegaren a existir, se entenderá que el beneficiario es el fideicomisario. Si tampoco el fideicomisario llegara a existir, renunciare o no aceptare, el beneficiario será el fiduciante.

El derecho del beneficiario puede transmitirse por actos entre vivos o por causa de muerte, salvo disposición en contrario del fiduciante.

ARTICULO 3°.- *El fideicomiso también podrá constituirse por testamento, extendido en alguna de las formas previstas por el Código Civil, el que contendrá al menos las enunciaciones requeridas por el artículo 4. En caso de que el fiduciario designado por testamento no aceptare se aplicará lo dispuesto en el artículo 10 de la presente ley.*

CAPITULO II

El fiduciario

ARTICULO 4°.- *El contrato también deberá contener:*

a) La individualización de los bienes objeto del contrato. En caso de no resultar posible tal individualización a la fecha de la celebración del fideicomiso, constará la descripción de los requisitos y características que deberán reunir los bienes;

b) La determinación del modo en que otros bienes podrán ser incorporados al fideicomiso;

c) *El plazo o condición a que se sujeta el dominio fiduciario, el que nunca podrá durar más de treinta (30) años desde su constitución, salvo que el beneficiario fuere un incapaz, caso en el que podrá durar hasta su muerte o el cese de su incapacidad;*

d) *El destino de los bienes a la finalización del fideicomiso;*

e) *Los derechos y obligaciones del fiduciario y el modo de sustituirlo si cesare.*

ARTICULO 5°.- *El fiduciario podrá ser cualquier persona física o jurídica. Sólo podrán ofrecerse al público para actuar como fiduciarios las entidades financieras autorizadas a funcionar como tales sujetas a las disposiciones de la ley respectiva y las personas jurídicas que autorice la Comisión Nacional de Valores quien establecerá los requisitos que deban cumplir.*

ARTICULO 6°.- *El fiduciario deberá cumplir las obligaciones impuestas por la ley o la convención con la prudencia y diligencia del buen hombre de negocios que actúa sobre la base de la confianza depositada en él.*

ARTICULO 7°.- *El contrato no podrá dispensar al fiduciario de la obligación de rendir cuentas, la que podrá ser solicitada por el beneficiario conforme las previsiones contractuales ni de la culpa o dolo en que pudieren incurrir él o sus dependientes, ni de la prohibición de adquirir para sí los bienes fideicomitidos.*

En todos los casos los fiduciarios deberán rendir cuentas a los beneficiarios con una periodicidad no mayor a un (1) año.

ARTICULO 8°.- *Salvo estipulación en contrario, el fiduciario tendrá derecho al reembolso de los gastos y a una retribución. Si ésta no hubiese sido fijada en el contrato, la fijará el juez teniendo en consideración la índole de la encomienda y la importancia de los deberes a cumplir.*

ARTICULO 9°.- *El fiduciario cesará como tal por:*

a) *Remoción judicial por incumplimiento de sus obligaciones, a instancia del fiduciante; o a pedido del beneficiario con citación del fiduciante;*

b) *Por muerte o incapacidad judicialmente declarada si fuera una persona física;*

c) *Por disolución si fuere una persona jurídica;*

d) *Por quiebra o liquidación;*

e) *Por renuncia si en el contrato se hubiese autorizado expresamente esta causa. La renuncia tendrá efecto después de la transferencia del patrimonio objeto del fideicomiso al fiduciario sustituto.*

ARTICULO 10.- *Producida una causa de cesación del fiduciario, será reemplazado por el sustituto designado en el contrato o de acuerdo al procedimiento previsto por él. Si no lo hubiere o no aceptare, el juez designará como fiduciario a una de las entidades autorizadas de acuerdo a lo previsto en el artículo 19. Los bienes fideicomitidos serán transmitidos al nuevo fiduciario.*

CAPITULO III

Efectos del fideicomiso

ARTICULO 11.- *Sobre los bienes fideicomitidos se constituye una propiedad fiduciaria que se rige por lo dispuesto en el título VII del libro III del Código Civil y las disposiciones de la presente ley cuando se trate de cosas, o las que correspondieren a la naturaleza de los bienes cuando éstos no sean cosas.*

ARTICULO 12.- *El carácter fiduciario del dominio tendrá efecto frente a terceros desde el momento en que se cumplan las formalidades exigibles de acuerdo a la naturaleza de los bienes respectivos.*

ARTICULO 13.- *Cuando se trate de bienes registrables, los registros correspondientes deberán tomar razón de la transferencia fiduciaria de la propiedad a nombre del fiduciario. Cuando así resulte del contrato, el fiduciario adquirirá la propiedad fiduciaria de otros bienes que adquiera con los frutos de los bienes fideicomitidos o con el producto de actos de disposición sobre los mismos, dejándose constancia de ello en el acto de adquisición y en los registros pertinentes.*

ARTICULO 14.- *Los bienes fideicomitidos constituyen un patrimonio separado del patrimonio del fiduciario y del fiduciante. La responsabilidad objetiva del fiduciario emergente del artículo 1113 del Código Civil se limita al valor de la cosa fideicomitada cuyo riesgo o vicio fuese causa del daño si el fiduciario no pudo razonablemente haberse asegurado.*

ARTICULO 15.- *Los bienes fideicomitidos quedarán exentos de la acción singular o colectiva de los acreedores del fiduciario. Tampoco podrán agredir los bienes fideicomitidos los acreedores del fiduciante, quedando a salvo la acción de fraude. Los acreedores del beneficiario podrán ejercer sus derechos sobre los frutos de los bienes fideicomitidos y subrogarse en sus derechos.*

ARTICULO 16.- *Los bienes del fiduciario no responderán por las obligaciones contraídas en la ejecución del fideicomiso, las que sólo serán satisfechas con los bienes fideicomitidos. La insuficiencia*

de los bienes fideicomitidos para atender a estas obligaciones, no dará lugar a la declaración de su quiebra. En tal supuesto y a falta de otros recursos provistos por el fiduciante o el beneficiario según visiones contractuales, procederá a su liquidación, la que estará a cargo del fiduciario, quien deberá enajenar los bienes que lo integren y entregará el producido a los acreedores conforme al orden de privilegios previstos para la quiebra; si se tratase de fideicomiso financiero regirán en lo pertinente las normas del artículo 24.

ARTICULO 17.- *El fiduciario podrá disponer o gravar los bienes fideicomitidos cuando lo requieran los fines del fideicomiso, sin que para ello sea necesario el consentimiento del fiduciante o del beneficiario, a menos que se hubiere pactado lo contrario.*

ARTICULO 18.- *El fiduciario se halla legitimado para ejercer todas las acciones que correspondan para la defensa de los bienes fideicomitidos, tanto contra terceros como contra el beneficiario.*

El juez podrá autorizar al fiduciante o al beneficiario a ejercer acciones en sustitución del fiduciario, cuando éste no lo hiciera sin motivo suficiente.

CAPITULO IV

Del fideicomiso financiero

ARTICULO 19.- *Fideicomiso financiero es aquel contrato de fideicomiso sujeto a las reglas precedentes, en el cual el fiduciario es una entidad financiera o una sociedad especialmente autorizada por la Comisión Nacional de Valores para actuar como fiduciario financiero, y beneficiario son los titulares de certificados de participación en el dominio fiduciario o de títulos representativos de deuda garantizados con los bienes así transmitidos.*

Dichos certificados de participación y títulos de deudo serán considerados títulos valores y podrán ser objeto de oferta pública.

La Comisión Nacional de Valores será autoridad de aplicación respecto de los fideicomisos financieros, pudiendo dictar normas reglamentarias.

ARTICULO 20.- *El contrato de fideicomiso deberá contener las previsiones del artículo 4 y las condiciones de emisión de los certificados de participación o títulos representativos de deuda.*

CAPITULO V

De los certificados de participación y títulos de deuda

ARTICULO 21.- Los certificados de participación serán emitidos por el fiduciario. Los títulos representativos de deuda garantizados por los bienes fideicomitidos podrán ser emitidos por el fiduciario o por terceros, según fuere el caso. Los certificados de participación y los títulos representativos de deuda podrán ser al portador o nominativos, endosables o no, o escriturales conforme al artículo 8 y concordantes de la ley 23.576 (con las modificaciones de la ley 23.962). Los certificados serán emitidos en base a un prospecto en el que constarán las condiciones de la emisión, y contendrá las enunciaciones necesarias para identificar el fideicomiso al que pertenecen, con somera descripción de los derechos que confieren.

Podrán emitirse certificados globales de los certificados de participación, para su inscripción en regímenes de depósito colectivo. A tal fin se considerarán definitivos, negociables y divisibles.

ARTICULO 22.- Pueden emitirse diversas clases de certificados de participación con derechos diferentes. Dentro de cada clase se otorgarán los mismos derechos. La emisión puede dividirse en series.

CAPITULO VI

De la insuficiencia del patrimonio fideicomitado en el fideicomiso financiero

ARTICULO 23.- En el fideicomiso financiero del capítulo IV, en caso de insuficiencia del patrimonio fideicomitado, si no hubiere previsión contractual, el fiduciario citará a asamblea de tenedores de títulos de deuda, lo que se notificará mediante la publicación de avisos en el Boletín Oficial y un diario de gran circulación del domicilio del fiduciario, la que se celebrará dentro del plazo de sesenta días contados a partir de la última publicación, a fin de que la asamblea resuelva sobre las normas de administración y liquidación del patrimonio.

ARTICULO 24.- Las normas a que se refiere el artículo precedente podrán prever:

- a) La transferencia del patrimonio fideicomitado como unidad a otra sociedad de igual giro;
- b) Las modificaciones del contrato de emisión, las que podrán comprender la remisión de parte de las deudas o la modificación de los plazos, modos o condiciones iniciales;
- c) La continuación de la administración de los bienes fideicomitados hasta la extinción del fideicomiso;
- d) La forma de enajenación de los activos del patrimonio fideicomitado;

e) *La designación de aquel que tendrá a su cargo la enajenación del patrimonio como unidad o de los activos que lo conforman;*

f) *Cualquier otra materia que determine la asamblea relativa a la administración o liquidación del patrimonio separado.*

La asamblea se considerará válidamente constituida cuando estuviesen presentes tenedores de títulos que representen como mínimo dos terceras partes del capital emitido y en circulación; podrá actuarse por representación con carta poder certificada por escribano público, autoridad judicial o banco; no es necesaria legalización.

Los acuerdos deberán adoptarse por el voto favorable de tenedores de títulos que representen, a lo menos, la mayoría absoluta del capital emitido y en circulación, salvo en el caso de las materias indicadas en el inciso b) en que la mayoría será de dos terceras partes (2/3) de los títulos emitidos y en circulación.

Si no hubiese quórum en la primera citación se deberá citar a una nueva asamblea la cual deberá celebrarse dentro de los treinta (30) días siguientes a la fecha fijada para la asamblea no efectuada; ésta se considerará válida con los tenedores que se encuentren presentes. Los acuerdos deberán adoptarse con el voto favorable de títulos que representen a los menos la mayoría absoluta del capital emitido y en circulación.

CAPITULO VII

De la extinción del fideicomiso

ARTICULO 25.- *El fideicomiso se extinguirá por:*

a) *El cumplimiento del plazo o la condición a que se hubiere sometido o el vencimiento del plazo máximo legal;*

b) *La revocación del fiduciante si se hubiere reservado expresamente esa facultad; la revocación no tendrá efecto retroactivo;*

c) *Cualquier otra causal prevista en el contrato.*

ARTICULO 26.- *Producida la extinción del fideicomiso, el fiduciario estará obligado a entregar los bienes fideicomitados al fideicomisario o a sus sucesores, otorgando los instrumentos y contribuyendo a las inscripciones registrales que correspondan.*

Así pues las cosas, coincidimos plenamente que un efecto del fideicomiso es constituir un patrimonio especial, autónomo, que no pertenece a ninguna persona de las participantes en el fideicomiso, y por ello, insistimos en nuestra postura, ¿quién cumple las cargas que por ley corresponden al propietario en términos del derecho civil, cuando se ha perdido la titularidad del dominio y dichas cargas no se encuentran previstas en los fines específicos del fideicomiso?. No obstante apreciamos que existe una limitada titularidad de la propiedad de los bienes afectados, no puede considerarse el dueño, si tomamos en cuenta la posibilidad de un sustituto fiduciario.

2.1.5.3.2.1 De la Transmisión Plena

Primero tratemos de entender el concepto transmisión. Rojina Villegas, define la transmisión a título particular como "la transferencia que se lleva a cabo por contrato debido a que el sujeto activo cede un derecho determinado".²¹

Por su parte Villagorda Lozano explica que la transmisión que se realiza en virtud de la relación real del negocio fiduciario, del fiduciante al fiduciario, es una transmisión plena; si se trata de bienes se transmite la propiedad, y si se trata de derechos de crédito se transmite la plena titularidad de los mismos". Más adelante se contradice, admitiendo que "la transmisión hecha al fiduciario no es absoluta, ya que dicho fiduciario no puede disponer de los derechos

²¹ Rojina Villegas Rafael. Derecho Civil Mexicano. Editorial Porrúa. 1985. Página 243.

transmitidos en su propio provecho. La limitación que se impone a dicho 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 de propiedad".²²

Para juicio de Jorge Roberto Hayzus, es necesario que se geste la transmisión de la propiedad de los bienes es indispensable para determinar que han salido del patrimonio del fideicomitente y no puedan, por consecuencia, ser reclamados por éste para que los devuelva (salvo que el fideicomiso sea revocable) ni tampoco ser perseguido por sus acreedores.

Horacio Sánchez Sodi establece que “uno de los principales objetos del fideicomiso es precisamente la transmisión de la titularidad de determinados bienes para un fin lícito y determinado, esos bienes fideicomitados constituyen el patrimonio fiduciario”.²³

Posterior a analizar los puntos de vista expuestos, no estamos convencidos de que verdaderamente opere una plena transmisión como aseguran, pues si así lo fuera : (i) no existirían limitaciones a la misma; y (ii) habría una autonomía de la fiduciaria absoluta respecto de los bienes tutelados. Realmente, la transmisión, no se gesta a favor de la fiduciaria, caso contrario aparecería en los activos de la fiduciaria. Como todos sabemos, la fiduciaria asigna un número de control al fideicomiso y en realidad no existe mezcla entre sus bienes y aquellos que son de fideicomitentes que le contratan. Así pues las cosas, entendemos que exista una transmisión pero no de la propiedad sino de una titularidad determinada por el

²² Ob Cit 41

²³ Ob Cit 43

alcance de los fines del fideicomiso. Lo anterior, aún en los casos de fideicomisos traslativos de dominio, en los que pudiera alguien pensar que por el hecho de que la fiduciaria pueda enajenar los bienes fideicomitados, ello le equipara a un propietario en el sentido civilista antes expuesto. En el supuesto que revisamos, no obstante que ejerce el derecho de disposición lo hace por cuenta del fideicomitente que la está obligando a transmitirlo a favor del fideicomisario (ejerciendo el *jus abutendi*) en acatamiento a las propias instrucciones del fideicomitente.

2.1.5.3.2.2 Del Régimen Registral

Sin perder de vista el tema de nuestro interés, el fideicomiso y la propiedad sui generis que abriga el mismo, se observa en nuestro sistema legal una indefinición sobre tratamiento registral de los actos fiduciarios que exige nuestra atención y dedicación. Por ello, sentimos la necesidad de explorar el mundo del Registro Público.

2.1.5.3.2.2.1. Concepto del Registro Público.

La palabra *registro* deriva del latín “*regestus*” de “*regerere*” que equivale a notar copiar; por su parte el término *público* proviene del latín *publicus* que equivale a notorio o manifiesto. Desprendemos pues como objetivo semántico que persigue esta institución, hacer notorio algún documento a terceros que quizás no participaron en él para que aplique su reconocimiento.

la Enciclopedia Jurídica Omeba como "el medio moderno que permite conocer la titularidad y condiciones del dominio de un bien determinado, sobre el que se desea formalizar un contrato."²⁴

La Biblioteca Clásicos del Derecho conceptualiza al Registro Público del Comercio como "la institución destinada a otorgar la publicidad mercantil a los actos y contratos que señala la ley".²⁵

Rafael de Pina lo define "Institución mercantil que tiene por objeto hacer del conocimiento público, de los terceros, la situación y relaciones de los comerciantes y el contenido de determinados documentos, todo ello en beneficio y como protección de la buena fe en el tráfico mercantil"²⁶

2.1.3.5.2.2.2. Origen del Registro Público.

Algunos tratadistas, que han escrito sobre esta materia, pretenden encontrar el origen de la institución del Registro Público, perfectamente definida al lado de la legislación Hipotecaria, la de los Escribanos y la de los Notarios; pero la verdad es que para esa época no existía nada al respecto que constituya, por lo menos una base que sirva de fundamento a tal hipótesis.

Ninguno de los historiadores que se haya podido remontar a la época anterior del Fuero real ni de las Siete Partidas, ha encontrado disposición alguna que precise de una manera cierta sobre la institución en aquellos tiempos. Esos mismos historiadores que nos hablan del fundamento

²⁴ Enciclopedia Jurídica Omeba. Editorial Driskill, S.A.. Vigésimo Cuarto Tomo. Argentina. 1987. P.513.

²⁵ Op cit Página 522

jurídico y desarrollo de la Institución Hipotecaria, cumplen su misión al explicarnos el aspecto científico y jurídico de ella, pero nunca nos hablan de la fuente de donde emanaron los registros de la Propiedad. Si acaso, uno que otro enciclopedista se ha encargado de explicar como se transmitía la propiedad, como se hacían ciertos actos de enajenación, y como, en fin, tenían valor público aquellos actos, sin que hayan encontrado el valor más importante del mismo, cual es el que pudiera surtir efectos contra terceros, posteriormente, objeto primordial de la Institución.

Dado el carácter religioso del pueblo español y de la mayoría de los del continente europeo, no cabe la menor duda, que eran los clérigos los que en su mayor parte tenían que resolver asuntos encomendados al poder público, y que por tratarse de ser ellos los más letrados, creían que eran las personas autorizadas para efectuarlos, llegando hasta utilizar actos religiosos para publicar y divulgar tales acontecimientos.

No existiendo pues, los registros de la propiedad, era natural que toda aquella serie de actos no podía llenar a cabalidad todo su cometido, pero es de notar el concepto que privó en esa gente sobre el hecho de publicidad, ya que después de la acostumbrada fiesta o misa dominical, y hasta en el Consejo mismo, manifestaban públicamente a los presentes las enajenaciones y gravámenes que hubieren efectuando los vecinos del lugar; hechos éstos que en el Fuero Real tratan de hacerlos aparecer, pero que nunca se pudo ni se ha podido llegar a la conclusión de que si era lo que justamente se quería decir en la Magna Legislación.

²⁶ De Pina, Rafael. Diccionario de derecho. Editorial Porrúa, S.A. Decimoséptima Edición. México. 1991. Página 436

En el texto de las Siete Partidas , según la Enciclopedia de Espasa, dice que en ellas no hacia hincapié en la publicidad, pues como se recordará las Siete Partidas fueron tomadas o basadas en el Derecho Romano, y para éstos simplemente bastaba, en este materia, la concurrencia del título y del modo para la transmisión.²⁷

Lo que sí es cierto y de ello no cabe la menor duda es que en algunas Legislaciones Forales aparecen ciertas disposiciones referentes a los registros; es decir, a los registros que debían llevar los escribanos, pero todo con el mayor retraso posible, y era lógico, pues no tenían a su cargo otros medios que el que hemos expuesto, que dista mucho de los registros propiamente dichos.

El Dr Parra Bernal en su tesis sostiene como el origen de la institución de los registros de la propiedad inmobiliaria, los provenientes de la Legislación hipotecaria, por ser la misma muy anterior a la creación de los Registros; pues, no vino a ser sino el 11 de Julio de 1.774, cuando un edicto, publicado en Barcelona, los estableció. En este edicto se determinaba cuales eran los pueblos donde debía radicar, los territorios que debía comprender y los documentos que precisaban su inscripción. Y es de notar que en ellos no solo se anotaban las hipotecas especiales sino también las generales, así como también cualquier traslación o modificación de dominio, de vínculos y aún de las donaciones; para lo cual se fijaba un término de treinta días, a objeto de que se inscribiesen esos Registros en los lugares que les estaba asignado según el edicto y la ubicación del inmueble enajenado.²⁸

²⁷ ENCICLOPEDIA UNIVERSAL ILUSTRADA (Espasa). Tomo 28. Segunda Parte. Pag. 3.250

²⁸ I. PARRA BERNAL. 1951. Tesis EVOLUCION HISTÓRICA DE LA INSTITUCIÓN DEL REGISTRO PUBLICO EN VENEZUELA.

La Enciclopedia Clásicos del Derecho remonta el origen del registro en la institución de control generada por los edictos de junio de 1852 y marzo de 1673, los cuales ordenaron el registro de todos los documentos y contratos extrajudiciales, a fin de procurar recursos al tesoro público. En un principio se concretaban a la mención de un acto jurídico en un registro público, sin reproducirlo; no obstante en la actualidad, adicionalmente consiste en depositar un original o copia del documento por registrar. Es de apreciar el carácter doble : instrumento fiscal y medio publicitario de los actos, según se desprende de lo siguiente:

Carácter y utilidad. El registro tiene un doble carácter. Según el objeto principal de su institución, es un instrumento fiscal, destinado a obtener fondos para el tesoro. Por otra parte, el registro produce efectos útiles para el derecho civil: otorga al documento cierta publicidad, y sobre todo, ofrece el procedimiento más simple y práctico de hacer cierta la fecha de los documentos privados. Sin embargo, el registro de un acto no puede probar la existencia del mismo; tampoco puede servir de principio de prueba por escrito.¹²⁹

La Enciclopedia Omeba sostiene que el registro aparece en el siglo XII como consecuencia de la evolución del registro de los comerciantes de la edad media, instituido para documentar su incorporación y pertenencia a la corporación respectiva. Sólo atendía a fines administrativos que luego se extendió a la aplicación de la ley y de la jurisdicción.

2.1.5.3.2.2.3. Del Registro Público Comparado

²⁹ BIBLIOTECA CLÁSICOS DEL DERECHO. Volumen 8. Derecho Civil. Marcel Planiol Georges Ripert. Editorial Pedagógica Iberoamericana, S.A. de C.V Traducción Harla, S.A. de C.V.. 1997. PP603 y 604

Es de llamar la atención como se encuentra organizada esta Institución en diversos países a cuyas legislaciones accedimos con motivo de la presente investigación.

Venezuela

La Ley de Registro Público y del Notariado, atribuye en su artículo 27 la organización de los Registros como responsabilidad del Ejecutivo Nacional, por órgano del Ministerio del Interior y Justicia, a través de una Dirección Nacional de Registros y del Notariado. Prevé una base de datos nacional y bases de datos regionales. No obstante en el Distrito Metropolitano de Caracas funcionan las bases de datos que consolidan y respaldan la información de todas las materias registrales correspondientes a los Registros de ese país, sin perjuicio de los respaldos que se puedan establecer en otras entidades a los fines de salvaguardar la información contenida en la base de datos nacional.

Artículo 29. La Dirección Nacional de Registros y del Notariado determinará las entidades regionales donde se mantendrán las bases de datos que consolidarán y respaldarán la información de todas las materias correspondientes a los Registros. Cada Registro mantendrá un sistema de Información donde residirán los datos de su especialidad registral y los demás que señale el Reglamento del presente Decreto Ley.

Los sistemas, programas, aplicaciones y demás componentes informáticos que sirven de plataforma tecnológica a la operación registral en todo el país, en sus vertientes jurídicas, administrativas, contables y de comunicaciones, son propiedad de la República. Solamente se permiten aquellos cambios y usos de otros sistemas de información autorizados por la Dirección Nacional de Registros y del Notariado.

Dispone de un título especial denominado El Registro Inmobiliario, que tiene por objeto la inscripción y anotación de los actos o negocios jurídicos relativos al dominio y demás derechos reales que afecten los bienes inmuebles.

Además de los actos señalados con anterioridad y aquellos previstos en el Código Civil, en el Código de Comercio y en otras leyes, en el Registro Inmobiliario se inscriben también los siguientes actos: Los documentos que contengan declaración, transmisión, limitación o gravámenes de la propiedad; todo contrato, declaración, transacción, partición, adjudicación, sentencia ejecutoriada, o cualquier otro acto en el que se declare, reconozca, transmita, ceda o adjudique el dominio o propiedad de bienes o derechos reales o el derecho de enfiteusis o usufructo; la constitución de hogar; los contratos, declaraciones, transacciones, sentencias ejecutoriadas y otros actos que se establezcan sobre inmuebles, derechos de uso, habitación o servidumbre o se constituyan anticresis, hipotecas o se divida, se traslade o reduzca alguno de esos derechos; los documentos que limiten de cualquier manera la libre disposición de inmuebles; las declaraciones, los denuncios, los permisos, los contratos, los títulos, las concesiones y los demás documentos que conforme a las leyes en materia de minas, hidrocarburos y demás minerales combustibles deban registrarse; los contratos de opción para adquirir derechos sobre inmuebles; las donaciones cuando tengan por objeto bienes inmuebles; y la separación de bienes entre cónyuges cuando tenga por objeto bienes inmuebles o derechos reales.

Costa Rica

El Registro Público de la Propiedad Inmueble, fue creado mediante la Ley No. 31 del 25 de noviembre de 1865, reglamentado por Decreto Ejecutivo No. 1 del 4 de abril de 1866.

Una de las funciones más importantes que se realizan en el Registro de Bienes Inmuebles es la inscripción de documentos relacionados con las propiedades. El Registro se crea para llenar una necesidad de publicidad de situaciones jurídicas de las personas en relación con sus bienes.

Se puede decir que la inscripción se hace con el fin de dar publicidad al derecho de propiedad y es de interés particular; o sea, que el individuo tiene interés de “notificar” a todo el mundo, que es dueño de un bien inmueble, el cual debe ser respetado y protegido y que en su uso lo muestra a todos para comprobar su estado (libre o gravado) y poder aprovecharlo obteniendo de él los beneficios propios de su naturaleza.

El folio real, mercantil o de personas constituye un medio de inscripción por el cual se transcribe en breves notas, el contenido del estado jurídico registral de cada inmueble, persona o sociedad mercantil, en un elemento de unidad, legajo o ficha, en el cual queda satisfecho el principio de especialidad.

Existen dos medios técnicos auxiliares de la inscripción, a saber : (i) la microfilmación, por medio del cual se garantiza plenamente el principio de literalidad, en relación a los actos o contratos registrables; y (ii) el Procesamiento Electrónico de Datos, a través del cual se introduce, procesa, actualiza y archiva en dispositivos propios de un ordenador o computador, la información registral contenida en el folio real, mercantil o de personas.

Entre las principales disposiciones reglamentarias del encontramos aquellas referentes al orden de presentación. Todos los documentos que ingresan al Registro de Bienes Inmuebles, lo deben hacer a través del Diario, donde se anota la presentación de los documentos por su orden y se les asigna el número que les corresponde. Una vez aceptado por la Oficina del Diario, el documento puede ser identificado: Por orden numérico Por orden cronológico y Una mezcla de ambos Se confecciona el Formulario de Control del Diario y se hacen las anotaciones. Una vez recibido el documento, se procederá de inmediato a la confección de los formularios denominados “control de diario”, por medio de los cuales se elaborará el asiento del Diario respectivo en el sistema de procesamiento electrónico de datos y se practicará la anotación en el folio respectivo.

La calificación será unitaria y deberá comprender todos los defectos que en ese momento tenga el documento que impidan su inscripción. El Registrador de Partido, a la hora de calificar, se atenderá tan sólo a lo que resulte del título o de los asientos del Registro y sus resoluciones no impedirán ni prejuzgarán sobre la validez del título o de la obligación que contenga. Recibidos los documentos por los registradores de Partido, procederán a su examen y verán si se cumplen los requisitos legales, generales o especiales requeridos y si coinciden con sus correspondientes asientos, empezando con el de presentación y si contienen los datos necesarios para la práctica del asiento respectivo. Si no se encontrase ningún defecto sustancial que la impida, ordenará con su firma la respectiva inscripción.

El Registro es público y puede ser consultado por cualquier persona. Sin embargo, corresponde al Director General determinar la forma en que la documentación podrá ser consultada sin riesgo de adulteración, pérdida o deterioro.

2.1.5.3.2.2.4. Del Registro Público en México.

El Registro Público en México comprende la notoriedad tanto de los actos traslativos o que afectan a la propiedad, como aquellos relacionados con el comercio. Por lo anterior que el nombre de nuestra Institución sea Registro Público de la Propiedad y del Comercio.

Como primer sustento encontramos el Capítulo II del Título Segundo del Libro Primero del Código de Comercio, referente a las Obligaciones comunes a todos los que profesan el comercio,

Art. 16.- Todos los comerciantes, por el hecho de serlo, están obligados:

...

II.- A la inscripción en el Registro Público de Comercio, de los documentos cuyo tenor y autenticidad deben hacerse notorios;

...

Al efecto deducimos una naturaleza federal del Registro Público al quedar previsto en nuestro Código de Comercio Federal, que por razones no compartidas, en su Capítulo II, lo delega al distrito judicial del domicilio del comerciante:

Art. 18.- El Registro de Comercio se llevará en las cabeceras del partido o distrito judicial del domicilio del comerciante por las oficinas encargadas del registro Público de la Propiedad; a falta de éstas, por

los oficios de hipotecas, y en defecto de unas y de otros, por los jueces de primera instancia del orden común.

Es de considerarse que no obstante se lleve el registro en las Cabeceras de cada distrito judicial, el Ejecutivo debe imponer la concentración de la información contenida en todas ellas en una base de datos nacional de todas las materias registrales correspondientes a los Registros de nuestro país, de suerte tal que se cumpla de manera efectiva con el principio elemental del Registro Público: la publicidad de los actos.

Luego, vemos de utilidad para los fines que persigue este estudio, esquematizar y analizar el contenido de los Códigos que han regulado la existencia en México del Registro Público, según la doctrina encontrada:

CODIGO 1870

Capítulo	Contenido	Observaciones
I	Exposición de Motivos	
II	Disposiciones generales	Establece cuatro secciones : traslativos de dominio, hipotecas, arrendamientos y sentencias
III	Títulos Sujetos a Inscripción	Contratos o actos inter vivos transmitan o modifiquen la propiedad, posesión o goce de bienes inmuebles o de derechos reales
IV	Modo de Hacer el Registro	
V	Extinción de las Inscripciones	

Resulta interesante revisar, algunos párrafos de la exposición de motivos al Capítulo Del Registro Público en el Código Civil de 1870, que Rojina Villegas nos incluye en su obra :

"Este sistema, nuevo enteramente entre nosotros, ha sido adoptado por la comisión a fin de hacer más seguros los contratos y menos probable, la ocultación de los gravámenes y demás condiciones de los bienes inmuebles. Probablemente requieren mayor desarrollo; pero la comisión ha creído que bastaba establecer las bases principales, dejando a los reglamentos administrativos toda la mecánica que debiendo sufrir todas las modificaciones que vaya dictando la experiencia, puede ser objeto de progresivas reformas, sin que tal vez sea necesario en mucho tiempo tocar el Código."³⁰

Desprendemos dos inquietudes básicas de los legisladores : (i) hacer más seguros los contratos y menos probable, la ocultación de los gravámenes y demás condiciones de los bienes inmuebles y (ii) la necesidad de reformas que la experiencia exija. Así pues, pensando en la época de generación del Registro Público, la aparición y evolución del Fideicomiso en nuestro país y la falta de importancia legislativa al fideicomiso, comprobamos que queda mucho por hacer para que se cumpla la seguridad contractual y fiscal en los fideicomisos.

CODIGO CIVIL 1884

Capítulo	Contenido
I	Disposiciones generales
II	Títulos Sujetos a Inscripción
III	Modo de Hacer el Registro
IV	Extinción de las Inscripciones

³⁰ Op Cit Página 767

En comparación con el Código Civil de 1870, encontramos las siguientes variaciones interesantes:

Desaparece la exposición de motivos que ocupaba el capítulo primero en el código anterior, iniciando de manera directa, cual debe ser, con las disposiciones generales. Comprende del artículo 3184 al 3219 siendo que antes era del 3324 al 3358. Se prevé la inscripción de los actos celebrados o las sentencias pronunciadas en el Distrito o en la California; anteriormente se hablaba del Estado. Se agrega (i) exigencia de hacer constar los nombres y apellidos de los contratantes, la ubicación y linderos del inmueble, el precio y fecha de la venta y el día en que el contrato hubiere sido presentado al oficio; (ii) previsión para eficacia de los contratos contra terceros desde la fecha de su presentación; (iii) posibilidad de cancelar la inscripción cuando sea vendido judicialmente el inmueble y cuando tratándose de una cédula hipotecaria o de un embargo, hayan transcurrido tres años desde la fecha de la inscripción

CODIGO CIVIL 1928

Capítulo	Contenido
I	De las Oficinas del Registro
II	Títulos Sujetos a Registro y Efectos Legales del Registro
III	Modo de Hacer el Registro y de las Personas que tienen derecho a pedir la Inscripción
IV	Registro de las Informaciones de Dominio
V	De las Inscripciones de Posesión
VI	De la Extinción de las Inscripciones

Evidenciamos una significativa evolución, quizás la proyectada por los legisladores que en 1870 le dieron vida. Veamos algunos contrastes. Se agregan capítulos y varían los artículos

que tratan este proceso, ahora se comprende del artículo 2099 al 3044. Se (i) atribuye como facultad potestativa del Ejecutivo Federal designar las poblaciones en donde deba establecerse la oficina denominada "Registro Público; (ii) detalla el carácter público del registro al prever que los encargados de la oficina se encuentran obligados a permitir a cualquier solicitante que se entere de las inscripciones en los libros del registro y de los documentos relacionados con las inscripciones. Del mismo modo, encontramos una clara descripción de los Títulos Sujetos a Registro y Efectos Legales del Registro; en el Código anterior, simplemente se generalizaban los títulos que constaran en escritura pública y las sentencias y providencias judiciales certificadas legalmente. En el Código que se analiza se cita literalmente el artículo que los contiene, tomado del texto de Rojina Villegas³¹

Art 3,002. Se inscribirán en el Registro:

- I. Los títulos por los cuales se adquiere, transmite, modifica, grava o extingue el dominio, la posesión o los demás derechos reales sobre inmuebles;*
- II. La constitución del patrimonio de familia;*
- III. Los contratos de arrendamiento de bienes inmuebles por un período mayor de seis años y aquellos en que haya anticipos de rentas por más de tres;*
- IV. La condición resolutoria en las ventas a que se refieren las fracciones I y II del artículo 2,310;*
- V. Los contratos de prenda que menciona el artículo 2,859;*
- VI. La escritura constitutiva de las sociedades civiles y la que la reforme;*
- VII. La escritura constitutiva de las asociaciones y la que la reforme;*
- VIII. Las fundaciones de beneficencia privada;*
- IX. Las resoluciones judiciales o de árbitros o arbitradores que produzcan algunos de los efectos mencionados en la fracción I;*

³¹ Ob Cit. Páginas 781 y 782

X. Los testamentos por efecto de los cuales la propiedad de bienes raíces, o de derechos reales, haciéndose el registro después de la muerte del testador;

XI. En los casos de intestado, el auto declaratorio de los herederos legítimos y el nombramiento de albacea definitivo;

XII. Las resoluciones judiciales en que se declare un concurso o se admita una cesión de bienes;

XIII. El testimonio de las informaciones ad-perpetuum, promovidas y protocolizadas de acuerdo con lo que disponga el Código de Procedimientos Civiles;

XIV.,. Los demás títulos que la ley ordene expresamente que sean registrados.

Como aportación adicional de este código apreciamos los capítulos del Registro de las Informaciones de Dominio y De las Inscripciones de Posesión. Con ellos, deducimos otra evolución del ámbito registral, quizás propiciada por las necesidades propias de la época en las que se pretendía regularizar las propiedades. Por una parte, con el Registro de las Informaciones de Dominio,

Art. 3,023. El que haya poseído bienes inmuebles por el tiempo y con las condiciones exigidas para prescribirlos, y no tenga título de propiedad o teniéndolo no sea inscribible por defectuoso, si no está en el caso de deducir la acción que le concede el artículo 1,156, por no estar inscrita en el Registro de la propiedad de los bienes en favor de persona alguna, podrá demostrar ante juez competente, que ha tenido esa posesión, rindiendo la información respectiva en los términos que establezca el Código de Procedimientos Civiles. A su solicitud acompañará precisamente certificado del registro Público que demuestre que los bienes no están inscritos. La información se recibirá con citación del Ministerio Público, del respectivo registrador de la Propiedad y de los colindantes.

CODIGO CIVIL 1932

Capítulo	Contenido
I	De su Organización
II	Disposiciones Comunes de los documentos registrables
III	Del registro de la propiedad inmueble y de los títulos inscribibles y anotables
IV	Del Registro de operaciones sobre bienes muebles
V	Del Registro Sobre personas Morales

Observamos compactación encontrándose comprendido del artículo 2999 al 3074. Surgen interesantes aportaciones que trataremos de sintetizar a como sigue:

- (i) desaparece prerrogativa del Reglamento para asignar las secciones de registro, en su lugar se le atribuye facultad para establecer los requisitos para desempeñar los cargos que requiera el funcionario del registro Público.
- (ii) se castiga con inhabilitación, independientemente de otras penas, la actuación indebida de los encargados y empleados del Registro Público fijando la responsabilidad civil de los daños y perjuicios que los mismos propicien;
- (iii) se adiciona como instrumento registrable, los documentos privados válidos conforme a la ley, siempre que exista constancia del notario, registrador, corredor o juez competente de la autenticidad de las firmas y de la voluntad de las partes;
- (iv) se contempla posibilidad de inscribir actos documentados en idioma extranjero siempre y cuando conste la traducción de un perito y protocolización ante notario.
- (v) se prevé obtención de certificado de libertad de gravámenes y toma de nota de aviso preventivo respecto de actos en los que se declara, reconozca, adquiera, transmita,

-
- modifique, limite o extinga la propiedad o posesión de bienes raíces o cualquier derecho real sobre los mismos.
- (vi) se atribuye facultad discrecional a los registradores para calificar bajo su responsabilidad los documentos para inscripción y colateralmente derecho a recurrir dicha calificación;
 - (vii) (vii)se reemplaza el término inscripción por asiento, adicionándose la posibilidad de rectificación por causa de error material o de concepto siempre y cuando se disponga del consentimiento de todos los interesados en el asiento o por resolución judicial, surtiendo efectos a partir de su rectificación.
 - (viii) se prevé caducidad de las anotaciones preventivas después de los tres años; etc.

2.1.5.3.2.2.4. De los Derechos Fiscales.

Los derechos fiscales, de acuerdo con la fracción IV del artículo 2º del Código Fiscal de la Federación, son aquellas contribuciones establecidas en la ley por el uso o aprovechamiento de los bienes de dominio público de la Nación, así como por recibir los servicios que presta el estado en sus funciones de derecho público, excepto cuando se presten por organismos descentralizados. También son derechos las contribuciones a cargo de los organismos públicos descentralizados por prestar servicios exclusivos del Estado.

Derechos fijos, proporcionales y progresivos.

Los derechos percibidos por el registro son de tres clases : fijos que no varían según la importancia de los valores mencionados en el documento; proporcionales, que varían en razón

de estos valores; y progresivos, cuya cuantía varía en razón de los valores impuestos y según una fracción que aumenta en función de la elevación de tales valores

Derechos sobre contratos y derechos sobre traslado.

Desde otro punto de vista se distinguen los derechos sobre contratos y los derechos sobre traslado. El primero está subordinado a la condición de que se presente al registrador el documento en que conste un contrato; el derecho de traslado se debe, independientemente de todo documento, por el solo hecho de que un derecho de propiedad o un valor cualquiera, haya pasado de una persona a otra. Esta distinción a veces invocada, y a veces desechada por la administración según el interés del tesoro, es, en nuestro días, abandonada por la doctrina.

2.1.5.3.2.2.6. Del Régimen Registral Fiduciario

Si revisamos el contenido del artículo 352 de la Ley General de Títulos y Operaciones de crédito, en el que el fideicomiso implica una traslación de dominio o una cesión de derechos a favor del fiduciario :

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

Y luego el artículo 357 de la mencionada legislación exige que dicha traslación debe ser inscrita en el Registro Público de la Propiedad, cuando el objeto del fideicomiso recaiga sobre inmuebles:

Artículo 357.- El fideicomiso cuyo objeto recaiga en bienes inmuebles deberá inscribirse en la sección propiedad del registro público del lugar en que los bienes estén ubicados. el fideicomiso surtirá efectos ante tercero, en el caso de este artículo, desde la fecha de su inscripción en el registro.

Seguimos comprobando la gran confusión que genera la transmisión de bienes a un fideicomiso. A pesar de que nuestro estudio nos ha encaminado a la conclusión de que el fideicomiso da vida a un patrimonio sin propietario a partir de que cobra vida, nuestra ley no lo distingue; comprobándose esto por su exigencia de inscribir cualquier fideicomiso que involucre inmuebles Registro Público de la Propiedad, sin importar la clase de fideicomiso de que se trate. Es claro que los únicos que podrían justificar dicho proceso, serían los fideicomisos traslativos de dominio. ¿Cómo pensarlo en uno de administración o de garantía? Veamos el siguiente ejemplo, si se trata de un fideicomiso de garantía en el que se aporta un bien al patrimonio con el exclusivo fin de garantizar el cumplimiento de una obligación. De acuerdo a lo establecido por los artículos citados, es menester su inscripción en la sección propiedad. Pero ¿no sería más apropiado para ello la sección gravámenes?

Por principio de orden, también resulta recomendable sugerir, dado la creciente recurrencia a contratar fideicomisos, que la actual Ley de Registro Público contemplare una sección fiduciaria dentro de la cual existan sub secciones que permitan organizar, administrar y hasta por que no, fiscalizar de manera más eficaz los fideicomisos. Debemos admitir que se le ha abandonado a su suerte, y por ello se propician abusos en su empleo.

2.1.5.3.2.2.7. Críticas al Registro Público.

El registro ha sido objeto de diversas críticas en razón de que precariamente cumple la función de publicidad mercantil. La consulta de las inscripciones se torna dificultosa ante la carencia de los elementos necesarios para tal fin.

Por otra parte la gran difusión de la actividad comercial y la consiguiente trama de relaciones que crea, torna necesaria la existencia de un régimen de publicidad unitario, común a todo el país tomando en cuenta que la materia es federal.

Si pensáramos en la reglamentación de un registro público nacional, en el que se trate a la figura fiduciaria de manera independiente, quizás como una medida contra el fraude fiscal, podríamos procurar al fisco nuevos recursos o bien recursos que le corresponden y que son evadidos por aquellos que aprovechan las carencias legislativas del fideicomiso para "escapar del cobro de impuestos. El contribuyente tiene, evidentemente, el derecho de escoger entre varios procedimientos legales el que implique para él gastos menores, y no se puede calificar como fraude a la ley, el empleo de un medio legal para llegar a un resultado.

Nuestra propuesta tiene diversas vertientes que merecen nuestra consideración : (i) Gestar el reconocimiento de la propiedad fiduciaria tomando en cuenta los motivos que se han estado exponiendo mediante su regulación tal y como ya existe en países más avanzados que el nuestro. (ii) Organizar dentro del Registro Público, de preferencia con cobertura Nacional, una Sección Fiduciaria con Sub Secciones de acuerdo al Tipo de Fideicomiso de que se trate, de

suerte tal que resulte más transparente y eficaz la fiscalización, vigilancia y verificación de la actividad económica de nuestro país.

2.1.5.3.2.2.8. De la Inembargabilidad del Patrimonio Fideicomitido

La palabra embargo deriva del latín “imbarricare” definiéndolo el Diccionario Jurídico UNAM como “aquella afectación decretada por una autoridad competente sobre un bien o un conjunto de bienes de propiedad privada, la cual tiene por objeto asegurar la eventual ejecución de una pretensión de condena que se plantea o planteará en el juicio (embargo preventivo, provisional o cautelar) o bien satisfacer directamente una pretensión ejecutiva (embargo definitivo, ejecutivo o apremiativo).”³²

Ortiz Soltero dirige el concepto de inembargabilidad en materia fiduciaria en función directa con el concepto de propiedad fiduciaria, por lo que asegura que se traduce en la imposibilidad jurídica de los acreedores del fideicomitente o del fideicomisario, según sea el caso para afectar el patrimonio fideicomitido, toda vez que los bienes, han sido transmitidos en propiedad a la fiduciaria. La Suprema Corte de Justicia ha dictado jurisprudencia en este sentido:

(. . .) El embargo sólo puede ser eficaz cuando recae en bienes que corresponden al demandado y no es jurídico que por no haberse inscrito oportunamente a la compraventa, el acreedor tenga derecho a secuestrar lo que salió del patrimonio de este. Número 176 Fojas 544 4ª Parte, Sala del Semanario Judicial de la federación.

(...) una cosa es el derecho de propiedad sobre el inmueble que adquirió el quejoso a comprarlo y otra los derechos que los fideicomisarios tenían sobre el inmueble; derivados del fideicomiso. De lo cual se puede concluir de manera cierta e incuestionable, que los fideicomisarios jamás pudieron tener el derecho de propiedad sobre el inmueble atendiendo a la naturaleza jurídica del contrato de fideicomiso. Así que, si en un momento dado, estando vigente tal fideicomiso pudo señalarse para embargo los derechos que aquellos tenían como fideicomisarios, por estar dentro de su patrimonio, no sucede lo mismo con el derecho de propiedad del bien inmueble objeto del fideicomiso, cuya titularidad por disposición expresa de la ley se da a la institución fiduciaria en este caso, quien legalmente le transmitió al quejoso, el referido derecho de propiedad. PRIMER TRIBUNAL COLEGIADO DEL QUINTO CIRCUITO. Amparo en Revisión 90/94.11 de agosto de 1994.-Unanimidad de Votos. Ponente: David Guerrero Espriu- Secretario :Rubén Robles Cortés.

Ahora bien, puntualiza Ortiz Soltero “lo que es legalmente improcedente es el embargo de los bienes fideicomitidos, ya que son propiedad de la institución fiduciaria quien se ostenta como dueña ante terceros, con las limitaciones que han sido señaladas anteriormente; sin embargo, el fideicomitente o en su defecto los fideicomisarios conservan una relación jurídica personal con la fiduciaria que al traducirse en un derecho personal es susceptible de embargo. . .”³³

Del artículo 749 del Código Fiscal de la federación se deduce que la autoridad fiscal que traba embargo en bienes de un contribuyente impugnado por un tercero, que se considera

³² Diccionario Jurídico UNAM. Editorial Porrúa, S.A. p 1249. 4ª Edición 1991

³³ Op Cit, P. 104

propietario o acreedor real en primer lugar del bien embargado, sólo reconoce la existencia previa de una garantía o una transmisión de dominio en la hipoteca y en la prenda, siempre que haya sido registrada en el Registro Público de la Propiedad y del Comercio. Es decir la ley fiscal no reconoce como excepción oponible al embargo, la existencia de un fideicomiso al que se transmitió el bien que embargó la autoridad, si carece de registro previo al embargo.

Carlos Felipe Dávalos Mejía nos ilustra al efecto un ejemplo de lo anterior, que citaremos literalmente al igual que su apreciación, por considerarlos muy enriquecedores del estudio que nos ocupa:

"Ejemplo Un deudor constituye en fideicomiso de garantía bienes muebles e inmuebles. El fideicomiso se registra en el folio real respecto de los inmuebles, no en el folio mercantil del deudor prendario respecto de los muebles; posteriormente la SHCP instaura un procedimiento económico coactivo y embarga los bienes muebles. El fiduciario hace valer su recurso de revocación, solicitando que se cancele el embargo, pues argumenta que es el propietario. La defensa más formidable de la autoridad es que el fideicomiso de garantía no se considera una garantía previa que sea una excepción al embargo, pues sólo lo son la prenda o la hipoteca debidamente registrada; como los muebles no están registrados, el embargo sobre ellos quedó firme y no procedió el recurso de revocación. Debemos señalar que el juicio de nulidad ante el Tribunal Fiscal de la Federación si ha procedido a favor de la fiduciaria, siempre que concurran la correcta constitución del fideicomiso y el registro previo al embargo.

Apreciación: No obstante que el fideicomiso es un acto en esencia traslativo y, por supuesto, intrínsecamente no es garantía, aunque uno de sus fines sea garantizar el cumplimiento de una prestación, se observa en la práctica que cuando el fiduciario intenta una instancia revocatoria mediante el recurso de revocación, después mediante la acción de nulidad ante el Tribunal Fiscal de la

federación y, finalmente, por medio del amparo uninstancial, el bien mueble que se transmitió a un fideicomiso, que no se inscribió y después lo embarga la autoridad fiscal, recibe firmeza en la consideración de que no pertenecía al patrimonio del fiduciario, sino al del contribuyente fideicomitente.

Hasta la fecha parece que el argumento más sólido de la autoridad reclamada es que el fideicomiso no se registró, aunque desde el punto de vista civil y mercantil entrañó una transmisión de dominio, el fideicomitente continúa siendo desde la óptica de la SHCP, el titular del bien, primero porque la acción que dimana de un fideicomiso es real y no personal; es decir, es persecutoria de la cosa y no de la persona, y segundo, por el expediente de la reversión contenida en el artículo 393 de la Ley General de Títulos y Operaciones de Crédito.³⁴

El autor de referencia recomienda que tanto los fideicomisos sobre bienes muebles, como aquellos que versen sobre inmuebles sean registrados bajo el folio mercantil del fideicomitente para evitar la contingencia expuesta. Lo anterior, sería una solución ante el escenario legislativo que hoy disponemos. No obstante, para nuestro gusto, debe atacarse el fondo de la problemática. Si existiera la Sección Fiduciaria en un Registro Público Nacional seguiría prevaleciendo el espectro de protección que permite el fideicomiso. Bastara la manifestación auténtica del Registro Público de que dichos bienes se encuentran inscritos en favor de persona distinta de aquella con la cual se decretó el embargo. Al efecto citamos el artículo 3010 del Código Civil para el Distrito Federal en lo conducente:

Artículo 3010. . .

En caso de embargo precautorio, juicio ejecutivo o procedimiento de apremio contra bienes o derechos reales, se sobreseerá el procedimiento respectivo de los mismos o de sus frutos, inmediatamente que conste en los autos, la manifestación auténtica del Registro Público, que dichos bienes o derechos están

³⁴ Ob Cit Páginas 622 y 623

inscritos a favor de persona distinta de aquélla contra la cual se decretó el embargo o se siguió el procedimiento, a no ser que se hubiere dirigido contra ella la acción, como causahabiente, del que aparece dueño en el Registro Público.

Paralelamente si se reglamentara, podría exigirse la inscripción de todo tipo de fideicomiso, aún los de garantía para bienes muebles e inmuebles, gestando ingresos tributarios interesantes, y logrando la publicidad de todos esos actos jurídicos.

2.1.5.3.2.2.9 De la Expropiación en la Propiedad Fiduciaria

La más importante limitación que tiene la propiedad privada en nuestro país es la expropiación en los términos del segundo párrafo del artículo 27 constitucional y del artículo 831 del Código Civil Federal que a la letra rezan:

ART. 27.- . . .

Las expropiaciones sólo podrán hacerse por causa de utilidad pública y mediante indemnización.

La Nación tendrá en todo tiempo el derecho de imponer a la propiedad privada las modalidades que dicte el interés público, así como el de regular, en beneficio social, . . .

ART. 831

La propiedad no puede ser ocupada contra la voluntad de su dueño, sino por causa de utilidad pública y mediante indemnización.

De lo anterior podemos definir la expropiación como un acto de la administración pública, por medio del cual se priva a los particulares de algún bien de su propiedad por causa de utilidad pública de acuerdo al procedimiento y marcos establecidos por las leyes respectivas. Es

notable como el legislador, en 1917 fecha de promulgación de nuestra Constitución vigente, al redactar el artículo 27 y citar la *propiedad privada*, era consistente con el pensamiento de aquellos que veían al fideicomiso como un mandato y no como generador de una clase de propiedad. Por lo expuesto, surgen interrogantes muy interesantes a las que la doctrina accesada, no ha dedicado tiempo.

Desde la perspectiva de nuestro estudio ¿cómo funciona la expropiación respecto de un bien de un particular que ha sido fideicomitado?

Encontrándonos bajo nuestra figura de propiedad fiduciaria, variante de la propiedad en la que no se cumplen los requisitos indispensables de la propiedad privada civil : absoluta, exclusiva y perpetua, ¿Las autoridades deberán dirigir la declaración de expropiación por utilidad pública a la fiduciaria, por ser la titular del patrimonio fideicomitado? ¿quién vigilará el procedimiento que sigan las autoridades administrativas? La respuesta lógica e inmediata, la fiduciaria, pero ¿será justo que sea la fiduciaria quien, no obstante no se encuentre previsto en los fines del fideicomiso correspondiente, se entienda con las autoridades del justiprecio del bien expropiado, el pago de la indemnización y vigile el procedimiento de expropiación como si fuese el afectado? ¿Sería procedente el juicio de amparo en el caso de expropiación de un bien fideicomitado?

2.1.6. Elementos Personales

Rodolfo Batiza (Batiza, 1985, Capítulo I) hace referencia en su obra Principios Básicos del Fideicomiso y de la Administración Fiduciaria, que las partes que intervienen en la suscripción

de un contrato de fideicomiso son: (a) El Fideicomitente, (b) El Fiduciario y (c) El Fideicomisario.

De igual manera, Sergio Monserrat Ortiz Soltero (Ortiz, 2001, Capítulo V) señala como partes integrantes de la figura del fideicomiso al fideicomitente, al fiduciario y al fideicomisario.

Así mismo, el maestro Juan Manuel Villagordoa Lozano (Villagordoa, 1982, Capítulo Quinto) señala que en “...el Fideicomiso normalmente intervienen tres personas: El fideicomitente, el fiduciario y el fideicomisario”.

Por su parte el autor argentino Osvaldo H Soler (Soler, 2000, Capítulo II.I) supone como partes del contrato de fideicomiso, sólo al fideicomitente (fiduciante) y el fiduciario.

Nuestra doctrina y legislación aplicable en México establece como partes susceptibles de intervenir en un contrato de fideicomiso las siguientes:

- El Fideicomitente
- El Fiduciario
- El Fideicomisario

2.1.6.1 El Fideicomitente

El fideicomitente, es la persona física o moral con capacidad necesaria para hacer la afectación de bienes que el fideicomiso implica, quien entrega bienes inmuebles, derechos o recursos en efectivo, para el cumplimiento de un fin lícito y determinado.

Podrán fungir como fideicomitentes todas aquellas personas físicas que no sean consideradas como incapaces por la legislación civil mexicana, es decir, que cuenten con capacidad de goce y ejercicio.

Para efectos de esta figura es muy importante destacar que el Fideicomitente deberá ser el dueño de los bienes que transmite a la fiduciaria, pudiendo representar la totalidad o solamente parte de su patrimonio.

En este sentido, el artículo 384 de la Ley General de Títulos y Operaciones de Crédito establece:

“Sólo pueden ser fideicomitentes las personas físicas o jurídicas que tengan la capacidad necesaria para hacer la afectación de bienes que el fideicomiso implica y las autoridades judiciales o administrativas competentes, cuando se trate de bienes cuya guarda, conservación, administración, liquidación, reparto o enajenación corresponda a dichas autoridades o a las personas que éstas designen.”

De lo anterior se desprende que, además de las personas físicas, también las personas jurídicas podrán fungir como fideicomisarios. En este sentido, el maestro Ortiz Soltero señala que podrán ser fideicomitentes:

- Cualquiera de las personas morales señaladas en el artículo 25 del Código Civil Federal.

“ARTICULO 25. SON PERSONAS MORALES:

I. LA NACION, LOS ESTADOS Y LOS MUNICIPIOS;

II. LAS DEMAS CORPORACIONES DE CARACTER PUBLICO RECONOCIDAS POR LA LEY;

III. LAS SOCIEDADES CIVILES O MERCANTILES;

IV. LOS SINDICATOS, LAS ASOCIACIONES PROFESIONALES Y LAS DEMAS A QUE SE REFIERE LA FRACCION XVI DEL ARTICULO 123 DE LA CONSTITUCION FEDERAL;

V. LAS SOCIEDADES COOPERATIVAS Y MUTUALISTAS;

VI. LAS ASOCIACIONES DISTINTAS DE LAS ENUMERADAS QUE SE PROPONGAN FINES POLITICOS, CIENTIFICOS, ARTISTICOS, DE RECREO O CUALQUIERA OTRO FIN LICITO, SIEMPRE QUE NO FUEREN DESCONOCIDAS POR LA LEY.

VII. LAS PERSONAS MORALES EXTRANJERAS DE NATURALEZA PRIVADA, EN LOS TERMINOS DEL ARTICULO 2736."

- Aquellas autoridades judiciales o administrativas competentes cuando se trate de bienes cuya guarda, conservación, administración, liquidación, reparto o enajenación corresponda a dichas autoridades o a las personas que éstas designen, en los términos del artículo 383 de la Ley Cambiaria.

En lo que respecta a los derechos con los que cuenta el fideicomitente dentro del desarrollo de la figura del fideicomiso, se encuentran los siguientes:

- Designar a la o las instituciones fiduciarias que correspondan.
- Designar a los fideicomisarios para que reciban los beneficios resultado del fideicomiso.
- Transmitir bienes de su propiedad a la fiduciaria.
- Designación del comité técnico.
- Modificar o Revocar el acto jurídico que dio origen al fideicomiso, salvo que se trate de un fideicomiso cuyo fin sea garantizar obligaciones de dar, hacer o no hacer.

-
- Revocar la designación del o los fideicomisarios, a menos que los mismos lo sean en primer lugar y que así se ostenten en razón de su calidad de acreedores del fideicomitente en el contrato de fideicomiso.
 - Exigir a la fiduciaria el cumplimiento de los fines que le fueron encomendados.
 - Pactar los honorarios de la fiduciaria.
 - Instruir a la fiduciaria a cerca de la expedición de poderes en nombre del fideicomiso y a favor de terceros, aún y cuando estas personas no formen parte del contrato.
 - Exigir a la fiduciaria la devolución de los bienes, cuando sea procedente de acuerdo a la naturaleza y consecuencias de la operación.
 - Facultar a un fideicomisario distinto a él para ejercer las facultades que le son propias como fideicomitente.

Ahora bien, dentro de las obligaciones que tiene el fideicomitente para con el fideicomiso, la principal de ellas consiste en transmitir a la fiduciaria los bienes que serán objeto del contrato. Esta obligación encuentra su fundamento en el artículo 381 de la Ley General de Títulos y Operaciones de Crédito, el cual señala:

“En virtud del fideicomiso, el fideicomitente destina ciertos bienes a un fin lícito determinado, encomendando, la realización de ese fin a una Institución Fiduciaria.”

2.1.64.2 El Fideicomisario

El fideicomisario, que es la persona física o moral con la capacidad necesaria para recibir el provecho del fideicomiso, pudiendo tener tal carácter inclusive el mismo Fideicomitente. La

figura del fideicomisario no se considera un elemento esencial del contrato de fideicomiso, pues en el caso que no sea designe en el acto constitutivo del fideicomiso, tal carácter, como se mencionó anteriormente, lo tendrá el propio Fideicomitente, sin perjuicio que posteriormente, mediante convenio modificatorio o simple carta de instrucción certificada, el fideicomitente haga la designación del fideicomisario correspondiente.

En este sentido, para ser fideicomisario, en el caso de las personas físicas, no es requisito el que las mismas cuenten con capacidad de ejercicio, ya que un individuo al ser concebido entra bajo la protección de la ley y por consiguiente es susceptible de adquirir derechos, lo anterior encuentra su debido fundamento en el primer párrafo del artículo 383 de la Ley General de Títulos y Operaciones de Crédito, el cual menciona:

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

En este caso, dichos derechos serán ejercidos por la persona que tenga encomendado el ejercicio de la patria potestad, el tutor o el ministerio público, de acuerdo con lo dispuesto en el segundo párrafo del artículo 390 del ordenamiento anteriormente citado.

ARTÍCULO 390.- “...Cuando no exista fideicomisario determinado o cuando este sea incapaz, los derechos a que se refiere el párrafo anterior corresponderán al que ejerza la patria potestad, al tutor o al ministerio público según sea el caso”.

Así mismo, y tomando en cuenta el artículo 383 de la Ley General de títulos y Operaciones de Crédito, las personas morales podrán tener el carácter de fideicomisarias, siempre y cuando se trate de aquellas que se enumeran en el artículo 25 del Código Civil Federal.

Por lo que se refiere a los derechos que tiene el fideicomisario dentro de la figura del fideicomiso, además de recibir todos aquellos beneficios y productos derivados del fideicomiso, uno de los principales consiste en la facultad para exigir a la fiduciaria el cumplimiento del encargo que se le asignó en virtud del contrato de fideicomiso, tal y como lo señala el primer párrafo del artículo 390 de la Ley General de Títulos y Operaciones de Crédito:

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

De esta manera el fideicomisario, ya sea persona capaz o incapaz, jurídicamente hablando, podrá mantener vigilada la actuación de la fiduciaria, pues como ya se señaló anteriormente, una persona que no cuenta con capacidad de ejercicio, hará valer sus derechos a través de la persona que corresponda, ya sea aquella que ejerza la patria potestad, el tutor o el ministerio público.

En cuanto a las obligaciones que tiene el fideicomisario, entre otras se encuentran el pago de los honorarios que correspondan, pagar los impuestos que origine el contrato, no imposibilitar o impedir el cumplimiento de los fines y notificar a la fiduciaria a cerca de la cesión de derechos que pudiera llegar a darse, debiendo formalizarlos conforme a la legislación vigente.

2.1.6.3. El Fiduciario

La Fiduciaria, es la institución bancaria, aunque tratándose de fideicomisos de garantía, según lo establece el artículo 399 de la Ley de Títulos y Operaciones de Crédito vigente, en el caso de fideicomisos de garantía pueden ser Instituciones de Crédito, Instituciones de Seguros, Instituciones de Fianzas, Sociedades Financieras de Objeto Limitado y Almacenes Generales de Depósito, que recibe del Fideicomitente los bienes inmuebles, derechos o recursos en efectivo, adquiriendo su titularidad para realizar con éstos el fin lícito que determine el Fideicomitente, de conformidad con los términos y condiciones que establezca el contrato de fideicomiso. La fiduciaria nunca podrá asumir el doble carácter de fiduciario y fideicomisario. Ahora bien, la representación del fiduciario recae en un delegado fiduciario.

Al efecto podríamos coincidir parcialmente con el autor citado; en aquellos casos en que no se determina el fideicomisario, al momento de su constitución, sólo existen dos partes que expresan su voluntad: el Fideicomitente y la fiduciaria; no obstante a su ejecución, quizás mediante la gestación de una adhesión, necesariamente hará presencia el tercer elemento personal definido antes como fideicomisario.

Lo anteriormente señalado encuentra su fundamento general en el artículo 385 primer párrafo de la Ley General de Títulos y Operaciones de Crédito, el cual establece lo siguiente:

“Sólo pueden ser fiduciarias las instituciones expresamente autorizadas para ello conforme a la ley General de Instituciones de Crédito.”

Relacionado al precepto anteriormente señalado, conviene establecer que el artículo 399 del mismo ordenamiento jurídico, el cual nos habla de los fideicomisos en garantía, hace referencia a todas aquellas figuras que pueden tener el carácter de fiduciaria, estableciendo lo siguiente:

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

- I. Instituciones De Crédito;*
- II. Instituciones De Seguros;*
- III. Instituciones De Fianzas;*
- IV. Sociedades Financieras De Objeto Limitado, Y*
- V. Almacenes Generales De Deposito.”*

La fiduciaria podrá ser nombrada, en el acto de la constitución del fideicomiso o en acto posterior mediante convenio modificadorio al mismo, por el Fideicomitente, por el fideicomisario, por el comité técnico o por un juez de primera instancia del lugar en el que se encuentren los bienes objeto del fideicomiso.

Por lo que se refiere a los derechos que tiene la fiduciaria dentro de la figura del fideicomiso, encontramos los siguientes:

- A exigir que el fideicomitente cumplimente los actos que la fiduciaria haya ejecutado para así alcanzar los fines para los cuales fue constituido el fideicomiso.
- A recibir el pago de los honorarios que hubieran sido pactados.
- A recibir la posesión física del bien objeto del fideicomiso.
- A requerir al fideicomitente le entregue la documentación que corresponda al o los bienes objeto del fideicomiso.

Es importante señalar que los derechos con que cuenta la fiduciaria derivan de la prestación de un servicio profesional especializado, generalmente de carácter bancario. Por otro lado, hablando de las obligaciones que tiene la fiduciaria para con el contrato de fideicomiso, podemos señalar las siguientes:

- **Revertir la posesión de los bienes** al fideicomitente o al fiduciario, según sea el caso, ante el evento de extinción del fideicomiso.
- **Asumir la responsabilidad** por las pérdidas o menoscabos que presenten los bienes ante una descuidada custodia de su parte.
- **Entregar los beneficios y productos** que se generen al fideicomisarios.
- **Mantener confidencial** la relación contractual.
- **Informar**, tanto al fideicomitente, como al fideicomisario, a cerca de la situación financiera de los bienes objeto del fideicomiso.
- **Acatar las instrucciones** del comité técnico.

2.1.7. Clases de Fideicomiso en México

2.1.7.1. Fideicomiso De Garantía

Mediante este fideicomiso se asegura el cumplimiento de obligaciones contraídas por quien lo constituye o por un tercero, supliendo así a la hipoteca.

- Créditos :Valores de renta fija, inmuebles, efectivo y otros
- Depósitos

2.1.7.2. Fideicomiso de Administración

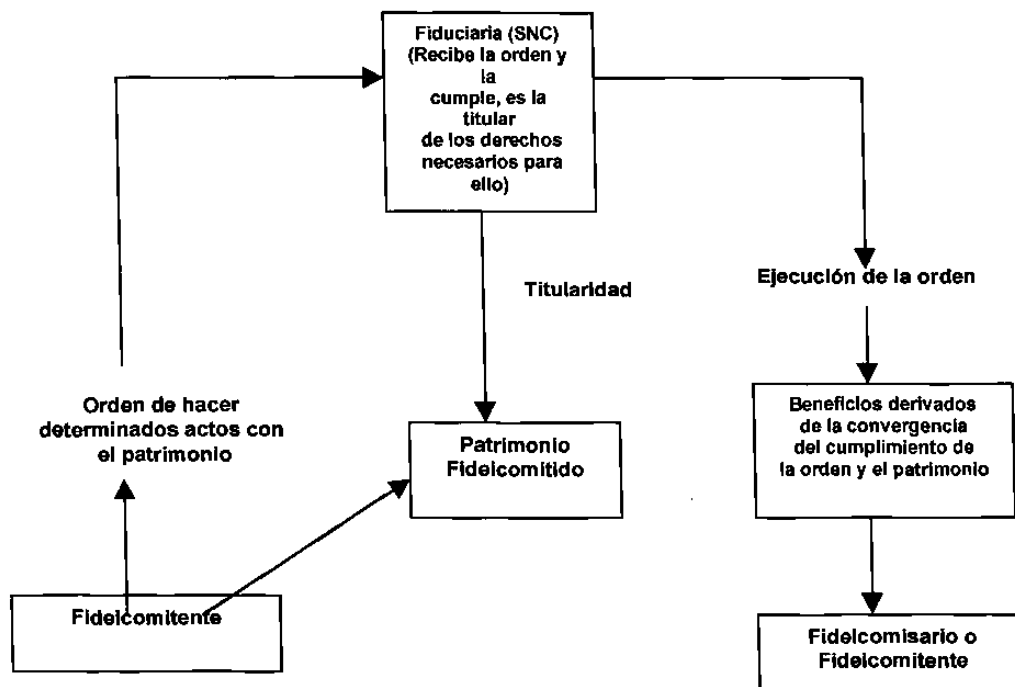
- Créditos :Valores de renta fija, inmuebles, efectivo y otros
- Testamentarias
- En Mandato: Tesorería, pago de dividendos, modificaciones de capital, libros sociales, representación común, emisión de obligaciones, de certificados de participación.
- Beneficencia y Asistencia Social

2.1.7.3. Fideicomiso De Inversión

En estos fideicomisos la institución fiduciaria administra los bienes fideicomitados con el objeto de obtener réditos en favor del fideicomisario; la fiduciaria, al tratarse de una institución de crédito, garantiza el rendimiento de las transacciones que realice con los bienes fideicomitados dando origen a los fideicomisos de inversión garantizada.

- De crédito : a Instituciones de Crédito; a actividades empresariales y empresas privadas
- En valores : en cuenta corriente en el Banxico, de renta fija; de renta variable
- En inmuebles: toda clase de situaciones inmobiliarias; de inversiones extranjeras
- De beneficio: fondos de ahorro, planes de pensiones, planes de jubilación
- Otros: sobre contratos de seguro; sindicatura de quiebra y suspensión de pagos

2.1.8. Flujo del Fideicomiso



2.1.9. Mecánica del Funcionamiento

- (i) Una persona (fideicomitente) decide unilateralmente desprenderse de parte o la totalidad de los bienes que forman su patrimonio, para que con ellos se llegue a un objetivo concreto que también será el que señale su voluntad.

-
- (ii) El objetivo al que el fideicomitente quiere que se llegue con esos bienes sólo puede ser el de designar un fiduciario, quien para ello es necesario que se convierta no en su propietario en términos de disposición absoluta de la propiedad civil, porque no adquirió esos bienes, sino la titularidad del patrimonio afectado como de las obligaciones y de los derechos activos necesarios para la realización del fin determinado.

 - (iii) Los bienes de los cuales se desprende el fideicomitente formarán, a partir del perfeccionamiento del contrato de fideicomiso, otro patrimonio más.

 - (iv) Constituido el fideicomiso, el fideicomitente suspende su dominio real sobre los bienes afectados y el fiduciario se convierte en el nuevo titular, encargándose de la ejecución y consecución del fin o fines.

 - (v) Del cumplimiento del fideicomiso se desprenden beneficios tales que deben tener un destinatario; es decir, por lo general se beneficia de los fines del fideicomiso a un tercero (fideicomisario).

 - (vi) Cumplido el fin para el cual se constituyó el fideicomiso, las cosas vuelven a su estado original tal cual se encontraban antes de constituirse.

2.1.10. Marco Legal

Actualmente las operaciones fiduciarias se encuentran reguladas en el derecho mexicano por las siguientes legislaciones (i) Ley General de Títulos y Operaciones de Crédito (ii) Ley de Instituciones de Crédito; (iii) Ley de Inversión Extranjera; (iv) Ley del Impuesto Sobre la Renta; (v) Ley Federal del Trabajo (vi) Código Fiscal de la Federación; (vii) Código de Comercio; (viii) Código Civil; (ix) Ley del Impuesto al Valor Agregado; (x) Ley del Impuesto al Activo (xi) Circulares del Banco de México y (xii) Circulares de la Comisión Nacional Bancaria y de Valores.

2.1.10.1 De la Reglamentación

El jurista Carlos Felipe Dávalos Mejía, (Dávalos, 2002, p 537) segmenta la reglamentación del fideicomiso en nuestro derecho como sigue :

- Por lo que se refiere a la sustantividad del contrato de fideicomiso : LGTOC
- Por lo que se refiere a la organización de los sujetos activos del fideicomiso (fiduciarias): LIC.
- Por lo que se refiere a los fideicomisos en que participe el gobierno federal como fiduciario fideicomitente : LFEP y LOADMONPF.
- Por lo que se refiere a los fideicomisos en que participe la inversión extranjera : Ley de Inversión Extranjera y el Reglamento de la Ley de Inversiones Extranjeras y del Registro Nacional de Inversiones Extranjeras.

Es de apreciarse que no existe reglamentación sobre la propiedad fiduciaria; no obstante, el fideicomiso, como "negocio jurídico" que registran diferentes dependencias gubernamentales, su tratamiento, sigue siendo como el de un acto de comercio general. Para complementar mi aseveración, en búsqueda efectuada en nuestra jurisprudencia a este respecto, exclusivamente la siguiente tesis fue localizada, ratificando nuestra necesidad científica de su reglamentación (Infosel Legal, Séptima Época, Volumen 139-144 Página 53):

"FIDEICOMISO, TITULARIDAD FIDUCIARIA. SU DIFERENCIA CON LA PROPIEDAD CIVIL.

Existe una gran diferencia entre la propiedad civil y la titularidad fiduciaria, pues en la primera se tiene la facultad de gozar y disponer de un bien, solamente con las modalidades y limitaciones que fijen las leyes; en cambio en la segunda el titular no tiene el derecho de gozar del bien, porque no puede disponer para su provecho de la posesión y de los frutos, puesto que normalmente tales derechos se destinan al fideicomisario. . . . "

3.- Necesidad de Reglamentar La Propiedad Fiduciaria en el Derecho Mexicano.

Sentimos la necesidad de generar en nuestro país, como ya ha sido adoptado en países desarrollados, una legislación especial que regule los distintos tipos de fideicomiso e incluya un apartado especial para el tratamiento del dominio o propiedad fiduciaria.

No es admisible que en nuestros tiempos, cuando se trata de un fideicomiso entre comerciantes que involucra un bien inmueble, no obstante represente una garantía para el cumplimiento de una obligación, se inscriba en la sección propiedad, por dos razones a nuestro

entender (i) por incluir un bien inmueble; y (ii) porque las leyes vigentes no prevén el tratamiento específico para los diversos tipos de fideicomisos. Proponemos como solución gestar una sección fiduciaria en la que se puedan organizar este tipo de actos jurídicos. De existir, adicional a optimizar el control administrativo expuesto, podríamos ejercer de manera más eficiente, transparente y sencilla el carácter ancestral de la fiscalización pensado por los creadores del registro público.

3.1. Estructura Propuesta

A. Concepto de Propiedad Fiduciaria

La propiedad fiduciaria es aquella que se adquiere sobre los bienes fideicomitidos en razón de un fideicomiso constituido por contrato o por testamento, y está sometido a durar solamente hasta la extinción del fideicomiso, para el efecto de entregar la cosa a quien corresponda según el contrato, el testamento o la ley. La causa – fuente del dominio fiduciario es el contrato o el testamento. Cuando se trate del primero deben concurrir el título y el modo (tradición) para que el fiduciario adquiera el dominio de la cosa transmitida.

B. Facultades del dueño fiduciario

(i). Régimen de los frutos

Dada su condición de dueño, el fiduciario tiene, en principio, derecho a sus frutos, ya sean naturales, industriales o civiles, los que ingresarán en el patrimonio especial. El fiduciario

puede adquirir – cuando así resulte del contrato – la propiedad fiduciaria de otros bienes “con los frutos de los bienes fideicomitidos”. Una vez concluido el fideicomiso, el fiduciario debe transmitir al fideicomisario – o a quien se haya designado en el contrato – ya que existe la prohibición de que el fiduciario pueda adquirir para sí los bienes fideicomitidos.

(ii). Actos de disposición

El fiduciario, en su condición de dueño, puede enajenar o gravar la cosa. Es la lógica consecuencia de tener el “ius abutendi” que confiere el derecho real de dominio; no obstante, sólo puede ejercerlo cuando lo requieran los fines del fideicomiso, sin que para ello sea necesario el consentimiento del fiduciante o del beneficiario, a menos que se hubiese pactado lo contrario. Claro que el fiduciario debe obrar con la diligencia de un buen padre de familia, sobre la base de la confianza depositada en él, de modo que si incurre en abusos será responsable civil y penalmente.

(iii). Acciones

El fiduciario puede ejercer acciones posesorias y reales en caso de sufrir algún ataque en su derecho de propiedad. Interponer el juicio de amparo en el caso de expropiación de un bien fideicomitido. También, dada su condición de dueño, puede intentar la acción de deslinde en el caso de hallarse los límites del terreno confundidos con los de un terreno colindante. En el caso específico de la expropiación del patrimonio fideicomitido, el fiduciario será a quien las autoridades deberán dirigir la declaración de expropiación por utilidad pública, por ser el propietario fiduciario, debiendo estar legitimado para vigilar el procedimiento que sigan las

autoridades administrativas, de suerte tal que aunque no se encuentre previsto en los fines del fideicomiso correspondiente, él se entienda con las autoridades del justiprecio del bien expropiado y el pago de la indemnización.

(iv). Derecho a una retribución

El fiduciario tiene derecho a una retribución por su trabajo y al reembolso de los gastos, salvo estipulación en contrario lo cual tiene relevancia en el plano obligacional, personal. En el caso de que no llegare a fijarse la remuneración en el contrato, podría ser fijada por juez competente teniendo en consideración la índole de la encomienda y la importancia de los deberes a cumplir.

(v). Derecho a renunciar

El fiduciario cesará como tal si renuncia, siempre y cuando en el contrato se hubiese autorizado expresamente esta causa. En tal caso, corresponderá la designación de un sustituto.

C. Prohibición

El fiduciario no puede adquirir para sí los bienes fideicomitidos. Esto significa que al extinguirse el fideicomiso la cosa, o los otros bienes que lo integren, deben necesariamente ser transmitidos a otra persona, que puede ser el fideicomisario, el beneficiario, o el propio fideicomitente.

D. Actos de Disposición

La legislación deberá distinguir, respecto de los actos de disposición realizados por el fiduciario, entre adquirentes a título oneroso o gratuito, para que no escapen de las consecuencias de la extinción del dominio fiduciario.

En caso de cualquier resolución dictada, la misma sólo deberá producir efectos hacia el futuro sin afectar al pasado, debiendo mantenerse o quedar subsistentes los diversos actos efectuados por el dueño fiduciario, esto es, la transmisión del dominio de la cosa a terceros y la perdurabilidad de los gravámenes constituidos (servidumbres, hipotecas, etc.).

E. Posibilidad de Subrogación Real

Cuando el fiduciario enajene la cosa y que, en lugar de ella, ingrese en el patrimonio fideicomitado su valor, esto es, el precio. Obviamente concluyó el dominio fiduciario como derecho real, pues la cosa cierta y determinada que era su objeto fue transmitida. De todas formas, cabe preguntarnos si el fideicomisario tiene derecho, en la oportunidad correspondiente, a recibir la cantidad equivalente en reemplazo de la cosa que ya no podrá ser recuperada.

F. Extinción Relativa de la Propiedad Fiduciaria

Se trata de casos de extinción relativa, pues el dominio fiduciario no se extingue sino que continúa en cabeza de otra persona, la que se designa conforme a lo previsto por las partes en el contrato o, en su defecto, el juez competente designará atendiendo a las siguientes causales:

- (a) remoción judicial por incumplimiento de sus obligaciones, a instancia del fideicomitente; o a pedido del fideicomisario con citación del fideicomitente;
- (b) por disolución;
- (c) por quiebra o liquidación;
- (d) por renuncia si en el contrato se hubiese autorizado expresamente esta causa.
La renuncia tendrá efecto después de la transferencia del patrimonio objeto del fideicomiso al fiduciario sustituto

G La Intervención Registral Frente a Actos de Transmisión Fiduciaria

Cualquiera que sea la causa de la transmisión si la “cosa” que se transfiere es de naturaleza “inmobiliaria”, el Registro Público deberá tomar razón de la transferencia fiduciaria de la propiedad a nombre del fiduciario en una Sección Especial que identifique a su vez el tipo de fideicomiso, de suerte tal que tratándose de aquellos de inversión no se abrigue posibilidad alguna de sustraerse de la fiscalización.

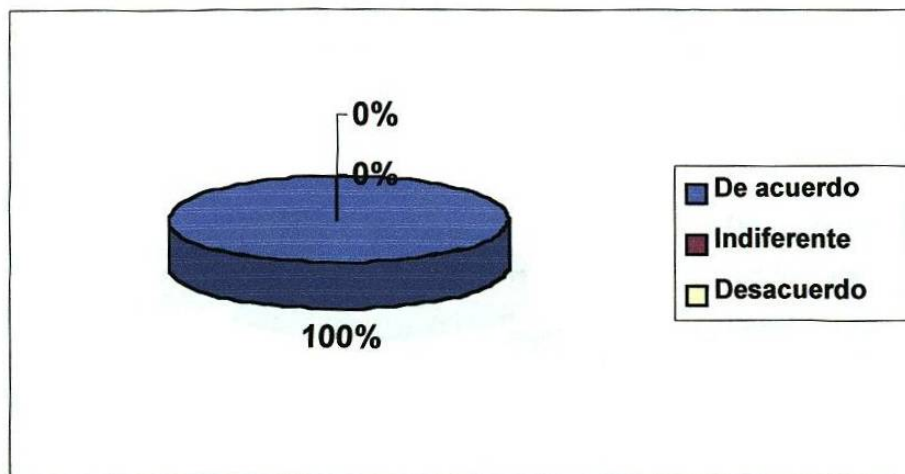
-
- (a) Puede establecerse la calificación de los documentos que contengan actos de transmisión fiduciaria, dentro de la Sección Fiduciaria propuesta, las normas registrales vigentes sobre dominio, condominio o propiedad horizontal, según sea el caso y en la medida en que resulten compatibles.
- (b) Como labor calificadora que el registro deberá cumplir, en ejercicio de las facultades que le confiere la ley de la materia deberá establecer, con carácter previo a la inscripción definitiva del título que contiene la transmisión del fiduciante al fiduciario, si el primero justificó su titularidad sobre la cosa que transfiere. Esta tarea de calificar deberá ser impuesta al registrador como una condición de resultado por una ley registral nacional, debiendo abstenerse de registrar todo documento “en el que no aparezca como titular del derecho una persona distinta de la que figure en el inscripción precedente”. De lo contrario se alteraría la continuidad en el tracto, provocando una ruptura en el encadenamiento ininterrumpido de titularidades, el que deberá resultar de los sucesivos asientos existentes en la matrícula correspondiente al inmueble de que se trate.
- (c) Si el registrador advirtiera que el fideicomitente careciera de legitimación registral, para provocar un nuevo asiento en el cual se consigne la titularidad en la persona del fiduciario, observará el documento que contenga la transmisión y procederá a rechazarlo o a devolverlo.

4.- Investigación de Campo

Se preparó y aplicó en los Estados de Nuevo León, Chihuahua, Coahuila, Tamaulipas y Veracruz un cuestionario a una muestra formada por cuarenta sujetos de las siguientes profesiones : Abogados, Notarios Públicos, Corredores Públicos, Funcionarios de Gobierno Municipal, Funcionarios de Gobierno Estatal, Funcionarios del Poder Judicial de la Federación, Funcionarios de Banco y Catedráticos, mismos que fueron seleccionados por tener conocimiento sobre y contacto con la materia que es objeto de la presente tesis.

Pregunta número 1

Consistente en la pregunta ¿Considera necesario legislar en materia de Propiedad Fiduciaria?. Al efecto, todos los encuestados respondieron a esta pregunta, obteniendo un cien por ciento de acuerdo en la necesidad de legislar en materia de propiedad fiduciaria en nuestro país.

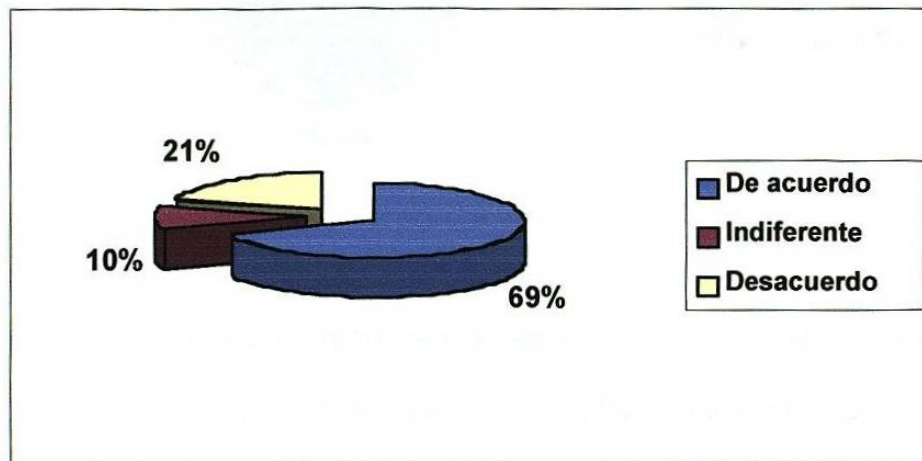


Podemos deducir que la necesidad planteada se presenta desde las diferentes áreas de interacción con los fideicomisos que comprenden desde usuarios privados hasta funcionarios que en sus actividades controlan o administran materia fiduciaria.

Pregunta número 2

¿Considera viable gestar una sección fiduciaria en la que se puedan organizar los diversos tipos de fideicomisos, como una solución para mejorar el control administrativo, ejercer de manera más eficiente, transparente y sencilla la fiscalización pensada por los creadores del registro público?

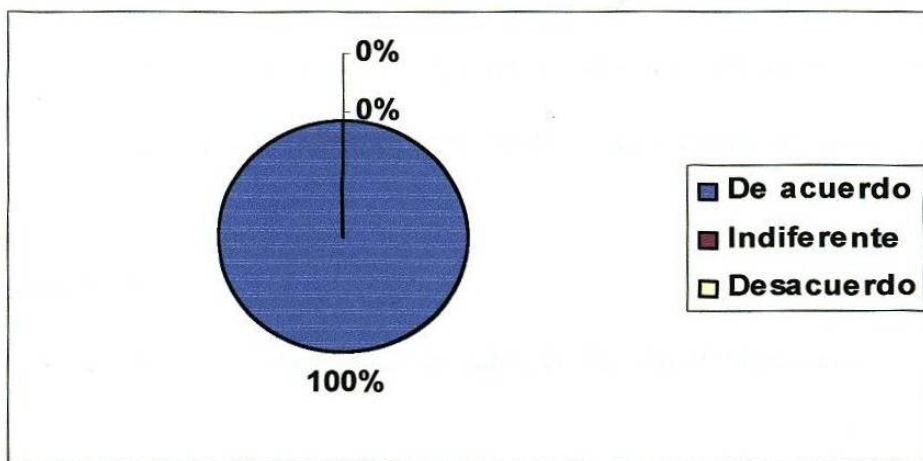
A este respecto se obtuvieron 28 respuestas "De Acuerdo", 4 respuestas "Indiferente" y 8 respuestas en "Desacuerdo", obteniendo la siguiente gráfica que ilustra los resultados



Analizando el total de encuestados que respondieron positivamente, observamos que son fedatarios públicos, entendiéndose por éstos Notarios y Corredores Públicos quienes atraviesan el proceso de documentar en escrituras públicas y pólizas fideicomisos. Por otra parte, las respuestas en "Desacuerdo" que representan el 21% de la muestra, son emitidas por funcionarios públicos, básicamente registradores. Conforme a lo anterior, hemos de deducir dos rubros, (i) los usuarios o beneficiarios de la reforma planteada y (ii) los que tendrían a su cargo la implementación de la sección fiduciaria, por lo que en su oportunidad habría de profundizarse la investigación para obtener la exposición de motivos de los funcionarios.

Pregunta número 3

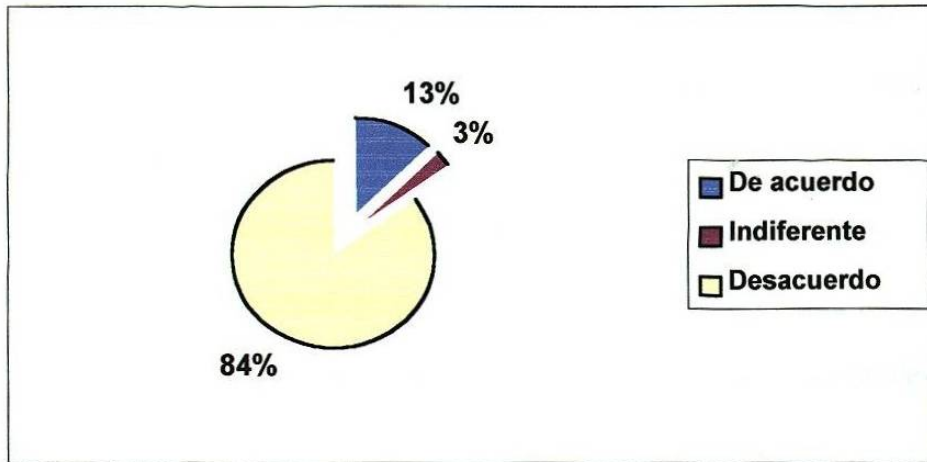
¿Considera justificable que todos los fideicomisos que involucren inmuebles se inscriban en el Registro Público de la Propiedad?



Al efecto, todos los encuestados respondieron a esta pregunta, obteniendo un cien por ciento de acuerdo en que todos los fideicomisos que involucren bienes inmuebles sean inscritos en el Registro Público de la Propiedad.

Pregunta número 4

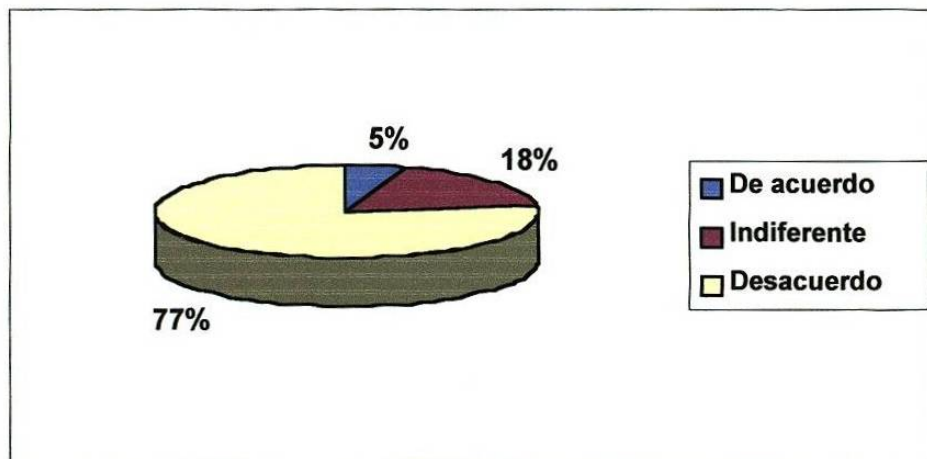
¿ Considera suficiente la legislación existente en México en Materia de fideicomiso?



Analizando el total de encuestados que respondieron positivamente, observamos que representan el 13%, entre quienes encontramos tres abogados independientes de la Ciudad de Chihuahua, Chihuahua, un Corredor Público y uno de los Registradores de la Ciudad de Monterrey, Nuevo León. No obstante, el ochenta y cuatro por ciento de los entrevistados perciben necesario legislar en materia de fideicomiso, pues la gran mayoría de los encuestados considera insuficiente la que actualmente se encuentra vigente en nuestro país.

Pregunta número 5

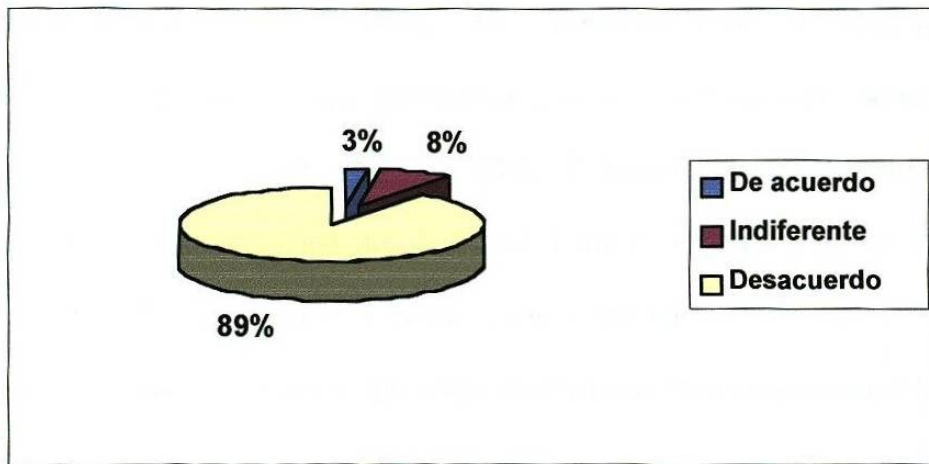
¿ Considera adecuada la fiscalización que se realiza en materia de fideicomisos?



Del total de encuestados que respondieron positivamente, es interesante señalar que sólo dos personas, en concreto dos Registradores Públicos de la Ciudad de Monterrey, Nuevo León, quienes representan el 5%, manifestaron su inconformidad con la fiscalización que actualmente se realiza en materia de fideicomisos. En este sentido se observa que el 77 % de los entrevistados han experimentado la necesidad de reestructurar la legislación en materia de fideicomisos para optimar su fiscalización, entendiendo como alcance de ésta última la plena identificación de cada tipo de fideicomiso al existir subsecciones registrales que en un momento determinado permitan verificar un adecuado cumplimiento de las obligaciones tributarias.

Pregunta número 6

¿Considera justificable que existan 68 años de estancamiento legislativo en materia de fideicomiso?



Habiendo analizado el total de personas encuestadas, observamos que el 89% manifestó su desaprobación hacia el estancamiento legislativo que en materia de fideicomiso ha imperado desde hace 68 años.

5.- Conclusiones

Cuando apareció el fideicomiso en México, la actuación de las instituciones fiduciarias era limitada; sin embargo, la flexibilidad de este instrumento le ha permitido ampliar considerablemente su ámbito de aplicación, de suerte tal no sólo ha sido utilizada por instituciones fiduciarias, sino por el gobierno para impulsar los sectores productivos de nuestro país.

La práctica ha superado con mucho a la legislación. Actualmente las instituciones fiduciarias celebran miles de operaciones de fideicomisos. Sin embargo no se han registrado las reformas que la evolución del fideicomiso exige. En 68 años, sólo tres modificaciones se han realizado a la Ley General de Títulos y Operaciones de Crédito- dejando sin respuesta la sistematización e instrumentación de importantes aspectos de los fideicomisos y tampoco han estado dirigidas a excluirlo de este ordenamiento que lo encuadra como operación de crédito, principalmente porque se trata de un servicio bancario que exige una regulación propia y concordante con su trascendencia.

La práctica fiduciaria que se percibe en los círculos empresariales, industriales, comerciales, financieros, bursátiles, gubernamentales, profesionales e incluso particulares no profesionales ha alcanzado gran difusión y aceptación, forzándonos a compilar en un solo ordenamiento jurídico la institución fiduciaria que defina, precise y norme los temas polémicos que se han esbozado en este estudio, que sin menospreciar alguno, citamos la naturaleza jurídica del fideicomiso, de la propiedad fiduciaria, organización registral de los bienes fideicomitados, etcétera.

La presente investigación no es lo completa que la materia requiere. No obstante, considerando la limitante del tiempo fijado por la Universidad, se considera un esfuerzo inicial para sembrar la inquietud en aquellos estudiosos del derecho que en trabajos posteriores pudieren impulsar la consolidación de la normatividad propuesta.

6.- Consultas

1. BARRERA GRAF, Jorge. 1950. *Los Negocios Fiduciarios*. Revista de derecho y Ciencias Sociales, Tomo XXIV, julio-septiembre, p.440.
2. BARRERA GRAF, Jorge. 1983. *Temas de Derecho Mercantil*. Universidad Autónoma de México. Distrito Federal.
3. BATIZA, Rodolfo. 1985. *Principios Básicos del Fideicomiso y de la Administración Fiduciaria*. Editorial Porrúa, S.A. México. Pags 15,16, 39, 46, 50, 64,
4. BATIZA, Rodolfo. 1991. *El Fideicomiso Teoría y Práctica*. Sexta Edición. Editorial Jus, S.A. México. Pags 34,36,37
5. BETI, Emilio, *Teoría General del Negocio Jurídico*, trad espala segunda edición, Editorial *Revista De Derecho Privado*, Madrid, 1959 p.51
6. BIBLIOTECA CLÁSICOS DEL DERECHO. Volumen 8. Derecho Civil. Marcel Planiol Georges Ripert. Editorial Pedagógica Iberoamericana, S.A. de C.V Traducción Harla, S.A. de C.V.. 1997.
7. CERVANTES AHUMADA, Raul. 1984. *Títulos y Operaciones de Crédito*, Editorial Herrero, S.A. Décimo Tercera Edición. México, D.F. p 288, 297, 298
8. Código Civil de la República Argentina. Libro Tercero De los derechos reales.<http://www.redetel.gov.ar/Normativa/Archivos%20de%20Normas/CodigoCivil.htm>.
9. DÁVALOS MEJÍA, Carlos Felipe. 2002. Oxford University Press México, S.A. de C.V. Distrito Federal, México. PP 533,544, 622, 623
10. DICCIONARIO JURIDICO UNAM. Editorial Porrúa, S.A. p. 1249. 4ª Edición, 1991
11. DE GASPERI, Luis, *Tratado de Derecho Civil*, Ed TEA, Buenos Aires, 1964, t I, p17
12. DE LA PEZA José Luis. 1978. *El Fideicomiso en México; antecedentes, desarrollo y proyección*. México. Banamex. Memoria del Seminario. P 7
13. DE PINA, Rafael. 1991. *Diccionario de Derecho*. Editorial Porrúa, S.A. México. Pags 288, 289,436
14. DICCIONARIO DE LA LENGUA ESPAÑOLA. REAL ACADEMIA ESPAÑOLA. Decimoséptima Edición. Espasa-Calpe S.A- 1.947.
15. DICCIONARIO DE LEGISLACIÓN Y JURISPRUDENCIA ESCRICH. Cárdenas Editores y Distribuidores, 2a Edición, México, 1985, t.I. pag.689
16. DICCIONARIO PEQUEÑO LAROUSSE ILUSTRADO. Ediciones Larousse. Décimocuarta Edición. México. 2000.pag 467.
17. DOMÍNGUEZ MARTÍNEZ, Jorge Alfredo. 1972. *Fideicomiso Ante la Teoría general del Negocio Jurídico*. Editorial Porrúa, S.A.. Distrito Federal, México. P.p. 140,141

-
18. ENCICLOPEDIA JURÍDICA OMEBA. Editorial Driskill, S.A.. Vigésimo Cuarto Tomo. Argentina. 1987. P.513
 19. ENCICLOPEDIA UNIVERSAL ILUSTRADA (Espasa). Tomo 28. Segunda Parte. Pag. 3.250.
 20. Instituto de Investigaciones Jurídicas de la Universidad Nacional Autónoma de México. *Código Civil Federal*. <http://info4.juridicas.unam.mx/ijure/fed/1/default.htm?s=>
 21. Instituto de Investigaciones Jurídicas de la Universidad Nacional Autónoma de México. *Ley General de Títulos y Operaciones de Crédito*. <http://info4.juridicas.unam.mx/ijure/fed/144/default.htm?s=>
 22. Ley Argentina de Leasing Ley 24.441 <http://www.incomex.com.ar/ley24441.htm> Sancionada: Diciembre 22 de 1994 Promulgada: Enero 9 de 1995
 23. ORTÍZ SOLTERO, Sergio Monserrat. 2001. *El Fideicomiso Mexicano*. Editorial Porrúa, S.A. de C.V. México, pp ix, 104, 109, 117, 137
 24. PARRA BERNAL Dr. Juan. 1951.EVOLUCION HISTÓRICA DE LA INSTITUCIÓN DEL REGISTRO PUBLICO EN VENEZUELA. Tesis
 25. ROBERTO HAYZUS, JORGE. 2000.*El Fideicomiso*. Editorial Astrea. Buenos Aires. Página 58.
 26. RODRIGUEZ RUIZ, RAUL. 1990. *El Fideicomiso*. Ediciones Contables Administrativas México, D.F. p 31,33,41
 27. ROJINA VILLEGAS, RAFAEL. 1985. *Derecho Civil Mexicano*. Tomo III. Editorial Porrúa, S.A. México. Página 243, 293, 767-771,775-780, 781,782
 28. SÁNCHEZ SODI, Horacio. 1996.*El Fideicomiso en México*. Greca Editores. México, D.F. pags. 9, 10
 29. SOLER, Osvaldo H, et al. 2000. *Fideicomiso*. <http://www.soler.com.ar//general//inftec/2000/otros/deideic/cap2a.htm>. Buenos Aires Argentina.
 30. VAZQUEZ DEL MERCADO, Oscar. 1989. *Contratos Mercantiles*. Editorial Porrúa, S.A.Tercera Edición.. México. P 467.
 31. VEGA CORONA, Dolores, Breve esbozo del trust anglosajón, en *Revista de Derecho y Legislación*, Año 52, nums 626-628, Caracas, julio-septiembre 1963. P131
 32. VILLAGORDOA LOZANO, José Manuel. *Doctrina General del Fideicomiso*. México p.11, 54, 58, 91, 93, 94, 99, 161, 162, 165, 169.

