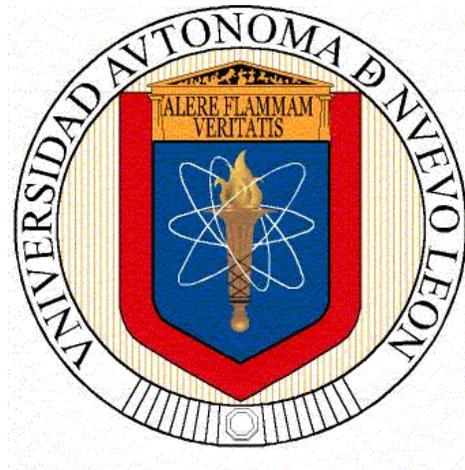


**UNIVERSIDAD AUTÓNOMA DE NUEVO LEÓN.
FACULTAD DE DERECHO Y CRIMINOLOGÍA
DIVISIÓN DE ESTUDIOS DE POSGRADO**



Tesis doctoral que presenta

Eduardo Rocha Núñez

Asesorado por la Dra. María del Carmen Baca Villarreal

Bajo el título

**“EL FIDEICOMISO MEXICANO.
UN ESTUDIO EN DERECHO COMPARADO.”**

Para obtener el grado de doctor en

DERECHO

Octubre del 2010.

Denken ist danken.

Pensar es agradecer.

Heidegger.

Ek.

UNIVERSIDAD AUTÓNOMA DE NUEVO LEÓN.
FACULTAD DE DERECHO Y CRIMINOLOGÍA
DIVISIÓN DE ESTUDIOS DE POSGRADO

Tesis doctoral que presenta
Eduardo Rocha Núñez
Asesorado por la Dra. María del Carmen Baca Villarreal

Bajo el título

**“EL FIDEICOMISO MEXICANO.
UN ESTUDIO EN DERECHO COMPARADO.”**

Para obtener el grado de doctor en

DERECHO

Octubre del 2010.

Denken ist danken.

Pensar es agradecer.

Heidegger.

Ek.

ÍNDICE

	Pág.
Introducción.	I
Capítulo 1. Los negocios de carácter fiduciario y su evolución	1
1.1 La Fiducia y el Fideicomiso en el Derecho Romano.	2
1.2 El <i>Salman</i> o <i>treuhand</i> Germánico.	13
1.3 El <i>waqf</i> Islámico.	15
1.4 El <i>Trust</i> Anglosajón.	19
1.5 Recepción del <i>Trust</i> en Latinoamérica.	26
Capítulo 2. La naturaleza jurídica del fideicomiso y del <i>Trust</i> anglosajón.	57
2.1 La naturaleza jurídica del <i>Trust</i> anglosajón.	57
2.1.1 En función del interés jurídico del beneficiario	61
2.1.2 Atendiendo a la manifestación de la voluntad en el acto constitutivo.	63
2.2 La naturaleza jurídica del fideicomiso.	68
2.2.1 Aspectos generales del hecho jurídico.	69
2.2.2. Teorías del acto jurídico y del negocio jurídico.	72
2.2.3. Teoría del negocio fiduciario.	78
2.2.4. Su ubicación en México y Latinoamérica.	83
2.2.4.1 Como declaración unilateral de voluntad.	83
2.2.4.2. Como acuerdo de voluntades.	93
2.3 Comentarios y cuadros comparativos sobre la naturaleza jurídica.	117
Capítulo 3. Aspectos estructurales de los negocios jurídicos de carácter fiduciario y análisis de la propiedad como principal obstáculo de integración del fideicomiso y el <i>trust</i>	133
3.1. Las partes.	133
3.1.1 El constituyente	134

3.1.2.	El ejecutor	143
3.1.3.	El beneficiario	155
3.2.	La materia	168
3.3	Los fines.	173
3.4	La forma.	180
3.5	Los tipos	186
3.6	Efectos	208
3.7	La extinción.	245
3.8	La propiedad de los bienes como principal diferencia entre el <i>trust</i> y el fideicomiso.	258
3.8.1	El patrimonio	259
3.8.1.1.	El patrimonio personalidad	260
3.8.1.2.	El patrimonio afectación	262
3.8.2	La propiedad fiduciaria	266
3.9	Comentarios y cuadros comparativos respecto de los aspectos estructurales de los negocios jurídicos de carácter fiduciario.	286
Capítulo 4. Posible aplicación y reconocimiento del negocio jurídico de carácter fiduciario fuera de su ámbito espacial de validez originario		370
4.1	La Convención de la Haya Relativa a la Ley Aplicable al <i>Trust</i> y su Reconocimiento.	372
4.1.1	Ámbito de aplicación.	373
4.1.2	Ley aplicable.	374
4.1.3	Reconocimiento y efectos.	375
4.2	Comentarios y cuadro comparativo sobre la adecuación del fideicomiso mexicano a la Convención de la Haya relativa a la ley aplicable al <i>trust</i> y su reconocimiento	378
Conclusiones.		400
Bibliografía		416

Introducción

La necesidad que tiene toda sociedad de regular las conductas o relaciones generadas entre sus miembros es la causa principal de que un sistema jurídico sea complejo. Norberto Bobbio considera que llegan a tener tal grado de complejidad las relaciones sociales que ningún poder u órgano es capaz de satisfacerlas por sí mismo, por esa razón y para dar solución a las exigencias sociales, el poder supremo recurre a dos medios, por un lado a la recepción de normas ya formuladas que son producto de ordenamientos diversos y precedentes, o bien a la delegación del poder de producir normas jurídicas en poderes u órganos inferiores.¹

El complejo y delicado proceso de integrar una figura jurídica de un sistema jurídico a otro no esta exento de dificultades, sobre todo cuando los ordenamientos son esencialmente distintos por pertenecer a sistemas jurídicos diferentes.

Consideramos que los problemas que se pueden presentar en la integración no están relacionados con la validez y la unidad del sistema jurídico, pues estos son supuestos básicos que se aceptan implícitamente.² Más bien consideramos que en un primer momento pueden relacionarse con la coherencia, en cuanto a la compatibilidad de las normas particulares, ya que al importar una figura de un sistema a otro es necesario determinar si sus características son compatibles con las normas del sistema receptor y así evitar problemas de antinomias por las particularidades de cada sistema.

Cuando la figura jurídica ha sido formalmente integrada al nuevo ordenamiento, además de los problemas de antinomias que puedan llegar a surgir en un primer momento,

¹ Bobbio, Norberto. *Teoría General del Derecho*, traducción de Eduardo Rozo Acuña, Editorial Debate, Quinta reimpresión, España, 1998. pág. 166.

² Peczenik, Aleksander. *Derecho y Razón*, Versión castellana de Ernesto Garzón Valdés, Biblioteca de Ética, Filosofía del Derecho y Política, Ediciones Fontamara, México, 2003, p. 25.

se pueden presentar problemas relacionados con la eficacia y con la eficiencia de la norma reguladora, por lo que es importante determinar si los supuestos y consecuencias de la propia norma se verifican en la realidad, es decir si la norma es eficaz, para luego determinar si los resultados contrastados son adecuados o no para los objetivos sociales que se pretendió alcanzar con la importación de la figura respectiva. La importancia de la asimilación de una figura jurídica de un sistema jurídico a otro, en la práctica radica principalmente en determinar si las normas que establecen su regulación son eficaces y eficientes.

Una de las figuras jurídicas en la que se destaca particularmente la problemática expuesta líneas arriba, es precisamente la del *trust* anglosajón, sobre todo por su incorporación a países de la denominada familia jurídica del *civil law*, tanto en las legislaciones del derecho continental europeo, como en los ordenamientos latinoamericanos mediante la figura del fideicomiso o fiducia, como también se le conoce en algunos países y que utilizaremos a lo largo de la presente investigación en forma indistinta.

La incorporación del *trust* en los ordenamientos jurídicos latinoamericanos y particularmente en el mexicano no ha estado exenta de dificultades tanto en el aspecto teórico como en su aplicación práctica. Al tener rasgos perfectamente definidos acordes a las características propias del sistema jurídico de origen, ha provocado serias dificultades de aplicación en nuestro sistema legal. La integración que de dicha figura han hecho los operadores del derecho tanto legislativos como judiciales, no siempre ha sido uniforme en su tratamiento, sin embargo, en el lapso de aproximadamente noventa años de que inició su implementación en Latinoamérica, consideramos que se ha logrado cimentar una figura con evidentes beneficios, acorde las necesidades de cada país, sin que el nuestro haya sido la excepción.

Desde su incorporación al sistema jurídico mexicano en la Ley General de Instituciones de Crédito y Establecimientos Bancarios de 1924, la figura del fideicomiso ha venido cobrando cada vez mayor importancia en las relaciones económicas y financieras de nuestro país.

Al ser una encomienda de confianza cuya ejecución se encarga a una institución fiduciaria mediante la transmisión de la propiedad de bienes o la titularidad de derechos para destinarlos a ciertos fines lícitos y determinados en beneficio del propio constituyente o de un tercero y al tener como únicas limitantes esa licitud y determinación en sus fines, el fideicomiso ha resultado un instrumento por demás útil y versátil, aplicable a las más diversas finalidades, de ahí la importancia social y económica que ha alcanzado en años recientes tanto en el sector público como en el privado.

Aunque en nuestro país el fideicomiso fue concebido como una figura propia del derecho mercantil, su utilidad para la realización de los más variados fines amplía su ámbito de aplicación a otras ramas del derecho positivo, así por ejemplo en el ámbito del derecho civil suele utilizarse para la administración y distribución de los bienes de una persona para después de su fallecimiento; para garantizar diversas obligaciones de pago; para el manejo de fondos destinados al otorgamiento de becas, premios, ayuda a sectores de la población marginados o necesitados que normalmente son atendidos por asociaciones civiles o patronatos, etc.

En el ámbito laboral y corporativo lo encontramos en la administración de fondos de previsión social, como son los de pensiones, jubilaciones, primas de antigüedad, fondos de ahorro, para la construcción y operación de guarderías infantiles para los hijos de los trabajadores, capacitación laboral, fomento deportivo y cultural para los trabajadores, etc.; desde la óptica empresarial tenemos los fondos destinados a la creación de fondos para la investigación y desarrollo de tecnología; a la realización de complejos turísticos, parques industriales, unidades habitacionales o comerciales, etc. En materia bursátil por ejemplo para garantizar el pago del financiamiento que obtienen del público inversionista las empresas que participan en el mercado de valores, como por ejemplo mediante la emisión de obligaciones, certificados de participación mobiliaria o inmobiliaria, que han permitido canalizar importantes recursos para el financiamiento de desarrollos de diferente índole, etc. En materia de inversión extranjera para mantener la propiedad de inmuebles ubicados en la llamada zona restringida respecto de adquirentes extranjeros, entre otros.

En el ámbito administrativo con la participación del capital privado es muy demandado para la canalización de recursos para explotación de recursos naturales, desarrollos portuarios, carreteras, puentes internacionales, reservas ecológicas, etc. Dentro del mismo ámbito administrativo, el fideicomiso público ha desempeñado un importante papel que en el desarrollo de diversos sectores económicos y sociales de nuestro país, como ejemplo de estos fideicomisos están: El Fondo Nacional de Fomento al Turismo; los Fideicomisos Instituidos en Relación a la Agricultura; el Fondo de Cultura Económica, etc.

El fideicomiso es sin lugar a dudas una figura jurídica que ha tenido un lugar relevante en el desarrollo económico de nuestro país, sin embargo su implementación y aplicación no ha sido tarea fácil desde el punto de vista de la unidad del orden jurídico, ya que al tomar sus principales características del *trust* anglosajón, ha enfrentado serios problemas de coherencia que trajeron como consecuencia diversas controversias de interpretación tanto en la práctica judicial como en la dogmática jurídica, principalmente para determinar su naturaleza jurídica, la naturaleza de la afectación de los bienes materia del fideicomiso, su personalidad jurídica, etc., sin que hasta la fecha se hayan concluido satisfactoriamente dichas diferencias, no obstante que la figura ha venido siendo estudiada y desentrañada por los operadores del derecho tanto en la esfera judicial, como por la doctrina.

México no es la excepción en cuanto a asimilación del *trust*, el éxito que ha tenido en el Reino Unido para el manejo de patrimonios destinados a cumplir finalidades de muy diversa índole, lo ha colocado como una de las figuras más importantes y representativas del sistema anglosajón, tan es así que ha tenido una gran influencia en todo el mundo para situarse principalmente en los países que tienen la influencia directa del *Common law*, como los Estados Unidos de América y gran parte de Canadá, que desde su colonización por los ingleses adoptaron el régimen jurídico de aquellos, además de otros países miembros actuales del *Commonwealth of Nations*, como Australia, Chipre, Nueva Zelanda, etc., que alguna vez fueron colonias del imperio británico.

También ha sido incorporado en los países con sistemas jurídicos de influencia romanista, entre los que se encuentran la provincia de *Québec* en Canadá, el Estado de *Louisiana* en los Estados Unidos de América, así como en la mayoría de los países europeos e incluso asiáticos como Japón, que desde 1922 incorporó al *trust* a su legislación bajo el nombre de fideicomiso.³ Más recientemente en Rusia y República Popular China, en donde es evidente que la figura que nos ocupa esta resultando de suma importancia en sus relaciones jurídicas.

En Latinoamérica ha tenido una gran aceptación prácticamente en todos los países, los primeros intentos de incorporación se dieron a principios del siglo pasado, iniciando su importación prácticamente en la segunda década del mismo con las leyes de Panamá, Chile, Colombia y México, posteriormente se han ido sumando el resto de los países, entre los que se encuentran Venezuela, cuya legislación sobre fideicomisos se remonta a 1956 y más recientemente Argentina que data del año 1995.

La relevancia que se le ha dado a la figura desde hace prácticamente un siglo, se vio incrementada a partir de la terminación de la segunda guerra mundial y se acentúa con el proceso de globalización e internacionalización de la economía en la que se encuentra actualmente inmerso prácticamente el mundo entero.

Resulta evidente que las barreras para el intercambio de bienes y servicios a nivel mundial están desapareciendo con el fenómeno de la globalización, esto implica la necesidad de regular las relaciones cotidianas que surgen entre los ciudadanos de los diversos países. Los mecanismos que se vienen utilizando para facilitar el intercambio comercial van desde el establecimiento de zonas de libre comercio mediante la celebración de tratados específicos para ese efecto, hasta la integración de uniones que implican la desaparición de las fronteras para el libre tránsito de bienes, personas, servicios y capitales, teniendo como ejemplo vanguardista a la Unión Europea que ha logrado la integración económica y en buena medida política de los países miembros, todo ello apoyado

³ Sobre la importación de la figura a los diversos sistemas jurídicos, ver Lapaulle, Pierre. *Tratado Teórico Práctico de los Trusts en Derecho Interno, Derecho Fiscal y en Derecho Internacional*. traducción y estudio sobre el fideicomiso mexicano por Pablo Macedo. Editorial Porrúa, México, 1975, p. 373 y ss.

necesariamente en la incorporación de un ordenamiento jurídico uniforme en donde se le da primacía al derecho comunitario sobre la legislación propia de cada uno de sus miembros.

Estos mecanismos tienen como objetivo el fomentar el intercambio de bienes y servicios, así como la liberalización progresiva de los mismos frente a las barreras arancelarias, con el consiguiente beneficio para los países participantes por el crecimiento de sus economías, ya que ese intercambio trae como consecuencia la atracción de inversión foránea, nuevas tecnologías, generación de empleos, incremento en las oportunidades de desarrollo para sus ciudadanos, la concertación de alianzas estratégicas entre los nacionales de los países participantes para llevar a cabo conjuntamente proyectos de inversión, etc.

Existen infinidad de procesos de integración económica en el mundo, entre los que destacan los bloques o uniones económicas como el Mercado Común del Sur, conocido como MERCOSUR, la Comunidad Económica Euroasiática o CEEA; los tratados de libre comercio, como los celebrados por México con los países de Norteamérica, algunos de Centro y Sudamérica, así como con bloques como el mismo MERCOSUR y con la propia Unión Europea, entre muchos otros. Así al igual que México cada país viene celebrando tratados internacionales para desarrollar el intercambio económico, obviamente con la problemática de la regulación jurídica de las operaciones que se llevan a cabo, dada la diversidad de ordenamientos jurídicos que pueden resultar aplicables.

De la diversidad de ordenamientos que pueden estar implicados en una operación de intercambio, se deriva la necesidad de lograr una integración regional e incluso internacional de las normas jurídicas, de tal manera que permita cumplir con los requerimientos sociales, financieros y económicos que representa el fenómeno de la globalización, ya que este fenómeno no se limita únicamente al aspecto económico, sino que implica una transculturación muy importante que obliga al operador del derecho a enfrentarse a múltiples problemas de aplicación de las diversas normas que regulan las relaciones entre los participantes y que en muchas ocasiones resultan incompatibles con las propias o incluso desconocidas.

Esta labor de integración no es sencilla, pues se tiene primeramente que armonizar los ordenes jurídicos para luego unificarlos mediante la codificación de las diversas reglas que regulan internacionalmente la operación o relación jurídica de que se trate, lo que puede llegar a ser muy complejo. Para delimitar el alcance de la integración es necesario identificar primeramente los elementos más relevantes, para después seleccionar los que de acuerdo a los factores políticos, económicos y sociales resulten más convenientes de incluir, además de los aspectos innovadores con los que se complemente la codificación.

La forma más idónea de realizar la identificación de los elementos que intervienen en una relación jurídica, es mediante la comparación de los diversos órdenes jurídicos que la regulan, de tal manera que al contrastarlos se identifican los puntos comunes y los divergentes, permitiendo elegir lo más adecuado para regular la relación jurídica de que se trate y lograr así la armonización del derecho.

Actualmente, tanto el *trust* como el fideicomiso son instrumentos jurídicos que por sus características y su gran flexibilidad han sido utilizados internamente en un sinnúmero de países para situaciones muy variadas, jugando un papel muy importante en diversos ámbitos, entre los que destacan las relaciones económicas y financieras. Estas particularidades pueden resultar muy efectivas para la concertación de operaciones internacionales, pudiendo con ello coadyuvar a la internacionalización no sólo de las operaciones comerciales, sino en una amplia gama de situaciones jurídicas, como pudieran ser las familiares, laborales, personales, etc.

La aplicación de ambas figuras como instrumentos que faciliten de operaciones internacionales presenta serias dificultades para su aplicación fuera de su ámbito territorial de validez, sobre todo cuando la figura es desconocida en la legislación de una de las partes contratantes. Esta situación se complica cuando se presenta un conflicto que debe resolverse en un país con tradición jurídica distinta a la de la otra parte, ya que al desconocer la figura la *lex fori* esta resulta inaplicable en el derecho interno.

La problemática de aplicación tiene que ser resuelta conforme a las reglas del derecho internacional privado, teniendo cada ordenamiento jurídico sus propias normas conflictuales para enfrentarla; sin embargo, dentro de los esfuerzos que se han dado para lograr la integración jurídica regional e internacional, existen varios convenios internacionales suscritos que pueden ser aplicados a las figuras en estudio.

Así por ejemplo en Europa encontramos el Convenio de Roma de 1980 Sobre la Ley Aplicable a las Obligaciones Contractuales, suscrito por los países integrantes de la Comunidad Económica Europea dentro de los trabajos de unificación jurídica de dicha comunidad, sin embargo, en el inciso c) del punto 2 de la cláusula primera, se excluye expresamente la regulación del *trust*, sin que exista actualmente una legislación uniforme sobre el particular, esto en virtud de las dificultades que implica tal unificación al confluir sistemas jurídicos de las dos familias jurídicas más importantes del mundo. No obstante lo anterior, existen resoluciones de la Unión Europea que buscan la aproximación del derecho civil y mercantil de los estados miembros con el objeto de alcanzar soluciones y conceptos jurídicos comunes, así como una terminología jurídica uniforme para aplicarse a diversos ámbitos, entre los que se encuentra el derecho del *trust* a que nos referiremos más adelante.⁴

En América también se han hecho esfuerzos para armonizar regionalmente los ordenamientos jurídicos en diversos aspectos, destacando, el contenido en la Convención interamericana sobre derecho aplicable a los contratos internacionales conocida como Convención de México, que constituye un avance significativo en la codificación del derecho internacional privado en América, tendiente a unificar las normas de conflicto de leyes en materia contractual que surgen entre los países del continente. Esto es importante ya que en América también confluyen ordenamientos de las familias del *Common law* y del

⁴ Sobre la unificación jurídica de la comunidad, ver el Convenio 80/934/CEE, Sobre la Ley Aplicable a las Obligaciones Contractuales, [en línea] [consultado el 9 de agosto del 2009]. Disponible en la World Wide Web: <http://www.judictura.com/Legislacion/1817.pdf> y la Resolución del Parlamento Europeo sobre la aproximación del Derecho civil y mercantil de los Estados miembros (COM(2001) 398-C5-0471/2001 - 2001/2187(COS), [en línea] [consultado el 6 de marzo del 2008] publicada en el Diario Oficial de las Comunidades Europeas ES 13.6.2002. el 15 de noviembre de 2001. Disponible en la World Wide Web: eurlex.europa.eu/pri/es/oj/dat/2002/ce140/ce14020020613es05380542.pdf.

Civil law, con las consiguientes problemas de armonización e integración a que nos hemos referido.

En el ámbito internacional también se han hecho esfuerzos integradores, así el 1º de Julio de 1985 se firmó la Convención de la Haya relativa a la ley aplicable al *trust* y su reconocimiento, con el objeto principal de adoptar disposiciones comunes para todos los participantes sobre la ley aplicable al *trust* y resolver los problemas más importantes que se suscitan con relación al reconocimiento de los efectos jurídicos que puede llegar a producir en un país distinto a aquel en el que fue creado.

Ahora bien, como lo señalamos anteriormente, México, desde hace algún tiempo tiene una participación muy activa en el actual proceso de globalización de la economía. Las relaciones que se han cimentado en el intercambio de bienes y servicios a través de las firmas de tratados de libre comercio con diversos países de América y Europa, principalmente, son un primer paso para lograr el establecimiento de comunidades económicas dirigidas a lograr el libre tránsito de bienes, personas y capitales en los países participantes. Esto nos lleva a considerar la posibilidad y conveniencia de utilizar la figura del fideicomiso como instrumento que facilite el establecimiento y desarrollo de las más diversas actividades y operaciones que se presentan en las relaciones económicas, financieras y personales que surgen entre los nacionales de los países involucrados, sin embargo, la utilización de la figura implica una aplicación fuera de su ámbito espacial de validez del derecho mexicano hacia sus socios comerciales y viceversa, con la consiguiente problemática de aplicación, destacando algunos aspectos que obstaculizan la integración y que continuación abordaremos.

El primer problema que se presenta es el reconocimiento legal que se tenga de la figura, máxime cuando los países socios pertenecen a familias jurídicas distintas. Tal es el caso que se presenta con nuestros principales socios comerciales a raíz de la firma del Tratado de Libre Comercio de Norteamérica (TLC o NAFTA, por sus siglas en inglés), en el que los Estados Unidos de América y Canadá pertenecen a la llamada familia del *Common law*, mientras que México, la provincia canadiense de *Québec* y el Estado

norteamericano de *Louisiana*, a la del *Civil law*. Existen en los tres países figuras que pueden ser equiparables, así en México existe el fideicomiso, en *Québec* una figura similar denominada fiducia y en *Louisiana* una adaptación del *trust* de origen anglosajón, mientras que en el resto de Canadá y en los Estados Unidos de América, tienen implementado esta última figura.

Respecto del tratado de libre comercio que México tiene celebrado con la Unión Europea, se presenta un problema similar, ya que en Europa también confluyen ambas familias jurídicas. Además de existir en el Reino Unido, el *trust* ha sido adoptado o reconocido en otros países, como Mónaco y Malta; también existen otras figuras similares como el *Fiduziariarische treuhand* en Alemania, el *bewind* en Holanda y la fiducia de reciente incorporación en Francia, incluso existen países en el que la figura es desconocida en su derecho interno, como España e Italia.

En las relaciones jurídicas y comerciales con países de Latinoamérica, probablemente el problema no sea tan agudo, ya que la mayoría de los países pertenecen a la familia del *Civil law* y tienen implementado el fideicomiso o fiducia, pese a tener notorias diferencias, también tienen rasgos muy similares, incluso se le conoce como fideicomiso latinoamericano, sin embargo, persiste el problema de aplicación del derecho por pertenecer a sistemas jurídicos distintos.

La problemática de aplicación recíproca de la figura que cada país tenga implementada en su sistema jurídico, se agudiza por la recepción que cada uno debe hacer respecto del resto de los países, sobre todo por la compatibilidad de las figuras.

Tanto el *trust* como el fideicomiso tienen como rasgo común el destinar ciertos bienes para el beneficio de una persona o al cumplimiento de alguna finalidad específica que es señalada por la persona que lo constituye y cuyo cumplimiento se encomienda a un tercero. Etimológicamente ambas figuras significan confianza, pues precisamente la realización de la finalidad buscada implica la esperanza firme que el constituyente deposita en el fiduciario para que éste lleve a cabo los actos necesarios para su debido cumplimiento.

Sin embargo, pese a que en esencia implican lo mismo, ambas figuras están estructuradas de manera diferente y tienen particularidades propias de cada sistema jurídico, lo que dificulta una aplicación uniforme.

Entre los puntos divergentes más relevantes que existen entre el *trust* y el fideicomiso, que obstaculiza la armonización regional e internacional de ambas figuras, destaca en primer lugar su naturaleza jurídica. Desde la perspectiva del acto que les da origen, uno se crea mediante una declaración unilateral de la voluntad y el otro mediante un contrato, lo que es importante analizar con miras a su reconocimiento y efectos que pueda llegar a producir en el ámbito internacional. Otro de los problemas que se presentan se da en lo tocante a la naturaleza de la relación que surge entre el fiduciario y el beneficiario, principalmente respecto de las consecuencias que se originan para el caso de incumplimiento por parte del fiduciario de la finalidad encomendada, sea por omisión o por realización de actos en exceso de facultades o distintos al fin buscado. Este último punto va relacionado con el que consideramos es el principal problema de integración, que se refiere a la naturaleza de la propiedad de los bienes que conformarán el patrimonio destinado a cumplir con los fines establecidos.

El desarrollo del *trust* está íntimamente relacionado con la noción de propiedad que se tiene en el *Common law*. En esta figura se reconoce un desdoblamiento de la propiedad de los bienes en el momento en que el constituyente los destina al cumplimiento de ciertos fines, de tal manera que existe una propiedad legal que ostenta el fiduciario o *trustee* y una propiedad económica que recae en el beneficiario o *cestui que trust*. La noción no parte de una relación jurídica directa entre la persona y la cosa, sino del interés (o *estate*) que la persona tenga respecto de la cosa de acuerdo a la función económica que esta cumpla, por eso pueden existir tantos propietarios como funciones económicas tenga la cosa, siempre que le sean reconocidas por el derecho. En el caso del *trust*, existen dos intereses distintos (el del *trustee* y el del beneficiario) con funciones económicas diferentes. Esta concepción en el *Common law* permitió la creación de un nuevo derecho de propiedad acorde a las necesidades propias de la figura en estudio denominada *equitable ownership*.

Por otro lado en el fideicomiso o fiducia la propiedad de los bienes recae en el fiduciario, quien recibe la propiedad de los bienes y la mantiene en todo momento con la sola obligación de cumplir con los fines encomendados, es decir, es un propietario que no puede beneficiarse de los bienes para sí mismo, sino que tiene que destinarlo única y exclusivamente a los fines establecidos en el acto constitutivo. En el *Civil law* la relación de propiedad representa una relación directa e inmediata del sujeto frente a la cosa, es decir es un poder exclusivo (denominado derecho real) que el propietario ejerce sobre el bien respectivo con exclusión de todos los demás, esta exclusión impide el desdoblamiento de la propiedad y limita la creación de nuevos derechos reales, ya que en los ordenamientos jurídicos de los sistemas pertenecientes a la familia del *Civil law*, estos derechos están limitados a una enumeración que de ellos se hace en los códigos o *numerus clausus* por lo que tradicionalmente se ha considerado que no pueden incluirse nuevos derechos reales distintos a los ya conocidos y por ende tampoco nuevos derechos de propiedad que vayan en contra de la concepción tradicional del término.

Cada uno de los ordenamientos de la familia del *Civil law* que han implementado el fideicomiso o fiducia se han enfrentado a este problema, aportando soluciones diferentes, como el dominio imperfecto o dominio fiduciario de las legislaciones de Argentina y Colombia, o la propiedad fiduciaria como se le conoce en México, incluso se considera como un patrimonio autónomo, sin dueño, en el que ninguna de las partes que intervienen detenta derecho real alguno respecto de los bienes, como sucede en el ordenamiento jurídico de *Québec*.

La diversidad en la naturaleza jurídica del *trust* y del fideicomiso, así como las características de propiedad que en cada uno de los ordenamientos jurídicos le otorgan a los bienes que los conforman, representan una problemática de armonización que impide la aplicación de ambas figuras en los diversos ordenamientos jurídicos que las contemplan, por lo que es necesario, dada las necesidades actuales de interacción, buscar alternativas de aplicación fuera de su ámbito territorial de validez para ser reconocidas en los diversos ordenamientos legales, independientemente de la familia jurídica a que pertenezcan.

Dentro de los estudios doctrinales realizados sobre la convergencia de los ordenamientos de tradición jurídica distinta, destaca un análisis realizado por el renombrado abogado francés Henri Motulsky, quien sostuvo la imposibilidad de constituir un *trust* anglosajón bajo un ordenamiento del *Civil law*, específicamente al amparo de la ley francesa. Las principales objeciones sostenidas se refieren a la idea de una desmembración inadmisibles del derecho de propiedad fuera de las normas habituales, dadas la configuración del *numerus clausus* de los derechos reales, esto por considerar que en los ordenamientos de tradición romanista la única desmembración posible es la del usufructo; otra de las objeciones que se plantean tiene que ver con la unidad e indivisibilidad el patrimonio, tal y como lo traza la doctrina de *Aubry y Rau*, aunque actualmente esta teoría no tiene un valor absoluto, ya que existe un reconocimiento de universalidades de hecho que son tratadas como universalidades jurídicas.⁵

No obstante que se acepte que estas objeciones han sido consideradas tradicionalmente como un obstáculo para la integración, no quiere decir que dichos obstáculos sean insuperables. Existen trabajos de investigación tanto en Europa como en América que tienden a demostrar lo contrario. Por ejemplo, dentro de los trabajos del III Congreso de Derecho Civil Catalán, llevado a cabo en Terragona, en octubre del 2005, bajo la temática denominada “Los patrimonio fiduciarios y el trust”, Sergio Cámara Lapuente al realizar un análisis sobre la situación geoconceptual del *trust*, concluye que si bien es imposible importar el *trust* del *Common law* como tal a los sistemas del *Civil law*, no existen especiales problemas en acoger y moldear el *trust* internacional, regulado en la Convención de la Haya sobre la ley aplicable al *trust* y su reconocimiento. Existen otros trabajos que han profundizado sobre la posible armonización del derecho privado en Europa, entre los que se encuentra el estudio sobre el Derecho europeo de contratos iniciado por los profesores *Ole Landon* y *Hugh Beale*, así como los tendientes a la implementación de un código civil europeo, que pretenden ser un puente entre el *Common law* y el *Civil law*. Más específicamente los trabajos para la integración del *trust* anglosajón

⁵ Citado por Sortais, Jean Pierre. “El trust en Europa”. *Memorias del XVI Congreso Latinoamericano de Fideicomiso*, Octubre del 2006 en Montevideo, Uruguay, Comisión Latinoamericana de Fideicomiso, p. 1 y 2. Disponible en la World Wide Web: http://www.felaban.com/congreso_fideicomiso/documentos/16_Jean-Pierre_SORTAIS.pdf

en los ordenamientos del *Civil law*, destacando los esfuerzos realizados por los profesores *Hayton, Kortmann y Verhagen*, que concluyeron, luego de un minucioso estudio de la regulación de la figura en Escocia, Alemania, Suiza, Italia Francia, España, Dinamarca y Holanda, con los Principios de derecho europeo del *trust*, que pretenden fijar lineamientos comunes a la legislación europea para lograr la armonización del *trust* anglosajón en los ordenamientos de la familia del *Civil law* especialmente con los del derecho continental europeo.⁶

En el continente americano no se le ha prestado la misma atención a la armonización de las legislaciones que regulan al *trust* y al fideicomiso. Un esfuerzo que puede ser considerado en el ámbito normativo es el de la Convención de México, que como lo comentamos anteriormente va tendiente a unificar las normas de conflicto de leyes en materia contractual en el continente. Respecto de la doctrina, existen algunos antecedentes doctrinarios que se han dado principalmente en los congresos organizados por el Comité Latinoamericano de Fideicomiso de la Federación Latinoamericana de Bancos, en los que se detectan algunos trabajos sobre el particular, destacando la ponencia presentada en el congreso celebrado en Caracas, Venezuela en el año 2008 por Roberto González Torres sobre un estudio comparado de la fiducia latinoamericana. Existe otro estudio comparativo realizado por Gustavo Américo Esparza respecto de algunos puntos de los fideicomisos en Argentina, México y Panamá. Ambos ponen de manifiesto la similitud de los diversos ordenamientos en su historia legislativa y en términos generales los elementos objetivos y subjetivos más relevantes, pero no contemplan la posibilidad de una posible armonización de los ordenamientos jurídicos.⁷

⁶ Sobre los aspectos doctrinales del proceso de unificación del derecho europeo de los contratos y del código civil europeo, ver: Díez-Picazo, Luis; Roca Trías, E. y Morales, A. *Los principios del derecho europeo de contratos*. Civitas Ediciones, Madrid. 2002, p. 76 y ss. Sobre los trabajos en materia de *trust*, ver Hayton, David J., Kortmann, S.C.J.J. y Verhagen, H.L.E. *Principles of European Trust Law. Law of Business and finance, Volume I*. Kluwer Law International- W:E:J: Tjeenk Willink. The Hague, The Netherlands, 1999.

⁷ Ver Organización de los Estados Americanos. *Convención Interamericana sobre Derecho Aplicable a los Contratos Internacionales*, 17 de marzo del 2004, [en línea]. [consultado el 27 noviembre 2009], Disponible en la World Wide Web:<http://www.oas.org/juridico/spanish/firmas/b-56.html>. Sobre los trabajos doctrinarios, ver González Torres, Roberto “Aspectos Jurídicos del Fideicomiso en Latinoamérica”, *Memorias del XVIII Congreso Latinoamericano de Fideicomiso*, Octubre del 2008 en Caracas, Venezuela, Comisión Latinoamericana de Fideicomiso. Disponible en la World Wide Web: <http://www.felaban.com/congreso.php?id=32> y Esparza Américo, Gustavo. *El fideicomiso: Introducción a un estudio comparado de su legislación en Argentina, Méjico y Panamá*. Ediciones GOWA Profesionales, Argentina, 2006.

Ante la falta de estudios sobre la armonización de las legislaciones en América respecto de las figuras en estudio, partimos sobre la base de que el uso tanto del *trust* como del fideicomiso ha sido estructurado con criterios diversos y su regulación legal ha estado sometida a muy diversas modalidades dentro de cada sistema jurídico. No obstante que tienen aspectos muy similares, cada país ha adecuado la figura a sus particulares necesidades, lo que hace necesario encontrar las consistencias e inconsistencias de ambas figuras que puedan determinar la posibilidad de lograr una armonización de las normas que lo regulan, de tal manera que los negocios jurídicos de carácter fiduciario puedan surtir plenos efectos fuera del país en que sean celebrados con miras a poder aplicar internacionalmente su régimen legal.

Ante esa perspectiva, respecto de la figura del fideicomiso implementada en Latinoamérica y especialmente en nuestro país, es procedente realizar diversos cuestionamientos en el sentido de que dada su naturaleza jurídica y desde el punto de vista funcional ¿Es posible la aplicación indistinta del *trust* y del fideicomiso en los diversos ordenamientos jurídicos pese a ser de familias jurídicas diferentes? De ser posible esto, ¿Incide en la integración su naturaleza jurídica? ¿La característica de la propiedad de los bienes del *trust* y el fideicomiso constituyen un obstáculo para su integración? ¿Es compatible la regulación actual de México a la luz de la Convención de la Haya relativa a la ley aplicable al *trust* y su reconocimiento para lograr la aplicación fuera del ámbito espacial de validez del fideicomiso? ¿Es viable la incorporación de México a la Convención de la Haya relativa a la ley aplicable al *trust* y su reconocimiento?

Consideramos que entre las legislaciones que regulan los negocios jurídicos de carácter fiduciario pertenecientes a las familias jurídicas del *Common law* y del *Civil law* que serán objeto de contraste, existen concordancias que pueden permitir que tanto el *trust* como el fideicomiso, particularmente el mexicano, lleguen a ser reconocidos en los sistemas jurídicos de ambas familias, permitiendo su aplicación fuera de su ámbito espacial de validez.

Tomando en consideración lo manifestado en el párrafo anterior, llegamos al punto de señalar que el objeto de la presente investigación lo constituye las normas que regulan

las instituciones jurídicas del fideicomiso mexicano, el *trust* anglosajón y la fiducia contemplada en algunos ordenamientos jurídicos de América y Europa, más específicamente las normas relativas a la estructura y elementos que cada ordenamiento jurídico establece para cada una de ellas.

El estudio y análisis de dichas normas tiene como propósito fundamental encontrar elementos comunes que puedan implicar posibilidades de lograr primeramente un reconocimiento y luego una armonización legislativa respecto de la aplicación de las figuras fuera de su ámbito espacial de validez. Consideramos que los requerimientos de la globalización económica y financiera traen como consecuencia una globalización jurídica, por lo que es necesario conocer y reconocer las instituciones jurídicas de los socios comerciales que nos son afines, con la idea de que para reconocer una institución jurídica, primero hay que identificarla y comprenderla, comparándola con la propia, para luego analizar la posible aplicación de una u otra en el ámbito de las relaciones sociales, financieras y comerciales de los países participantes. En esta tesitura estamos concientes de la importancia que representa para el tema la aplicación de las normas derecho internacional privado, sin embargo, siendo coherentes con el objeto de la investigación, únicamente nos abocaremos al análisis de las características de las figuras en estudio desde la óptica de la comparación jurídica, dejando a un lado el análisis de la aplicación de las aludidas normas internacionales, no obstante que será materia de análisis la convención internacional que va enfocada a fijar las reglas para la elección de la ley aplicable en el ámbito precisamente internacional, pero para efectos de nuestra investigación únicamente haremos el análisis para constatar que las características del fideicomiso mexicano, encuadren dentro de la estructura de dicha convención.

El propósito final de la presente investigación es destacar los aspectos principales que tienen que tomarse en consideración para lograr una armonización en los negocios jurídicos de carácter fiduciario, contribuyendo así con algunos elementos que permitan la conformación de aquellos lineamientos generales que en un momento dado puedan tomarse en consideración para guiar la armonización tanto en el ámbito regional, continental e incluso mundial.

La ordenación y sistematización de la presente investigación se llevó a cabo tomando en consideración tres aspectos principales: Surgimiento, estructura y aplicación. Así, como una primera cuestión se aborda lo concerniente al nacimiento y evolución de los negocios jurídicos de carácter fiduciario, hasta llegar a la implementación del fideicomiso en nuestro país. En una segunda etapa, se analiza la estructura del fideicomiso mexicano abordando la problemática que ha representado su naturaleza jurídica, los elementos que lo integran, los diversos tipos de negocios que pueden darse en la práctica jurídica y la determinación del régimen de la propiedad de los bienes, realizando un estudio de comparación jurídica respecto de dichos puntos con el *trust* del Reino Unido, por ser este el modelo original que encuadra los elementos problemáticos ya comentados, así como con otras figuras similares reguladas en algunos sistemas jurídicos pertenecientes a la familia del *Civil law* en países de Europa y América.

Haremos el contraste con la legislación francesa, la elegimos dada la importancia e influencia que ha tenido en el ámbito internacional, principalmente en materia civil, además de haber incorporado recientemente la fiducia en su ordenamiento jurídico. También haremos la comparación jurídica con los ordenamientos de varios países sudamericanos que consideramos significativos en el tratamiento del fideicomiso, como lo son Colombia, Argentina y Venezuela y por último con la legislación de la provincia canadiense de *Québec*, en virtud de ser el único ordenamiento que no otorga derechos reales a los participantes en un contrato de fiducia. Este análisis comparativo nos permitirá determinar en su justa dimensión la conformación del fideicomiso mexicano respecto de otras figuras afines y la viabilidad, desde el punto de vista jurídico y funcional de su aplicación en el ámbito internacional.

En una tercera parte, haremos un análisis de la convención internacional que puede ser aplicada a las figuras en estudio para lograr su reconocimiento fuera de su ámbito espacial de validez originario, básicamente respecto de la Convención de la Haya relativa a la ley aplicable al *trust* y su reconocimiento, dejando a un lado tanto al Convenio de Roma de 1980 sobre la ley aplicable a las obligaciones contractuales, en virtud de que expresamente excluye la regulación del *trust*, como a la Convención interamericana sobre

derecho aplicable a los contratos internacionales, de la cual México es parte, por ser aplicable exclusivamente a las relaciones contractuales.

Para la investigación utilizaremos principalmente el método histórico, el comparativo y el analítico. El primero de ellos lo utilizaremos para conocer los antecedentes de las figuras en estudio y la evolución que han tenido hasta nuestros días, esto con el objeto de comprender la razón por la cual cada una de ellas tiene las características que le distinguen dentro del sistema al que pertenecen. La aplicación del método comparativo, se centrará en las normas que regulan los negocios jurídicos de carácter fiduciario objeto de estudio, es decir, del fideicomiso mexicano, el *trust* del Reino Unido y del fideicomiso o fiducia, específicamente de los ordenamientos jurídicos que los regulan en Francia, Colombia, Argentina, Venezuela y *Québec*, así como de las normas aplicables al *trust* a que se refiere la Convención de la Haya a que hemos hecho alusión anteriormente. El método analítico lo utilizaremos para encontrar el sentido natural y jurídico de las expresiones utilizadas por los legisladores en cada una de los ordenamientos estudiados, lo cual es de suma importancia para entender la problemática que se presenta para la adecuación de las figuras y su posible armonización. También requiere del método sintético al encontrar los conceptos jurídicos comunes en las diversas legislaciones examinadas.

Para llevar a cabo la investigación, acorde a la sistematización arriba comentada, hemos dividido el trabajo en cuatro capítulos, estructurados de la siguiente manera:

En el Capítulo 1, “Los negocios jurídicos de carácter fiduciario y su evolución”, haremos un estudio sobre la evolución de este tipo de negocios, pero únicamente respecto de aquellos que consideramos más relevantes, partiendo de la fiducia y del fideicomiso tal y como se utilizaron en el derecho romano; para continuar con el *Salman* o *treuhand* Germánico, luego el *waqf* que se practica en el derecho islámico, para llegar al *trust* anglosajón y concluir con la recepción del *trust* en Latinoamérica y Canadá con énfasis en la implementación y evolución del fideicomiso en nuestro ordenamiento jurídico.

Posteriormente, en el Capítulo 2, “La naturaleza jurídica del fideicomiso y del *trust* anglosajón”, haremos un somero estudio sobre la naturaleza jurídica del *trust* anglosajón y

posteriormente del fideicomiso, con un análisis comparativo de la naturaleza jurídica de ambas figuras e incorporando un cuadro comparativo que nos permita vislumbrar las posibles coincidencias y divergencias desde su propia naturaleza jurídica.

En este punto profundizaremos en la determinación de la naturaleza jurídica del fideicomiso, ya que ha sido uno de problemas más controvertidos que se suscitaron desde la incorporación de la figura a nuestro sistema jurídico. Para ello partiremos del estudio de aspectos generales del hecho jurídico, para luego abordar las teorías del acto jurídico y del negocio jurídico, siguiendo con la teoría del negocio fiduciario, para finalizar con la ubicación del fideicomiso en el sistema jurídico mexicano, centrándonos en el punto crítico sobre las diversas posturas que consideran la figura como una declaración unilateral de voluntad y las que lo consideran como un acuerdo de voluntades.

En el Capítulo 3, denominado “Aspectos estructurales de los negocios jurídicos de carácter fiduciario y análisis de la propiedad como principal obstáculo de integración del fideicomiso y el *trust*”, profundizaremos en los elementos personales, reales, formales y teleológicos que conforman ambas figuras y sus aspectos operacionales, es decir, los efectos que produce la relación jurídica que surge a raíz de su constitución, así como las causas y efectos que origina su extinción en las partes que intervienen. Posteriormente abordaremos el estudio de la propiedad de los bienes que son materia de la relación fiduciaria, que tradicionalmente es considerado como la principal diferencia y a su vez obstáculo para aplicación de alguna de las figuras fuera de su ámbito espacial de validez, sobre todo cuando la figura en cuestión no existe en el ordenamiento legal en el que va a surtir efectos la relación jurídica.

Este análisis tiene por objeto recabar los datos suficientes y necesarios para hacer el comparativo con el ordenamiento internacional realizado para lograr la unificación del derecho y permitir su aplicación fuera de su ámbito espacial de validez, es decir, la Convención de la Haya relativa a la ley aplicable al *trust* y su reconocimiento.

Cerraremos este capítulo con un análisis de los puntos más relevantes del contraste, acompañando tres cuadros comparativos en los que se destaca las semejanzas y diferencias de cada uno de los puntos analizados. Primeramente se acompaña el cuadro

correspondiente a los diversos tipos de *trust*, comparándolos con los que existen respecto del fideicomiso; un segundo cuadro se contrastan los elementos que conforman los negocios jurídicos de carácter fiduciario en Reino Unido, Francia, Canadá y México; en un tercer cuadro se hace la misma comparación, pero respecto de su regulación en Colombia, Argentina, Venezuela y México.

El estudio comparado con las legislaciones aludidas, nos permitirá visualizar el funcionamiento del fideicomiso mexicano frente a otras figuras similares en el terreno internacional y así estar en condiciones de dimensionar su aplicación en ese ámbito.

Finalmente en el Capítulo 4, “Posible aplicación y reconocimiento del negocio jurídico de carácter fiduciario fuera de su ámbito espacial de validez originario”, abordamos el estudio de la posible aplicación del negocio jurídico fiduciario más allá de las fronteras en las que el ordenamiento respectivo tiene aplicación, para ello haremos el examen de la estructura normativa de la Convención de la Haya relativa a la ley aplicable al *trust* y su reconocimiento, analizando su ámbito de aplicación, la ley aplicable de acuerdo a dicha convención, su reconocimiento y efectos entre los países participantes. Al realizar el estudio cambiaremos la metodología utilizada en los capítulos precedentes, ya que únicamente haremos la comparación de la normatividad del fideicomiso mexicano, analizando cada uno de los artículos de dicha Convención y relacionándolos con la regulación que al efecto se contempla en la legislación mexicana, a efecto de conocer la convergencias y divergencias de ambos ordenamientos y tener así un panorama claro sobre la viabilidad de la incorporación de México a la citada Convención mediante la adhesión correspondiente, en la inteligencia de que la presente investigación se centrará únicamente sobre el análisis de la naturaleza jurídica, estructura y aplicación de acuerdo al tipo de negocios que se manejan en México y su encuadre en la regulación de la Convención, sin atender lo relativo a la viabilidad de la procedencia de la adhesión desde el punto de vista de las normas del derecho internacional público.

Capítulo 1.

Los negocios de carácter fiduciario y su evolución.

SUMARIO: 1.1. La Fiducia y el Fideicomiso en el derecho romano. 1.2. *Salman* o *treuhand* Germánico. 1.3 El *waqf* Islámico. 1.4. El *Trust* Anglosajón. 1.5. Recepción del *Trust* en Latinoamérica.

La confianza es un factor determinante en la celebración de negocios jurídicos, la vemos plasmada a través de la historia del hombre. Se encuentra desde el primitivo trueque hasta en los más sofisticados negocios actuales, destacando la que se deposita en una persona para llevar a cabo actos que el propio interesado por diversas razones no puede o decide no llevar a cabo directamente.

Esas actividades o actos que el hombre decide no llevar a cabo por sí mismo, ha implicado la búsqueda de diversos mecanismos jurídicos para lograrlo. Conforme va evolucionado cada sistema jurídico se han ido encontrado diferentes formas de hacerlo, así en la familia del *Civil law*, encontramos la representación, las sociedades, la fundación, las donaciones, la estipulación en favor de tercero, etc., estas figuras permiten la separación del patrimonio de la persona, destinando una parte a ciertas finalidades específicas; sin embargo, es en el sistema jurídico del *Common law* donde a través del *trust* se ha logrado configurar en un solo instrumento las ventajas con que cuentan las figuras jurídicas mencionadas. Esto ha sido posible gracias a la facilidad que tiene el *trust* para separar la propiedad de los bienes de la persona para destinarlas a un fin específico, limitando al receptor de los mismos la libre disposición de los bienes, lo que permite mantener la seguridad en el cumplimiento del encargo sin necesidad de instrumentar un mecanismo de gestión más complejo, como sería la constitución de una sociedad encargada de cumplirlo. Sobre todo consideramos que además de la versatilidad con que cuenta, su principal fortaleza es precisamente la confianza en la que descansa la figura.

La confianza, de acuerdo con el Diccionario de la Lengua Española, es la esperanza firme en el actuar de alguien.⁸ Esta esperanza va encaminada a una recta forma de proceder, que en los negocios jurídicos de carácter fiduciario evidentemente se deposita en la persona a quien se le entregan ciertos bienes con la encomienda de realizar las finalidades buscadas. En el ámbito jurídico encontramos esta virtud como algo intrínseco del ser humano, que tiene su génesis en la dimensión ética y jurídica del hombre y éste, como ser axiotrópico, como diría Agustín Basave Fernández del Valle busca realizar para lograr su proyecto social.⁹ Esta confianza depositada en una persona para lograr las finalidades buscadas han tenido un desarrollo particular dentro del ámbito de lo jurídico, por ello a continuación procederemos a realizar un análisis de las principales figuras jurídicas que han sido implementadas con base en la confianza y su evolución.

1.1. La Fiducia y el fideicomiso en el derecho romano.

De acuerdo con las manifestaciones vertidas por el legislador mexicano en la exposición de motivos de la Ley General de Títulos y Operaciones de Crédito de 1932; El *trust* del derecho angloamericano es el antecedente directo del fideicomiso mexicano.¹⁰ Sin embargo, como más adelante lo analizaremos, hay autores que sostienen que el *use*, antecedente directo del propio *trust* tuvo sus orígenes en el fideicomiso romano, en el *salman* o *treuhand* del derecho germánico e incluso algunos lo ubican en el *waqf* del derecho islámico.¹¹ Por esta razón consideramos importante tratar de ubicar sus orígenes, para ello nos remontaremos en primer lugar a épocas antiguas del derecho romano, ya que

⁸ Real Academia Española. Diccionario de la de la Lengua Española [en línea] [consultado el 9 de agosto del 2004]. Disponible en la World Wide Web: <http://buscon.rae.es/draeI/>

⁹ Sobre el axiotropismo ver: Basave Fernández del Valle, Agustín. *Filosofía del derecho*. Editorial Porrúa, México, 2001. p. 6 y ss.

¹⁰ Pablo Macedo menciona que fue el único autor del articulado de la Ley de Títulos y Operaciones de Crédito que habría de convertirse en el Título II, Capítulo V “Del Fideicomiso”, señalando que acogió las ideas del profesor Pierre Lapaulle en su artículo denominado “La naturaleza del Trust”. Ver Lapaulle, Pierre, *op. cit.*, supra supra nota No. 3, p. XXV.

¹¹ *Cfr.* Bogert T., George. *Trust*. Sixth edition, West Publishing Co., St. Paul, Minnesota, 1987, p. 6.; Lascala, Jorge Hugo. *Práctica del fideicomiso*. Editorial Astrea, Buenos Aires, 2003, p. 7; Batiza Rodolfo. *El fideicomiso, teoría y práctica*. 6ª edición, editorial Jus, México, 1991, p. 34; Acosta Romero, Miguel y Pablo Roberto Almazán Alaniz. *Tratado teórico práctico del fideicomiso*. Editorial Porrúa, México, 1993, p. 4; Rodríguez Azuero, Sergio. *Negocios fiduciarios*. Legis Editores, Bogotá, Colombia, 2005. p. 17.

nuestro sistema jurídico tiene raíces eminentemente romanistas, además de que es ahí donde se utilizó por primera vez el vocablo *fideicomissum*. Posteriormente haremos un somero análisis de la evolución que tuvo en el derecho germánico, en el derecho islámico y principalmente en el anglosajón, su asimilación en otros sistemas jurídicos occidentales, hasta llegar a su nacimiento y desarrollo en nuestro sistema legal.

En el derecho romano encontramos dos instituciones que por la similitud en las finalidades buscadas a través de su uso, pueden considerarse como antecedentes del fideicomiso actual, ambas tenían su fundamento en la “*fides*”. Por un lado encontramos a la *fiducia* derivada de un acto *inter vivos*, es decir, generada por un acuerdo de voluntades dentro de las relaciones jurídicas de las personas y el segundo es el *fideicomissum* que surgía de una relación *mortis causa* como disposición de última voluntad de la persona.

Resulta difícil establecer el origen exacto de la *fiducia* y el *fideicomissum* en el derecho romano, incluso puede pensarse en la influencia del derecho egipcio, ya que existen alrededor de 300 fragmentos de papiros jurídicos de la época anterior a Alejandro el Grande, que retratan la vida en Egipto de mediados del último milenio antes de Cristo, en ellos se da la impresión de una sociedad en la que la mujer no estaba subordinada al hombre, pues por ejemplo, conserva sus bienes al contraer matrimonio, tiene derecho a una tercera parte de los gananciales del mismo, destacando la facultad de recibir en fideicomiso la herencia de su esposo para beneficio de sus hijos.¹²

El uso de la *fiducia* se remonta a la época clásica del derecho romano, aunque también fue conocido y utilizado desde la época de la República.¹³ Consistía en la transmisión de propiedad mediante la forma solemne llamada *mancipatio* o bien, mediante la *in iure cessio*, dicha transmisión iba acompañada de un *pactum fiduciae*, mediante el cual el *accipiens* recibía la propiedad del bien con el compromiso frente al *tradens* a

¹² Floris Margadant, Guillermo, *Panorama de la historia universal del Derecho*, 7a. edición, Miguel Ángel Porrúa Editores, México, 2002, p. 48.

¹³ La época de la República transcurre del año 509 al 27 A.C., es decir de la publicación de las doce tablas hasta la fundación del Imperio por Augusto y el período clásico va desde este último evento hasta el advenimiento de Constantino en el año 306 D.C., que corresponde al Alto Imperio Romano; Ver Rodríguez Azuero, Sergio, *op. cit.*, supra supra nota No. 11, p. 3.

trasmitirlo, después de que se realizaran determinados fines, al propio *tradens* o a una tercera persona.¹⁴

En un principio carecía de sanción coactiva que protegiese el derecho del que había enajenado; posteriormente la autoridad pretoriana comenzó a aplicar principios basados en la equidad, que se convirtieron en una acción de derecho, la *actio fiduciae* e incluso le concedió al adquirente una acción para resarcirse de los daños o gastos que le hubiese ocasionado la tenencia de la cosa.

Existieron dos formas de *fiducia*, una llamada *fiducia cum creditore contractus* que era una garantía real para el cumplimiento de obligaciones y la *fiducia cum amico*, que consistía en la transmisión de la propiedad de un bien para librar a su propietario de las obligaciones y responsabilidades anexas al derecho de propiedad o bien permitir a un amigo el uso de la misma mediante su transmisión.¹⁵

Mediante la *fiducia cum creditore*, el deudor transmitía a su acreedor una cosa de su propiedad, pactando que el acreedor la devolvería de la misma forma en que la había recibido, es decir, mediante *mancipatio* o *in iure cessio* cuando se liquidara la deuda contraída; en caso contrario el deudor tenía el derecho de reclamar su restitución a través de la *actio fiducia*.

De acuerdo con Fritz Schultz¹⁶ la *fiducia cum creditore* era la única garantía que contaba con una *actio in rem* para el acreedor en caso de incumplimiento, por lo que le representaba una garantía muy eficaz, sin embargo, aunque éste adquiriría el dominio pleno de la cosa, tenía la obligación de mantenerla a disposición del deudor para el caso de que

¹⁴ La *mancipatio* era una forma de adquirir que consistía en la reunión del enajenante y del adquirente con cinco testigos, ante un portabalanzas, declarando el adquirente que la cosa le pertenecía bajo el derecho civil por haberla comprado con ayuda del cobre y la balanza, entregando esta al vendedor simulando el precio. La *in iure cessio* se celebraba ante el pretor, ante quien el adquirente manifestaba ser el propietario de la cosa y aquel preguntaba al cedente si tenía alguna pretensión en contrario, si consentía el pretor sancionaba. Ver Petit, Eugene. *Tratado elemental de Derecho Romano*. Décima séptima edición, Trad. José Fernández González, Editorial Porrúa, México, 2001, p. 262 y ss.

¹⁵ Krieguer Vázquez Emilio, *Manual del fideicomiso mexicano*, Banco Nacional de Obras y Servicios Públicos, S.A., México, 1976, p. 14.

¹⁶ Schultz, Fritz. *Tratado de Derecho Romano Clásico*. Traducción de José Santa Cruz Telgeiro, Editorial Bush, Barcelona, 1960, p. 387 y ss.

éste cubriera el pago, sin importar que ya hubiere fenecido el plazo convenido. El acreedor sólo se libraba de esa obligación cuando el *pactum fiduciae* tuviera una cláusula llamada *lex commissoria* mediante la cual se pactaba que el acreedor podía convertirse en dueño absoluto de la cosa dada en garantía tan pronto venciera el plazo, quedando la deuda extinguida. En virtud de las desventajas que representaba dicha cláusula para el deudor, fue abolida por Constantino, aunque estuvo vigente durante todo el período clásico.

Respecto a la venta de la cosa dada en garantía, es evidente que el acreedor, desde el momento en que tenía el pleno dominio de la cosa, podía transmitirla a un tercero, pero si no estaba autorizado para ello por un *pactum de vendenda fiducia* especial, se hallaba expuesto a la *actio fiduciae* en caso de que el deudor posteriormente pagara la deuda. Es decir, sin el *pactum de vendenda fiducia* el acreedor no estaba facultado para vender la cosa. Cuando la *fiducia* era vendida, el constituyente podía demandar al acreedor por el exceso del precio sobre la deuda, mediante la citada *actio fiduciae*.¹⁷

Así como la *fiducia cum creditore* era muy atractiva para el acreedor, para el deudor representaba todo lo contrario, ya que el objeto únicamente podía ser dado *fiducia causae* por una sola vez, así que si se daba en una segunda ocasión, el deudor corría el riesgo de que el acreedor no cumpliera con su obligación una vez cubierta la deuda.

En la época posclásica desaparecieron la *mancipatio* y la *in iure cessio*, siendo utilizada la *traditio* para la transmisión de los bienes, operando mediante la simple entrega de la cosa, sin embargo, no existió una *traditio domini fiducie causa*, por lo que la *fiducia* también se extinguió; los compiladores justinianos eliminaron radicalmente de los textos clásicos la *fiducia cum creditore*, sustituyéndola con el *pignus*.

Por lo que respecta a la otra forma de *fiducia*, es decir a la *fiducia cum amico*, a diferencia de la *fiducia cum creditore* se realizaba en beneficio de la persona propietaria de la cosa y no de quien sería fiduciario, por lo que se celebraba de manera no onerosa, más bien como una forma de otorgar a alguien de confianza el uso de una cosa, para que

¹⁷ *Ibid.*, p. 396.

se encargase de su administración con la obligación de restituir la cosa una vez que se cumpliera lo pactado.

Mediante la *fiducia cum amico* se enajenaba la propiedad a favor de un fiduciario para que éste lo tuviera en depósito o en comodato durante el tiempo prefijado. Este tipo de *fiducia* se utilizaba algunas veces con el fin de evitar requisas o apropiaciones más o menos arbitrarias de los propios bienes, con motivo de persecuciones políticas, estableciendo en el correspondiente “pacto” que, cuando cesaran las circunstancias que habían motivado el contrato, debía efectuarse la restitución de la *res Mancipi*.¹⁸

No obstante que tanto la *fiducia cum creditore* como la *fiducia cum amico* tuvieron un destacado papel dentro de la vida jurídica de Roma, ambos como contratos que contenían la voluntad de devolver el bien a su dueño original una vez cumplida la finalidad para la cual se celebraba, consideramos que la forma más precisa en que se ubica la figura en estudio dentro del derecho romano se refiere a las disposiciones patrimoniales *mortis causa*.

Es indudable que uno de los aspectos más destacados del derecho romano es el que se refiere precisamente a la sucesión de los bienes de una persona por causa de su fallecimiento. Más de doce siglos de historia de este excepcional pueblo vieron pasar diversas instituciones jurídicas para regular dicha transmisión, algunas de estas instituciones desaparecieron, como el *fideicommissum* y algunas otras permanecieron, influyendo e inspirado a los sistemas jurídicos de occidente.

En lo tocante a transmisión del patrimonio por herencia, además de la transmisión a título universal, existió también la transmisión a título particular, que se realizaba mediante el legado. El *legatum* clásico era una donación a favor de un tercero, impuesta por el testador en su testamento a cargo de su *heres*, de sus *heredes* o de alguno de éstos.

¹⁸ Valiño, Emilio. *Instituciones del derecho privado romano*. Universidad de Valencia. Valencia, 1980. p.391, citado por Rodríguez Azuero, Sergio, *op. Cit.*, supra supra nota No. 11, p. 11.

Por lo que se refiere al vocablo, Fritz Schultz refiere que así como *donare* significa “*donum facere*” *terminare* “*terminum facere*” etc., el término *legare* significa originalmente “*legem facere*” y que *legem* proviene de *lex*, entendida esta como regla o regulación de cualquier especie, sea *lex publica* o *lex privada*, como sería un contrato o un testamento. *Legare* fue usado también en el sentido de *delegare* (delegar), así *legare aliquem* significa enviar a alguien con una *lex*, con una misión, con un cometido.¹⁹ De este uso deriva la expresión legal *legare aliquid alicui* “conferir algo a alguien en virtud de una *lex testamenti*”. *Legare* tal y como se utiliza en las Doce Tablas, comprende toda provisión hecha por el testador en su testamento. Precisamente es en esa provisión donde surge la encomienda que dio lugar a la figura del *fideicommissum*.

El *fideicommissum* se originó en la época republicana como una derivación del legado. *Fidei alicuius committere* significa “encomendar algo a la buena fe de una persona”.²⁰ Se le definía como “Un encargo de confianza que hacía el *de cuius* al futuro heredero o a otra persona para beneficiar con la totalidad o una parte de la sucesión a un tercero”.²¹ Tenía como único fin el eludir las numerosas incapacidades que existían para tener derecho a ser designado heredero, es decir que se constituía para favorecer a personas que no tuvieran *testamenti factio passiva* o capacidad para heredar, como pudieran ser los libertos, esclavos, peregrinos, etc., por lo que también se le conocía como una súplica, dirigida por un fideicomitente a un fiduciario, para que entregara determinados bienes a un fideicomisario.²² Este encargo o súplica se confiaba a la *bona fides* de la persona en quien recaía, era un encargo cuyo cumplimiento no era jurídicamente obligatorio sino más bien una cuestión moral o de honor, de esta manera, el fideicomitente era el autor de la herencia, el fiduciario la persona designada para cumplir el encargo y el fideicomisario, el beneficiario.

¹⁹ Schultz, Fritz, *op. cit.*, supra supra nota No. 16, p. 298.

²⁰ *Ibid.*, p. 300.

²¹ Peña Guzmán Luis Alberto, *Derecho romano*, 2a. edición, Editorial Tipografía de Argentina, Buenos Aires, 1966, p. 669.

²² Floris Margadant, Guillermo, *El Derecho privado romano*, 13a. edición, editorial Esfinge, México, 1985, p. 501.

Por ejemplo, un testador podía encargar a su futuro heredero de modo no formal, es decir, sin que surgiera vínculo jurídico alguno de dicho encargo, hacer algo en favor de una persona, como entregar a ésta una cosa, manumitir un esclavo, etc., confiando en que su deseo se vería cumplido. Tal fue el concepto originario del *fideicommissum*, esto es, aunque no existiera obligación legal de cumplir con el encargo, era una cuestión de honor el llevarlo a cabo, pues era una encomienda basada en la buena fe y en la confianza que el *de cuius* depositaba en el heredero para ver cumplido su deseo.

Disposiciones de esta especie tuvieron su origen en supuestos en que la *institutio heredis* o el *legatum* no eran utilizables por el testador. Por ejemplo, cuando un testador deseaba transmitir sus bienes a una mujer, no podía hacerlo, pues esta transmisión estaba prohibida por la *lex vaconia* (Gayo, 2.226); tampoco podía transmitírseles a un *peregrinus*.²³

Tal vez por la ausencia del vínculo jurídico formal que se dio en sus orígenes, para ordenar un *fideicommissum* no se requería fórmulas estrictas como en el caso de los legados, cuya efectividad en la transmisión del bien dependía de la fórmula utilizada al instituirlo, así, por ejemplo, en el caso del *legatum per vindicationem*, el legatario adquiría la propiedad de la cosa que le había sido legada, sin necesidad de un acto especial de transmisión por parte del heredero, teniendo en caso de negativa sobre la entrega de la cosa, la acción *rei vindicatio* para reclamar la entrega del bien. La fórmula necesaria y obligatoria para quien deseaba esta forma de legado, era utilizar *do lego*, aunque también se aceptaban las fórmulas *sumito*, *capito*, *rem sibi habeto*, implicando todas ellas la adquisición de la propiedad por parte el legatario. Por otro lado, podía instituirse el *legatum per damnationem*, en el cual el testador no transmitía el bien al legatario, sino al heredero, imponiéndole la obligación de transferirlo al legatario mediante una *mancipatio*. La fórmula usualmente utilizada era con las palabras *damnas esto*, aunque cualquier fórmula imperativa, como la *dato*, fue considerada suficiente, por lo que el heredero podía ser obligado por el legatario a realizar la prestación instituida en su favor.²⁴

²³ Schultz, Fritz, *op. cit.*, supra nota No. 16, p. 300.

²⁴ *Ibid.*, p. 305 a 310.

Para ordenar un *fideicomissum* no se requería de formalidad alguna, bastaba utilizar las fórmulas *fidei committo, rogo, peto*, pero también se permitieron otras fórmulas siempre y cuando revelasen de modo suficiente la intención de disponer un *fideicomissum*.²⁵

La persona quien lo llevaba a cabo, podía ser el propio heredero o cualquier otra persona que tuviera o no vínculos con el difunto: el encargo no se ajustaba a ninguna formalidad como la que debían hacerse para el testamento, pudiendo efectuarse oralmente y hasta por medio de gestos o señales que indicaran la intención de constituirlo, de igual manera se procedía para su revocación.

Existieron dos tipos de *fideicommissum*.²⁶

El *fideicommissum libertatis* que se utilizaba como un modo indirecto de otorgar la libertad mediante un testamento. La persona a quien se confería el encargo, tenía la obligación moral de conceder al esclavo la libertad.

El *fideicommissum hereditatis* se utilizaba para la transmisión de bienes, sólo que este a diferencia del *legatum* podía instituirse respecto de la totalidad de la herencia o sólo una parte. Así por ejemplo el testador podía instituir heredero a una persona, encargándole al mismo tiempo por *fideicommissum* que a su fallecimiento transmitiera la herencia a un tercero; aunque el primero fuera considerado heredero y el segundo sólo *fideicommissarius*, la posición jurídica de éste, mediante los senadoconsultos *Trebellianum* y *Pegasianum*, se asimilaba a la del *heres*, por lo que el *fideicommissum hereditatis* fue un sustituto utilizado en los casos en que una *institutio heredis* era prohibida por aplicación del principio *semel heres, semper heres*, con lo que se originó el llamado *substituto fideicommissaria*.

El carácter del *fideicommissum* cambió radicalmente en tiempos de Augusto para ser desde entonces, una disposición jurídicamente obligatoria. Aunque no se otorgó al

²⁵ *Idem.*

²⁶ *Idem.*

beneficiario una acción en sentido clásico, pudo éste, mediante una *extraordinaria cognitio*, compeler a la persona gravada con el fideicomiso, para que cumplierse el deseo del *de cuius*.

Las autoridades competentes para iniciar este procedimiento fueron, a partir de Claudio, los cónsules, un especial *praetor fideicommissarius*. Fueron dictados numerosos senadoconsultos en torno a la regulación de las diversas hipótesis que podían darse, destacando el senadoconsulto Treveliano, que dispuso que una vez hecha la transferencia de los bienes al fiduciario, se entendía que los derechos y acciones correspondían al fideicomisario, por lo que debía soportar las cargas propias de esa condición, sustrayendo así al fiduciario de los ataques dirigidos por los acreedores de la sucesión.²⁷ Luego que el *fideicommissum* estuvo protegido por una acción, su denominación denota únicamente que se haya excluido del procedimiento ordinario *per formulas* y que la buena fe que lo anima, determina la medida y alcance en que debía ser ejecutado.

El *fideicommissum* al igual que el legado fueron revocables, aunque en el caso del primero no se requería formalidad alguna, incluso podía revocarse implícitamente, por ejemplo vendiendo el bien, caso en el cual se consideraba el *fideicommissum* nulo *ipso iure*.

Por lo que se refiere a los efectos jurídicos del *fideicommissum*, Fritz Schultz señala que los fideicomisos al igual que los legados, tenían dos momentos de suma importancia respecto de la forma en que se consideraba adquirido: El *dies cedens* y el *dies veniens*.²⁸

En el *dies cedens* el *fideicommissarium* adquiriría una expectativa para recibir el beneficio que el *de cuius* establecía a su favor mediante el fideicomiso, pero dicha expectativa no era transmisible a sus herederos hasta en tanto no se ejecutara el *fideicommissum* mismo, es decir, nacía únicamente la expectativa del derecho del *fideicommissarium* a recibir el provecho del fideicomiso, pero si moría antes del *dies*

²⁷ Rodríguez Azuero, Sergio, *op. cit.*, supra nota No. 11, p. 12.

²⁸ Schultz, Fritz, *op. cit.*, supra nota No. 16, p. 298.

cedens el *fideicommissum* no surtía efecto respecto de sus propios herederos. El *dies cedens* era el día en que ocurría la muerte del *de cuius*, dejando un heredero *ab intestato* gravado con el fideicomiso; cuando el encargo se ordenaba testamentariamente el *dies cedens* era el día en que tenía lugar la apertura del testamento.

El *dies veniens* era el día en que el heredero gravado con el *fideicommissum* adquiriría la herencia o el día en que el legatario gravado con el *fideicommissum* adquiriría el *legatum*; en este día la expectativa del *fideicommissarium* se convertía en derecho de acreedor para recibir el *fideicommissum* tal y como lo estableciera el *de cuius*, de tal suerte que en el *dies veniens* se consideraba realizada la adquisición del *fideicommissum* y el *fideicommissarius* se hacía acreedor, aunque, como ya comentamos, no existió una *actio ex fideicommissum* propiamente dicha, sino que el fideicomisario tenía que hacer valer su derecho mediante una *extraordinaria cognitio*.

Otro efecto jurídico importante del legado que repercutió en el *fideicommissum* lo encontramos en la repudiación de la herencia, ya que al representar una carga para el heredero y para el legatario gravado, éstos tenían la facultad de repudiarla, en cuyo caso el fideicomiso resultaba ineficaz; sin embargo, para compeler al heredero o legatario a aceptar la herencia, una *lex falcidia* concedía al heredero, libre de *legatum*, la cuarta parte de la herencia líquida, llamada *quarta falcidia*, cuando los *legata* excedían de las tres cuartas partes de la herencia líquida; respecto del *fideicommissum*, el fiduciario no tenía que pagar nunca más de lo que recibía del *de cuius*, pero no podía en cambio retener la *quarta*, sin embargo, un *senadoconsulto pegasianum* otorgó también la *quarta* al heredero testamentario en caso de *fideicommissum* y Antonino Pío reconoció dicho derecho para los herederos *ab intestato*.³⁰

Los fideicomisos podían ser universales, si se referían a parte o la totalidad de la herencia, en este caso el testador encarga al fiduciario ponerla a disposición del fideicomisario tan pronto como haga adición de la herencia; el fiduciario le hace entrega mediante una venta ficticia y el fideicomisario exigía la entrega de las cosas corporales.

²⁹ *Ibid*, p. 314.

³⁰ *Idem*.

También podían ser a título particular cuando únicamente se constituían para objetos determinados, llegándose a asimilar con el legado en la época de Justiniano.³¹

Un rasgo importante del fideicomiso romano, que motivó su evolución y transformación en las llamadas vinculaciones, fue el que podía ser hecho sujeto a término o bajo condición. Una de las aplicaciones más importantes del fideicomiso condicional es aquella donde, tratándose de fideicomiso universal, se fija el tiempo de su ejecución a la muerte del fiduciario, es decir que el testador podía designar herederos sucesivos, integrando una cadena sin fin de propietarios sujetos al régimen de substituciones, con el rasgo común de la obligación para el adquirente de transmitir los bienes heredados a una persona determinada, lo que producía el efecto jurídico de una propiedad vinculada y el económico de impedir la libre circulación de esos bienes.

Desde el siglo II se usó la substitución fideicomisaria para transmitir el patrimonio hereditario a una persona por mediación de otra, para vincular el patrimonio o al menos una parte de él dentro de una familia a través de varias generaciones. La forma adecuada para ese fin era esta substitución que obligaba al instituido a dejar el patrimonio recibido después de su muerte a una determinada persona, repitiendo esta disposición a favor de una serie de individuos de la misma familia, se obtenía un fideicomiso familiar y que de acuerdo con Agustín Bravo González se permitió hasta por una generación en la época clásica, para cuatro generaciones bajo Justiniano e indefinidamente en la edad media, dando como consecuencia una figura típica de esa época: El mayorazgo, que evitaba la circulación de los bienes fuera de una determinada familia al establecer que únicamente podía ser titular de dichos bienes el primogénito, sin poder disponer de ellos y con la obligación de conservarlos íntegros y dejarlos a su primogénito y así sucesivamente, para preservarlos perpetuamente a favor de la familia, con la prohibición de enajenarlos; cabe señalar que esta figura actualmente se encuentra prohibida en nuestro sistema jurídico.³²

³¹ Bravo González Agustín y Beatriz Bravo Valdés, *Segundo curso de derecho romano*, Editorial Pax-México, México, 1975, p. 242.

³² *Ibid.*, p. 245.

1.2. *Salman* o *treuhand* Germánico.

Giuseppe Messina en su obra *Negozi Fiduciari, Scritti Giuridici* señala que en el derecho germánico antiguo existieron figuras jurídicas que tienen los rasgos similares a la fiducia y al fideicomiso del derecho romano, tanto en su finalidad como en su forma de operar; destacando en primer lugar la prenda inmobiliaria, figura que tenía la misma finalidad que la *fiducia cum creditore* del derecho romano, es decir, se constituía como una forma de garantizar obligaciones de pago y consistía en la transmisión de un bien inmueble mediante la entrega que hacía el deudor al acreedor de una carta *venditionis* con lo cual se garantizaba la obligación de pago y simultáneamente la entrega de una contracarta por parte de éste último, en la cual se obligaba a restituir el inmueble transmitido una vez que del deudor hubiese cumplido satisfactoriamente con la obligación a su cargo.³³

En el derecho germánico, al igual que en el derecho romano, existieron ciertas restricciones en derecho sucesorio relacionadas con los herederos legítimos. Sin embargo, sí como en el primero de ellos existió el *fideicomisum hereditatis* para salvar las restricciones, en el segundo surgió el *manusfidelis*, figura equivalente al fiduciario, persona a quien se le transmitía la propiedad de un bien, también mediante la entrega de una carta *venditionis* con el encargo de transmitirla a un tercero a quien se pretendía beneficiar, cabe señalar que al igual que en la prenda inmobiliaria, el *manusfidelis* suscribía una contracarta documentando la obligación de retransmitir al beneficiario.

Alrededor del siglo quinto de nuestra era, surgió la figura del *Salman* o *treuhand*, similar al *manusfidelis* que desempeñaba el cargo de fiduciario para recibir un bien inmueble y transmitirlo a un tercero. El *Salman* recibía el encargo y por tanto actuaba como fiduciario del enajenante, es decir, fungía como intermediario en la enajenación del inmueble, recibiendo las instrucciones de aquél y por tanto actuaba en su beneficio por lo que en caso de existir algún beneficio estaba obligado a entregarlo al enajenante verdadero. Cabe señalar que también se expedía la carta *venditionis* y la contracarta

³³ Citado por Villagordoa Lozano, José Manuel. *Doctrina general del fideicomiso*. Editorial Porrúa, México, 1976, p. 4.

respectiva. En el derecho germánico moderno el *Salman* actúa como fiduciario del adquirente, ya no del enajenante, por lo que adquiere el bien por cuenta de aquél, teniendo la obligación solemne de trasmitírselo.³⁴

Cabe señalar que las figuras surgidas en el derecho romano, tienen como característica especial la integración de un elemento real y uno obligacional, es decir, la transmisión de la propiedad o de un derecho de crédito, que va íntimamente ligado con una obligación de hacer, consistente precisamente en restituir la cosa, transmitirla a un tercero o realizar determinados actos, cuyo cumplimiento estaba supeditado a la voluntad y buena fe del fiduciario, situación que como lo comentamos anteriormente, no siempre fue cumplido puntualmente; en el derecho germánico no encontramos esta situación, ya que el elemento obligacional no está supeditado a la voluntad del fiduciario, sino que existe una condición resolutoria contenida en la contracarta que tiene efectos sobre el inmueble respectivo y frente a terceros, incluido el propio fiduciario, que impide el abuso de éste frente a aquellos por lo que se refiere a la transmisión del inmueble.

La fiducia moderna tiene su nacimiento con el pandectismo alemán de finales del siglo XIX, atribuyéndosele a Ruegelsburger la formulación del moderno negocio fiduciario en el año de 1893, basado en la teoría del doble efecto o *Vollrechtstheorie*, consistente en la transmisión real y obligación personal, que implica una transmisión plena a favor del fiduciario, de tal forma que los bienes se integran a su patrimonio, sin separación ni segregación alguna, con el consiguiente riesgo del abuso del fiduciario y del ataque de sus acreedores.³⁵ Paralelamente, aunque no aplicada a los negocios fiduciarios, se desarrolló por parte de *Brinz y Backer* la teoría de “los patrimonios destinados a un fin” o *Zweckvermögen*, con la que se impugnaba la teoría ya consolidada de *Aubry y Rau* sobre la indivisibilidad del patrimonio. Sólo pasados algunos años se aplicaría la teoría de los patrimonios de afectación a los modernos negocios fiduciarios, para corregir las indeseables consecuencias de la teoría del doble efecto de la “fiducia romana pura”.³⁶

³⁴ *Idem.*

³⁵ Muñoz, Luis. *El fideicomiso*. Segunda edición. Cárdenas Editor y Distribuidor. México, 1980, p. 67.

³⁶ Cámara Lapuente, Sergio. “Breve compendio geo-conceptual sobre trust” en Nasarre Aznar, Sergio y Martín Garrido, Melero (coordinadores). *Los patrimonios fiduciarios y el Trust*. III Congreso de Derecho

Existen dos tipos de fiducia en Alemania, la fiducia auténtica o *echte Treuhand*, y la fiducia inauténtica o *unechte Treuhand*.³⁷ La primera puede tener funciones de garantía o funciones de gestión, mediante las cuales existe una transferencia de los bienes del fiduciante al fiduciario, conservando aquel, la posesión de los bienes. En la fiducia inauténtica, el fiduciante no traslada directamente los bienes al fiduciario, sino que éste es el encargado de adquirirlos de terceros.

Ya recientemente, Alemania ha buscado incrementar el uso del *treuhand* para convertirla en una herramienta de carácter financiero, principalmente en el ámbito de las operaciones pasivas del mercado hipotecario.³⁸

1.3 El *waqf* islámico.

El *waqf* consiste en la donación de un bien para el uso de unos beneficiarios bajo la administración de un fiduciario.³⁹ Implica la detentación de uno o varios bienes, propiedad de una persona y de sus productos presentes y futuros para destinarlos a alguna finalidad caritativa.

Puede decirse que el *waqf* significa donar a perpetuidad el usufructo de un bien a favor de instituciones religiosas o de bien público o para un fin benéfico o de utilidad general, quedando el bien afectado totalmente inmovilizado y fuera del comercio.⁴⁰

Es usado en el Islam para desarrollar ciertas propiedades, preservándolas para destinarlas a fines filantrópicos, prohibiendo cualquier otro uso o disposición fuera de su

Civil Catalán. Colegio Notarial de Cataluña, Marcial Pons, Ediciones Jurídicas y Sociales, Madrid, 2006, p. 26.

³⁷ Sortais, Jean Pierre, *op. cit.*, supra nota No. 5, p. 6 y 7.

³⁸ *Ibid.*, p. 744.

³⁹ Avini, Avishek. "The origins of the modern English trust revisited". *Tulane Law Review*, Tulane University, No. 40, Marzo de 1996, p. 1152.

⁴⁰ Estevez Brasa, Teresa M. *Derecho civil musulmán*. Ediciones Depalma, Buenos Aires, 1981, p. 268.

objetivo específico.⁴¹ El constituir un *waqf* implica, por un lado destinar la propiedad de un bien a un servicio público para que se beneficien los demás y por otro, hacerlo en forma permanente, es decir, a perpetuidad.

Como institución islámica, el *waqf* tiene un carácter eminentemente religioso, por lo que consideramos que opera como una liberalidad en beneficio de terceras personas, pero con la finalidad de complacer a la Divinidad, razón por la cual quien instituye un *waqf* lo hace en forma irrevocable, perdiendo el derecho de propiedad respecto de los bienes afectados al mismo. Es importante señalar que en el sistema jurídico islámico el derecho se encuentra vinculado con la religión, ya que en el *qur'an* no se vislumbra una distinción consistente entre la norma moral y la norma jurídica, por lo que desde que la normativa ética-religiosa comenzó a revelar las fuentes del Islam, toda la gama ética en su conjunto fue absorbida por la ley en sentido formal.⁴²

En cuanto a la estructura del *waqf*, a la persona que lo instituye se conoce como *waqif*, figura equivalente al del *settlor*, al *salman* y al fideicomitente, y al igual que como sucede con éstos últimos, consideramos que por la naturaleza de su afectación, el *waqif* debe tener la capacidad legal suficiente para realizar el acto, además de que los bienes deben ser de su exclusiva propiedad y no estar sujetos a limitación o gravamen alguno, ya que la momento de constituir el *waqf* estos serán destinados en forma permanente a los fines que al efecto se establezcan.

La escritura de constitución del *waqf* se llama *waqfiyye*. El *waqf* se crea con la declaración del *waqif* en el sentido de que el provecho de la propiedad ha sido permanentemente reservado a una finalidad específica.⁴³ Posteriormente estipula las condiciones del *waqf*, establece la forma en que van a ser administrados los bienes, la aplicación de la renta que generen y quiénes van a ser los beneficiarios, así como el nombre

⁴¹ Baskan, Birol. "Waqf System as a Redistribution Mechanism in Ottoman Empire". Northwestern University. Department of Political Science. [en línea] April 2002. Pág. 11. [consultado el 27 Abril 2006], Disponible en la World Wide Web: http://cas.uchicago.edu/workshops/mehat/past_conferences/Baskan.pdf.

⁴² Dahlén, Ashk P. *Islamic Law, Epistemology and Modernity*. Shahrugh Akhavi, University of South Caroline. New York & London. 2003, p. 41.

⁴³ Avini, Avishek, *op. cit.*, supra nota No. 39, p. 1153.

de los administradores, y, en su caso, cuanta gente va a trabajar para hacerlo funcionar y cuanto se les va a pagar por su trabajo; una vez fijados los términos del acto, se formaliza con la ratificación por parte del *Qadi* o juez, estampando su sello y su firma. La *waqfiyye* adquiere validez desde que se inscribe en el *Sijill* (Registro) del *Qadi*.⁴⁴

Para que el *waqf* sea considerado como válido, requiere satisfacer tres condiciones esenciales, la primera consiste en que la afectación sea a perpetuidad; la segunda es que pueda ejecutarse inmediatamente y la tercera es que dicha afectación sea irrevocable, por ser siempre de carácter caritativo, ya que la única forma en que pueda extinguirse un *waqf* es que el *waqif* deje de pertenecer al Islam, fuera de esa excepción, los bienes van a ser siempre inmunes a la confiscación por parte de las autoridades temporales.⁴⁵

Generalmente es aceptado ubicar el surgimiento del *waqf* en épocas posteriores a las leyes pre-islámicas de Arabia Saudita, ya que la figura no es mencionada en el *Qur'an*, como si sucede en el *Hadith*, donde tiene abundantes referencias. Sobre su origen, una tradición señala que en una ocasión el profeta *Mohammad* quería comprar ciertos jardines para construir una mezquita pero el propietario no quiso tomar el dinero, sino que dio la tierra para uso de Dios. Otra tradición habla que el califa Omar, quien había adquirido valiosas tierras, cuestionó al profeta si podía darlas en caridad, el profeta respondió negativamente instándolo a “mantener las cosas para los devotos y sus frutos para propósitos píos.” Omar siguió el consejo del profeta y dispuso que la tierra no pudiera ser legada ni enajenada, pero si ser usada para esos propósitos.⁴⁶

Como en las demás figuras que venimos estudiando, el constituyente será quien determine los términos y condiciones en que habrán de utilizarse los bienes, así el *waqif* será quien señale como va a operar el *waqf*, puede tomar las provisiones que considere necesarias para la selección de los *mustahiqqun* o beneficiarios, designar al administrador o ejecutor, figura similar al *trustee*, aquí llamado *mutawalli*, y señalar la forma de

⁴⁴ Maksudoglu, Mehmet. *Waqf*. [consultado el 27 Abril 2006] Disponible en la World Wide Web: <http://dinarydirham.com/los-awqaf.html>

⁴⁵ Avini, Avishek, *op. cit.*, supra nota No. 39, p. 1154.

⁴⁶ *Idem*.

distribución de los productos que generen los bienes. Puede también reservarse el derecho de revocar el nombramiento del *mutawalli* y de designar uno nuevo e incluso puede reservar dicho nombramiento para el mismo; sin embargo, en este caso no podrá designarse a sí mismo como beneficiario, pues el *waqf* sería considerado como nulo.⁴⁷

Obviamente que el *mutawalli* tendrá la obligación de cumplir con lo dispuesto por el *waqif* en el acto constitutivo del *waqf*, por lo que para poder ser designado como tal, deberá tener la capacidad legal suficiente para desempeñar esta función; las obligaciones a su cargo dependerán de lo establecido en el *waqif*, pero en términos generales incluye la preservación y mantenimiento de los bienes, recabar y distribuir los productos que generen los mencionados bienes, pagar a los beneficiarios y atender y resolver las disputas que se originen respecto del patrimonio del *waqf*.

El *mutawalli* desempeñará su función y cumplirá con sus obligaciones bajo la supervisión del *Qadi*, que tenga jurisdicción en el lugar de ubicación de los bienes. En caso de que no se hubiese designado *mutawalli* en el acto constitutivo del *waqf* o bien que el designado no fuere capaz, el *Qadi* podrá designarlo y en algunos casos podrá designarse el mismo. Sólo podrá revocar el nombramiento del *mutawalli* cuando tenga causa justificada, salvo en el caso de que el mismo lo hubiera designado, entonces podrá sustituirlo sin causa.

El *mustahiqqun* que haya sido designado como beneficiario, tiene el derecho de gozar del usufructo de los bienes de acuerdo a lo establecido en el acto constitutivo, los beneficiarios, sin embargo, podrán no recibir la parte que les corresponde si incumplen con las condiciones que se le hayan impuesto en el documento respectivo e incluso el *mutawalli* puede libremente nombrar nuevos beneficiarios en lugar de los originalmente designados, sin embargo, esto sólo ocurre en los casos en que el beneficiario viola condiciones expresas del *waqf*.⁴⁸

⁴⁷ *Idem.*

⁴⁸ *Idem.*

1.4. El *Trust* Anglosajón.

Una de las figuras jurídicas más importantes que se han producido y evolucionado dentro del derecho anglosajón es sin duda el *trust*. Su importancia en la actividad jurídica así lo refleja, su utilización para el manejo de patrimonios destinados a cumplir finalidades de muy diversa índole como la protección de incapaces, disposiciones testamentarias, mecanismos de financiamiento e inversión, etc., ha sido tal, que ha traspasado las fronteras del Reino Unido para situarse prácticamente en todo el mundo.

En el siglo XI se encuentran las primeras manifestaciones del *use*, antecedente directo del *trust*, sin embargo adquiere su importancia como institución jurídica hasta el siglo XV y es hasta la segunda mitad del siglo XIX cuando se inicia su proceso de migración hacia países no sujetos al *Common law*; siendo hasta después de la primera guerra mundial, cuando realmente opera la migración del *trust* hacia diversas partes del mundo.⁴⁹

Su funcionalidad radica principalmente en las diversas finalidades que se pueden llevar a cabo gracias a la flexibilidad en su estructura jurídica, situación que analizaremos más adelante, una vez que veamos el origen de la figura en estudio.

La figura del *trust* como actualmente la conocemos, tiene su origen en el *use* de la época medieval. La etimología de la palabra, al igual que la del *fideicommissum* romano, nos muestra el significado de la figura. De acuerdo con Mattland la palabra “*use*” no deriva del latín *usus*, sino de *opus* y ya se utilizaba desde los siglos VII y VIII en el latín vulgar el vocablo “*ad opus*” para significar: “en su representación”.⁵⁰ Esto nos aclara la idea que desde su origen la figura implicaba la realización de algo, una encomienda que lleva a cabo una persona a solicitud de otra, que finalmente es la esencia del *trust* moderno.

⁴⁹ *Ibíd.*, p. 367.

⁵⁰ Mattland, F. W. *Equity a Course of lectures*. Revised and Annotated by John Brunyate. Cambridge University Press, 1949, p. 23, citado por Batiza, Rodolfo, *op.cit.*, supra nota No. 11, p. 33.

Existe una gran divergencia en cuanto al origen del *use*. De acuerdo con Bogert el *use* fue introducido en Inglaterra poco después de la invasión normanda hacia el año 1,066 D.C., aunque dicho autor menciona que no fue aplicado en las cortes sino hasta el siglo XV.⁵¹

Hay quienes consideran que debido a la similitud entre el *fideicomissum* y el *use*, este deriva del derecho romano, ya que ambas figuras tienen rasgos comunes en su conformación y fueron utilizadas para evadir las restricciones y prohibiciones del sistema legal existente en materia de sucesiones, además de que no es difícil suponer cierta influencia en el derecho, máxime si los romanos mantuvieron su imperio alrededor de cinco siglos en los territorios que actualmente conforman la Gran Bretaña; sin embargo, consideramos difícil que el *fideicomissum* sea el antecedente directo del *use*, ya que la presencia romana en aquellos lugares terminó alrededor del año 450 de nuestra era, es decir, cerca de 600 años antes de que se registrasen las primeras manifestaciones del *use*.

Otra de las teorías sobre la creación del *use*, es la que sostiene que el antecedente directo de esta figura deviene del derecho germánico, es decir, también existe una semejanza muy marcada entre la figura en estudio y el *Salman* o *Treuhand* que era un primitivo albacea a quien se le transmitían los bienes para que al fallecimiento del otorgante cumpliera con los fines propuestos. Para Holmes, la forma en que se produjo la influencia pudo haber sido a través de los tribunales eclesiásticos luego de la conquista normanda y una vez que la jurisdicción sobre los bienes del *de cuius* pasó a dichos tribunales.⁵² Es importante destacar que al igual que el *fideicomissum* romano, la figura del *salman* también fue utilizada como mecanismo para sortear dificultades al momento de transmitir bienes por causa de muerte, por lo que es probable que haya influido en la conformación del *use*.

Existe también una teoría que sostiene que el *use* se originó dentro del propio *Common law*, derivando principalmente del mandato, es decir, el *use* original era en realidad un mandato carente de formalidades que se utilizó en un principio sobre bienes

⁵¹ Bogert T., George, *op. cit.*, supra nota No. 11, p. 6.

⁵² Citado por Batiza, Rodolfo, *op. cit.*, supra nota No. 11, p. 35.

muebles y que se extendió hasta los inmuebles. Incluso se piensa que el *use* representaba una característica del sistema inmobiliario inglés desde la conquista de Guillermo de Normandía en el año 1066, de tal manera que cuando el canciller concedía protección al beneficiario de un *use*, se limitaba a reconocer y dar efectos a una relación antigua, común y bien entendida.⁵³

La última y más reciente teoría sobre el origen del *use*, lo hace provenir del derecho islámico. Esta teoría sostiene que el *waqf* fue conocido y trasladado a Gran Bretaña por los monjes Franciscanos a su retorno de las cruzadas en el siglo trece de nuestra era, quienes la conocieron durante su estancia en el oriente, pues ya para entonces dicha figura había sido desarrollada plenamente durante el siglo doce y se había extendido por todo el medio oriente, además de que, durante este período, la cultura islámica estaba mucho más avanzada que la de occidente.⁵⁴

La justificación de esta teoría estriba en el voto de pobreza que realizaron los monjes Franciscanos, quienes debido a una interpretación estricta, rehusaron tener bienes propios, sin embargo, necesitaban propiedades para vivir y realizar sus actividades apostólicas, consecuentemente, utilizando el mecanismo del *waqf*, los benefactores podían pasar el título de propiedad a un trustee *ad opus franciscanorum*, es decir, en representación de los Franciscanos, estando representados los frailes por *amicus spiritualis*, denominados *nuntius*, que era los agentes que disponían de los bienes en beneficio de los frailes, ya que éstos, en virtud del voto prometido, no podían aceptar el dominio de los bienes.⁵⁵

De todas las figuras que hemos analizado, el *waqf* es la única que no se originó como un medio para evadir restricciones o prohibiciones a la libertad de transmisión de los bienes, sino que, como se comentó anteriormente, se basa en una liberalidad por motivos predominantemente religiosos, esta característica lo hace diferente del *use*, pero

⁵³ Keeton, Georges W. *The law of trust*. Ninth edition, Sir Isaac Pitman & Sons, Ltd, London, 1968, p. 21. citado por *idem*.

⁵⁴ Avini, *op. cit.*, supra nota No. 39, p. 1159.

⁵⁵ Lambert M.D. *Franciscan Poverty*, p. 84, citado por *Idem.*, p. 1160.

por su conformación, intención y por sus resultados, ambas figuras son muy similares, incluso, el *use* en sus primeras manifestaciones, era realizado a perpetuidad, por lo que el *waqf* bien pudo haber influido en la creación de la figura en estudio, máxime que como lo señala Avini, en un estudio comparado respecto de 1,264 documentos del *Merton Collage of Oxford* sobre instrumentos típicos de *waqf*, elaborados alrededor del año 1,250 de nuestra era, se encontraron notables similitudes con el primitivo *use*.⁵⁶

Por lo que se refiere al origen de la regulación del *use*, este no se encuentra en el *Common law*, sino en la *Equity law*. Es de suma importancia resaltar esta particularidad del sistema jurídico inglés, ya que en ella descansa la razón de ser y características de la figura en estudio. Esto pone de relieve que el *trust* es producto de una evolución jurídica y de una particular jurisdicción, la constituida por la *Court of Chancery* (tribunal de la cancillería) que convivió con los *Common Laws Courts* como una jurisdicción diferenciada desde el siglo XIV hasta finales del siglo XIX.⁵⁷

Desde sus orígenes, mediante esta figura la propiedad inmueble podía ser transferida a un tercero (*trustee*) que ciertamente obtenía la propiedad, pero quedaba obligado a permitir al beneficiario (*cestui que use*), generalmente el propio trasmite de la propiedad, la posesión y disfrute de la propiedad como propietario.⁵⁸

El desarrollo del *use* no se dio por motivos muy honorables, sino que se llevaron a cabo con la finalidad de evadir las numerosas cargas que existían en esa época sobre los bienes inmuebles que beneficiaban sobremanera al soberano; principalmente se trató de evitar la carga tributaria por adquirir el título legal de un inmueble, representada por los derechos que de la operación se derivaban en favor del señor feudal, además de encontrar la posibilidad de transferir la tierra por acto entre vivos y la posibilidad de disponer de los inmuebles por testamento, burlando así algunas de las restricciones y prohibiciones existentes en la materia, hicieron que el *use* floreciera.

⁵⁶ *Idem*.

⁵⁷ Checa Martínez, Miguel. *El trust angloamericano en el Derecho español*. McGraw-Hill/Interamericana de España, 1998, p. 1.

⁵⁸ *Idem*.

Otra de las motivaciones que sirvieron de soporte a la implementación de la figura, fue permitir a las instituciones religiosas obtener los productos de la tierra, no obstante el estatuto de manos muertas que les prohibía su posesión.

En el año de 1217 el Parlamento Británico aprobó el *Statute of Mortmain* por el cual se prohibió a las corporaciones religiosas poseer tierras en consideración a que eran numerosas las que, al ser propiedad de dichas corporaciones, quedaban fuera de la circulación económica. El artificio para burlar esa disposición fue ingeniosamente realizado, la corporación transfería sus bienes a una persona de confianza quien le permitía seguir usando esos bienes. Como es natural, las corporaciones no encontraron ninguna protección legal para su situación derivada de un acto simulado y la obligación del prestanombres llamado *feoffee to uses* era de carácter simplemente moral, reforzada con sanciones religiosas.⁵⁹

La utilización de dicha práctica se generalizó y así el caballero que salía a la guerra, temiendo perder sus bienes a manos de sus enemigos políticos, así como aquellos que deseaban evadir el pago de impuestos feudales, transferían a un amigo o grupo de amigos sus bienes para el uso de su propia familia. Servían además como un medio de defraudar a los acreedores o de legar bienes que las instituciones feudales impedían legar y en general determinaban una situación de inseguridad en lo relativo a la propiedad inmobiliaria, fundamento del sistema político feudal. Los usos se constituían verbalmente, así quien recibía el beneficio o utilidades era el llamado *cestui que use*; el que trasmitía o enajenaba los bienes, *settlor*; y por último el *feoffee to use*, también llamado prestanombres, era la persona que se obligaba a la custodia de los bienes y a su transferencia conforme lo instruyeran.⁶⁰

Como en el fideicomiso romano, las obligaciones en los *usos* quedaban a la buena fe del prestanombres y el beneficiario no estaba protegido jurídicamente, las autoridades simplemente se desentendían. Cuando el fiduciario se negaba a administrar la propiedad

⁵⁹ Krieguer Vázquez, Emilio, *op. cit.*, supra nota No. 15, p. 15 y ss.

⁶⁰ *Idem.*

en la forma que se había comprometido, no era posible recurrir a los tribunales reales para obligarlos a ejecutar lo pactado, ya que no había autos que vindicaran dichas demandas, y el procedimiento de los tribunales comunes era entonces demasiado rígido y formalista para permitir que el acuerdo se cumpliera en plenitud, en estos casos el canciller intervenía a favor del constituyente y sus beneficiarios, consideraba la conducta violatoria del fiduciario como contraria a la moral, como una trasgresión contra la “buena conciencia”, señalando que aun cuando la propiedad en cuestión perteneciera “por ley” al fiduciario según los preceptos del *Common law*, estaba obligado “en equidad” a cumplir con las condiciones indicadas en el acuerdo.⁶¹

El empleo del *use* contribuyó al auge del sistema de justicia de equidad, a ese espíritu de justicia y rectitud que debe prevalecer en la sociedad. Este sistema difiere totalmente del *Common law*. El tribunal era una cancellería que se regía por normas morales y verbales y era considerado un tribunal de conciencia que aplicaba la justicia al caso concreto, sin embargo, en la práctica los cancilleres calificaban a los usos como derechos reales de equidad y les aplicaban por analogía algunas de las normas del *Common law*, especialmente las relacionadas con la propiedad y en particular a la transmisión de los derechos por muerte del beneficiario, asimismo, determinaron que los usos podían cederse.

Debido a las numerosas quejas en contra de los *feoffee to use* o prestanombres, la Cancillería interviene para obligarlos a cumplir con su deber. Así en 1535, se promulga el *Statute of Uses* (Ley de Usos) a insistencia del rey Enrique VIII, que de esta manera buscó aminorar el poder de la iglesia quitándoles a las comunidades religiosas las propiedades que a través de los usos habían adquirido. En el prólogo de esta ley, se hace mención del empleo que se hizo de este instrumento, tal como el fraude a acreedores, privación de derechos y despojo a los legítimos dueños, usurpación de tierras por extranjeros, etc. y para evitar todo esto se expidió la ley, la cual otorgaba al “*cestui que use*” el título legal de los bienes.⁶²

⁶¹ Zweigert, Konrad y Kötz, Heins. *Introducción al derecho comparado*. Traducción de Arturo Aparicio Vázquez. Editorial Oxford University Press, México, 1998. p. 201.

⁶² Krieguer Vázquez, Emilio, *op. cit.*, supra nota No. 15, p. 16.

Se reconoce “en equidad” la acción dirigida por el *cestui que use* (beneficiario) contra el *trustee* (propietario legal) a fin de que éste último cumpliera sus obligaciones para con aquél. Por ejemplo, en cuanto a la transferencia de los bienes a la llegada del momento establecido por el constituyente; asimismo, se otorgó a la posición de *cestui que use* efectos frente a terceros a quienes el *trustee* hubiese transmitido la propiedad en incumplimiento de las obligaciones derivadas del *use*. De este modo surge un desdoblamiento o división de la propiedad, entre el *legal ownership* que corresponde al *trustee* y la *equitable ownership* propia del beneficiario o *cestui que use*, reconocida por los tribunales de equidad.⁶³

Al pasar el tiempo, se observó que la ley no contemplaba muchas de las diferentes situaciones que abarcaban los usos y por tanto éstos no se consideraban ejecutados, es decir, no había adquirido el título legal el dueño en equidad. También se presentaba la problemática de cuando se constituía un uso sobre otro, entonces la propiedad legal la adquiriría el beneficiario del primer uso y el otro carecía totalmente de derecho, ya que los jueces de equidad sostenían que si el beneficiario por el primer uso era el propietario legal, el beneficiario por el segundo seguía siendo, como antes, el propietario en equidad, y así, para no confundir el primer uso con el segundo se dio a este último el nombre de “*trust*”; el “*feoffee to use*” fue conocido como “*trustee*”; el “*cestui que use*” fue el “*cestui que trust*”, quien constituía el *use*, fue llamado “*settlor*”.

La doble jurisdicción finalizó con la desaparición de las *Equity Courts* en la *Supreme Court of Judicature Act of 1873*, que establece la fusión entre el *Common law* y la *Equity*, precisando que la equidad, reguladora del *trust*, prevalece sobre el derecho hasta entonces surgido de los tribunales del *Common law*. Desde ese momento los tribunales del *Common law* asumen la función de aplicar el derecho ya establecido por los tribunales de equidad. A pesar de la unificación de esas dos organizaciones jurisdiccionales se ha mantenido una jurisdicción especializada en la aplicación de la *Equity law*, mediante la *Chancery Division* de la *High Court*, aunque los tribunales superiores y, en particular la *House of Lords* aseguran la unidad de aplicación e interpretación del ordenamiento en su

⁶³ Checa Martínez, Miguel, *op. cit.*, supra nota No. 57, p.2.

conjunto.⁶⁴ Este interés en equidad sobrevive y juega un papel importante en el derecho de propiedad.⁶⁵

1.5. Recepción del *Trust* en Latinoamérica.

La transformación del *fideicomisum* romano, que desembocó en la denominada sustitución fideicomisaria, en la que el fiduciario y el fideicomisario tenían el carácter de beneficiarios sucesivos y que como lo comentamos anteriormente, provocó el estancamiento de los bienes inmuebles por estar en poder de un familia indefinidamente, así como el problema de las manos muertas, ocasionó que el *fideicomisum*, la *fiducia* y en general los negocios de carácter fiduciario fueran relegados e incluso prohibidos en las legislaciones más importantes de la época, como lo fueron Francia, Italia, y prácticamente en España, cuyas disposiciones influenciaron en forma importante en los ordenamientos legales de los países latinoamericanos, por lo que también en estos ordenamientos se relegó la figura.

No fue sino hasta la legislación civil Chilena de 1855, diseñada por Don Andrés Bello, cuando se acoge una noción similar al *fideicomisum* romano, mediante la incorporación de la denominada “propiedad fiduciaria”, que prevalece actualmente, principalmente en Chile, Colombia y Argentina. Y que como lo veremos a continuación, no es precisamente la fiducia mercantil moderna a que se refiere la presente investigación, sino que mantiene los rasgos principales de la encomienda fiduciaria romana, sin embargo, consideramos importante analizarla dado el régimen de propiedad a que se encuentra sujeto.

En Colombia, desde el Código civil de 1887 se regula el llamado negocio fiduciario civil o fideicomiso civil, cuya constitución supone la transmisión hecha por el

⁶⁴ Béraudo, Jean Paul. *Les Trust Anglo-saxons et le Droit Français*. Ed. L.G.D.J., París, 1992, p. 10. Sobre la aplicación de la *Equity Law* por parte de la *Chancery Division of the High Court* ver Her Majesty's Courts Services, [Consultado el 20 de marzo de 2009] disponible en: <http://www.hmcourts-service.gov.uk/cms/chancery.htm>.

⁶⁵ Schulze, Enika y Patterson Susan. *Introduction to the American Legal System*. 8th. Edition. Pearson Prentice Hall, Legal series. New Jersey. 2006. p. 56.

fideicomitente sobre todo o una parte de la herencia o sobre uno o varios bienes a un tercero, que se convierten en propiedad fiduciaria, con la carga de transferir los mismos a un beneficiario o fideicomisario, al verificarse una condición, que como hecho futuro e incierto, resulta resolutoria para el fiduciario y suspensiva para el fideicomisario, quien únicamente tiene una expectativa de derechos; supone una doble liberalidad, la primera a favor de quien recibe inicialmente la propiedad y la segunda de éste hacia el beneficiario.⁶⁶

De acuerdo a lo anterior, en el derecho civil colombiano se vislumbra la propiedad fiduciaria como una forma limitada de propiedad en virtud de la cual una persona adquiere unos bienes con el encargo de transmitirlos a un tercero al cumplimiento de una condición previamente establecida por el constituyente.

Esta propiedad fiduciaria puede recaer en cualquier persona, sea física o moral, quien hasta en tanto se cumpla la condición establecida, puede usar y disponer tanto de los frutos como de la cosa misma en provecho propio, sin responder por su deterioro; aunque también puede contemplarse que los frutos se reserven a favor de quien vaya a ser el propietario.⁶⁷ Esta situación dependerá de las disposiciones que sobre el particular establezca el fideicomitente, ya que éste tiene la facultad de constituir en una misma propiedad, usufructo a favor de una persona y fideicomiso a favor de otra, además de que podrá designar los fideicomisarios sustitutos que estime convenientes, para el caso de que alguno de ellos llegue a faltar, sin que se permita admitir fideicomisarios distintos a los designados por el fideicomitente en el acto constitutivo, en la inteligencia de que dicho acto constitutivo debe revestir de forma especial, sea en escritura pública debidamente registrada o mediante testamento.

El fiduciario es la persona que recibe la propiedad limitada de un bien, con la obligación de restituirla al cumplimiento de la condición establecida por el fideicomitente en el acto constitutivo.⁶⁸ Es decir, el fiduciario recibe temporalmente el bien hasta en

⁶⁶ Rodríguez Azuero, *op. cit.*, supra nota No. 11, p. 42.

⁶⁷ Ver Artículo 819 del Código Civil colombiano.

⁶⁸ Rodríguez Azuero, *Op. cit.*, supra nota No. 11, p. 43

tanto se cumpla con la condición fijada por el fideicomitente. Dentro de sus facultades, encontramos que se le otorga el derecho de acrecer cuando son dos o más propietarios fiduciarios, de acuerdo a las reglas establecidas para el usufructo; también tendrá, la posibilidad de enajenar el bien por acto entre vivos, o de disponer por testamento, con la obligación del adquirente de mantenerla indivisa y sujeta al gravamen de restituirla en los términos establecidos en el acto constitutivo del fideicomiso.⁶⁹

Otra de las facultades con que cuenta el fiduciario, es la de solicitar la administración de los bienes cuando existan varios fiduciarios; además tendrá la posibilidad de ejercer los derechos de fiduciario sobre la totalidad de los bienes y podrá pedir la división de la cosa en caso de tener el carácter de propietario absoluto de una parte del bien.

El fiduciario estará facultado, previa autorización judicial, para imponer servidumbres, hipotecas o cualquier otro gravamen sobre los bienes e incluso puede cambiar la forma de los bienes, siempre y cuando conserven su integridad y valor, ya que puede administrar los bienes en la forma que mejor le parezca, aunque ello implica que responda por el deterioro o menoscabo que los bienes sufran por su culpa o negligencia. Finalmente podemos señalar que tiene la posibilidad de hacerse propietario absoluto en caso de que la condición suspensiva a que esta sujeta la restitución de los bienes, no se dé, tarde más de diez años en darse o si al momento de darse no existe fideicomisario a quien restituir o si éste renuncia a su derecho.

La restitución que implica el negocio fiduciario en Colombia, es considerado como un gravamen o limitación a la propiedad, ya que aún y cuando el fiduciario es considerado como propietario de los bienes y puede administrar y disponer a su arbitrio de los frutos que estos produzcan, una vez que se cumpla con la condición suspensiva fijada por el fideicomitente en el acto constitutivo, tiene la obligación de restituir los bienes al fideicomisario, quien será la persona a favor de quien se estableció el fideicomiso y por ende a favor de quien debe realizarse la restitución, evidentemente en necesario que exista

⁶⁹ Ver artículos 809 y 810 del Código Civil colombiano.

al momento de la restitución, por lo que en todo caso podrá celebrarse el fideicomiso sin su existencia.

El fideicomiso se extingue por cumplimiento de su finalidad, es decir por darse la restitución pactada; por resolución de los derechos del fideicomitente; por destrucción de la cosa; por renuncia a sus derechos por parte del fideicomisario antes de la fecha de restitución, sin perjuicio de la existencia de los sustitutos, en caso de que los hubiera; por faltar la condición o no darse en el tiempo hábil; por confusión de los derechos de fideicomisario y de fiduciario único.

Otra figura regulada en la legislación civil colombiana en materia de sucesiones es el albaceazgo fiduciario, mediante el cual una persona realiza ciertos encargos lícitos, secretos y confidenciales al heredero, al albacea o a cualquier otra persona, destinando para ello ciertos bienes respecto de los cuales quien recibe el encargo, es decir el albacea fiduciario, tiene la plena disposición de los mismos para llevarlo a cabo.⁷⁰

Los requisitos principales de esta figura consisten principalmente en que la designación del albacea fiduciario debe ser hecha en el testamento, quien además debe tener la capacidad jurídica para ser albacea y legatario, sin importar su calidad de eclesiástico, salvo que hubiere confesado al testador en la última enfermedad o habitualmente en los dos últimos años previos al testamento, caso en el cual, tanto él como la orden, convento, o cofradía a que corresponda, así como sus familiares, por consanguinidad o afinidad dentro del tercer grado, estarán incapacitados jurídicamente para recibir herencia, legado, así como para desempeñar el albaceazgo fiduciario, por lo que tampoco podrán recibir bienes bajo ese concepto.

Una limitante importante que tiene el testador, es que únicamente puede destinar hasta la mitad de los bienes respecto de los cuales haya tenido la libre disposición.

⁷⁰ Ver. Artículos 1368 y siguientes del Código Civil colombiano.

Para que el albacea fiduciario pueda recibir los bienes y cumplir con la voluntad del testador, es necesario que proteste ante la presencia judicial que la finalidad de la encomienda es lícita y que desempeñará fiel y legalmente su cargo en los términos establecidos por el testador, sin que tenga obligación alguna de revelar el encargo secreto ni dar cuentas de su gestión. La única limitante que puede llegar a imponérsele, consiste en la obligación de garantizar, afianzar o dejar en depósito hasta por una cuarta parte del valor de los bienes recibidos, para garantizar una posible acción de reforma o para responder de las deudas hereditarias; la decisión judicial que lo ordene, únicamente podrá dictarse a solicitud del albacea general, del curador o de alguno de los herederos

Por otra parte, en Argentina, Vélez Sarfield, al elaborar el Código civil de 1869, incluye una referencia al fideicomiso, contenida en el Título VII del Libro Tercero del Código Civil, específicamente en el artículo 2,261, al tocar el tema del dominio imperfecto, señalando que es un derecho real revocable o fiduciario de una persona sobre una cosa propia, mueble o inmueble o el reservado por el dueño perfecto de una cosa que enajena solamente su dominio útil. Al referirse en el artículo 2,662 en su texto original específicamente al dominio fiduciario, establece que es aquel que se adquiere en un fideicomiso singular, subordinado a durar solamente hasta el cumplimiento de una condición resolutoria, o hasta el vencimiento de un plazo resolutorio, para el efecto de restituir la cosa a un tercero.⁷¹

Como podemos observar, la regulación del fideicomiso civil argentino resulta similar al colombiano, salvo que en el primero el dominio fiduciario se circunscribe al ámbito contractual, mientras que en el segundo puede ser *mortis causa*; en ambos representa un derecho real limitado, destinado a mantener el dominio de un bien y gozar de sus frutos por un tiempo determinado, cuya duración dependerá del cumplimiento de la condición impuesta o del plazo resolutorio fijado, caso en el cual, salvo pacto en contrario,

⁷¹ La redacción actual del artículo en comento, señala que “Dominio fiduciario es el que se adquiere en razón de un fideicomiso constituido por contrato o por testamento, y esta sometido a durar solamente hasta la extinción del fideicomiso, para el efecto de entregar la cosa a quién corresponda según el contrato, el testamento o la ley.” Ver Código Civil Argentino. Disponible en la World Wide Web: <http://www.redetel.gov.ar/Normativa/Archivos%20de%20Normas/CodigoCivil.htm> [consultado el 20 de abril del 2007].

se tiene la obligación de restituirlos a un tercero, en favor de quien los efectos se retrotraen al día en que se adquirió el bien.⁷²

En caso de revocación del dominio fiduciario, el antiguo propietario queda autorizado para tomar el inmueble libre de todas las cargas, servidumbres o hipotecas con que las hubiere gravado el propietario desposeído o el tercer poseedor, pero esta obligado a respetar los actos administrativos del propietario.

Por lo que se refiere al albaceazgo fiduciario, a diferencia del colombiano, el Código Civil argentino lo prohíbe expresamente mediante el artículo 3,619 al establecer que las disposiciones testamentarias deben ser la expresión directa de la voluntad del testador, por lo que éste no puede delegarlas ni dar poder a otro para testar, ni dejar ninguna de sus disposiciones al arbitrio de un tercero.

Como lo señalamos anteriormente, el fideicomiso civil y el dominio fiduciario a que nos hemos referido, no deben ser confundidos con el fideicomiso o fiducia mercantil, como también se le conoce en algunos países latinoamericanos, incluyendo los arriba mencionados, que es la figura que ha sido elaborada tomando como modelos al *trust* anglosajón, objeto del presente estudio.

El fideicomiso o fiducia mercantil surge en la legislación de Latinoamérica con la finalidad de obtener los mismos efectos que el *trust* del *Common law*, ya que en los sistemas jurídicos del *Civil law* no existía una figura que tuviera su alcance y versatilidad, por ello el fideicomiso resultó una alternativa idónea para producir los mismos efectos legales.

Los primeros intentos de incorporación del *trust* en Latinoamérica se dieron durante la primera década del siglo pasado, iniciando su importación prácticamente en el año de 1925 con las Leyes de Panamá, Chile y México. Dicha incorporación se dio

⁷² Conforme el artículo 2507 del Código Civil, el dominio se llama pleno o perfecto, cuando es perpetuo y la cosa no está gravada con ningún derecho real hacia otras personas. Se llama menos pleno, pero dominio al fin, cuando debe resolverse al fin de un cierto tiempo o al advenimiento de alguna condición.

mediante la creación de un instrumento similar al *trust*, sin seguir estrictamente el modelo angloamericano, más bien se adaptó a las características propias del sistema Romano germánico predominante en esa zona, destacando lo relativo al dominio de los bienes, ya que este se le otorga únicamente al fiduciario, separándose del desdoblamiento de la propiedad propio del *trust* anglosajón, así como la profesionalización de la gestión fiduciaria que prevalece en la mayoría de los países. A continuación haremos una breve semblanza de algunas de las legislaciones más representativas de Latinoamérica con el objeto de apreciar la influencia de la figura en los países de esa zona.

De acuerdo con Rodolfo Batiza, el primer antecedente del fideicomiso se da en México con el “*trust deed*” otorgado a principios del siglo pasado en los Estados Unidos de América para garantizar una emisión de bonos que permitiría financiar la construcción de ferrocarriles y que surtió efectos jurídicos en México al amparo del Código Civil de 1884 y de la Ley de Ferrocarriles del 29 de abril de 1899. Algunos autores lo señalan como el primer fideicomiso que existió en el país, pero hay otros que lo consideraron simplemente como un contrato de mandato, préstamo e hipoteca.⁷³

Analizando la estructura del *trust deed*, que expone Emilio Velasco, consideramos que efectivamente se trata del primer antecedente del fideicomiso mexicano, que surtió efectos en nuestro país, pero bajo la figura del *trust*, ya que de acuerdo con este autor, la operación consistió en un contrato complejo, celebrado entre la compañía de ferrocarril y un *trustee*, para obtener un financiamiento mediante la colocación de bonos entre el público inversionista.⁷⁴

Para llevar cabo la operación, la compañía de ferrocarriles (*settlor*) transmitió la propiedad de ciertos bienes al *trustee* para garantizar el cumplimiento de las obligaciones de pago, derivadas de la colocación de los bonos, que fueron adquiridos por los inversionistas (*cestui que trust*) con la promesa de pago del principal e intereses en un

⁷³ Batiza Rodolfo, *El fideicomiso, teoría y práctica, op.cit.*, supra nota No. 11, p. 84.

⁷⁴ Velasco, Emilio. “Los instrumentos del ‘Trust’ y los Ferrocarriles Nacionales”. *Revista General de Derecho y Jurisprudencia*. México, 1932, T. II, pág. 383 y ss. Citado en Lapaulle, Pierre, *op.cit.*, supra nota No. 3, p. VII.

plazo determinado. Para encuadrar la operación en la legislación mexicana de esa época, que desconocía por completo la figura del *trust*, se considera en primer lugar, un mandato, ya que el *trustee* no celebró el contrato en interés propio, sino por cuenta y en beneficio de los futuros tomadores de los bonos, actuando como representante común de los mismos; en segundo lugar dicha operación contenía entre sus elementos un préstamo, ya que la finalidad principal del *settlor* fue la de financiarse a través de la colocación de los bonos, obligándose frente a los adquirentes a cubrir el capital de la colocación más intereses pactados con el *trustee* durante la vigencia del préstamo; finalmente se consideró que el hecho de que el *settlor* hubiera transmitido bienes para garantizar la operación, constituía una hipoteca.

Como podemos observar, las figuras jurídicas contempladas en el ordenamiento jurídico mexicano de esa época, distaban mucho de abarcar las necesidades particulares de la operación en mérito, además de que resultaban insuficientes para regularla, así por ejemplo, no podría caber un simple mandato para explicar la contratación y participación del *trustee* en la operación, pues al momento de su celebración no existían los mandantes y la característica principal del mandato consiste en la encomienda que hace el mandante al mandatario para la realización de ciertos actos jurídicos por cuenta de aquel. Ciertamente con este ejemplo constatamos las ventajas que tiene el *trust* frente a las figuras jurídicas consideradas particularmente y la justificación del legislador latinoamericano para tomar, moldear e implementar una figura similar en los diversos ordenamientos jurídicos, que ha tenido una gran utilización, ya que actualmente operaciones como la comentada, son comunes en el mercado de valores mediante el uso de la figura del fideicomiso.

Una parte importante de las legislaciones latinoamericanas, han dirigido el ámbito de aplicación de la figura en estudio exclusivamente hacia el derecho mercantil, sin embargo, algunas otras lo han extendido también hacia el ámbito civil, principalmente en materia de sucesiones, dando lugar, como ya lo comentamos, al fideicomiso civil; tal es el caso de Chile, Colombia y Argentina.⁷⁵

⁷⁵ En el caso de Chile Ver: Código Civil, Artículos 732 y ss.

En el caso de la legislación colombiana, adicionalmente a los negocios fiduciarios en materia civil, prevé la existencia de la fiducia mercantil.

La fiducia en Colombia tuvo su origen en 1923 con la reorganización del sistema financiero, bancario y contable de ese país, la cual se llevó a cabo con la participación de consejeros norteamericanos encabezados por el Sr. Edwin Walter Kemmerer y cuyos trabajos se tradujeron en la Ley 45 sobre establecimientos bancarios. Mediante dicha ley se organizó la actividad bancaria del país, contemplándose como actividad de las instituciones bancarias el de la fiducia, pero, en virtud de ciertos errores de traducción y de terminología mal empleada, que hicieron muy estrecha la actividad de los bancos y que a la larga influyeron en su aplicación, se hizo nugatoria la práctica de dichas actividades.⁷⁶

En dicha ley se estableció que sección fiduciaria se refería a “Una sección de un establecimiento bancario que hace el negocio de tomar, aceptar y desempeñar encargos de confianza que le sean legalmente encomendados” y que se entiende por fideicomiso “Todo encargo de confianza de los en ella expresados, y por fideicomisario el individuo o entidad a quien se encomiende tal encargo”. Como bien lo señala Rodríguez Azuero, representó un intento de introducir la figura del *trust* al sistema jurídico colombiano, utilizando el modelo de la Ley de Bancos de Nueva York, sin embargo, al limitarse a señalar la función y el órgano encargado de realizarla, sin introducir un elemento conceptual y no existir en el derecho colombiano una definición de los “encargos de confianza”, resultó muy ambigua y daba a entender que estaba dirigido a cualquier tipo de encargo, incluso limitando la gestión a un simple mandato, además de que en forma incorrecta hace referencia al fideicomisario cuando a quien se refiere es al fiduciario.⁷⁷

Posteriormente, mediante la Ley 45 de 1990, se crearon las Sociedades fiduciarias, eliminándose la facultad de las instituciones bancarias para desempeñar el cargo de fiduciario, obligándolas a constituir empresas filiales para llevar a cabo dichas actividades.

⁷⁶ Casas Sanz de Santamaría, Eduardo. *Del Trust Anglosajón a la Fiducia en Colombia y materias aledañas*. Tercera edición. Editorial Temis, Bogotá, Colombia. 2004, p. 24.

⁷⁷ Rodríguez Azuero, *op. cit.*, supra nota No. 11, p. 55.

Por lo que toca a la legislación venezolana, la introducción del fideicomiso, se remonta a la Ley de Fideicomisos de 1956. En dicho ordenamiento se le define como una relación jurídica por la cual una persona llamada fideicomitente transfiere uno o más bienes a otra persona llamada fiduciario, que se obliga a utilizarlo en favor de aquél o de un tercero llamado beneficiario.

El fideicomiso venezolano es, en principio, de naturaleza civil, por lo que será el juez de dicha jurisdicción el competente para conocer de todas las controversias concernientes a la constitución, funcionamiento y terminación del fideicomiso, salvo que la constitución del mismo sea un acto de comercio para el fideicomitente, en cuyo caso le corresponderá conocer del asunto a la jurisdicción mercantil.

Por lo que se refiere al derecho argentino, la incorporación del *trust* es relativamente reciente, ya que data del 9 de enero del año 1995, fecha en que se publicó el Decreto No. 43/95, mediante el cual se promulgó la Ley 24.441 que regula la Fiducia mercantil.

Previo a la promulgación de la ley citada, no existía figura alguna que pudiera considerarse similar al *trust* anglosajón; sin embargo, como lo señalamos líneas arriba, en su legislación civil se regula el dominio fiduciario, que, sin embargo, no corresponde a la figura en estudio.

En el ámbito mercantil, el primer antecedente se encuentra en la ley 8.875 que se encargó de regular la actuación del representante común en la emisión de *debentures* o bonos, donde incorrectamente se hace referencia al fideicomisario al momento en que se refiere al fiduciario, concretamente al establecer que para el caso incumplimiento en el pago por parte de sociedades que hubieren emitido *debentures*, sería liquidador el fideicomisario, cuando se entiende que se refiere al fiduciario.

Más recientemente la Ley 21.526 de Entidades Financieras de 1977, otorgó facultades a los bancos de inversión y compañías financieras para “Actuar como fideicomisarios y depositarios de fondos comunes de inversión, administrar carteras de valores mobiliarios y cumplir otros encargos fiduciarios.”⁷⁸ Se reitera el error de designar como fideicomisario al encargado de llevar a cabo el encargo fiduciario.

Sin embargo, la verdadera incorporación de la fiducia mercantil al derecho argentino se da con la ley 24.441, implementada para créditos hipotecarios de vivienda y para la actividad comercial con tarjetas y préstamos de consumo. Dicha ley esta integrada por catorce títulos, correspondiendo el primero de ellos al denominado “Del fideicomiso,” que a su vez está dividido en siete capítulos con un total de 26 artículos. Básicamente divide al fideicomiso en dos tipos, el general y el financiero, referido este último a aquellos tendientes a ser utilizados como instrumento para la emisión y colocación mediante oferta pública de certificados de participación o de títulos representativos de deuda garantizados con los bienes del fideicomiso.

La figura del fideicomiso argentino, tal y como esta regulada por la ley en comento, tiene sus antecedentes directos en el Código Civil de *Québec*, así como en el Código Civil de Colombia, la Ley de Títulos y Operaciones de Crédito de México y la similar de la República de Panamá.⁷⁹

Finalmente, respecto de la implementación de fiducia mercantil en México, desde principios del siglo pasado se dieron diversos proyectos y leyes que lo colocan como uno de los principales impulsores del movimiento de expansión del *trust* en Latinoamérica, siendo estos los siguientes:

En noviembre de 1905, el señor José Y. Limantour, Secretario de Hacienda, envió a la Cámara de Diputados un proyecto que contenía una iniciativa para facultar al Ejecutivo a expedir una ley en virtud de la cual se crearían en el país instituciones que

⁷⁸ Ver. Ley 21.526 artículos 22 y 24, incisos g) e i) respectivamente.

⁷⁹ Lascala, Hugo Jorge, *op. cit.*, supra nota No. 11, p. 10 y 11.

fungieran como agentes fiduciarios. Cabe señalar que erróneamente se denominó fideicomisarios a la persona que desempeñaría dichas funciones, es decir, el fiduciario.

El proyecto constaba de ocho artículos y establecía que el encargo al fideicomisario, realizado por virtud de un contrato, podía consistir en cualesquier actos, operaciones o contratos lícitos respecto de bienes determinados en beneficio de alguna o de todas las partes del mismo contrato o de un tercero; o bien para hacer efectivos los derechos o cumplir las obligaciones creadas expresamente en el contrato o que fuesen consecuencia del mismo. También señalaba que podía consistir en el encargo hecho al fideicomisario, por parte interesada o mandamiento judicial de ejecutar cualesquiera actos, operaciones o contratos lícitos respecto de bienes determinados, en beneficio de un tercero que tenga o a quien se confiera derecho a una parte o la totalidad de dichos bienes o de sus productos o cualquier ventaja o aprovechamiento sobre los mismos ⁸⁰

Es importante destacar que en el proyecto en mérito se establecía un derecho real respecto de los bienes sobre los que se constituyera, señalando que las leyes definirían la naturaleza y efectos de ese derecho y los requisitos para hacerlo valer.

El proyecto condicionaba la creación de las “instituciones comerciales” a la autorización y supervisión de la Secretaría de Hacienda, además de dar la posibilidad de establecer exenciones y privilegios especiales en materia de impuestos en favor de las mismas.

Posteriormente, en 1924 se celebró la primera Convención Bancaria en la cual el señor Enrique C. Creel presentó un proyecto de dos artículos para la creación de Compañías Bancarias de Fideicomiso y Ahorro, en dicho proyecto proponía que el Congreso de la Unión facultara al Ejecutivo para la expedición de una ley que sentara las bases del funcionamiento de las compañías antes citadas.

En el proyecto se modificó la terminología del proyecto Limantour, para denominar a las instituciones de crédito como Compañías Bancarias de Fideicomiso y

⁸⁰ Batiza, Rodolfo, *op cit.*, supra nota No. 11, p. 104.

Ahorros (*Trust and Savings Banks*).⁸¹ Se señala que podrían recibir hipotecas en garantía de bonos que emitan en nombre de sociedades, corporaciones o particulares; encargarse del pago de cupones y amortización de bonos y celebrar toda clase de contratos de fideicomiso. También indicaba que dichas compañías bancarias podrían ejercer las funciones de albaceas, administradores, tutores y curadores; desempeñar el cargo de síndicos; servir como peritos valuadores de toda clase de bienes; conservar en depósito y administrar los bienes de incapacitados que se les confiaren; recibir la guarda de contratos condicionales que celebren las empresas o particulares para su eventual cumplimiento; pagar los impuestos y mesadas de gastos de su clientela, según arreglos especiales; llevar libros de registro para la transmisión de acciones y bonos nominativos de toda clase de sociedades, etc. Finalmente establece que dichas sociedades gozarían por 25 años de la franquicia e impuestos que señalaba la Ley de Instituciones de Crédito de 1897.⁸²

Este intento tampoco fructificó, por lo que únicamente quedó como un antecedente histórico de la figura en estudio.

Finalmente encontramos el proyecto de Jorge Vera Estañol, que en el mes de marzo de 1926 presentó a la Secretaría de Hacienda y Crédito Público con el nombre de “Proyecto de Ley de Compañías Fideicomisarias y de Ahorro”, pero no aporta nada nuevo, ya que expone básicamente los mismos puntos que el proyecto Limantour de 1905, cuyo autor fue el propio Vera Estañol.

La figura del fideicomiso es introducida por primera vez en la vida jurídica de nuestro país, mediante la Ley General de Instituciones de Crédito y Establecimientos Bancarios de 1924.

Esta ley, fechada el 24 de diciembre y publicada en el Diario Oficial del 16 de enero de 1925, no se encargó de regular la figura, sino que únicamente introdujo los

⁸¹ Secretaría de Hacienda y Crédito Público, Dirección General de Bancos, Seguros y Valores, *Legislación Bancaria*, T-I, 1830-1932, México, 1980, p. 261.

⁸² El capital de las instituciones de crédito, las acciones que lo representen, los dividendos y los títulos de crédito que emitían, estaban exentos de toda clase de impuestos federales estatales y municipales, salvo el impuesto predial; tampoco causaban el impuesto del timbre por documentos internos, contratos celebrados con los tres niveles de gobierno y otras actividades que desarrollaran, *ibíd.*, p. 104.

bancos de fideicomiso, conjuntamente con los bancos agrícolas, industriales y de descuento como instituciones de crédito y los sometía al régimen de concesión especial del Ejecutivo por un período máximo de treinta años.

El capítulo VII denominado “De los Bancos de Fideicomiso” consta únicamente de dos artículos, señalando en uno de ellos, que dichos bancos sirven a los intereses del público en varias formas y principalmente administrando los capitales que les confían e interviniendo, con la representación común de los suscriptores o tenedores de bonos hipotecarios, al ser emitido éstos, o durante el tiempo de su vigencia y, en otro, señalaba que los Bancos de Fideicomiso se regirán por la ley especial que habrá de expedirse.⁸³

El 17 de julio de 1926 es publicada en el Diario Oficial la Ley de Bancos de Fideicomiso, promulgada en cumplimiento de lo establecido en la Ley General de Instituciones de Crédito y Establecimientos Bancarios de 1924. Consta de 86 artículos, distribuidos en cinco capítulos.

En la Exposición de Motivos, se precisa que el fideicomiso que regula es una institución jurídica distinta y sobre todo diferente a la del antiguo derecho romano; en efecto, textualmente se señala lo siguiente:

La institución del fideicomiso es nueva en México y, en consecuencia, la ley relativa importa una creación o, mejor dicho, la legalización de una institución jurídica moderna que en otros países, especialmente en los anglosajones, se practica hace largo tiempo y que ha producido fecundos resultados, permitiendo que las operaciones financieras y comerciales se hagan sin las trabas del derecho tradicional.

El nombre fideicomiso, aceptado por la nueva ley como el que tradicionalmente se ha dado en nuestra lengua a la institución anglosajona, no significa en manera alguna lo que por él se ha entendido en el derecho antiguo, pues el nuevo fideicomiso es en realidad una institución distinta de todas las anteriores y muy

⁸³ Artículos 73 y 74, *ibíd.*, p. 293.

particularmente del fideicomiso del derecho romano. La reglamentación sancionada en la Ley constituye, en el fondo, una adaptación de las prácticas anglosajonas, pero con las modificaciones adecuadas para su adaptación a las demás disposiciones de nuestro derecho y muy particularmente de la legislación bancaria, a fin de que haya unidad en el sistema y se eviten discordancias y conflictos entre unas y otras instituciones jurídicas (...) ⁸⁴

Desde el punto de vista doctrinal, esta ley tuvo gran influencia de las ideas de Enrique C. Creel y Ricardo J. Alfaro, jurista panameño, como se observa principalmente en su artículo 6º, al establecer que “El fideicomiso propiamente dicho es un mandato irrevocable en virtud del cual se entregan al banco, con el carácter de fiduciario, determinados bienes para que disponga de ellos o de sus productos según la voluntad del que los entrega, llamado fideicomitente, en beneficio de un tercero llamado fideicomisario”.

Este precepto sigue los lineamientos del concepto elaborado por Alfaro, con la única diferencia, que en ésta ley dice que los bienes se entregan y en cambio el jurista panameño nos dicen que se transmiten.” ⁸⁵

En efecto, en lo que se refiere a la transmisión o entrega de bienes o derechos, se reafirma la cuestión de considerar al fideicomiso como un mandato especial, al establecer que “Los bienes entregados para la ejecución del fideicomiso, se consideran salidos del patrimonio del fideicomitente, en cuanto sea necesario para dicha ejecución o por lo menos gravados a favor del fideicomisario. En consecuencia, no serán embargables ni se podrá ejercitar (sic) sobre ellos acción alguna en cuanto perjudique al fideicomiso. Lo dispuesto es este artículo no impedirá que se demande la nulidad del fideicomiso cuando éste se haya constituido en fraude de acreedores, o sea ilegal por los otros motivos.” ⁸⁶

Se señala que pueden ser objeto del fideicomiso cualquier bien mueble o inmueble, con la única limitación que se refiere a los derechos cuyo ejercicio sea de carácter

⁸⁴ *Ibid.*, p. 344.

⁸⁵ Villagordoa Lozano, *op. cit.*, supra nota No. 33, p. 40.

⁸⁶ Ver Ley de Bancos de Fideicomiso, Artículo 12, en Secretaría de Hacienda y Crédito Público, *op. cit.*, supra nota No. 81, p.263.

personalísimo e intransmisible por su naturaleza o por disposición expresa de la ley y por lo que se refiere a los efectos frente a tercero, se estableció que “El fideicomiso constituido sobre bienes inmuebles deberá ser inscrito en la sección de propiedad, si hubiere traslación de dominio, o en el de hipoteca, en caso contrario, del respectivo Registro Público, y sólo producirá sus efectos contra tercero desde la fecha de su inscripción, la cual contendrá las instrucciones dadas por el fideicomitente al banco para la ejecución del fideicomiso, así como las facultades que le haya concedido. Para la inscripción en el registro, se debe presentar también el documento en que conste la aceptación del banco”.⁸⁷

Como podemos apreciar, se desprenden dos puntos importantes de análisis, por un lado se entiende que el fideicomiso puede o no implicar la transmisión del dominio de los bienes al fiduciario, aunque siempre se considerarán que han salido del patrimonio del fideicomitente, pero sólo en cuanto sea necesario para cumplir con el encargo conferido, es decir, los bienes salen del patrimonio del fideicomitente y son entregados al fiduciario mediante la transmisión del dominio para cumplir con el encargo del fideicomitente, o bien, mediante la simple entrega en garantía de los bienes al propio fiduciario, pero a favor del fideicomisario.

Por otro lado, al requerirse para su inscripción en el registro público del documento en el que conste la aceptación del fiduciario, nos reafirma la idea de que de acuerdo con esta ley, el fideicomiso se constituye como un acto unilateral de voluntad del fideicomitente que se perfecciona con la aceptación del fiduciario. Con ambos puntos vemos la influencia del derecho anglosajón y por tanto la implementación del *trust* en nuestro sistema legal.

Para Molina Pasquel una interpretación consecuente con la intención del legislador, para conciliar lo que parece significar grado mayor o menor en la salida de los bienes del patrimonio del fideicomitente, y en los derechos que sobre ellos adquiere el banco fiduciario, sería en el sentido de que el gravamen “a favor” del fideicomisario que

⁸⁷ *Idem*, Artículo 13.

“por lo menos” se crea sobre los bienes entregados para la ejecución del fideicomiso, debe entenderse como un gravamen “para beneficio” del fideicomisario; que ese derecho real que es el gravamen radica en el fiduciario, en interés de los fines del fideicomiso, es decir, para beneficio del fideicomisario.⁸⁸

Independientemente de la medida en que salgan los bienes del patrimonio del fideicomitente hacia el fiduciario, la ley de 1926 establece que éste último gozará, respecto de aquellos, de todas las acciones y derechos inherentes al dominio de los mismos, aun cuando no se hayan expresado en el título constitutivo del fideicomiso, señalado como únicas limitaciones el que se puedan enajenar, gravar o pignorar dichos bienes en beneficio propio del fiduciario, pues únicamente se pueden realizar dichos actos de disposición cuando se hayan otorgado expresamente tales facultades, o cuando sean indispensables en provecho del fideicomiso. En todo caso, se realizarán tales actos en provecho del fideicomisario.⁸⁹

Al igual que la regulación de nuestra legislación actual, esta ley prescribe que el fideicomiso sólo puede constituirse con un fin lícito, esto es, que no sea contrario a la ley ni a las buenas costumbres.

Respecto de la actuación del fiduciario, se señala como causales que motivan la separación del cargo de fiduciario, cuando el fiduciario tenga intereses propios opuestos a la ejecución del fideicomiso y en caso de malversación o por pérdida o menoscabo de los bienes fideicomitidos, ocasionada por culpa grave del propio fiduciario.

Se complementa lo anterior indicando que en cualquier caso el fideicomitente, el fideicomisario o el Ministerio Público cuando se trate de menores, incapaces o desvalidos, pueden pedir a un juez la remoción del fiduciario, tramitándose su demanda como incidente y con sujeción al Código de Comercio. El mismo procedimiento se establece

⁸⁸ Molina Pasquel Roberto, *Los derechos del fideicomisario*, citado por Villagordoa Lozano, *op. cit.*, supra nota No. 33, p. 41.

⁸⁹ Ver Ley de Bancos de Fideicomiso, Artículo 14, en Secretaría de Hacienda y Crédito Público, *op.cit.*, supra nota No. 81, p.263.

para promover las providencias necesarias, cuando los bienes del fideicomiso estuvieren en peligro de pérdida o menoscabo.

Respecto de los casos de extinción del fideicomiso, la ley en estudio señala que procede por cumplimiento del objeto para el cual fue constituido; por hacerse imposible su cumplimiento; por no haberse cumplido dentro de los veinte años siguientes a su constitución la condición suspensiva de que dependa; por haberse cumplido la condición resolutoria, en su caso, y por convenio expreso entre fideicomitente y fideicomisario.

El destino de los bienes y valores materia del fideicomiso a la extinción del mismo, será su aplicación según lo que se haya previsto expresamente en el título constitutivo y en caso de que falte disposición a ese respecto, se devolverán al fideicomitente o a quienes sus derechos representen.

Para el caso de existir varios fideicomisarios, su voluntad será expresada en la forma y términos que se haya establecido en el título constitutivo y si no se hubiere dispuesto sobre el particular, las decisiones se tomarán por mayoría de votos, computados por representaciones y no por personas; las decisiones se tomarán en junta que presidirá el banco fiduciario, previa convocatoria que efectúe el propio banco, la Comisión Nacional Bancaria o en su defecto la Secretaría de Hacienda, levantándose acta en los términos establecidos por el Código de Comercio para las sociedades anónimas.

Finalmente, se señala que las cuestiones que se suscitaren entre fideicomitente, banco fiduciario y fideicomisario, serían ventiladas en juicio mercantil, salvo aquellas que tuvieren señalado procedimiento especial en la ley. Con éste artículo se concluía la regulación de la figura del fideicomiso y posteriormente se regulaba lo relativo a los bancos de fideicomiso.

La Ley de Bancos de Fideicomiso que venimos comentando, fue abrogada a escasos cuatro meses de vigencia por la Ley General de Instituciones de Crédito y Establecimientos Bancarios de 1926, que incluyó dentro de su texto a los bancos de fideicomiso, por lo que prácticamente reprodujo la primeramente nombrada.

Al amparo de esta ley se constituyeron en nuestro país los primeros fideicomisos de garantía, según consta en el Registro Público de la Propiedad del Distrito Federal.⁹⁰

Una nueva Ley General de Instituciones de Crédito es publicada en el Diario Oficial del 29 de junio de 1932. En su Exposición de Motivos hace referencia a la de Bancos de Fideicomiso de 1926, diciendo que si bien esta ley había introducido al fideicomiso como institución jurídica, no precisó su aspecto sustantivo, quedando por tanto muchas dudas y que la Ley de Títulos y Operaciones de Crédito era la indicada para precisar su definición, efectos y contenido.⁹¹

Además, en dicha ley bancaria se aclara que el fideicomiso no es un mandato irrevocable, sino una afectación de patrimonio encaminada a un fin, que se confiaría a un fiduciario y que este fiduciario debe estar bajo la vigilancia del Estado; asimismo mantiene vigentes las prohibiciones tendientes a evitar los fideicomisos ilícitos y, adicionalmente a las facultades de actuar como fiduciario, conserva las facultades para desempeñar cargos tales como albacea, síndico, administrador de bienes y todas las que la ley anterior le otorgó en este sentido, con lo que se eliminó la confusión entre fideicomisos y los actos de administración o de representación de terceros.

Se establece que son instituciones de crédito, entre otras, aquellas sociedades mexicanas que tengan por objeto exclusivo el actuar como fiduciarias. Para la celebración de las operaciones propias de la actividad se sujeta a las instituciones a obtener concesión especial del Gobierno Federal; cabe hacer la observación de que las concesiones para ejercer como fiduciarias únicamente las podían obtener instituciones mexicanas, ya que se prohibía expresamente la actuación como tales a las instituciones extranjeras.

La Sección Sexta denominada “De las Instituciones Fiduciarias”, establece que además de actuar como fiduciarias, las instituciones podrían llevar a cabo los diversos actos de administración o de representación de terceros, tales como la actuación como

⁹⁰ Batiza Rodolfo, *op. cit.*, supra nota No. 11, p. 116.

⁹¹ Secretaría de Hacienda y Crédito Público, *op. cit.*, supra nota No. 81, p. 542.

representantes comunes de los tenedores de títulos de crédito; desempeñar el cargo de comisarios de sociedades, sindicaturas, albaceas, ejecutor especial, interventor, depositario judicial, representante de ausentes e ignorados, tutor o curador; depositario en administración o en garantía por cuenta de terceros de toda clase de bienes, títulos o valores; ser mandatario o comisionista, así como de encargarse de hacer avalúos, los que tendrán la misma fuerza probatoria que los hechos por corredores titulados o peritos.

Asimismo, se comenzó a regular que el desempeño del cargo y ejercicio de facultades, se realizara por medio de uno o más funcionarios designados especialmente para ello, que posteriormente tomarían el nombre de delegados fiduciarios.

Mención especial merece el Título V llamado “De las Relaciones Fiscales de los Procedimientos y de las Sanciones”, en donde se señala que las instituciones de crédito nacionales únicamente pagarían impuesto predial, derechos de carácter municipal que llegasen a causar los inmuebles por pavimentos, atarjeas y limpia, así como sobre las utilidades líquidas anuales que acusen los balances aprobados por la Comisión Nacional Bancaria.

También se exentaba, hasta por 30 años del Impuesto del Timbre a las fiduciarias por lo que respecta al acto de la constitución del fideicomiso o el documento en el que constase la comisión o el mandato, no así a los actos o documentos que se llevasen a cabo en cumplimiento del encargo, ya que éstos se considerarían como si hubiesen sido ejecutados u otorgados por el fideicomitente, mandante o comitente, situación que tiene gran importancia para entender la regulación fiscal en la actualidad. También se prohibía que alguno de los tres órdenes de gobierno pudiese gravar con otros impuestos adicionales a los anteriormente señalados.

La actual Ley General de Títulos y Operaciones de Crédito se publicó en el Diario Oficial el día 27 de agosto de 1932.

El legislador en su exposición de motivos, indica que dicha ley conserva en principio, el fideicomiso expreso a que alude la ley de instituciones de 1926, procurando

corregir “los errores o lagunas más evidentes”.⁹² La implantación de esa institución jurídica en nuestro sistema legal, agrega el legislador, “significará de fijo un enriquecimiento del caudal de medios y formas de trabajo de nuestra economía”. Únicamente se importa el fideicomiso expreso porque “los fines sociales que el fideicomiso implícito llena en países de organización jurídica diversa de la nuestra, pueden ser cumplidos aquí, con notorias ventajas, por el juego normal de otras instituciones jurídicas mejor constituidas. En cambio, el fideicomiso expreso puede servir a propósitos que no se lograrían sin él, por el mero juego de otras instituciones jurídicas o que exigirían una complicación extraordinaria en la contratación.” Este es el preámbulo de la ley vigente.

Esta ley regula actualmente la figura del fideicomiso en forma sustantiva y es paralela a Ley Bancaria de 1932, situación que fue pretendida por el legislador para que ambas leyes se complementaran, la primera estructurando la figura y la segunda regulando a las instituciones que habrían de desempeñar el cargo de fiduciarias.

Aun y cuando la mencionada ley se encuentra vigente, ha sufrido importantes reformas que han contribuido a establecer y aclarar diversas confusiones en torno a la naturaleza jurídica, que se suscitaron como consecuencia de la importación del figura. Su contenido actual será materia de análisis conforme vayamos avanzando en los diversos puntos del presente trabajo, por lo que a continuación señalaremos brevemente el contenido de las disposiciones originales más relevantes, así como las que consideramos que ocasionaron los desconciertos aludidos.

En su texto original la ley en cuestión estableció que “En virtud del fideicomiso, el fideicomitente destina ciertos bienes a un fin lícito determinado, encomendando la realización de ese fin a una institución fiduciaria.” Más adelante agrega que el fideicomiso será válido aunque se constituya sin señalar fideicomisario, siempre que su fin sea lícito y determinado.

⁹² Villagordoa Lozano, *op. cit.* supra nota No. 33, p. 44.

La redacción del concepto legal del fideicomiso provocó una serie de confusiones para determinar el alcance jurídico de la figura; al utilizar los verbos destinar y encomendar dio pauta a la discusión sobre la transmisión de la propiedad de los bienes o la titularidad de los derechos en favor del fiduciario, llegándose a considerar la posibilidad de fideicomisos en los que no hubiera enajenación a favor de aquel.

Lo que si es claro, es que el fideicomiso se hace posible únicamente destinando ciertos bienes o derechos a la realización del fin que se encomienda al fiduciario; respecto del patrimonio, el ordenamiento señala que el fiduciario tendrá todos los derechos y acciones que se requieran para el cumplimiento del fideicomiso, salvo las normas o limitaciones que se establezcan al constituirse el mismo; lo que significa que la propiedad de los mismos necesariamente tiene que transmitirse al fiduciario, quien a su vez está obligado a “cumplir dicho fideicomiso conforme al acto constitutivo” y evidentemente que esta obligación no la podría cumplir el fiduciario si no fuera titular de los bienes o derechos que forman la materia del fideicomiso, razón por la cual consideramos que resulta innecesario señalar lo anterior, pues basta con que el fiduciario sea el propietario de los bienes para tener todas las facultades dominicales necesarias para cumplir con el cometido, aunque el derecho de propiedad no tenga la misma significación en el *trust* que en el derecho mexicano, ya que dicha propiedad no le permite al fiduciario disponer de los bienes para su propio beneficio, situación a la que volveremos posteriormente.

Por lo que se refiere a la figura del fiduciario, a reserva de tocarlo más adelante, podemos comentar que México, al igual que prácticamente todo Latinoamérica, se separa de la tradición anglosajona para profesionalizar la figura, señalando que únicamente las instituciones autorizadas por la Ley de Instituciones de Crédito podrían ostentar el cargo.⁹³ Esta disposición se encuentra acorde a lo contemplado en la Ley de Instituciones de Crédito ya comentada, sustentándose en la idea de evitar sustituciones indebidas, como pudiera ser que se llevara los bienes a manos muertas, o permitieren la conformación de mayorazgos, o bien, que fideicomisos encomendados imprudentemente a manos

⁹³ Ver Artículo 350.

inexpertas o deshonestas que desprestigiaran la institución y frustraran su ulterior desarrollo.⁹⁴

Como causas de extinción del fideicomiso, se establecieron la realización del fin para el cual fue constituido; por hacerse éste imposible; por hacerse imposible el cumplimiento de la condición suspensiva de que dependa o no haberse verificado dentro del término señalado al constituirse el fideicomiso, en su defecto, dentro del plazo de 20 años siguientes a su constitución; por haberse cumplido la condición resolutoria a que haya quedado sujeto; por convenio expreso entre fideicomitente y fideicomisario; por revocación hecha por el fideicomitente cuando éste se haya reservado expresamente ese derecho al constituir el fideicomiso y, finalmente, cuando la institución fiduciaria no acepte, o cese en el desempeño de su cargo por renuncia o remoción, caso en el cual deberá nombrarse un sustituto, extinguiéndose el fideicomiso si no fuere posible esta sustitución.

Respecto del destino de los bienes fideicomitados al ocurrir la extinción del fideicomiso, se establece que aquellos bienes que obren en poder de la institución fiduciaria, al llegar ese evento, serán devueltos al fideicomitente o a sus herederos. Tratándose de la transmisión de bienes inmuebles o de derechos reales impuestos sobre los mismos, que realice el fiduciario al extinguirse el fideicomiso, deberá anotarla en el documento constitutivo de la operación, para que surta efecto contra terceros, inscribiéndose posteriormente dicha declaración en el Registro Público de la Propiedad del lugar en que hubiere sido inscrito.

Se prohíbe expresamente la celebración de fideicomisos secretos, así como aquéllos en los cuales el beneficio se concede a diversas persona sucesivamente que deban sustituirse por la muerte de la anterior, salvo el caso de que la sustitución se realice en favor de personas que estén vivas o concebidas ya a la muerte del fideicomitente. También se prohibían aquéllos cuya duración fuere mayor de 30 años, cuando se designe como beneficiario a una persona jurídica que no sea de orden público o institución de

⁹⁴ Macedo, Pablo. Estudio sobre el fideicomiso mexicano, en Lapaulle, Pierre, *op.cit.* supra nota No. 3, p. XXVII.

beneficencia, sin embargo, se exceptuaba de dicha prohibición aquellos cuyo fin fuera el mantenimiento de museos de carácter científico o artístico sin fines de lucro.

Como podemos observar, la segunda limitación comentada en el párrafo anterior, se refiere las sustituciones fideicomisarias que se encuentran prohibidas en nuestro sistema legal desde la época colonial, para evitar la vinculación al patrimonio de determinadas personas de ciertos bienes que se retiran de la circulación económica.

La Ley General de Títulos y Operaciones de Crédito, como lo comentamos anteriormente, continúa vigente, sin embargo, ha sufrido importantes reformas en cuanto al aspecto sustantivo de la materia, las cuales, como también lo comentamos, haremos alusión durante el desarrollo de la presente investigación. Por lo que se refiere al aspecto adjetivo de la materia, es decir, en cuanto a la forma de llevar a cabo las operaciones fiduciarias, ha tenido variadas regulaciones, mismas que a continuación comentaremos brevemente.

El 2 de junio de 1941 entró en vigor una nueva Ley de Instituciones de Crédito, su exposición de motivos señala que

El capítulo dedicado a las instituciones fiduciarias, apenas si sufre modificaciones, como no sea añadir a la enumeración de sus cometidos, algunos que puedan resultar propios de estas instituciones, y ciertas normas nuevas por las cuales deben regirse las operaciones de inversión que realice la institución en ejercicio del fideicomiso, mandato o comisión, cuando de la naturaleza de éstos o de las instrucciones recibidas no resulten indicaciones suficientemente precisas.⁹⁵

Establece las operaciones fiduciarias que pueden desempeñar las instituciones que gocen de la concesión respectiva, las reglas de funcionamiento de las instituciones y la prohibición de realizar por cuenta propia ninguna clase de operaciones, salvo para la administración de su capital y reservas.

⁹⁵ Secretaría de Hacienda y Crédito Público, *op. cit.*, supra nota No. 81, T-II, p. 216.

Resulta relevante mencionar que al tratar las reglas a que se someterá la actividad de las instituciones fiduciarias e indicar la proporción de las responsabilidades de dichas instituciones con relación a su capital, sostiene que el fiduciario es el titular de los derechos materia del fideicomiso, pues señala específicamente en el inciso c) del artículo 45 que “Cuando se trata de operaciones de fideicomiso por las que la institución ejerza como titular derechos que le han sido transferidos con encargo de realizar determinado fin (...)”. Como podemos observar en este precepto legal el legislador señala que por esta operación hay transmisión de derechos al fiduciario para la realización del fin determinado, situación que no encontramos expresamente en la ley sustantiva, sino hasta la reforma del año 2003.

Uno de los sucesos más relevantes en la historia de la banca mexicana se dio mediante el Decreto de 1o. de septiembre de 1982, a través del cual se dieron nuevas orientaciones en la política económica; el artículo primero del citado decreto, dispone que se expropien a favor de la Nación, por causas de utilidad pública, las instalaciones, edificios, mobiliario, equipo, activos, cajas, bóvedas, sucursales, agencias, oficinas, inversiones, acciones o participaciones en otras empresas, valores de su propiedad, derechos y todo los demás muebles e inmuebles en cuando fueran necesarios a juicio de la Secretaría de Hacienda, propiedad de las instituciones de crédito privadas a las que se les haya otorgado concesión para prestar el servicio público de banca y crédito.

Como principales consideraciones para proceder a la expropiación, el decreto que nos ocupa menciona que el servicio público de banca y crédito se había venido prestando por personas morales constituidas como sociedades anónimas, con el objeto de colaborar en la atención del servicio que el Gobierno no podía proporcionar integralmente y que por su propia naturaleza, la concesión otorgada para ello era temporal pues sólo podía subsistir mientras el Estado, por razones económicas, administrativas o sociales, no se pudiera hacer cargo en forma directa de la prestación del servicio público.

Asimismo menciona que los empresarios privados a quienes se había concesionado el servicio de banca y crédito habían obtenido con creces ganancias de la explotación del

servicio, creando además, de acuerdo con sus intereses, fenómenos monopólicos con dinero aportado por el público, lo que debía evitarse, para manejar los recursos captados con criterio de interés general y de diversificación social del crédito que llegara a la mayor parte de la población productiva y no siguiera concentrándose en las capas más favorecidas de la sociedad, además se consideró que el desarrollo firme y sostenido que requiere el país y que se basa en gran medida en la planeación nacional, democrática y participativa, requiere que el financiamiento del desarrollo, tanto por lo que se refiere a gastos e inversión pública, como al crédito, sean servidos a administrados por el Estado, por ser de interés social y orden público, para que se manejen en una estrategia de asignación y orientación de los recursos productivos del país a favor de las grandes mayorías.

Respecto de la figura que nos ocupa, el decreto expresaba que no era objeto de expropiación el dinero y valores propiedad de usuarios del servicio público de banca y crédito o cajas de seguridad, ni los fondos o fideicomisos administrados por los bancos, ni en general bienes muebles o inmuebles que no estuvieran bajo la propiedad o dominio de las instituciones afectadas; tampoco eran objeto de expropiación las instituciones nacionales de crédito, ni las organizaciones auxiliares, ni la banca mixta, el Banco Obrero, el Citibank, ni tampoco las oficinas de representación de entidades financieras del exterior o las sucursales de bancos extranjeros de primer orden. Como se desprende de lo anterior, la privatización de la banca no afectó los bienes entregados en fideicomiso, sino que únicamente provocó el cambio de titular de las instituciones prestadoras del servicio, sin que se vieran afectados los fideicomitentes o fideicomisarios por dicho cambio.

Como consecuencia de la privatización de la banca mexicana, se hizo necesario la expedición de una nueva ley, denominada Ley Reglamentaria del Servicio Público de Banca y Crédito, cuyas bases se sentaron mediante el decreto publicado en el Diario Oficial el 17 de noviembre de 1982, por el cual se modificó el Art. 73, fraccs. X y XVIII, y adicionó el texto de los Arts. 28 y 123, apartado B, de la Constitución federal. La ley reglamentaria fue publicada el 31 de diciembre de ese año y entró en vigor a partir del 1º de enero de 1983, contenía 43 artículos distribuidos en tres capítulos denominados

Disposiciones Generales, De las Sociedades Nacionales de Crédito, y De la Protección de los Intereses del Público.

La ley declaraba ser de orden público y tener por objeto reglamentar el servicio público de banca y crédito que, en los términos del Art. 28 Constitucional debía prestar el Estado, así como las características de las instituciones a través de las cuales debía hacerlo, su funcionamiento en apoyo de las políticas de desarrollo nacional y las garantías protectoras de los intereses del público. Establecía además, que el servicio indicado, donde se incluye desde luego el servicio fiduciario, se prestaría por instituciones de crédito constituidas por el Estado como sociedades nacionales de crédito.

Este tipo de sociedades exclusivas en México para prestar el servicio de banca y crédito, fueron señaladas en esta ley como un nuevo tipo de organización, indicando que la Secretaría de Hacienda y Crédito Público, el Banco de México y la Comisión Nacional Bancaria, en la esfera de sus respectivas competencias, dictarían las medidas necesarias para que la prestación del servicio público y la operación y funcionamiento de las instituciones se realizaran dentro de los lineamientos de los programas de financiamiento formulados en el contexto integral de los planes nacionales de desarrollo, cuidando que las instituciones orientaran sus actividades para fomentar el ahorro nacional; facilitar al público el acceso a sus servicios; canalizar eficientemente los recursos financieros hacia actividades necesarias o prioritarias y a la satisfacción de las necesidades financieras de los sectores productivos del país y del público en general.

Se definía a las sociedades nacionales de crédito como instituciones de derecho público creadas por decreto del Ejecutivo Federal conforme a las bases de la misma ley, que tendrían personalidad jurídica y patrimonio propio, una duración indefinida y su domicilio en territorio nacional.

Posteriormente, en el año de 1984, el Congreso autorizó una nueva Ley Reglamentaria del Servicio Público de Banca y Crédito, que entró en vigor el día 15 de enero de 1985. Conforme a su artículo 2º transitorio, derogó a la ley reglamentaria anterior y a la Ley General de Instituciones de Crédito y Organizaciones Auxiliares de 1941, que seguía regulando a las instituciones bancarias que no fueron objeto de

expropiación. Reprodujo un buen número de las disposiciones de la ley anterior, aunque esta se estructuró en forma más extensa y detallada.

El artículo 1º es una reproducción del correlativo de la ley anterior, en él se dispuso que la ley era de orden público y tenía por objeto reglamentar los términos en que el Estado prestaría el servicio público de banca y crédito, las características de las instituciones encargadas de hacerlo, su organización y funcionamiento en apoyo de las políticas de desarrollo nacional, las actividades y operaciones que pudieran realizar, y las garantías que protegieran los intereses del público.

La ley de 1984 separa a las sociedades nacionales de crédito en instituciones de banca múltiple e instituciones de banca de desarrollo; y cambia el objetivo de canalizar los recursos financieros a actividades nacional y socialmente necesarias para así canalizarlos eficientemente. También elimina los objetivos de evitar la concentración de crédito y descentralizar la asignación de crédito.⁹⁶

Establece las operaciones que las sociedades nacionales de crédito podrían desempeñar, señalándose en la fracción XV del artículo 30 lo relativo a los fideicomisos, mandatos y comisiones a que se refiere la Ley General de Títulos y Operaciones de Crédito y en las fracciones XVIII a XXII otras operaciones que venían siendo desempeñadas por las áreas fiduciarias, tales como actuar como representante común de tenedores de títulos de crédito, desempeñar el cargo de albacea, sindicaturas, realizar avalúos, etc.

Ordenaba la apertura de contabilidades especiales por cada contrato de fideicomiso, mandato, comisión, administración o custodia, estableciéndose que las instituciones desempeñarían su actuación como fiduciario a través de sus delegados fiduciarios, respondiendo civilmente por los daños y perjuicios que se llegasen a causar por la falta de cumplimiento en las condiciones o términos señalados en el fideicomiso.

⁹⁶ Villegas Hernández Eduardo y Rosa Ma. Ortega Ochoa, *El Nuevo Sistema Financiero Mexicano*, Tercera reimpresión, Editorial Pac, S.A. de C.V., México, 1992, p. 53.

Respecto de los fideicomisos de inversión señalaba que las operaciones respectivas tendrían que realizarse acorde a esa ley, a la del Mercado de Valores, así como de las reglas de carácter general emitidas por Banco de México, oyendo la opinión de la Secretaría de Hacienda y de la Comisión Nacional de Valores.

Como un aspecto importante y novedoso, establece que el personal que las instituciones utilizaren directa o exclusivamente para la realización de un fideicomiso, no formaría parte de su personal, sino que se considerarían al servicio del patrimonio dado en fideicomiso, pero cualquier reclamación de éstos sería en contra de la institución, quién podría afectar dicho patrimonio para cumplimentar resoluciones de la autoridad respectiva.

Por otra parte se regulaba la actuación del fiduciario respecto de los fideicomisos de garantía en los cuales no se hubiere pactado procedimiento convencional para la ejecución del fideicomiso llegado el caso de incumplimiento del deudor, señalando que en ese caso sería aplicable el procedimiento establecido para la prenda en la Ley General de Títulos y Operaciones de Crédito.

De los puntos relevantes contenidos en el capítulo de Servicios, finalmente se señala que no será aplicable el plazo de 30 años que establece la ley cambiaria como máximo para la duración de fideicomisos constituidos en favor de personas morales, cuando la Secretaría de Hacienda los declarase de interés público o bien fueran constituidos por el Gobierno Federal.

Adicionalmente se establecieron diversas prohibiciones para las instituciones que actuaran como fiduciarias, en el artículo 84 fracción XVIII, incisos a), b), c) y d), referentes a celebrar operaciones interdepartamentales; responder a los fideicomitentes, mandantes o comitentes del incumplimiento de los deudores, por los créditos que se otorguen o de los emisores por los valores que se adquieran, salvo que fuere por su culpa; utilizar fondos o valores de fideicomisos destinados al otorgamiento de créditos para realizar operaciones que pudieren resultar deudores sus delegados fiduciarios, miembros de su consejo directivo, auditores externos de la institución, etc.; finalmente administrar

fincas rústicas a menos que se reciban para distribuir el patrimonio entre herederos, legatarios, asociados o acreedores y sin que dicha adquisición exceda de dos años.

Con fecha 2 de mayo de 1990, el Ejecutivo Federal envió al Congreso de la Unión una iniciativa de decreto a fin de restablecer el régimen mixto de la prestación del servicio de banca y crédito y con base en lo dispuesto por la fracción I del Art. 71 de la Constitución Política, se derogaba el párrafo V del artículo 28 constitucional, se modificaba y adicionaba el inciso A de la fracción XXXI del apartado A del artículo 123 para incluir los servicios de banca y crédito y se reformaba la fracción XIII bis del apartado B del mismo artículo en el sentido de que las entidades de la administración pública federal que formen parte del sistema bancario mexicano regirían las relaciones laborales con sus trabajadores por lo dispuesto en ese apartado.⁹⁷

La iniciativa anterior fue aprobada por el Congreso de la Unión y la totalidad de la legislatura de los Estados, en los términos del decreto del 26 de junio del mismo año, con lo que terminó el período de poco menos de ocho años que duró la nacionalización bancaria.

Con fecha 28 de junio de 1990, el ejecutivo federal sometió a la consideración del Congreso de la Unión una iniciativa de ley de instituciones de crédito, en ella se hacía referencia a que el ejecutivo había enviado anteriormente la iniciativa para reformar los artículos 28 y 123 constitucionales a efecto de restablecer el régimen mixto en la prestación del servicio de banca y crédito. Dicha propuesta se sustentaba en tres razones fundamentales: (i) La impostergable necesidad de que el Estado concentrara su atención en el cumplimiento de sus objetivos básicos o sea dar respuesta a las necesidades sociales de la población y elevar su bienestar; (ii) El cambio profundo de las realidades sociales, de las estructuras económicas, del propio papel del Estado y del sistema financiero mismo, había modificado de raíz las circunstancias que explicaron la estatización de la banca en

⁹⁷ citado por Batiza Rodolfo, *op. cit.*, supra nota No. 11, p. 136.

septiembre de 1982; y (iii) El propósito de ampliar el acceso y mejorar la calidad de los servicios de banca y crédito en beneficio colectivo.⁹⁸

La iniciativa presidencial fue aprobada en sus términos por el Congreso de la Unión. La Ley de Instituciones de Crédito se publicó en el Diario Oficial el día 18 del mismo mes y es la que actualmente rige a las instituciones bancarias. Está integrada por ciento cuarenta y tres disposiciones en sus dos terceras partes es una reproducción literal o casi literal de la ley reglamentaria de 1984 que abrogó.

La ley tiene por objeto regular el servicio de banca y crédito, la organización y funcionamiento de las instituciones, sus actividades y operaciones, su sano y equilibrado desarrollo, la protección de los intereses del público y los términos en que el Estado ejercerá la rectoría financiera del sistema bancario mexicano.

Respecto de las operaciones fiduciarias, su regulación se estableció en el Título Tercero, De las Operaciones, Capítulo I, De las Reglas Generales, en el artículo 46 fracciones XV a XXII; en el Capítulo IV De los Servicios, artículos 79 a 85 bis-1; En el Título Cuarto, De las Disposiciones Generales y de la Contabilidad, Capítulo I De las Disposiciones Generales, artículo 90; Título Quinto de las Prohibiciones, Sanciones Administrativas y Delitos, Capítulo I De las Prohibiciones, artículo 104, 105, 106 fracciones XVII inciso b) y XIX; finalmente en el Título Sexto, de la Protección de los Intereses del Público, artículos 118 y 119 (actualmente derogado). Como ya se comentó, coincide con lo dispuesto en la ley anterior, con algunas variantes y reformas posteriores que comentaremos más adelante al desarrollar el tema respectivo.

⁹⁸ *Idem.*, p. 138.

Capítulo 2.

La naturaleza jurídica del fideicomiso y del *Trust* anglosajón.

SUMARIO: 2.1. La naturaleza jurídica del *Trust* anglosajón. 2.1.1 En función del interés jurídico del beneficiario. 2.1.2. Atendiendo a la manifestación de la voluntad en el acto constitutivo. 2.2. La naturaleza jurídica del fideicomiso. 2.2.1. Aspectos generales del hecho jurídico. 2.2.2. Teorías del acto jurídico y del negocio jurídico. 2.2.3. Teoría del negocio fiduciario. 2.2.4. Ubicación en México y Latinoamérica. 2.2.4.1 Como declaración unilateral de voluntad. 2.2.4.2. Como acuerdo de voluntades. 2.3 Comentarios sobre la naturaleza jurídica.

2.1. La naturaleza jurídica del *Trust* anglosajón.

No obstante la importancia que ha tenido el *trust* en el derecho angloamericano y ser una de las más grandes aportaciones del derecho inglés a la cultura jurídica universal, no existe una definición clara y precisa que haya sido aceptada por los tratadistas angloamericanos ni aún en las diversas leyes que regulan la figura, así por ejemplo, el Numeral 17, del capítulo V, correspondiente a Definiciones (68) del *Trustee Act of 1925* del Reino Unido, no lo define, sino que se limita a excluir a la hipoteca y a mencionar que se entienden incluidos los denominados *implied* y los *constructive trust*.⁹⁹ Extiende sus efectos a los casos donde el *trustee* es beneficiario y a las ejecuciones testamentarias cuando su contexto lo justifique.¹⁰⁰

La legislación de los Estados Unidos de América tampoco es muy abundante en cuanto a la definición del *trust*, pese a que la regulación es independiente en cada uno de

⁹⁹ Visible en New South Wales Parliamentary Counsel's Office, [consultado el 25 mayo 2006] Disponible en la World Wide Web: <http://www.legislation.nsw.gov.au/maintop/scanact/inforce/NONE/0> y en Office of Public Sector Information [consultado el 2 junio 2009] en http://www.opsi.gov.uk/RevisedStatutes/Acts/ukpga/1925/cukpga_19250019_en_6#pt5-11g58

¹⁰⁰ Para abundar sobre la regulación del *trust* en el Reino Unido, ver, entre otras: *The Judicial Trustee Act, the Public Trustee Act, the Perpetuities and Accumulations Act of 1964, the Charitable Trust Act, the validation of Charitable Trust Act, The Variation of Trusts Act.*

los estados de la Unión, sin embargo en el *Restatement of the Law of Trust* de 1935,¹⁰¹ en su Sección segunda señala que el *trust* puede ser entendido como una relación fiduciaria sobre una propiedad, en la que la persona que tiene el título sobre esa propiedad queda sometida a obligaciones en equidad (*equitable duties*) en beneficio de otra persona y que surge como resultado de una manifestación de voluntad al crearlo.¹⁰² Existen autores como Powell que dan un conceptualizan en forma sencilla al señalar que de conformidad con el *trust* una persona que posee en calidad de dueño y administra bienes determinados para el beneficio económico de otra.¹⁰³

Por su parte, el Artículo segundo de la Convención de la Haya del 1º de Julio de 1985, Relativa a la Ley Aplicable al *Trust* y su Reconocimiento, establece que para los fines de dicha Convención, el término *Trust* se refiere a las relaciones jurídicas creadas por una persona, el constituyente – por acto entre vivos o por causa de muerte – cuando los bienes han sido puestos bajo el control de un *trustee* en interés de un beneficiario o con un fin determinado.¹⁰⁴

Por lo que se refiere a los tratadistas, George T. Bogert define al *trust* como “una relación fiduciaria en el que una persona es el titular de una propiedad sujeta a una obligación de equidad para tener o usar la propiedad en beneficio de otro”.¹⁰⁵

El jurista inglés Sir Arthur Underhill¹⁰⁶ en su obra *Law of Trust and Trustee*, lo define como “una obligación de equidad que impone a una persona el deber de disponer de los bienes sobre los que tiene el control (*trust property*) en beneficio de otras personas

¹⁰¹ El *Restatement of the Law* es producida por el *American Law Institute*, que es una organización compuesta por destacados jueces, profesores de derecho y abogados. Fue establecida debido al crecimiento y complejidad de los casos legales tratados al amparo del *common law* y otras leyes; es un intento para analizar, compilar y actualizar las leyes. Sobre los intentos para hacer uniforme la regulación del *trust* en los Estados Unidos de América, consultar, entre otras, *The Uniform Fiduciaries Act*, *The Uniform Principal and Income Act*, *The Uniform Common Trust Fund Act*; *The Uniform Testamentary Additions to Trust Act*, *The Model Prudent Man Investment Act*, *The Uniform Trustee Powers Act* y *The Uniform probate Code*. Todas ellas preparadas por la *National Conference of Commissioners on Uniform State Laws*.

¹⁰² Bogert T., George, *op. cit.*, p. 1.

¹⁰³ Batiza Rodolfo. *Tres estudios sobre el fideicomiso*. Imprenta Universitaria, México, 1954, p. 31.

¹⁰⁴ Convention de la Haya Relative á la Loi Applicable au Trust et sa Reconnaissance du 1er. Julliet 1985. Ver Béraudo, Jean Paul, *op. cit.*, supra nota No. 64, p. 235.

¹⁰⁵ Bogert T., George, *op.cit.*, supra nota No. 11, p. 1.

¹⁰⁶ Citado por Philip, James S. *Introduction to English Law*, versión castellana de Jesús Torres García. Editorial Temis, S.A., Santa Fé de Bogotá, 1996, p. 409.

llamadas beneficiarios (*cestuis que trust*) entre las cuales puede encontrarse ella misma, pudiendo cualquiera de ellas exigir el cumplimiento de la obligación.”

En el mismo sentido los juristas Scott y Keeton señalan que el *trust*:

(...) es una relación fiduciaria con respecto a bienes, que impone a la persona titular del derecho de propiedad, obligaciones en equidad de disponer de la propiedad para beneficio de otra persona, relación que surge como resultado de la manifestación de la intención de crearla.¹⁰⁷

En Europa, Hayton, Kortmann y Verhagen, al sugerir los Principios de Derecho Europeo del *Trust*, señalan que “En un trust una persona llamada ‘trustee’ es propietaria de unos bienes, que se mantienen separados de su patrimonio personal, y ha de afectar dichos bienes (el ‘fondo’ del trust) al beneficio de otra persona llamada ‘beneficiario’ o al cumplimiento de una finalidad de interés general”.¹⁰⁸

La crítica que se puede hacer a los conceptos arriba vertidos, salvo el contenido en la Convención de la Haya y en los principios de derecho europeo, es en el sentido de que los fines del *trust* no necesariamente van dirigidos a favor de uno o varios beneficiarios específicos, como sería el caso de los *trust* con fines de beneficencia, sino que pueden incluso referirse a fines generales. Este punto es tocado por Keaton y Sheridan, quienes amplían el concepto sugiriendo que el *trust*:

Es una relación que surge siempre que una persona es obligada en equidad a tomar una propiedad, sea real o personal, y sea por título jurídico o en equidad, para el beneficio de algunas personas o para algún objeto permitido por la ley, de tal forma

¹⁰⁷ Scott Austin Wakerman. *The law of trust*, T-I, Third edition, Little Brown and Co., Boston-Toronto, 1967, p. 35 y Keeton, Georges W. *An introduction to Equity*. Ed. Sir Isaac Pitman & Sons, Ltd., 1952. citados por Rodríguez Ruiz, Raúl. *El Fideicomiso y la Organización Contable Fiduciaria*, sexta edición, Ediciones Contables y Administrativas, S.A., México, 1985, p. 46.

¹⁰⁸ Hayton, David J., Kortmann, S.C.J.J. y Verhagen, H.L.E. *op cit.*, supra nota No. 6, p.21.

que el beneficio real incremente, no al *trustee*, sino a los beneficiarios o a los objetivos del *trust*.¹⁰⁹

Este concepto adiciona la posibilidad, para aquellos casos en que la ley respectiva lo permita, que el beneficio del *trust* sea para algún fin específico sin que necesariamente sea una persona la beneficiada, como sería el caso de un *trust* establecido con fines de protección al medio ambiente, para la protección y manutención de animales, etc.

Los elementos que conforman la figura son fácilmente identificables. Del concepto se desprende que existe un patrimonio que se trasmite de una persona a otra, para ser destinado en beneficio de un tercero o al cumplimiento de determinados fines, lo que en principio no ofrece ningún problema, pero se nos presenta una interrogante ¿Qué es finalmente un *trust*? ¿Cuál es su naturaleza jurídica?

Evidentemente que la respuesta no ha estado exenta de dificultades, la doctrina anglosajona tradicionalmente ha vislumbrado las disputas doctrinales sobre el particular en dos vertientes, la primera se refiere al interés jurídico del beneficiario, para establecer si sus derechos son correlativos solamente con la obligación del *trustee* de disponer de la propiedad acorde a los términos del acto constitutivo, o si su interés jurídico está en la propiedad de los bienes que conforman el *trust*, lo que prácticamente se traduce en determinar si la naturaleza del derecho del beneficiario es de carácter real o personal.

La segunda se refiere a la determinación de su naturaleza jurídica partiendo de la manifestación de la voluntad que se da en el acto constitutivo, si es necesario un acuerdo de voluntades de los participantes o si basta únicamente con la manifestación de la voluntad del constituyente para que se configure el *trust* y pueda surtir sus efectos plenamente.

El estudio de estas dos cuestiones serán abordadas en el análisis que a continuación procederemos a realizar.

¹⁰⁹ Delany, Hilary. *Equity and the law of trust in Ireland*. Thomson Round Hall. Dublín, Ireland, 2007, p. 55

2.1.1 En función del interés jurídico del beneficiario.

En términos generales el *trust* es un operación en la que están implicadas tres personas, el constituyente, también llamado *settlor*, que transmite a un *trustee* la propiedad de ciertos bienes para que éste los destine en beneficio de una tercera persona denominada *cestui que trust* o beneficiario, que será quien recibirá ulteriormente la propiedad de los mismos o bien, sus ganancias; aunque como ya se comentó, puede darse el caso de que únicamente participen las dos primeras, en aquellos casos en que no exista un beneficiario específico, sino que el patrimonio se destine a cumplir una finalidad determinada.

Mediante la creación del *trust*, el *settlor* transfiere al *trustee* la propiedad de ciertos bienes, lo que implica para éste una situación *sui generis* ya que no se constituye como mandatario para llevar a cabo actos por cuenta de aquel, sino que desde el momento de la constitución estará investido de todos los derechos y facultades de dueño, pero los actos que lleve a cabo con dichos bienes no serán en su propio beneficio, sino en el del beneficiario o de la finalidad establecida, por lo que dichos derechos estarán siempre limitados a lo señalado en el acto constitutivo y en la normatividad que regule el *trust*. Asimismo también es importante destacar que el *settlor* pierde todo derecho sobre los bienes cuando los transfiere a favor del *trustee*, aunque como ya lo señalamos, éste debe actuar siempre de acuerdo a lo establecido en el acto constitutivo y no en su propio beneficio.

Los derechos que derivan a favor del beneficiario tienen relación directa con el régimen de propiedad de los bienes materia del *trust*, que también tiene características especiales, ya que la propiedad se divide entre el *trustee* y el beneficiario. A través del *trust* se realiza un desdoblamiento de la propiedad a favor de ambos, que perdura por el lapso de vigencia del *trust*. Esto puede ser posible por la interacción de los cuerpos normativos propios del sistema anglosajón; de hecho el *trustee* es titular del derecho real respecto de

los bienes de acuerdo al *Common law*; el beneficiario es igualmente titular de un derecho real, pero en el ámbito de la *equity*.

En efecto, el *trustee* es propietario de los bienes que constituyen el *trust* pero debe cumplir estrictamente con las condiciones estipuladas en el acto constitutivo, el *trust* se presenta como una suerte de patrimonio afectación, por lo que consideramos que los bienes no obstante que pasan a formar parte de su patrimonio personal, se encuentran separado de aquellos de libre disposición y no se confunden con ellos. De hecho el mecanismo de la subrogación real es aplicable incluso en caso de enajenación de un bien, el derecho del beneficiario repercute en las cantidades percibidas por el *trustee* por ese concepto, en todo caso, el *trustee* puede manejar el *trust* como propietario de los bienes, pero los frutos o productos que genere el patrimonio le corresponderán al beneficiario de acuerdo a lo señalado en el propio acto constitutivo.

Sobre este punto en particular, los ordenamientos jurídicos que regulan la figura, coinciden en que existe una transmisión de propiedad del constituyente hacia el fiduciario para que éste pueda llevar a cabo los actos encomendados, sólo el Código Civil de *Québec* se separa de esta regulación, al reconocer una transferencia de propiedad a un fondo autónomo llamado patrimonio de afectación, sin embargo, no reconoce derecho real alguno a los participantes. Dispone el citado código lo siguiente:

Art. 1261.- El patrimonio fiduciario, formado por los bienes transferidos en fiducia, constituye un patrimonio de afectación autónomo y es distinto al del constituyente, al del fiduciario y al del beneficiario, sobre el cual ninguno de ellos tiene un derecho real.¹¹⁰

En cuanto al patrimonio, en el derecho inglés se establece que el beneficiario es titular de dos tipos de derechos: En primer lugar, goza de un derecho real en equidad, con fundamento en el cual puede reivindicar los bienes que hayan salido del *trust*, sin importar

¹¹⁰ Ver *Code Civil de la province canadienne du Québec, Chapitre Deuxième, De la fiducie*, Arts. 1260 y ss. [consultado el 2 septiembre de 2006] Disponible en la World Wide Web: <http://ccq.lexum.umontreal.ca/ccq/chapter.do?lang=fr&book=4&title=22&chapter=72>

en manos de quien se encuentren, especialmente de terceros a quienes se les hayan transmitido en violación a lo establecido en el propio *trust*. Además el beneficiario dispone igualmente de un derecho personal contra el *trustee*, que le permite controlar la ejecución de las obligaciones fiduciarias.

En definitiva el *trustee* no es propietario en el sentido civilista del término, ya que su derecho de propiedad no es absoluto, en razón del derecho real reconocido al beneficiario. La propiedad de los bienes del *trust* no le son transferido más que para permitirle cumplir con la misión de gestión que le es confiada por el constituyente. Así el *trustee* tiene la *legal property* y el beneficiario *l'equitable property*.¹¹¹

2.1.2 Atendiendo a la manifestación de la voluntad en el acto constitutivo.

Como podemos observar, el *trust* tiene como presupuesto necesario el deseo y la intención del constituyente para destinar ciertos bienes a una finalidad determinada, sin embargo, su característica principal, que define su naturaleza jurídica, estriba en que se crea por un acto unilateral de voluntad del *settlor* y excepcionalmente por una decisión judicial o por mandato de la ley (*implied trust*), por lo que en principio basta que el *settlor* declare con claridad su intención de destinar determinado bien a un *trust* en su propio beneficio, de un tercero o con fines caritativos, para que se considere creado, es decir, no requiere de un acuerdo de voluntades entre los participantes para constituirlo, salvo que la naturaleza de los bienes requiera del acto de la transmisión, como sería en el caso de los bienes inmuebles.

En el modelo anglosajón existe una marcada separación entre acto constitutivo y acto dispositivo. Es decir, en la creación del *trust* existe, por una parte un negocio informal y unilateral del constituyente por el que el *trust* queda constituido al fijar el *settlor* los fines y criterios de actuación del *trustee*; por otra parte, ya constituido el *trust* y como actividad separada, se produce el acto dispositivo por el que se transmiten los bienes

¹¹¹ Cashin Ritaine, Eleonor, “Panorama comparé du droit matériel du trust”, en *Le trust en droit international privé. Perspectives suisses et étrangères*. Actes de la 17^a Journée de droit international privé du 2005 à Lausanne. Institute Suisse de Droit Comparé. Editorial Schulthess, 2005. p. 20.

al patrimonio que será controlado por el *trustee*. Este segundo acto, a diferencia del primero, debe estar revestido de los requisitos formales que establece el ordenamiento para cualquier transmisión de bienes.¹¹²

Según Le Grand Belleruche, la operación del *trust* descansa en dos acuerdos formales unilaterales: La que hace el constituyente, el *settlor*, que transfiere al *trustee* su derecho real en *Common law*; y el del *trustee* que acepta el la misión que le ha sido encomendada. Este mecanismo no es de tipo contractual, que el *trustee* tenga la posibilidad de aceptar o de rehusar el encargo, no cambia nada.¹¹³

En el derecho inglés el contrato y el *trust* parecen ser completamente distintos con algunas características en común; el primero es una creación del *Common law*, un acuerdo que requiere de consideraciones importantes para su validez y que sólo las partes que intervienen pueden implementar. Por otro lado, el *trust* es una especie de obligación en equidad en el que se permite al beneficiario exigir su cumplimiento, sin importar que no haya sido parte en el acuerdo original celebrado entre el *settlor* y el *trustee*.¹¹⁴

De acuerdo con David Hayton existen diversas características con que cuenta el *trust* que lo identifican como acto unilateral de voluntad y que a su vez lo diferencian del contrato.¹¹⁵ Estas características consisten básicamente en lo siguiente:

Cuando el *settlor* transfiere a título de propiedad ciertos bienes a favor del *trustee*, para que éste los destine para el beneficio de los beneficiarios (o de caridad u otros fines permitidos) el fundador es totalmente despojado de su interés en la propiedad y no tiene derechos alguno que ejercer respecto de dicha propiedad contra el *trustee*, salvo los que se haya reservado en el acto constitutivo para la gestión de la misma; en un contrato inevitablemente una parte tiene derechos contra la otra parte, mientras que el *settlor* y el

¹¹² Cámara Lapuente, Sergio. "Trust a la francesa" *Revista InDret* [en línea] No. 283, mayo del 2005. Revista para el análisis del Derecho. Universidad de la Rioja. p. 27 [consultado el 20 septiembre de 2008]. Disponible en la World Wide Web: www.indret.com.

¹¹³ Cashin Ritaine, Eleonor, *op.cit.*, supra nota No. 111, p. 18.

¹¹⁴ Delany, Hilary, *op.cit.*, supra nota No. 109, p. 57.

¹¹⁵ Hayton, David. *The english trust concept*. [en línea] [consultado el 25 de febrero de 2009]. Disponible en la World Wide Web: <http://www.assotrust.org/Pagine/trust%20concept.html>.

trustee no tienen derechos uno contra el otro y la posterior muerte o incapacidad del primero, es irrelevante para los efectos del *trust*.

Otra particularidad del *trust* consiste en que la transferencia de la titularidad de la propiedad del *settlor* al *trustee* inmediatamente confiere derechos de propiedad a los beneficiarios, siendo estos derechos oponibles a terceros que de buena fe adquieran del *trustee* los bienes, actuando éste en contraposición a lo establecido en el acto constitutivo o en exceso de facultades.

La administración fiduciaria es un cargo, por lo que la muerte o la incapacidad mental *de trustee*, simplemente conducen a la designación de un administrador sustituto (como también es normal si el administrador cae en insolvencia), ya sea por los demás administradores o una persona designada a tal efecto en el instrumento del *trust* o, en su defecto por un tribunal, que también puede remover al *trustee*. El derecho a la remuneración del fondo fiduciario es un evento del cargo, los beneficiarios (y, por supuesto, el fundador) no están personalmente obligados a pagar al administrador, salvo estipulación en el acto constitutivo.

Conforme a la cláusulas abusivas en los contratos, la cláusula de exención de responsabilidad que se puede aplicar en contra de una parte en un contrato, no se aplica a un *trustee* para limitar el alcance de su cargo. En el mismo sentido sobre cláusulas contractuales abusivas, se refiere a la aplicación de dicha cláusula en las relaciones contractuales, por lo que son normas *contra proferentem* que sólo se aplican a los contratos y no a los *trusts*.¹¹⁶

Otro de los puntos que diferencia el contrato del *trust* en la regulación del Reino Unido, se refiere a que el abuso de confianza por parte del *trustee* no confiere ningún derecho para dar el *trust* por terminado, a diferencia de un incumplimiento de contrato, caso en el que si se permite resolver el acuerdo; en el primer caso sólo hace al administrador

¹¹⁶ Sobre las cláusulas abusivas en Reino Unido ver The Enterprise Act 2002 (Part 8 Community Infringements Specified UK Laws) Order 2003 en www.opsi.gov.uk/si/si2003/uksi_20031374_en.pdf.

responsable de las irregularidades en que haya incurrido, pudiendo ser sustituido en el cargo por un tribunal si no renuncia voluntariamente a favor de un nuevo administrador.¹¹⁷

La mayoría de los *trusts*, a diferencia de los contratos, están destinados a durar por un largo período de tiempo; en este lapso, las circunstancias pueden cambiar respecto de lo previsto por el *settlor* en el acto constitutivo del *trust*, por ello los tribunales tiene una jurisdicción especial para asesorar al *trustee* en el ámbito de su competencia, por ejemplo para decidir si una acción a realizar estaría acorde con el buen ejercicio de sus facultades; incluso el tribunal puede ampliar la misión del *trustee* y, en un cambio de beneficiarios, puede incluir el nombre de infantes y nonatos beneficiarios, de acuerdo a los términos del *trust* si es para su beneficio y es acordado por todos los beneficiarios que cuenten con plena capacidad.

De las diferencias arriba anotadas, encontramos que si el *trust* tiene características especiales respecto de su naturaleza jurídica, que lo diferencian del contrato, tenemos entonces que la operación del *trust* reposa en dos declaraciones unilaterales, la del *settlor* que transfiere la propiedad de los bienes para que con ellos se cumplan determinados fines y la del *trustee* que acepta llevar a cabo dicha encomienda, pero la relación jurídica de ninguna manera es de carácter contractual, pues el *trust* se considera creado desde el momento en que el *settlor* hizo la declaración de voluntad en ese sentido y el acto de la aceptación puede ser posterior o incluso no darse, sin que esto afecte la existencia del acto. Sobre este punto regresaremos al tocar lo relativo a los tipos y características de *trust* que se pueden constituir conforme al derecho anglosajón.

La razón principal de que el *trust* sea creado mediante un acto unilateral de voluntad es de origen histórico, ya que como lo mencionamos líneas arriba, el *trust* proviene de la *Equity law* mientras que el contrato tiene su origen en el *Common law*.

Como pudimos apreciar al tocar lo relativo a su evolución, el *trust* es una institución que sólo puede comprenderse analizando las particularidades del sistema

¹¹⁷ Cabe señalar que anteriormente sólo mediante un *trust* se podría conferir derechos a terceros, hasta en la Contratos (Derechos de Terceros) en que dicha situación se amplía a los contratos. Sobre este punto ver http://www.opsi.gov.uk/ACTS/acts1999/ukpga_19990031_en_1.

jurídico inglés, principalmente en cuanto a la coexistencia histórica de los dos cuerpos normativos que le caracterizan: el *Common law* y la *Equity*, que como ya lo comentamos, el primero era elaborado en la jurisdicción real y el segundo en la jurisdicción del Canciller.

Consideramos que el reconocimiento realizado por los tribunales de la Cancillería que se hizo a los derechos del *cestui que use* y posteriormente *cestui que trust*, sobre y como lo hemos comentado, la manifestación de la voluntad del constituyente teniendo su fundamento en las decisiones jurisprudenciales de la época medieval dirigidas a aplicar justicia en el caso concreto de los primitivos *uses*, que eran constituidos en forma unilateral para lograr alguna finalidad que mediante el derecho común no le estaba permitida.

A diferencia del *trust*, el acto de constitución del fideicomiso o fiducia mercantil en los ordenamientos consultados, generalmente debe hacerse mediante contrato que suscriban cuando menos el constituyente y el gestor profesional, incluso, en los casos como el de México, en que los fideicomisos públicos (aquellos que constituyen los órganos de gobierno), que en su gran mayoría son creados en cumplimiento al mandato de una ley; este mandato es en el sentido de celebrar el contrato respectivo con una institución fiduciaria por lo que no se constituyen mediante el acto legislativo. La fiducia en Francia puede constituirse por acto diverso al acuerdo de voluntades, es decir, por disposición de la ley, ya que su Código Civil expresamente lo permite. Por su parte la Convención de la Haya, excluye de su campo de aplicación lo relativo a la transferencia de los bienes y la creación del fideicomiso, por lo que dichos actos deberán regularse conforme a la ley que reconoce su creación.

Situación similar se da en el derecho mexicano cuando el fideicomiso tiene un origen *mortis causa*, pues aunque el testador haya dispuesto en su testamento que se constituya el fideicomiso con parte o la totalidad de sus bienes, este no existe, sino hasta que el representante de la sucesión celebra el contrato con el fiduciario. En el fideicomiso venezolano, puede considerarse que se constituye mediante acto unilateral cuando se

realiza por testamento, ya que lo considera válido, siempre y cuando conste la aceptación del fiduciario en el mismo instrumento o en documento por separado, lo que no implica necesariamente un contrato, sino dos actos unilaterales separados, pero vinculados a un mismo negocio. Por su parte en la fiducia canadiense se tiene por constituida al otorgar el testamento, pero se entiende sujeta a la condición suspensiva de que ocurra el fallecimiento del constituyente y el fiduciario acepte, momento en el cual se retrotraen los efectos.

2.2. La naturaleza jurídica del fideicomiso.

Una de las cuestiones más debatidas en Latinoamérica, principalmente en el derecho mexicano, ha sido sin duda la determinación de su naturaleza jurídica del fideicomiso o fiducia mercantil.

El hecho de que al implementar la figura en estudio dentro del sistema jurídico mexicano, el legislador no sólo haya omitido señalar específicamente su naturaleza jurídica, sino que incluso incluyó disposiciones contradictorias en su regulación, provocó diversos problemas al momento de precisar la cuestión, provocándose una importante división doctrinal sobre el particular, que ha venido siendo superada gracias al esfuerzo realizado a través de la doctrina, la jurisprudencia y principalmente mediante una práctica de casi ocho décadas que ha permitido lograr una asimilación coherente del fideicomiso al sistema.

La figura del fideicomiso en Latinoamérica tiene su antecedente inmediato en el *trust* anglosajón. En México fue incorporado a la legislación mercantil sin existir antecedente alguno que lo sustentara en nuestra tradición jurídica. Consideramos que esa incorporación proveniente de un sistema jurídico diverso al nuestro, fue lo que provocó la problemática para determinar su naturaleza jurídica. Existen diversas opiniones doctrinarias que lo han identificado de muy diversas formas, como un mandato, una declaración unilateral de voluntad, un contrato, un negocio jurídico e incluso, como un negocio fiduciario.

Como acto típico de la voluntad del ser humano, la creación del fideicomiso, al igual que el *trust*, se manifiesta por la intención de una persona para destinar ciertos bienes a una finalidad determinada, y al ser una manifestación de voluntad vertida en el ámbito del derecho, consideramos que su naturaleza jurídica debe analizarse desde la perspectiva de esa manifestación de voluntad, es decir partiendo de la teoría del hecho y el acto jurídico, haciendo referencia a lo que la doctrina llama negocio jurídico y negocio fiduciario, mismos que a continuación expondremos.

2.2.1 Aspectos generales del hecho jurídico.

La norma jurídica, dice Gutiérrez y González, se elabora para regir conductas humanas, pero sólo en aquellos casos en que el mismo derecho considera que esas conductas deben producir consecuencias.¹¹⁸ No sólo las conductas humanas producen consecuencias jurídicas, hay también ciertos hechos de la naturaleza que el derecho, al relacionarlas con los seres humanos les atribuye ciertos efectos jurídicos, siendo esos hechos humanos y naturales los que hacen nacer las obligaciones.

La vida del hombre en sociedad requiere invariablemente de una regulación para lograr un desarrollo más o menos armónico en sus relaciones. Esto se logra mediante la implementación de una gran variedad de normas jurídicas y entre ellas encontramos las que por una parte otorgan derechos y por otra imponen obligaciones, es decir, tienen la característica de bilateralidad, pero siempre es en virtud de la realización de un hecho que se producen dichas consecuencias.

El hecho, por sí mismo significa cualquier evento que acontece en el mundo exterior y que es apreciable por los sentidos; evidentemente que no todos los fenómenos son tomados en cuenta por el ordenamiento jurídico para otorgarle consecuencias, sino únicamente aquellos que al exteriorizarse de alguna forma influyen en las relaciones del hombre con su entorno; por lo tanto todos aquellos acontecimientos, sean naturales o del

¹¹⁸ Gutiérrez y González Ernesto. *Derecho de las obligaciones*, 14ª edición, Editorial Porrúa, México, 2002, p. 145.

propio hombre que por así disponerlo el ordenamiento jurídico, tengan una repercusión en la aplicación de derecho independientemente de que intervenga o no la voluntad del hombre para producirlos, son considerados como hechos jurídicos.

Ahora bien, para que un hecho tenga consecuencias jurídicas debe ser reconocido por el ordenamiento jurídico; así tenemos que todas las situaciones que son reconocidas por ese ordenamiento se actualizan con la realización del supuesto jurídico contenido en la propia norma, lo que implica la generación de consecuencias de índole legal que se traduce en el nacimiento o creación de obligaciones jurídicas. Esta relación de causalidad jurídica entre el hecho y su resultado es el fenómeno conocido en la doctrina italiana como *fattispecie*.¹¹⁹

Es importante destacar que el efecto que se deriva del hecho realizado crea un vínculo jurídico, resultando que dicha relación deviene de la ley, pues precisamente es el ordenamiento jurídico el que se encarga de determinar si reconocerá efectos o consecuencias legales a la realización del *factum* y su adecuación al supuesto jurídico, así como señalar el tipo de efectos que producirá, según lo considere lícito o ilícito, tome o no en consideración la voluntad humana para producirlos.

La realización del supuesto jurídico que da nacimiento a la relación jurídica, sólo puede darse mediante el acto y el hecho jurídico, que tienen como función poner en movimiento una norma de derecho para condicionar sus efectos, de tal manera que si la norma no se pone en movimiento a través del hecho o el acto jurídico, no se presentan consecuencias jurídicas en relación con determinada persona; se necesita por consiguiente, la existencia de una norma de derecho que establezca la posibilidad de que realizado el hecho o acto, se produzcan consecuencias jurídicas.¹²⁰

Esto nos lleva a precisar que al lado de los fenómenos de la naturaleza que no producen efectos de derecho y al de la mayor parte de las conductas humanas irrelevantes

¹¹⁹ Campagnucci de Caso, Rubén. *El negocio jurídico*. Editorial Astrea, Buenos Aires, 1992, p. 2.

¹²⁰ Citado por Rojina Villegas Rafael, *Compendio de Derecho Civil*, T-I, 30ª. Edición, Editorial Porrúa, México, 2001, p. 175 y ss.

en lo jurídico, se tiene al hecho que sí produce efectos de derecho y es denominado hecho jurídico *latu sensu*.¹²¹

Los hechos jurídicos atribuibles al hombre pueden ser voluntarios o involuntarios, es decir, que su realización intervenga o no la voluntad en un pretendido resultado; pero la distinción de los primeros, o sean los voluntarios, con los actos jurídicos, reside en su falta de intencionalidad, dirigida no hacia el resultado que se propongan, sino hacia la generación de consecuencias o efectos jurídicos que de manera indefectible habrán de producir.¹²²

De acuerdo con la doctrina francesa el hecho jurídico *latu sensu*, se clasifica en acto jurídico y en hecho jurídico *strictu sensu*.

Carlos Sepúlveda concibe al acto jurídico como la expresión de una voluntad o de un acuerdo de voluntades, que tiene por objeto la creación intencional de consecuencias jurídicas.¹²³ Flores Gómez lo define como una manifestación de voluntad del hombre, hecha con el propósito de producir consecuencias jurídicas.¹²⁴ Nosotros agregaríamos, para ser congruentes con el concepto dado de hecho jurídico, la condicionante de que dichas consecuencias se produzcan siempre que así lo disponga o reconozca el ordenamiento jurídico.

Por lo que se refiere al hecho jurídico *strictu sensu* el mismo Flores Gómez lo define como una manifestación de voluntad que genera efectos de derecho independientemente de la intención del autor de la voluntad para que esos efectos se produzcan, o un hecho de la naturaleza que la ley le vincula efectos jurídicos. Como se aprecia del concepto, el hecho jurídico *strictu sensu* puede entenderse como una conducta humana que genera las consecuencias jurídicas que establece el ordenamiento jurídico, sin

¹²¹ Gutiérrez y González Ernesto, *op. cit.*, supra nota No. 118, p. 147.

¹²² Sepúlveda Sandoval Carlos, *De los Derechos personales, de crédito u obligaciones*, T-I, 3ª edición, Editorial Font, S.A., Monterrey, México, 2002, p. 53.

¹²³ Sepúlveda Sandoval Carlos, *Contratos civiles. Teorías general y análisis en particular de sus diversas clases*. Primera parte., Lazcano Garza editores, S.A. de C.V., Monterrey, México, 2006, p. 23.

¹²⁴ Flores Gómez González Fernando, *Introducción al Estudio del Derecho y Derecho Civil*, 6ª edición, Editorial Porrúa, México, 1999, p.46.

tomar en consideración la intención de la persona que lo realiza y también como un acontecimiento natural en la que no interviene la voluntad humana y que sin embargo el ordenamiento legal le reconoce efectos jurídicos, como pudiera ser el nacimiento o la muerte.

Tenemos así que para diferenciar al hecho jurídico *strictu sensu* del acto jurídico, la manifestación de la voluntad representa el aspecto fundamental para determinar los efectos que habrá de generar la realización de la hipótesis de la norma, es decir, sería la causa del efecto producido.

Por lo que toca al objeto de nuestra investigación, es evidentemente que la figura del fideicomiso es un hecho jurídico que es reconocido por la Ley y donde invariablemente existe una manifestación de voluntad que tiene la firme intención de producir efectos jurídicos, por lo que continuaremos su análisis desde ésta perspectiva, pues doctrinalmente encontramos los conceptos de negocio jurídico, acto jurídico y negocio fiduciario donde se ha pretendido encuadrar la naturaleza jurídica de la figura en estudio.

2.2.2. Teorías del acto jurídico y del negocio jurídico.

Al hablar de los actos jurídicos se ha llegado a equiparar el término acto jurídico con el de negocio jurídico. Marcel Planiol al hablar sobre la palabra acto, señala que en la terminología jurídica cuando designa una operación jurídica, se utiliza la palabra latina *negotium*; otras veces, cuando designa un documento probatorio, responde al término latino *instrumentum*.¹²⁵ Sobre este particular, Magallón Ibarra menciona que existen diversas denominaciones de la teoría del acto, encaminadas a la misma significación, pues se le llama Teoría general del hecho y del acto jurídico; Teoría general del acto jurídico y también Teoría general del negocio jurídico y aclara que como resultado de la

¹²⁵ Planiol, Marcel y Georges Ripert, *Tratado Elemental de Derecho Civil*, traducción de Leonel Pereznieta y Castro, 3ª edición, L.G.D.J., París, 1946, en Biblioteca de Clásicos del Derecho, V-8, ed. Harla, México, 1997, p. 39.

equivalencia del negocio con la operación jurídica, se habla en forma indistinta y por eso se le refiere como teoría general del acto o negocio jurídico.¹²⁶

Sin embargo, aún y cuando ambos términos se han venido utilizando indistintamente, consideramos que poco a poco la teoría del negocio jurídico ha evolucionado hacia una nueva categoría de hecho jurídico, teniendo como punto de separación respecto del acto jurídico, la intención en la producción de los efectos jurídicos.

La tradición en nuestro país ha sido la de seguir la teoría francesa del acto jurídico, así encontramos que salvo algunas menciones aisladas, principalmente en materia registral contenidas en algunas de las legislaciones locales, los estados de Coahuila, Guerrero y Quintana Roo, son los únicos que en su Código Civil se refieren al negocio jurídico.¹²⁷ El primero de dichos ordenamientos establece que cuando el hecho es realizado voluntariamente por el ser humano, con o sin la intención de producir los efectos jurídicos, y estos se producen, se llama acto jurídico y que cuando el acto es lícito, normativo, y se realiza con el deliberado y fundamental propósito de producir consecuencias en cuanto al nacimiento, la conservación, la modificación, la transmisión o la extinción de derechos y obligaciones o de situaciones jurídicas concretas, se llama negocio jurídico.

No obstante el escaso reconocimiento que en la legislación mexicana se hace del negocio jurídico, algunos tratadistas lo utilizan al hablar del fideicomiso e incluso en algunas tesis de los Tribunales Colegiados y de la Suprema Corte de Justicia de la Nación referidas a dicha figura, se menciona que este es un negocio jurídico.¹²⁸ Algunos conceptos vertidos por la doctrina sobre el negocio jurídico, son los siguientes:

¹²⁶ Magallón Ibarra Jorge Mario, *Instituciones de Derecho Civil*, T-I, Editorial Porrúa, México, 1987, p. 193.

¹²⁷ Ver, los Títulos Tercero y Quinto del Código Civil del Estado de Coahuila de Zaragoza; el Título Primero, Libro Quinto, del Código Civil del Estado de Guerrero y Títulos Primero y Tercero del Libro Primero del Código Civil de Quintana Roo.

¹²⁸ *Apud*, entre otras, Tesis con número de registro 209,085, localizada en 8ª época, T.C.C., S.J.F. XV-I, Febrero de 1995, p. 187; 218,946, localizada en 8ª época, T.C.C., S.J.F. X, Octubre de 1992, p. 339; 240,907 localizada en 7ª época, 3ª Sala, S.J.F. 121-126, Cuarta parte, p. 43 y 245,772 localizada en 7ª época, Sala Aux., S.J.F. 97-102, Séptima parte, p. 106; contenidas en en Suprema Corte de Justicia de la Nación. Poder Judicial de la Federación. Ius versión 2008. (DVD, Sistema Informático en disco compacto) S.C.J.N., México, 2008, archivos utilizados: “Séptima época”, Octava época” y “Novena época”.

Para Cisneros Farías la dinámica del derecho moderno en cuanto a las vías de comunicación, la amplitud de libertad, los valores y principios del ser humano, han colocado al negocio jurídico como un acto jurídico especial, definiéndolo como un acto de manifestación de la voluntad de los particulares, que constituye una aplicación concreta de una norma jurídica individual, en la que el mayor peso de ese acto lo constituye la voluntad de los particulares, dejando al derecho la envoltura de la voluntad creadora.¹²⁹

Por su parte el tratadista colombiano José Ignacio Narváez señala que el negocio jurídico se integra por una o más manifestaciones de voluntad privadas encaminadas a producir determinados efectos jurídicos.¹³⁰

Para ser considerado como un negocio jurídico, el *factum* debe reunir tres características principales: En primer lugar debe ser reconocido por el derecho como productor de consecuencias jurídicas; en segundo lugar su voluntad debe ir encaminada no sólo a realizar el hecho, sino directamente a producir las consecuencias respectivas en determinada forma; en tercer lugar el hecho debe ser lícito, pues de lo contrario y estaríamos en presencia de un hecho jurídico *strictu sensu*.

Para diferenciar un acto de un negocio jurídico, es suficiente tomar en cuenta la intervención de la voluntad, presencia o ausencia de ella, en dos momentos: En la realización del acontecimiento en que el hecho, el acto o el negocio pueden consistir y en la producción de las consecuencias jurídicas. En el hecho no interviene la voluntad, ni en la realización del acontecimiento ni en la producción de las consecuencias; en el acto la voluntad interviene sólo en la realización del acontecimiento, más no en la producción de efectos, no obstante lo cual éstos se producen; en cambio en el negocio, la voluntad interviene en los dos momentos, es decir en la realización del acontecimiento y en la producción de las consecuencias jurídicas.¹³¹

¹²⁹ Cisneros Farías, Germán. *La voluntad en el negocio jurídico*. Editorial Trillas, México, 2001., p. 29.

¹³⁰ Narváez García, José Ignacio. *Obligaciones y Contratos Mercantiles*. Segunda edición, Editorial Legis, Colombia. 2002, p. 28.

¹³¹ Ortiz Urquidi Raúl, *Derecho Civil*, México, 1977, Editorial Porrúa; p. 237, citado en *Las Instituciones Fiduciarias y el Fideicomiso en México*, Capítulo XI, La Naturaleza Jurídica del Fideicomiso, redactado por el Dr. Miguel Acosta Romero, Fomento Cultural de la Organización Somex, A.C., México, 1982, p. 128 y ss.

No se puede dar el mismo tratamiento al acto jurídico propiamente dicho y al negocio jurídico; en el primero las normas jurídicas deben limitarse a reconocer la responsabilidad que tiene el sujeto sobre las consecuencias jurídicas de su acto; en tanto que, en el negocio jurídico, las normas tienden además a verificar si se dieron todos los elementos necesarios para su nacimiento y para proteger sus efectos.¹³²

Como podemos observar la autonomía de la voluntad constituye la base del negocio jurídico, ya que es imprescindible como condición *sine qua non* que el acto sea querido y consentido por los sujetos que intervienen. Son los individuos los que ejerciendo su libertad individual, buscan y desarrollan la satisfacción de sus necesidades mediante el ejercicio de esa vía y cause de libertad. Se concretan así los fines prácticos que los hombres buscan con la realización de los negocios jurídicos, mediante el cambio de bienes y servicios.¹³³

Sin embargo, dentro de la doctrina mexicana, algunos autores consideran que el concepto de negocio jurídico no aporta nada nuevo a la teoría del acto jurídico, sino que este, tal y como lo conocemos cumple adecuadamente con las necesidades de nuestra realidad jurídica.¹³⁴

En lo tocante a la ubicación de la figura del fideicomiso en las teorías que acabamos de mencionar, es curioso que un número importante de autores mexicanos que han escrito sobre la materia identifican al fideicomiso como un negocio jurídico.¹³⁵

Así tenemos que José M. Villagordoa Lozano, justifica la existencia de los negocios jurídicos mencionando el hecho de que junto a las normas tradicionales de los contratos, se van desarrollando nuevas formas contractuales que no están expresamente

¹³² Villoro Toranzo Miguel, *Introducción al Estudio del derecho*, 4ª edición, Editorial Porrúa. México, p.364

¹³³ Campagnucci de Caso, Rubén, *op. cit.*, supra nota No. 119, p. 55.

¹³⁴ Ver, entre otros: Acosta Romero, Miguel. *Teoría general del acto jurídico y obligaciones*. Editorial Porrúa, México, p. 6 y ss. y Gutiérrez y González, *op. cit.*, supra nota No. 118, p. 154.

¹³⁵ Según Acosta Romero, en esto coinciden Octavio Hernández, Mario Bauche Garciadiego, Raúl Cervantes Ahumada, Jorge Alfredo Domínguez Martínez, Jorge Serrano Trasviña y José M. Villagordoa Lozano. Ver Acosta Romero, Miguel, *fideicomiso, teoría y práctica*, *op. cit.*, supra nota No. 11, p. 171.

previstas en la legislación actual y que contrastan notablemente con los contratos tradicionales por la simplicidad y carencia de complicados formalismos jurídicos que caracterizan a estos contratos y al efecto expresa que “en nuestro derecho se ha reconocido y reglamentado el fideicomiso, que es una especie de negocio jurídico; es así como el derecho positivo mexicano va comprendiendo dentro de su ámbito, las nuevas formas contractuales, desconocidas para su derecho tradicional”.¹³⁶

Jorge Alfredo Domínguez hace alusión a los artículos que se contienen en el capítulo relativo al fideicomiso de la Ley General de Títulos y Operaciones de Crédito, donde se pone de manifiesto el campo tan grande en el que puede desplazarse la autonomía de la voluntad privada cuando tiene lugar la celebración de una de esas operaciones; más aún, precisamente por ello no hay otra figura jurídica en toda la legislación perteneciente al derecho privado mexicano que cuente con la versatilidad de ésta, por lo que debe considerarse que el fideicomiso es una especie de los negocios jurídicos, en oposición a los actos *strictu sensu*.¹³⁷

Por su parte, Emilio Krieguer diferencia la voluntad de la intención específica en la realización de acto, al señalar que:

Doctrinas relativamente recientes profundizan un poco más y distinguen entre los actos jurídicos en los que no sólo aparece la voluntad del sujeto, sino también la intención o propósito de buscar los efectos jurídicos propios del acto que se realiza, en cuyo caso se trata de negocios jurídicos. Así llegamos a ubicar al fideicomiso como un negocio jurídico, puesto que el fideicomitente, al crear el fideicomiso, realiza voluntariamente un acto que produce consecuencias de derecho, que son buscadas por el mismo fideicomitente.¹³⁸

En cuanto a la doctrina Colombiana, encontramos que Eduardo Casas Saénz toma el concepto legal de la fiducia comercial para reconocerla como un negocio jurídico en

¹³⁶ Villagordoa Lozano José Manuel, *op. cit.*, supra nota No. 33, p. 55.

¹³⁷ Domínguez Martínez Jorge Alfredo, *El fideicomiso ante la teoría General del Negocio Jurídico*, 3ª edición, Editorial Porrúa, México, 1982, p. 34.

¹³⁸ Krieguer Vázquez Emilio, *op. cit.*, supra nota No. 15, p. 27.

virtud de que el artículo 1226 del Código de Comercio, al referirse a dicha figura, contiene los elementos propios del negocio jurídico, entendiendo por tal el “acto de una o más voluntades que pretende algún efecto jurídico reconocido por la ley.”¹³⁹

En efecto, el mencionado dispositivo legal, establece:

Art. 1226. La fiducia mercantil es un negocio jurídico en virtud del cual una persona, llamada fiduciante o fideicomitente, transfiere uno o mas bienes especificados a otra, llamada fiduciario, quien se obliga a administrarlos o enajenarlos para cumplir una finalidad determinada por el constituyente, en provecho de éste o de un tercero llamado beneficiario o fideicomisario (...) ¹⁴⁰

Por su parte Rodríguez Azuero comparte dicha posición al señalar que en las legislaciones latinoamericanas el soporte más representativo del fideicomiso esta constituido por el negocio fiduciario, esto es, por una especie del acto jurídico bilateral o contrato, sin embargo, este autor también sostiene que cabe transferir los bienes mediante un acto jurídico unilateral a través del testamento. ¹⁴¹

En este mismo sentido se manifiesta en Argentina José María Cristá, quién en virtud de lo establecido en los primeros artículos de la Ley 24.441, concluye que el fideicomiso puede nacer de un contrato o por disposición de última voluntad.

Por su parte Giraldi sostiene que el fideicomiso es un negocio jurídico consistente en la afectación de un patrimonio a un propósito determinado en beneficio de alguien y en el encargo a un sujeto ajeno a la finalidad de realizar los actos tendientes a su cumplimiento. ¹⁴²

¹³⁹ Casas Sanz de Santamaría, Eduardo, *op. cit.*, supra nota No. 76, p. 47.

¹⁴⁰ Código de Comercio de Colombia, disponible en la World Wide Web: www.ccsm.org.co/.../Decreto%20No.%20410%20de%201971.pdf

¹⁴¹ Rodríguez Azuero, Sergio, *op. cit.*, supra nota No. 11, p. 134.

¹⁴² Giraldi, Pedro Mario. *Fideicomiso (Ley 24.442)*. Editorial Depalma, Buenos Aires, 1998, p. 21.

Jorge Hugo Lascala sostiene que “La creación de un fideicomiso obedece a la formación de un vínculo de orden patrimonial basado en la confianza, para el desarrollo de su *iter* en función de las relaciones complejas derivadas de una causa típica con protección legal”, y más adelante agrega que “la complejidad que encierra su creación subyacen un negocio o un acto jurídico con un objeto real de disposición transmitido fiduciariamente, y como contrapartida, otro acto jurídico causado con contenido obligacional de retrasmisión.”¹⁴³

Como pudimos apreciar en el desarrollo del presente punto, la autonomía de la voluntad juega un papel fundamental en el sustento de la teoría del negocio jurídico, consideramos que el *quid* de la cuestión se encuentra en determinar si gracias a la manifestación de la voluntad de los participantes en un negocio jurídico se crean normas propias o si simplemente se refieren a la adecuación de la voluntad al supuesto jurídico establecido en la norma vigente. Un análisis profundo sobre el tema superaría en mucho el objeto del presente trabajo, sin embargo, podemos manifestar que la figura del fideicomiso debe considerarse como un negocio jurídico típico en virtud de que la manifestación de la voluntad al celebrarlo va encaminada mucho más allá de querer los resultados establecidos en la norma, ya que se dirige directa y especialmente a cumplir con los fines específicos establecidos en el acto constitutivo y no únicamente a la generación de derechos y obligaciones para las partes que en el intervienen.

2.2.3. Teoría del negocio fiduciario.

En principio, el término de negocio fiduciario contempla todos aquellos negocios en los cuales existe una obligación principal cuyo cumplimiento esta basado en la confianza entre las partes, sin que necesariamente el ordenamiento jurídico lo reconozca y le confiera derechos para constreñir a las partes a su cumplimiento. Desde esta perspectiva debemos distinguir entre los negocios que son tipificados por la norma y aquellos que no lo son, tomando en cuenta que, en México doctrinalmente el término de negocio fiduciario se refiere a estos últimos, mientras que en algunos países como

¹⁴³ Lascala, Jorge Hugo, *op., cit.*, supra nota No. 11, p.144.

Colombia, el término negocio fiduciario es sinónimo de negocio jurídico, es decir, del negocio tipificado por la ley.

Los negocios fiduciarios se caracterizan por la discrepancia entre el fin perseguido y el medio elegido para realizarlo. Para la consecución de un fin determinado, se elige una forma jurídica que permite más de lo que es necesario para la realización de aquél, con conocimiento de las partes, de los exigidos para el fin práctico que se persigue.¹⁴⁴

En este sentido, el negocio fiduciario es un negocio indirecto, ya que la finalidad buscada por las partes es distinta a las manifestaciones que realizan al momento de su celebración, por lo que la consecución del fin se hará de una forma distinta a la que aparezca como causa o motivo de la celebración del acto.

Tenemos así que el negocio fiduciario en general es un negocio indirecto no tipificado por el derecho, integrado por un negocio jurídico manifiesto, válido ante terceros y otro negocio jurídico oculto que responde a la verdadera finalidad perseguida por las partes, válido sólo entre ellas, negocios jurídicos cuyos efectos coinciden.¹⁴⁵

Barrera Graf lo define como “aquel en virtud del cual una persona transmite plenamente a otra ciertos bienes o derechos, obligándose ésta a afectarlos a la realización de una finalidad lícita y determinada y, como consecuencia de dicha finalidad, se obliga a retransmitir dichos bienes o derechos a favor de un tercero o a revertirlos en favor del transmitente”.¹⁴⁶

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

¹⁴⁴ Muñoz, Luis, *op. cit.*, supra nota No. 35, p. 9.

¹⁴⁵ Hernández Octavio, *Derecho Bancario Mexicano-Instituciones de Crédito*, México, 1956, p. 245, citado por Acosta Romero, Miguel en Banco Mexicano Somex, *op. cit.*, supra nota No. 131, p.138.

¹⁴⁶ Barrera Graf, Jorge. *Estudios de Derecho mercantil. Dos estudios sobre fideicomiso*. Editorial Porrúa, México, 1958. p. 78.

De acuerdo con Francisco Ferrara¹⁴⁷ el negocio fiduciario consta de dos contratos de índole y efectos diferentes: Un contrato real positivo que produce la transferencia de la propiedad o del crédito y que se realiza de un modo perfecto e irrevocable y un contrato obligatorio negativo; la obligación del fiduciario de usar tan sólo en una cierta forma el derecho adquirido para restituirlo después al transferente o a un tercero. Al efecto este autor señala que:

Al negocio fiduciario se le llama con este nombre, porque implica ‘*Fiducia*’ en el comportamiento de aquél a quién se le hace una atribución patrimonial, se emplea para conferir, de modo particularmente eficaz, un encargo al fiduciario; para facilitarle el ejercicio o la ulterior transferencia de un derecho; o bien para procurarle la más fácil satisfacción de un derecho de crédito que nace *ex mutuo* (donde se transfiere un bien en lugar de constituirle una garantía real por suministro de dinero recibido: la llamada *fiducia cum creditore*, o negocio fiduciario de garantía); igualmente para confiarle la custodia y la disponibilidad de bienes a través de la transferencia de la propiedad de ellos, con el acuerdo de que el fiduciario debe hacer el uso de esos bienes prescrito por el fiduciante; también para eludir prohibiciones de la ley; para ‘poner al seguro’ (denominada *fiducia cum amico*, negocio fiduciario de custodia o de administración); o finalmente para sustraer bienes a los derechos de los acreedores. De estas últimas figuras parece que el negocio fiduciario puede también ser ilícito, o dar lugar a una hipótesis de fraude. En tales casos, pero sólo en tales casos, el mismo no es válido.¹⁴⁸

El negocio tiene como basamento a la confianza *fides* que el transmitente *fiduciante* deposita en el adquirente *fiduciario* en que éste devolverá la cosa o el derecho, o bien lo transmitirá a un tercero una vez cumplida la finalidad dispuesta. Puede tener como objetivos el conferir un encargo; facilitar el ejercicio de una transferencia posterior;

¹⁴⁷ Ferrara Francisco, *La Simulación de los Negocios Jurídicos*, Editorial Revista de Derecho Privado, tercera edición, Madrid, 1953, citado por Villagorhoa Lozano, *op. cit.*, supra nota No. 33, p. 56.

¹⁴⁸ *Idem.*

procurarle ejercer o bien satisfacer un derecho creditorio; obviar la incapacidad para recibir bienes y sustraerlos a la acción de los acreedores.¹⁴⁹

Advertimos que el negocio fiduciario, como su nombre lo indica, trae implícito una relación de confianza que el fiduciante deposita en el fiduciario y la buena fe de éste para cumplir en sus términos con la promesa dada, todo ello basado en un *pactum fiduciae* para dar a los bienes o derechos un destino preestablecido desde la celebración del negocio, sin embargo, tiene como característica principal la desproporción entre el medio empleado y los fines perseguidos, lo que da lugar a negocios indirectos que pueden acarrear una simulación parcial, máxime si no están regulados en el ordenamiento legal.

La construcción doctrinal del negocio fiduciario no es idónea para explicar la naturaleza jurídica del fideicomiso, ya que este es una figura regulada por el derecho positivo. El fideicomiso tampoco representa una especie dentro del género de los negocios fiduciarios, desde el momento en que no consiste en un negocio formado por dos elementos cuyos efectos son contradictorios entre sí y en que el primero, es real, exteriorizado, jurídicamente obligatorio, en tanto que el segundo sólo tiene eficacia interna entre las partes. Tiene con el negocio fiduciario una diferencia radical de estructura: el fideicomiso es un acto jurídico reglamentado por el derecho positivo, un vínculo único con validez y eficacia idénticas entre las partes y frente a terceros.¹⁵⁰

El negocio fiduciario probablemente es utilizado en aquellos países cuyas legislaciones no tienen implementado una institución jurídica que permita cumplir con encomiendas de confianza perfectamente lícitas y determinadas, con toda la protección legal para las partes que en él intervienen, por lo que no debe ser confundido con la figura de la fiducia o fideicomiso, ni con el *trust* anglosajón; consideramos que el negocio fiduciario se asemeja a la idea del *fideicomissum* de las primeras épocas del derecho romano, donde se confiaba en la *bona fides* del fiduciario para el cumplimiento de la encomienda al no existir sanciones jurídicas para su incumplimiento.

¹⁴⁹ Messineo, Francesco. *Diritti potestativi*, en *Nuovo Digesto Italiano*, Torino, Utet, 1936, citado por Campagnucci de Caso, Rubén H. *El negocio jurídico*, *op. cit.*, supra nota No. 119, p. 195.

¹⁵⁰ Batiza Rodolfo, *op. cit.*, supra nota No. 11, p.160.

Para concluir podemos señalar que el negocio fiduciario es una figura atípica, es decir no prevista expresamente en la ley, que se asemeja en mucho a la simulación de actos jurídicos, porque conlleva una intención aparente de celebrar un acto diferente de la finalidad real de las partes y ésta sólo será efectiva si quién recibe los bienes obra de estricta buena fe y cumple moral y jurídicamente su obligación.

Cabe destacar que el negocio fiduciario en general se encuentra prohibido en nuestro sistema legal, así lo han interpretado los tribunales federales, como puede apreciarse en el criterio contenido en la sentencia dictada en un asunto relacionado con la venta en garantía realizada con motivo de un préstamo. En dicha sentencia se identifica tal operación como un negocio fiduciario prohibido por la ley, ya que el acreedor no puede apropiarse por sí y ante sí de los bienes dados en garantía sin los procedimientos señalados en la ley, por lo que, los contratos de compraventa en garantía de operaciones de mutuo son considerados como una simulación parcial y nulos por lo tanto. Además en dicha tesis se aclara que sólo es lícito el fideicomiso expreso, en el que intervienen las instituciones de crédito autorizadas para operar como fiduciarias.¹⁵¹

Para finalizar este punto, es conveniente mencionar que no debemos confundir los negocios fiduciarios con los negocios de fiducia, aunque ambos tengan a la confianza como elemento común; como lo señalamos anteriormente, los primeros se llevan a cabo mediante la celebración de un acto jurídico típico que se exterioriza frente a los demás, pero que tiene una finalidad oculta que sólo es conocida entre las partes y aunque dicha finalidad sea lícita, implica una simulación, ya que las características del acto no corresponden a la intención de las partes, sino que este es celebrado como un artificio para lograr el objetivo buscado.

Por otro lado encontramos los negocios jurídicos de fiducia, que son celebrados en atención a las cualidades de una de las partes, que es elegida por la otra, precisamente en

¹⁵¹ Ver: Tesis aislada con número de registro 803,407 localizada en 6ª época, 3ª Sala, S.J.F., Cuarta parte, LXII, p. 93; en Suprema Corte de Justicia de la Nación. Poder Judicial de la Federación. Ius versión 2008. (DVD, Sistema Informático en disco compacto) Equipo compatible con Microsoft Windows. S.C.J.N., México, 2008, archivos utilizados: “Sexta época”.

función de dichas cualidades, como pudieran ser el mandato, el depósito, de prestación de servicios profesionales, etc. dentro de esta categoría se ubica al fideicomiso como negocio típico que ha demostrado ser vehículo idóneo para lograr las más diversas finalidades dentro de un marco normativo bien determinado en el ordenamiento jurídico, por lo que de ninguna manera es un negocio fiduciario en el sentido de ser indirecto, ni mucho menos simulado.

2.2.4. Ubicación en México y Latinoamérica.

Una vez analizados el acto jurídico, el negocio jurídico y el negocio fiduciario, por las razones ya expresadas, llegamos a la conclusión de que el fideicomiso debe ser percibido como negocio jurídico, sin embargo para precisar su naturaleza jurídica y una vez determinado su género próximo, procederemos al estudio de la diferencia específica respecto de los actos jurídicos que contempla nuestra legislación.

La legislación Civil Federal establece a la ley como fuente de las obligaciones, por lo que al realizarse los supuestos jurídicos contenidos en el ordenamiento legal, provocan la generación de obligaciones jurídicas. Como hechos jurídicos contempla el enriquecimiento ilegítimo, la gestión de negocios, los hechos ilícitos, responsabilidad objetiva y el riesgo profesional; Como actos jurídicos regula el contrato y la declaración unilateral de voluntad.

En virtud de las figuras arriba comentadas son las únicas fuentes de obligaciones que regula nuestra legislación civil federal y las reguladas como hechos jurídicos *strictu sensu* se alejan mucho del concepto del fideicomiso, analizaremos únicamente los actos jurídicos, pues como ya comentamos anteriormente nuestra legislación no distingue entre acto y negocio jurídico, por lo que enfocaremos el estudio a la declaración unilateral de voluntad y al contrato, ya que entre ambas figuras es donde se ha centrado la problemática de definir la naturaleza jurídica del la figura en mérito.

2.2.4.1. Como declaración unilateral de voluntad.

Hemos comentado que al realizarse el supuesto contemplado en la norma jurídica, se generan obligaciones o derechos de crédito, que en principio suponen dos sujetos, acreedor y deudor, siendo su principal fuente el contrato; sin embargo, de acuerdo con el mismo ordenamiento jurídico cabe la posibilidad de que dicha generación no se dé mediante un acuerdo de voluntades, sino que la relación jurídica sea creada por uno solo de ellos mediante la exteriorización de su voluntad en ese sentido.

La figura de la declaración unilateral de voluntad como fuente de las obligaciones o derechos de crédito es reconocida en nuestro país hasta el año de 1928, plasmándose en el entonces Código Civil para el Distrito Federal en Materia Común y para toda la República en Materia Federal y adaptándose posteriormente por las demás entidades federativas.

Gutiérrez y González define la declaración unilateral de voluntad en los siguientes términos:

“Se entiende por ella la exteriorización de voluntad que crea en su autor la necesidad jurídica de conservarse en aptitud de cumplir por sí o por otro voluntariamente una prestación de carácter patrimonial, pecuniario o moral, a favor de un sujeto que eventualmente puede llegar a existir, o si existe, aceptar”.¹⁵²

Para Sepúlveda Sandoval, la declaración unilateral de voluntad es el acto jurídico consistente en la expresión de la voluntad de una persona capaz, en el sentido de comprometerse a otorgar o realizar una determinada prestación, de carácter patrimonial, teniendo un objeto posible y lícito a favor de otra persona determinada o indeterminada.¹⁵³

La declaración unilateral de voluntad, actualmente se encuentra regulada en el Código Civil Federal de nuestro país y, además del testamento, abarca como modalidades

¹⁵² Citado por Sepúlveda Sandoval, *op. cit.*, supra nota No. 123, p. 137.

¹⁵³ *Idem.*

la oferta pública de venta, la promesa de recompensa, la estipulación a favor de tercero y la expedición de documentos civiles a la orden y al portador.¹⁵⁴

En materia mercantil, especialmente en materia bancaria y bursátil nuestra legislación reconoce expresamente efectos a la manifestación unilateral de voluntad en la emisión de valores, tales como obligaciones, bonos bancarios y gubernamentales, certificados de participación, certificados bursátiles, etc. En todos ellos la ley expresamente señala que se emitirán por declaración unilateral de voluntad del emisor y en el caso de valores bursátiles se colocarán en el mercado mediante oferta pública, que también implica una declaración unilateral.¹⁵⁵

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

Los tratadistas que sostienen que el fideicomiso mexicano se constituye mediante un acto unilateral en el que sólo interviene la voluntad del fideicomitente y que no es necesaria la comparecencia del fiduciario para su creación, sustentan su postura en la similitud con el *trust* anglosajón, que es su antecedente directo e inmediato, tal y como lo comentamos en el primer capítulo del presente trabajo.

En este punto es donde empezamos a visualizar la problemática de importación de una figura de un sistema jurídico a otro, cuando estos son sustancialmente distintos y esas diferencias son tan pronunciadas que constituyen un serio problema de coherencia en el proceso de asimilación.

¹⁵⁴ Ver los artículos 1860 a 1881.

¹⁵⁵ Ver por ejemplo los artículos 213 y 228-M de la Ley de Títulos y Operaciones de Crédito; los artículos 46, fracción III, 63 de la Ley de Instituciones de Crédito y los artículos 2º, fracción XVIII; 65, 95, 97 de la Ley del Mercado de Valores, entre otros.

Respecto del fideicomiso, un primer problema lo encontramos en el acto que lo crea, ya que una de las características principales del *trust*, como lo comentamos anteriormente, estriba en que se crea por un acto unilateral de voluntad del *settlor* y excepcionalmente por una decisión judicial o por mandato de la ley, caso en el cual no requiere de un acuerdo de voluntades para que se constituya e incluso se da el caso de que en el momento de su constitución no se encuentre contemplado quien será el *trustee*; de ahí que por hacer la asimilación a nuestro sistema jurídico, se piense que esa característica propia del *trust*, debe prevalecer en el fideicomiso.

La confusión creemos que se ha dado por la redacción de los artículos 350 y 352 de la Ley de Títulos y Operaciones de Crédito, que en su texto original establecían lo siguiente:

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

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

Artículo 352. El fideicomiso puede ser constituido por acto entre vivos o por testamento. La constitución del fideicomiso deberá constar siempre por escrito y ajustarse a los términos de la legislación común sobre transmisión de los derechos o la transmisión de propiedad de las cosas que se den en fideicomiso.¹⁵⁶

El hecho de que en el primer ordenamiento transcrito se haya establecido la posibilidad de que al constituirse el fideicomiso no se designe al fiduciario, implica que es

¹⁵⁶ Mediante Decreto por el que se Reforman, Adicionan y Derogan Diversas Disposiciones de la Ley General de Títulos y Operaciones de Crédito, del Código de Comercio y de la Ley de Instituciones de Crédito, publicado en el Diario Oficial de la Federación el día 23 de mayo del año 2000, se recorrieron los artículos 346 al 359 correspondientes a la regulación del fideicomiso, para quedar como artículos 381 al 394. Los artículos 350 y 352 en comento actualmente corresponden a los Artículos 385 y 387, respectivamente.

únicamente el fideicomitente quien lo constituye y que posteriormente se pueda determinar a la institución encargada de recibir los bienes y canalizarlos a la finalidad respectiva.

Respecto del segundo de los preceptos, también puede interpretarse que contempla la posibilidad de que sea mediante una declaración unilateral de voluntad como pueda ser creado el fideicomiso, pues menciona que puede constituirse por testamento, que es el principal acto en el que se manifiesta unilateral la voluntad de la persona.

Domínguez Martínez quien es uno de los más firmes defensores de la teoría del acto unilateral de voluntad, afirma sobre el particular, que:

El fideicomiso es un negocio jurídico que se constituye mediante declaración unilateral de voluntad de un sujeto llamado fideicomitente por virtud de la cual este destina ciertos bienes o derechos a un fin lícito y determinado y la ejecución de los actos que tiendan al logro de ese fin deberá realizarse por la institución fiduciaria que se hubiere obligado contractualmente a ello. El fideicomiso en general está compuesto de dos diversos negocios: 1. El constitutivo que es una declaración de voluntad por la que el fideicomitente manifiesta su voluntad en el sentido de destinar ciertos bienes a la realización de un fin lícito y determinado (...) ¹⁵⁷

En igual sentido opina el Dr. Raúl Cervantes Ahumada al indicar que “el acto constitutivo del fideicomiso es siempre una declaración unilateral de voluntad”. ¹⁵⁸

De acuerdo con esta postura, el fideicomitente crea el fideicomiso mediante una declaración de voluntad que tiene un doble contenido: Por una parte, constituye un régimen especial respecto de un bien o un conjunto de bienes y, por otra parte, decide que sea una institución fiduciaria quien se encargue de poner en ejecución ese régimen especial. Puede el fideicomitente no designar una institución fiduciaria concreta, bastará

¹⁵⁷ Domínguez Martínez Jorge Alfredo, *op. cit.*, supra nota No. 137, p. 188.

¹⁵⁸ Cervantes Ahumada Raúl, *Títulos y operaciones de crédito*, 10ª edición, editorial Herrero, México, 1978, p. 289.

con la declaración unilateral de voluntad relativa al destino específico de los bienes determinados y la expresión de voluntad de que la tarea la realice una institución fiduciaria para que el fideicomiso sea existente y válido.¹⁵⁹

Krieguer Vázquez toca ampliamente el tema, analiza los preceptos arriba citados y señala que para determinar la naturaleza jurídica del fideicomiso es necesario dividir su estudio en dos etapas: constitución y ejecución.¹⁶⁰

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

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

Continúa dicho autor expresando que si se atiende al contenido de la voluntad del fideicomitente y de la institución fiduciaria, parece difícil encontrar el consentimiento, es decir la coincidencia de voluntades sobre un objeto común. El fideicomitente, si decide elegir por sí mismo a la institución, puede hacerlo, aunque puede también abstenerse de nombrarla, en cuyo caso la designación corresponderá al o a los fideicomisarios o, en su defecto a un juez. El contenido de la declaración del fideicomitente es doble: afectar bienes a un fin lícito determinado y decidir que se encargue de ejecutar esa decisión una institución fiduciaria. En la primera parte, en la afectación patrimonial no tiene injerencia la institución fiduciaria; sólo podría tenerla en la segunda: en la encomienda.

¹⁵⁹ Krieguer Vázquez Emilio, *op. cit.*, supra nota No. 15, p. 27 y ss.

¹⁶⁰ Krieguer Vázquez Emilio, *Idem.*

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

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

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

Una gran parte de la doctrina nacional difiere de esta posición, sobre todo porque la legislación mexicana establece específicamente los actos unilaterales de voluntad generadores de obligaciones y al no señalar expresamente al fideicomiso en esta categoría, da pauta a sustentar que definitivamente el fideicomiso no tiene dicha naturaleza, máxime, que para crear la figura en estudio el propio legislador realizó el estudio y análisis del *trust*, estableciendo, como lo veremos más adelante, el carácter contractual del fideicomiso.¹⁶¹

Un fuerte opositor es Acosta Romero.¹⁶² Sostiene que nuestro sistema jurídico cuando establece la figura de la manifestación unilateral de voluntad, la reconoce expresamente y le señala cuáles son sus efectos y hasta ahora no se ha pretendido que

¹⁶¹ Ver, entre otros: Acosta Romero, Miguel, *fideicomiso, teoría y práctica*, *op. cit.*, supra nota No. 11, p. 176 y ss; Batiza Rodolfo, *op. cit.*, supra nota No. 11, p.163. Dávalos Mejía, Carlos I. *Títulos y contratos de crédito, Quiebras*. Editorial Harla, México, 1984, p. 429.

¹⁶² Banco Mexicano Somex, *op. cit.*, supra nota No. 131, p. 141 y ss.

exista la declaración unilateral de voluntad tácita. Afirma este autor que en ninguno de los artículos que regulan al fideicomiso se utilizan las palabras “manifestación unilateral de voluntad del fideicomitente” a la que el sistema legal le reconozca el efecto de constituir el fideicomiso, de donde es dudoso deducir que el fideicomiso es una manifestación unilateral de voluntad.

No obstante que más adelante abordaremos el tema de la transmisión de la propiedad de los bienes materia del fideicomiso, es necesario mencionar que para que dicha transmisión opere, no basta que el fideicomitente simplemente lo manifieste, sino que consideramos como requisito *sine qua non* que el fiduciario los reciba y acepte destinarlos al cumplimiento de los fines deseados por el propio fideicomitente, pero debe hacerlo en el mismo acto de la transmisión, pues es el momento en que se exterioriza la voluntad de ambos contratantes y nacen los derechos y obligaciones que asumen en dicho negocio, de lo contrario la manifestación de voluntad del fideicomitente sería una simple propuesta unilateral para la celebración de un contrato futuro, es decir, una policitud expresa conteniendo los elementos del contrato cuya celebración pretenda el oferente, pero de ninguna manera debe entenderse que se crea el fideicomiso y mucho menos que se transmiten los bienes al fiduciario, ni que se generan obligaciones a su cargo por la simple manifestación unilateral de la voluntad del fideicomitente.

La práctica bancaria, tanto pública como privada, ha sido en el sentido de constituir el fideicomiso mediante un acuerdo bilateral, mediante el cual se transfieren los bienes y se fijan los términos y condiciones bajo las cuales se destinarán al cumplimiento de los fines, por esa razón hemos considerado que la práctica cotidiana ha sido un factor determinante en la asimilación de la figura en nuestro ordenamiento jurídico. Obviamente que no le restamos importancia a la labor de interpretación que han realizado los tribunales federales en las controversias suscitadas sobre el particular, que han llegado a determinar que, “(...) si en un contrato de fideicomiso no concurre el fiduciario, el acto jurídico resulta inexistente.”, lo anterior en virtud de que es éste el encargado de recibir el patrimonio y de ejercer las facultades de dominio.¹⁶³

¹⁶³ Ver Tesis aislada con número de registro 218,181 del Primer Tribunal Colegiado en Materia Administrativa del Tercer Circuito, localizada en 8ª época, T.C.C., S.J.F., X, Octubre de 1992, p. 339. En

Ante esa práctica bancaria, en el año 2003 se reformó el contenido de los artículos de la Ley General de Títulos y Operaciones de Crédito en estudio, habiéndose eliminado el segundo párrafo del artículo 385, con lo que se suprime la posibilidad de constituir fideicomisos sin la comparecencia del fiduciario.¹⁶⁴

Asimismo se elimina la mención de que el fideicomiso puede constituirse por acto entre vivos o por testamento, quedando vigente únicamente la obligación de hacerlo constar por escrito.

Esta modificación trae implícita dos importantes consecuencias: Por un lado elimina la confusión de considerar al acto constitutivo del fideicomiso como una manifestación unilateral de la voluntad, por ser esta una característica del testamento; y por otro lado, al suprimir la mención del testamento, la llamada ley cambiaria deja de regular una materia que no estaba dentro del ámbito de su competencia, ya que como es sabido, en México, acorde a la distribución de competencias establecida en la Constitución política, la Federación tiene reservada la facultad de legislar en materia mercantil y al considerar al fideicomiso en dicho ámbito, tiene por tanto facultades plenas para regularlo, sin embargo, todo lo relativo a la sucesión de los bienes de las personas por causa de muerte, es una materia civil cuya facultad legislativa le corresponde a las entidades federativas, por lo que consideramos que existía una invasión de competencia por parte de la Federación, al establecer como una forma de constitución del fideicomiso al testamento.

No obstante lo anterior, nada impide que una persona pueda manifestar su voluntad en un testamento para que a su fallecimiento se constituya un fideicomiso con parte o la totalidad de sus bienes, ya dependerá de cada entidad federativa la regulación de la forma en que pueda plasmarse dicha voluntad, lo que importa destacar es que queda perfectamente definida su naturaleza, es decir, como una manifestación de última voluntad

Suprema Corte de Justicia de la Nación. Poder Judicial de la Federación. Ius versión 2008. (DVD, Sistema Informático en disco compacto) Equipo compatible con Microsoft Windows. S.C.J.N., México, 2008, archivos utilizados: "Octava época".

¹⁶⁴ Decreto publicado en el Diario Oficial de la Federación el día 13 de junio del año 2003.

del testador, para cuyo cumplimiento, una vez ocurrido el fallecimiento del testador el albacea, en su carácter de fideicomitente y como representante de la sucesión a bienes del *de cuius*, celebrará con una institución fiduciaria el contrato respectivo, estableciendo como fines del fideicomiso, los manifestados en el testamento, principalmente sobre el destino y distribución de sus bienes.

Con esto se elimina la posibilidad de considerar que con la simple manifestación de voluntad vertida en un testamento, se entendía constituido el fideicomiso, situación a todas luces incompatible con la naturaleza traslativa de dominio que tiene el fideicomiso, pues siempre resultó evidente que los bienes no salían del patrimonio del testador hacia el fiduciario, sino que en todo caso la transmisión operaba una vez que el testamento surtía sus efectos, es decir, hasta la ejecución del testamento por parte del albacea, resultando que durante el lapso que transcurría entre su elaboración y el fallecimiento del testador, el patrimonio podía variar de múltiples maneras.¹⁶⁵

Tampoco es obstáculo para la celebración de los contratos de fideicomiso denominados en la práctica fiduciaria como de “Planeación familiar” o “Con disposición testamentaria”, mediante los cuales el fideicomitente establece dentro de los fines que llegado el caso de su fallecimiento los bienes y derechos que integran el patrimonio del mismo, se destinen o distribuyan en la forma que al efecto haya establecido, sin que exista la posibilidad de que el fideicomisario, ni mucho menos del fiduciario, pueda cambiar el destino de dichos bienes.

Como podemos observar, en este tipo de fideicomisos, aunque se incorporen disposiciones *mortis causa* respecto de ciertos bienes, esto no implica la existencia de un testamento, sino que simple y sencillamente el fiduciario recibe la propiedad de los bienes para destinarlos a los fines señalados por el fideicomitente, entre los que se encuentra la distribución de los mismos entre los fideicomisarios una vez fallecido aquel, pero dicha

¹⁶⁵ Sobre este particular, ver la Tesis aislada con número de registro 223,890 del Tercer Tribunal Colegiado del Cuarto Circuito, localizada en 8ª época, T.C.C., S.J.F., VII, Enero de 1991, p.265. En Suprema Corte de Justicia de la Nación. Poder Judicial de la Federación. Ius versión 2008. (DVD, Sistema Informático en disco compacto) Equipo compatible con Microsoft Windows. S.C.J.N., México, 2008, archivos utilizados: “Octava época”.

transmisión, a diferencia del testamento, opera en vida del fideicomitente y el cumplimiento de la obligación por parte del fiduciario estará sujeta a la condición de que ocurra el fallecimiento del fideicomitente, por lo que con dicho contrato no se lesiona ni violenta las facultades o competencias locales, ya que en virtud del contrato los bienes salen del patrimonio del fideicomitente, y al ocurrir su fallecimiento, el patrimonio del fideicomiso no pasará a formar parte de la masa hereditaria por ser propiedad del fiduciario, quien los destinará, como ya lo comentamos, al cumplimiento de los fines establecidos por el propio fideicomitente.¹⁶⁶

Finalmente podemos señalar que con las reformas a los artículos mencionados, se corrigió el problema de antinomia de principios provocado por la inclusión de los dos artículos arriba transcritos, ya que dichas normas no sólo eran incompatibles, sino contradictorias con otras del propio ordenamiento jurídico. Aunque con dichas reformas no se estableció expresamente que el fideicomiso se constituye mediante un acuerdo de voluntades, consideramos que de una adecuada interpretación de la ley, se concluye en que así es, como a continuación lo veremos.

2.2.4.2 Como acuerdo de voluntades.

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

Pese a las importantes reformas que se dieron en el año 2003 a la ley cambiaria y específicamente al fideicomiso, mediante las cuales se corrigieron algunos problemas de adecuación del *trust* a nuestro sistema jurídico, tal y como quedó plasmado en el punto inmediato anterior. En dichas reformas el legislador continuó siendo omiso sobre la

¹⁶⁶ Se entiende por condición a la supeditación de las consecuencias de un acto jurídico a un acontecimiento futuro e incierto. Ver Boffi Boggero, Luis María. *Tratado de las Obligaciones. Tomo 3*. Editorial Astrea, Buenos Aires, 1985.

naturaleza jurídica del fideicomiso. Aunque se derogaron las disposiciones que servían de principal sustento a la teoría que lo considera como una declaración unilateral de voluntad, no se determinó específicamente su naturaleza, por lo que es necesario realizar una adecuada interpretación, tanto auténtica como sistemática, para concluir sobre el particular.

Como lo señalamos al inicio de la presente investigación, Pablo Macedo fue el redactor del capítulo respectivo en la Ley General de Títulos y Operaciones de Crédito, así lo manifiesta en el estudio que hace sobre el fideicomiso mexicano, incluido en la traducción que realizó a la obra de Pierre Lapaulle, denominada Tratado teórico práctico de los trusts en derecho interno, derecho fiscal y en derecho internacional.¹⁶⁷

En la primera parte de dicho estudio, además de describir los antecedentes legislativos y doctrinarios del fideicomiso durante las primeras tres décadas del siglo pasado, hace énfasis en la exposición de motivos de la Ley General de Instituciones de Crédito de junio de 1932, en la que destaca la idea de no considerar la figura como un mandato irrevocable, tal y como se había establecido en la Ley anterior de 1926, siguiendo la influencia del Dr. Alfaro en la ley panameña; al efecto el legislador señaló:

La ley de 1926 introdujo en México la institución jurídica del fideicomiso (...) pero desgraciadamente la ley de 1926 no precisó el carácter sustantivo de la institución, (...) para que la institución pueda vivir y prosperar en nuestro medio, se requiere, en primer término, una definición clara de su contenido y de sus efectos, siendo esta definición materia de la Ley de Títulos y Operaciones de Crédito (...) Quedará el fideicomiso concebido como una afectación patrimonial a un fin, cuyo logro se confía a las gestiones de un fiduciario, precisándose así la naturaleza y los efectos de ese instituto que la ley actualmente en vigor concibe obscuramente como un mandato irrevocable.¹⁶⁸

¹⁶⁷ Ver *supra* Capítulo 1 página 2.

¹⁶⁸ *Idem*.

Como podemos apreciar, de acuerdo a lo manifestado por el legislador, efectivamente la Ley cambiaria concibió la fideicomiso como una afectación de un cierto patrimonio al cumplimiento de unos fines, los cuales son encomendados a una institución *ad hoc* autorizada por el Estado y aunque no definió su naturaleza, al menos excluyó la idea de considerarla como un mandato.

Posteriormente, el legislador, en dicha exposición de motivos, se refiere al fideicomiso expreso como única forma de constitución, lo hace en los siguientes términos:

Aunque ello ofrece los peligros inherentes a la importación de instituciones jurídicas extrañas, la Ley de Títulos y Operaciones de Crédito reglamenta el fideicomiso, porque ya desde 1926 la Ley General de Instituciones de Crédito los había aceptado, y porque su implantación sólida en México, en los límites que nuestra estructura jurídica general permite, significará de fijo un enriquecimiento del caudal de medios y formas de trabajo de nuestra economía.

Corrigiendo los errores o lagunas más evidentes de la Ley de 1926, la nueva Ley conserva, en principio, el sistema ya establecido de admitir solamente el fideicomiso expreso, circunscribe a ciertas personas la capacidad para actuar como fiduciarias y establece las reglas indispensables para evitar los riesgos que con la prohibición absoluta de instituciones similares al fideicomiso, ha tratado de eludir siempre la legislación mexicana. Los fines sociales que el fideicomiso implícito llena en países de organización jurídica diversa de la nuestra, pueden ser cumplidos aquí con notorias ventajas, por el juego normal de otras instituciones jurídicas mejor construidas. En cambio, el fideicomiso expreso puede servir a propósitos que no se lograrían sin él por el mero juego de otras instituciones jurídicas o que exigirían una complicación extraordinaria en la contratación.¹⁶⁹

Podemos colegir que la intención del legislador al realizar la importación y adecuación del *trust* a nuestro sistema jurídico, fue la de permitir únicamente al

¹⁶⁹ Secretaría de Hacienda y Crédito Público, T-IV, *op.cit.*, supra nota No. 81, p. 250.

fideicomiso constituido en forma expresa, como una adecuación del *express trust*, sin incluir a los *implied trusts*, que recordemos son creados por ministerio de ley, sin tomar en consideración la voluntad de las partes y que dan lugar a los llamados *resulting* y *constructive trust*. Esto significa que el legislador pretendió que el fideicomiso se constituyera por voluntad de las partes que en el intervienen, es decir, del fideicomitente y del fiduciario y eventualmente del fideicomisario.

Esta idea es confirmada por el propio diputado Macedo en la obra arriba citada, al hacer comentarios al artículo 350 de la ley en comento, ya que al mencionar lo relacionado con la aceptación, renuncia o remoción del cargo de fiduciario a que dicha disposición se refería, señala que el fiduciario “(...) puede negarse a aceptar el cargo, o renunciar a él, (sic) pues se configura en el caso como un contrato que requiere la voluntad de ambas partes” y agrega que “(...) por falta de fiduciaria, ‘cesará el fideicomiso’, es decir, terminará o caducará”.

Más adelante, al justificar la inscripción del fideicomiso en la sección de propiedad del Registro Público de la Propiedad, respecto de aquellos negocios cuyo patrimonio se integre por bienes inmuebles, lo hace con base en dos ideas rectoras: Por un lado la reiteración de que la constitución del patrimonio fiduciario se realiza mediante la salida de los bienes del patrimonio del fideicomitente y su asignación al del fiduciario, y la publicidad que rige en materia de inmuebles como garantía del comercio jurídico y para protección de terceros; sobre el particular expresa que “en esta forma se evitaban las discusiones existentes en otros regímenes jurídicos, acerca de la buena o la mala fe de quienes contratan con el fiduciario.” Estas manifestaciones nos llevan al convencimiento de que la intención del legislador fue en el sentido de que el fideicomiso naciera de un acuerdo de voluntades.¹⁷⁰

Adicionalmente a las manifestaciones expresas vertidas por el legislador en la exposición de motivos arriba comentada, si analizamos la forma en que esta estructurada la regulación del fideicomiso tanto en la Ley General de Títulos y Operaciones de Crédito,

¹⁷⁰ *Idem.*

como en los diversos ordenamientos jurídicos nacionales que de él se ocupan, podemos acercarnos más a la determinación de su naturaleza jurídica.

Los dispositivos legales de la actual Ley General de Títulos y Operaciones de Crédito que dan la pauta para interpretar que naturaleza del fideicomiso es contractual, la dan los Artículos 382 que en su tercer párrafo y 392 fracción V, al señalar ambos preceptos que tanto para la creación como para la extinción por convenio del fideicomiso, se requiere de la manifestación de voluntad del fiduciario.

Analizando la Ley de Instituciones de Crédito, también llamada ley bancaria, encontramos diversos artículos que identifican al fideicomiso como un contrato.

Así tenemos que cuando una institución ha incurrido en alguna de las causales que señala la ley para que la autoridad pueda proceder a la revocación de la autorización para prestar el servicio de banca y crédito, se establece un procedimiento tendiente a tratar de evitar dicha revocación. Para esos efectos, la propia ley condiciona a la institución a constituir un fideicomiso afectando un porcentaje de las acciones de la propia sociedad, mismo que deberá ser autorizado en asamblea de accionistas, debiéndose señalar expresamente en el acta que al efecto se levante, que los accionistas conocen y están de acuerdo con el contenido y alcances tanto del precepto legal que lo condiciona, como con las obligaciones que asumirán mediante la celebración del “contrato de fideicomiso”.¹⁷¹

Esta misma ley al contemplar lo relacionado con las reglas de contabilidad establece que en las operaciones de fideicomiso, las instituciones deberán abrir contabilidades especiales por cada “contrato” que celebren, registrando en las mismas y en su propia contabilidad el dinero y demás bienes, valores o derechos que se les confíen, así como los incrementos o disminuciones, por los productos o gastos respectivos.¹⁷²

Asimismo, tratándose de fideicomisos de garantía, establece que a falta de procedimiento convenido en forma expresa por las partes en el acto constitutivo del

¹⁷¹ Ver los artículos 29 bis 2 y 29 bis 4 y 122 bis 5 de la Ley de Instituciones de Crédito.

¹⁷² *Idem.* Artículo 79.

fideicomiso, se aplicarán los procedimientos establecidos en el Título Tercero Bis del Código de Comercio, a petición del fiduciario. Es claro que si la ley menciona la existencia de un procedimiento convenido expresamente en el fideicomiso, implícitamente supone la constitución del mismo mediante un acuerdo de voluntades, pues las partes tienen que convenir los términos y condiciones en que, llegado el caso, habrá de ejecutarse el fideicomiso. En la práctica en este tipo de contratos comparece como fideicomitente la persona que tenga el carácter de deudor principal o garante por un tercero; el acreedor que será a quien se le garantice el cumplimiento de la obligación, que comparece como fideicomisario, y finalmente el fiduciario que es la institución a quien se le transmitirán los bienes o derechos para esos efectos.¹⁷³

Otra mención que hace la ley bancaria sobre la naturaleza jurídica del fideicomiso, la realiza al prohibir a las instituciones fiduciarias, en cumplimiento de los fines del fideicomiso, responder a los fideicomitentes por el incumplimiento de los deudores, respecto de los créditos que se otorguen y de los emisores, por los valores que se adquieran, obligando a dichas instituciones a transferirlos al fideicomitente o al fideicomisario al término del fideicomiso si los créditos no hubieren sido liquidados por los deudores, y establece que en los “contratos de fideicomiso”, se deberá insertar dicha circunstancia y una declaración de la fiduciaria en el sentido de que hizo saber su contenido al fideicomitente.¹⁷⁴

También la Ley General de Organizaciones y Actividades Auxiliares del Crédito hace mención del carácter contractual del fideicomiso, así dispone que las sociedades financieras de objeto múltiple en lo que respecta a las operaciones de fideicomiso de garantía que administren en los términos de la Ley General de Títulos y Operaciones de Crédito, quedarán sujetas a lo dispuesto por los artículos 79 y 80 de la Ley de Instituciones de Crédito para dichas instituciones y establece que “En los contratos de fideicomiso de garantía a que se refiere el artículo 395 de la Ley General de Títulos y Operaciones de

¹⁷³ *Idem*, Artículo 83.

¹⁷⁴ *Idem*, Artículo 106, fracción XIX, inciso b).

Crédito y en la ejecución de los mismos, a las sociedades financieras de objeto múltiple les estará prohibido (...)»¹⁷⁵

La Ley del Mercado de Valores no es omisa sobre la identificación del fideicomiso como un contrato, por ejemplo al enumerar los datos que tendrá el folio electrónico de cada emisora respecto de valores inscritos en el Registro Nacional de Valores, establece

(...) VII. Los datos del fiduciario y características principales del contrato de fideicomiso (...)” Asimismo, al establecer los requisitos necesarios para inscribir un valor en el mencionado Registro y así estar en condiciones de ofertarlo públicamente, dispone que debe contar con opinión legal expedida por licenciado en derecho externo y que esta deberá versar, entre otros aspectos, sobre “La validez jurídica y exigibilidad del contrato de fideicomiso, así como de los actos jurídicos (...)”¹⁷⁶

Respecto al fideicomiso público de fomento, Jesús de la Fuente Rodríguez lo define como aquel contrato que a través del cual el Gobierno Federal, actuando a través de la Secretaría de Hacienda y Crédito Público en su carácter de fideicomitente de la administración pública centralizada, entrega a un banco de desarrollo, los recursos que han de conformar el patrimonio mediante el cual se cumplan los fines para los cuales fueron proporcionados, constituyéndose así una entidad auxiliar del ejecutivo Federal en las atribuciones del Estado para impulsar áreas prioritarias del desarrollo, contando para ello con una estructura administrativa propia y un comité técnico.¹⁷⁷ Por su parte la Ley de Federal de Entidades Paraestatales los define como aquellos que el gobierno federal o alguna de las demás entidades paraestatales constituyen, con el propósito de auxiliar al Ejecutivo Federal para impulsar las áreas prioritarias del desarrollo.¹⁷⁸

¹⁷⁵ Ver Artículo 87-Ñ de la Ley de Organizaciones y Actividades Auxiliares del Crédito.

¹⁷⁶ Ver sus Artículos 75, fracción VII y 87, fracción II, inciso f).

¹⁷⁷ De la Fuente Rodríguez, Jesús. *Tratado de derecho bancario y bursátil. Seguros, fianzas, organizaciones y actividades auxiliares del crédito, ahorro y crédito popular, grupos financieros.* (2007) Tomo I, Quinta edición actualizada, Ed. Porrúa, México, p. 576.

¹⁷⁸ Ver su Artículo 40.

De acuerdo con la Ley Orgánica de la Administración Pública Federal, en los fideicomisos constituidos por el gobierno federal, la Secretaría de Hacienda y Crédito Público fungirá como fideicomitente único de la administración pública centralizada, lo cual es confirmado en la Ley de Federal de Entidades Paraestatales, donde además se señala específicamente que dicha dependencia deberá cuidar que en los “contratos” queden debidamente precisados los derechos y acciones que corresponda ejercer al fiduciario sobre los bienes del fideicomiso, las limitaciones que establezca o que se deriven de derechos de terceros, así como los derechos que el fideicomitente se reserve y las facultades que fije en su caso al comité técnico; lo anterior significa que dicha dependencia será la única que pueda celebrar los contratos con las instituciones que fungirán como fiduciarias.¹⁷⁹

Al tocar lo relativo a las facultades adicionales del comité técnico, la misma Ley de Entidades Paraestatales establece que en los “contratos de los fideicomisos” se deberán precisar las facultades especiales que determine el Ejecutivo federal para el comité técnico, indicando, en todo caso, cuales asuntos requieren de la aprobación del mismo para el ejercicio de acciones y derechos que correspondan al fiduciario, entendiéndose que las facultades del citado cuerpo colegiado constituyen limitaciones para la institución fiduciaria.¹⁸⁰ Agrega que la institución fiduciaria deberá abstenerse de cumplir las resoluciones que el comité técnico dicte en exceso de las facultades expresamente fijadas por el fideicomitente, o en violación a las cláusulas del contrato de fideicomiso, debiendo responder de los daños y perjuicios que se causen, en caso de ejecutar actos en acatamiento de acuerdos dictados en exceso de dichas facultades o en violación al citado contrato.

Finalmente señala que en los “contratos constitutivos de fideicomisos” de la Administración pública federal centralizada, se deberá reservar al Gobierno federal la facultad expresa de revocarlos, sin perjuicio de los derechos que correspondan a los fideicomisarios, o a terceros, salvo que se trate de fideicomisos constituidos por mandato de la Ley o que la naturaleza de sus fines no lo permita.¹⁸¹

¹⁷⁹ Idem. Artículo 41.

¹⁸⁰ Idem. Artículo 44.

¹⁸¹ Idem. Artículo 45.

Por lo que toca al Banco de México, al dictar disposiciones de carácter general de conformidad con las facultades que le otorgan las diversas leyes financieras y su propia ley orgánica respecto de las características que deben tener las operaciones de fideicomiso en que intervengan como fiduciarias las instituciones financieras, en todo momento se refiere al fideicomiso como un contrato. Así por ejemplo al referirse a los casos en que se contemple la existencia del comité técnico en un fideicomiso, establece que se deberá prever en el “contrato” su integración, la forma en que tomará sus resoluciones y el mecanismo a través del cual informará el contenido de dichas resoluciones a la institución fiduciaria. Respecto de los honorarios que tengan derecho a percibir las instituciones por asumir el cargo, señala que sólo podrán cobrar aquellos que se convengan en el contrato. En los fideicomisos de garantía se deberá prever en el contrato por lo menos las obligaciones cuyo cumplimiento se garantiza con el patrimonio fiduciario, los bienes o derechos que constituyan dicho patrimonio y la proporción que deberá mantenerse entre el valor de los bienes o derechos y el saldo insoluto de la obligación garantizada. Para la inversión y administración del patrimonio líquido, establece que las instituciones fiduciarias deberán ajustarse a lo pactado “en el contrato de fideicomiso,” etc.¹⁸²

En materia financiera, la Secretaría de Hacienda y Crédito Público, acorde con las facultades que al efecto le señala la Ley Orgánica de la Administración Pública Federal, así como las diversas leyes de la materia, ha dictado diversas reglas de carácter general relacionadas con el fideicomiso, tenemos como ejemplo la Resolución que modifica las Reglas a las que habrán de sujetarse las sociedades y fideicomisos que intervengan en el establecimiento y operación de un mercado de futuros y opciones cotizados en bolsa, publicadas en el Diario Oficial de la Federación del día 30 de abril del año 2004, en donde se señala textualmente que “Pactar en los contratos de fideicomiso a que se refiere el inciso a) de la regla décima que deberán (...)”.

¹⁸² Ver la Circular 1/2005 publicada en el Diario Oficial de la Federación el 23 de junio de 2005 y sus modificaciones mediante la Circular 1/2005 Bis del 11 de julio de 2005, relativa a las Reglas a las que deberán sujetarse las instituciones de banca múltiple; casas de bolsa; instituciones de seguros; instituciones de fianzas y sociedades financieras de objeto limitado, en las operaciones de fideicomiso.

Por su parte la Comisión Nacional Bancaria y de Valores, de acuerdo a las facultades que le otorga su propia ley orgánica, así como la Ley del Mercado de Valores, emitió la resolución que modifica las disposiciones de carácter general aplicables a las emisoras de valores y a otros participantes del mercado de valores, misma que fue publicada el 19 de septiembre del 2008, en la que menciona la conveniencia de que se proporcione mayor información y se defina aquélla que deberá revelarse tratándose de esquemas de bursatilización de activos al amparo de fideicomisos, a fin de que los inversionistas cuenten con información de mejor calidad, con la misma temporalidad y grado de detalle que se proporciona respecto de otros valores; para esos efectos, dicha autoridad estableció diversos requisitos a cumplir en la elaboración del prospecto de colocación, entre las que se encuentra que dicho prospecto sea firmado por el delegado fiduciario, incorporando al calce la leyenda siguiente: “El suscrito manifiesta bajo protesta de decir verdad, que su representada en su carácter de fiduciario, preparó la información relativa al contrato de fideicomiso contenida en el presente prospecto, la cual, a su leal saber y entender, refleja razonablemente los términos y condiciones pactados (...)”.

Asimismo la propia Comisión dentro del Programa de Apoyo Crediticio a los Estados y Municipios, que contiene disposiciones aplicables a las reestructuración de créditos en unidades de inversión (udis) y su afectación en fideicomisos, el 1º de julio de 1995 emitió la circular No. 1237, estableciendo que “Los contratos de fideicomiso que se celebren de conformidad con el Programa, se presentarán a esta Comisión dentro de los 5 días hábiles siguientes al de la fecha de su firma.”

En la Circular Única de Bancos de fecha 2 de diciembre del año 2005, la citada Comisión, fija las reglas para la creación de fondos de pensiones y jubilaciones, complementarios a los previstos en las leyes de seguridad social que las instituciones bancarias otorguen a sus empleados en activo, trabajadores en retiro, pensionados y jubilados, así como a los beneficiarios de todos ellos; al efecto dispone que las Instituciones deberán afectar en fideicomiso de administración e inversión, los recursos destinados a esos fines, y dispone en el tercer párrafo del Artículo 281 de la circular en comento, que “(...) El contrato constitutivo del fideicomiso a que se refiere el presente

artículo, deberá prever el establecimiento de un comité técnico integrado, al menos, por las personas que a continuación se indican, las cuales deberán contar con la experiencia y capacidad técnica necesaria para tomar decisiones en materia de inversiones (...).”

Como podemos observar, las principales leyes y disposiciones de carácter administrativo que regulan la figura del fideicomiso en México, la consideran como un contrato, no obstante que la Ley de Títulos y Operaciones de Crédito, como reguladora en su parte sustantiva, sea omisa sobre lo particular, la práctica ha demostrado que el negocio necesariamente implica una relación jurídica entre quien realiza la encomienda y quien la recibe,

Ni la Suprema Corte de Justicia de la Nación, ni los Tribunales Colegiados han realizado una interpretación directa a la ley para determinar específicamente la naturaleza del fideicomiso, sin embargo, en diversas ejecutorias, además de señalar que es un negocio jurídico, como lo vimos anteriormente, también lo identifican como un contrato, pueden citarse como ejemplo los siguientes asuntos:

Al resolver sobre las facultades de las instituciones fiduciarias para llevar a cabo la venta de los bienes que les fueron transmitidos en propiedad fiduciaria sin la intervención de la autoridad judicial, resolvió que en virtud de que no se trata de bienes ajenos, y dado que son las titulares, “(...) están facultadas para disponer de ellos de acuerdo con las instrucciones que se dieron en el contrato de fideicomiso (...)”.¹⁸³

Más claro nos resulta el criterio contenido en la ejecutoria que determinó la nulidad absoluta de un fideicomiso en el que el fiduciario asumió el carácter de fideicomisario en contravención a lo establecido en la Ley de Títulos y Operaciones de Crédito, para lo cual el tribunal determinó que “La intervención principal concedida por la ley al fiduciario en la relación contractual formada con motivo del fideicomiso, a grado tal que desplaza al

¹⁸³ Ver la Tesis aislada con número de registro 240,834 de la Tercera Sala, localizada en 7ª época, 3ª Sala, S.J.F. 133-138, Cuarta parte, p. 97. En Suprema Corte de Justicia de la Nación. Poder Judicial de la Federación. Ius versión 2008. (DVD, Sistema Informático en disco compacto) Equipo compatible con Microsoft Windows. S.C.J.N., México, 2008, archivos utilizados: “Séptima época”.

fideicomitente en toda acción o derecho de disposición sobre los bienes fideicometidos, impide que pueda llegar a asumir la calidad de fideicomisario (...).¹⁸⁴

No obstante que existen numerosas ejecutorias que contienen el criterio de que el fideicomiso es un contrato, las arriba señaladas son suficientes para determinar la postura, prácticamente unánime, de los tribunales encargados de la interpretación jurídica de las normas jurídicas en nuestro país, de considerar la figura como una relación contractual.

La relación jurídica que nace de la constitución del fideicomiso implica forzosamente un acuerdo de voluntades, ya que es necesario delimitar los fines que pretende lograr el fideicomitente y el alcance de los mismos con relación a la responsabilidad que el fiduciario este dispuesto a asumir para lograrlos, lo cual genera invariablemente derechos y obligaciones recíprocas, por lo que consideramos que ese acuerdo de voluntades es un requisito *sine qua non* para la existencia del fideicomiso, máxime que la voluntad de las partes va dirigida más allá de la simple producción consecuencias jurídicas, pues se encamina específicamente a lograr los fines convenidos por las partes.

Siendo así, si se reconoce que el fideicomiso implica una relación jurídica entre dos o más personas, que crea, establece, transmite y declara derechos y obligaciones entre partes es de concluirse que tienen todas las características atribuidas por el Código Civil para ser considerado como contrato.¹⁸⁵

Rodolfo Batiza es uno de los principales tratadistas del fideicomiso en México, además de ser uno de los pioneros en el estudio tanto del *trust* como del fideicomiso. Éste autor luego de un análisis profundo sobre el tema, concluye que la figura en estudio nace de una relación contractual, distinto al *trust* anglosajón, e incluso lo ubica en una categoría específica dentro de los contratos. Al efecto señala lo siguiente:

¹⁸⁴ Ver la Tesis aislada con número de registro 242,249, de la Tercera Sala, localizada en 7ª época, 3ª Sala, S.J.F. 23 Cuarta parte, p. 27. En Suprema Corte de Justicia de la Nación. Poder Judicial de la Federación. Ius versión 2008. (DVD, Sistema Informático en disco compacto) Equipo compatible con Microsoft Windows. S.C.J.N., México, 2008, archivos utilizados: “Séptima época”.

¹⁸⁵ Acosta Romero, Miguel, *El fideicomiso, teoría y práctica*, op. cit., supra nota No. 11, p. 188.

La naturaleza contractual del fideicomiso mexicano, incluso su categoría específica dentro del género como un contrato bilateral, sinalagmático perfecto, se confirma todavía más por la existencia de la condición resolutoria tácita según la cual, conforme al Art. 1949 del Código de Civil: ‘La facultad de resolver las obligaciones se entiende implícita en las recíprocas, para el caso de que uno de los obligados no cumpliere la que le incumbe. El perjudicado podrá escoger entre exigir el cumplimiento o la resolución de la obligación, con el resarcimiento de daños y perjuicios en ambos casos. También podrá pedir la resolución aun después de haber optado por el cumplimiento, cuando este resultare imposible’. Idéntico principio sustenta Ruggiero cuando expresa que la consecuencia fundamental que deriva de este criterio es que sólo en los contratos bilaterales opera la condición resolutoria tácita por virtud de la cual si uno de los contratantes falta a su propia obligación, puede el otro pedir la resolución del contrato o el constreñimiento a su cumplimiento. ‘La *exceptio non adimpleti contractus*, que da derecho a cada contratante a rehusar su propia prestación si el otro la reclama sin haber cumplido la suya, agrega éste tratadista, sólo es aplicable a esta clase de contratos’.¹⁸⁶

De acuerdo con este tratadista nuestra regulación positiva consagra esos derechos recíprocos. En efecto, si la institución de crédito, al ser requerida, no rinde las cuentas de su gestión dentro de un plazo de quince días hábiles, o cuando sea declarada por sentencia ejecutoriada culpable de las pérdidas o menoscabo que sufran los bienes dados en fideicomiso o responsable de esas pérdidas o menoscabo por negligencia grave, procederá su remoción como fiduciaria, por lo que el fideicomitente o el fideicomisario, según el caso, tendrá la facultad de exigir al fiduciario el cumplimiento del fideicomiso o de proceder a su remoción, sin perjuicio de exigir la responsabilidad civil por los daños y perjuicios que se causen por la falta de cumplimiento en las condiciones o términos señalados en el fideicomiso.

¹⁸⁶ Batiza Rodolfo, *El fideicomiso, teoría y práctica, op. cit.*, supra nota No. 11, p. 163 y ss.

En contraposición encontramos que conforme a la ley cambiaria el fiduciario estará obligado a cumplir con el fideicomiso conforme al acto constitutivo y no podrá excusarse o renunciar su encargo sino por causas graves a juicio de un Juez de Primera Instancia del lugar de su domicilio, sin embargo, podrá dar por terminado el fideicomiso, sin su responsabilidad, en el supuesto de que no se le haya cubierto la contraprestación debida en los términos establecidos en el contrato respectivo, por un periodo igual o superior a tres años; con lo cual se confirma la posición que sostenemos de que la naturaleza jurídica del fideicomiso consiste en ser un contrato bilateral, ya que otorga derechos y obligaciones recíprocas entre las personas que en el intervienen y la falta de cumplimiento por parte de uno, faculta al otro a dejar de cumplir las que por su parte se obligó.¹⁸⁷

El contrato de fideicomiso no es un contrato tipo ni uniforme, ni tampoco inmutable, es por ello que da origen a que la doctrina con frecuencia divague al tratar de precisarlos, puesto que es tan amplio y puede abarcar tantas posibilidades que además entraña una serie de actos de administración, de dominio, de pleitos y cobranzas que debe desempeñar el fiduciario, pues no siempre el contrato de fideicomiso es simple, sino que a veces su complejidad es mucha por la característica de su gran flexibilidad, teniendo una gama de posibilidades para establecer derechos y obligaciones enorme.¹⁸⁸

Es importante destacar que en mayor o menor grado, la legislación mexicana ha influido en la incorporación del fideicomiso en los diversos ordenamientos jurídicos latinoamericanos, de tal suerte que las leyes que las regulan la figura son similares en cuanto a su naturaleza contractual, que han permitido ir conformando un instrumento que aunque distinto en cada país, tiene rasgos comunes, razón por la cual también se le conoce como “fideicomiso latinoamericano”.

Un rasgo que predomina en prácticamente todas las legislaciones de Latinoamérica es la característica y posibilidad de crear el fideicomiso mediante contrato y por declaración unilateral de voluntad contenida en testamento, salvo el caso de México, que

¹⁸⁷ Ver Artículos 80 y 84 de la Ley de Instituciones de Crédito, así como el Artículo 390, 391 y 392 bis de la Ley General de Títulos y Operaciones de Crédito.

¹⁸⁸ Acosta Romero, Miguel, *fideicomiso, teoría y práctica*, op. cit. supra nota No. 11, p. 198.

como lo comentamos anteriormente, con las reformas a la ley de la materia se eliminó la mención de su constitución en testamento y con ello la posibilidad de considerarlo como un acto unilateral de voluntad. Sin embargo, en la mayoría de las legislaciones latinoamericanas persiste dicha posibilidad, lo que nos lleva a concluir que como acto jurídico el fideicomiso latinoamericano es bilateral cuando se celebra por acto entre vivos y puede ser unilateral sólo en aquellos casos en que se contempla la posibilidad de constituirlo mediante testamento.¹⁸⁹

Así por ejemplo la Ley 24.441 de Argentina, en su Art. 1º establece expresamente dicho carácter al señalar que estaremos en presencia de un fideicomiso cuando el fiduciante transmita la propiedad fiduciaria de bienes determinados al fiduciario, quien se obliga a ejercerla en beneficio de quien se designe en el “contrato”. En su Art. 3º contempla la posibilidad de que se constituya en forma unilateral al establecer que el fideicomiso también podrá constituirse por testamento, extendido en alguna de las formas previstas por el Código Civil.

La forma de constitución del fideicomiso argentino se confirma en la exposición de motivos del proyecto de Ley sobre el régimen legal del fideicomiso público, en la que el legislador argentino al definir las fuentes de creación de dicho instrumento, hace mención a la necesidad de incluir una forma diferente de constituir fideicomisos, al señalar que tratándose del fideicomiso en la administración pública debe tener características *sui generis* con relación a los demás tipos posibles de fideicomiso, por lo que se propicia tener como fuente exclusiva del fideicomiso público a la ley especial. Y menciona que “Ello marca una diferencia sustantiva con las fuentes previstas en la ley 24.441 (contrato y

¹⁸⁹ En este sentido se encuentran, además de Colombia, Argentina y Venezuela cuyo estudio se aborda en la presente investigación, las legislaciones de Honduras en su Art. 1034 del Código de Comercio (Disponible en <http://www.honduraslegal.com/legislacion/comercio.htm>); Costa Rica en su Art. 635 del Código de Comercio (Disponible en http://www.asamblea.go.cr/ley/leyes_c.htm); Bolivia en su Art. 1411 del Código de Comercio (Visible en <http://www2.minedu.gov.bo/pre/ley/CodComercio.pdf>); Uruguay en su Art. 2 de la Ley 17703. visible en http://www.geocities.com/cgu_derecho/ley17703fideicomiso.htm; Salvador en su Art. 1034 del Código de Comercio. Visible en <http://www.igd.gob.sv/LeyesNormas/leyes/CComercio.pdf>, entre otras.

testamento), en razón, justamente, de la naturaleza y finalidad de interés público de esta clase de fideicomiso”.¹⁹⁰

Para la legislación mercantil colombiana, la fiducia consiste en “un negocio jurídico en virtud del cual una persona, llamada fiduciante o fideicomitente, transfiere uno o varios bienes especificados a otra, llamada fiduciaria, quien se obliga a administrarlos o enajenarlos para cumplir una finalidad determinada por el constituyente, en provecho de este o de un tercero llamado beneficiario o fideicomisario.”¹⁹¹

Como se desprende del concepto legal citado, la fiducia mercantil es la figura con la que se introduce la noción del *trust* anglosajón al sistema legal colombiano, diferente al fideicomiso que es regulado por el Código Civil, que se asemeja más al *fideicommissum* del derecho romano; sin embargo, el uso indistinto de los dos términos provoca desconcierto, ya que el ordenamiento mercantil al señalar lo relativo a la designación del beneficiario, menciona que no es necesaria su existencia “en el acto de constitución del fideicomiso,” en lugar de mencionar “en el acto de constitución de la fiducia,” para con ello diferenciarla de la figura civil y evitar confusiones.

En el derecho colombiano se identifica a la fiducia como negocio jurídico y también se caracteriza por tener como fuente principal de la fiducia al contrato. El Código de Comercio establece textualmente dicha mención al señalar que el fiduciario únicamente puede renunciar a su cargo por las causas contenidas en el “contrato” respectivo. También en el Estatuto Orgánico del Sistema Financiero de abril de 1993, establece en su artículo 29 que las sociedades fiduciarias podrán desarrollar operaciones de fideicomiso de inversión mediante “contratos de fiducia mercantil”, celebrados con arreglo a las formalidades legales, o a través de encargos fiduciarios.

¹⁹⁰ Ver: Proyecto de ley sobre Régimen Legal del Fideicomiso Público, Disponible en: http://www1.hcdn.gov.ar/folio-cgi-bin/om_isapi.dll/?clientID=2657477395&advquery=2710-D-06&infobase=tp.nfo&record={BA50}&softpage=Document42. (consultado el 26 octubre del 2006).

¹⁹¹ Casas Sanz de Santamaría, *op. cit.*, supra nota No. 76, p. 24.

Asimismo dicha legislación establece un capítulo especial relativo a las operaciones de las sociedades fiduciarias, y específicamente contempla que los encargos fiduciarios se llevarán a cabo aplicando las disposiciones relativas al contrato de fiducia; autorizando a dichas sociedades a llevar a cabo los contratos de fiducia sin requerir de la formalidad de la escritura pública, cuando así lo autorice el gobierno nacional; debiendo inscribir el contrato en el registro público cuando la naturaleza de los bienes así lo requiera y, para el caso de contratos de adhesión, establece la facultad de la Superintendencia Bancaria para sancionar los mismos.

Caso distinto se da en Venezuela donde el concepto legal del fideicomiso es similar al que originalmente se contempló de México, sobre todo en cuanto a que no hace alusión a la naturaleza contractual de la figura, sino que se limita a señalar que es una relación jurídica por la cual una persona transfiere uno o más bienes al fiduciario, con la obligación de éste último de utilizarlos en favor de aquél o de un tercero llamado beneficiario. En el texto de la ley no se incluye mención alguna al carácter contractual, por el contrario es posible interpretar que se constituye mediante una declaración unilateral de voluntad, ya que únicamente se menciona que cuando se constituya por acto entre vivos, debe constar en documento auténtico y la aceptación debe otorgarse en la misma forma, sea en el propio acto constitutivo o en documento por separado.

Además expresamente permite la constitución mediante declaración unilateral al establecer que el fideicomiso podrá constituirse también por testamento para que tenga efecto después de la muerte del fideicomitente, para lo cual contempla que el fiduciario manifieste su aceptación o excusa ante el juez de fideicomiso.

Esto evidentemente se desprende que el fideicomiso se constituye por la manifestación escrita del fiduciante y se perfecciona mediante la declaración de voluntad simultánea o posterior del fiduciario; además de que establece que también puede constituirse por testamento para que tenga efectos para después del fallecimiento del fideicomitente, debiendo el fiduciario aceptar o excusarse de aceptar el cargo ante la presencia de la autoridad judicial.

Sin embargo, en la práctica a semejanza de los demás países latinoamericanos, su constitución se realiza mediante acuerdo de voluntades de cuando menos el fideicomitente y el fiduciario, es decir, mediante contrato, incluso en la Ley de Bancos, ordenamiento que regula la actuación de esas instituciones financieras encargas de llevar a cabo este tipo de operaciones, se establece que tratándose de la emisión de títulos o certificados de participación las instituciones tienen la obligación de presentar ante la Superintendencia de Bancos y otras Entidades Financieras, los contratos de fideicomiso para su evaluación y aprobación en forma previa a su suscripción.

En el mismo ordenamiento, cuando se regula la responsabilidad del fiduciario derivada de un fideicomiso, establece que aquel será responsable por la pérdida o deterioro de los fondos fiduciaros, si se comprueba que hubo de su parte dolo, negligencia, imprudencia o incumplimiento de las “obligaciones contractuales”; además señala que esto último será igualmente aplicable cuando el fiduciario actúe siguiendo instrucciones expresas del fideicomitente previstas en el “contrato de fideicomiso”. Adicionalmente establece la obligación de incluir en los “contratos de fideicomiso” la indicación de proporcionar información y notificar semestralmente al beneficiario o fideicomitente del cambio que experimenten los valores del activo.

Finalmente, en cuanto a la publicidad de la operación, se señala que todos los “contratos de fideicomiso” deben estar debidamente inscritos en el registro mercantil correspondiente.

La tendencia latinoamericana es la de perfeccionar el fideicomiso mediante un acuerdo bilateral de voluntades que se expresen en el mismo acto constitutivo, debiendo ser cuando menos la del fideicomitente y la del fiduciario. Pese a que en la mayoría de las legislaciones se contempla la posibilidad de constituirlo mediante testamento, reiteramos lo señalado al tocar dicho punto respecto del derecho mexicano, que la manifestación unilateral de la voluntad del fideicomitente en un testamento, no crea al fideicomiso, ni surte efectos frente al fiduciario, sino hasta que el representante de la sucesión celebra el

contrato respectivo con el fiduciario y le trasmite los bienes para el cumplimiento de la voluntad del *de cuius*.¹⁹²

Por lo que se refiere a los países europeos pertenecientes a la familia jurídica del *Civil law* Francia tiene implementado el fideicomiso bajo el nombre de “fiducia”, destacado que ni España ni Italia lo contemplan en su sistema jurídico interno, sin embargo, Italia mediante la suscripción y ratificación de la Convención de la Haya del 1º de Julio de 1985 y una labor jurisprudencial importante, ha dado reconocimiento a los *trust* internos.¹⁹³

La incorporación de la fiducia al orden jurídico francés es reciente, ya que al igual que el ordenamiento jurídico español y el italiano, tampoco contaba con una figura semejante al *trust*, lo que implicaba serios problemas para los operadores del derecho dada la importancia que tiene dicho país en las relaciones financieras y comerciales de la comunidad europea, las cuales se incrementaron notoriamente a raíz de la integración y la consiguiente apertura comercial.

El antecedente inmediato de dicha implementación la encontramos en la eliminación de las fronteras en los países pertenecientes a la Unión Europea, lo que permite el libre desplazamiento de bienes, capitales y personas de un país a otro, esto implica la necesidad de regular las relaciones cotidianas que surgen entre los ciudadanos de los países miembros, sobre cuando se realizan operaciones al amparo de figuras que son desconocidas en la legislación de alguno de ellos, como sería el caso del *trust*; así por ejemplo, puede suceder que una persona que constituye un *trust* en Inglaterra, lo haga estando los bienes situados o invertidos en otro país comunitario, o que el domicilio de administración del *trustee* sea distinto al del *cestui que trust*, lo que puede complicarse particularmente cuando se presenta un conflicto que debe resolverse en un país con tradición jurídica del *Civil law*, ya que al desconocer la *lex fori* la figura, resultaría

¹⁹² Virgos Soriano, Miguel. *El trust y el Derecho Español*. Editorial Aranzadi ,Thomson Civitas, Navarra, 2006, p. 167.

¹⁹³ En España existe únicamente el proyecto de ley respecto del Código Civil de Cataluña, que implementa la fiducia con una fuerte influencia del Código Civil de *Québec*. Ver Projecte de llei pel qual s'aprova el libre cinqué del Codi Civil de Catalunya relatiu als drets reals de setembre del 2005, citado por Arroyo Tamañuelas, Esther ¿Por qué el Trust en Catalunya? en Nasarre Aznar, Sergio y Martín Garrido, Melero, *op.cit.*, supra nota No. 36, p. 530 y ss.

inaplicable el derecho, lo que impide que dicho *trust* despliegue plenamente sus efectos para cumplir con lo establecido por el constituyente.

Ante tal necesidad, desde hace algunas décadas se vislumbró en Europa la problemática comentada, sobre todo la necesidad de reconocer las instituciones propias de otros sistemas jurídicos, entre las que se encuentra el *trust*. Así, Francia fue suscriptor de la Convención de la Haya del 1º de Julio de 1985 relativa a la ley aplicable al *trust* y su reconocimiento, cuyo estudio abordaremos más adelante, sin embargo, pese a dicha suscripción, no existía una regulación interna de la figura, por lo que en 1992 se presentó al legislativo un proyecto de reformas al Código Civil francés, para incluir, dentro del libro denominado “Diferentes formas de adquirir la propiedad,” un título denominado *De la fiducie*, que, sin embargo, nunca fue discutido en el Parlamento.

Posteriormente en noviembre del año 2001, el Parlamento europeo dicta una resolución mediante la cual se prevé una armonización de los derechos europeos en diversas materias, entre las que se encuentra el *trust*.¹⁹⁴ A raíz de dicha resolución el Senado francés retoma el tema y en sesión ordinaria del 8 de Febrero del año 2005, presenta a discusión la “Propuesta de Ley para Instituir la Fiducia”.¹⁹⁵ Dicha propuesta fue aprobada con algunas modificaciones por el Parlamento y promulgada bajo la denominación de Ley No. 2007-211 del 19 de febrero del 2007 y publicada en el Diario Oficial de la República Francesa el día 21 de febrero del mismo año.¹⁹⁶

Conforme al artículo 1º de la ley en comento, se inserta en el Libro Tercero del Código Civil un título décimo cuarto, denominado “*De la fiducie*”, desprendiéndose de lo

¹⁹⁴ Ver Resolución del Parlamento Europeo sobre la aproximación del Derecho civil y mercantil de los Estados miembros (COM(2001) 398-C5-0471/2001 - 2001/2187(COS), publicada en el Diario Oficial de las Comunidades Europeas ES 13.6.2002. el 15 de noviembre de 2001. En: eurlex.europa.eu/pri/es/oj/dat/2002/ce140/ce14020020613es05380542.pdf.

¹⁹⁵ Ver Travaux Parlamentaires, projets. Proposition de Loi instituant la fiducia. No. 178, Senat, session ordinaire de 2004 – 2005, présenté par M. Philippe Marini. (Consultado el 27 de agosto del 2007) Disponible en la World Wide Web: <http://www.senat.fr/leg/pp104-178.html>.

¹⁹⁶ LOI N° 2007-211 du 19 février 2007 instituant la fiducia. En Journal Officiel de La République Française 21 Février 2007. [consultado el 15 septiembre 2007] Disponible en la World Wide Web: <http://www.journal-officiel.gouv.fr/frameset.html>. y en http://www.legifrance.gouv.fr/affichTexte.do;jsessionid=5523D0BD1E54115F30F4681E44DFA857.tpdjo06v_1?cidTexte=JORFTEXT000000821047&dateTexte=&oldAction=rechJO.

anterior que la fiducia francesa se plantea como una institución del derecho civil a diferencia de la mayoría de las legislaciones latinoamericanas que la plantean como una institución de carácter eminentemente mercantil.

Con relación a la naturaleza jurídica de la fiducia francesa, el Artículo 2011 del Código Civil francés establece lo siguiente:

Art. 2011. – La fiducia es la operación por la cual uno o varios constituyentes transfieren bienes, derechos o garantías, o un conjunto de bienes, de derechos o de garantías, presentes o futuros, a uno o varios fiduciarios que, teniéndolos separados de su patrimonio propio, actúan con un fin determinado en beneficio de uno o varios beneficiarios.

Asimismo se señala que la fiducia puede ser establecida por la ley o mediante contrato, pero siempre deberá ser expresa.¹⁹⁷ En este sentido coincide con los demás ordenamientos de la familia del *Civil law*, en el sentido de que puede constituirse mediante contrato, pero adiciona la posibilidad de constituirlo mediante disposición de la propia ley, lo que en este caso implica que ya no se requiera de un acuerdo de voluntades para que exista, sino que basta con una declaración de la voluntad del legislador para que se le dote de vida jurídica.

Mención especial merece la incorporación de la fiducia en el derecho canadiense, particularmente en la provincia de *Québec*, que no obstante tomar como modelo al *express trust*, le imprime características especiales que lo diferencian tanto del propio *trust* anglosajón como del fideicomiso o fiducia.

Uno de los puntos más relevantes de la fiducia de *Québec* se refiere a la particularidad del patrimonio. Como lo señalamos anteriormente, conforme al artículo 1261 del Código Civil de esa provincia canadiense, la fiducia se entiende como un patrimonio totalmente autónomo, es decir, no se le reconoce propietario, sino que el *trustee*

¹⁹⁷ *Idem.*

es sólo un poseedor y administrador de ese patrimonio.¹⁹⁸ Asimismo el numeral 1260 del referido código señala lo siguiente:

Artículo 1260.- La fiducia resulta de un acto por el cual una persona, el constituyente, transfiere de su patrimonio a otro patrimonio que constituye, bienes que afecta a un fin particular y que un fiduciario se obliga, por el hecho de su aceptación a detentar y administrar.

De dicha disposición se infiere una transmisión de propiedad que hace una persona, pero no en favor de otra, sino para crear un nuevo patrimonio que será independiente del suyo y del propio de los demás participantes; para ello los bienes salen del patrimonio del constituyente para ingresar a un patrimonio hasta entonces inexistente. Este nuevo patrimonio, no tiene titular, sino que se considera como autónomo o “de afectación” y será administrado por un fiduciario para lograr los fines buscados por el constituyente, normalmente en favor de un beneficiario.

Esta fiducia rompe con el paradigma tanto del *trust* angloamericano como del fideicomiso latinoamericano y figuras afines del derecho continental europeo (en aquellos países en que existe), ya que no le reconoce derechos reales sobre los bienes ni al fiduciario ni al beneficiario, incluso ni al propio constituyente. El fiduciario como administrador de ese patrimonio “autónomo” contará con todas los poderes, facultades y prerrogativas necesarias para lograr los fines perseguidos por el constituyente (con sus limitaciones, obviamente, como sería el transmitir los bienes a título gratuito), por lo que finalmente se obtiene el mismo resultado que con las demás figuras fiduciarias, ya que en estas últimas el fiduciario es propietario, pero sus facultades de dueño están limitadas en su ejercicio a lograr el fin buscado. Definitivamente lo que se persigue en todas las figuras fiduciarias es que los bienes sean administrados por un tercero, probablemente por considerarlo más viable en aras de la finalidad buscada que otorgando la propiedad y por ende la detentación y administración de los bienes al propio beneficiario y la fiducia quebequense no es la

¹⁹⁸ Ver *Supra* 2.11, pág. 62.

excepción. Sobre estos puntos hemos de volver más adelante, por el momento nos interesa la forma de creación para analizar su naturaleza desde esta perspectiva.

Como lo señalamos líneas arriba, la fiducia resulta del acto mediante el cual el constituyente transmite los bienes para crear un nuevo patrimonio que estará afectado a la finalidad buscada. Ahora bien, conforme al artículo 1262 del citado Código, ese acto es una manifestación de voluntad, que puede revestir diversas formas: Principalmente por contrato o por testamento y excepcionalmente puede ser constituido por ley o por sentencia.

El artículo mencionado expresa que la fiducia podrá ser creada mediante contrato oneroso o gratuito, pudiendo ser, de acuerdo a las finalidades buscadas, de carácter personal, de utilidad privada o de utilidad social.

El acto de creación de la fiducia requiere ser necesariamente traslativo de dominio y se perfecciona en el momento en que el fiduciario o uno de ellos, si es que son varios, aceptar el cargo que se le confiere. Esto implica un detalle interesante, ya que podría pensarse que se trata de dos actos unilaterales de voluntad independientes entres sí, pero que pueden darse en forma simultánea o en momentos distintos que se vinculan una vez que son manifestados, como sucede en el *trust*, sin embargo, además de que el citado código expresamente contempla al contrato como una de las formas de constitución, establece también que en el momento en que se da la aceptación de la fiducia por parte del fiduciario, se tienen por transmitidos los bienes del constituyente, se asume la obligación del fiduciario de ocuparse de la afectación y de la administración del patrimonio fiduciario y se tienen por ciertos los derechos del beneficiario. Esto nos lleva a considerar que es necesaria la manifestación conjunta tanto del constituyente como del fiduciario para que se perfeccione la fiducia, pues si falta alguna de ellas, no surtirá efecto la transmisión de la propiedad, que es requisito *sine qua non* para que se considere creada la fiducia.

No obstante lo anterior, el propio código contempla que la fiducia puede crearse mediante una manifestación unilateral de voluntad del constituyente, pero al igual que la fiducia francesa y la latinoamericana, únicamente cuando sea *mortis causa* y se manifieste

mediante testamento. Al efecto, a nuestro parecer en forma muy conveniente, se establece como *dies cedens* para que se considere perfeccionada la fiducia, la fecha del fallecimiento del de *cuius*, retrotrayéndose los efectos a esa fecha, en el momento en que se dé la aceptación de la fiducia por parte del fiduciario. Con esta disposición se elimina la posibilidad de considerar la fiducia como creada y surtiendo plenos efectos desde el momento de la celebración del testamento, por lo que la fiducia se tendrá por constituida, pero sujeta a la condición suspensiva del fallecimiento del testador.

Hemos observado que la naturaleza jurídica de las figuras en estudio es determinada de acuerdo a cada ordenamiento jurídico, en términos generales y sin el ánimo de entrar por el momento al análisis del ámbito de una posible integración internacional, consideramos conveniente mencionar que ni la naturaleza jurídica del *trust* ni la del fideicomiso son objeto de regulación en convenciones internacionales.¹⁹⁹ Así tenemos que en la Convención de La Haya Sobre la Ley Aplicable al Trust y su Reconocimiento del 1º de julio de 1985, únicamente se indican las características que debe presentar una figura fiduciaria para entrar en su ámbito de aplicación, refiriéndose para ello en los siguientes términos:

Artículo 2. A los efectos del presente Convenio, el término «trust» se refiere a las relaciones jurídicas creadas -por acto *inter vivos* o *mortis causa*- por una persona, el constituyente, mediante la colocación de bienes bajo el control de un *trustee* en interés de un beneficiario o con un fin determinado (...)

Como podemos apreciar para esta Convención las relaciones jurídicas se generan gracias a la voluntad del constituyente dirigida a destinar ciertos bienes a favor de un beneficiario o de una finalidad determinada, jugando un papel esencial la manifestación de la misma, ya que en su artículo 3º hace alusión a que únicamente serán materia de su reconocimiento aquellos *trusts* en los cuales el constituyente haya manifestado por escrito su voluntad de crearlo, sin limitar ni definir la forma en que deba ser expresada dicha voluntad, por el contrario, hace alusión a que sus disposiciones no serán aplicables a cuestiones de validez de los actos jurídicos mediante los cuales se transfiere la propiedad al

¹⁹⁹ Sobre el análisis de la aplicación del *trust* y el fideicomiso en el ámbito internacional, ver *Infra*, Capítulo 4, p. 370.

trustee, por lo que la forma de transmisión, sea mediante acto unilateral o contractual, será determinado por la ley que le resulte aplicable conforme a las disposiciones de dicha Convención.

Finalmente podemos concluir el presente punto, manifestando que las teorías y regulaciones que existen sobre el particular, nos demuestran la evolución que ha tenido esta figura tan controvertida en el pensamiento jurídico de nuestro tiempo y confirma la importancia que ha tenido la figura en el desarrollo económico y social no sólo de nuestro país, sino en los países de la familia del *Civil law* en Europa y Latinoamérica.

2.3 Comentarios y cuadro comparativo sobre la naturaleza jurídica.

Hemos analizado al *trust* y al fideicomiso desde sus primeras manifestaciones, la naturaleza jurídica que tienen en cada uno de los sistemas jurídicos al que pertenecen, así como el contexto que ha impulsado su desarrollo. Más adelante contemplaremos además la influencia que ha tenido el *trust* para lograr su implementación dentro de diversos ordenamientos pertenecientes al *Civil law* a través del fideicomiso o fiducia mercantil y veremos los intentos en el ámbito del derecho internacional para integrar el funcionamiento de la figura en ambos sistemas.

Es innegable la importancia que tiene tanto el *trust* como el fideicomiso en las relaciones jurídicas, financieras y económicas actuales, máxime la tendencia globalizadora que caracteriza al presente siglo. Sin embargo, del análisis de su naturaleza jurídica encontramos que aunque ambas figuras tienen similitudes teleológicas, teniendo como característica común que ambas están fundadas en actos jurídicos traslativos de propiedad basados en la confianza, sin embargo, existen marcadas diferencias de fondo, por lo que a continuación procederemos a señalar las más importantes, tomando al primero como *comparatum* y al segundo como *comparandum*.

La primera gran diferencia de fondo surge respecto de la fuente. Ambas figuras tienen como presupuesto necesario el destinar ciertos bienes a una finalidad determinada,

sin embargo, la característica principal del *trust* estriba en que se crea por un acto unilateral de voluntad del *settlor* y excepcionalmente por una decisión judicial o por mandato de la ley (*implied trust*), por lo que es suficiente que el *settlor* declare con claridad su intención de destinar determinado bien a un *trust* en beneficio de él mismo o de un tercero, o incluso de una finalidad específica para que se considere creado, de donde se desprende que no requiere de un acuerdo de voluntades entre los participantes para constituirlo como ocurre con el fideicomiso, salvo que la naturaleza de los bienes requiera del acto de la transmisión, como sería en el caso de los bienes inmuebles.

La razón principal de que el *trust* sea creado mediante un acto unilateral de voluntad es de origen histórico, ya que proviene de la *Equity law*, mientras que el contrato tiene su origen en las normas del *Common law*. El reconocimiento de los derechos del beneficiario que en su momento hicieron los tribunales de equidad para obligar al *trustee* a cumplir en sus términos con la voluntad del constituyente, no fue más que la confirmación de la existencia de la afectación de los bienes a una finalidad establecida, que se realiza desde el preciso momento en que el *settlor* manifiesta su voluntad de que así sea. Esto es lo que le otorga al *trust* la naturaleza jurídica de un acto unilateral de voluntad, pues su creador no requiere más que expresar su voluntad para que se entienda constituido, y en un acto simultáneo o posterior el *trustee* manifestará la suya para aceptar o rechazar llevar a cabo los actos encomendados, pero el efecto jurídico reconocido por el derecho se da en el momento en que se expresa voluntad de cada uno de los participantes.

El acto de constitución de un fideicomiso en los ordenamientos de tradición civilista, tiene la naturaleza jurídica de contrato, que suscribe cuando menos el constituyente y el fiduciario, incluso, en los casos como el de México, en que los fideicomisos públicos, cuya creación se establece mediante decreto del Ejecutivo en uso de sus facultades reglamentarias o en cumplimiento al mandato de una ley, siendo dicho mandato en el sentido de celebrar el contrato respectivo con una institución fiduciaria.²⁰⁰

²⁰⁰ Los fideicomisos públicos, considerados como entidades de la administración pública paraestatal, son aquellos que el gobierno federal o alguna de las entidades paraestatales constituyen con el propósito de auxiliar al Ejecutivo Federal en las atribuciones del Estado para impulsar las áreas prioritarias del desarrollo, que cuenten con una estructura orgánica análoga a las otras entidades y que tengan comités técnicos. Sobre este

Asimismo, la fiducia tanto en el derecho venezolano como en el francés, incluso el canadiense de la provincia de *Québec*, no obstante que su principal forma de celebración es el contrato, se puede constituir por acto diverso al acuerdo de voluntades, es decir, por disposición de la ley ya que sus respectivas legislaciones expresamente lo permiten.

Por su parte la Convención de la Haya, excluye de su campo de aplicación lo relativo a la transferencia de los bienes y la creación del fideicomiso, por lo que dichos actos deberán regularse conforme a la ley que reconoce su creación, situación que abundaremos más adelante.

No obstante que el fideicomiso o fiducia tiene la naturaleza de un contrato, las legislaciones de tradición civilista, salvo México, contemplan la posibilidad de constituir el fideicomiso mediante testamento, pero consideramos que esta declaración unilateral de voluntad, no le otorga su naturaleza jurídica, pues aunque el testador haya dispuesto en su testamento que se constituya el fideicomiso con parte o la totalidad de sus bienes, este no existe sino hasta que el representante de la sucesión celebra el contrato con el fiduciario. En el fideicomiso venezolano, puede considerarse que se constituye mediante acto unilateral cuando se realiza por testamento, ya que lo considera válido, siempre y cuando conste la aceptación del fiduciario en el mismo instrumento o en documento por separado, lo que no implica necesariamente un contrato, sino dos actos unilaterales separados, pero vinculados a un mismo negocio. Situación similar ocurre en la fiducia canadiense que lo tiene por constituido, pero surtirá sus plenos efectos a partir de fallecimiento del testador, previa la aceptación del fiduciario, que obviamente también se manifiesta mediante un acto unilateral de voluntad para asumir la administración de los bienes materia de la fiducia.

punto ver el análisis realizado por el Centro de Estudios de las Finanzas Públicas de la Cámara de Diputados del Congreso de la Unión. [en línea] Disponible en la World Wide Web: <http://www.cefp.gob.mx/intr/edocumentos/pdf/cefp/cefp0252005.pdf>. Con relación a la celebración de fideicomisos públicos, ver por ejemplo El Decreto por el que se ordena la constitución del fideicomiso público considerado entidad paraestatal denominado Proméxico, Publicado en el Diario Oficial de la Federación el 13 de junio de 2007 y Ley que crea el fideicomiso que administrará El Fondo de Apoyo Social para Ex Trabajadores Migratorios Mexicanos, publicada en el Diario Oficial de la Federación el 25 de mayo de 2005.

Por otra parte, el requisito *sine qua non* para la configuración tanto del *trust* como del fideicomiso lo constituye la existencia de ciertos bienes o derechos, presentes o futuros que son transferidos (salvo la fiducia de *Québec*) al *trustee* o fiduciario para ser utilizados o destinados en beneficio del mismo constituyente o de un tercero, en los términos establecidos por el propio constituyente en el acto constitutivo. Sin embargo, pese a la coincidencia señalada, una de las principales diferencias entre ambas figuras, se encuentra precisamente en la naturaleza de la propiedad de los bienes del fideicomiso.

La característica primordial del *trust* respecto de la propiedad de los bienes, consiste en el desdoblamiento de la propiedad en una propiedad legal o *legal ownership* que le corresponde al *trustee* y una propiedad en equidad o *equity ownership* que tendrá el *cestui que trust*, este desdoblamiento no se da en los ordenamientos pertenecientes al *Civil law* por la razón de que el fideicomiso no forma parte del derecho de los bienes, sino del derecho de las obligaciones, lo que significa que en el *trust* son propietarios del patrimonio tanto el *trustee* como el *cestui que trust*, mientras que en el fideicomiso el propietario o titular del patrimonio lo será únicamente el fiduciario, por lo que el fideicomisario no tiene ningún derecho respecto de los bienes, sino que su derecho es de carácter personal limitado a exigir al fiduciario el cumplimiento de dispuesto en el contrato respectivo.

En ninguna de las figuras el patrimonio se confunde con el patrimonio personal del *trustee* o fiduciario, sino que se consideran separados de la misma, para evitar el riesgo de su pérdida en caso de sucesión del *trustee* o fiduciario, de su quiebra o de ejecución de los bienes por parte de sus acreedores, circunstancia que es reconocida por la Convención de la Haya, al señalar en su artículo segundo que los bienes del *trust* constituyen una masa distinta y no forman parte del patrimonio del *trustee*.

Ahora bien, la transferencia de los bienes y derechos al *trustee*, se realiza para que los mismos sean destinados a cumplir con una finalidad determinada o determinable, lo que significa que la persona que los reciba será el propietario “legal” de los mismos, pero únicamente para destinarlos a la finalidad de que se trate, mientras que el beneficiario del

trust será el propietario de los bienes, pero “en equidad”, únicamente para recibir los beneficios que le corresponden conforme a los términos del *trust*, situación que no ocurre en el fideicomiso, como ha quedado evidenciado en el presente punto.

Otro punto importante en la comparación de las figuras en estudio, la encontramos en la actuación de la persona a quien se le encomienda el cumplimiento de los fines. Partiendo de que la calificación del fideicomiso como un contrato entre el constituyente y el fiduciario, implica el surgimiento de ciertos derechos y obligaciones recíprocos; es claro que la génesis de los mismos es de carácter profesional, precisamente por la profesionalización de la calidad de fiduciario, que con algunas excepciones, es característico en los países del *Civil law*.²⁰¹

Esta profesionalización ha tendido hacia sociedades de carácter financiero supervisadas por el Estado que se dedican precisamente a la gestión fiduciaria percibiendo un contraprestación por su actuación, sea a cargo del constituyente, del beneficiario o con cargo al propio patrimonio, lo que implica a nuestro parecer una diferencia esencial con el *trust* anglosajón, que aunque también permite la gestión profesional, sigue sustentándose, como su nombre lo indica en la confianza de una persona hacia otra para encomendarle la realización de ciertos actos en su beneficio o de un tercero.

En efecto, si analizamos este punto en ambas figuras, encontramos que en el fideicomiso no existe una verdadera encomienda de confianza, al menos no en el mismo sentido que en el *trust* inglés, ya que al tener su origen en un contrato, implica la generación de derechos y obligaciones recíprocos, principalmente la consecución de los fines por parte del fiduciario a cambio de un honorario por realizarlo. Aunque el contrato pueda ser catalogado *intuitu personae*, la característica de oneroso seguirá estando presente y el hecho de que normalmente sean sociedades que se dediquen a la gestión fiduciaria, hace que no exista esa motivación subjetiva que en nuestra opinión caracteriza al *trust*.

²⁰¹ Ver por ejemplo: Art. 1272 del Código Civil de *Québec* y Art. 5 de la Ley 24.441 argentina, que permiten a cualquier persona con capacidad legal, tener el carácter de fiduciario.

En el *trust* el catálogo de derechos y obligaciones que deriva del contrato no existe como motivo determinante de la voluntad, ya que se constituye, por un lado mediante la declaración unilateral de voluntad del *settlor* y por otro la declaración, también unilateral del *trustee* de aceptar el encargo, sea en el mismo acto o posteriormente. Al ser el *trust* gratuito por naturaleza,²⁰² implica una verdadera encomienda de confianza, ya que la voluntad de actuación del *trustee* estará sujeta a un compromiso más de carácter moral que a una obligación jurídica de realizarlo, que como vimos anteriormente, esta protegido por el Derecho para que exista la seguridad de cumplimiento, pero, insistimos, los derechos y obligaciones derivan de la ley como protección a los deseos del *settlor*, no del acto de la manifestación de la voluntad que crea el vínculo.

Evidentemente que la profesionalización de la figura trae para el fiduciario consecuencias en su actuación, por ejemplo, al ofrecer sus servicios la público en general, no podrá negarse a realizar sus funciones ni a renunciar a su cargo, salvo por causa grave; tampoco podrá ser fiduciario y fideicomisario, ya que estaría en posición de cobrar para lograr un beneficio para sí mismo, aunque existen algunas excepciones, como el caso de México, que permite dicha circunstancia cuando la institución fiduciaria garantice una obligación a su favor, pero siempre que se convengan los términos para evitar conflictos de intereses.²⁰³

Otra consecuencia de la profesionalización de la figura del *trustee*, se refleja en los derechos del constituyente frente al fiduciario, ya que al ser de origen contractual, salvo pacto en contrario, tiene derecho a la rendición de cuentas, a exigirle responsabilidad en caso de no cumplir en sus términos con el contrato, incluso a revocarle el cargo y a designar uno nuevo, situación que es desconocida en el derecho anglosajón, ya que un vez constituido el *trust*, el *settlor* desaparece de la escena y los derechos aludidos los tendrá quien tiene el interés en el cumplimiento cabal del negocio, es decir, el beneficiario o *cestui que trust*.

²⁰² Tradicionalmente el *trust* inglés se presumía gratuito, sin embargo a partir del *Trustee Act 2000* se permite recibir una remuneración al *trustee*.

²⁰³ Ver: Artículos 382 y 396 de la Ley General de Títulos y Operaciones de Crédito.

Otra diferencia fundamental entre las figuras en estudio, se da respecto a los derechos que tienen los beneficiarios con relación al patrimonio, para el caso de que parte o la totalidad del mismo sea enajenado a un tercero, sea por negligencia o por una actuación en exceso de facultades del *trustee* o del fiduciario.

Sobre este aspecto, comentamos que el *cestui que trust* es considerado propietario en equidad de los bienes, por lo que además de los derechos personales que tiene frente al *trustee* para que éste cumpla en sus términos con el *trust*, adquiere derechos *in rem* en su carácter de propietario, mientras que en el fideicomiso el fideicomisario únicamente tiene derechos personales frente al fiduciario para exigirle el cumplimiento de los fines establecidos a su favor.

Esta diferencia se refleja en el derecho denominado *tracing* que tiene el *cestui que trust* para reivindicar los bienes cuando estos se encuentren en poder de un tercero. En los ordenamientos del *Civil law* analizados, se otorga una acción al fideicomisario para atacar los actos realizados por el fiduciario en exceso de facultades que causen detrimento al patrimonio del fideicomiso.

En el caso de México, conforme al artículo 390 de la ley cambiaria, se contempla el derecho de reivindicar los bienes que hayan salido del patrimonio, mientras que en la legislación francesa, colombiana y venezolana consiste en el derecho de solicitar la nulidad de dichos actos a efecto de que los bienes se reintegren al dominio fiduciario; aunque en el primer caso se puede interpretar que se busca el mismo resultado, consideramos más adecuado el uso de la acción de nulidad de los actos, ya que el derecho del fideicomisario es de carácter personal y por ende debe considerársele como un acreedor del fiduciario, mientras que la acción reivindicatoria comprende la facultad que tiene el propietario de un bien para exigir que se le reintegre cuando ha perdido la posesión del mismo y aunque en la legislación mexicana dicha acción se otorga al fideicomisario, en estricto sentido es una acción que sólo le corresponde al fiduciario, por ser el propietario de los bienes materia del fideicomiso.

Por último, resulta importante destacar que en muchas ocasiones se llegan a utilizar los términos *trust* y fideicomiso como sinónimos cuando se quiere hacer alusión a alguno de ellos, sin embargo, como hemos apreciado a lo largo del presente capítulo, las diferencias son muy marcadas, por lo que no deben confundirse ambas figuras, como lo veremos en el cuadro comparativo que enseguida se presenta, por lo que es necesario dejar bien establecido que son dos figuras similares, pero completamente diferentes en cuanto a sus elementos característicos y en cuanto a su regulación en los diversos sistemas jurídicos, aunque no por ello incompatibles, de ahí la importancia de apreciar e impulsar los esfuerzos de la Convención de la Haya para lograr que la figura tenga aplicación en una multiplicidad los países sin importar el sistema al que pertenecen.

1. Cuadro comparativo sobre la naturaleza jurídica del *trust* y el fideicomiso.

El siguiente cuadro presenta un comparativo general de las características más importantes que determinan la naturaleza jurídica del *trust* y del fideicomiso o fiducia.

	<i>Trust</i>	Fideicomiso o Fiducia
1.1 Respecto de la fuente de origen:	<p>El <i>trust</i> implica una referencia a las relaciones jurídicas creadas por una persona, el constituyente o <i>settlor</i>, mediante la colocación de bienes bajo el control de un <i>trustee</i> en interés de un beneficiario llamado <i>cestui que trust</i>.</p> <p>Tiene como presupuesto necesario la colocación de ciertos bienes para una finalidad determinada. De lo que derivan las siguientes situaciones:</p> <p>Los bienes del <i>trust</i> constituyen un patrimonio separado y no forman parte del patrimonio del <i>trustee</i>.</p>	<p>El fideicomiso implica que una persona, el fideicomitente, transmita, normalmente a una institución fiduciaria la propiedad de uno o más bienes o la titularidad de derechos, para ser destinados a fines lícitos y determinados, encomendando la realización de dichos fines a la propia institución fiduciaria. Salvo la fiducia canadiense en la que no existe transmisión de propiedad a favor del fiduciario, sino que éste es un simple administrador que actúa a favor del beneficiario o del cumplimiento de los fines.</p> <p>También tiene como presupuesto necesario la afectación de ciertos bienes y derechos al cumplimiento de un fin. De lo anterior se desprende lo siguiente:</p> <p>Los bienes pasan a ser propiedad del fiduciario, pero no puede disponer de ellos para sí por considerarse afectos a un fin, por lo que deberá mantenerlos separados de sus bienes de libre disposición y de otros patrimonios fiduciarios que detente.</p>

	<i>Trust</i>	Fideicomiso o Fiducia
Respecto de la fuente de origen: (Continuación)	<p>La titularidad de los bienes recae en el <i>trustee</i>.</p> <p>El <i>trustee</i> tiene la obligación de administrar y disponer de los bienes según las disposiciones del acto constitutivo y de la ley, por lo que deberá rendir cuentas de su gestión.</p> <p>Su característica principal es que se crea mediante un acto unilateral de voluntad del <i>settlor</i>, sin ser esencial el consentimiento del <i>trustee</i> ni del <i>cestui que trust</i>. No obstante, también puede ser constituido por acuerdo de voluntades entre el <i>settlor</i> y el <i>trustee</i>.</p> <p>En el <i>express trust</i> basta la manifestación unilateral de voluntad del <i>trustee</i> de que es su intención constituirlo, para que se considere creado, por lo que el acto de transmisión de propiedad hacia el <i>trustee</i> es un acto diferente al de creación.</p> <p>En el <i>express trust</i> basta la manifestación unilateral de voluntad del <i>trustee</i> de que es su intención constituirlo, para que se considere creado, por lo que el acto de transmisión de propiedad hacia el <i>trustee</i> es un acto diferente al de creación.</p>	<p>Salvo en la fiducia canadiense el fiduciario es propietario de los bienes y titular de los derechos que integren el patrimonio del fideicomiso.</p> <p>El fiduciario realiza los actos jurídicos necesarios para lograr los fines, actuando a nombre propio, pero en interés de un tercero. También debe rendir cuentas de su gestión.</p> <p>La relación jurídica se crea mediante un acuerdo de voluntades contenido en un contrato, en el que el fideicomitente transmite los bienes al fiduciario fijando como habrán de destinarse al cumplimiento de los fines y el fiduciario acepta el desempeño.</p> <p>En el fideicomiso la transmisión de la propiedad es simultánea a su constitución por ser un acto bilateral en que se requiere la manifestación de la voluntad de cuando menos dos de las partes que intervienen, es decir del constituyente y del fiduciario.</p> <p>El fideicomiso debe ser expreso, debiendo constar en el acto constitutivo la aceptación del fiduciario, por lo que no es posible que se considere creado por mandato de la ley ni por decisión judicial.</p>

	<i>Trust</i>	Fideicomiso o Fiducia
<p>Respecto de la fuente de origen: (Continuación)</p>	<p>Puede ser constituido por acto <i>inter vivos</i>, por declaración unilateral de voluntad del <i>settlor</i> o mediante convenio entre éste y el <i>trustee</i>, o bien, con efectos <i>mortis causa</i>, por medio de testamento, caso en el cual el <i>trust</i> se entiende creado y los bienes respectivos estarán afectos al fin de que se trate, que se cumplirán una vez ocurrido el fallecimiento del <i>settlor</i>.</p> <p>Excepcionalmente se puede constituir el <i>trust</i> por una decisión judicial o por mandato de la ley, son los llamados <i>implied</i> y <i>constructive trust</i>.</p> <p>La persona que tiene el título sobre la propiedad queda sometida a obligaciones en equidad (<i>equitable duties</i>) en beneficio de otra persona y que surge como resultado de una manifestación de voluntad al crearlo.</p>	<p>Se constituye por acto <i>inter vivos</i>, aunque nada impide que una persona disponga en su testamento que a su fallecimiento el albacea de la sucesión celebre un contrato de fideicomiso para distribuir los bienes en la forma en que lo hubiere dispuesto, pero de ninguna manera se considera el fideicomiso existente, sino hasta que se celebra el contrato con el fiduciario.</p> <p>El fideicomiso o fiducia en los ordenamientos perteneciente a la familia del <i>Civil law</i> que son objeto de esta investigación, generalmente consideran la constitución por acuerdo de voluntades. En el derecho francés existe la posibilidad de que se constituya la fiducia por disposición de la ley, situación que ocasionalmente ocurre en México, respecto de fideicomisos públicos. En el derecho venezolano y canadiense se considera posible su creación mediante acto unilateral de voluntad contenido en un testamento, siempre que conste la aceptación del fiduciario.</p> <p>El fiduciario como propietario de los bienes queda constreñido a destinarlo los fines establecidos en beneficio del fideicomitente o del fideicomisario.</p>

	<i>Trust</i>	Fideicomiso o Fiducia
1.2 Con relación a la propiedad:	<p>La característica primordial del <i>trust</i> respecto de la propiedad de los bienes, consiste en el desdoblamiento de la propiedad en una propiedad legal o <i>legal ownership</i> que le corresponde al <i>trustee</i> y una propiedad en equidad o <i>equity ownership</i> que tendrá el <i>cestui que trust</i>.</p> <p>En el <i>trust</i> son propietarios del patrimonio tanto el <i>trustee</i> como el <i>cestui que trust</i>.</p> <p>El derecho que tiene el <i>cestui que trust</i> es de carácter real respecto de los bienes.</p> <p>Los bienes del <i>trust</i> no se confunden con los bienes personales del <i>trustee</i></p>	<p>En los ordenamientos jurídicos de la familia del <i>Civil law</i> no se da el desdoblamiento de la propiedad, pues el fideicomiso se ubica en el derecho de las obligaciones y no en el derecho de los bienes.</p> <p>En el fideicomiso el propietario del patrimonio lo será únicamente el fiduciario.</p> <p>El fideicomisario no tiene ningún derecho respecto de los bienes, sino que su derecho es de carácter personal limitado a exigir al fiduciario el cumplimiento de lo dispuesto en el contrato respectivo</p> <p>El patrimonio del fideicomiso se considera un patrimonio autónomo en cuanto los bienes son propiedad del fiduciario pero afectados al cumplimiento de un fin y por ende están separados de los que tenga libre disposición, dando lugar a un tipo de propiedad denominada “Propiedad fiduciaria”</p>

	<i>Trust</i>	Fideicomiso o Fiducia
<p>Con relación a la propiedad: (Continuación)</p>	<p>Con la separación de los bienes, se evita el riesgo de su pérdida o menoscabo en caso de sucesión, quiebra o ejecución de los bienes por parte de los acreedores del <i>trustee</i></p>	<p>En el fideicomiso también hay una separación de los bienes que conforman su patrimonio, respecto del patrimonio personal y de libre disposición del fiduciario, teniendo éste último la obligación de registrar y llevar una contabilidad especial del patrimonio del fideicomiso a efecto de mantenerlo identificado para evitar confusión.</p> <p>Al estar afectados al cumplimiento de fines determinados, los bienes y derechos que conforman el patrimonio del fideicomiso, salen del patrimonio del fideicomitente y no entran al patrimonio del fideicomisario, sino al del fiduciario, sin embargo, éste no podrá disponer de ellos sino para el cumplimiento de los fines pactados, por lo que no podrán ser embargados por adeudos personales del fiduciario.</p>

	<i>Trust</i>	Fideicomiso o Fiducia
<p>1.3 Con relación a los derechos que generan:</p>	<p>En el <i>trust</i> anglosajón, aunque se permite la gestión profesional, sigue sustentándose en la confianza de una persona hacia otra para encomendarle la realización de ciertos actos en su beneficio o de un tercero, es decir, el <i>trust</i> es una verdadera encomienda de confianza, en la que no tiene un peso específico la remuneración del <i>trustee</i>, cuya actuación es generalmente de carácter gratuito, salvo sociedades que se especializan en este tipo de servicios.</p> <p>El cargo de <i>trustee</i> puede recaer en cualquier persona, sea física o sociedad, por lo que no se requiere autorización del Estado para poder actuar con ese carácter, ni esta sujeta a una supervisión estatal.</p> <p>La designación del <i>trustee</i> es realizada por el <i>settlor</i> con base en la confianza de que aquél actuará en los términos establecidos por éste último, por lo que existe una motivación subjetiva de carácter moral en el <i>trustee</i> para realizar la encomienda.</p>	<p>La calificación del fideicomiso como un contrato entre el fideicomitente y el fiduciario, implica el surgimiento de ciertos derechos y obligaciones recíprocos; es claro que la génesis de los mismos es de carácter profesional.</p> <p>El cargo de fiduciario recae en instituciones de carácter financiero, cuya autorización para actuar como fiduciario estará supeditada a la autorización de un órgano del Estado y su actuación estará supervisada por el propio Estado por conducto de diversos entes gubernamentales.</p> <p>Aunque el contrato puede ser catalogado como <i>intuitu personae</i>, con relación al fiduciario, la actuación de éste último para la consecución de los fines es realizada a cambio de una contraprestación.</p>

	<i>Trust</i>	Fideicomiso o Fiducia
<p>Con relación a los derechos que generan: (Continuación)</p>	<p>Los derechos y obligaciones que derivan del <i>trust</i> no existe como motivo determinante de la voluntad, ya que se constituye, por un lado mediante la declaración unilateral de voluntad del <i>settlor</i> y por otro la declaración, también unilateral del <i>trustee</i> de aceptar el encargo, sea en el mismo acto o posteriormente.</p> <p>El <i>trustee</i> puede negarse a asumir el cargo en virtud de la motivación subjetiva que implica la aceptación.</p> <p>Al ser de carácter normalmente gratuito e implicar la separación de bienes para un fin determinado, el <i>settlor</i> puede ser al mismo <i>trustee</i>.</p> <p>Una vez constituido el <i>trust</i>, el <i>settlor</i> normalmente desaparece de la relación jurídica y los derechos que deriven respecto de su cumplimiento, le corresponderán a quien tiene el interés en que se cumplan los fines del negocio, es decir, el <i>cestui que trust</i>.</p>	<p>Los derechos y obligaciones que se desprenden del fideicomiso, derivan del contrato mismo, por lo que el motivo fundamental de su celebración es la voluntad de que se asuman en forma onerosa para los participantes.</p> <p>Por ser un servicio profesionalizado y ofrecerse al público en general, las instituciones fiduciarias no pueden, en términos generales, negarse a realizar sus funciones ni a renunciar a su cargo, salvo por causa grave.</p> <p>Al ser oneroso el contrato, para evitar conflicto de intereses, salvo algunas excepciones, el fiduciario no puede ser al mismo tiempo fideicomisario, pues estaría en posición de cobrar y obtener un beneficio para sí mismo.</p> <p>Los derechos del fideicomitente frente al fiduciario, al ser de origen contractual, salvo pacto en contrario, permiten que aquél tenga el derecho a la rendición de cuentas, a exigirle responsabilidad en caso de no cumplir en sus términos con el contrato, incluso a revocarle el cargo y a designar uno nuevo.</p>

	<i>Trust</i>	Fideicomiso o Fiducia
<p>Con relación a los derechos que generan: (Continuación)</p>	<p>Los derechos que adquiere el beneficiario respecto del patrimonio del <i>trust</i> son de carácter real, por lo que es un propietario en equidad de los bienes, teniendo, además, derechos personales frente al <i>trustee</i> para exigirle que cumpla con lo establecido en el <i>trust</i>.</p> <p>Como propietario en equidad del bien, el <i>cestui que trust</i> tiene el derecho denominado <i>tracing</i> para reivindicar los bienes cuando estos se encuentren en poder de un tercero.</p>	<p>El fideicomisario adquiere únicamente derechos personales frente al fiduciario para exigirle que cumpla en sus términos lo establecido en el contrato de fideicomiso.</p> <p>En el fideicomiso se otorga una acción al fideicomisario para atacar los actos realizados por el fiduciario en exceso de facultades que causen detrimento al patrimonio del fideicomiso.</p> <p>En México la ley establece el derecho de reivindicar los bienes que hayan salidos del patrimonio del fideicomiso y lograr que se reintegren e este. En las legislaciones francesa, colombiana y venezolana, el derecho consiste en solicitar la nulidad de los actos a efecto de que los bienes se reintegren al patrimonio.</p>

Capítulo 3.

Aspectos estructurales de los negocios jurídicos de carácter fiduciario y análisis de la propiedad como principal obstáculo de integración del fideicomiso y el *trust*.

SUMARIO: 3.1. Las partes. 3.1.1. El constituyente. 3.1.2. El ejecutor 3.1.3 El beneficiario 3.2 La materia. 3.3 Los fines. 3.4 La forma. 3.5 Tipos. 3.6. Efectos. 3.7. La extinción. 3.8. La propiedad. 3.8.1 El patrimonio. .8.1.1. El patrimonio personalidad 3.8.1.2. El patrimonio afectación. 3.8.2. La propiedad fiduciaria. 3.9 Comentarios y cuadros comparativos respecto de los aspectos estructurales de los negocios jurídicos de carácter fiduciario.

Tanto del *trust* como el fideicomiso, están conformados por diversos elementos personales, materiales, formales e incluso teleológicos que son necesarios para que surtan plenamente sus efectos en la vida jurídica de acuerdo al ordenamiento jurídico que los regula, a continuación procederemos a analizarlos.

3.1. Las Partes.

Como podemos desprender de los conceptos vertidos sobre el *trust* a lo largo de la presente investigación, este tiene como característica principal la existencia de uno o varios bienes que son destinados por acto *inter vivos o mortis causa* al beneficio de un tercero, o incluso del propio constituyente, esta destinación crea una relación jurídica entre el propio beneficiario y la persona que detenta la titularidad del bien en virtud de la cual éste último tiene la obligación de cumplir con lo estipulado por el constituyente, teniendo dicha figura la particularidad de que el beneficiario puede hacer exigible el cumplimiento de lo establecido al titular del bien.

El elemento personal que normalmente interviene en un *trust*, esta conformado por tres personas: El *settlor*, el *trustee* y el *Cestui que trust* o beneficiario. En el fideicomiso coinciden las mismas personas, denominadas constituyente, fiduciante o fideicomitente, el fiduciario y el fideicomisario o beneficiario. Sus principales características son las siguientes:

3.1.1. El constituyente.

En primer lugar se encuentra el *Settlor*, quien es el creador del *express trust*, la modalidad más representativa de *trust*, que tiene como principal característica la manifestación expresa e indubitable de la voluntad para crearlo. Este requisito es indispensable para constituir este tipo de *trust* aunque también puede crearse un *trust* sin la comparecencia del *settlor*, tal es el caso de los *implied trusts*, que son creados por ministerio de ley independientemente de la voluntad de las partes y dan lugar a los llamados *resulting* y *constructive trust*, cuyo análisis realizaremos más adelante.

En virtud de que la creación del *trust express* es una decisión unilateral del constituyente, que implica la transferencia de la propiedad de una parte de sus bienes hacia el *trustee*. Únicamente podrá ser *settlor* la persona que tenga la capacidad jurídica para gozar y ejercer plenamente sus derechos patrimoniales, es decir, que pueda disponer de ellos a su arbitrio.

Asimismo, el *settlor* como creador del *trust*, tiene la facultad de señalar los lineamientos, términos y condiciones bajo los cuales se regirá la conducta del *trustee*, así como los derechos de que gozarán los beneficiarios, siempre sobre la base de que dichos lineamientos sean lícitos.

Una de las características más peculiares del *trust*, es que una vez que se constituye, normalmente desaparece la figura del *settlor* para dar lugar a la relación que se crea entre el *trustee* y el beneficiario, aunque puede darse el caso de que el *settlor* se

reserve el derecho de revocar o modificar el *trust* o incluso la facultad para dirigir al *trustee* respecto de ciertas inversiones que deba realizar y el de vigilar los actos que estime convenientes.²⁰⁴

Por lo que toca al fideicomiso o fiducia, el constituyente, fiduciante o fideicomitente como también se le conoce en Latinoamérica, tal y como podemos apreciar en el cuadro comparativo No. 3 que se presenta al final del presente capítulo, tiene prácticamente las mismas características que el *settlor*, ya que es el creador del fideicomiso, será quien destine ciertos bienes o derechos a determinados fines que él mismo precisa, conviniendo con el fiduciario para que ésta los reciba y los canalice estrictamente al cumplimiento de los mismos; estos fines pueden ser abstractos o dirigirse directamente al beneficio de una persona o grupo de personas, que serán los beneficiarios o fideicomisarios.

De los elementos arriba mencionados, la figura del fideicomitente y del fiduciario, los bienes o derechos y los fines tienen el carácter de esenciales para el nacimiento del fideicomiso, ya que puede constituirse y operarse el fideicomiso sin existir un fideicomisario.

No obstante las similitudes que en términos generales encontramos en el fideicomiso o fiducia, cada ordenamiento jurídico tiene sus propias particularidades. A continuación señalaremos más las relevantes, iniciando con el derecho mexicano, en virtud de la influencia que ha tenido en los demás países latinoamericanos.

El Fideicomiso es un negocio jurídico que como tal, implica necesariamente la participación de la voluntad humana dirigida no sólo a la realización del acontecimiento que le da origen, sino también a la producción y consecución de las consecuencias jurídicas buscadas por las partes con su celebración. Al ser un acto convencional, se requieren cuando menos dos voluntades para lograrlo.

²⁰⁴ Serrano Trasviña, Jorge. *Aportación al fideicomiso*. U.N.A.M., México, 1950, p. 98.

En el proceso de gestación y surgimiento del fideicomiso, el primer personaje en hacer su aparición es el fideicomitente, su participación es fundamental, ya que es quien decide, en principio, las características del negocio de acuerdo a sus particulares finalidades. Puede después desaparecer por completo y para siempre; puede reservarse una modesta segunda parte en los estadios ulteriores o bien puede continuar desempeñando un papel de primera figura, su actuación es variable, versátil, ajustable a las necesidades o deseos, a cuya satisfacción atiende concretamente el fideicomiso.²⁰⁵

Conforme al derecho mexicano, sólo pueden ser fideicomitentes las personas con capacidad para transmitir la propiedad o la titularidad de los bienes o derechos objeto del fideicomiso, así como las autoridades judiciales o administrativas competentes para ello.²⁰⁶

Derivado de lo anterior, podemos decir que el fideicomitente es la persona física o jurídica titular de los bienes o derechos que se transmiten al fiduciario para el cumplimiento de los fines, que tenga la capacidad necesaria para hacer la afectación que el fideicomiso implica.²⁰⁷

El primer aspecto que se nos presenta en el concepto vertido es lo relativo a la capacidad jurídica. Será condición indispensable para que una persona pueda ser fideicomitente, que tenga capacidad jurídica para realizar el acto correspondiente a la afectación al fideicomiso; entendiendo por capacidad jurídica el atributo que tiene toda persona para ser titular de derechos y obligaciones y desplegarlos en su vida jurídica por sí mismo. En caso de no tener la capacidad para ejercerlos directamente, deberá cumplir con los requisitos legales necesarios para hacerlo mediante la representación que corresponda de acuerdo a la legislación común.

Por otro lado tenemos que pueden ser fideicomitentes todas las personas físicas y también las jurídicas o morales, ya sean públicas o privadas, atendiendo desde luego a la

²⁰⁵ Krieguer Vázquez Emilio, *op. cit.*, supra nota No. 15, p. 36.

²⁰⁶ Artículo 384 de la Ley de Títulos y Operaciones de Crédito.

²⁰⁷ Rocha Núñez, Eduardo. *La Banca Fiduciaria*, Banco BCH, S.N.C., D.F. México, 1987, p. 6.

esfera de su competencia, tratándose de las primeras y a los límites de su objeto social, tratándose de las segundas.

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

Mención especial merece lo tocante a las autoridades que pueden constituir fideicomisos, ya que consideramos que en este punto fue donde surgió otro problema en el proceso de incorporación de la figura del *trust* al ordenamiento jurídico mexicano, provocado por la complejidad de la adaptación aunada a una deficiente técnica legislativa para lograrlo.

Lo vemos reflejado en el texto original del artículo 349 de la Ley General de Títulos y Operaciones de Crédito, que imponía como requisito para cualquier persona que quisiera tener el carácter de fideicomitente, contar con la capacidad jurídica necesaria para realizar la afectación de los bienes al fideicomiso, pero contemplaba, además a “(...) las autoridades judiciales o administrativas competentes, cuando se trate de bienes cuya guarda, conservación administración, liquidación, reparto o enajenación corresponda a dicha autoridades, o a las personas que estas designen.” Respecto de las autoridades administrativas que no tengan esas facultades, así como de las judiciales no estamos de acuerdo, ya que consideramos que resulta un error del legislador el haber hablado de la constitución del fideicomiso por autoridades que sólo tienen la guarda o custodia de bienes ajenos, ya que, como lo hemos venido señalando, la afectación implica la transmisión de propiedad en favor del fiduciario y sin esa transmisión éste último estaría imposibilitado para cumplir con los fines del fideicomiso, estando más bien en presencia de un depósito o de un mandato.

Si analizamos dicho texto, encontramos situaciones que por contradecir otras disposiciones del mismo ordenamiento generaron problemas de interpretación.

Por una parte, al otorgar facultades a las autoridades judiciales para constituir fideicomisos, se llegó a pensar que dichas facultades podrían llegar al grado de poder constituir fideicomisos similares a los *constructive trust*, que son creados por voluntad del juzgador basado en principios de equidad y que en el sistema anglosajón tienen por objeto reparar un daño, corregir una situación injusta o evitar el enriquecimiento ilegítimo de una persona en perjuicio de otra, bastando la apreciación del juzgador para que por decisión judicial se declare creado sin que sea necesaria la voluntad de las personas involucradas.

Sin embargo, dicha opción no fue viable, ya que el dispositivo limitaba la facultad a los casos en que dichas autoridades tuvieran los bienes bajo su guarda, conservación, administración, liquidación, reparto o enajenación. Sin embargo, aunque la ley limitaba los casos en que las autoridades podían ser fideicomitentes, antes de solucionar el problema, lo recrudesció, pues dio margen a interpretar que podría darse el caso de fideicomisos en los cuales no hubiera transmisión de la propiedad de los bienes del fideicomitente al fiduciario, sino que la afectación fuera para efectos de custodia o administración, desnaturalizando así la figura.

Conforme a las ideas vertidas por propio legislador al comentar el mencionado artículo, resulta claro que el fideicomiso implica en todo momento una transmisión de propiedad, pues señala que “El precepto confirma en su primer parte, (...) la constitución de un patrimonio distinto del personal del fideicomitente y por tanto la salida de los bienes correspondientes, de ese patrimonio personal, por lo que es condición *sine qua non*, la capacidad de disponer en la persona del fideicomitente” y agrega “En la segunda parte, que ya no atañe a fideicomisos propiamente dichos, se autoriza a las autoridades mencionadas en el precepto, para que, en asuntos análogos, confíen a instituciones fiduciarias funciones que la Ley de Instituciones les asigna, en virtud de estimarse que por su capacidad técnica y su solvencia moral, están en posibilidad de desempeñarlas cumplida y limpiamente.”²⁰⁸ Al comentar el texto original del artículo 351 de la misma ley cambiaría, asevera que “La ley admite que se constituyan en fideicomiso, como ocurre

²⁰⁸ Macedo, Pablo. Estudio sobre el fideicomiso mexicano, en Lapaulle, Pierre, *op.cit.* supra nota No. 3, p. XXIX.

en el 'trust', toda clase de bienes, salvo, naturalmente, los que no son susceptibles de transmitirse, pues en tal supuesto no podrían integrar un patrimonio distinto del de aquel que los destina, o sea, del fideicomitente.”

Conforme a las afirmaciones del autor del proyecto de ley, para celebrar un fideicomiso necesariamente se requiere transmitir los bienes al fiduciario, lo que confirma que por una deficiente técnica legislativa se generaron problemas de interpretación respecto del mencionado artículo, tan es así, que al referirse a la participación de las autoridades respecto de bienes que tengan bajo su guarda, conservación administración, liquidación, reparto o enajenación, expresamente se refiere a ellos como asuntos que “ya no atañe a fideicomisos propiamente dichos”, por lo que consideramos que el legislador confundió el otorgamiento de facultades a las instituciones fiduciarias para “asuntos análogos” (como mandatos, comisiones, albaceazgos, sindicaturas, etc.) con la regulación del fideicomiso mismo, lo cual como el mismo legislador menciona, es competencia de la Ley de Instituciones de Crédito, que será la encargada de regular las actividades que pueden desempeñar las instituciones fiduciarias en adición a los fideicomisos propiamente dichos.

Sobre este punto ya Batiza se había pronunciado al considerar lo siguiente:

Es un error técnico el enunciar los propósitos para los cuales dichas autoridades pueden detentar bienes que, como fideicomitentes, se les autoriza para afectar en fideicomiso. Con la única posible salvedad del caso de la enajenación, todos los demás propósitos, sea la guarda, conservación, administración, liquidación y el reparto, son jurídicamente insuficientes para permitir la constitución de un fideicomiso, si se tiene en cuenta que para ello es condición indispensable que el fideicomitente goce de la facultad de disposición sobre la cosa porque el fideicomiso produce la transmisión de bienes a favor del fiduciario. Es evidente que en las cinco hipótesis anteriores, con la excepción apuntada, no puede existir dicha facultad.²⁰⁹

²⁰⁹ Batiza Rodolfo, *op. cit.* supra nota No. 11, p. 198.

Los problemas de antinomia provocados por la disposición en comento, quedaron solucionados al modificarse el mencionado dispositivo legal en la reforma del año 2003, mediante la cual se eliminó la mención de aquellos asuntos análogos a que antes aludía.²¹⁰ El texto actual de la ley cambiaría, además de las personas con capacidad legal sólo menciona a las autoridades judiciales y a las administrativas competentes para ello.

Respecto a la actual regulación, sólo resta hacer un par de comentarios relativos a los casos en que las autoridades podrán tener el carácter de fideicomitentes.

Por lo que se refiere a las autoridades administrativas facultadas, ya comentamos que respecto de la Administración pública federal centralizada será fideicomitente única la Secretaría de Hacienda y Crédito Público; y por lo que corresponde a los órganos autónomos y de los restantes Poderes de la Unión, es decir del Poder legislativo y del Judicial (actuando en su propia esfera administrativa), así como Poderes de las entidades federativas y municipios que integran la Federación, lo serán de acuerdo a lo que dispongan sus respectivos ordenamientos jurídicos, cuyo análisis rebasa los puntos tratados en la presente estudio, por lo que baste señalar que conforme a la reforma comentada cualquier autoridad que sea competente, podrá tener el carácter de fideicomitente respecto de los bienes de la Nación, de los estados o de los municipios cuya disposición les correspondan.

Respecto de las autoridades judiciales, actuando en asuntos jurisdiccionales, no estamos de acuerdo, ya que acorde con la interpretación auténtica realizada a los motivos y razones que tuvo del legislador para implementar el fideicomiso en el sistema jurídico mexicano, se desprende que su intención fue la de crear una figura similar al *express trust*,²¹¹ que implica necesariamente un acuerdo de voluntades, lo que significa que para estar en condiciones de celebrarlo, el fideicomitente deberá ser propietario de los bienes o titular de los derechos que serán materia del mismo (incluida la facultad de disposición de los mismos, tratándose de autoridades, según lo mencionamos en el párrafo anterior). Con

²¹⁰ Reformas publicadas en el Diario Oficial el día 13 de junio del año 2003.

²¹¹ Ver *supra* 2.2.4.2, p. 95.

base en esas razones, consideramos que un juez estará impedido de comparecer a la celebración de un fideicomiso con el carácter de fideicomitente.

La única posibilidad que consideramos viable, podría ser cuando dicha autoridad judicial comparezca en ejecución de una resolución judicial que ordene la celebración respectiva, pero en este caso lo hará a falta o en oposición de quien esté obligado a comparecer como fideicomitente, es decir, en rebeldía del condenado a ello, pero siempre y cuando los términos del contrato ya estén establecidos. Fuera de los casos de rebeldía, no consideramos viable la comparecencia de una autoridad judicial en sus funciones de impartición de justicia a la constitución de un fideicomiso como fideicomitente, pues de ser así estaríamos en presencia de una figura similar al *constructive trust*, y como lo comentamos líneas arriba, no fue la intención del legislador al implementar en el sistema jurídico mexicano dicha figura.

Por lo que se refiere a la legislación de *Québec* y al resto de los países latinoamericanos en estudio, ni en el Código de Comercio de Colombia, ni en la Ley 24441 de Argentina, ni en la Ley de Fideicomisos de Venezuela, ordenamientos que regulan el aspecto sustantivo de la figura, se establecen los requisitos que debe reunir una persona para ser fiduciante, únicamente se menciona la transferencia que hace éste último al fiduciario respecto de uno o más bienes, para cumplir una finalidad por él determinada en su propio provecho o de un tercero, esta situación puede apreciarse en los cuadros comparativos No. 3.7 y 4.7 localizados al final del presente capítulo.²¹² Ahora bien, al no establecer específicamente requisito alguno, se desprende que debe reunir los requisitos generales para la celebración de cualquier acto jurídico traslativo de dominio, es decir, deberá tener la capacidad necesaria para celebrar al acto y la facultad de transmitir el bien.

²¹² Ver Título XI del Libro Cuarto del Código de Comercio Colombiano, denominado “De la Fiducia”, donde se regula la figura en estudio en los artículos 1226 a 1244, disponible en la World Wide Web: http://www.secretariassenado.gov.co/leyes/C_COMERC.HTM y http://www.ccsm.org.co/serv_cam/funcioneslegales/legislacion_vigente/Decretos/Decreto%20No.%20410%20de%201971.pdf

En función de lo anterior podrá ser persona natural o moral, de naturaleza pública o privada. Asimismo, al ser quien establece la finalidad de la fiducia, al igual que en el ordenamiento mexicano, la ley le otorga al constituyente la facultad de reservarse los derechos que considere convenientes en el acto constitutivo, así como los términos y condiciones de los mismos, incluyendo la facultad de revocación; el de remover al fiduciario y nombrar un sustituto; así como el que se le reviertan los bienes a su patrimonio personal una vez que se cumplan los fines de la fiducia, a no ser que haya establecido otro destino. Salvo que no se reserve el derecho, podrá también exigir la rendición de cuentas del fiduciario y en su caso ejercer la acción de responsabilidad en contra de éste último, aspectos a los cuales nos referiremos ampliamente más adelante.

En Francia destaca particularmente la implementación de una capacidad restringida para ser constituyente, ya que sólo pueden serlo las personas morales que sean contribuyentes del Impuesto Sobre Sociedades, sin que los derechos derivados de la fiducia sean transmisibles a personas no sujetas a dicho impuesto.

Este requisito pone de manifiesto la gran preocupación del legislador francés de que se pueda utilizar la figura como instrumento de evasión fiscal, situación que se confirma con el requisito de que tanto el fiduciario como los beneficiarios deben ser residentes de un país comunitario europeo o de algún otro país con el que Francia tenga celebrado un tratado para evitar la doble tributación, que contenga cláusulas de asistencia administrativa para la lucha contra la evasión fiscal, además de que en todo momento la documentación relativa a las operaciones y contabilidad de la fiducia, deberá estar a disposición de las autoridades financieras, fiscales, aduanales, judiciales y de cualquier otra autoridad encargada del control y lucha contra el lavado de dinero y deberán ser entregadas a la autoridad que la solicite por el constituyente, el beneficiario o el fiduciario, sin que pueda oponerse a la solicitud respectiva el secreto profesional.

3.1.2. El ejecutor.

El segundo elemento personal se refiere al encargado de ejecutar el *trust*, se le conoce como *Trustee*. Es la persona física o moral que recibe la titularidad de los bienes para destinarlos al beneficio de otro, a quien se le denomina *Cestui que trust*.

Es imprescindible para la operación del *trust* la existencia del *trustee*, ya que a falta de éste la institución simple y sencillamente no puede funcionar. Es el titular de los bienes materia del mismo, sin embargo, pese a ser el propietario de los bienes, debe utilizar y destinar los mismos al beneficio del *cestui que trust*, acorde a lo establecido por el *Settlor* en el acto constitutivo.

La regulación en el Reino Unido relativa a la administración de los bienes que conforman el *trust*, así como los requisitos, facultades, derechos y obligaciones del *trustee*, se encuentra contenidos principalmente en el *Trustee Act of 1925*.²¹³

De acuerdo con dicha regulación, el *trustee* o *trustees* pueden ser nombrados en el documento que crea el *trust*, sin que exista limitación sobre el número de los que puedan ser designados, incluso, hay casos en los que deben ser más de dos, dependiendo del tipo de negocio. Por ejemplo la sección 14 de dicho ordenamiento legal establece que tratándose de *trust* sobre inmuebles destinados a la venta, será necesaria la firma de cuando menos dos *trustees* para que tenga validez el recibo otorgado al comprador, salvo que se trate de una corporación dedicada a ello, en cuyo caso ésta podrá actuar como *trustee* único.

La simple designación del carácter de *trustee* en el acto constitutivo, no obliga a la persona designada a aceptar el cargo, por lo que puede negarse manifestando su rechazo en forma expresa o tácita, el capítulo 15 del ordenamiento arriba citado, establece que en caso de que ninguna de las personas que hayan sido designadas acepte el cargo, este se

²¹³ Ver: Laws of United Kingdom. [consultado el 2 junio 2006] Disponible en la World Wide Web: http://www.vanuatu.usp.ac.fj/pacific%20law%20materials/UK_legislation/UK_Trustee.html

traspasará al propio *settlor*, para que lleve a cabo las operaciones respectivas con ese carácter. Igual principio se aplica para el caso de que el *settlor* no designe *trustee* en el momento de la celebración del *trust*, esta omisión no implica su invalidez, pues la equidad, propia de este sistema jurídico, siempre suplirá esta deficiencia mediante la designación de *trustee* por medio del tribunal competente.

Para ser *trustee* no sólo se requiere tener la capacidad de gozar de los bienes y derechos que constituyen su materia, sino se necesita tener la capacidad de ejercer tales derechos, pues de lo contrario procedería la remoción judicial del *trustee* designado para evitar algún perjuicio que pudiera ocasionarse a los beneficiarios del *trust*.

Pueden coincidir los caracteres de *settlor* y *trustee* cuando dicho *settlor* se nombra a sí mismo *trustee*, lo cual está permitido, aunque en este caso no habría transmisión de bienes o derechos sino únicamente la separación de los mismos dentro del patrimonio personal del *settlor trustee*. Es importante realizar y registrar dicha separación para delimitar el patrimonio del *trust*, ya que el *trustee* estará obligado a destinarlo a la finalidad establecida, por lo que dicho bien o derecho no debe confundirse con su demás patrimonio; en tal virtud, en ningún caso está permitida la fusión del patrimonio del *trust* y el del *trustee*.

Ahora pasaremos a analizar la figura similar del *trustee* en el fideicomiso, es decir la del Fiduciario, que en nuestro país y en la mayoría de los restantes ordenamientos en estudio, es indispensable que participe en el acto constitutivo para la conformación del fideicomiso, tal y como se evidencia en los cuadros comparativos No. 3.6 y 4.6

En México el fiduciario es la institución debidamente autorizada para actuar como tal y es quien recibe del fideicomitente la propiedad de ciertos bienes o derechos para manejarlos o administrarlos de conformidad con los fines establecidos en el acto constitutivo del fideicomiso.²¹⁴

²¹⁴Rocha Núñez Eduardo, *op. cit.* supra nota No. 207, p. 6.

De conformidad con lo establecido por la ley cambiaria, sólo pueden ser fiduciarias las instituciones expresamente autorizadas para ello conforme a la Ley.²¹⁵

En su texto original la disposición mencionada se refería a que sólo podrían ser fiduciarias las instituciones autorizadas en la Ley de Instituciones de Crédito, ya que desde 1924 se había optado por permitir únicamente a las instituciones autorizadas por el Estado a desempeñar el cargo de fiduciarias, por lo que tradicionalmente sólo las instituciones bancarias, públicas y privadas podían ostentar dichos cargos, con la salvedad de la Comisión de Fomento Minero y el Patronato del Ahorro Nacional, que de acuerdo a sus propias leyes, podían desempeñar dicho cargo.

La razón por la cual se mantuvo la idea de que el cargo de fiduciario recayera en instituciones bancarias, según lo manifiesta el legislador “(...) radica en que dichos organismos, al ser vigilados por el Estado, estarían mejor colocados para mantener todas las prohibiciones conducentes a impedir (...) que el fideicomiso dé lugar a sustituciones indebidas o a la constitución de patrimonios alejados del comercio jurídico normal.”²¹⁶ Al margen de las razones vertidas por el legislador, la actividad desplegada por el fiduciario va más allá de la simple recepción y administración de los bienes, sino que la diligencia y cuidado en el actuar ha sido fundamental para el desarrollo de la figura, por lo que el propio legislador optó por permitir ostentar dicho cargo únicamente a instituciones autorizadas por el Estado, dada la regulación y vigilancia estricta de que son objeto, con lo que se buscó pudieran darle la mayor certeza de cumplimiento a los fideicomisos.

Esta situación estuvo vigente hasta el 14 de julio de 1993, cuando se rompió el monopolio de las instituciones de crédito en ésta actividad, ya que con las reformas a la Ley del Mercado de Valores, a la Ley General de Instituciones y Sociedades Mutualistas de Seguros y a la Ley Federal de Instituciones de Fianzas publicadas en el Diario Oficial de la Federación de esa fecha, se autorizó a las Casas de Bolsa, Instituciones de Seguros e

²¹⁵ Ver artículo 385 de la Ley de Títulos y Operaciones de Crédito.

²¹⁶ Macedo, Pablo. Estudio sobre el fideicomiso mexicano, en Lapaulle, Pierre, *op.cit.* supra nota No. 3, p. XXVII.

Instituciones de Fianzas a ser fiduciarias respecto de operaciones relacionadas con las actividades propias de su objeto social.²¹⁷

La tendencia a diversificar la autorización para actuar como fiduciario ha venido evolucionando para incluir diversas instituciones financieras, así, mediante reformas a la Ley General de Títulos y Operaciones de Crédito llevadas a cabo en los años 2003, 2006 y 2008,²¹⁸ se permite actuar como fiduciarias a diversas instituciones financieras, pero únicamente respecto de fideicomisos de garantía. Así actualmente tratándose de este tipo de negocios, pueden ser fiduciarias las instituciones de crédito, las instituciones de seguros, las instituciones de fianzas, las casas de bolsa, las sociedades financieras de objeto múltiple, los almacenes generales de depósito y las uniones de crédito.

De acuerdo a lo anterior, sólo las instituciones bancarias pueden ser fiduciarias en todo tipo de fideicomisos. Las casas de bolsa, instituciones de seguros y las Instituciones de fianzas podrán ser sólo respecto de negocios directamente vinculados con las actividades que les sean propias, así como en fideicomisos de garantía; mientras que las sociedades financieras de objeto múltiple, los almacenes generales de depósito y las uniones de crédito sólo podrán serlo respecto de este último tipo de negocios.

Como podemos apreciar la tendencia del legislador es la de profesionalizar la función y autorizar para que funjan como fiduciarias sólo a aquellas sociedades que tengan carácter financiero y que se encuentren bajo la supervisión, inspección y vigilancia de las autoridades financieras, es decir, de la Secretaría de Hacienda y Crédito Público, Banco de México, la Comisión Nacional Bancaria y de Valores, la Comisión Nacional de Seguro y Fianzas y la Comisión Nacional para la Protección y Defensa de los Usuarios de Servicios Financieros, cada una de ellas en la esfera de sus respectivas competencias. Sin embargo, consideramos que dicha tendencia se rompe a partir de la reforma de efectuada en el año 2006 a la Ley de Títulos y Operaciones y a la Ley de Organizaciones y Actividades

²¹⁷ Sobre las mencionadas facultades, ver Art. 171-XIV de Ley del Mercado de Valores vigente; Art. 34-IV de la Ley General de Instituciones y Sociedades Mutualistas de Seguros y Art. 16-XV de la Ley Federal de Instituciones de Fianzas.

²¹⁸ Ver Diarios Oficiales de fecha 13 de junio del año 2003, 18 de julio de 2006 y 20 de agosto de 2008.

Auxiliares del Crédito, respecto de las Sociedades Financieras de Objeto Múltiple no reguladas (Sofomes).²¹⁹

Mediante la reforma citada, se modificó la fracción V del artículo 395 de la Ley General de Títulos y Operaciones de Crédito, para establecer que podrán actuar como fiduciarias en los fideicomisos que tengan como fin garantizar al fideicomisario acreedor el cumplimiento de una obligación y su preferencia en el pago, las sociedades financieras de objeto múltiple (Sofomes) a que se refiere el artículo 87-B de la Ley General de Organizaciones y Actividades Auxiliares del Crédito.²²⁰

Conforme a las actividades que desarrollan, la ley reputa a las sociedades financieras de objeto múltiple como entidades financieras, pudiendo ser reguladas o no reguladas, entendiendo por estas últimas, aquellas en cuyo capital no participen, ni tengan vínculos patrimoniales instituciones de crédito o sociedades controladoras de grupos financieros de los que formen parte instituciones de crédito. Esto significa que cualquier sociedad que tenga como objeto social el otorgar en forma habitual y profesional créditos, la celebración de contratos de arrendamiento financiero o de factoraje financiero, podrán llevar a cabo dichas actividades sin requerir de autorización del Gobierno Federal y ser fiduciarias en fideicomisos de garantía relacionados con dichas actividades. Cabe destacar que al tener el carácter de entidades no reguladas, se les exime de la inspección y vigilancia de la Comisión Nacional Bancaria y de Valores y de la regulación de Banco de México, además de que no estarán sujetas a normas financieras relativas a requerimientos de capital, límites de operación, reservas técnicas, límites de tenencia accionaria, estructura corporativa, etc.

La protección y defensa de los intereses del público respecto de las operaciones que realicen dichas sociedades, incluyendo las fiduciarias, estará a cargo, de la Comisión

²¹⁹ Las sociedades financieras de objeto múltiple no reguladas, son sociedades anónimas cuyo objeto social principal es otorgar créditos de manera cotidiana y profesional, así como celebrar arrendamientos y factorajes financieros. No requieren de la autorización del Gobierno Federal para constituirse; sin embargo, están sujetas a la Ley de Protección y Defensa al Usuario de Servicios Financieros.

²²⁰ Este artículo las define como aquellas sociedades anónimas que tengan como objeto social principal, la realización habitual y profesional de alguna o varias de las actividades encaminadas al otorgamiento de créditos, arrendamiento financiero o factoraje financiero

Nacional para la Protección y Defensa de los Usuarios de Servicios Financieros; sin embargo, por lo que se refiere a la vigilancia y supervisión de la actividad fiduciaria, esta autoridad únicamente tiene facultades para realizar dichas funciones en lo tocante a las obligaciones y prohibiciones derivadas del artículo 87-Ñ de la Ley General de Organizaciones y Actividades Auxiliares del Crédito, es decir, sobre algunas disposiciones generales para desempeñar el cargo, como son, por ejemplo, el destinar los bienes a los fines establecidos en el contrato, llevar contabilidad especial por cada uno de los contratos que celebren y a registrar tanto el patrimonio del fideicomiso como las operaciones que sobre el mismo se efectúen, desempeñar el cargo por conducto de funcionarios especiales denominados delegados fiduciarios, etc., así como otras facultades que derivan de otros ordenamientos financieros, como la revisión en materia de comisiones y honorarios a que hace alusión la Ley de Ley para la Transparencia y Ordenamiento de los Servicios Financieros, pero todas ellas tendientes a la protección del público, más no a la regulación de la estructura y actuación de la sociedad.

Las facultades que goza la Comisión Nacional para la Protección y Defensa de los Usuarios de Servicios Financieros no comprenden las regulaciones dirigidas a respaldar la solvencia económica de las instituciones fiduciarias frente al público, entre las que se encuentra la exigencia de contar un capital mínimo para respaldar la actuación que pudieran tener como fiduciarias. Situación que puede ser cuestionable por afectar la confiabilidad de la figura, pues implica que cualquier sociedad anónima con el capital social mínimo exigido por la ley general, teniendo como objeto social alguna de las actividades a que nos hemos referido anteriormente, puede llevar a cabo operaciones actuando como fiduciario, sin cumplir con otras regulaciones que se le imponen al resto de las instituciones financieras, como las que veremos más adelante.

Consideramos conveniente la desregulación de las actividades principales que pueden desarrollar las Sofomes en aras de impulsar el otorgamiento del crédito en beneficio de los usuarios del sistema financiero, sin embargo, respecto de las operaciones de fideicomisos de garantía, no opinamos igual, ya que la tendencia tradicional de otorgar dichas facultades únicamente a sociedades vigiladas por el Estado, fueron tendientes a

asegurar en la medida de lo posible, la diligencia y cuidado de la función fiduciaria, situación que se pone en riesgo sin una supervisión adecuada de las autoridades financieras en materia fiduciaria.

Una vez comentado lo anterior, y en virtud de que en México la actividad fiduciaria plena sólo puede ser llevada a cabo por las instituciones bancarias, procederemos a analizar dicha actividad desde la óptica de la ley que las regula.

La ley bancaria en su artículo 3º dispone que el sistema bancario mexicano estará integrado por el Banco de México, las instituciones de banca múltiple y de desarrollo y los fideicomisos públicos constituidos por el Gobierno Federal para el fomento económico que realicen actividades financieras, así como los organismos autorregulatorios bancarios. Cabe señalar que las tres primeras entidades mencionadas tienen la facultad de actuar como fiduciarios.²²¹ Banco de México y las instituciones de banca de desarrollo la tienen de acuerdo a sus respectivas leyes orgánicas, mientras que las instituciones de banca múltiple la tienen por disposición de la propia ley bancaria al tener autorización para realizar operaciones activas, pasivas y neutras, en las que se incluyen los servicios fiduciarios.²²²

La ley en mención establece que para organizarse y operar como institución de banca múltiple se requiere autorización del Gobierno Federal, que será otorgada discrecionalmente por la Comisión Nacional Bancaria y de Valores, previo acuerdo de su Junta de Gobierno y opinión favorable del Banco de México.²²³

²²¹ El Banco de México es un organismo autónomo del Estado mexicano y como tal no depende de la administración pública federal; conforme a la fracción XI del Art. 7º de su ley orgánica, puede actuar como fiduciario cuando por ley se le asigne esa encomienda, o bien tratándose de fideicomisos cuyos fines coadyuven al desempeño de sus funciones o de los que el propio Banco constituya para cumplir obligaciones laborales a su cargo.

²²² Se entiende por servicio de banca y crédito la captación de recursos del público en el mercado nacional, para su colocación en el propio público mediante actos causantes de pasivo directo o contingente, quedando el intermediario obligado a cubrir el principal y, en su caso, los accesorios financieros de los recursos captados. Por otra parte, son operaciones neutras aquellas que realizan las instituciones, que no implican captación y colocación de recursos, sino que se trata de servicios adicionales que la propia ley les permite prestar como complemento a las operaciones aludidas.

²²³ Ver artículo 8º.

Para gozar de la autorización deberán estar constituidas como sociedades anónimas de capital fijo y estar organizadas conforme a la Ley General de Sociedades Mercantiles en lo no previsto en la propia ley bancaria; tendrán por objeto la prestación de servicio de banca y crédito; su duración será indefinida; deberán contar con el capital social y el mínimo conforme a la ley y su domicilio social estará en el territorio nacional.

En cuanto al tema en estudio, el artículo 46 de esa ley, precisamente en su fracción XV es donde se determina la facultad de las instituciones de banca múltiple para desempeñar los fideicomisos a que se refiere la Ley General de Títulos y Operaciones de Crédito.

Las actividades y operaciones que las instituciones bancarias podrán realizar dependerán de lo que expresamente se contemple en sus estatutos sociales, es decir, actualmente se permite que una institución se dedique únicamente determinadas actividades de las contenidas en el precepto arriba citado, lo que da la pauta para el restablecimiento de la banca especializada en nuestro país.

Indudablemente que esta medida, implementada mediante reforma a la Ley de Instituciones de Crédito de fecha 1º de febrero del 2008, va encaminada a estimular la creación de instituciones bancarias especializadas en uno o varios tipos de operaciones, sin que tengan que cumplir con toda los requisitos que anteriormente se requerían para la banca múltiple, sino únicamente con los relacionados con la actividad que pretendan llevar a cabo.

Se contemplan diversos requisitos para obtener o ampliar la autorización para operar, entre los más importantes, se encuentra el de contar con el capital mínimo que será fijado por la Comisión Nacional Bancaria y de Valores en función de las operaciones que pretendan realizar, la infraestructura necesaria para su desarrollo, los mercados en que pretendan participar y los riesgos que conlleve, el monto asciende a noventa millones de unidades de inversión cuando se pretenda realizar todas las operaciones contempladas en el artículo 46 de la ley bancaria, pero que en ningún caso será inferior a treinta y seis millones de las citadas unidades de inversión, por lo que en caso de que una sociedad pretenda

constituirse para realizar exclusivamente actividades fiduciarias, tendrá que tener este último monto de capital social mínimo.²²⁴

Adicionalmente al monto de capital mínimo, destacan que las instituciones deben contar con los órganos de gobierno y la estructura corporativa adecuados para realizar las operaciones que pretendan llevar a cabo; además de la infraestructura y los controles internos necesarios para realizar dichas operaciones, tales como sistemas operativos, contables y de seguridad, oficinas, así como los manuales respectivos, etc.

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

La tendencia general que encontramos en las legislaciones que contemplan la figura del fideicomiso o fiducia, es igual que la de México en el sentido de separarse de la tradición del *trust* anglosajón en cuanto a permitir que cualquier persona pueda tener el carácter de fiduciario, sino que más bien se va profesionalizando la gestión y la labor se

²²⁴ La unidad de inversión o UDI es una unidad de cuenta de valor real constante, en la que pueden denominarse títulos de crédito (excepto cheques) y en general contratos mercantiles u otros actos de comercio. Su valor lo publica diariamente el Banco de México en el Diario Oficial de la Federación. Se implementaron en 1995 para reestructurar créditos a largo plazo, principalmente a cargo de deudores de la banca como una medida para frenar la crisis financiera que devastó al país en esas fechas. Las obligaciones que se denominaron en unidades de inversión, iniciaron con el equivalente a un peso, incrementando diariamente su valor conforme a la inflación, de tal suerte que las mencionadas obligaciones se solventarán entregando su equivalente en moneda nacional, para lo cual se deberá calcular su importe, multiplicando el monto de la obligación expresado en Udis por el valor de la unidad al día del pago.

encomienda a personas morales, normalmente sujetas a la supervisión del Estado, como lo a continuación lo veremos.

En Colombia de conformidad con el artículo 29 del Estatuto Orgánico del Sistema Financiero, las sociedades fiduciarias autorizadas por la Superintendencia Bancaria, podrán desempeñar el cargo de fiduciarios de acuerdo a lo establecido en el Código de Comercio, teniendo en forma general, autorización para recibir encargos para la realización de inversiones, así como para la administración de bienes o la ejecución de actividades relacionadas con el otorgamiento de garantías por terceros para asegurar el cumplimiento de obligaciones, la administración o vigilancia de los bienes sobre los que recaigan las garantías y la realización de las mismas, además de otras actividades, entre las que destacan la de obrar como agente de transferencia y registro de valores, como representante de tenedores de bonos, actuar como síndico, curador de bienes, depositario, brindar asesoría financiera, etc.²²⁵

Como podemos observar Colombia sigue la tendencia de la profesionalización de la gestión fiduciaria, al permitir el desempeño de la función de fiduciario sólo a establecimientos bancarios y sociedades fiduciarias, autorizadas especialmente para ello por la autoridad financiera, por lo que se separa de la línea trazada por el derecho anglosajón en la que puede tener ese carácter cualquier persona, contemplando incluso, que la remuneración a que tendrá derecho a percibir el fiduciario, será de acuerdo a las tarifas que al efecto determine la mencionada autoridad.

En Venezuela sólo pueden tener el carácter de fiduciario las instituciones bancarias y las de seguro, debiendo contar además con autorización del Ejecutivo, que se otorga mediante resolución del Ministerio de Hacienda o de Fomento, respectivamente y en todo caso existirá un solo fiduciario par cada fideicomiso, aunque el fideicomitente podrá designar a varios para el caso de que el primeramente designado no acepte o cese en el ejercicio del cargo, sea por renuncia por causa grave a juicio del juez, o por remoción decretada judicialmente a solicitud del fideicomisario.

²²⁵ La Superintendencia Bancaria es la autoridad encargada de vigilar y supervisar la actuación de las instituciones del sistema Financiero colombiano.

Un aspecto peculiar lo encontramos en el fideicomiso argentino, ya que se toma una postura ecléctica respecto a la conveniencia de la profesionalización de la gestión, al establecer que pueden ser fiduciarios, tanto personas físicas como personas morales, con la salvedad de que únicamente podrán ofrecerse al público para actuar con ese carácter, 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.

Esta postura lo acerca a las disposiciones del *trust* anglosajón, al permitir que cualquier persona con aptitud legal pueda desempeñar la encomienda que le haga el fiduciante, sin necesidad de requerir la intervención de una sociedad dedicada profesionalmente a la gestión fiduciaria, sin embargo, consideramos que para una mejor protección del público se limita el ofrecimiento para actuar, a las entidades profesionales autorizadas por la autoridad financiera, con ello se logra la profesionalización de la gestión, pero se permite que en un momento dado una persona pueda celebrar un fideicomiso con alguien de su entera confianza para llevar a cabo determinados fines a favor de un tercero, lo que permite que lleguen a ser verdaderos encargos sustentados en la confianza, pudiendo incluso pactar la gratuidad de los mismos, ya que en caso de no hacerlo el fiduciario tendrá derecho a que se le reintegren los gastos efectuados y a una retribución por su actuación.

En Francia, por lo que se refiere a la figura del fiduciario, el proyecto original de ley mediante la cual se implementó la fiducia, establecía los requisitos para ostentar ese carácter, de manera semejante al derecho anglosajón, es decir, éste podría ser una persona física o una sociedad. En la exposición de motivos del proyecto en comento, se sustenta tal decisión señalando que se pretende darle a la figura un régimen voluntario y contractual, que permita a toda una gama de personas ser responsables de la gestión de bienes, en tanto el constituyente les atribuya ser un persona de confianza y por tanto estar obligados a actuar con lealtad, confiabilidad y diligencia en favor de sus beneficiarios; además de que para la utilización de personas físicas en este instrumento, se toma en

cuenta la tradición francesa de que ciertas personas prefieran descargar la gestión de sus bienes en una persona de confianza.

No obstante lo anterior, el legislador francés optó finalmente por seguir la tendencia de profesionalizar la figura mediante la exclusividad del cargo a instituciones supervisadas por un ente gubernamental, normalmente del sector financiero, como en términos generales sucede en la fiducia latinoamericana, así encontramos que la ley aprobada establece en su Artículo 2015 que sólo pueden tener la calidad de fiduciarios, los establecimientos de crédito mencionados en el Artículo L-511-1 del Código Monetario y Financiero, es decir los bancos; también podrán serlo las empresas de inversión, que son aquellas que conforme al Artículo L-531-4 del mismo ordenamiento prestan los servicios de inversión en el ejercicio de su profesión habitual, así como las empresas aseguradoras a que se hace referencia en el Artículo L310-1 del Código de Seguros.

Por lo que se refiere al Código Civil de la provincia canadiense de *Québec*, sigue el modelo del *trust* anglosajón en cuanto a la posibilidad de ser fiduciario, ya que en el capítulo respectivo establece que la persona física con capacidad plena de ejercicio de sus derechos civiles puede ser fiduciaria, así como las personas morales autorizadas por la ley.²²⁶ Este pleno ejercicio de sus derechos implica la capacidad necesaria para administrar bienes ajenos, acorde a lo establecido por los artículos 153, 1299, 1308 y 1370 del citado Código, esto en virtud de que en este tipo de fiducia no existe una transmisión de propiedad del fiduciante en favor del fiduciario, sino que éste último es sólo un administrador del patrimonio.

Otra característica de la fiducia canadiense es que tanto el constituyente como el beneficiario pueden tener el carácter de fiduciario, pero de ser el caso deberán actuar conjuntamente con otro fiduciario que no tenga esos caracteres. Puede existir también una pluralidad de fiduciarios designados por el constituyente y en caso de que este sea omiso, el tribunal puede hacer dicha designación.

²²⁶ Ver Art. 1264 del Código Civil de la Provincia de *Québec*.

3.1.3 El beneficiario.

Finalmente, como tercer elemento personal del *trust*, encontramos al *cestui que trust*, que es la persona o entidad legal reconocida por la ley en cuyo beneficio se destinarán los bienes del *trust* y quien tiene la ventaja de ser su propietario en equidad.²²⁷

En un *trust* privado puede tener tal carácter cualquier persona que sea capaz de tener propiedad para sí y de obligarse. O sea que la aptitud se finca en que a su vez se tenga la capacidad necesaria para adquirir bienes o derechos iguales a los que se entregan en el *trust* para su beneficio. Pueden ser beneficiarios los incapaces mentales, menores, los declarados judicialmente como ebrios consuetudinarios, etc., incluso el *trust* constituye un medio muy usado para brindarles protección.²²⁸ Sin embargo, existe una incapacidad para la persona en quien recaiga el cargo de *trustee* para ser designado beneficiario dentro del mismo *trust* en el que actúa, por lo que no podrán confundirse ambos caracteres en una misma persona.

Es importante destacar que sólo la persona que es designada por el *settlor* para adquirir beneficios a través de la operación del *trust*, puede ser considerada como beneficiaria por lo que únicamente podrá tener ese carácter la persona o grupo de personas determinadas o determinables que en forma individual o colectiva hayan sido señaladas por el *settlor* para recibir los beneficios del *trust*, sin que tenga relevancia los motivos personales que tuviere el *settlor* para constituirlo. En los *trusts* privados los beneficiarios deben ser siempre personas determinadas, mientras que en los de carácter público pueden no serlo, pues en un momento dado, la Corte puede designarlos.²²⁹

De acuerdo con Bogart, en algunos lugares el uso del *trust* para la asistencia de animales es usual, porque indirectamente beneficia a la humanidad, por lo que estos *trusts* son considerados como de fines caritativos; pero cuando se refiere a animales en particular, entonces ya no se consideran como de caridad sino como privados y por tanto

²²⁷ Bogert T., George, *op.cit.* supra nota No. 11, p. 4.

²²⁸ *Ibid.*, p. 125.

²²⁹ *Ibid.* p. 124.

no pueden ser ejecutables ya que los animales no cuentan con capacidad para comparecer ante una corte de equidad. En la Corte inglesa ha tomado como válidos los *trusts* para caballos y perros determinados, bajo la teoría de un *honorary trust* que es un *trust* en el que ejecutar la obligación es cuestión de honor para el *trustee*, sin embargo, en este caso nadie puede exigir su ejecución.²³⁰

En el fideicomiso mexicano, de conformidad con la ley cambiaria, puede ser fideicomisario la persona física o jurídica que tenga la capacidad necesaria para recibir el provecho del fideicomiso. Pudiendo ser uno o varios fideicomisarios o el propio fideicomitente o incluso puede constituirse validamente el fideicomiso sin designación de fideicomisario, en cuyo caso los beneficios los podrá recibir el fideicomitente hasta en tanto no designe fideicomisario.²³¹

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

Ahora bien, hemos visto que por voluntad del fideicomitente se crea el fideicomiso y es él quien establece las reglas de aplicación del patrimonio a la encomienda correspondiente. Por regla general esa aplicación del patrimonio es en favor de una tercera persona, que precisamente es el fideicomisario y que el fideicomitente legitima como verdadero titular de los derechos derivados del fideicomiso. Al efecto Emilio Krieguer²³² señala que es necesario diferenciar al fideicomisario del simple beneficiario económico del fideicomiso, que eventualmente pudiera recibir algún provecho económico, afirma que:

²³⁰ *Ibid.* p. 126.

²³¹ Rocha Núñez Eduardo, *op. cit.* supra nota No. 207, p. 6.

²³² Krieguer Vázquez Emilio, *op. cit.* supra nota No. 15, p.47.

Desde el punto de vista estrictamente jurídico, solamente pueden ser considerados como fideicomisarios aquellas personas a quienes el fideicomitente, en el acto constitutivo o en un momento ulterior, si se ha reservado el derecho de hacerlo posteriormente, designa como fideicomisarios y, en consecuencia, los legitima para hacer valer los derechos y acciones que integran la situación jurídica del fideicomisario.

Este autor añade que “por el contrario, el simple beneficiario indirecto, no queda legitimado para exigir que el fideicomiso se lleve a cabo, en su favor, en el mejor de los casos, podrá solicitar al fiduciario o instar al Ministerio Público para que cumplan sus respectivas funciones, pero nunca actuar con plena legitimación frente al fiduciario.”²³³

No basta que el fideicomitente designe a una persona como fideicomisario para que reciba los beneficios del fideicomiso, sino que ésta, para poder llegar a tener ese carácter, será necesario que tenga la capacidad necesaria para ello, que en el caso del fideicomiso, será cuando menos la capacidad de goce, que por regla general, todos la tenemos, ya que respecto de la capacidad de ejercicio, como sería el caso de menores o incapacitados, se verá suplida por la intervención de su representante legal. Al respecto Rodolfo Batiza al realizar el análisis sobre el tema en estudio, menciona que al exigir capacidad a los fideicomisarios, debe interpretarse en el sentido, no de aludir a la capacidad activa para ser fideicomitente, sino más bien a la ausencia de alguna incapacidad especial derivada de la ley, puesto que el fideicomiso puede constituirse a favor de incapacitados y aun de no nacidos.²³⁴

Siguiendo esta idea del autor, entre algunas de las incapacidades especiales que puede tener una persona para ser designada fideicomisario, encontramos las siguientes:

La ley de la materia dispone que sea nulo el fideicomiso constituido en favor del propio fiduciario, por lo que éste no tiene capacidad para ser designado como fideicomisario en un fideicomiso a su cargo, salvo por las excepciones que en el mismo

²³³ *Idem.*

²³⁴ Batiza Rodolfo, *op. cit.*, supra nota No. 11, p. 225.

ordenamiento legal se señalan y a los que más adelante nos referiremos.²³⁵ Cabe señalar que esta incapacidad no alcanza a las instituciones de banca de desarrollo, cuyas leyes orgánicas les autorizan para tener ambos caracteres, principalmente en fideicomisos mediante los cuales se garanticen financiamientos otorgados por dichas instituciones.²³⁶

En nuestro país sólo los mexicanos por nacimiento o naturalización y las empresas mexicanas tienen derecho a adquirir el dominio de las tierras, aguas y sus accesiones o las concesiones de explotación de minas o aguas. Los extranjeros podrán gozar del mismo derecho, siempre que convengan ante el Estado mexicano en considerarse como nacionales respecto de dichos bienes y en renunciar a la protección de su gobierno por lo que se refiere a aquellos, bajo la pena, en caso de faltar al convenio celebrado, de perder en beneficio de la Nación los bienes que hubieren adquirido en virtud de lo mismo.²³⁷

No obstante lo anterior, por ningún motivo los extranjeros podrán adquirir el dominio directo sobre tierras y aguas en una franja de cien kilómetros a lo largo de la frontera y de cincuenta en las playas, es decir la denominada zona restringida; por esta razón un extranjero estaría incapacitado para ser designado fideicomisario en un fideicomiso que tuviera dentro de alguno de sus fines el transmitirle la propiedad de algún inmueble dentro de la franja mencionada, sin embargo, la figura es muy utilizada para los negocios en la mencionada zona, ya que mediante este instrumento el Fiduciario es quien adquiere la propiedad del bien y sólo concede el uso y aprovechamiento del mismo al extranjero, sin concederle ningún derecho real.

Ley de Inversión Extranjera señala determinadas actividades económicas e integración de sociedades que están reservadas de manera exclusiva a mexicanos o sociedades mexicanas con cláusula de exclusión de extranjeros, tales como el transporte terrestre nacional de pasajeros, turismo y carga, sin incluir los servicios de mensajería y paquetería; el comercio al por menor de gasolina y distribución de gas licuado de petróleo;

²³⁵ Ver Artículos 382 penúltimo párrafo y 396 de la Ley General de Títulos y Operaciones de Crédito.

²³⁶ Ver por ejemplo, Art. 16 de la Ley Orgánica de la Financiera Rural; Art. 11 Ley Orgánica de Nacional Financiera; Art. 11 de la Ley Orgánica del Banco del Ahorro Nacional y Servicios Financieros; Art. 9 de la Ley Orgánica del Banco Nacional de Comercio Exterior, etc.

²³⁷ Artículo 27, fracción I de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos.

servicios de radiodifusión y otros de radio y televisión distintos de la televisión por cable; Instituciones de banca de desarrollo, etc., por lo que los extranjeros no podrán participar en fideicomisos que les otorgue control o participación en dichas actividades o empresas.

Por otro lado encontramos que el Código Civil Federal establece diversas incapacidades para heredar; por ejemplo, en materia de extranjeros, dispone que una persona no podrá heredar en México ante falta de reciprocidad internacional, es decir, cuando un mexicano se le considere incapaz para heredar en el país de origen de un extranjero, de igual forma, este extranjero no podría recibir bienes por herencia, ni beneficio alguno a través de un fideicomiso que haya de producir efectos *post mortem*, al coincidir con la hipótesis normativa mencionada.²³⁸

Adicionalmente, la legislación común establece otras causas de incapacidad para heredar (y por ende, consideramos que para ser fideicomisario en un fideicomiso de carácter gratuito) a una persona que haya sido condenada por haber dado, mandado o intentado dar muerte al fideicomitente, o a los padres, hijos, cónyuges o hermanos del mismo; el haber hecho contra el fideicomitente, ascendientes, descendientes, hermanos o cónyuge, acusación de delito que merezca pena de prisión, aun y cuando la acusación sea fundada, a no ser que ese acto lo haga para salvar su vida, su honra o la de las personas señaladas; el cónyuge que mediante juicio haya sido declarado adúltero, si se trata de recibir beneficio del cónyuge inocente; el padre y la madre respecto del hijo expuesto por ellos; los padres que abandonen a los hijos, prostituyeren a las hijas o atentaren a su pudor; El tutor y el curador del menor fideicomitente; el médico que haya asistido al fideicomitente durante su última enfermedad; el notario ante quien se celebre el fideicomiso; etc.

Sobre éste particular, aunque ya hemos comentado que no es lo mismo el testamento y el fideicomiso con disposición testamentaria, consideramos que por analogía se deben aplicar las limitaciones contempladas para el testamento al fideicomiso con disposición testamentaria, pues no sería conveniente dejar abierta la posibilidad de

²³⁸ Sobre la incapacidad para recibir herencia ver su Libro Tercero, Título segundo, Capítulo III, Artículos 1313 a 1343.

adquirir bienes o derechos vía fideicomiso entre vivos que surtirá efectos *post mortem*, cuando la capacidad para adquirir por sucesión legítima o testamentaria, esté negada a ciertas personas.

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

En la doctrina colombiana se concibe al fideicomisario como la persona que en virtud del negocio jurídico debe recibir los beneficios derivados del cumplimiento del encargo y, eventualmente, los mismos bienes fideicomitados al vencimiento del término estipulado.²³⁹

En el Código de Comercio colombiano, no se menciona capacidad especial para tener ese carácter, por lo que al igual que en el derecho mexicano, argentino y venezolano, debe contar con la capacidad general necesaria para recibir el provecho del fideicomiso y para, en su oportunidad adquirir los bienes materia del mismo.

En Venezuela el fideicomisario debe tener la capacidad legal suficiente para recibir por testamento o adquirir por donación, permitiendo la designación de varios fideicomisarios que sucesivamente deban sustituirse, sea por la muerte de la anterior, sea por otro evento, siempre que la sustitución se realice en favor de personas que existan cuando se abra el derecho del primer beneficiario, que en el caso del fideicomiso *mortis causa*, correspondería al fallecimiento del fideicomitente. El fideicomitente podrá designarse como fideicomisario, pero, al igual que la regla general en México, se establece la prohibición del fiduciario para ser designado con ese carácter en el mismo fideicomiso en el que participe.

²³⁹ Rodríguez Azuero, Sergio, *op. cit.*, supra nota No. 11, p. 245.

En Argentina se establece que el beneficiario puede ser una persona física o jurídica, pero deberá estar individualizado en el contrato y si no existe en ese momento, cuando menos se deberán constar los datos que permitan su individualización futura. Podrá designarse más de un beneficiario, así como a beneficiarios sustitutos para el caso de no aceptación, renuncia o muerte de los primeramente nombrados; 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, se considerará como beneficiario al fiduciante.

La regulación de la fiducia en Francia no exige capacidad jurídica especial para tener el carácter de beneficiario, sin embargo, a diferencia de los demás ordenamientos en estudio, establece diversas limitantes para ser beneficiarios que se traducen en incapacidades, tales limitantes consisten en ser residentes de un país comunitario europeo o de algún otro país con el que Francia tenga celebrado un tratado para evitar la doble tributación, así como la imposibilidad de que el patrimonio de la fiducia sea transmitido a personas que no sean sujetas al Impuesto Sobre Sociedades, ni la transmisión de los bienes podrá provenir de una liberalidad en provecho del fideicomisario, por lo que, bajo pena de nulidad, siempre deberá ser onerosa.²⁴⁰

Por lo que toca a la legislación de *Québec*, conforme al Artículo 1,279 de su Código Civil, el beneficiario de una fiducia constituida a título gratuito debe tener la capacidad necesaria para recibir donaciones o bienes por testamento, cuando menos al momento de nacer su derecho. Fuera de este caso, no existe limitación alguna para ser beneficiario salvo las condiciones establecidas en el acto constitutivo, pudiendo tener ese carácter el mismo constituyente o incluso, como se comentó anteriormente, el mismo fiduciario.

²⁴⁰ En las páginas 3 y 4 de la exposición de motivos de la LOI N° 2007-211 du 19 février 2007 instituant la fiducie, se señala que la razón para prohibir la fiducia con liberalidad es que así se “evita todo riesgo de fraude por el juego de las transmisiones a título gratuito y permite por otra parte la utilización de las personas físicas de este instrumento dentro de este límite”

Un aspecto importante contenido en la legislación colombiana, venezolana, argentina y francesa, la encontramos en el hecho de que forzosamente debe existir un fideicomisario para que el fideicomiso o fiducia cumpla con sus finalidades, si bien, no necesariamente a la constitución del mismo, sí durante su vigencia, ya que el concepto contenido en los ordenamientos que lo regulan coinciden en establecer que la transmisión de los bienes del constituyente al fiduciario se realiza en provecho de él mismo o de un tercero llamado beneficiario o fideicomisario, de donde se desprende que para dar cabal cumplimiento al fideicomiso debe existir un fideicomisario, es decir, no puede afectarse bienes a un fideicomiso para cumplir fines generales sin un beneficiario específico, como sería un fideicomiso con fines culturales, de beneficencia o para apoyo o prevención de desastres naturales como de hecho han existido varios en México.²⁴¹

En el derecho mexicano esta limitante no existe, ya que del concepto legal se desprende que la transmisión de los bienes al fiduciario se realiza con el objeto de destinarlos a fines lícitos y determinados y se encomienda su realización al propio fiduciario, incluso se menciona que es válido el fideicomiso constituido sin designación de fideicomisario. En todo caso como lo señalamos anteriormente, sea que se nombre fideicomisario en el acto constitutivo o se den las bases para su designación, éste, para asumir tal carácter, deberá existir y tener la capacidad jurídica necesaria desde el momento en que surta efectos del fideicomiso en su favor.

Esta situación la encontramos regulada más específicamente en Canadá, ya que en ese sistema jurídico finalmente la fiducia consiste en la administración de un patrimonio sin titular que se encuentra afecto a una finalidad, incluso, la regula bajo la denominación de fiducia de utilidad social, definiéndola como aquella que es constituida en interés general, con carácter notoriamente cultural, educativo, filantrópico, religioso o científico, lo que le da un reconocimiento similar al *trust* anglosajón en cuanto que puede tener una utilización tan amplia como las necesidades personales o sociales demanden.

²⁴¹ Ver artículos 1226 del Código de Comercio colombiano; 1º de la Ley de fideicomisos de 1956 de Venezuela y 1º de la Ley 14441 de Argentina.

Finalmente, para concluir el presente punto, continuaremos con el comité técnico, que aunque no es parte en un contrato de fideicomiso, es un órgano que juega un papel muy importante en la consecución de los fines del fideicomiso, por lo que procederemos a realizar algunos comentarios sobre el particular.

Pese a la importancia que puede llegar a tener durante la vigencia del fideicomiso, en ninguno de los países en estudio existe una regulación específica sobre el particular, más bien su incorporación se encuentra en el ámbito de la autonomía de la voluntad privada. En México la Ley General de Títulos y Operaciones de Crédito regula al fideicomiso en su aspecto sustantivo, pero es totalmente omisa respecto de la existencia del comité técnico; mientras que en la Ley bancaria únicamente lo regula en un artículo, estableciendo la posibilidad de conformarlo, sea en el acto constitutivo del fideicomiso o en sus modificaciones, debiendo fijar ahí mismo los términos de su integración, funcionamiento y facultades. Se menciona además, que la institución fiduciaria deberá obrar de acuerdo con los dictámenes de este comité, en cuyo caso quedará libre de toda responsabilidad.²⁴²

La función que desempeña el comité técnico va encaminada a coadyuvar con el fiduciario en la consecución de los fines del fideicomiso, es un órgano colegiado, que se reúne periódicamente o cuando sea necesario, para analizar, discutir y decidir sobre alguna cuestión en particular e instruir al fiduciario sobre la forma en que habrá de actuar al respecto. No tiene personalidad jurídica ni puede obligar al fiduciario, más bien su participación es interna. Las posibilidades de actuación son muy amplias y obviamente que dependerán del tipo de fideicomiso y de la complejidad de este; probablemente esa es la razón por lo que el legislador dejó abierta la posibilidad para que las partes, en uso pleno de la autonomía de la voluntad establezcan las reglas para su funcionamiento y fijen las facultades y límites de actuación de acuerdo a las necesidades propias que el negocio demande.

²⁴² Ver artículo 80.

La ley no señala quién tendrá la facultad de instituir al comité técnico, aunque resulta evidente que será el fideicomitente quien en principio tenga dicha facultad, ya que él es quien decide sobre la constitución, determina los fines del fideicomiso y los términos en que el fiduciario deberá actuar para conseguirlos. En los casos en que desde la celebración del contrato comparezca el fideicomisario, si se tratase de un contrato oneroso, entonces su constitución podrá ser producto de un acuerdo de voluntades entre el fideicomitente y fideicomisario.

En la práctica fiduciaria mexicana se dice que el comité tiene un papel similar al consejo de administración de una sociedad, por ello normalmente se siguen los lineamientos generales de este tipo de órganos para establecer la integración y funcionamiento. Su participación es muy variada dependiendo del tipo de negocio, pero su implementación obedece a la necesidad de que el fiduciario cuente con un respaldo en su actuación cuando requiera de instrucciones precisas sobre algún aspecto y el fideicomitente este imposibilitado para girarlas o porque la naturaleza del negocio así lo requiera. No resulta sencillo generalizar su función pues todo depende de la complejidad del negocio, pero normalmente se requiere de su existencia cuando hay necesidad de distribuir recursos o llevar cabo actos jurídicos distintos a la especialidad del fiduciario, piénsese en un fideicomiso que exceda de la vida del fideicomitente y en el que se tenga la necesidad de invertir el patrimonio y distribuir los recursos que este genere, o que exista la necesidad de celebrar contratos diversos para lograr los fines, por ejemplo para llevar a cabo un desarrollo inmobiliario, y los requerimientos técnicos rebasen la capacidad del fiduciario.

Ante la necesidad de que dicho órgano contara al menos con los requerimientos mínimos que den certeza de cumplimiento al negocio, el Banco de México estableció algunas directrices mínimas que las partes deben incluir en el contrato respectivo cuando contemple la existencia del referido comité.²⁴³ Dichas directrices se refieren básicamente

²⁴³ Ver Circular 1/2005 que contiene las Reglas a las que deberán sujetarse las instituciones de banca múltiple; casas de bolsa; instituciones de seguros; instituciones de fianzas y sociedades financieras de objeto limitado, en las operaciones de fideicomiso, publicadas en el Diario Oficial de fecha 23 de junio de 2005 y sus modificaciones mediante la Circular 1/2005 Bis del 11 de julio de 2005.

a que se deberá prever en el contrato de fideicomiso por lo menos la forma en que se integrará, la forma en que tomará sus resoluciones y el mecanismo a través del cual informará el contenido de dichas resoluciones a la institución fiduciaria.

Estos requerimientos cuando menos obligan a las partes a incorporar medidas operativas mínimas, en virtud de la importancia que tienen las decisiones del comité para liberar de responsabilidad al fiduciario cuando obre en acatamiento de las mismas. Sin embargo, la regulación tanto de la ley como de las disposiciones de Banco de México resultan insuficientes, ya que dejan totalmente a la voluntad del fideicomitente y del fideicomisario, en su caso, el límite de su actuación y, por ejemplo, no expresan cual será la responsabilidad de los miembros del comité respecto de las decisiones que adopten.

Las únicas disposiciones que de alguna forma establecen lineamientos más específicos sobre la actuación del comité, son las referentes a los fideicomisos que deben constituir las instituciones bancarias para administrar los fondos de pensiones y jubilaciones para sus empleados en activo, trabajadores en retiro, pensionados y jubilados, complementario del previsto en las leyes relativas a la seguridad social, que se encuentran contenidas en la Circular Única de Bancos emitida por la Comisión Nacional Bancaria y de Valores.

Dicha circular dispone que en el contrato constitutivo del fideicomiso se deberá prever el establecimiento del comité técnico y que este debe estar integrado, al menos, por un consejero independiente de la institución o una persona que reúna los requisitos de independencia que se establezcan en la ley bancaria o la ley orgánica que regule a la institución de que se trate; un representante de los empleados de la propia Institución, así como un miembro designado por el fideicomitente; todos ellos deberán contar con la experiencia y capacidad técnica necesaria para tomar decisiones en materia de inversiones.²⁴⁴ En todo caso la persona física designada por el fideicomitente, será la responsable de determinar el régimen de inversión de los recursos que integren el

²⁴⁴ Ver artículo 280 y ss.

patrimonio del fideicomiso, pero deberá hacerlo ajustándose a las políticas y lineamientos que, al efecto, dicte el propio comité.

En estos fideicomisos el comité técnico tendrá la potestad de determinar las políticas y lineamientos que deberán aplicarse en la selección de los activos objeto de inversión. Así en materia de inversión en valores, contará con facultades necesarias para definir las políticas y lineamientos de inversión de los recursos; para establecer el procedimiento de regularización del régimen de inversión cuando haya variaciones en el precio de los valores objeto de inversión o, en su caso, existan entradas o salidas significativas o inusuales de recursos del patrimonio; establecer el régimen de diversificación o especialización en la selección de los valores objeto de inversión y los procedimientos para evitar eventuales conflictos de interés entre la Institución fideicomitente que también actúe con el carácter de fiduciaria y los fideicomisarios.

En materia de inversiones que generen riesgo crediticio, como pudieran ser la inversión en créditos destinados a la vivienda que se otorguen a los fideicomisarios, tendrá facultades para determinar las políticas y lineamientos aplicables a la autorización, otorgamiento, evaluación y seguimiento de dichos créditos, ajustándose en todo caso a las políticas que aplique la institución fideicomitente en dichas materias. En el caso de las operaciones financieras derivadas, éstas únicamente deberán ser contratadas con fines de cobertura.

También se contempla facultades para determinar la información económica, financiera, fiscal, administrativa y jurídica, que deberá proporcionar al comité técnico, cuando menos trimestralmente, el responsable de seleccionar los activos objeto de la inversión de los recursos que integren el patrimonio y para establecer la forma y términos en que se hará del conocimiento de los fideicomisarios, el estado que guarde su participación en el fideicomiso, o el informe sobre la situación que guarde el patrimonio en general.

Se establecen asimismo reglas para el funcionamiento del comité, señalando que el comité deberá sesionar cuando menos cada seis meses, debiéndose levantar acta pormenorizada de todas las sesiones y acuerdos, en la cual deberá contener nombre y firma de los asistentes y constancia expresa de que las decisiones de inversión adoptadas por la persona física responsable de seleccionar los activos objeto de inversión, se ajustaron a las políticas y lineamientos de inversión dictadas por el propio comité.

Como principal obligación a cargo del comité, se establece que en su actuación, procurará en todo momento la protección de los intereses de los fideicomisarios, para lo cual deberá abstenerse de establecer como valores objeto de inversión de los fideicomisos, los valores que tengan en propiedad o en administración las entidades y sociedades pertenecientes al grupo financiero del que, en su caso, forme parte la institución, salvo que sean acciones de sociedades de inversión o estén listadas en Bolsa, siempre que en este último caso las operaciones respectivas se celebren o registren en dichas Bolsas de conformidad con las disposiciones aplicables.

Situación diferente a lo arriba comentado es lo que se refiere al comité técnico que se conforma en la constitución de un fideicomiso público.²⁴⁵

La Ley Federal de Entidades Paraestatales señala que en los fideicomisos públicos será obligatorio la existencia del comité técnico, debiendo la Secretaría de Hacienda y Crédito Público como fideicomitente de la Administración Pública Centralizada, fijar las facultades que se le otorguen en el contrato respectivo y verificar que este se ajuste, en cuanto a la integración, facultades y funcionamiento del comité técnico a las disposiciones que dicha ley establece para los órganos de gobierno de las entidades paraestatales en lo que sean compatibles con su naturaleza.

También deberá determinar las facultades especiales que en adición a las arriba señaladas tendrá el comité, así con la indicación de los asuntos que requieran de aprobación previa del comité para que el fiduciario pueda llevarlas a cabo, los cuales se considerarán

²⁴⁵ Ver artículos 40 a 45 y 58 de la Ley Federal de Entidades Paraestatales y 47 a 50 de la Ley Orgánica de la Administración Pública Federal.

como una limitación para el fiduciario. Como contraposición a esta última disposición, se establece que el fiduciario deberá abstenerse de cumplir con las resoluciones que el comité técnico dicte en exceso de las facultades expresamente fijadas por el fideicomitente, o en violación a las cláusulas del contrato de fideicomiso, debiendo responder de los daños y perjuicios que se causen, en caso de ejecutar actos en acatamiento de acuerdos dictados en exceso de dichas facultades o en violación al citado contrato.

Como podemos observar al hacer la remisión respecto de la integración, facultades y funcionamiento del comité técnico del fideicomiso público a las señaladas en la ley para las entidades de la administración pública paraestatal, la regulación del comité en este tipo de fideicomisos queda más colmada, sin embargo, respecto de los fideicomisos de índole privada, consideramos que debe regularse aspectos más específicos como pudiera ser lo relacionado con la responsabilidad de los miembros del comité por las determinaciones que adopten, máxime que normalmente los cargos son honoríficos y por ende no devengan honorarios, sobre todo en aquellos fideicomisos relacionados con una liberalidad, cuya decisión puede afectar seriamente los intereses del fideicomisario, y el fiduciario, al menos en principio, no será responsable por los actos llevados a cabo en cumplimiento a las instrucciones giradas por el comité técnico.

Una vez analizados los aspectos más importantes de los sujetos que intervienen en los negocios en estudio, abordaremos el estudio de los bienes que pueden destinarse al cumplimiento de fines específicos mediante las figuras fiduciarias en estudio, dejando el análisis de la propiedad de los mismos para la segunda parte de la presente investigación.

3.2 La materia.

El elemento patrimonial es el factor determinante para la configuración del *trust*, pues este consiste en la existencia de ciertos bienes que son transferidos al *trustee* para ser utilizados o destinados a favor del *cestui que trust*; quien, como también comentamos, adquiere un derecho personal que le permite exigir al *trustee* el cumplimiento de lo establecido en el acto constitutivo.

Ahora bien, el patrimonio como requisito *sine qua non* del *trust* estará conformado por todo el conjunto de bienes (*real property* y *personal effects*) que son transmitidos al *trustee* para el cumplimiento de lo establecido por el *settlor* en el acto constitutivo o *trust deed*.

La característica primordial del *trust* respecto de la propiedad de los bienes o derechos que conforman su patrimonio, consiste en el desdoblamiento de la propiedad de los bienes en una propiedad legal o *legal ownership* que le corresponde al *trustee* y una propiedad en equidad o *equity ownership* que tendrá el *cestui que trust*, es decir, en el sistema jurídico anglosajón, no existe un concepto equivalente al de propiedad como el que se maneja en los sistemas provenientes del derecho romano-germánico o *Civil law*, sino que respecto de un bien se tienen diferentes derechos o intereses, sin existir un catálogo cerrado de derechos reales como ocurre en los sistemas de la familia del *Civil law*.

Esta concepción permite escisiones sobre la titularidad de un bien, como la que surge en el ámbito del *trust*. Es importante destacar que en el *trust* los bienes no se integran al patrimonio personal del *trustee*, de tal manera que estos no se ven afectados en caso de quiebra o sucesión de éste último, por lo que el *cestui que trust* no tiene desventaja alguna frente al *trustee* o frente a terceros por el desdoblamiento de la propiedad, ya que cuenta con diversas acciones que puede ejercer en caso de que los bienes se vean afectados por tales circunstancias.²⁴⁶

Sin embargo, no es suficiente la simple transferencia de los bienes del *settlor* al *trustee*, sino que dicha transferencia debe realizarse con destino específico dirigido a cumplir con una finalidad determinada o determinable, es decir, el *quid* de la figura en estudio los constituye la afectación de los bienes al cumplimiento de la finalidad. Esto implica que la persona que los reciba será el propietario “legal” de los mismos, pero únicamente para destinarlos a la finalidad de que se trate, mientras que el beneficiario del

²⁴⁶ Checa Martínez, Miguel, *op. cit.* supra nota No. 57, p. 9.

trust será el propietario de los bienes, pero “en equidad”, únicamente para recibir los beneficios que le corresponden conforme a los términos del *trust*.

Pese a que los dos elementos arriba mencionados son necesarios para la vida del *trust*, no debe confundirse la transferencia de los bienes con el acto creador del *trust*, dicha transferencia es distinta al *trust*, pues este se crea una vez que se ha realizado la transferencia.²⁴⁷ Es un acto jurídico unilateral que el *settlor* lleva a cabo para crearlo, sin que sea necesario el acuerdo de voluntades con el *trustee*, lo que implica la creación de un patrimonio *sui generis*, ya que dichos bienes se separan del patrimonio del *settlor*, pero no ingresan al patrimonio personal o de libre disposición ni del *trustee* ni del *cestui que trust* y ninguno de los tres puede disponer de ellos a su arbitrio, sino que únicamente podrá destinarse al fin respectivo, ejerciendo cada uno de ellos los derechos que sobre la propiedad les corresponde de acuerdo a su carácter y a los términos del propio *trust*.

La característica de autonomía del patrimonio derivada de la afectación al cumplimiento de un fin determinado, la vemos por ejemplo en aquellos casos en que el *settlor* crea el *trust* y posteriormente fallece sin que el *trustee* haya aceptado ni recibido la propiedad de los bienes o habiéndolo hecho fallece o renuncia al cargo, y sin que exista un *cestui que trust* determinado individualmente en la época de su constitución, por pertenecer a una comunidad o a un grupo social específico, como sería el caso de un *trust* con fines de caridad. En este caso el *trust* será perfectamente válido, pese a que en un momento determinado no exista el *settlor*, el *trustee* ni el *cestui que trust*, dando lugar a la existencia de un patrimonio temporalmente sin dueño, pero destinado al cumplimiento de una finalidad determinada sin importar quienes sean designados como tal posteriormente, ya que éstos no podrán disponer libremente de los bienes, sino en los términos establecidos en el acto constitutivo del *trust*.

En lo tocante a los bienes que pueden ser objeto del *trust*, la doctrina anglosajona admite que pueden serlo toda clase de bienes, ya sean muebles o inmuebles, legales o de

²⁴⁷ Por ejemplo en la sección 74 del *Restatement of the Law* se señala que un *trust* no puede ser creado a menos que exista una propiedad que se da en *trust*. Citado por Rodríguez Azuero, Sergio, *op. cit.*, supra nota No. 11, p. 33.

equidad, salvo que exista alguna prohibición expresa. En términos generales, cualquier cosa o derecho que tenga algún valor y sea transferible, puede darse en *trust*.²⁴⁸

Respecto del fideicomiso, la situación no es muy diferente en los ordenamientos de la familia del *Civil law* que venimos analizando, salvo lo concerniente a la propiedad de los bienes, cuyo estudio abordaremos más adelante, por ahora podemos mencionar que las demás características del patrimonio son muy similares, como lo veremos a continuación.

En el derecho mexicano el elemento real o material del fideicomiso lo constituyen los bienes o derechos que el fideicomitente destina a la realización del fin lícito determinado y pueden ser bienes inmuebles o muebles de cualquier clase, como acciones, pagarés, dinero en efectivo etc., así como derechos, salvo aquellos que conforme a la ley sean estrictamente personales de su titular, tales como los derechos políticos, familiares, etc.²⁴⁹ Conforme a la legislación común, como cualquier otro bien susceptible de ser materia de un contrato, debe existir en la naturaleza o que pueda llegar a existir, ser determinado o determinable y no tener una comercialización restringida, además de ser propios o que el dueño consienta en que transmitan al fiduciario.²⁵⁰

Por su propia naturaleza los bienes pueden tener una restricción para ser susceptibles de apropiación y por ende se consideran fuera del comercio. Dentro de este grupo de bienes se encuentran aquellos que por sus características no pueden ser propiedad particular, como es el caso del mar, la luz solar, etc. Existe otro grupo de bienes que por disposición de la ley tienen una circulación comercial restringida, como lo son los monumentos públicos, los bienes afectos al patrimonio de la familia, las tierras parceladas de un ejido, etc.

Entonces cualquier bien propiedad del fideicomitente que no tenga una circulación restringida y aquellos derechos respecto de los cuales éste sea titular, que sean susceptibles de valoración económica, como por ejemplo los derivados de una marca, de una invención, de una cartera de crédito, etc., pueden afectarse en fideicomiso,

²⁴⁸ Batiza, Rodolfo, *op. cit.*, supra nota No. 11, p. 56.

²⁴⁹ Ver artículo 386 de la Ley General de Títulos y Operaciones de Crédito.

²⁵⁰ Ver artículos 727, 748 y 749 del Código Civil para el Distrito Federal.

transmitiéndose al fiduciario, con la limitación de que se considerarán afectos al fin que se destinan, con las modalidades y limitaciones que se establezcan en el acto constitutivo.

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

Venezuela tiene la misma disposición que México, en el sentido de que la materia del fideicomiso puede recaer sobre toda clase de bienes, salvo aquellos que, conforme a la ley, sean estrictamente personales de su titular. Por su parte el ordenamiento de Colombia sólo hace mención de que el patrimonio de la fiducia se integra por los bienes transmitidos por el constituyente, por lo que será necesario acudir al derecho común de cada uno de ellos para determinar los bienes que pueden ser materia del mismo.²⁵¹

En el ordenamiento argentino sobre fideicomiso se hace mención a la posibilidad de que los bienes que integren el patrimonio de un fideicomiso sean de cualquier tipo, muebles o inmuebles y establece que tienen que ser individualizados a la celebración del contrato, salvo que en ese momento no sea posible dicha individualización, en cuyo caso se debe cuando menos señalar los requisitos y características que deberán reunir los bienes y la forma en que llegado el momento puedan ser incorporados. Además establece que dichos bienes constituyen un patrimonio separado del patrimonio del fiduciario y del fiduciante.²⁵²

El Código Civil de Francia menciona que el objeto material de la fiducia consiste en la transferencia de bienes y derechos, que incluso puede consistir en derechos derivados de algún contrato, caso en el cual se entenderán transferidos tanto los aspectos activos como los pasivos. La transmisión puede realizarse respecto de una unidad o de un conjunto de bienes, derechos o garantías; Bajo pena de nulidad siempre deberán ser

²⁵¹ Ver artículo 1226 del Código de Comercio Colombiano.

²⁵² Ver Art. 4° de la Ley 24.441

determinados a la celebración del contrato o cuando menos ser determinables en caso de ser futuros.

Desde el proyecto de ley de la Ley francesa para implementar la fiducia, se menciona que la transferencia opera en un patrimonio de afectación llamado patrimonio fiduciario, distinto al patrimonio personal del fiduciario y de cualquier otro patrimonio fiduciario, además señala que el fiduciario será titular o propietario fiduciario de los bienes y derechos transferidos. Se hace énfasis en que dichos bienes los adquirirá el fiduciario para el cumplimiento de los fines, manteniéndolos separados de su patrimonio propio.

En *Québec*, como lo comentamos anteriormente, el patrimonio fiduciario se forma por los bienes transferidos a la fiducia, los cuales forman un patrimonio de afectación autónoma y, a diferencia de los demás ordenamientos, sin que se le reconozca un titular, ya que es distinto del propio de cada uno de los participantes. *Québec* tampoco menciona los bienes que pueden conformar dicho patrimonio, por lo que es necesario acudir a las restantes disposiciones que regulan los bienes para poder determinarlos.²⁵³

3.3. Los fines.

En el *express trust* el *trustee* asume libre y voluntariamente las obligaciones especificadas por el constituyente en el título constitutivo. Tiene además, la obligación específica de actuar con lealtad y buena fe en los asuntos que afecten al beneficiario y únicamente en beneficio de éste; en consecuencia, pese a ostentar el título legal de los bienes, los derechos y facultades derivados de dicho título legal se ven limitados por su personal obligación de actuar en interés de los beneficiarios.²⁵⁴

²⁵³ El Art. 1260 establece que la fiducia resulta de un acto por el cual una persona transfiere de su patrimonio a otro patrimonio que se constituye, bienes que afecta a un fin particular y el Art. 1261 señala que el patrimonio fiduciario se conforma por los bienes que son transferidos a la fiducia y constituye un patrimonio de afectación autónomo y distinto al del constituyente, del fiduciario y del beneficiario, respecto del cual ninguno de ellos tiene un derecho real.

²⁵⁴ Reyes Barrada, Orellana. “La responsabilidad del trustee en el Trust inglés. En particular las llamadas Tracing rules” en Nasarre Aznar, Sergio y Martín Garrido, Melero, *op. cit.*, supra nota No. 36, p. 87.

Resulta evidente que al actuar en interés del beneficiario el *trustee* debe llevar a cabo las finalidades establecidas por el *settlor* en el acto constitutivo, para ello éste último debe transmitirle la propiedad legal del bien, entregarle la posesión y fijar los términos y condiciones en que el *cestui que trust* deberá recibir el provecho de los mismos. Entonces tenemos la segregación del patrimonio del *settlor* que da cabida a un patrimonio afecto a un fin, que bien puede constituirse en beneficio de persona determinada o para una finalidad general, como sería el caso de los *purpose trust* en aquellas legislaciones que lo permiten.

Ahora bien, no es suficiente que se le trasmita al *trustee* el título legal sobre determinados bienes, sino que es necesario que se le indique qué va a hacer con ellos. La misión del *trustee* puede ser sumamente amplia y tan variada como se quiera. Tenemos entonces que el *trust* puede crearse para la realización de cualquier fin, con la única limitante de que sea lícito, por lo que como hemos comentado anteriormente, su estructura se adecua a las necesidades del *settlor* para conseguir lo que busca y no tiene más límite que su imaginación. Incluso tiene la ventaja de que con esta figura puede conseguir finalidades que en aquellos ordenamientos del *Civil law* que no tienen implementado el fideicomiso o fiducia, no se puede conseguirlos fácilmente, sino que requieren de diversas figuras jurídicas para conseguirlo, como sería el mandato, el depósito, la prenda, la estipulación a favor de tercero, etc.

En el fideicomiso el fin representa el objeto o propósito principal de la relación resultante de su constitución, se traduce en un conjunto de actos jurídicos que realiza el fiduciario para llevar a cabo las instrucciones del fideicomitente vertidas en el acto constitutivo o durante su vigencia, con el objeto de cumplir con los intereses buscados mediante la canalización de los bienes o derechos que le transmite dicho fideicomitente.

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

En la legislación mexicana, en los términos del artículo 381 de la Ley General de Títulos y Operaciones de Crédito, puede ser contemplado como fin del fideicomiso cualquier actividad humana, siempre que sea posible y que además sea lícita y determinada.

Para entender más claramente los requisitos jurídicos que se deben cumplir al establecer los fines de un fideicomiso, sin pretender profundizar demasiado sobre el particular, habremos de analizar las disposiciones relativas contenidas en la legislación Civil Federal, cuya aplicación supletoria a la materia mercantil lo permite la propia Ley General de Títulos y Operaciones de Crédito.²⁵⁵

Dicha ley establece que el hecho positivo o negativo, objeto de un contrato, debe reunir dos requisitos; ser posible y ser lícito.

Respecto del primer requisito, tenemos que el objeto en las obligaciones de hacer debe ser posible, tanto física como jurídicamente. Se dice que hay imposibilidad física cuando una ley de la naturaleza impide la realización del hecho, constituyendo un obstáculo insuperable, de tal manera que en forma absoluta y para toda persona no podrá realizarse la prestación debida. Hay imposibilidad jurídica cuando el hecho no puede realizarse porque una norma de derecho constituye a su vez un obstáculo insuperable para su ejecución; en la imposibilidad jurídica no se trata de violar una norma de derecho, sino que ni siquiera llega a realizarse la prestación, por cuanto que la ley impide de plano la posibilidad de ejecución y desde el punto de vista legal, el acto no tiene ni tuvo existencia alguna.²⁵⁶

Por tanto cuando el fin pretendido no puede existir por ser incompatible con una ley de la naturaleza o con la norma jurídica que deba regirlo necesariamente y que

²⁵⁵ Conforme al Art. 2º de la Ley General de Títulos y Operaciones de Crédito es aplicable supletoriamente la legislación civil federal a la materia mercantil. Sobre los requisitos en general ver el Libro Cuarto, especialmente los Arts. 1824 a 1831.

²⁵⁶ Rojina Villegas, Rafael, *op. cit.*, Tomo III, supra nota No. 120, p. 67.

constituya un obstáculo insuperable para su realización, estaremos en presencia de una imposibilidad jurídica respecto de ese fin.

Por lo que se refiere al segundo requisito, encontramos que es ilícito el fin que es contrario a las leyes de orden público o a las buenas costumbres, por lo que y por otro lado el artículo 1,831 dispone que el fin o motivo determinante de la voluntad de los que contratan, tampoco debe ser contrario a las leyes de orden público ni a las buenas costumbres.

Aplicados a *contrario sensu* obtenemos el concepto legal de fin lícito, en el sentido de que será aquel que esta acorde a las leyes de orden público y a las buenas costumbres. Por su parte Rafael de Pina lo conceptúa como lo justo, lo permitido, según justicia y razón. Ajustado a Derecho.²⁵⁷

Ahora bien, por leyes de orden público entendemos aquellas normas jurídicas prohibitivas o imperativas destinadas a cubrir una necesidad social o a procurar una adecuada convivencia dentro de la comunidad. Rafael de Pina lo define como el estado o situación social derivada del respeto a la legalidad establecida por el legislador.²⁵⁸

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

Respecto del segundo elemento que integra el concepto de licitud del fin en un contrato, es decir las buenas costumbres, Rafael del Pina se refiere a ellas como la

²⁵⁷ De Pina Rafael y De Pina Vara Rafael, Diccionario de Derecho, Editorial Porrúa, Décima Edición, México, 1981, p. 334.

²⁵⁸ *Ibid.*, p. 363.

“conducta derivada del acatamiento espontáneo de los principios morales aceptados en una sociedad determinada en un momento también determinado de su historia”.²⁵⁹

Al respecto Rafael Rojina Villegas menciona lo siguiente: “Jellinek afirma que el derecho es un mínimo ético, porque dentro de las normas morales, en un momento dado, se consideran indispensables para la convivencia social un conjunto mínimo de ellas, que se elevan a la categoría de jurídicas, y respecto de las cuales el Estado, es decir, el poder público, administra una sanción.” Más adelante continúa diciendo “Existen infinidad de normas de moral social que no son indispensables para la convivencia, por lo tanto, el poder público no las juzga necesarias y no las protege decretando una sanción cuando son violadas. Sólo aquellas normas de moral social que tienen una misma finalidad con las jurídicas o sea garantizar las bases para lograr la convivencia social, deben tener una sanción semejante para decretar la nulidad de aquellos actos que se ejecutan en violación de las mismas.”²⁶⁰ Como ejemplo de este tipo de conductas, tenemos la promesa de una prestación bajo condición de efectuar un acto inmoral; las recompensas o penas convencionales condicionadas a la celebración del matrimonio o al divorcio; la usura, etc.

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

Por último en lo tocante a la determinación de los fines, este es un elemento de primordial importancia en el fideicomiso, ya que el señalar o fijar claramente el resultado que se persigue con su constitución, permitirá al fiduciario realizar los actos adecuados para lograrlo y dada la importancia y lo delicado que representa la encomienda de confianza implícita en el fideicomiso, si no se determina en forma concreta el fin, difícilmente el fiduciario podrá llevar a buen término dicha encomienda.

²⁵⁹ *Íbid.*, p. 132.

²⁶⁰ Rojina Villegas, Rafael, *loc. cit.*, p. 73.

Además, en lo referente a los bienes materia del fideicomiso estos se considerarán afectos al fin a que se destinan y de acuerdo con la legislación cambiaria, únicamente se podrán ejercitar respecto de ellos, los derechos y acciones que al mencionado fin se refieran, por lo que, como ya comentamos, si dicho fin no estuviere perfectamente determinado, el fiduciario estaría imposibilitado para cumplir con su cometido, además de que correr el riesgo de responder de las pérdidas o menoscabos que los bienes sufran por su culpa, por lo que consideramos que el legislador mercantil impuso éste requisito para ser congruente con la figura que nos ocupa y como un principio de certeza en cuanto a las obligaciones de las partes en la relación contractual.

Lo comentado respecto del fideicomiso mexicano, es aplicable a los demás ordenamientos en estudio, destacando el hecho de que en todos ellos la destinación de bienes al patrimonio de un fideicomiso implica que estos se utilicen única y exclusivamente al cumplimiento de los fines propuestos y por ende que garanticen todas las obligaciones contraídas o que se lleguen a contraer en cumplimiento de los mismos, sin que puedan garantizar otro tipo de obligaciones que no estén contemplados en los fines.

En efecto, en Venezuela el fin del fideicomiso va dirigido exclusivamente a utilizar los bienes en beneficio del fideicomisario, por lo que también se señala que los bienes que integren el patrimonio del fideicomiso no pertenecen a la prenda común de los acreedores del fiduciario, sino que dichos bienes sólo estarán sujetos a cumplir con las obligaciones que deriven del fideicomiso o de su realización, incluyendo el cumplimiento de obligaciones de carácter hereditario, cuando el fideicomiso tenga el carácter de testamentario. Para esos efectos el fiduciario deberá mantener separados los bienes del fideicomiso de los que le sean propios de libre disposición.²⁶¹

Colombia por su parte, también establece disposiciones semejantes, en el sentido de que los bienes conforman un patrimonio autónomo afecto a la finalidad contemplada en el acto constitutivo en beneficio del propio constituyente o de un tercero, debiendo el fiduciario mantener separados dichos bienes de los de su propio activo, en virtud de estos

²⁶¹ Ver Ar. 2º de la Ley de Fideicomisos.

bienes no forman parte de la garantía general de los acreedores del fiduciario y sólo garantizan las obligaciones contraídas en cumplimiento de la finalidad perseguida.²⁶²

La legislación argentina es similar en este punto, ya que establece que los bienes serán adquiridos por el fiduciario para el beneficio de la persona que se designe en el contrato respectivo durante un plazo determinado o al cumplimiento de una condición, por lo que el fin del fideicomiso argentino consiste en ejercer el derecho de propiedad de los bienes en provecho del beneficiario y al igual que las legislaciones arriba comentadas, se entiende que los bienes están destinados única y exclusivamente a cumplir con dicho fin, constituyendo un patrimonio separado del patrimonio del fiduciante y del fiduciario, quedando exentos de toda acción por parte de los acreedores de éstos últimos, por lo que sólo garantizan las obligaciones contraídas en cumplimiento de la finalidad, pudiendo incluso gravar los bienes sin el consentimiento de aquellos, salvo disposición en contrario contenida en el contrato.²⁶³

Para Francia también el patrimonio de la fiducia se entiende separado del propio del fiduciario con al obligación de destinarlos a un fin determinado en beneficio de uno o varios beneficiarios. Con la particularidad de que la finalidad tiene que ser necesariamente de carácter oneroso, ya que la fiducia de carácter gratuito a favor del beneficiario esta prohibida.²⁶⁴

El Código Civil de *Québec* regula en forma más precisa lo concerniente a los fines de la fiducia. En esta figura el patrimonio es detentado y administrado por el fiduciario, considerándose afectado al cumplimiento de un fin particular. Este patrimonio al no tener un propietario es totalmente autónomo y por ende puede ser destinado a cumplir cualquier finalidad, sea en beneficio específico de una persona o para cumplir un fin general sin beneficiario determinado.

²⁶² Ver Art. 1227 del Código de Comercio.

²⁶³ Respecto de estos puntos ver Arts. 1º, 10, 14, 15, 16 y 17 de la Ley 24.441.

²⁶⁴ Ver reformas a los Arts. 2011 a 2013 *du Code Civil*, contenidas en la *Loi No. 2007-211 du 19 février 2007 instituant la fiducie*.

Contempla tres tipos de fines que pueden contener la fiducia, los de carácter personal, los de utilidad privada y los de utilidad social, es decir, puede tener una finalidad onerosa o gratuita, ya sea de interés privado o de interés público.²⁶⁵ Sobre este punto volveremos más adelante al analizar lo relativo a los tipos de fiducia que existen en los diversos ordenamientos en estudio.

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

3.4. La forma

Uno de los puntos que diferencian al *trust* del fideicomiso lo constituye sin duda su forma de creación. En el ordenamiento anglosajón, el *trust* puede crearse de diversas maneras, así por ejemplo en el *express trust*, como su nombre lo indica, es creado por manifestación indubitable formulada por el *settlor*, en el que determina los bienes, los fines y los beneficiarios que habrán de gozar de los beneficios respectivos, así como los términos en que habrá de actuar el *trustee*. Esta forma de constitución no requiere mayor formalidad que la exteriorización clara y determinante de la voluntad, salvo que se trate de inmuebles, en cuyo caso se requerirá de la formalidad establecida en el ordenamiento para su transmisión.

Sin embargo, en algunos casos el *trust* no requiere necesariamente de la expresa voluntad del *settlor* para constituirse, sino que puede ser creado por resolución judicial o por disposición expresa de la ley, estas posibilidades dan lugar a diversos tipos de *trust*,

²⁶⁵ Ver Arts. 1263 a 1273 del *Code Civil du Québec*.

cuyo análisis realizaremos más adelante, por el momento nos basta con señalar que existen diversas formas de constitución del *trust*.

La manera más usual de constituir un *trust* es hacerlo en forma expresa, es decir mediante la creación de un *express trust*, que se realiza mediante una declaración unilateral que contiene la intención y plena voluntad del *settlor* de destinar ciertos bienes a un fin determinado; aunque no requieren de formalidad alguna, generalmente se hacen por escrito, sea en documento privado, escritura pública o por testamento, aunque también pueden constituirse manifestando la voluntad en forma oral.

Independientemente de la forma en que se exprese la voluntad, será condición *sine qua non* que el *trust* se declare debidamente formalizado. Esto significa que el *settlor* debe expresar la intención de crearlo con absoluta claridad, sin lugar a dudas, es decir, sin requerir de fórmulas especiales como las empleadas en el antiguo derecho romano, basta con utilizar palabras que describan su intención de crearlo. Debe también señalar con claridad su contenido, especificando los bienes y la finalidad a la que serán destinados; además debe manifestar las personas que participarán, señalando con exactitud la persona o personas que serán propietarios legales de los bienes y el o los beneficiarios del *trust*, aunque éstos últimos no estén individualmente considerados, ya que es posible que se designe a alguna persona de un grupo determinado, como sucede en los *trust* discrecionales, donde el *trustee* tiene la facultad de elegir a un miembro de entre un grupo determinado de personas.

Respecto de la formalidad que debe revestir el acto de constitución de un fideicomiso, encontramos en la regulación legal mexicana el artículo 387 de la Ley General de Títulos y Operaciones de Crédito, que al efecto señala que la constitución del fideicomiso deberá siempre constar por escrito.

Por tanto tenemos que el contrato de fideicomiso es un contrato formal, en oposición al consensual, ya que el consentimiento debe manifestarse por escrito, como un requisito de validez, de tal manera que si el consentimiento no se manifiesta en escritura

pública o privada según sea el caso, el contrato estará afectado de nulidad. Lo anterior de acuerdo a lo conceptualizado por el artículo 1833 del Código Civil Federal, al disponer que cuando la Ley exija determinada forma para un contrato, mientras que éste no revista esa forma, no será válido, salvo disposición en contrario; pero si la voluntad de las partes para celebrarlo consta de manera fehaciente, cualquiera de ellas puede exigir que se dé al contrato la forma legal. Con esto el legislador pretende darle a los contratantes seguridad y precisión en sus operaciones, así como una mayor posibilidad de análisis sobre el acto a celebrarse

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

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

Los casos de excepción en los que no importa el valor de los inmuebles para poder celebrar un acto jurídico en escrito privado los encontramos en la constitución de patrimonio de familia y la transmisión de propiedad a que se refiere el penúltimo párrafo artículo 42 de la Ley del Instituto del Fondo Nacional de la Vivienda para los Trabajadores, referente a los contratos u operaciones que celebre dicho Instituto, casos en

los cuales no será necesario formalizar ante fedatario público la transmisión de la propiedad o derechos reales a favor de los trabajadores.

Es necesario destacar la importancia de la formalidad en el contrato de fideicomiso para lograr la plena validez del mismo, tanto ante las partes que intervienen, como frente a los terceros. El artículo 388 de la Ley cambiaria establece que el fideicomiso cuya materia este conformada por bienes inmuebles, surte sus efectos contra terceros a partir de la fecha de inscripción los bienes en el Registro Público de la Propiedad en favor del fiduciario.

Respecto de los bienes muebles y derechos, el ordenamiento legal citado, establece que los fideicomisos que integren su patrimonio con ellos, surtirán sus efectos contra terceros desde la fecha en que se cumplan los siguientes requisitos: Si se trata de un crédito no negociable o de un derecho personal, desde la fecha en que la celebración del fideicomiso fuere notificada al deudor; si se trata de un título nominativo, desde que éste se endose a la institución fiduciaria y se haga constar en los registros del emisor, en su caso y si se tratase de cosa corpórea o de títulos al portador, desde que estén en poder de la institución fiduciaria.

En lo tocante a la formalidad para la transmisión de los bienes por parte del fiduciario, ya sea en ejecución total o parcial de los fines, consideramos que deberá seguir la misma formalidad que para la transmisión al fiduciario, no obstante que pudiera interpretarse el artículo 393 de la ley cambiaria en el sentido de que en caso de extinción del fideicomiso, para la reversión o la transmisión de los bienes inmuebles al fideicomisario, bastará que el fiduciario así lo manifieste y que esta declaración se inscriba en el Registro Público para que opere la reversión en favor del fideicomitente o la transmisión al fideicomisario.

En Venezuela el fideicomiso debe constar en documento auténtico cuando se constituya por acto entre vivos, aunque también puede constituirse por testamento; en el primer caso, la aceptación del fiduciario puede constar en el mismo documento o en acto

por separado, en el segundo caso la aceptación o la excusa para asumir el cargo, deberá hacerla el fiduciario ante el juez que conozca de la sucesión.

Al igual que México se establece la necesidad de seguir la formalidad requerida y darle la publicidad necesaria para que surta efectos contra terceros. Al efecto el artículo 5° de la Ley de Fideicomiso señala que cuando se trate de transferencia de bienes inmuebles o derechos inmobiliarios al fiduciario por fideicomiso celebrado por acto entre vivos, la constitución, terminación, sustitución de fiduciario y las modificaciones al mismo, solamente surtirán efectos contra terceros desde la fecha en que se haga la protocolización del documento en la oficina u oficinas subalternas de registros respectivas.

En cambio en Colombia el artículo 1228 del Código de Comercio establece que la forma de constitución del fideicomiso se considera solemne, por exigirse para su implementación la escritura pública o el testamento y por lo que se refiere a la fiducia mercantil, al igual que en México sólo se exige la formalidad de la escritura pública cuando la naturaleza de los bienes que integrarán su patrimonio, así lo exija.

Por lo que se refiere al derecho argentino, se contemplan dos posibilidades, por acto entre vivos y *mortis causa*, lo que implica un acto contractual para el primer caso y un acto unilateral de voluntad mediante testamento para el segundo. En este sentido sigue la peculiaridad que se observa en la fiducia latinoamericana en la que predomina el acuerdo de dos o más voluntades para su celebración, diferenciándose del *trust* anglosajón, que como lo vimos en su oportunidad, su creación se considera efectuada invariablemente mediante la declaración unilateral de voluntad del constituyente.

Cuando se constituya mediante contrato, el documento respectivo debe contener cuando menos la individualización del beneficiario; la individualización de los bienes objeto del contrato; la determinación del modo en que otros bienes podrán ser incorporados al fideicomiso; el plazo o condición a que se sujeta el dominio fiduciario (que nunca podrá durar mas de treinta 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);

el destino de los bienes a la finalización del fideicomiso y los derechos y obligaciones del fiduciario y el modo de sustituirlo si cesare. ²⁶⁶

En Francia el Artículo 2012 del Código Civil señala que la fiducia debe ser expresa, pudiendo constituirse por disposición de la ley o mediante contrato, por lo que en este último caso debe ser celebrado por escrito y, bajo pena de nulidad, en el contrato deben ser determinados o determinables los siguientes puntos: Los bienes, derechos o garantías presentes o futuros que sean objeto del contrato; la duración de la fiducia; la identidad del constituyente, del fiduciario y del o los beneficiarios, en caso de que éstos últimos no se designen en el contrato constitutivo, se deben fijar las reglas que permitan su designación; la encomienda conferida al o los fiduciarios y los poderes y facultades que gozarán para la administración y disposición de los bienes; las facultades del fiduciario deben estar precisadas en el contrato y serán establecidas a la libre apreciación de las partes, con las limitaciones establecidas en las leyes respectivas y en las disposiciones de orden público y finalmente, las condiciones bajo las cuales los derechos deben ser transmitidos a los beneficiarios. ²⁶⁷

En este punto, desde el proyecto se señala la necesidad de establecer claramente el hecho de que los derechos puedan sean revertidos al constituyente al término del contrato o que sean transmitidos a terceros beneficiarios. Es esencial saber bajo que título serán transferidos, según las estipulaciones del contrato.

Respecto de la publicidad del contrato, el artículo 2019 del propio Código Civil francés, establece, bajo pena de nulidad que el contrato de fiducia y sus modificaciones, así como la designación del beneficiario, si esta no se realizó en el contrato constitutivo, deben ser registrados en el término de un mes contado a partir de su firma o de su modificación a la oficina de impuestos de la sede del fiduciario o de la oficina de

²⁶⁶ Ver Art. 4° de la Ley 24.441.

²⁶⁷ La duración no deberá exceder de 30 años contados a partir de la fecha de firma del contrato respectivo. En este punto se separa del *trust* inglés, que de acuerdo con la *rule against perpetuities* no puede exceder de 80 años, o el tiempo de vida de las personas señaladas en el acto constitutivo, más 21 años.

impuestos de no residentes, si el fiduciario no está domiciliado en Francia. Además se prevé la creación de un registro nacional de fideicomisos.

Por lo que se refiere a la fiducia canadiense, la regla general es que se formalice mediante contrato o por testamento, aunque también se da la posibilidad para que en ciertos casos se constituya por disposición de la ley o incluso por resolución judicial.

Cuando se constituye por contrato y tenga por objeto garantizar el cumplimiento de una obligación, también se exige publicidad con el objeto de que surta efectos contra terceros; al efecto se deberá ser publicados en el registro los derechos reales o personales, según la naturaleza de los bienes transmitidos a la fiducia.

Un punto importante que destaca frente a los restantes ordenamientos es que expresamente se establece que la fiducia se perfecciona al momento de la aceptación del fiduciario, incluyendo cuando se constituye mediante testamento, en cuyo caso se retrotraen los efectos a la fecha del deceso del constituyente.²⁶⁸

3.5 Los Tipos.

Las múltiples finalidades que pueden tener los negocios jurídicos de carácter fiduciario que venimos estudiando, es decir, el *trust* y el fideicomiso o fiducia, dificultan la labor clasificatoria de los mismos, sin embargo, la doctrina ha hecho esfuerzos considerables para lograr una clasificación tomando en consideración las modalidades contempladas en los diversos ordenamientos jurídicos que las regulan, a continuación expondremos los más importantes, a efecto de estar en condiciones de proceder al estudio comparativo que nos permita determinar las similitudes y diferencias de ambas figuras entre sí.

En el derecho inglés no se conoce una clasificación oficial de los *trusts*, sin embargo, ya desde 1676 Lord Nottingham propuso clasificarlos en dos clases, el *express*

²⁶⁸ Ver Art. 1264 del *Code Civil du Québec*.

trust y el *implied trust*; el primero se crea por la voluntad expresa del *settlor*; sea por acto *inter vivos* o *mortis causa* y el segundo se constituye por una previsión o por una interpretación de la ley.²⁶⁹

Sin un cambio sustancial en la clasificación propuesta por Nottingham, actualmente se considera que existen tres categorías de *trusts*, los que se crean por manifestación expresa del constituyente, llamado *express trust*; los presuntivos o de interpretación, que corresponde al *implied trust* y los que son impuestos por la ley, denominados *statutory trust*.²⁷⁰

Desde el punto de vista de los requisitos que requiere para producir sus efectos, los *express trust* pueden ser *executed trust* y *executory trust*, el primero es aquel que después de haber sido declarado en el acto constitutivo, no requiere de ningún acto posterior para producir sus efectos, por lo que desde que nace cuenta con todos los elementos requeridos para llevarse a cabo; el segundo se da cuando hay instrucciones dadas para producir la transmisión de la propiedad del bien y en el acto constitutivo no obra por sí misma la transmisión que ordena, sino que esta depende de la realización de un acto posterior, como pudiera la creación del *trust* una vez ocurrido el fallecimiento del *settlor*.

Por lo que corresponde a las facultades de actuación del *trustee*, el *express trust* puede ser instrumental o *instrument trust*, en el cual aquel debe seguir rigurosamente las instrucciones dadas para lograr los efectos buscados por el *settlor*, o bien, puede ser discrecional o *discretionary trust*, en el que el *trustee* tiene la facultad de actuar conforme a su buen juicio, bajo un poder de apreciación para actuar discrecionalmente que le otorga el *settlor*, pero siempre dentro de los límites fijado por éste último.

Finalmente, desde la perspectiva del beneficiario, el *express trust* puede dividirse en de interés privado, *privaty* y de interés público, *public* o *charitable*; en los primeros el patrimonio está afecto a un interés meramente privado y tiene como característica

²⁶⁹ Citado por Béraudo, Jean Paul, *op. cit.*, supra nota No. 64, p. 34.

²⁷⁰ *Idem.*

principal que va dirigido a personas determinadas o determinables individualmente, mientras que los públicos o caritativos van dirigidos a un interés general, normalmente con un beneficio substancial del público en general o de una clase o categoría de personas que no estén determinados en lo individual ni tengan relación entre sí.

Como antecedente directo de este tipo de *trust*, encontramos en la legislación Inglesa la *Charitable Uses Act of 1601* que fue elaborada con la finalidad de promover la filantropía entre las clases altas de Inglaterra y mediante la cual se enumeraron una serie de actos de caridad que serían protegidos por la ley, sin embargo, aun y cuando han sido creadas múltiples leyes sobre el particular, ha sido necesaria la participación activa de la jurisprudencia inglesa para determinar que actividades deben considerarse de carácter caritativo, en términos generales se tiene como tales a las que atiendan situaciones de pobreza, educación, religión y otros que beneficien a la comunidad.

Cabe señalar que los *trusts* constituidos con fines caritativos, gozan de ciertas prerrogativas que no le son aplicables a los *trusts* en general, así por ejemplo, encontramos que no existe limitación respecto de la vigencia del *trust*; se permite una actuación más flexible de los *trustees*, pero siempre bajo la supervisión de la *Charity Commissioners for England and Wales*, que suplen la ausencia de un beneficiario determinado que supervise y en un momento dado exija al *settlor* cumplir con sus obligaciones; incluso los tribunales tienen la facultad de modificar los fines del *trust* cuando estos sean de imposible realización, etc.²⁷¹

Como pudimos observar, la característica principal de los *express trust* consiste, como su nombre lo indica, en la manifestación expresa de la voluntad del *settlor* para crear el *trust*, sin embargo, un *trust* también puede constituirse basándose únicamente en la presunción de que el *settlor* tuvo la intención de constituirlo, cuando esto sucede, se les denomina *trusts* implícitos o *implied trust*, son creados o reconocidos por los tribunales tomando en consideración las circunstancias de cada caso en particular, a su vez se

²⁷¹ Ver Charities Act of 1993 y Charities Act of 2006, en Laws of United Kingdom Disponible en la World Wide Web: http://www.opsi.gov.uk/ACTS/acts1993/Ukpga_19930010_en_1.htm y en la dirección electrónica <http://www.opsi.gov.uk/acts/acts2006/60050--b.htm#3>.

subdividen en los llamados *Resulting trust* y en los interpretativos o *constructive trust* propiamente dichos.

Los *Resulting trust* son aquellos que derivan de una presunción de la voluntad del constituyente, normalmente se presentan cuando una persona por alguna razón adquiere la propiedad de un bien a nombre de otro, para evitar que se entienda como una donación, se presume que la persona a nombre de quien se adquirió el bien, es el *trustee* de la persona que cubrió el precio, quién será considerado como propietario en equidad del bien hasta en tanto se le restituya las cantidades cubiertas a nombre del adquirente legal. Otro ejemplo lo encontramos cuando un *trust* constituido a favor de una persona llega a su vencimiento, el *cestui que trust* queda sin derecho alguno, debiéndose revertir la propiedad al *settlor* (salvo disposición en contrario en el propio acto constitutivo), entonces, en tanto se realiza la reversión de los bienes, se presume la existencia de otro *trust* a favor del propio *settlor*.

Por su parte los *constructive trust* son creados por voluntad del juzgador basado en principios de equidad, tiene por objeto reparar un daño, corregir una situación injusta o evitar el enriquecimiento ilegítimo de una persona en perjuicio de otra, por lo que basta la apreciación del juzgador, para que por decisión judicial se declare creado sin que sea necesaria la voluntad de las personas involucradas.

Este tipo de *trust* es totalmente diferente a los *trust* expreso, vemos que los tribunales ingleses lo utilizan como un instrumento eficaz en la impartición de justicia. Por aplicación del Principio de equidad el tribunal crea el *trust* e impide que una norma jurídica sea utilizada como instrumento para evadir una responsabilidad o para obtener un enriquecimiento indebido, considerando a quien evade u obtiene el beneficio indebidamente como *trustee* de aquél que resulta perjudicado por dicha situación.

Finalmente, tenemos los *statutory trusts* que no son un producto del *Common law*, sino que son creados por disposición expresa de una ley, sin tomar en consideración la voluntad del *settlor* (ni expresa ni presunta), ni aun la determinación del juzgador en un caso concreto, sino que en determinados supuestos se constituyen por ministerio de ley, tal

es el caso de la *Land Property Act of 1925*, que en su sección 36 establece la creación de un *trust (trust for sale)* para proceder a venta de los bienes de una sucesión cuando existen varios herederos. También se dispone la creación de un *trust* para la protección de menores e incapaces a quienes se les trasmite la propiedad de un bien inmueble o para personas que, ya siendo propietarias de bienes, caen en incapacidad mental y por su situación no les es posible administrar dichos bienes.²⁷²

Por lo que toca al fideicomiso, hemos visto en el desarrollo del presente trabajo la amplitud de los actos jurídicos que se le pueden encomendar al fiduciario a través de la figura. Ésta amplitud, al igual que en el *trust*, dificulta la integración de criterios adecuados que permitan lograr una clasificación idónea de los tipos de fideicomiso que existen, sin embargo trataremos de exponer las diversas clasificaciones que la doctrina ha elaborado sobre el particular, así como las que se dan en la práctica bancaria.

En México, partiendo del punto de vista de las personas que intervienen en la constitución del fideicomiso, encontramos una primera clasificación en fideicomisos públicos y fideicomisos privados.

El fideicomiso público es un contrato por medio del cual, el gobierno federal, los gobiernos de los estados o los ayuntamientos, con el carácter de fideicomitente, a través de sus dependencias centrales o paraestatales, trasmite la titularidad de los bienes del dominio público, (previo decreto de desincorporación), del dominio privado de la Federación, entidad federativa o municipales, o afecta fondos públicos, en una institución fiduciaria par la realizar un fin lícito determinado, de interés público.²⁷³

Como se desprende del concepto anterior, encontramos tres elementos característicos de este tipo de fideicomisos; en primer lugar tenemos que el fideicomitente

²⁷² Sobre Statutory trusts, consultar en el sitio de Laws of United Kingdom, disponible en http://www.opsi.gov.uk/legislation/about_legislation.htm, entre otros, Trust of Land and Appointment of Trustee Act 1996, <http://www.opsi.gov.uk/acts/acts1996/96047--f.htm>; Education Act 2002, <http://www.opsi.gov.uk/acts/acts2002/20020032.htm>; Mental capacity Act 2005 <http://www.opsi.gov.uk/acts/acts2005/50009--z.htm#end>.

²⁷³ Acosta Romero, Miguel y Almazán Alanís, Pablo Roberto, *op. cit.* supra nota No. 11, p. 347.

es una persona de derecho público, es decir el gobierno federal, los gobiernos estatales (incluyendo al del Distrito Federal) o los municipales, todos ellos a través de sus órganos de representación, o bien por conducto de las entidades paraestatales, como pudiera ser Petróleos Mexicanos, la Comisión Federal de Electricidad, etc. Por otra parte encontramos que los bienes que serán materia del fideicomiso pueden ser bienes del dominio público, previamente desincorporados o desafectados, según sea el caso, bienes del dominio privado e incluso fondos públicos; finalmente encontramos para todos ellos que los fines del fideicomiso de que se trate serán invariablemente de interés público, es decir acorde a las finalidades propias del gobierno de que se trate.

Además de los fideicomisos constituidos por los órganos de la administración pública en los tres niveles de gobiernos señalados, también pueden constituir fideicomisos los órganos representativos de los restantes Poderes de la Unión, es decir, las Cámaras del Congreso de la Unión y la Suprema Corte de Justicia de la Nación e incluso organismos autónomos, como Banco de México.

No obstante que la figura del fideicomiso proviene del derecho privado, dada su gran flexibilidad ha tenido una aceptación importante dentro del sector público, ya que le permite a la entidad de gobierno de que se trate, entre otras ventajas, contar con las siguientes: Aprovechamiento integral de los recursos autorizados; evitar la distracción de los recursos para otros fines, verificando su correcta aplicación según lo autorizado; transparencia y agilidad en los pagos de las cantidades que se autoricen en cada caso; lograr la continuidad a los programas establecidos por el Sector Público, etc.

Existe una amplia gama de fideicomisos públicos tales como los constituidos para el desarrollo de unidades habitacionales de interés social, los constituidos para la correcta administración y aplicación de apoyos económicos que otorgue el gobierno federal, además de los fondos financieros que el Gobierno Federal ha constituido principalmente en Nacional Financiera, S.N.C. y en su momento en Banco de México, que están encaminados a apoyar actividades prioritarias o como instrumento para reforzar ciertas actividades económicas.

Estos fondos en fideicomiso, llamados también fondos de fomento, sirven para realizar actividades que pueden considerarse como propias de bancos de segundo piso o de instituciones de redescuento y han sido para el Estado un importante instrumento en la orientación de los recursos mediante un control selectivo del crédito, ya que una parte de los mismos se canalizan hacia los fondos de fomento, que de esta manera sirven para hacer la asignación de las corrientes de crédito. Entre los principales fondos de fomento se encuentran los Fideicomisos Instituidos con Relación a la Agricultura (FIRA), el Fondo de Fomento y Garantía para el Consumo de los Trabajadores (FONACOT); el Fondo de Fomento Industrial (FONEI); Fideicomiso de Fomento Minero (FIFOMI); el Fideicomiso Fondo Nacional del Fomento al Turismo (FONATUR), etc.²⁷⁴

Por otro lado encontramos al fideicomiso privado, que como su nombre lo indica, es aquel que se constituye sobre bienes de propiedad particular y en beneficio de personas particulares, pueden ir dirigidos a toda clase de personas tanto físicas, como morales, con los fines más variados, tales como los constituidos con el objeto de establecer disposiciones testamentarias, para arrendamiento y administración de inmuebles, para el desarrollo de actividades empresariales, para el manejo de fondos de previsión social, para garantizar obligaciones, con carácter filantrópico, de asistencia social e incluso de interés público, como sería el caso de un fideicomiso que se constituya para el mantenimiento de algún museo o para apoyo a clases marginadas, etc.

Dependiendo de la facultad del fideicomitente para extinguirlo, se puede clasificar al fideicomiso mexicano en revocables e irrevocables.

La facultad de revocar un fideicomiso deviene de lo conceptuado en la fracción VI del artículo 392 de la Ley cambiaria, ya que el fideicomiso puede extinguirse por revocación hecha por el fideicomitente cuando se haya reservado expresamente ese derecho al constituir el fideicomiso.

²⁷⁴ Rocha Núñez, Eduardo, *op. cit.*, supra nota No. 207, Pág. 10

La revocación consiste en el acto jurídico por el cual el fideicomitente se retracta del acto jurídico realizado, dejando sin efecto la encomienda hecha al fiduciario, por lo que procede la extinción del fideicomiso. La ley lo permite únicamente cuando el fideicomitente se ha reservado expresamente ese derecho, por lo que no basta ser omiso sobre el particular, es necesario que se manifieste en forma indubitable tal reserva para que pueda ser ejercida en su oportunidad.

Consideramos que la razón de ser de esa facultad otorgada al fideicomitente para ejercerla en forma unilateral, tiene su fundamento en el hecho de que es éste quien fija las reglas que habrán de regir la actuación del fiduciario y los beneficios que se deriven en favor del fideicomisario, es decir señala los términos y condiciones en que habrá de llevarse a cabo la encomienda de confianza; ésta encomienda supone de antemano un plazo de vigencia o incluso puede establecerse sin duración definida cuando así lo permita la ley, por lo que es comprensible que se le otorgue al autor la facultad de darlo por concluido cuando sí lo desee, respetándose todos los actos jurídicos efectuados con anterioridad a la fecha de revocación.

Esto es fácilmente entendible en fideicomisos constituidos como una liberalidad del fideicomitente, como pudieran ser aquellos creados para el otorgamiento de premios o becas, para la entrega de recursos a una institución de beneficencia o para la administración de los bienes en vida del fideicomitente y la distribución entre los fideicomisarios al ocurrir su fallecimiento, etc., claro que el hecho de que sean constituidos como una liberalidad, no obsta para que puedan ser conformados con el carácter de irrevocables si el fideicomitente no se reservó expresamente la facultad de revocarlo.

Obviamente que no en todos los fideicomisos se puede reservar el fideicomitente la facultad de revocación, sino que existen algunos que por su naturaleza deben ser irrevocables. Al respecto Villagordoa Lozano al comentar sobre la infinidad de causas que puede tener el fideicomitente para constituir un fideicomiso, señala:

Estas causas pueden provenir del deseo del fideicomitente de constituir el fideicomiso sin obtener ningún provecho, o bien de constituirlo como contraprestación de algún beneficio obtenido o que se vaya a obtener. Estas causas son las mismas que motivan la clasificación tradicional de los contratos gratuitos y onerosos (Art. 1837 del Código Civil). Cuando el fideicomitente constituye un fideicomiso por causas que se equiparan a un contrato gratuito, debe tener la facultad de reservarse el derecho de revocar o modificar el fideicomiso; en otras palabras la revocabilidad es consecuencia del acto gratuito.

Cuando los motivos provienen de causas que asemejan el fideicomiso a un contrato oneroso, o sea cuando el fideicomitente ha recibido o recibirá una contraprestación motivada por esa causa, dicho fideicomitente no tiene derecho a revocarlo o modificarlo, porque lesionaría a los derechos del fideicomisario.²⁷⁵

Como ejemplo de los fideicomisos irrevocables encontramos algunos fideicomisos traslativos de inmuebles, en los que las partes contratantes optan por celebrar un contrato de fideicomiso en lugar de una compraventa simple y llana, en éstos supuestos el fideicomitente afecta al fideicomiso un bien inmueble y recibe del fideicomisario como precio o contraprestación por dicha afectación una cantidad determinada de dinero, al recibir el fideicomitente el pago por el inmueble, renuncia a cualquier derecho sobre el fideicomiso (y obviamente al inmueble, puesto que ya transmitió su propiedad), incluyendo la facultad de revocar el fideicomiso, por lo que en dicho contrato será el fideicomisario quién tendrá el uso y aprovechamiento del inmueble, con las facultades de instruir al fiduciario para gravarlo, arrendarlo o transmitir la propiedad en favor del propio fideicomisario o de la persona que éste indique, incluso tendrá la facultad de designar fideicomisarios sustitutos para el caso de su fallecimiento.

De igual forma tendrán el carácter de irrevocables los fideicomisos que son constituidos con la finalidad de garantizar obligaciones a cargo del fideicomitente, caso en el cual este transmite la propiedad de los bienes o derechos para que el fiduciario garantice

²⁷⁵ Villagordoa Lozano, José Manuel, *op. cit.*, supra nota No. 33, p. 187.

con los mismos la obligación de que se trate, como pudiera ser el pago de un crédito, la emisión de obligaciones mediante colocación pública, el pago de alimentos en favor de los acreedores alimentarios en un juicio de divorcio, etc. Y evidentemente que en éstos casos el fideicomitente no puede tener la facultad de revocar el fideicomiso en cualquier tiempo, pues ello equivaldría a nulificar la garantía en favor del fideicomisario, por lo que el fideicomitente carecerá de dicha facultad en tanto exista una obligación de dar, hacer, no hacer o tolerar en favor del fideicomisario y una vez satisfecha ésta entonces tendrá el derecho de revocarlo.

También tenemos los fideicomisos que por disposición de la ley deben constituirse como irrevocables, tal es el caso de aquellos que prevé la Ley del Impuesto Sobre la Renta para el manejo de fondos de previsión social, como los destinados al pago de pensiones y jubilaciones, primas de antigüedad, a investigación y desarrollo de tecnología, etc., donde el fideicomitente al constituir el fondo respectivo y hacer las aportaciones correspondientes, obtendrá un beneficio de carácter fiscal, consistente en la deducibilidad de dichas aportaciones (cumpliendo con los requisitos que señala la ley y su reglamento), razón por la cual el fideicomitente no debe tener la posibilidad de disponer de los fondos, ya que en caso de hacerlo equivaldría a obtener un beneficio indebido, pues ya realizó con anterioridad la deducción mencionada.

También se clasifica al fideicomiso como de Inversión, administración, garantía y traslativos de inmueble.

La denominación de los tipos de fideicomiso que componen esta clasificación, tiene su origen en la organización que para efectos contables implementó la entonces Comisión Nacional Bancaria y de Seguros para que las instituciones fiduciarias registrasen los movimientos diarios de cada fideicomiso, utilizando para ello como criterio clasificador precisamente las características particulares de cada negocio. Conforme al catálogo de cuentas aludido encontramos la cuenta 6206. - FIDEICOMISOS, con las subcuentas 620601. - GARANTÍA; 620602. - ADMINISTRACIÓN; 620603. -

INVERSIÓN Y 620604 TRASLATIVOS DE DOMINIO.²⁷⁶, Cada subcuenta a su vez varias subsubcuentas, para identificar más específicamente la naturaleza del fideicomiso, V.gr. En la clasificación de garantía, la subsubcuenta se refiere al tipo de bien que integra el patrimonio, si es con valores, inmuebles, efectivo, etc.

Esta clasificación coincide con los usos financieros, ya que el fideicomiso suele utilizarse para las operaciones de traslado de dominio de inmuebles, administración y para garantizar el cumplimiento de créditos que se otorguen.

A continuación mencionaremos someramente cada uno de los tipos de fideicomiso:

Por fideicomiso de inversión se entiende aquel que consiste en el encargo hecho por el fideicomitente al fiduciario de conceder préstamos con un fondo constituido al efecto.²⁷⁷ No obstante el concepto citado, no debemos pensar que los fideicomisos de inversión sean únicamente para otorgar préstamos en el sentido estricto de la palabra, como pudiera ser por ejemplo mediante contratos de mutuo, sino que también se incluye la adquisición de instrumentos financieros de los denominados “Para el gran público inversionista”, que finalmente representan un pasivo a cargo del emisor que deberá cubrir en el plazo establecido, conjuntamente con el premio o rendimiento correspondiente por el uso del dinero recibido.

Es evidente que el fideicomitente pretende lograr un beneficio adicional que le permita incrementar el fondo dado en fideicomiso, ya sea en su provecho o en el del fideicomisario. El fiduciario para lograr este objetivo, realiza la inversión adquiriendo valores que producen un rendimiento o premio por la disposición temporal del fondo.²⁷⁸

En función de los instrumentos que se negocian, podemos clasificar las inversiones en mercado de dinero, mercado de capitales y mercado de metales.

²⁷⁶ Circulares Nos. 14421/751 de fecha 24 de abril de 1970 y 808 de fecha 1º de noviembre de 1979, emitidas por la Comisión Nacional Bancaria y de Seguros. También se puede consultar las circulares 1327-46 de 2 de febrero y 816-45 de 22 de enero de 1948, que ya mencionaban los fideicomisos de inversión y garantía.

²⁷⁷ Batiza, Rodolfo, *op. cit.*, supra nota No. 11, p. 173 y ss.

²⁷⁸ Castrillón y Luna, Víctor M. *Contratos mercantiles*. Editorial Porrúa, México, 2003. p. 347.

El mercado de dinero se origina en la relación de oferentes y demandantes de fondos a corto plazo; este mercado existe porque por un lado particulares, empresas, gobiernos e intermediarios financieros tienen fondos temporalmente ociosos, que esperan les genere una utilidad y, por otro lado, hay particulares, empresas y gobiernos que necesitan financiamientos temporales.

Entre los instrumentos que se manejan en el mercado de dinero tenemos los pagarés a corto plazo, depósitos a la vista, pagarés y aceptaciones bancarias, Certificados de la Tesorería de la Federación, etc., cabe señalar que estos instrumentos se caracterizan por su nivel elevado de seguridad en cuanto a la recuperación del principal, por ser altamente negociables y tener un bajo nivel de riesgo

El mercado de capitales se origina de la oferta y la demanda de préstamos financieros a largo plazo; normalmente estos fondos se emplean en la adquisición de activos fijos y en la ejecución de programas que permitirán la existencia de las organizaciones. Los instrumentos más usuales son las obligaciones, los bonos y certificados bursátiles bancarios, los bancarios, las acciones de las empresas cotizadas en bolsa, etc.

El mercado de metales preciosos es el mercado especulativo por excelencia, ya que el comportamiento de la economía mundial altera el precio de los metales y la cotización de éstos en México está basada en la cotización internacional de los mismos, entre los más importantes están las onzas troy de plata, los centenarios, etc.²⁷⁹

Desde el punto de vista del rendimiento a obtener, pueden ser de instrumentos de deuda, anteriormente llamados de renta fija, en los que desde el momento de cerrar la operación se conoce el rendimiento que va a producir, como por ejemplo los pagarés emitidos por un banco para captar dinero del público inversionista, que a su vez coloca mediante diversos tipos de crédito entre el público que requiere financiamiento. Tenemos

²⁷⁹ Villegas H., Eduardo y Rosa Ma. Ortega O., *op. cit.* supra nota No. 96, p.276 y 277.

también dentro de éste rubro la adquisición de valores gubernamentales, como son los Certificados de la Tesorería de la Federación conocidos como CETES, cuya colocación conjuntamente con los demás instrumentos gubernamentales, representa la deuda interna del país. Asimismo se puede invertir en valores denominados de renta variable, como las acciones que se cotizan en la bolsa de valores que permiten a las empresas emisoras de dichas acciones captar del público inversionista las cantidades que conforman su capital social, para así contar con los recursos necesarios para llevar a cabo sus proyectos.

La regulación sobre los fideicomisos de inversión, la encontramos en el artículo 81 de la ley bancaria, que establece que todas las operaciones con valores que se lleven a cabo en cumplimiento de fideicomisos, deberán realizarse conforme a lo previsto en la propia ley de Instituciones de Crédito, en la Ley del mercado de Valores y en las disposiciones de carácter general que al efecto emita el Banco de México.

Sobre ese particular Banco de México emitió las circulares 1/2005 y 1/2005 Bis 1, mediante las cuales dispone que en los contratos de fideicomiso cuyo patrimonio sea destinado a la inversión, se deberá pactar: i) el procedimiento a seguir para invertir los recursos líquidos; ii) la forma como se procederá en caso de que dicha inversión no pueda realizarse conforme al procedimiento previsto; iii) la clase de bienes, derechos o títulos en los que se podrán invertir los recursos líquidos que integren el patrimonio de dicho Fideicomiso; iv) los plazos máximos de las inversiones; v) las características de las contrapartes con quienes tales inversiones podrán realizarse; vi) tratándose de inversiones en valores, títulos de crédito u otros instrumentos financieros, las características de sus emisores y en su caso, la calificación de tales valores, títulos o instrumentos, y vii) que los fondos que reciban las Fiduciarias que no se inviertan de manera inmediata conforme a los fines del Fideicomiso de que se trate, deberán ser depositados en una Institución de Crédito a más tardar el día hábil siguiente al que se reciban, en tanto se aplican al fin pactado en el contrato de fideicomiso respectivo, así como que de realizarse el depósito en la institución de crédito que actúe como fiduciaria, éste deberá devengar la tasa más alta que dicha Institución pague por operaciones al mismo plazo y monto similar, en las mismas fechas en que se mantenga el depósito.

Por otro lado, tenemos al fideicomiso de administración, como se le conoce a aquel en que el fideicomitente entrega bienes muebles, inmuebles o derechos al fiduciario para que se encargue de su manejo y canalización de los frutos que genere y posteriormente los distribuya en los términos pactados; este manejo puede incluir, en el caso de bienes inmuebles, la celebración de contratos de arrendamiento, del cobro de renta, de la promoción de juicios de desahucio, del pago de los diversos impuestos que gravan la propiedad raíz, etc.; en el caso de bienes muebles, como por ejemplo acciones de alguna sociedad, el ejercicio de los derechos corporativos y pecuniarios derivados de dichos títulos, como sería asistencia a asambleas de accionistas, cobro de dividendos, etc.; todo ello en beneficio del beneficiario.

Lo que se pretende encuadrar en el concepto de fideicomiso de administración es el hecho de que el fiduciario reciba los bienes materia del mismo para su guarda, conservación y aplicación o distribución de acuerdo a lo pactado en el contrato; obviamente que existe una diversidad enorme de este tipo de contratos, pero de manera ilustrativa podemos mencionar como ejemplo los fideicomisos en los que el fiduciario recibe inmuebles y en su caso recursos provenientes de los propios fideicomitentes o de financiamientos que éstos obtengan, para administrar dichos recursos y canalizarlos al desarrollo de obras, como pudiera ser de infraestructura carretera, centrales de abastos, centrales camioneras, desarrollos habitacionales para personas de escasos recursos, para desarrollos turísticos, hoteleros y de tiempo compartido, parques industriales, etc.; el fiduciario, como ya dijimos, recibe los recursos, procede a su inversión para que no estén ociosos y de acuerdo a lo establecido celebra los contratos de obra y de supervisión, en su caso y conforme se vaya dando el avance de obra, entregará al contratista por ministraciones el fondo del fideicomiso y una vez concluida la obra, procederá de acuerdo al negocio de que se trate, ya sea a transmitir a los fideicomisarios o a terceros la propiedad de los locales, naves industriales o viviendas que resulten o bien, a recibir el producto de su explotación, para posteriormente distribuirlo entre los fideicomisarios de acuerdo a lo pactado.

También se puede constituir el fideicomiso para administrar fondos, como es el caso de los fideicomisos para el manejo de fondos de previsión social, donde el fiduciario recibe aportaciones de las empresas y de los trabajadores para proceder a su inversión y administración, como es el caso de los fondos de ahorro, donde incluso el fiduciario otorga préstamos a los propios trabajadores con cargo a las aportaciones recibidas, recibe el pago y llegado el vencimiento del período de vigencia anual, distribuye entre los trabajadores, de acuerdo a sus aportaciones, el fondo del fideicomiso, conjuntamente con los productos y rendimientos generados.

Adicionalmente a aquellos fideicomisos que tiene como finalidad la administración de recursos y de bienes inmuebles, tenemos los que se constituyen con una materia compuesta con derechos o bienes muebles, tales como los que se destine a la explotación de inventos, patentes o marcas o los que tengan como finalidad recibir acciones de una sociedad para ejercer los derechos corporativos y pecuniarios derivados de las mismas, etc.

Por otra parte, el fideicomiso de garantía es utilizado para asegurarle al fideicomisario el cumplimiento de una obligación a cargo del fideicomitente o de un tercero, mediante la transmisión de la propiedad de bienes o la titularidad de derechos.

El fideicomiso de garantía sustituye a la figura típica que es el mutuo con interés y garantía hipotecaria.²⁸⁰

Este instrumento se implementa cuando las personas físicas o morales requieren garantizar a terceros el debido cumplimiento de una obligación a su cargo o bien asumir el carácter de garantes con bienes propios, pero por adeudo ajeno. Así, a través de este tipo de fideicomisos, pueden otorgar una garantía suficiente y de mayor seguridad, distinta a las tradicionales garantías como la fianza, la prenda y la hipoteca, obteniendo mayores ventajas, en virtud de que al operar la transmisión jurídica de la propiedad en favor del fiduciario, para su ejecución no se requiere de formalidades judiciales, sino que mediante

²⁸⁰Dávalos Mejía, Carlos Felipe. *Títulos y Operaciones de Crédito*. Tercera edición, Editorial Oxford University Press, México, 2006. p. 610.

un procedimiento convencional que el fideicomitente (deudor o garante) y el fideicomisario (acreedor) pactan en el acto constitutivo del fideicomiso, el fiduciario, al darse el evento del incumplimiento procede a la venta o adjudicación de los bienes o derechos y con el producto cubre las obligaciones garantizadas y en caso del debido cumplimiento, procederá a revertir los bienes o derechos al fideicomitente.

Finalmente estaremos frente a un fideicomiso traslativo de dominio, cuando se establece como fin que el fiduciario transmita la propiedad de los bienes o la titularidad de los derechos materia del fideicomiso al fideicomisario o a la persona que éste señale, una vez que se hayan cumplido las condiciones estipuladas o reunido los requisitos establecidos en el contrato respectivo.

Es necesario hacer la observación de que todos los fideicomisos son traslativos de dominio, es decir que en todo fideicomiso se transmite el dominio del bien o la titularidad del derecho en favor del fiduciario, por lo que no debe confundirse con la posibilidad de que existan fideicomisos en los que no se transmite la propiedad de los bienes, sino que para entender esta clasificación debemos aplicar el concepto de revocabilidad que analizamos anteriormente respecto de un bien inmueble, es decir cuando el fideicomitente pierde el derecho a readquirir los bienes, será el fideicomisario quién dé instrucciones al fiduciario para que transmita los mismos, ya sea al propio fideicomisario, si es que tiene la capacidad legal para ello o a la persona o personas que aquel indique.

Como ejemplo de éste tipo de fideicomisos tenemos los constituidos en favor de extranjeros respecto de inmuebles ubicados en la llamada zona restringida de 100 Km. a lo largo de la frontera y de 50 en las playas, en los que el fideicomitente recibe una contraprestación por la afectación fiduciaria y no se reserva derecho alguno sobre el fideicomiso, otorgando el fiduciario al fideicomisario el uso y aprovechamiento del inmueble, teniendo éste último la facultad de instruir al fiduciario para transmitir los bienes, haciendo suyo el producto de la enajenación.

En general consideramos insuficiente esta clasificación ya que es tan versátil la figura, que los fines pueden tener características de inversión, administración e incluso de garantía, aunque siempre habrá que buscar el elemento principal en la voluntad del fideicomitente para ubicar dentro de los fines el más relevante, que nos permita ubicarlo dentro de alguno de los tipos de ésta clasificación.

Dependiendo de las cargas que se establezcan para las partes en el contrato constitutivo, los fideicomisos pueden clasificarse en onerosos y gratuitos.

Esta clasificación también está íntimamente ligada con la revocabilidad del fideicomiso, ya que las causas que motivan la clasificación de fideicomisos revocables e irrevocables por regla general son las mismas que la establecida en el artículo 1837 del Código Civil Federal en lo tocante a los contratos onerosos y gratuitos. En efecto dicho precepto establece que el contrato oneroso es aquel en que se estipulan provechos y gravámenes recíprocos y gratuito aquel en que el provecho es solamente de una de las partes.

La gratuidad del fideicomiso se refiere a la falta de contraprestación del fideicomisario hacia el fideicomitente, a cambio del beneficio que éste le otorga.²⁸¹

Cuando el fideicomitente afecta los bienes en fideicomiso sin recibir contraprestación alguna, como una liberalidad, el contrato es gratuito y normalmente se reserva el derecho de revocarlo y por el contrario cuando recibe un pago por ello el contrato será oneroso y se pactará con el carácter de irrevocable.

En lo referente al fiduciario, la clasificación del contrato en onerosos o gratuito no depende de la remuneración que éste reciba por su participación, ya que las instituciones que prestan el servicio están constituidas con la finalidad de generar utilidades, aunque excepcionalmente no reciba honorarios por su actuación; por ejemplo al convenirle por prestigio manejar el negocio gratuitamente, como los constituidos para recaudar fondos

²⁸¹ Krieguer Vázquez, Emilio, *op. cit.*, supra nota No. 15, p. 88.

para damnificados de un desastre natural o en algunos otros casos por la magnitud de los recursos a manejarse, que serán invertidos en la propia institución y por ende colocados vía financiamiento con el consiguiente beneficio en la intermediación del crédito y entonces los honorarios fiduciarios son eliminados. Sin embargo reiteramos que por el hecho de que el fiduciario reciba o no una remuneración, no clasifica al contrato de oneroso o gratuito, sino que esta característica la dará la contraprestación que reciba el fideicomitente por la afectación de los bienes.

Otra de las clasificaciones que usualmente se dan al fideicomiso depende de la existencia del fideicomisario, ya que como hemos comentado anteriormente, el artículo 382 de la Ley de Títulos y Operaciones de Crédito permite la existencia de fideicomisos sin señalar fideicomisario, siempre que el fin sea lícito y determinado y conste la aceptación del encargo por parte del fiduciario; en éstos casos normalmente el fideicomitente es quien recibe los beneficios, pero puede establecerse como finalidad el canalizar recursos al mejoramiento del medio ambiente, por ejemplo, en cuyo caso no existirá un fideicomisario determinado o incluso puede señalarse que los fondos se destinen al otorgamiento de premios a investigadores o becas para personas que reúnan determinadas características, incluso sin la participación del fideicomitente por haber fallecido o simplemente porque no se reserve derecho alguno sobre el fideicomiso.

En estos casos vemos claramente la esencia del fideicomiso, ya que el fiduciario deberá cumplir estrictamente con los fines señalados por el fideicomitente, para ello es la encomienda de confianza que le da la certeza al creador del fideicomiso de que su voluntad será cumplida aún y cuando él ya hubiere fallecido o simplemente no participe activamente en la toma de decisiones para la ejecución de los fines establecidos.

En los fideicomisos a que se refiere el párrafo anterior, la supervisión del correcto negocio corresponderá a la Comisión Nacional Bancaria y de Valores, que es el órgano encargado de vigilar y supervisar a las entidades financieras en la realización de actividades previstas en las leyes respectivas, como es el caso de los fideicomisos, acorde a lo señalado por el artículo 4 de la Ley de la Comisión Nacional Bancaria y de Valores. Por lo que se refiere al ejercicio de los derechos para exigir al fiduciario el correcto

cumplimiento de los fines, lo ejercerá el Ministerio Público, según lo dispone el artículo 390 de la Ley de Títulos y Operaciones de Crédito.

Respecto de los fideicomisos constituidos con designación de fideicomisario, independientemente de la supervisión que lleve a cabo el órgano desconcentrado arriba citado, corresponderá al propio fideicomisario el ejercicio de los derechos respectivos frente al fiduciario y en caso de ser incapaz, los tendrá quién ejerza la patria potestad, su tutor o incluso el propio Ministerio Público, sin perjuicio de los derechos que se haya reservado el fideicomitente en el contrato respectivo.

Por lo que se refiere a los fideicomisos en Latinoamérica, en Venezuela la primera clasificación que encontramos es la que va dirigida a distinguir los fideicomisos para personas físicas y jurídicas del sector privado y las del sector público, dentro de los cuales se dividen en fideicomiso de inversión, administración, educación y garantía. Karen Peña hace un desglose de los tipos de fideicomisos más utilizados en la práctica venezolana, los divide en de inversión, de administración, prestaciones sociales, cajas de ahorro, Hospitalización, pensiones y jubilaciones, testamentario, garantía, etc.²⁸²

La clasificación de la fiducia en Colombia tiene básicamente los mismos lineamientos que en el resto de los países latinoamericanos. Su sistematización se basa principalmente, como lo señala Rodríguez Azuero, en el contenido empírico que conforma este tipo de contratos mercantiles, desarrollados y perfeccionados a lo largo del tiempo por su utilización cotidiana y ajustados, además con base en las experiencias derivadas de las inevitables dificultades que a veces se encuentran y muy especialmente, las lecciones que pueden deducirse de los numerosos laudos que con relación a los mismos se han dictado.²⁸³

Para este autor se pueden clasificar desde cuatro puntos de vista. Un primer criterio, basado en la función económica que cumple el contrato, los distingue en negocios de administración, inversión, titularización o garantía. El segundo criterio reconoce el negocio

²⁸² Peña Collazo, Karen. Aspectos básicos de la gestión Fiduciaria en Venezuela. En Memorias del XV Congreso Latinoamericano de Fideicomiso celebrado en Panamá, septiembre de 2005. disponible en http://www.felaban.com/memorias_congreso_colafi_2005_2.php

²⁸³ Rodríguez Azuero, *op. cit.*, supra nota No. 11, p. 379.

por la naturaleza del bien objeto del negocio o en torno al cual se estructuran los servicios prestado por el fiduciario, como sería una fiducia inmobiliaria, o de inversión de dinero, etc. El tercer criterio se integra desde la perspectiva del sujeto que interviene como fideicomitente, es decir, se puede clasificar en fiducia pública y fiducia privada. Finalmente, de acuerdo a los criterios de carácter contable dictado por la Superintendencia Bancaria, los negocios de fiducia se clasifican en cinco tipos: Fideicomiso de inversión, fideicomiso inmobiliario, fideicomiso de administración, otros fideicomisos y fideicomisos de garantía y por último los fideicomisos de seguridad social.²⁸⁴

Argentina sigue prácticamente el mismo criterio de clasificación, pues conforme a la Comisión Nacional de Valores, pueden ser: Fideicomiso común u ordinario, que se constituye en beneficio de una persona física o jurídica determinada o individualizable conforme a los datos que consten en el respectivo instrumento; el fiduciario puede ser cualquier persona física o jurídica, aunque si se ofrece al público la función, entonces estará reservada a entidades financieras y sociedades autorizadas e inscritas en el registro de la citada comisión. El fideicomiso de administración es aquel en el cual se transfiere la propiedad de bienes a un fiduciario para que los administre conforme a lo establecido por el constituyente, destinando lo producido al cumplimiento de la finalidad señalada en el contrato. El fideicomiso de inversión es todo negocio con transmisión en propiedad fiduciaria que tenga como finalidad principal o específica la inversión, por medio de un fiduciario de los recursos financieros, con arreglo a las instrucciones o reglamento establecido por el o los constituyente, para beneficio de éstos o de terceros (beneficiario y fideicomisario) para aplicarlos a los fines predeterminados. En el fideicomiso de garantía se transfiere al fiduciario los bienes para garantizar con ellos, o con sus productos, el cumplimiento de ciertas obligaciones a su cargo o a cargo de terceros, designando como beneficiario al acreedor o a un tercero, en cuyo favor, en caso de incumplimiento, se pagará una vez realizados los bienes el valor de la obligación o el saldo insoluto de ella, conforme a lo pactado en el contrato.²⁸⁵ Finalmente el fideicomiso financiero es aquel que está sujeto a las reglas precedentes, en el cual el fiduciario es una entidad financiera o una

²⁸⁴ *Ibid.*, p. 380.

²⁸⁵ Kipper, Claudio y Lisoprawsky, Silvio. *Obligaciones y responsabilidades del fiduciario*. Editorial de Palma, Buenos Aires, 1999, p. 1.

sociedad autorizada por la Comisión Nacional de Valores, para actuar como fiduciario y beneficiario con los titulares de certificados de participación en el dominio fiduciario o de títulos representativos de deuda garantizados con los bienes del fideicomiso.²⁸⁶

En cuanto a Francia, consideramos que derivado de las recientes reformas al articulado de su Código Civil, cabría una clasificación en fiducia de gestión, fiducia de garantía o de transmisión a título oneroso exclusivamente.²⁸⁷ Evidentemente que los fines de administración y gestión le otorgan una gran flexibilidad para desarrollar la figura en forma semejante a los países que desde hace tiempo lo tienen instituido, por lo que fuera de las limitantes que tiene en cuanto a la prohibición de gratuidad de la afectación y la obligación de que los constituyentes sean contribuyentes del impuesto sobre sociedades, pensamos que se irá desarrollando paulatinamente.

Por lo que toca a la fiducia en Canadá, el propio Código Civil de *Québec* da pauta a clasificarla desde diversos puntos de vista, como a continuación lo veremos.²⁸⁸

De acuerdo con el artículo 1262 del código citado, en cuanto a su forma de constitución, la fiducia puede clasificarse en voluntaria, legal y judicial, la primera es referida a aquella que se constituya por manifestación expresa de la voluntad, es decir, por contrato o por testamento. La segunda cuando se constituya por disposición expresa de la ley y la tercera cuando su constitución provenga de una resolución judicial, como por ejemplo para garantizar el pago de alimentos, según lo contempla el Art. 591 del citado Código, mismo que establece que para el caso de que el tribunal lo estime conveniente puede ordenar la constitución de una fiducia destinada a garantizar dicho pago.

El mismo dispositivo legal nos da la pauta a clasificar la fiducia canadiense, desde la perspectiva de la naturaleza del acto, ya que señala que puede ser de carácter oneroso o gratuito. La primera normalmente constituida a través de contrato y la segunda mediante

²⁸⁶ Cristá, María José. “El fideicomiso en la República Argentina” en En Nasarre Aznar, Sergio y Martín Garrido, Melero, *op.cit.* supra nota No. 36, p. 219 y 220.

²⁸⁷ Ver Artículos 2013, 2018, 2025 del Código Civil Francés.

²⁸⁸ Ver Artículos 1262, 12, del Código Civil

testamento, aunque nada impide que se constituya mediante contrato a título gratuito. Sobre este punto consideramos que la calidad de oneroso o gratuito puede considerarse desde la relación que se origina entre el constituyente y el beneficiario, así como desde la óptica de la actuación del fiduciario frente al beneficiario.

En cuanto a las finalidades buscadas, a lo que señalan los artículos 1266 y siguientes del mismo código, la fiducia puede clasificarse en personal, de utilidad privada y de utilidad social. La fiducia personal se constituye a título gratuito en beneficio de persona determinada o determinable que se presume acepta el beneficio, como sería el caso de una fiducia para la previsión de tipo familiar.

La fiducia de utilidad privada es aquella que tiene por objeto la construcción, mantenimiento o conservación de un bien corporal o la afectación del bien a un uso determinado, sea en beneficio indirecto de una persona o en su memoria, o a cualquier otra finalidad de naturaleza privada, como sería un monumento a la memoria de determinada persona. También se considera de utilidad privada la fiducia de carácter puramente mercantil que es constituida con el carácter oneroso para obtener un beneficio por medio de la colocación de inversiones en la que participen de los beneficios el constituyente o las personas que éste designe.

Finalmente la ley contempla la fiducia dirigida a realizar proyectos de beneficio social, tales como los de carácter cultural, educativo, filantrópico, religioso o científico, los cuales no deberán tener como objeto esencial la explotación de una empresa.

Como hemos podido apreciar a lo largo del presente punto, pretender establecer una clasificación de los fideicomisos en forma exhaustiva, resulta infructuoso e inútil en virtud de la amplitud de los propósitos y finalidades que se pueden lograr, por ello existen otras muchas clasificaciones que la doctrina ha elaborado, pero que incluirlas rebasaría el motivo del presente trabajo, sin embargo hemos pretendido señalar las más significativas en función del tema central que más adelante habremos de desarrollar.

3.6. Efectos.

En el derecho anglosajón es común la aplicación de la relación fiduciaria, que por cierto, no se aplica únicamente al *trust*, sino que se emplea para cualesquiera otros actos jurídicos en los que surja un vínculo personal entre las partes. Cuando dos partes se vinculan bajo un esquema que implica una dependencia o a la especial confianza de una hacia la otra se utiliza el vocablo *trust*, que abarcan casos de mandato, depósito, albaceazgo, tutela, etc.²⁸⁹ Rodríguez Azueromenciona que el término *trust* utilizado *latu sensu* corresponde a lo que en los sistemas de tradición romanista se conoce como relación *intuitu personae* y que bajo la óptica del derecho anglosajón cuando hay una relación fiduciaria en los términos descritos, para los jueces ingleses supone la aplicación de claros principios de equidad e implica una calificación de la gestión para velar porque haya habido imparcialidad, justicia, dedicación, fidelidad, franqueza, lealtad y buena fe, en virtud de que estas conductas son esperadas en una comunidad de las personas de bien y de los gestores profesionales especializados, a quienes se les exige un comportamiento particularmente ejemplar, por ser a quienes se llega a depositar la mayor confianza.²⁹⁰

En la figura en estudio, es evidente que un aspecto fundamental lo constituye precisamente la relación fiduciaria que surge de la encomienda de confianza que el constituyente otorga al *trustee* para llevar a cabo ciertas actividades en provecho del *cestui que trust*; dicha relación se da no sólo en forma personal, sino también respecto de los bienes, ya que presupone obligaciones de equidad que constriñen al *trustee* a utilizarlos en beneficio de una tercera persona.

El punto medular del *trust* se encuentra en la relación fiduciaria que nace entre el *trustee* y el beneficiario como consecuencia de su creación y se da entre estos dos participantes, en virtud de que una vez constituido, el *settlor* normalmente desaparece de la escena, por lo que el beneficiario, dadas las características y naturaleza de la figura tiene que confiar en gran medida en el *trustee*, mientras que éste último tiene el deber de actuar a favor de los intereses del beneficiario. Esta relación no es sólo una simple relación de

²⁸⁹ Scott, *op.cit.* p. 38. citado por Batiza, *op. cit.*, supra nota No. 11, p. 52.

²⁹⁰ Rodríguez Azuero, *op. cit.*, supra nota No. 11, p. 25.

negocios, sino que da lugar a los denominados *fiduciary duties* que colocan al *trustee* con un deber de actuar con estricta honestidad y franqueza, exclusivamente en beneficio de los intereses del beneficiario. Así en la *trustee Act 2000*²⁹¹ se señala como “deber de cuidado” o *duty of care* que el *trustee*, en el ejercicio de su función, debe actuar con el cuidado y la habilidad razonablemente necesarias, de acuerdo a las circunstancias del caso, tomando en consideración cualquier conocimiento o experiencia especial que tenga, que manifieste tener o que se espere de una persona exitosa en el negocio o la profesión relacionada.

De acuerdo con Scott, en el *trust* la relación fiduciaria se incorpora íntegramente, ya que las obligaciones del *trustee* frente al beneficiario y los derechos que éste último tiene respecto de los bienes, representan sólo una parte de la relación fiduciaria, siendo necesario incorporar la relación de las partes respecto a los bienes, así el *trust* consiste, en su conjunto, en la relación que liga a las partes con referencia a bienes determinados que son su objeto y que comprende, no sólo obligaciones del *trustee* frente al beneficiario y frente a terceros, sino también los derechos y privilegios, las facultades e inmunidades del beneficiario frente al *trustee* y a terceros.²⁹²

En cuanto a las facultades del *trustee*, éste está obligado a desarrollar múltiples actividades, todas aquellas que sean necesarias para cumplir con la finalidad del *trust*, teniendo como límite la licitud y la voluntad del *settlor*; estas actividades suponen un mínimo igual de facultades que permitan al *trustee* la realización del negocio, pero en todo caso, debe cuidar el patrimonio y actuar con el cuidado, pericia y honradez con que actuaría si se tratase de negocio propio o fuera su patrimonio personal.

Dentro de la obligación de cuidar y conservar los bienes, se contempla el pago de impuestos, derechos o intereses de cualquier clase que graven el patrimonio; deberá además asegurar los bienes inmuebles. En caso de que falte dinero para cubrir los gastos de mantenimiento, el *trustee* puede recurrir a la venta de algunos bienes y aun solicitar

²⁹¹ Ver: Trust Act 2000 Disponible en la World Wide Web:
<http://www.opsi.gov.uk/ACTS/acts2000/20000029.htm>

²⁹² Batiza, Rodolfo, *Op. et loc. cit.*

créditos ofreciendo aquellos como garantía, todo ello previa notificación que se haga a los beneficiarios, quienes se pueden oponer aportando por sí mismos la cantidad requerida al efecto.

Salvo disposición contraria en el acto constitutivo, desde el momento en que acepte su designación el *trustee* deberá tomar posesión inmediata de los bienes y proceder a su registro, haciendo constar la existencia del *trust* y el carácter que se le otorga y con base en ese carácter, realizar todos los actos necesarios para la protección y conservación de los bienes y defenderlos contra cualesquiera ataques provenientes de tercero, del beneficiario e incluso del propio *settlor*.

Tratándose de la inversión de las cantidades líquidas que formen parte del *trust*, la *Trustee Investment Act*, de 1961, otorga al *trustee* la facultad de invertir una parte en diversos instrumentos de inversión, sujeto a las limitantes que la propia ley establece, pero con mayor diversificación que antes de la vigencia de la ley, cuando sólo podían invertir en valores emitidos por el gobierno británico o de algún otro país del *commonwealth* y colonias.²⁹³ En estos casos el *trustee* puede recurrir a un consejo técnico, pero ello no lo libera de la necesidad de obrar prudentemente, en cuyo defecto no se le exime de responsabilidad.

Por lo que se refiere al destino de las rentas que genere el patrimonio del *trust*, la *Trustee Act of 1925*, en sus secciones 31 y 32, otorga al *trustee* la facultad de aplicar las rentas que genere el *trust* para la manutención, educación o beneficio del *cestui que trust* que sea menor de 18 años y para anticiparle hasta el 50% del capital que le corresponde, sin embargo hay que señalar que estas disposiciones son supletorias de lo dispuesto en el acto constitutivo del *trust*, donde el *settlor* fija la forma en que habrá de actuar el *trustee*.

En el *trust* expreso el *trustee* asume libre y voluntariamente las obligaciones especificadas por el constituyente en el acto constitutivo por lo que debe actuar con lealtad y buena fe en los asuntos que afecten al beneficiario, por lo que es responsable de la

²⁹³. Philip, James S. *op. cit.*, supra nota No. 106, p. 418.

infracción al *trust*, ya sea por incompetencia, por su pasividad, por disponer de los fondos en el propio interés, o por no disponer de los bienes en beneficio exclusivo de los beneficiarios, o por cualquier otra razón, salvo que la ley o el propio *trustee* limiten su responsabilidad.²⁹⁴

El *trustee* debe actuar conforme a lo establecido en el acto constitutivo del *trust*, o de lo que le permita la ley, ya que cualquier exceso en sus facultades, lo hace personalmente responsable por cualquier pérdida o menoscabo en los bienes; sin embargo en la sección 61 del *Trustee Act* arriba citado, se señala que los tribunales pueden eximir al *trustee* de la responsabilidad personal cuando hayan actuado de buena fe.

Dentro de los derechos que le corresponden al *cestui que trust*, evidentemente que en primer lugar se encuentra el de disfrutar los beneficios que le otorgue el acto constitutivo del *trust*, así como a obligar al *trustee*, incluso judicialmente, a administrar los bienes de acuerdo a lo establecido en el propio acto constitutivo.

En caso de exceso de las facultades o incumplimiento del *trustee* a lo pactado, el *cestui* tiene acción personal en contra de aquel para obligarlo a cumplir conforme a lo pactado, realizar la persecución de los bienes en caso de que estos hubieren salido del patrimonio del *trustee* o reclamar los bienes adquiridos con el producto de ellos, o incluso la de ejercer acción penal en contra de aquel.

Cabe señalar que conforme a la sección 21 de la *Trustee Act* arriba mencionada, las acciones de los *cestuis que trust* por esos conceptos, prescriben en el término de 6 años contados a partir de que se dé el incumplimiento o desde el momento en que el *cestui* hubiere tomado posesión de sus derechos si la violación se dio antes de ese momento, pero no existe término de prescripción cuando se haya cometido fraude o cuando se trate de perseguir los bienes.

²⁹⁴ Reyes Barrada, Orellana. “La responsabilidad del *Trustee* en el *trust* inglés. En particular las llamadas *Tracing rules*” en Nasarre Aznar, Sergio y Martín Garrido, Melero, *op. cit.* supra nota No. 36, p. 87.

Por lo que toca al fideicomiso o fiducia, la relación que surge de su constitución es muy similar, ya que el fiduciario se ve constreñido a actuar y destinar los bienes que le son transmitidos a favor del beneficiario o del fin para el que fue creado, según sea el caso, sin embargo, la diferencia fundamental la encontramos en que dicha relación se da en que el constituyente no desaparece de la relación, como generalmente sucede en el *trust*, (salvo que así se pacte en el acto constitutivo), sino que normalmente mantienen un papel activo en tanto en la administración, como en la aplicación del patrimonio y la vigilancia en la actuación del fiduciario, como lo veremos a continuación.

Por lo que se refiere al derecho mexicano hemos venido manifestando a lo largo de la presente investigación, que en el fideicomiso encuadra la más amplia gama de posibilidades en la ejecución de la voluntad del fideicomitente, esto implica una relación jurídica compleja como resultado de la combinación de los diversos factores que intervienen en el acto constitutivo, como son las partes, la conformación de la materia, la diversidad de los fines, etc. Ésta diversidad de factores generan derechos y obligaciones para las partes que provienen directamente de la ley o del contrato mismo; a continuación analizaremos las más importantes.

Las atribuciones que tiene el fideicomitente podemos dividir las en aquellas que en su favor derivan de la propia ley, del cumplimiento de los fines del fideicomiso mismo y aquellas que el propio fideicomitente se reserve en el texto del contrato.

Como derechos que la Ley General de Títulos y Operaciones de Crédito concede al fideicomitente como parte de la naturaleza del fideicomiso, entre los principales tenemos los siguientes:

Conforme al artículo 381, tiene la facultad para determinar los fines del fideicomiso y por ende los términos y condiciones que habrán de sujetarse las partes para el cumplimiento de los mismos.

Tiene también, de acuerdo a lo dispuesto por los artículos 382 y 383 con relación al 394 fracción II, el derecho de designar uno o varios fideicomisarios para que reciban

simultánea o sucesivamente el provecho del fideicomiso, siempre que no se sustituya una por muerte de lo anterior, salvo de que se trate de personas que estén vivas o concebidas a la muerte del fideicomitente.

Al ser el creador del fideicomiso, tendrá la facultad de elegir a la institución fiduciaria con la que celebrará el contrato respectivo, incluyendo la posibilidad de hacerlo con dos o más instituciones, para que conjunta o sucesivamente desempeñen el cargo fideicomiso, así como los términos en que habrán de sustituirse, en caso de que así se haya pactado en el contrato, incluso por renuncia o remoción del cargo tal y como lo contempla el artículo 385 de la citada ley.

Sobre este particular consideramos que no es muy conveniente hablar de designación de fiduciario, pues la designación implica un acto unilateral de voluntad del fideicomitente y por tanto la aceptación forzosa de la encomienda por parte del fiduciario al no tomar en cuenta su opinión; ya lo comenta Rojina Villegas al tocar el tema de la declaración unilateral de voluntad como fuente de las obligaciones: “La lógica jurídica nos advierte, por una intuición evidente por sí misma, que nadie puede por su voluntad crear obligaciones en otro sujeto, es decir auto conferirse derechos (...)”²⁹⁵

En cuanto al desempeño del fideicomiso en forma conjunta por varios fiduciarios, tampoco lo vemos viable, principalmente porque en nuestro sistema legal son instituciones y no personas físicas las encargadas de desempeñar el cargo de fiduciario, lo que hace impráctico esta disposición. Lo que sí podría ejercer el fideicomitente es la facultad de fijar en el contrato de fideicomiso la forma en que podrán sustituirse las instituciones fiduciarias, en caso de así requerirse para el cumplimiento de los fines y de convenirlo por supuesto las propias instituciones.

Un derecho importante con que cuenta el fideicomitente, derivado de la naturaleza propia de la figura, consiste en la separación de los bienes en caso de concurso de la institución fiduciaria. Por tratarse de un patrimonio autónomo, separado de los bienes de

²⁹⁵ Rojina Villegas, Rafael, *op. cit.* Tomo III, supra nota No. 120, p. 200.

libre disposición del fiduciario, que se encuentra afecto al cumplimiento de un fin específico, los bienes que conformen el patrimonio de un fideicomiso no seguirán la suerte de la masa de bienes propiedad de una institución financiera cuando ésta entre a concurso mercantil o liquidación, ya que precisamente los bienes que conformen el patrimonio de los fideicomisos respecto de los cuales ostente el cargo de fiduciario, estarán afectos al fin establecido en el mismo, razón por la cual dichos bienes estarán identificados en contabilidades especiales y separados de los bienes de libre disposición de la institución. Al efecto el artículo 28 con relación al 122 bis 22, ambos de la Ley de Instituciones de Crédito, establecen que en caso de liquidación de alguna institución de crédito, el liquidador deberá proceder a la sustitución de los deberes fiduciarios, lo cual deberá convenirse con una institución de crédito que cumpla con los requerimientos de la propia Ley.

Asimismo tendrá derecho a la separación de los bienes en caso de concurso del fideicomisario, cuando este tenga la posesión de los bienes. Por las mismas razones señaladas en el punto inmediato anterior, así la Ley de Concursos Mercantiles, establece en su artículo 70 que los bienes en posesión del Comerciante que sean identificables, cuya propiedad no se le hubiere transferido por título legal definitivo e irrevocable, podrán ser separados por sus legítimos titulares mediante el ejercicio de la acción respectiva ante el juez que conozca del concurso mercantil. Por tanto, de acuerdo al artículo 71 fracción VII, inciso a) de dicho ordenamiento legal, podrán separarse del concurso del comerciante fideicomitente o fideicomisario aquellos bienes que éste deba restituir por estar en su poder en virtud de un fideicomiso, correspondiendo al fideicomitente o al fideicomisario, según sea el caso, el ejercicio de éste derecho.

Además conforme al artículo 393 de la Ley cambiaria, si no se pactó lo contrario, el fideicomitente tiene derecho a recibir los bienes que queden en poder de la institución fiduciaria una vez extinguido el fideicomiso. Esta disposición creemos que no tiene mayor relevancia cuando el fideicomiso ha sido constituido como una liberalidad del fideicomitente, pero respecto de un fideicomiso oneroso, cuando el fideicomitente recibe una contraprestación por la afectación fiduciaria o que el fideicomiso sea irrevocable y el

fideicomitente no se haya reservado el derecho de reversión, éstos corresponderían en todo caso al fideicomisario o a sus causahabientes, situación que deberá determinarse al momento en que se dé la extinción, por lo que en la práctica se hace necesario señalarlo expresamente en el contrato respectivo.

Además de los derechos que derivan para el fideicomitente de los fines del propio fideicomiso, así como de los que expresamente se reserve en el contrato de fideicomiso o en sus modificaciones, el segundo párrafo del artículo 386 de la ley cambiaria establece que en virtud de que los bienes que se den en fideicomiso se considerarán afectos al fin a que se destinan, por lo que sólo podrán ejercitarse respecto a ellos los derechos y acciones que al mencionado fin se refieran, salvo los que expresamente se reserve el fideicomitente, los que para él deriven del fideicomiso mismo o los adquiridos legalmente respecto de tales bienes, con anterioridad a la constitución del fideicomiso, por el fideicomisario o por terceros.

De la redacción del citado artículo se desprende que el fideicomitente al afectar en fideicomiso los bienes respectivos, los destina al cumplimiento de los fines que haya establecido en el contrato y al salir estos bienes de su esfera patrimonial, se extingue el derecho de disposición sobre los mismos, pues en adelante será el fiduciario quién ostente la propiedad de los bienes para el cumplimiento de tales fines y en principio el fideicomitente pierde todo derecho sobre ellos, pudiendo ejercer únicamente los derechos que en su favor se deriven de los fines del fideicomiso o los que se haya reservado expresamente a la constitución del mismo.

El derecho que obtiene el fideicomitente en virtud del contrato de fideicomiso, es de naturaleza personal frente al fiduciario para constreñirlo al cumplimiento de los fines del fideicomiso y para dar cumplimiento a las instrucciones que le gire para el ejercicio de los derechos que se haya reservado expresamente.

Como ejemplo de los derechos que se derivan de los fines del fideicomiso en favor del fideicomitente, tenemos el permitirle el uso y aprovechamiento de parte o la totalidad

de los bienes, el derecho de disponer de los productos o rendimientos que produzca el patrimonio, a instruir al fiduciario para gravarlos o darlos en garantía por financiamientos que obtenga dicho fideicomitente, etc.²⁹⁶ En general cualquier otro derecho que se señale o se derive del cumplimiento de los fines del fideicomiso.

En cuanto a los derechos que puede reservarse expresamente el fideicomitente en el cuerpo del contrato de fideicomiso, principalmente cuando designe un fideicomisario diverso de él, tenemos los siguientes:

En primer lugar, a la supervisión, solicitud de cuentas y remoción del fiduciario. Es evidente que el fideicomitente como aportante de los bienes al fideicomiso, tiene la facultad de reservarse el derecho de vigilar que el fiduciario cumpla con los fines encomendados, así como a solicitarle informes sobre el destino del patrimonio y en caso de incumplimiento a pedir su remoción en el cargo, salvo en los fideicomisos onerosos e irrevocables. Aunque dichos derechos le corresponden al fideicomisario por ser el beneficiario de los fines, el artículo 84 de la Ley de Instituciones de Crédito en su último párrafo así lo permite.

Tendrá derecho a modificar los términos y condiciones del fideicomiso. Igualmente el fideicomitente podrá reservarse el derecho de modificar el clausulado del fideicomiso de acuerdo a lo que estime pertinente, obviamente que podrá hacerlo siempre y cuando no afecte derechos de terceros, que hayan sido otorgados por el fiduciario en el cumplimiento de los fines del fideicomiso.

Nombramiento de un comité técnico que coadyuve con el fiduciario a la consecución de los fines. El artículo 80 de la ley bancaria dispone que en el acto constitutivo del fideicomiso o en sus modificaciones, se podrá prever la formación de un comité técnico, dar las reglas para su funcionamiento y fijar sus facultades. Aunque no se señala específicamente como una facultad exclusiva del fideicomitente, consideramos que salvo en los fideicomisos onerosos e irrevocables, podrá éste reservarse el derecho de

²⁹⁶ Al recibir los provechos del fideicomiso, se convierte en fideicomisario.

designar dicho cuerpo colegiado, que habrá de tener facultades de consulta y decisión para instruir al fiduciario sobre aquellas situaciones previstas o no en el clausulado del contrato, que ayuden a éste último a la consecución de los fines, señalando dicho dispositivo que cuando el fiduciario actúe en acatamiento de las instrucciones del comité, estará libre de toda responsabilidad.

Tendrá derecho a la transmisión de sus derechos de fideicomitente. No obstante que la ley sustantiva es omisa sobre el particular, consideramos que dada la naturaleza de los derechos personales o de crédito que implica el fideicomiso en forma bilateral, es aplicable la legislación común, cuyo código federal establece en su artículo 2030 que el acreedor (en nuestro caso el fideicomitente) puede realizar la cesión de sus derechos a un tercero, incluso sin contar con el consentimiento del deudor (fiduciario), salvo que la cesión esté prohibida por la ley o exista pacto en contrario en el propio contrato (de fideicomiso) o la naturaleza del derecho no lo permita.

Respecto de la revocación del fideicomiso, de acuerdo a lo señalado por la fracción VI del artículo 392 de la Ley cambiaria es causa de extinción de un fideicomiso la revocación hecha por el fideicomitente cuando se haya reservado éste derecho, lo que significa que cuando así se pacte en el contrato de fideicomiso, el fideicomitente tendrá en cualquier tiempo la facultad de darlo por concluido discrecionalmente o cuando se den los eventos previstos; pero para ello deberá necesariamente haberse reservado ese derecho expresamente.

Es importante destacar que los derechos que deriven del fideicomiso o que el fideicomitente se reserve expresamente, estarán supeditados al tipo de fideicomiso de que se trate, por lo que no debemos perder de vista si es de naturaleza onerosa o gratuita, revocable o irrevocable, pues dependerá de ello las facultades que el fideicomitente pueda disponer en el contrato correspondiente.

Por lo que toca a las obligaciones que tiene que asumir el fideicomitente, derivados de la celebración de un contrato de fideicomiso, a continuación analizaremos las más importantes.

Como primera obligación del fideicomitente al constituir el fideicomiso, es la de transmitir la propiedad de los bienes que destinará el fiduciario al cumplimiento de los fines establecidos y como consecuencia de ello, tendrá la obligación de responder al saneamiento para el caso de evicción respecto de esos bienes frente a la persona o personas a quienes se les trasmita la propiedad de los mismos, esto es, ya que el fiduciario los recibe para destinarlos única y exclusivamente a lo estipulado por el fideicomitente, por lo que realmente resulta lógico que sea éste último quién responda por la legitimidad de los mismos.

También tendrá la obligación de cubrir al fiduciario el monto de los honorarios que éste deba percibir por su intervención en el fideicomiso, salvo que en el contrato se haya establecido que los mismos serían con cargo al patrimonio del fideicomiso o a cargo del fideicomisario. A ésta obligación se asimila el reintegrar al fiduciario el monto de las cantidades que éste erogue por concepto de gastos administrativos.

Tendrá la obligación de cumplir con las disposiciones fiscales correspondientes a los bienes materia del fideicomiso, como pudiera ser el pago del Impuesto Predial, derechos de inscripción en el Registro Público de la Propiedad y el Comercio, etc., así como a los ingresos provenientes de la explotación de los mismos, relativos al Impuesto Sobre la Renta, Impuesto al Valor Agregado, etc., dependiendo de los términos en que se haya convenido en el contrato respectivo.

En caso de extinción del fideicomiso por revocación, cumplimiento de los fines, vencimiento del plazo o bien por cumplimiento de la condición resolutoria a que se hubiere sujetado, el fideicomitente tendrá la obligación de respetar los derechos adquiridos por terceros con quién el fiduciario hubiere contratado en cumplimiento de los fines del fideicomiso, por lo que no podrá desconocerlos por el hecho de la reversión de los bienes y la extinción del fideicomiso. Al efecto la Tercera Sala de la Suprema Corte de Justicia de la Nación ha sostenido que en virtud de la relación de causa-habiencia establecida entre

el fideicomitente y la fiduciaria, aquél está obligado a cumplir o perfeccionar los actos que hubiere realizado la segunda en el desempeño del fideicomiso.²⁹⁷

Por lo que se refiere a la figura del fideicomisario, su participación en el fideicomiso no corresponde a un elemento esencial del mismo, por lo que puede o no existir al momento de la constitución.

Al tratar el tema de las partes que intervienen en un fideicomiso, comentamos que en el cumplimiento del fideicomiso hay ocasiones en que los beneficios se otorgarán en favor de un tercero, llamado precisamente fideicomisario, que tendrá una serie de derechos y obligaciones al participar en la recepción de los mencionados beneficios y que a continuación expondremos, partiendo de la base de que al igual que el fideicomitente, el fideicomisario tiene un derecho personal frente al fiduciario para obligarlo al cumplimiento de los fines del fideicomiso, es decir que no tiene ningún derecho real sobre los bienes materia del fideicomiso.

La primera facultad que tendrá el fideicomisario será la de aceptar la designación hecha en su favor por el fideicomitente, ya que no se le puede obligar a tomar los beneficios que se le otorgan en contra de su voluntad, pero resulta obvio que en caso de manifestar su aceptación en forma expresa o tácita, además de los derechos concedidos a su favor, tendrá las obligaciones que la ley o el propio contrato establezcan a su cargo.

Al ser beneficiario del fideicomiso evidentemente que tiene el derecho de exigirle al fiduciario el exacto cumplimiento de los fines, así lo dispone el artículo 390 de la ley cambiaria, al establecer que además de los derechos que se le concedan por virtud del acto constitutivo del fideicomiso, tendrá la de exigir su cumplimiento a la institución fiduciaria.

Como consecuencia del cumplimiento exacto de los fines en su favor, tendrá el derecho a que los bienes materia del fideicomiso sean cuidados adecuadamente por el

²⁹⁷ Tesis con número de registro 269,432, localizada en 6ª época, 3ª Sala, S.J.F. Cuarta parte CXXXVI, p. 21; en Suprema Corte de Justicia de la Nación. Poder Judicial de la Federación. Ius versión 2008. (DVD, Sistema Informático en disco compacto) S.C.J.N., México, 2008, archivos utilizados: "Sexta época".

fiduciario, bajo la tónica de responder civilmente por los daños y perjuicios que se causen por negligencia del fiduciario en el cuidado de los mismos.

Asimismo tendrá el derecho de atacar los actos que realice el fiduciario en su perjuicio o en exceso de facultades, con el objeto de obtener la anulación de dichos actos, lo que representa un tipo especial de nulidad que no se contempla en el derecho común y que es asimilable a la acción Pauliana o revocatoria, siendo aplicable para aquellos casos en que el fiduciario se aleje de la consecución de los fines y como consecuencia de los actos jurídicos que efectúe, ocasione un daño patrimonial al fideicomisario.

Podrá también reivindicar los bienes que a consecuencia de actos cometidos por el fiduciario de mala fe o en exceso de facultades hayan salido del patrimonio del fideicomiso y por lo mismo le causen un perjuicio. Al igual que lo comentado líneas arriba, el fideicomisario tendrá el derecho de atacar la nulidad de los actos cometidos en su perjuicio por el fiduciario cuando éste se aleje del cumplimiento de los fines, con el objeto de obtener la reivindicación de los bienes al patrimonio del fideicomiso y así obligar al fiduciario al cumplimiento exacto de los fines.

En éste sentido se pronuncia Joaquín Rodríguez y Rodríguez al comentar que debe considerarse que ésta acción reivindicatoria no es una acción de reivindicación ordinaria, porque el fideicomisario no tiene el dominio de los bienes y porque la acción sólo se le concede para obtener la devolución no para sí, sino para el fiduciario... podría verse en ella una acción reivindicatoria útil.²⁹⁸

Respecto de la naturaleza de dicha acción, Krieguer Vázquez agrega que:

El Dr. Rodríguez y Rodríguez sostiene que se trata de una acción con fundamento obligacional y con efectos reales y apunta que podría considerarse como una reivindicatoria útil. Difiero de tan autorizada opinión porque la reivindicatoria útil se concede a quien no siendo propietario, conviene, por alguna razón, asimilarlo a

²⁹⁸ Rodríguez y Rodríguez, Joaquín, *El Fideicomiso y la Separación en la Quiebra*, citado por Batiza, *op. cit.* supra nota No. 11, p. 387.

un verdadero dueño, por lo menos en la protección procesal de su derecho. No hay razón jurídica o práctica que amerite considerar al beneficiario como dueño de los bienes fideicometidos y, en consecuencia, en concederle una acción reivindicatoria útil. Se trata de una acción persecutoria de la cosa, cuyo ejercicio legítimo está condicionado por la procedencia de una acción revocatoria de los actos cometidos por el fiduciario de mala fe o en exceso de facultades o perjudiciales al fideicomisario. Solamente cuando por alguno de esos actos han salido los bienes del régimen fiduciario puede ejercitarse la acción; no se da contra cualquier detentador, ni quién la ejerce es el propietario, por lo que resulta forzado considerarla como reivindicatoria.²⁹⁹

Adicionalmente a los derechos del fideicomisario ya señalados, tendrá derechos similares a fideicomitente, respecto de las modificaciones al fideicomiso; la cesión de sus derechos; la supervisión, requerimiento de cuentas y remoción del fiduciario; el nombramiento de los miembros del comité técnico, cancelación anticipada del fideicomiso, etc. Pero siempre dependiendo de las características del fideicomiso, así como de la reserva de derechos que en su favor haya hecho el fideicomitente en el acto constitutivo del fideicomiso.

Por lo que toca a las obligaciones que tendrá el fideicomisario, las principales serán aquellas que deriven del fideicomiso mismo, como pudiera ser el cubrir la contraprestación al fideicomitente por la afectación de los bienes, en el caso de fideicomisos traslativos de inmuebles. Además, tendrá entre otras, las que a continuación señalamos.

Cumplir con las obligaciones impuestas por el fideicomitente en el contrato de fideicomiso, que pueden ser de dar, hacer, no hacer o incluso tolerar, derivadas o encaminadas al cumplimiento de los fines, sea que éstas sean impuestas simple y llanamente o como condición suspensiva para obtener los beneficios derivados del

²⁹⁹ Krieguer Vázquez, Emilio, *op. cit.*, supra nota No. 15, p. 129.

fideicomiso, como pudiera ser por ejemplo la obtención de un título profesional para poder disponer del fondo del fideicomiso.

Cubrir al fiduciario los honorarios que a éste le correspondan y pagar o en su caso, restituirle a aquél los gastos que pudiese haber erogado en la administración del fideicomiso. También tendrá la obligación de cubrir los derechos e impuestos que se generen por la tenencia o explotación de los bienes afectos, dependiendo del tipo de fideicomiso de que se trate.

Ahora bien, por lo que se refiere al fiduciario, comentamos que su participación en la celebración del negocio es fundamental para que el fideicomiso pueda existir, razón por la cual procederemos a realizar un análisis que para dicha figura se derivan.

La encomienda de confianza que llevará a cabo el fiduciario en cumplimiento de lo pactado en el fideicomiso, implica para éste una serie derechos, obligaciones y prohibiciones, particularmente extensas que tienen como principal objetivo hacer posible el cumplimiento de dicha encomienda y provienen del contrato mismo, de las leyes sustantivas y adjetivas que lo regulan e incluso de diversas disposiciones administrativas emitidas por las autoridades encargadas de regular y verificar la debida actuación de las instituciones financieras y particularmente las fiduciarias. Todo ello va encaminado a cuidar y proteger los intereses de los contratantes, lo que ha permitido que la actividad fiduciaria sea verdaderamente confiable.

Es claro que no se puede establecer un catálogo de derechos y obligaciones del fiduciario, ya que éstas dependen del tipo y características propias de cada fideicomiso, sin embargo, consideramos que las principales facultades y derechos que tiene para el debido cumplimiento de la encomienda a su cargo, son las siguientes:

En primer lugar encontramos la facultad de aceptar el cargo de fiduciario y por ende celebrar el contrato de que se trate. Aunque para algunos autores ésta situación no es una prerrogativa de la institución fiduciaria, sino una obligación derivada del artículo 391

de la Ley de Títulos y Operaciones de Crédito, al establecer que el fiduciario no puede excusarse o renunciar su encargo sino por causa grave a juicio del juez de primera instancia del lugar de su domicilio, insistimos, sin embargo, consideramos que esto puede atender en contra del principio de la autonomía de la voluntad que protege nuestro sistema legal, además de que con ello se violentaría la garantía de trabajo que consagra el artículo 5° Constitucional en cuanto a que nadie puede ser obligado a prestar trabajos personales sin la justa retribución y sin su pleno consentimiento.

Tendrá desde luego la facultad de realizar todos los actos que sean necesarios para la consecución de los fines, así lo establece el artículo 391 de la ley cambiaria al señalar que “La institución fiduciaria tendrá todos los derechos y acciones que se requieran para el cumplimiento del fideicomiso, salvo las normas o limitaciones que se establezcan al efecto, al constituirse el mismo; estará obligada a cumplir dicho fideicomiso conforme al acto constitutivo (...).”

Rodolfo Batiza al referirse a la regulación que hace la ley cambiaria respecto del ejercicio exclusivo de los derechos y acciones que se refieran al fin del fideicomiso y que el fiduciario tendrá todos los que se requieran para el cumplimiento del mismo, señala la generalidad y las salvedades que permite, principalmente en el texto arriba citado:

(...) imposibilitan cualquier afirmación *a priori* acerca de las facultades legales del fiduciario. Para estar en aptitud de determinarlas, será indispensable analizar, en cada caso, los términos del fideicomiso y así saber que facultades se concedieron al fiduciario, cuáles se reservó el fideicomitente y cuáles derivan para él del acto constitutivo, cuáles corresponden al fideicomisario y a terceros y en que consiste el fin del fideicomiso. En principio, no obstante, y habida cuenta del efecto traslativo de dominio que la institución produce, tendrá el fiduciario facultades dominicales, tal vez restringidas por el fideicomitente y desde luego condicionadas a la realización del fin del fideicomiso. Además, consideramos que la generalidad misma de las citadas disposiciones legales admite la existencia de facultades implícitas, pero sólo en la medida en que se requieran para el cumplimiento de la

misión del fiduciario, a la luz también de las circunstancias de cada caso en particular.³⁰⁰

Derivado de la celebración del negocio jurídico, así como de lo señalado en el artículo 391 citado, el fiduciario tendrá las facultades de dominio respecto de los bienes materia del fideicomiso, en virtud de la transmisión de propiedad que el fideicomitente realiza en su favor al celebrar el fideicomiso y que pasan a éste no obstante que por las características del contrato no se requiera ejercerlas para el cumplimiento de los fines, sin embargo el fiduciario debe tenerlas ya sea para revertir la propiedad al fideicomitente o transmitir la misma por cualquier título al fideicomisario o a un tercero, además de que el derecho real de propiedad se refleja en la posibilidad de ejercer dichos derechos, no en su ejercicio mismo.

Como un derecho complementario al arriba señalado, el fiduciario tiene la facultad de constituir gravámenes sobre los bienes materia del fideicomiso para garantizar obligaciones contratadas por el fideicomitente o el fideicomisario, según sea el caso. Situación que deberá estar contemplada en el texto del contrato y ejercer dichas facultades de acuerdo a las instrucciones que reciba, ya sea de las partes antes citadas o del comité técnico.

Al igual que en las facultades de dominio, el fiduciario tendrá todas las facultades para realizar los actos de administración de los bienes que como dueño le corresponden, sin embargo, éstos dependen de los fines que debe alcanzar y de las instrucciones que al efecto le gire el fideicomitente, el fideicomisario o el comité técnico, según se establezca en el contrato respectivo. Entre las facultades de administración más comunes tenemos la del arrendamiento de los bienes, el empleo de personal auxiliar con cargo al patrimonio del fideicomiso, el derecho de que se le cubran los gastos erogados en la administración y obras de conservación o mejoras de los bienes, etc. Cabe señalar que si dichas facultades no están establecidas en el clausulado del contrato, consideramos que únicamente puede realizarlas con autorización judicial, aplicando supletoriamente las disposiciones del

³⁰⁰ Batiza, Rodolfo, *op. cit.*, supra nota No. 11, p. 346.

derecho Civil, en virtud de que tanto la ley sustantiva como la adjetiva que regulan la figura del fideicomiso, son totalmente omisas sobre el particular.

En forma similar a las facultades ya comentadas, el fiduciario como dueño de los bienes materia del fideicomiso, tiene las más amplias facultades para pleitos y cobranzas, incluso las de transigir, comprometer en árbitros y desistirse, por tanto también las tiene para otorgar los poderes necesarios para ejercerlos. En la práctica es el fideicomitente, el fideicomisario o el comité técnico quienes instruyen al fiduciario para el otorgamiento de los poderes que sean necesarios para la defensa del patrimonio del fideicomiso, pactándose normalmente en los contratos constitutivos que el fiduciario no será responsable de la actuación de los apoderados ni del pago de sus honorarios profesionales, sino que éstos serán por cuenta de aquellos o se cubrirán con cargo al patrimonio.

Finalmente encontramos el derecho a cobrar honorarios por su actuación, de conformidad con lo dispuesto por el artículo 48 de la Ley de Instituciones de Crédito, establece que las comisiones por los servicios que presten las instituciones se sujetarán a lo dispuesto por la Ley Orgánica de Banco de México, sin embargo dicha Ley es omisa sobre el particular y en la práctica bancaria cada institución fiduciaria establece sus propios honorarios, basándose primordialmente en la oferta y la demanda del servicio en el mercado fiduciario.

Como consecuencia del derecho a cobrar honorarios, el fiduciario tendrá la facultad de dar por terminado el negocio, sin su responsabilidad, en el supuesto de que no se le haya cubierto la contraprestación establecida en el contrato respectivo por un periodo igual o superior a tres años. Para esos efectos el fiduciario deberá notificar al fideicomitente y al fideicomisario su decisión de dar por terminado el fideicomiso, estableciendo un plazo de quince días hábiles para que los mismos puedan cubrir los adeudos, según corresponda. En caso de desconocer su domicilio, estará facultado para cargar los mismos al fondo líquido, si lo hubiere e incluso a enajenar los bienes para cubrir el adeudo, depositando el remanente en la cuenta global que al efecto llevan las instituciones para el caso de cuentas vencidas y no reclamadas, siempre que se hubieren

realizado trámites previos de localización del fideicomitente o al fideicomisario y estos hubieren resultado infructuosos.

Por lo que se refiere a sus responsabilidades, encontramos diversos tipos de obligaciones para el fiduciario, como las derivadas de las leyes y circulares que regulan la materia y las provenientes del contrato mismo, tanto con relación a las partes, como frente a los terceros. Entre las principales están las que a continuación se mencionan.

La primera obligación es dar cumplimiento a la encomienda de confianza, es decir al cumplimiento de los fines del fideicomiso conforme a lo estipulado en el contrato respectivo, así lo ordena el artículo 391 de la Ley de Títulos y Operaciones de Crédito, que en su parte relativa dispone que deberá cumplir con dicho fideicomiso en los términos del acto constitutivo, respondiendo de las pérdidas o menoscabos que los bienes sufran por su culpa. Por otra parte, ésta disposición se complementa con lo dispuesto por el artículo 80 de la Ley Bancaria que obliga a las instituciones a responder civilmente por los daños y perjuicios que causen por la falta de cumplimiento en las condiciones o términos señalados en el fideicomiso. Lo cual resulta lógico en virtud del acto de confianza que el fideicomiso implica.

Para determinar la forma en que debe desempeñar el cargo, el mismo artículo 391 ya citado, señala que debe ser “como buen padre de familia”; de no actuar así, incurrirá en culpa y habiendo negligencia de su parte se hará acreedor a la responsabilidad civil correspondiente.

En la doctrina civil encontramos dos tipos de culpa, la denominada *in abstracto*, que se determina tomando en cuenta la conducta de un tipo abstracto, de tal manera que si en un acto humano no se observa la diligencia que correspondería a esa categoría ideal, se dice que existe una culpa *in abstracto*, a diferencia de la culpa *in concreto*, que el obligado incurre cuando no observa en la custodia de los bienes ajenos o en la administración de los negocios de otro, la diligencia que está acostumbrado a emplear en el cuidado de las cosas o asuntos propios.

En el derecho romano, posteriormente en el Código Napoleón y en nuestros códigos de 1870 y 1884, se estatuyó como regla general que en toda obligación de dar el deudor debe conservar la cosa como buen padre de familia; en consecuencia, es responsable de la culpa grave y de la leve, pero no de la levísima. El derecho romano elige el tipo abstracto del buen padre de familia, porque considera que es el tipo de hombre que tiene una diligencia media en la conservación de sus cosas, por consiguiente el deudor en la obligación de dar, por regla general, debe observar la diligencia media del buen padre de familia, para conservar la cosa que está obligado a entregar.³⁰¹

Nuestra legislación civil actual se aleja de la concepción romana de la culpa, no exigiendo para las obligaciones de dar o hacer, más requisito que el incumplimiento para que haya lugar a la acción por daños y perjuicios. Así se desprende de los artículos 2104 y 2105 del Código Civil Federal que no exigen que el acreedor demuestre culpa en el deudor, sino que podrá exigir el pago de daños y perjuicios por el simple incumplimiento del deudor y éste sólo queda liberado cuando exista caso fortuito, fuerza mayor o cuando la ley expresamente exija culpa para que nazca o se origine la responsabilidad civil.

Aplicando lo anterior supletoriamente a la figura en estudio, consideramos que respecto de la conservación de los bienes del fideicomiso, el fiduciario debe actuar con una diligencia media, siendo responsable de su culpa grave y leve, por lo que si dichos bienes se pierden o sufren daño, el fiduciario sólo responderá cuando sea por su negligencia. Respecto de las obligaciones de hacer y no hacer, basta el incumplimiento para que el fideicomitente o el fideicomisario, según el caso, tengan el derecho de exigirle la responsabilidad civil de cubrir los daños y perjuicios causados por dicho incumplimiento.

Otra obligación a cargo del fiduciario, es la de cumplir en sus términos las instrucciones del comité técnico cuando se prevea la integración de dicho órgano colegiado y conforme a las facultades que se le atribuyan al mismo en el acto constitutivo

³⁰¹ Rojina Villegas, Rafael, *op. cit.* Tomo III, supra nota No. 120, p. 364 y ss.

o en sus reformas. El artículo 80 de la Ley de Instituciones de Crédito exime de responsabilidad al fiduciario cuando actúa siguiendo las instrucciones del comité técnico.

A efecto de cumplir adecuadamente y con transparencia con los negocios que se le encomienden, el fiduciario debe llevar una contabilidad especial de cada fideicomiso, en el que se registren los movimientos diarios, como pueden ser incrementos, decrementos, gastos, honorarios, etc., debiendo coincidir los saldos de las cuentas controladas de la contabilidad de la institución con las contabilidades especiales. Así lo establece el artículo 79 de la propia Ley Bancaria, en concordancia con el artículo 99 del mismo ordenamiento.

Otras obligaciones relacionadas con la debida diligencia con que debe obrar el fiduciario en el desempeño de su cargo, la encontramos en la obtención de permisos, dar los avisos y realizar la inscripción de los fideicomisos de conformidad con las disposiciones legales. Dependiendo del tipo de fideicomiso, de las partes que intervengan o de la materia que lo integre, existen para el fiduciario diversas obligaciones que le imponen las leyes y circulares que lo regulan; por ejemplo el artículo 388 de la Ley Cambiaria establece que cuando la materia del fideicomiso esté constituida por bienes inmuebles, éstos deben inscribirse en la Sección de Propiedad del Registro Público de la Propiedad y el Comercio del lugar de ubicación de los bienes.

El artículo 11 de la Ley de Inversión Extranjera obliga al fiduciario a obtener permiso de la Secretaría de Relaciones Exteriores para adquirir con fines habitacionales, bienes inmuebles ubicados dentro de la llamada zona restringida, cuando el objeto del fideicomiso sea permitir la utilización y el aprovechamiento de tales bienes a sociedades mexicanas sin cláusula de exclusión de extranjeros o a personas físicas o morales extranjeras y el artículo 32 fracción III de dicha ley también lo obliga inscribir en el Registro Nacional de Inversiones Extranjeras los fideicomisos de acciones, partes sociales, inmuebles o de inversión neutra, cuando se deriven derechos en favor de la inversión

extranjera o de mexicanos que posean o adquieran otra nacionalidad y que tengan su domicilio fuera del territorio nacional.³⁰²

Por su parte el Banco de México mediante circulares 1/2005 y 1/2005 bis de fechas 17 de junio y 11 de julio del 2005, respectivamente, expidió las Reglas a las que deberán sujetarse las instituciones de banca múltiple; casas de bolsa; instituciones de seguros; instituciones de fianzas y sociedades financieras de objeto limitado, en las operaciones de fideicomiso. Mediante dichas reglas, estableció diversas medidas de transparencia, que deberán constar de manera notoria en el contrato de Fideicomiso y entre las que destacan las siguientes:

Deberán entregar al fideicomitente y, en su caso, al fideicomisario al momento de la suscripción del contrato de Fideicomiso una copia de este, así como un inventario de los bienes o derechos que integren el patrimonio del Fideicomiso.

Establecer en el contrato de Fideicomiso que responderán civilmente por los daños y perjuicios que causen por el incumplimiento de las obligaciones a su cargo asumidas en dicho contrato.

Prever en los contratos la forma, los plazos y las personas a las que entregarán la documentación relativa al Fideicomiso, entre las que se incluyan los estados financieros, estados de cuenta o cualquier otra que acuerden las partes en el contrato de Fideicomiso.

Las Instituciones de Banca Múltiple, a las Casas de Bolsa, a las Instituciones de Seguros y a las Instituciones de Fianzas, estarán autorizadas para que en cumplimiento de Fideicomisos puedan llevar a cabo operaciones con la misma institución actuando por cuenta propia, siempre y cuando se trate de operaciones que su ley o disposiciones que emanen de ellas les permitan realizar y se establezcan medidas preventivas para evitar conflictos de intereses, debiendo prever en el contrato de Fideicomiso que se podrán

³⁰² Conforme al artículo 2º de la Ley de Inversión Extranjera, se entiende por Inversión extranjera, La participación de inversionistas extranjeros, en cualquier proporción, en el capital social de sociedades mexicanas; la realizada por sociedades mexicanas con mayoría de capital extranjero y la participación de inversionistas extranjeros en las actividades y actos contemplados por esta Ley.

realizar dichas operaciones; que las operaciones se llevarán a cabo previa aprobación expresa que, en cada caso, otorguen el fideicomitente, el fideicomisario o el comité técnico a través de algún medio que deje constancia documental, incluso en medios electrónicos, o bien el tipo de operaciones que podrán realizar con la institución actuando por cuenta propia, y en su caso, sus características.

Por otra parte, de acuerdo a lo establecido en el artículo 117 de la Ley Bancaria, las instituciones fiduciarias están obligadas a guardar el secreto, siendo responsables civilmente por los daños y perjuicios que le cause al fideicomitente o al fideicomisario por la divulgación a terceros de la situación que guarde el fideicomiso o de los términos y condiciones establecidos en el contrato respectivo, por lo que únicamente podrán dar noticias o información relacionada con el fideicomiso al fideicomitente o al fideicomisario, según se el caso, o a quienes éstos hayan otorgado poder para intervenir en el negocio.

Se establece como excepciones para brindar información, además de las que señalan las leyes financieras que deban proporcionarse a la Comisión Nacional Bancaria y de Valores, al Banco de México, al Instituto para la Protección al Ahorro Bancario y a la Comisión para la Protección y Defensa de los Usuarios de Servicios Financieros, en los términos de las disposiciones legales, así como a las autoridades judiciales en virtud de providencia dictada en juicio en el que el fideicomitente, el fideicomisario o el fiduciario, sea parte o acusado.

Para efectos de fiscalización e investigación, tanto de las partes como del patrimonio, se contempla la obligación de dar información al Procurador General de la República, a los procuradores generales de justicia de los estados de la Federación y del Distrito Federal, así como al Procurador General de Justicia Militar, cuando dicha información se requiera para la comprobación del cuerpo del delito y de la probable responsabilidad del indiciado; a las autoridades hacendarias federales para fines fiscales; a la Secretaría de Hacienda y Crédito Público para efectos de proceder penalmente en los casos de delitos de carácter financiero en los casos que así lo requiera la ley; al Tesorero

de la Federación para solicitar los estados de cuenta y cualquier otra información relativa a las cuentas personales de los servidores públicos, cuando se encuentren sujetos a investigación; a la Auditoría Superior de la Federación en ejercicio de sus facultades de revisión y fiscalización de la Cuenta Pública Federal y respecto a cuentas o contratos a través de los cuáles se administren o ejerzan recursos públicos federales; a la Unidad de Fiscalización de los Recursos de los Partidos Políticos, para el ejercicio de sus atribuciones en los términos establecidos en el Código Federal de Instituciones y Procedimientos Electorales y, finalmente al titular y subsecretarios de la Secretaría de la Función Pública, en ejercicio de sus facultades de investigación o auditoría para verificar la evolución del patrimonio de los servidores públicos federales.

Otra de las obligaciones que tiene a su cargo el fiduciario, encontramos la de desempeñar el cargo por sí mismo, es decir que el fiduciario tiene la obligación de cumplir los fines del fideicomiso sin delegar dicha encomienda en un tercero.

También deberá rendir cuentas de la actuación; en este sentido, dependiendo del tipo de fideicomiso de que se trate, el fiduciario estará obligado a rendir un informe periódico sobre el estado que guarden los bienes materia del fideicomiso, el artículo 84 de la Ley Bancaria dispone que en caso de no rendir cuentas de su gestión dentro del plazo de 15 días hábiles contados a partir de la solicitud del fideicomitente o fideicomisario, según sea el caso, procederá la remoción de su cargo.

Ahora bien, con el objeto de regular la figura que nos ocupa, la Ley de Títulos y Operaciones de Crédito, en su artículo 394 establece diversas prohibiciones respecto de la constitución de fideicomisos, a saber:

No podrán celebrar fideicomisos secretos. Entendemos por fideicomisos secretos aquellos contratos que no se registran en la contabilidad de la institución y por tanto se mantienen sin proporcionar información a las autoridades encargadas de supervisar su actuación, así como a las fiscalizadoras y de investigación de actividades ilícitas, respecto

de los elementos que lo conforman, como son las partes, el objeto o las instrucciones para la ejecución, etc.

Aquellos en los cuales el beneficio se conceda a diversas personas sucesivamente que deban sustituirse por muerte de la anterior. Esta prohibición pretende evitar el estancamiento de los bienes inmuebles que fue muy común en la edad media con los llamados mayorazgos.

Tampoco podrán celebrar fideicomisos cuya duración sea mayor de 50 años, cuando se designe como fideicomisario a una sociedad que no sea de orden público o institución de beneficencia. Se exceptúa de la prohibición cuando el fin del fideicomiso sea el mantenimiento de museos de carácter científico o artístico que no tengan fines de lucro; los fideicomisos constituidos por el Gobierno Federal o los que éste declare de interés público para efectos de que no le sea aplicable el plazo mencionado, según lo dispone el artículo 85 de la Ley Bancaria.

Por otra parte, para proteger los intereses del público inversionista y regular las operaciones en el mercado financiero, el artículo 106 fracción XIX de la Ley de Instituciones de Crédito, establece las siguientes prohibiciones a las instituciones fiduciarias:

Tienen prohibido responder a los fideicomitentes del incumplimiento de los deudores por los créditos que se otorguen o de los emisores, por los valores que se adquieran en cumplimiento de los fines del fideicomiso, salvo que sea por su culpa, o garantizar la percepción de rendimientos por los fondos cuya inversión se les encomienda.

Tampoco podrán celebrar fideicomisos a través de los cuales se capten, directa o indirectamente, recursos del público, mediante cualquier acto causante de pasivo directo o contingente, excepto tratándose de fideicomisos constituidos por el Gobierno Federal a través de la Secretaría de Hacienda y Crédito Público, y de fideicomisos a través de los cuales se emitan valores que se inscriban en el Registro Nacional de Valores de conformidad con lo previsto en la Ley del Mercado de Valores.

No podrán celebrar fideicomisos, cuyo objeto sea invertir o administrar cualquier clase de valores, ofreciendo a persona indeterminada participar de las ganancias o pérdidas producto de la adquisición y, en su caso, enajenación de los valores objeto de inversión o administración. Para esos efectos se considerará que se está en presencia de persona indeterminada, cuando al constituir el fideicomiso las personas que participen no se encuentren plenamente identificadas al momento de celebrar el contrato respectivo y, en su caso, se permita la adhesión de terceros una vez constituidos o celebrados.

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

No podrán administrar fincas rústicas, a menos que hayan recibido la administración para distribuir el patrimonio entre herederos, legatarios, asociados o acreedores, o para pagar una obligación o para garantizar su cumplimiento con el valor de la misma finca o de sus productos, y sin que en estos casos la administración exceda del plazo de dos años, salvo los casos de fideicomisos a la producción o fideicomisos de garantía.

Celebrar fideicomisos que administren sumas de dinero que aporten periódicamente grupos de consumidores integrados mediante sistemas de comercialización, destinados a la adquisición de determinados bienes o servicios, salvo que sea para la adquisición de bienes

determinados o determinables, sean muebles nuevos o inmuebles destinados a la habitación o a su uso como locales comerciales, en los términos previstos en la Ley Federal de Protección al Consumidor.

En general no podrán celebrar fideicomisos, a través de los cuales se evadan limitaciones o prohibiciones contenidas en las leyes financieras.

Adicionalmente a las prohibiciones legales arriba referidas, en las Reglas a las que deberán sujetarse las instituciones de banca múltiple; casas de bolsa; instituciones de seguros; instituciones de fianzas y sociedades financieras de objeto limitado, contenidas en las Circulares 1/2005 y 1/2005 bis de Banco de México, se establecen diversas prohibiciones para las instituciones fiduciarias, ordenando que se inserten dichas prohibiciones de forma notoria en los contratos de Fideicomiso que celebren, las cuales mencionaremos a continuación.

No podrán cargar al patrimonio del fideicomiso precios distintos a los pactados al concertar la operación de que se trate; ni garantizar la percepción de rendimientos o precios por los fondos cuya inversión se les encomiende, como tampoco podrán realizar operaciones en condiciones y términos contrarios a sus políticas internas y a las sanas prácticas financieras.

Tampoco podrán celebrar operaciones con valores, títulos de crédito o cualquier otro instrumento financiero, que no cumplan con las especificaciones que se hayan pactado en el contrato de Fideicomiso correspondiente, ni podrán llevar a cabo tipos de Fideicomiso que no estén autorizadas a celebrar de conformidad con las leyes y disposiciones que las regulan. Además, en ningún caso podrán cubrir con cargo al patrimonio del fideicomiso el pago de cualquier sanción que les sea impuesta a dichas Instituciones por alguna autoridad.

Como podemos apreciar, la regulación para las instituciones fiduciarias es muy estricta, dada la importancia que representa para el sistema financiero la protección del público, lo que reafirma la tendencia de que tengan el carácter de fiduciaria, únicamente

las sociedades de carácter financiero que son supervisadas por las autoridades del ramo, salvo las Sociedades financieras de objeto múltiple no reguladas, que como lo comentamos con anterioridad, rompen con el esquema de la estricta supervisión de las autoridades en los contratos de fideicomiso que conforme a la ley pueden celebrar.

Un punto importante que no podemos dejar de analizar es el de los funcionarios ejecutores, por medio de los cuales las instituciones fiduciarias llevan a cabo los actos jurídicos dirigidos a cumplir con los fines del fideicomiso.

En virtud de que es obligación de las instituciones fiduciarias desempeñar por sí mismas la encomienda de confianza contenida en el fideicomiso, la ley prevé que dicha actividad sea desarrollada por funcionarios especiales, que por lo delicado de la función deben ser plenamente responsables y de reconocida solvencia moral y hasta económica.

En efecto el artículo 80 de la Ley de Instituciones de Crédito señala que en las operaciones de fideicomiso las instituciones desempeñarán su cometido y ejercerán sus facultades por medio de sus delegados fiduciarios, quienes para acreditar su personalidad y facultades, de acuerdo a lo dispuesto por el artículo 90 de dicho ordenamiento, bastará que exhiban una certificación de su nombramiento, expedida por el secretario o prosecretario del consejo de administración o consejo directivo de la institución de que se trate, el cual deberá ser ratificado ante notario público e inscrito en el Registro Público del Comercio que le corresponda o bien con el testimonio del poder general otorgado por la institución. También señala dicho artículo que los poderes que otorgue las instituciones de crédito, no requerirán otras inserciones que las relativas al acuerdo del consejo de administración o del consejo directivo, según corresponda, que haya autorizado el nombramiento, las facultades que en los estatutos orgánicos se concedan al mismo consejo y la comprobación del nombramiento de los consejeros.

La función principal del delegado fiduciario será la de encargarse del desempeño de los fideicomisos, obligando a la institución en forma ilimitada con su firma por las actuaciones que realice, acorde a lo señalado en los propios artículos 80 y 91 de la Ley

Bancaria que obligan al fiduciario a responder civilmente por la falta de cumplimiento o cumplimiento negligente en los fines del fideicomiso y por los actos realizados por los funcionarios encargados, sin perjuicio de la responsabilidad civil o penal que pudiere resultar en contra del delegado fiduciario.

Respecto del ejercicio de las facultades del delegado fiduciario, el artículo 25 de la Ley Bancaria establece que la Comisión Nacional Bancaria podrá en todo tiempo determinar que se proceda a la remoción o suspensión de los miembros del consejo de administración, directores generales, comisarios, directores y gerentes, delegados fiduciarios y funcionarios que puedan obligar con su firma a la institución, cuando considere que tales personas no cuentan con la suficiente calidad técnica o moral para el desempeño de sus funciones, que no reúnan los requisitos al efecto establecidos o incurran de manera grave o reiterada en infracciones a dicha ley o a las disposiciones que de ella emanen, pudiendo además, en los dos últimos supuestos, inhabilitarlos para desempeñar un empleo, cargo o comisión dentro del sistema financiero mexicano, por el mismo periodo de tres meses hasta cinco años, sin perjuicio de las sanciones que conforme a éste u otros ordenamientos legales fueren aplicables.³⁰³

Por otra parte, los negocios jurídicos de naturaleza fiduciaria, como son los fideicomisos, no tienen efectos únicamente para las partes que en el intervienen, sino que también se prevén respecto de los terceros.

Primeramente mencionaremos que entendemos por tercero, de manera general, toda persona que no ha participado en un contrato y que no ha sido válidamente representada en el mismo.³⁰⁴

³⁰³ Para los efectos de este artículo se entenderá por Suspensión, a la interrupción temporal en el desempeño de las funciones que el infractor tuviere dentro de la entidad financiera en el momento en que se haya cometido o se detecte la infracción; pudiendo realizar funciones distintas a aquellas que dieron origen a la sanción, siempre y cuando no se encuentren relacionados directa o indirectamente con el cargo o actividad que dio origen a la suspensión; Remoción, a la separación del infractor del empleo, cargo o comisión que tuviere en la entidad financiera al momento en que se haya cometido o se detecte la infracción e Inhabilitación, al impedimento temporal en el ejercicio de un empleo, cargo o comisión dentro del sistema financiero mexicano.

³⁰⁴ Batiza, Rodolfo, *op. Cit.*, supra nota No. 11, p. 394.

Existen diversos derechos que la ley otorga a los terceros, respecto de la constitución de un fideicomiso:

En primer lugar, tendrán la facultad de atacar la validez del contrato cuando se constituya con propósitos fraudulentos. El artículo 386 de la Ley Cambiaria señala que el fideicomiso podrá ser atacado de nulidad en cualquier tiempo por los interesados cuando sea constituido en fraude de terceros; esto representa lo que en materia civil se conoce como acción Pauliana.

Ejercer los derechos adquiridos con anterioridad al fideicomiso, respecto de los bienes fideicomitidos, acorde a lo establecido en el artículo 386 de la Ley Cambiaria, que otorga éste derecho a los terceros para ejercerlo independientemente de la afectación al fideicomiso de los bienes de que se trate; como ejemplo tenemos los derechos derivados de un contrato de arrendamiento de un bien que posteriormente es afectado en fideicomiso, en ese sentido el fiduciario como nuevo propietario del bien, tendrá que respetar el contrato respectivo; situación similar la encontramos en la hipoteca, servidumbre, usufructo, etc.

Por lo que toca a los efectos del fideicomiso en los sistemas que hemos venido contrastando, encontramos que la relación fiduciaria que se general es básicamente similar, salvo algunas diferencias como a continuación veremos.

En Colombia la actuación del fiduciario acorde a la naturaleza de la gestión, se establece como deber indelegable, la realización diligente de todos los actos necesarios para la consecución de la finalidad de la fiducia de acuerdo a lo establecido en el acto constitutivo, teniendo incluso la posibilidad de acudir y solicitar instrucciones al Superintendente Bancario cuando tenga fundadas dudas acerca de la naturaleza y alcance de sus obligaciones o deba apartarse de las autorizaciones contenidas en el acto constitutivo, cuando así lo exijan las circunstancias; además de la obligación de proteger y defender el patrimonio en contra de actos de terceros, del beneficiario y aun del mismo constituyente.

Como derecho correlativo a la obligación que se impone al fiduciario de actuar con diligencia, el fideicomisario tendrá el derecho de exigirle el fiel cumplimiento de sus obligaciones y hacer efectiva la responsabilidad por el incumplimiento de ellas; además podrá impugnar aquellos actos que lleve a cabo el fiduciario y que sean anulables, teniendo un plazo de cinco años contados desde el día en que el beneficiario hubiera tenido noticia del acto que da origen a la acción, podrá también exigir la devolución de los bienes dados en fideicomiso que hayan salido indebidamente del patrimonio fiduciario, caso en el cual interpretamos que dicha devolución debe hacerse al fiduciario para que cumpla adecuadamente con los fines planteados en el acto constitutivo.

Otro derecho que se le concede al fideicomisario, en caso de que el fiduciario no hiciera, es el de oponerse a toda medida preventiva o de ejecución tomada por la autoridad en contra de los bienes de la fiducia. En este sentido se otorga legitimación al fideicomisario para actuar en consecuencia, caso contrario a lo que sucede en México, donde el único legitimado para acudir ante cualquier autoridad administrativa o judicial en defensa del patrimonio del fideicomiso es el fiduciario, como propietario de los bienes y titular de los derechos y obligaciones que lo integran, teniendo el fideicomitente y/o el fideicomisario únicamente el derecho de instruir al fiduciario para que proceda a la defensa, pero nunca a intervenir con ese carácter a la defensa respectiva.

En Venezuela además de las obligaciones contenidas en el instrumento en el que se establezcan los términos del fideicomiso, el fiduciario tiene a su cargo las obligaciones propias de la naturaleza de la figura, como son el de realizar todos los actos que sean necesarios para la consecución del fin del fideicomiso, la de mantener los bienes materia del fideicomiso debidamente separados de sus demás bienes y de los correspondientes a otros fideicomisos, así como rendir cuentas de su gestión al beneficiario, por lo menos, una vez al año.

La actuación del fiduciario debe ser realizada con el cuidado de un administrador diligente y por lo tanto no podrá delegar sus funciones, sin embargo, se le permite

designar, bajo su responsabilidad, los auxiliares y apoderados que requiera para la debida ejecución del fideicomiso. Para el caso de duda sobre el alcance o naturaleza de su actuación y precisamente en atención al cuidado que debe tener en la administración del patrimonio, podrá pedir instrucciones al juez del fideicomiso, quien decidirá sobre el particular, oyendo previamente al fideicomisario, si fuere mayor de 15 años y estuviera en pleno uso de sus facultades mentales, y en caso contrario a su representante legal.³⁰⁵

En caso de exceso de facultades o violación de sus obligaciones, serán anulables todos los actos efectuados por el fiduciario, siempre que en el acto sea a título gratuito o se haya celebrado con terceros que conocieren o debieran conocer las obligaciones del fiduciario.

El fideicomisario y el fideicomitente, cuando el fideicomiso sea revocable, tendrán, además de los derechos que a su favor se establezcan en el instrumento en que se formalice el fideicomiso, el de exigir al fiduciario el fiel cumplimiento de sus obligaciones y hacer efectiva la responsabilidad por el incumplimiento y por ende podrá solicitar la nulidad de los actos realizados por el fiduciario, dentro de los cinco años contados desde el día en que hubiere tenido noticia del acto que da origen a la acción, exigiendo la devolución de los bienes a quien corresponda. En caso de menores e incapaces, este lapso empezará a correr a partir de su mayoría de edad o desde la fecha en que cese la interdicción.

También podrá oponerse a toda medida preventiva o de ejecución tomada contra los bienes del fideicomiso por obligaciones que no correspondan o emanen del mismo, en caso de que el fiduciario no lo hiciera.

³⁰⁵ De acuerdo con el artículo 30 de la Ley fideicomisos Venezolana, se considera juez del fideicomiso, el del lugar de la apertura del testamento, salvo que fuera abierto fuera del país, entonces será competente el del lugar en que se encuentren la mayor parte de los bienes; si el fideicomiso se constituye por este instrumento y en caso de constituirse por acto entre vivos, el del domicilio del fideicomitente en el momento de la constitución, salvo que éste hubiere elegido otro lugar para la administración de los bienes del fideicomiso, en cuyo caso será competente el Juez de este lugar.

Un aspecto importante en el fideicomiso venezolano, consiste en que siempre será remunerado y para el caso de que no se establezca dicha remuneración en el acto constitutivo, el juez del fideicomiso tendrá la facultad para hacerlo, oyendo previamente al beneficiario, pero en todo caso los honorarios no podrán exceder del quince por ciento de la renta líquida de bienes materia del fideicomiso.

Finalmente podemos señalar una característica particular del fideicomiso venezolano, que difiere al menos en su regulación específica, de otros ordenamientos latinoamericanos, en el sentido de tipificar como delito especial e imponer como sanción una pena de prisión de uno a cinco años, a los administradores de las instituciones bancarias o compañías de seguros, que en detrimento de los fideicomisarios y demás beneficiarios realicen con intención actos violatorios de las obligaciones resultantes del fideicomiso, estableciendo además que la persecución del delito se seguirá de oficio.

En el fideicomiso argentino, como en todos los ordenamientos que regulan la figura, se contempla que el fiduciario deberá cumplir las obligaciones respectivas con la prudencia y diligencia del buen hombre de negocios que actúa sobre la base de la confianza depositada en él, teniendo un margen amplio de actuación, ya que podrá disponer o gravar los bienes fideicomitados 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.

En Francia la relación que surge de la fiducia vincula igualmente al fiduciario a actuar única y exclusivamente a favor del beneficiario, de tal manera que los actos encomendados deberán ser llevados a cabo únicamente por éste, aunque la ley permite a las partes pactar la posibilidad de delegación de algunas funciones, debiendo señalar expresamente que actúa con ese carácter y en caso de que el patrimonio incluya bienes que para su transmisión se requiera publicidad, se deberá hacer mención en dichos actos del nombre y facultades del fiduciario. No obstante lo anterior, en las relaciones con los terceros se presumirá que el fiduciario goza de los poderes necesarios respecto del

patrimonio fiduciario, salvo que se demuestre que los terceros tenían conocimiento de la limitación de los poderes.

La obligación del fiduciario de llevar a cabo los actos encomendados, implica un deber de diligencia, como una faceta de las obligaciones fiduciarias, que son similares a las *fiduciaries duties* o *duty of care* del derecho anglosajón, a que nos referimos anteriormente, debiendo actuar, invariablemente, como en el caso de México, *en bon père de famille*, es decir como buen padre de familia, con diligencia y lealtad. Dichos deberes de diligencia implican responsabilidades por la gestión de la fiducia, por lo que el fiduciario responderá con sus propios bienes de los actos o hechos que realice en el ejercicio de su encomienda. En caso de que el fiduciario falte a sus deberes o ponga en peligro los intereses que le fueron confiados, la ley faculta al constituyente, al beneficiario y al tercero nombrado por el propio constituyente para vigilar la gestión, para solicitar judicialmente la sustitución del fiduciario y el nombramiento de un fiduciario provisional hasta en tanto se resuelve sobre el particular.

Además el fiduciario estará obligado, en los términos del Artículo L562-2-1 del Código Monetario y Financiero, a presentar una declaración ante la Secretaría de Economía, cuando realice, en el marco de su actividad profesional, cualquier transacción financiera o inmobiliaria en nombre y por cuenta de su cliente, o cuando participen, asesorando a éste, en la preparación o en la realización de transacciones relativas a compraventa de inmuebles, fondos de comercio, gestión de fondos, títulos u otros activos del cliente, apertura de cuentas bancarias, organización, constitución gestión dirección de sociedades y de contratos de fiducia bajo legislación extranjera.

El contrato deberá prever las condiciones bajo las cuales el fiduciario debe rendir cuentas de su gestión al constituyente, así como al beneficiario o al tercero designado por el constituyente para asegurar la preservación de sus intereses en el caso de ejecución del contrato, de acuerdo a la periodicidad establecida en el propio contrato.

En caso de que exista una lesión a sus derechos, sea por un exceso en el ejercicio de las facultades del fiduciario o una desviación en el cumplimiento de los fines, se prevé que

tanto el constituyente como el beneficiario, puedan ejercer la acción Pauliana para recuperar el o los bienes que hubieren salido del patrimonio de la fiducia, en los términos del Art. 1167 del propio Código Civil francés, que establece el derecho de atacar los actos de los deudores de una persona cuando sean realizados en fraude de sus acreedores, aunque en este caso el resultado de su ejercicio beneficiará únicamente al patrimonio de la fiducia.

En este punto vale la pena señalar que dicha medida es similar a la acción denominada *tracing* del derecho inglés, que le concede al *cestui que trust* la posibilidad de perseguir los bienes del *trust* que se encuentren en poder de terceros, por haber salido del *trust* en virtud de un acto realizado por el *trustee* en exceso de sus facultades, salvo que dicho tercero haya dado una contraprestación y desconociere la violación a los términos del *trust*.

Finalmente, por lo que corresponde a la fiducia canadiense, dada la particularidad de que se conforma con un patrimonio sin titular, implica necesariamente efectos jurídicos diferentes a los señalados para el *trust* y para la fiducia latinoamericana, aunque en términos generales tiene un funcionamiento similar a estos últimos.

La primera diferencia se encuentra en la legitimación para actuar. En la fiducia quebequense el fiduciario no tiene un derecho subjetivo que le permita actuar como propietario pues no se le trasmite la propiedad de los bienes y por tanto carece de título legal respecto de los mismos. Sin embargo en los términos del artículo 1278 del Código Civil al ser un administrador de bienes ajenos, tiene la disposición exclusiva del patrimonio por lo que los títulos relativos a los bienes son establecidos a su nombre y por tanto tiene todas las prerrogativas necesarias para actuar como si fuera dueño, es decir, goza de todas las facultades y derechos inherentes al patrimonio para lograr los fines buscados con la afectación, incluidos los de disposición de los bienes, pero siempre en los términos del acto constitutivo. Un principio fundamental que subyace en la relación fiduciaria canadiense es que el fiduciario debe actuar sólo para el beneficio de otro, dejando totalmente de lado sus propios intereses.³⁰⁶

³⁰⁶ Waters, Donovan W. M., Mark R. Gillen and Lionel D. Smith, *Waters' Law of Trusts in Canada*, 3rd ed. Toronto, Thomson Carswell, 2005, p. 877.

Al ser un administrador de bienes ajenos, la función del fiduciario no está regulada en el Código Civil dentro del capítulo de la fiducia sino en el apartado relativo a la Administración de bienes ajenos.³⁰⁷ En este apartado se establece que cuando una persona tenga la administración plena de bienes ajenos tiene la obligación de conservar y hacer fructificar dichos bienes de acuerdo a sus características o a los términos determinados en la afectación, lo que se hará siempre en interés del beneficiario o de los fines que persiga la fiducia. Para lograr lo anterior el administrador podrá, en cumplimiento de sus obligaciones, enajenar el bien a título oneroso, gravarlo, cambiar su destino y en general realizar cualquier otro acto necesario o útil para la consecución de sus fines, sin embargo no tiene plena libertad de actuación, ya que esta se encuentra limitada por las facultades de vigilancia que la propia ley otorga al constituyente, a sus herederos, al beneficiario e incluso a la autoridad pública en el caso de fiducias privadas o sociales. Deberá actuar, como lo señaló el juez *Dickson* en el asunto *Fales c. Canada Permanent Trust Co.*, de 1977 “Siempre con la diligencia que se exige a un fiduciario que son las de un buen padre de familia en la gestión de sus propios asuntos.”³⁰⁸

Para esos efectos, de acuerdo con el artículo 1290 del código mencionado, tanto el constituyente como el beneficiario e incluso otro interesado puede compeler al fiduciario para que cumpla con sus obligaciones o realice algún acto necesario para la fiducia y hasta obligarle que se abstenga de ejecutar un acto que sea perjudicial para la fiducia, pudiendo solicitar en caso contrario su destitución. Pueden también atacar los actos realizados por el fiduciario en fraude del patrimonio fiduciario o de los derechos del beneficiario.

³⁰⁷ Sobre este punto cabe destacar que el propio Código Civil permite la separación del patrimonio de una persona. Por una parte le reconoce a toda persona la titularidad de un patrimonio, pero establece que este patrimonio puede ser objeto de una división o de una afectación en los términos que al efecto señale la ley, en el caso que nos ocupa, lo establece el artículo 1260 del citado ordenamiento al señalar que con la creación de la fiducia se constituye un patrimonio autónomo afectado al cumplimiento de determinados fines. Sobre la administración de bienes ajenos, ver el Título Séptimo, artículos 1299 a 1370 del Código Civil de la Provincia de *Québec*.

³⁰⁸ Citado en la sentencia de la *Cour Suprême du Canada* (Febrero 2009) en el asunto con referencia *Bande et nation indiennes d'Ermineskin c. Canada*, 2009 CSC 9 (2009) 1 R.C.S. 222 disponible en: <http://scc.lexum.umontreal.ca/fr/2009/2009csc9/2009csc9.html> [consultado el 2 de junio del 2010].

El ejercicio de los derechos de los beneficiarios arriba aludidos, varían dependiendo del tipo de fiducia. Así en el caso de la fiducia de utilidad privada o social, la vigilancia esta conferida, de acuerdo a su objeto y fines, a organismos públicos designados en los términos de la ley. En este caso, desde la fecha de constitución de la fiducia el fiduciario debe presentar a la persona u organismo respectivo, una declaración indicando la naturaleza y objeto de la fiducia, su duración, así como el nombre y domicilio del fiduciario; además esta obligado a permitir el examen de la documentación correspondiente a las operaciones realizadas y rendir informes cuando se le soliciten.

Cuando se trate de una fiducia personal y el beneficiario no sea aún conocido, los derechos serán ejercidos por la persona que haya designado el constituyente para actuar como curador, previa aceptación del cargo y en su defecto por la persona que al efecto designe el tribunal competente a solicitud del fiduciario o de cualquier interesado, pudiendo ser un curador público.

Asimismo, salvo pacto en contrario, el tribunal puede autorizar al constituyente, al beneficiario o a un tercero interesado, ocupar el cargo del fiduciario cuando éste, sin motivo suficiente se niegue a actuar, lo haga negligentemente o esté impido para hacerlo.

Otra limitación que tiene el fiduciario en cuanto a la administración de los bienes se refiere a la protección de los terceros con quienes tenga relación el constituyente, ya que tanto el fiduciario, como el propio constituyente y el beneficiario, cuando tengan una participación activa en la fiducia, serán solidariamente responsables por los actos ejecutados en fraude de los acreedores del constituyente o del patrimonio fiduciario. Con esta disposición se trata de impedir que la figura sea utilizada para transferir bienes propiedad del constituyente en fraude de sus acreedores.

Una vez analizado los efectos que produce para las partes intervinientes en el *trust* y el fideicomiso o fiducia, procederemos a estudiar las causas por las cuales se puede dar por concluida dicha relación y los efectos que asimismo se producen para las partes al darse el evento que la produzca.

3.7. La extinción.

El *trust* y el fideicomiso tienen causas de terminación muy similares debido a la identidad de ambas figuras respecto de la encomienda basada en la confianza y la creación de un patrimonio destinado exclusivamente a ello, por lo que la influencia que tuvo el *trust* en la creación del fideicomiso resulta evidente hasta su extinción. Básicamente las formas mediante las cuales puede extinguirse el *trust* pueden ser por actos propios de los participantes o por causas ajenas a los mismos, como a continuación lo veremos.

Primeramente debemos considerar que si el principal rasgo de identidad consiste en una encomienda que hace el constituyente al *trustee* o fiduciario en beneficio de un tercero o de una finalidad determinada, implica que al realizar los actos encomendados lo más pertinente sería que se procediera a su extinción, sin embargo, como señala Batiza,³⁰⁹ en el *trust* la regla general es que se le fije un período de duración sin que sea posible terminarlo antes de que expire el plazo fijado, salvo que exista algún vicio en su constitución, como pudiera ser que su creación haya sido inducida por fraude o error, por lo que la idea de que se extinga por el cumplimiento de sus fines es prácticamente ajena al derecho angloamericano o por lo menos no es objeto de especial consideración entre los tratadistas.

Otra de las formas por la que puede extinguirse un *trust inter vivos* es por revocación, siempre que el *settlor* se haya reservado ese derecho, en caso contrario no podrá revocarlo salvo que cuente con el consentimiento del beneficiario o bien que la omisión se haya debido a un error. Al efecto Scott hace la precisión de que cuando el *settlor* sea el único beneficiario, entonces podrá exigir su terminación.³¹⁰ En este caso consideramos que la extinción procede en función del carácter de beneficiario no de constituyente, pues para hacerlo como constituyente, sería necesario haberse reservado ese derecho.

³⁰⁹ Batiza, Rodolfo, *op. cit.*, supra nota No. 11, p. 446.

³¹⁰ Scott, S. *Fifty Years of trust*. Harvard Law Review. Vol. I, 1936-1937; cit. por *Ibid* p. 448.

Consideramos que esto es así, ya que salvo el caso de la reserva expresa por parte del *settlor* sobre la revocación, el beneficiario es quien tiene la facultad de disposición de los bienes, sujeto a los fines fijados por el *settlor*, pudiendo exigir al *trustee* que le trasmita los bienes y extinga el *trust*, en caso de que sean varios, estando de acuerdo y teniendo la capacidad suficiente, pueden modificar el *trust* o incluso extinguirlo, salvo que con ello se contraponga con alguna disposición del *settlor*.³¹¹ Sólo en este último caso el *trustee* puede oponerse a la extinción, en caso contrario debe sujetarse a las instrucciones del o los beneficiarios y transmitirles el patrimonio, si así se encuentra establecido en el acto constitutivo.

Puede darse el caso de que el beneficiario no acepte o renuncie a los derechos que a su favor se establezcan en el acto constitutivo del *trust*, en este caso procede la extinción si no se tienen contemplados beneficiarios sustitutos. Esta misma situación se daría para el caso de fallecimiento del beneficiario.

Existen otras causas que provocan la terminación del *trust* y que son ajenas a la voluntad de los participantes. Así Scott señala que la frustración de los objetivos para el cual fue creado el *trust*, determina su extinción.³¹²

Cuando el propósito llega a ser imposible o ilegal, o por circunstancias no previstas ni anticipadas por el *settlor*, la continuación del *trust* afectaría substancialmente el propósito.³¹³

En el derecho inglés también es causa de extinción del *trust* sin que participe la voluntad de los participantes el simple transcurso del tiempo, ya que no se permiten los *trust* a perpetuidad, pues existe una regla contra las perpetuidades (*rules against perpetuity*) que de acuerdo con el *Ballentine's Law Dictionary*, es aquella que prohíbe la creación de intereses futuros o *estates*, los cuales posiblemente no se van a radicar en el

³¹¹ Montgomery White C. and M.M. Well. *Underhill's law relating to trust & trustees*. Eleven edition. Butterworth 6 Co. Ltd. London, 1959. p. 4. cit. por *Íbid.* P. 389.

³¹² Citado por *Íbid.* p. 451.

³¹³ Citado por Rengifo, Ramiro. *La fiducia. Legislación nacional y derecho comparado*. 2ª edición, Fondo Editorial Universidad. Colombia, 2001, p. 230.

beneficiado dentro de un período que comprende la vida de las personas en existencia al momento de la muerte del testador o de la fecha del documento creando dicho interés y 21 años más, adicionado por el período de gestación, cuando hay referencia a hijos póstumos.³¹⁴

Esta norma contra las perpetuidades anula determinados intereses futuros que pueden llegar a perpetuarse. En esencia, señala Posner la regla “limita el poder del testador para destinar liberalidades a sus descendientes remotos.”³¹⁵

Cuando se da la causal de extinción del *trust*, entonces el *trustee* debe proceder a liquidar los bienes del *trust* de acuerdo a lo contemplado en el acto constitutivo.

Extinguido el *trust* por no haberse cumplido sus fines o cuando exista un remanente de bienes una vez llegado el término de su vigencia, surge el derecho del *settlor* para que los bienes se reintegren a su patrimonio. Este derecho se ve reflejado en el surgimiento de un *resulting trust* en su favor, lo que implica que el *trustee* ahora tendrá ese carácter ya no frente al beneficiario original, sino frente al propio constituyente que se convierte en el nuevo beneficiario de los bienes.

Por lo que se refiere al fideicomiso mexicano, como cualquier otro contrato, existen diversas causas que por su propia naturaleza dan lugar a su extinción. El artículo 392 de la Ley Cambiaria, de una manera enunciativa señala las causales de terminación, no obstante hay otras causas que derivan de ésta y otras leyes que regulan la figura en estudio. Consideramos que las principales causas son las siguientes:

La causa más obvia de terminación de un fideicomiso, es la del cumplimiento del objeto para el que fue creado, es decir, por cumplimiento de sus fines, ya que una vez satisfecho éstos, procede su extinción.

³¹⁴ *Íbid*, p. 89.

³¹⁵ Posner A., Richard. *El Análisis Económico del Derecho*. Trad. Eduardo L. Suárez. Editorial Fondo de Cultura Económica, México, 1998. p. 483.

Contrario al *trust* en nuestro derecho el cumplimiento de los fines es la principal causa de terminación, ya que el fideicomiso es creado con el objeto de realizar ciertos fines lícitos y determinados, sin que necesariamente haya que limitarlo a un lapso específico, sino que puede constituirse sin importar el tiempo para cumplir con los fines, con las salvedades de los plazos máximos de duración que establece la ley para determinados fideicomisos.

Si el fideicomiso se extingue por el cumplimiento del fin para el que fue creado, resulta claro que en aquellos casos en los que el fiduciario no pueda llevarlo a cabo por sobrevenir una imposibilidad física o jurídica, como pudiera ser la pérdida o destrucción de la cosa, el fallecimiento del fideicomisario, el convertirse en ilícito el fin después de la constitución del fideicomiso, etc., también procede su cancelación.

Otra causa de extinción es la imposibilidad de que se cumpla la condición suspensiva de que dependa o no haberse verificado dentro del término señalado al constituirse el fideicomiso o, en su defecto, dentro de veinte años siguientes a su constitución. Es decir, cuando el cumplimiento del acontecimiento futuro e incierto a que se llegue a sujetar el fideicomiso, se haga imposible, no se verificase en el plazo convenido o en el término de veinte años si no se estipuló plazo alguno, el fideicomiso debe extinguirse de acuerdo a dispuesto en la fracción III del artículo en comento; sin embargo, consideramos que es incorrecto que se refiera al acontecimiento de que dependa la existencia del fideicomiso, ya que no puede extinguirse una obligación que no ha nacido, pues es precisamente de la condición suspensiva de la que depende el nacimiento de la obligación y si se da alguno de los supuestos mencionados, en todo caso debe tenerse por incumplida la condición y sin surtir efecto las obligaciones emanadas del contrato; así lo dispone el artículo 1939 del Código Civil Federal, al señalar que “La condición es suspensiva cuando de su cumplimiento depende la existencia de la obligación.” Por ello consideramos que en todo caso la ley no debería referirse a la condición de que dependa el nacimiento del fideicomiso, sino más bien de alguna condición que se haya establecido dentro de los fines.

Al respecto, Batiza comenta que “si es precisamente la existencia del fideicomiso la que depende del cumplimiento de la condición suspensiva, al hacerse ésta imposible o no verificarse dentro del término, es inadecuado hablar de extinción del fideicomiso. A lo más podrá decirse que se extingue la posibilidad de su existencia.”³¹⁶

Por haberse cumplido la condición resolutoria a que haya quedado sujeto. Cuando la realización del acontecimiento futuro e incierto se realiza y de esa realización depende la extinción de las obligaciones nacidas para las partes en el contrato de fideicomiso, también procede la extinción del mismo, volviendo las cosas al estado en que guardaban antes de la constitución.

La celebración de convenio escrito entre el fideicomitente, el fideicomisario y el fiduciario también es causa de extinción. Si el fideicomitente es la persona que constituye el fideicomiso en favor del fideicomisario y éste es quién recibe los beneficios, ambos pueden pactar la extinción del fideicomiso, sin embargo, por ser el fiduciario el responsable de realizar los fines, también debe comparecer al convenio. El consentimiento del fideicomisario es primordial, ya que en el caso en que éste no lo otorgue, el fideicomiso deberá continuar hasta el cumplimiento de sus fines o al incurrir en alguna otra de las causales que estamos analizando, incluso si el fideicomitente no se reservó el derecho de revocarlo, entonces no será necesario su consentimiento para proceder a la extinción, por lo que podrán pactarlo el fideicomisario y el fiduciario.

Una de las causas más relevantes de extinción es la revocación hecha por el fideicomitente cuando éste se haya reservado expresamente ese derecho al constituir el fideicomiso. Ya comentamos anteriormente que cuando así se pacte en el contrato de fideicomiso, el fideicomitente tendrá la facultad de darlo por concluido discrecionalmente en cualquier tiempo, pero para ello será requisito indispensable haberse reservado expresamente ese derecho.

³¹⁶ Batiza, Rodolfo, *op. cit.*, supra nota No. 11, p. 454.

En el caso del párrafo final del artículo 386 de la propia ley cambiaria. Éste artículo regula la sustitución del fiduciario cuando éste renuncie o se le remueva del cargo y en caso de no haber otro fiduciario que lo acepte, el fideicomiso deberá extinguirse.

La última causal que el artículo en estudio establece para la extinción del fideicomiso, consiste en el supuesto de que a la institución fiduciaria no se le haya cubierto la contraprestación pactada en el contrato respectivo, por un periodo igual o superior a tres años, caso en el cual podrá dar por terminado, sin su responsabilidad, cumpliendo con los requisitos establecidos en el artículo 392 bis.

Otra causal de extinción que se deriva de la naturaleza del fideicomiso, la encontramos en la renuncia o muerte del fideicomisario, en aquellos caso en los que no se haya hecho designación de fideicomisarios sustitutos, salvo en el caso de que los derechos sean transmisibles a los herederos del fideicomisario, según la naturaleza de dichos derechos y de lo que se haya establecido en el contrato respectivo. En lo tocante a los casos en que el fideicomisario sea persona moral, se aplica éste supuesto cuando igualmente se disuelve o deja de existir.

Por cumplimiento del término fijado para la duración del fideicomiso. Las partes tienen la posibilidad de señalar el plazo por el cual surtirá efecto el fideicomiso. Para esos efectos entendemos por término o plazo, el momento en que un acto jurídico debe comenzar o dejar de surtir sus efectos característicos.³¹⁷ Por su parte el Código Civil Federal, señala en sus artículos 1953 y 1954, que es obligación a plazo aquella para cuyo cumplimiento se ha señalado un día cierto y se entiende por día cierto aquél que necesariamente ha de llegar; de lo anterior desprendemos que cuando se señale en el contrato de fideicomiso un día cierto para la extinción del mismo, una vez llegado el mismo, procede la extinción del fideicomiso.

Sobre el particular habrá que aclarar que la voluntad de las partes no puede contravenir lo dispuesto por la fracción III del artículo 394 de la Ley Cambiaria, respecto

³¹⁷ Ver De Pina, Rafael, *op. cit.*, supra nota No. 257, p. 449.

de la prohibición de constituir fideicomisos en favor de las personas morales por un plazo mayor de 50 años (con sus excepciones, que ya comentamos), ni tampoco podrá pactarse un plazo mayor respecto de sociedades mexicanas con cláusula de admisión de extranjeros y de personas físicas o morales extranjeras, cuando éstos sean fideicomisarios en fideicomisos que tengan como objeto materia del mismo bienes inmuebles ubicados en la llamada zona restringida de 50 kilómetros a lo largo de las fronteras y de 50 en las playas.

La expropiación de los bienes materia del fideicomiso, también puede ser causa de extinción del fideicomiso. El acto de potestad soberana que puede ejercer el Estado para privar total o parcialmente la propiedad de los particulares por causa de utilidad pública, puede en un momento dado afectar bienes materia de un fideicomiso, en cuyo caso el fiduciario recibirá el importe de la indemnización que corresponda para aplicarlo a los fines del fideicomiso y en caso de que estos no puedan llevarse a cabo, el fideicomiso deberá extinguirse.

Por lo que toca a lo eventos de quiebra, disolución y liquidación del fiduciario, las instituciones financieras que pueden actuar como fiduciarias, en sentido estricto son comerciantes y como tales pueden incurrir en concurso mercantil e incluso llegar a la quiebra, en cuyo caso los bienes materia de los fideicomisos constituidos en ellas, deberán separarse de la masa de bienes, ya que el fiduciario de que se trate, estará impedido de administrar los bienes; en éstos casos deberá sustituirse al fiduciario y en caso de no ser posible, proceder a la extinción de dichos fideicomisos.

Tratándose de la disolución o liquidación de alguna institución fiduciaria, por alguna de las causas legales establecidas en su escritura constitutiva o en la ley, también será necesario buscar la sustitución en el cargo o en su defecto extinguir el fideicomiso. Sobre las reglas a seguir en éstos supuestos, el artículo 122 bis 16 de la Ley Bancaria señala que la disolución y liquidación, así como el concurso mercantil de las instituciones de banca múltiple, se regirán por lo dispuesto por esta Ley, por la Ley de Protección al Ahorro Bancario, por los Capítulos X y XI de la Ley General de Sociedades Mercantiles y por el Título Octavo, Capítulo II, de la Ley de Concursos Mercantiles.

También pueda presentarse el caso de la revocación de la autorización para ejercer el cargo de fiduciario. El artículo 28 de la propia Ley Bancaria, dispone que la Comisión Nacional Bancaria y de Valores, tiene la facultad de revocar la autorización para operar como institución de banca múltiple llegado el caso de que la institución de que se trate incurra en alguno de los supuestos que señala dicha disposición; en caso de que alguna institución vea revocada su autorización, lógicamente ya no podrá ejercer el cargo de fiduciario, por lo que al igual que en la concurso, quiebra y disolución de la sociedad, se deberá buscar la sustitución fiduciaria o la extinción.

Por quiebra del patrimonio del fideicomiso. En el fideicomiso con actividad empresarial pudiera darse el caso de que en el desarrollo propio de las actividades, resultara insuficiente el patrimonio para hacer frente a las obligaciones contratadas, no obstante que no tenga personalidad jurídica, en los términos del artículo 4º. Fracción II de la Ley de Concursos mercantiles, podría de llegar a la suspensión de pagos y a la quiebra del patrimonio, por lo que una vez cubiertos los requisitos de ley se deberá proceder a la extinción del fideicomiso.

Por confusión de la calidad de fiduciario y fideicomisario. El artículo 382 de la Ley Cambiaria dispone que es nulo el fideicomiso que se constituye en favor del fiduciario, por lo que salvo las excepciones que se señalan en el último párrafo de dicho artículo relativas al fideicomiso de garantía y el caso de algunas de las instituciones de banca de desarrollo que su ley orgánica le permite tener ese doble carácter, cuando alguna institución al ser fiduciario o fideicomisario en un contrato de fideicomiso y por alguna circunstancia, como pudiera ser la fusión de dos instituciones, lleguen a confundirse dichos caracteres, el fideicomiso deberá extinguirse, buscar la sustitución fiduciaria o en su defecto la cesión de derechos de fideicomisario.³¹⁸

Por lo que se refiere a los afectos que produce la extinción del fideicomiso, destacamos lo siguiente:

³¹⁸ Ver entre otras las leyes orgánicas de Nacional Financiera, S.N.C., Banco Nacional de Obras y Servicios Públicos, S.N.C., Banco Nacional de Comercio Exterior, S.N.C., etc.

Al darse la extinción del fideicomiso por cualesquiera causas que hemos venido analizando, es necesario determinar el destino que habrá de darse al remanente de los bienes materia del mismo. Para ello será necesario tomar en consideración el tipo de fideicomiso de que se trate, así como los términos establecidos sobre el particular en el propio contrato de fideicomiso.

Al analizar los derechos del fideicomitente, señalamos que en los términos del artículo 393 de la ley cambiaria, uno de ellos es el de recibir los bienes que queden en poder de la institución fiduciaria una vez extinguido el fideicomiso.

También señalábamos que no tiene mayor relevancia cuando el fideicomiso ha sido constituido como una liberalidad del fideicomitente, pero respecto de un fideicomiso oneroso, cuando el fideicomitente recibe una contraprestación por la afectación fiduciaria, los bienes deben transmitirse al fideicomisario o a sus herederos.

Otro de los aspectos de la extinción del fideicomiso, no menos importante que el anterior, es el de los efectos jurídicos de los actos realizados por el fiduciario que se encuentren pendientes de cumplimentar, pues en este caso, tanto el fideicomitente como el fideicomisario, tendrán la obligación de cumplir o perfeccionar los compromisos contraídos con terceros en el desempeño del fideicomiso y en su caso destinar los bienes a la satisfacción de los mismos, por lo que no pueden pretender ostentarse como extraños a la relación jurídica establecida entre el fiduciario y los terceros.

Sobre el particular, consideramos aplicable lo dispuesto en el segundo párrafo del inciso b) de la fracción XIX del artículo 106 de la Ley de Instituciones de Crédito, que a la letra dice: “(...) Si al término del fideicomiso, mandato o comisión constituidos para el otorgamiento de créditos, éstos no hubieren sido liquidados por los deudores, la institución deberá transferirlos al fideicomitente o fideicomisario, según el caso, al mandante o comitente, absteniéndose de cubrir su importe (...).”

Esto significa, independientemente de la prohibición a las instituciones de responder por el incumplimiento de los deudores, que ya sea el fideicomitente o el fideicomisario, tendrán que continuar con los trámites de recuperación del crédito otorgado por el fiduciario en cumplimiento de los fines del fideicomiso, en virtud de la relación de causahabencia que los une para con el fiduciario.

Finalmente podemos señalar que a la extinción del fideicomiso, normalmente el fiduciario presenta un estado de cuenta en el que refleja los últimos movimientos efectuados en el patrimonio del fideicomiso, mientras que el fideicomitente y el fideicomisario le otorgan un finiquito por la actuación tenida en el contrato respectivo.

En forma muy similar a la legislación mexicana, el Código de Comercio colombiano establece en su artículo 1240, que la fiducia se extingue por la realización plenamente sus fines; por la imposibilidad absoluta de realizarlos; por expiración del plazo o por haber transcurrido el término máximo señalado por la ley; por el cumplimiento de la condición resolutoria a la cual esté sometido; por hacerse imposible, o no cumplirse dentro del término señalado, la condición suspensiva de cuyo acaecimiento pende la existencia de la fiducia; por la muerte del fiduciante o del beneficiario, cuando tal suceso haya sido señalado en el acto constitutivo como causa de extinción; . por disolución de la entidad fiduciaria; por acción de los acreedores anteriores al negocio fiduciario; por la declaración de la nulidad del acto constitutivo; por mutuo acuerdo del fiduciante y del beneficiario, sin perjuicio de los derechos del fiduciario, y por revocación del fiduciante, cuando expresamente se haya reservado ese derecho.

Además de las causas de extinción de la fiducia mercantil colombiana, el propio dispositivo legal arriba citado, señala adicionalmente las causas establecidas para el fideicomiso civil, las cuales son fijadas en el artículo 822 del Código Civil colombiano, entre las que encontramos la restitución, que opera como cumplimiento de los fines, ya que consiste en la traslación de la propiedad a la persona en cuyo favor se ha constituido el fideicomiso; la resolución del derecho de su autor, como cuando se ha constituido el fideicomiso sobre una cosa que se ha comprado con pacto de retroventa y esta se verifica;

por la destrucción de la cosa en que está constituido; por la renuncia del fideicomisario antes del día de la restitución, sin perjuicio de los derechos de los sustitutos; por faltar la condición o no haberse cumplido en tiempo hábil; por confundirse la calidad de único fideicomisario con la de único fiduciario, que es congruente con la prohibición general de tener el doble carácter de fideicomisario y fiduciario.

En cuanto al destino de los bienes una vez extinguida la fiducia, el artículo 1242 del código mercantil arriba citado, establece que salvo disposición en contrario contenido en el acto constitutivo del negocio fiduciario, a la terminación de éste por cualquier causa, los bienes fideicomitados pasarán nuevamente al dominio del fideicomitente o de sus herederos.

En Argentina se regula la extinción del cargo de fiduciario, así como la extinción general del fideicomiso. Al efecto el artículo 9 de la Ley 24441 establece como causales de cesación del cargo de fiduciario la remoción judicial por incumplimiento de sus obligaciones, a instancia del fiduciante; o a pedido del beneficiario con citación del fiduciante; Por muerte o incapacidad judicialmente declarada si fuera una persona física; Por disolución si fuere una persona jurídica; Por quiebra o liquidación; 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.

Además se establece que una vez 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 fideicomitados serán transmitidos al nuevo fiduciario.

Adicionalmente a las causas de cesación del cargo de fiduciario, el artículo 25 de la citada ley argentina, menciona que el fideicomiso se extinguirá por el cumplimiento del plazo o la condición a que se hubiere sometido o el vencimiento del plazo máximo legal; La

revocación del fiduciante si se hubiere reservado expresamente esa facultad, misma que no tendrá efecto retroactivo y por cualquier otra causal prevista en el contrato.

El citado artículo 25 deroga la regla general del artículo 2,670 del Código Civil en cuanto a la extinción de los fideicomisos sujetos a condición resolutoria, ya que el vencimiento del plazo máximo legal previsto (30 años) producirá *ipso iure* el fin del fideicomiso aun y cuando la condición esté pendiente de cumplimiento.³¹⁹

Además establece que una vez producida la extinción del fideicomiso, el fiduciario estará obligado a entregar los bienes fideicomitidos al fideicomisario o a sus sucesores, otorgando los instrumentos y contribuyendo a las inscripciones registrales que correspondan.

Por lo que toca a la extinción del fideicomiso venezolano, se establece que este terminará por la realización del fin para el cual fue constituido, o por hacerse éste imposible; por vencimiento del término o cumplimiento de la condición resolutoria a que esté sujeto; por renuncia de todos los beneficiarios a sus derechos resultantes del fideicomiso; por la revocación hecha por el fideicomitente, cuando se hubiere reservado hacerla y por falta de fiduciario, si existe imposibilidad de sustitución, además del vencimiento del plazo máximo fijado por la ley, que es de 30 años.

La terminación del fideicomiso impone al fiduciario la obligación de transferir los bienes a la persona a quien corresponda conforme al acto constitutivo o a la ley y a rendirle cuentas de su gestión pendientes; en caso de que el fiduciario no cumpliera con esta obligación la parte afectada podrá demandar la transferencia y reclamar los daños y perjuicios que la omisión del fiduciario le hubiere causado, para lo cual se establece que la sentencia que declare con lugar la acción, tendrá efectos traslativos de propiedad a favor del interesado.

³¹⁹ Mantorell Ernesto Eduardo. *Tratado de los contratos de empresa. Tomo II. Contratos bancarios*. 2ª edición actualizada. Editorial Desalma. Buenos Aires, 2000. p. 1107.

En Francia, por lo que se refiere a la revocación como forma de extinción del contrato de fiducia, el Artículo 2028 del Código Civil reformado, establece que tanto la revocación como la modificación del referido contrato por parte del constituyente, sólo podrá realizarse siempre y cuando el beneficiario aún no haya aceptado la designación, ya que una vez que este haya manifestado su aceptación al mismo, se requerirá de su consentimiento para realizar dichos actos, o bien se puede dar por decisión judicial. El proyecto original de la ley en estudio, hacía alusión al reenvío a los artículos 900-1 a 900-8, del propio Código Civil, que contienen la denominada teoría de la imprevisión, que consiste, conforme al artículo 900-2, en permitir a solicitud del beneficiario la revisión y modificación por parte del juez del contrato cuando su ejecución resulte extremadamente difícil o imposible por un cambio de las circunstancias pactadas originalmente.

Además de sobrevenir la extinción de la fiducia por revocación, en los casos arriba señalados, también puede darse por llegar al término establecido en el contrato o por la realización de sus fines, el contrato podrá terminar por decisión judicial, por motivos diversos, como sería el caso de liquidación judicial del fiduciario. También se dará por terminado si todos los beneficiarios renuncian a sus derechos o si el constituyente deja de ser sujeto del Impuesto Sobre Sociedades, cuando haya sido optativa la tributación bajo este régimen.

Finalmente podemos señalar que en caso de ausencia de beneficiarios, los derechos fiduciarios deben revertirse al constituyente o a los sucesores de su patrimonio.

La extinción de la fiducia en Canadá puede presentarse, de acuerdo a lo dispuesto en el artículo 1296 del Código Civil de *Québec* por diversas circunstancias, que en términos generales coinciden con los demás ordenamientos en estudio. Así tenemos que se puede poner fin la fiducia en los casos en que la totalidad de los beneficiarios pierdan sus derechos, ya sea por renuncia o por caducidad del derecho de aceptación; por llegar al término establecido o por cumplimiento de la condición suspensiva o resolutoria prevista en el acto constitutivo; por cumplimiento de los fines para los que fue creada o bien por imposibilidad en su cumplimiento.

Cabe señalar que en el caso de que exista alguna imposibilidad para el cumplimiento de los fines, dicha circunstancia debe ser constatada judicialmente para que proceda la extinción. Asimismo se contempla la posibilidad de que la fiducia pueda terminarse por determinación judicial, acorde a la teoría de la imprevisión, es decir, cuando las circunstancias contempladas el constituyente en el acto de creación cambien de tal manera que se desvirtúe la finalidad buscada y como consecuencia se haga imposible o muy oneroso el cumplimiento de dicha finalidad, el tribunal, a solicitud de parte interesada, puede poner fin a la fiducia o, si se trata de una fiducia de utilidad social, modificar sus términos tratando de respetar lo más posible la voluntad del constituyente.

Una vez que se ha dado alguna de las causales arriba mencionadas, se extinguirá la fiducia y los bienes deberán ser entregados por el fiduciario a quien tenga derecho sobre los mismos, es decir, a los beneficiarios y a falta de ellos, el remanente de los bienes serán entregados al constituyente o a sus herederos, si éste hubiere fallecido, salvo de que se trate de una fiducia de utilidad social que deba extinguirse por imposibilidad en el cumplimiento de sus fines, ya que en este caso, el tribunal, oyendo al fiduciario e incluso al organismo encargado de su supervisión, entregará los bienes a una persona moral o grupo de personas que tengan una finalidad lo más parecida a los fines de la fiducia.³²⁰

3.8. La propiedad de los bienes como principal diferencia entre el *trust* y el fideicomiso

Evidentemente que los bienes o derechos constituyen un elemento esencial tanto del *trust* como del fideicomiso, ya que no podría pensarse en la existencia de dichas figuras si no hay un conjunto de bienes o derechos que son destinados a un fin específico. Ese conjunto de bienes o derechos entran a formar parte de un patrimonio que estará reservado en forma temporal a los fines señalados en el propio acto constitutivo y respecto de los cuales sólo se podrán efectuar los actos exigidos para el cumplimiento de los mismos.

³²⁰ Ver artículos 1296 a 1298 del Código Civil de la Provincia de *Québec*.

Consideramos que la conformación de ese patrimonio *sui generis* y la propiedad que deriva del mismo, es la principal diferencia y constituye el obstáculo más importante para la aplicación de las figuras en estudio en forma global, situación que nos obliga a analizar la naturaleza, tanto del patrimonio como de la propiedad de los bienes que integran un fideicomiso, ya que de inicio choca con el concepto de propiedad en su concepción tradicional dentro de los sistemas jurídicos afines al *Civil law*, principalmente respecto de los atributos que le son reconocido a la propiedad desde el derecho romano, los llamados *ius utendi*, *ius fruendi* y *ius abutendi*, que representan el derecho de usar, de disfrutar y de enajenar libremente la cosa sobre la que tenemos el derecho de propiedad. A continuación expondremos las principales teorías sobre el particular.

3.8.1. El patrimonio.

Primeramente en forma muy somera veremos lo que se entiende por patrimonio, para ello siguiendo a Rafael Rojina Villegas³²¹ tenemos que es “un conjunto de obligaciones y derechos susceptibles de una valoración pecuniaria que constituye una universalidad de derecho”.

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

El activo se integra por el conjunto de bienes y derechos apreciables en dinero. Estos bienes y derechos siempre se traducen en derechos reales, personales o mixtos, por lo que el patrimonio invariablemente estará integrado por ese tipo de derechos; entendiendo por derecho real aquel poder jurídico que se ejerce directa e inmediatamente sobre los bienes; por derecho personal aquella relación jurídica que le otorga al acreedor la

³²¹ Rojina Villegas, Rafael, *op. cit.*, T-II, supra nota No. 120, p. 7 y ss.

facultad de exigir al deudor una prestación o una abstención de carácter patrimonial o moral y por derecho mixto, aquellos que tienen caracteres reales y personales a la vez.

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

3.8.1.1. El patrimonio personalidad.

Ahora bien, la primera teoría explicativa de la naturaleza jurídica del patrimonio, es precisamente la llamada Teoría del patrimonio personalidad, sustentada por la escuela clásica francesa o escuela de la exégesis, para cuyos exponentes el conjunto de bienes, derechos, obligaciones y cargas que integran el patrimonio, constituyen una entidad abstracta, una universalidad de derecho que se mantiene siempre en vinculación constante con la persona jurídica.³²² Señalan como principales fundamentos que solamente las personas pueden tener patrimonio, pues sólo ellas son aptas para poseer, adquirir y obligarse; que toda persona tiene necesariamente un patrimonio aunque éste no signifique riqueza actual, ya que tendrá la aptitud de poseer en un momento dado; que cada persona tiene un solo patrimonio del mismo modo que sólo tiene una personalidad, y que el patrimonio es inseparable en su totalidad de la persona puesto que emana de la propia personalidad y por esa razón es inalienable durante la vida de su titular, razón por la cual se puede transmitir los elementos que la integran, pero no el patrimonio como universalidad, pues este es una unidad abstracta diferente de los derechos y obligaciones que la componen.

³²² Aubry y Rau, *Cours de Droit Civil Français*, T-IX, p. 333, citado por *ídem*, p.8.

La crítica que se le ha hecho a esta teoría es que llega a una noción ficticia y artificial del patrimonio, despegada de la realidad y vinculada hasta confundirse con la capacidad, aceptando la existencia de un patrimonio sin bienes presentes, bastando la posibilidad de adquirirlos en el futuro, es decir que toda persona debe tener un patrimonio aunque no posea bienes ni reporte obligaciones, bastando la aptitud o posibilidad de adquirirlos o llegar a ser sujeto de obligaciones y derechos y a consecuencia de esta confusión, se atribuyen al patrimonio las características de indivisibilidad e inalienabilidad, que son inherentes a la persona.³²³

Estas características de indivisibilidad e inalienabilidad que asimilan y confunden el patrimonio de la persona con su capacidad, son la principal razón de las críticas de una gran parte de la doctrina para quien la noción de patrimonio no llega a confundirse con la capacidad, ni consideran que el patrimonio sea siempre indivisible e inalienable por acto entre vivos.³²⁴ Los críticos explican que se producen situaciones en que un titular tiene más de un patrimonio, como es el caso de la aceptación de la herencia con beneficio de inventario, donde se produce la dualidad de masas señalada (la del heredero y la de la sucesión), o bien, como en el régimen patrimonial de la sociedad conyugal o los bienes o pasivos que conforman la masa de la quiebra.³²⁵

Planiol, Ripert y Picard aportan el concepto de universalidad jurídica y para ello señalan que el conjunto de bienes, derechos, obligaciones y cargas de una persona apreciables en dinero, constituye una universalidad jurídica, la cual integra el patrimonio, es decir, que si todo el conjunto no forma una universalidad jurídica, no es patrimonio.³²⁶

Para estos autores el concepto de universalidad comprende absolutamente todos los bienes, derechos, obligaciones y cargas apreciables en dinero. Los bienes y las obligaciones contenidas en el patrimonio forman lo que se llama una universalidad de derecho. Existen en el derecho masas de bienes que conforman una universalidad de

³²³ Acosta Romero, Miguel, *op. cit.*, supra nota No. 11, p. 275.

³²⁴ Ver Gutiérrez y González, Ernesto. *El Patrimonio*. Sexta edición, Editorial Porrúa, México, 1999, p. 44.

³²⁵ Martorell, Ernesto Eduardo, *op. cit.*, supra nota No. 319, p. 998.

³²⁶ Planiol, Ripert y Picard, *Tratado Práctico de derecho Civil Francés*, T.- III, p. 22, citado por Rojina Villegas, Rafael, *op. cit.*, supra nota No. 120, p. 8.

hecho, pero no son patrimonios, la persona podrá tener distintas universalidades de hecho, pero sólo un patrimonio que se presenta como único, indivisible y abarcando tanto el conjunto de bienes presentes como los futuros.

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

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

3.8.1.2. El patrimonio afectación.

La Teoría del patrimonio afectación, es otra de las teorías importantes que tratan de explicar la naturaleza y efectos del patrimonio, surge por la dificultad de explicar con la teoría clásica algunas instituciones jurídicas de fundamental importancia en el derecho positivo, nace esta teoría que considera al patrimonio como un conjunto de bienes, derechos y obligaciones afectados a la realización de un fin jurídico económico, específico y determinado, que le da autonomía propia y que permite la existencia de un régimen jurídico especial para darle también fisonomía distinta en el derecho a esa masa autónoma de bienes.

En esta teoría, sustentada por Planiol, Ripert y Picard el patrimonio no se confunde ya con la personalidad, ni se le atribuyen las mismas características de indivisibilidad e inalienabilidad propias de la persona, no obstante que exista una relación entre dichos conceptos.³²⁷

Al contrario de lo sustentado por la teoría clásica, una persona puede ser titular de diversas masas de bienes, con fines económicos-jurídicos distintos e independientes entre sí. El elemento principal en esta teoría del patrimonio es el destino que en un momento dado tengan los bienes, derechos y obligaciones de una persona con relación a los diversos fines e intereses jurídicos que en determinado momento tenga, de tal manera que pueda organizarlos en forma autónoma uno del otro, pero siempre con el reconocimiento del orden jurídico. Es decir, para estos autores se estará en presencia de un patrimonio cuando exista una masa autónoma de bienes organizada jurídicamente en forma especial, como es el caso del patrimonio de familia o el de la herencia, entre otros.

Por su parte, Brinz sostiene que no existe una razón de peso por la cual no se pueda segregar alguno de los bienes que conforman el patrimonio para afectarlos a un fin determinado o particular, es decir, patrimonios especiales que coexisten junto a un patrimonio general o dentro de él; tampoco hay una razón determinante para que el patrimonio tenga que ser considerado como una cualidad de la persona. Así el derecho alemán se separa de la tradición al no ver al patrimonio como algo inherente a la persona, sino enfocado desde el punto de vista del fin que justifica la existencia de los bienes en particular. En la concepción de Brinz el patrimonio general lo conforman los bienes que satisfacen cualquier fin que se proponga su titular, mientras que los patrimonios especiales son bienes afectados a un fin determinado.³²⁸

Cabe señalar que esta doctrina es la que coincide con la utilizada en el derecho anglosajón, donde la concepción del patrimonio personalidad ha sido siempre desconocida por no tener influencia del derecho romano y evidentemente que la idea del patrimonio afectación es aplicada en el *trust*, de donde la toma el legislador para integrar la figura del

³²⁷ *Ibíd.* Pág. 15.

³²⁸ Citado por Martorell, Ernesto Eduardo, *op. cit.*, supra nota No. 319, p. 998.

fideicomiso al derecho mexicano, razón por la que consideramos que ha sido problemática su asimilación a nuestro sistema jurídico. Para una mejor comprensión de lo expuesto, a continuación trataremos de aclarar ésta postura enfocándonos en el derecho mexicano, principalmente.

Evidentemente que el problema al que nos enfrentamos es el de determinar si debemos considerar el patrimonio fiduciario como afectación o como universalidad jurídica, que entra en un todo (patrimonio único) que venía siendo sustentado por la doctrina clásica francesa o incluso como un patrimonio totalmente autónomo. Para esos efectos, procederemos a analizar el patrimonio afectación y algunas variantes, en su aplicación en el fideicomiso.

En México, como se comentó anteriormente, la exposición de motivos de la Ley de Instituciones de Crédito de 1932 indica “que el fideicomiso no es un mandato irrevocable, sino una afectación de patrimonio encaminada a un fin que se confiaría a un fiduciario”; por su parte Pablo Macedo, redactor de la Ley de Títulos y Operaciones de Crédito en lo relativo al capítulo del fideicomiso, lo confirma al comentar “que el fideicomiso implica por virtud de la afectación que le es esencial la constitución de un patrimonio distinto del personal del fideicomitente” Además señala que “ Quedará el fideicomiso concebido, como una afectación patrimonial a un fin, cuyo logro se confía a las gestiones de un fiduciario, precisándose así la naturaleza y los efectos de ese instituto que a ley actualmente en vigor concibe oscuramente como un mandato irrevocable”.³²⁹

Del análisis de la Ley de Títulos y Operaciones de Crédito se desprende que las ideas referentes al patrimonio-afectación, son aplicables a la masa del fideicomiso. En efecto, el segundo párrafo del artículo 386 señala:

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

³²⁹ Lapaulle, Pierre, *op. cit.*, supra nota No. 3, p. XXI.

el fideicomitente, los que para él deriven del fideicomiso mismo o los adquiridos legalmente respecto de tales bienes, con anterioridad a la constitución del fideicomiso, por el fideicomisario o por terceros. La institución fiduciaria deberá registrar contablemente dichos bienes o derechos y mantenerlos en forma separada de sus activos de libre disponibilidad.

A éste respecto Jorge A. Domínguez Martínez señala que mediante la figura en cuestión se destina uno o varios bienes al logro de una finalidad, así lo establece la ley de la materia al señalar que en virtud del fideicomiso el fideicomitente destina ciertos bienes a un fin determinado, además de que la propia ley hace mención expresa a que el fideicomiso implica una afectación de bienes y que dichos bienes se entienden afectos a los fines de aquel.³³⁰ Adicionalmente se establece que por cada fideicomiso las instituciones fiduciarias deberán abrir una contabilidad especial, en la que se incluirán todos los bienes particularmente a él afectos, los cuales en ningún caso podrán destinarse a otras responsabilidades que los derivados precisamente de ese fideicomiso.

Este autor, en contra de la postura que sostiene que conforme al fundamento de la teoría del patrimonio afectación y los dispositivos rectores del fideicomiso, dan como resultado que la masa de bienes del fideicomiso integren un patrimonio, concluye que dicha masa no integra un patrimonio de afectación, sino que más bien se trata de una masa de bienes cuyo conjunto forma una universalidad jurídica, que es, a su vez, una fracción del patrimonio de una persona.

Similar es la postura de Carregal, éste autor argentino sostiene que la incorporación del patrimonio de afectación es contrario a la tradición romanista y a la estructura del ordenamiento jurídico de aquel país, ya que el patrimonio es una unidad de bienes y cuando se constituye un fideicomiso los bienes fideicomitados ingresan en esa universalidad; así la persona es propietaria de los bienes independientemente del tratamiento que les confieren las leyes, ello acorde al Art. 2312 del Código civil argentino.³³¹

³³⁰ Domínguez Martínez, Jorge Alfredo. *op. cit.*, supra nota No. 137, p. 197.

³³¹ Carregal, Mario. *El fideicomiso*. Ed. Universidad. Buenos Aires, 1982. p. 111.

Una vez que hemos analizado el patrimonio afectación en el fideicomiso mexicano, procederemos a analizar la naturaleza particular que tienen esos bienes que serán destinados al cumplimiento específico de un fin y respecto de los cuales no se podrá variar su destino, sino en los términos que se establezcan en el contrato respectivo, es decir la propiedad fiduciaria.

3.8.2. La propiedad fiduciaria.

Para analizar la propiedad fiduciaria, comencemos primeramente por conocer el concepto de la propiedad. Rojina Villegas aplicando la definición del derecho real de la propiedad menciona que ésta se manifiesta en el poder jurídico que una persona ejerce en forma directa e inmediata sobre una cosa para aprovecharla totalmente en sentido jurídico, siendo oponible este poder a un sujeto pasivo universal, por virtud de una relación que se origina entre el titular y dicho sujeto.³³²

El concepto legal actual de la propiedad proviene del Código Napoleón que, aun en la actualidad, establece en sus artículos 544 y 545 que la propiedad es el derecho de gozar y disponer de una cosa de la manera más absoluta, siempre que no se haga de ella un uso prohibido por las leyes o por los reglamentos y que nadie puede ser privado de su propiedad sino por expropiación fundada en causas de utilidad pública. La propiedad y su regulación jurídica en gran medida no es más que una superestructura de las ideas sociales, políticas y económicas que en un período determinado sacuden a las naciones, en el caso que nos ocupa el concepto vertido en el Código Napoleón, es la consagración de uno de los resultados de la Revolución de 1789: la propiedad libre de las cargas feudales del antiguo régimen; la autonomía de la voluntad del individuo; el mantenimiento y consagración de las propiedades adquiridas durante el proceso revolucionario de los bienes nacionales.³³³

³³² Rojina Villegas, Rafael, *op. cit.*, supra nota No. 120, p.79

³³³ Díez-Picazo, Luis y Gullón, Antonio. *Instituciones de Derecho civil. Vol. II.* 2ª edición. EditorialTecnos, Madrid, 1998. p. 104.

La legislación civil mexicana, siguiendo la influencia del Código Napoleón, establece que el propietario de una cosa puede gozar y disponer de ella con las limitaciones y modalidades que fijen las leyes y que los bienes de propiedad de los particulares y todas las cosas cuyo dominio les pertenece legalmente, y de las que no puede aprovecharse ninguno sin consentimiento del dueño o autorización de la ley.³³⁴

La influencia del Código francés lo encontramos en una multitud de ordenamientos, así por ejemplo el Art. 348 del Código Civil español dispone que la propiedad es el derecho de gozar y disponer de una cosa, sin más limitaciones que las establecidas en las leyes.³³⁵ El Art. 832 del Código italiano establece que el propietario tiene el derecho de gozar y disponer de la cosa en modo pleno y exclusivo, dentro de los límites y obligaciones contenidas en el ordenamiento jurídico.³³⁶ El Artículo 947 del Código Civil de *Québec* señala que la propiedad es el derecho a usar, gozar y disponer libremente de la propiedad plena, con sujeción a las limitaciones y los requisitos establecidos por la ley.³³⁷ Mientras que el Art. 545 del Código Civil Venezolano, a propiedad es el derecho de usar, gozar y disponer de una cosa de manera exclusiva, con las restricciones y obligaciones establecidas por la Ley.³³⁸

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

Partiendo del concepto arriba señalado, el primer problema que surgió al implementar la figura del fideicomiso en el ordenamiento jurídico latinoamericano y especialmente en el mexicano, fue el de determinar si los bienes y derechos que integran el

³³⁴ Ver Artículos 772 y 830 del Código Civil Federal.

³³⁵ Ver Código Civil Español visible en <http://civil.udg.es/normacivil/estatal/CC/2T2.htm>

³³⁶ Ver *Il Codice Civile Italiano, Libro Terzo, Della Proprieta, en Università Degli Studi Trento*, disponible en http://www.jus.unitn.it/cardozo/Obiter_Dictum/codciv/home.html (consultado el 2 de noviembre del 2009)

³³⁷ Ver *Code Civil de la province canadienne du Québec, op. cit.*

³³⁸ Ver Código Civil Venezolano disponible en http://www.fogade.gov.ve/leyesvzla/codigo_civil.pdf

patrimonio del fideicomiso, son propiedad del fiduciario, ya que aquellos son afectados y entregados a éste para destinarlos a una finalidad determinada de antemano por el fideicomitente y evidentemente que el fiduciario no podrá ejercer el poder jurídico sobre los mismos en provecho propio y en principio la idea de ser propietario sin disponer totalmente de la cosa, choca con nuestra tradición romanista del derecho de propiedad, máxime que el concepto legal plasmado en el texto original de la ley, únicamente mencionaba que en virtud del fideicomiso una persona destina ciertos bienes a un fin lícito y determinado, sin mencionar la naturaleza de esa afectación.

El segundo problema consiste en determinar la naturaleza de esa propiedad especial que resulta del fideicomiso.

No obstante que con las reformas a la Ley cambiaria mexicana efectuadas en el año 2003, se modificó el artículo respectivo para establecer que el fideicomiso implica la transmisión de la propiedad de bienes o la titularidad de derechos, con lo que se terminó de zanjar el punto de la transmisión de la propiedad del fideicomitente hacia el fiduciario, consideramos necesario analizar las diversas posturas doctrinales que en su oportunidad se vertieron sobre el particular, a efecto de tener una panorámica general sobre las características de la llamada propiedad fiduciaria. Entre las principales opiniones sostenidas sobre la cuestión debatida tenemos las siguientes:

La teoría del patrimonio de afectación, sustentada por Pierre Lapaulle, fue recogida en México por Pablo Macedo al redactar el capítulo relativo al fideicomiso en la ley cambiaria. Menciona dicho legislador que la idea del patrimonio afectación es fundamental en Lapaulle, ya que considera que el patrimonio no tiene propietario, no pertenece al fideicomitente, ni al fiduciario ni al fideicomisario; aunque, señala dicho legislador, que al no pretender crear un nuevo tipo de propiedad fiduciaria o hacer un desdoblamiento de la propiedad en legal y económica, se limitó a conceder al fiduciario la titularidad, sin conferirle la categoría de propiedad.³³⁹

³³⁹ Lapaulle, Pierre. *Op.cit.* supra nota No. 3, p. XXV.

Juan Landereche Obregón adoptó también esta postura al sostener que el fideicomiso es fundamentalmente un patrimonio que se afecta a un fin determinado. Para entender este concepto y su alcance, es indispensable partir de la noción de propiedad considerada en su sentido más amplio, como facultad exclusiva de usar y disponer de los bienes. Partiendo de la idea de la propiedad como medio de realizar el aprovechamiento de los bienes humanos, resulta económica y jurídicamente fundada la formación de un patrimonio destinado a un fin lícito, sin que necesariamente tenga como requisito la existencia de un propietario determinado, sino como simple condición la que de un órgano que realice el fin que se persigue. En este caso puede no existir propietario de los bienes afectos al fin perseguido, siendo bastante con que la afectación se organice de un modo adecuado para que los bienes cumplan su función de medios de alcanzar los fines de que se trata.³⁴⁰

Esta teoría fue también sustentada por Emilio Krieguer Vázquez, quien señala:

Respecto de los bienes entregados en fideicomiso el fideicomitente deja de ser dueño de ellos, si lo era; el fiduciario no adquiere la propiedad y, cuando mucho, se ostenta como titular de los derechos que son meros instrumentos para el cumplimiento de la tarea que tiene encomendada; el fideicomisario, cuando existe, tiene un derecho personal frente al fiduciario y, eventualmente, una acción persecutoria de la cosa que indebidamente haya salido del patrimonio del fideicomiso. Los bienes del fideicomitidos corresponden al grupo de los bienes que, por estar afectos a un fin determinado, no son de libre disposición. Quien en un momento tuvo facultad de disponer libremente de esos bienes, se auto-privó de ella y los consagró a un cierto y determinado fin. Y en el caso del fideicomiso regular esa aceptación se refuerza porque el fideicomitente no sólo expresa la decisión de destinar los bienes a un propósito definido, con exclusión de otros fines, sino que encomienda a una institución bancaria especializada que esa afectación se realice.³⁴¹

³⁴⁰ Landereche Obregón, Juan, *Naturaleza del fideicomiso en el Derecho mexicano*, Revista Jus, tomo IX. No. 50, septiembre de 1942, México, D.F., citado por Villagordo Lozano, *op. cit.*, supra nota No. 33, p. 93.

³⁴¹ Krieguer Vázquez, Emilio, *op. cit.*, supra nota No. 15, p. 74 y ss.

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

Muchas críticas recibieron las teorías sustentadas por los autores mencionados, en virtud de la imposibilidad de la existencia de patrimonios sin titular, pues un patrimonio, nunca podrá ser un sujeto de derecho, no obstante como lo hemos visto a lo largo de la presente investigación, el Código Civil de la provincia de *Québec*, permite la existencia de patrimonios sin titular, entre ellas la de la fiducia.

Existe otra teoría denominada del desdoblamiento del derecho de propiedad y como consecuencia de ella se obtienen dos titulares acerca de un determinado bien, uno que es titular jurídico, que es el fiduciario y otro que es titular económico, que es el fideicomisario. Remo Franceschelli³⁴² afirma que “el desdoblamiento del derecho de propiedad originario en dos nuevos derechos de propiedad sobre el mismo objeto, que se encuentran atribuidos a dos sujetos diversos, se efectúa de la siguiente forma: en primer término tenemos el derecho de propiedad formal exterior (del trustee), y después el derecho de propiedad sustancial (del cestui que trust).”

En esta misma postura, Lizardi Albarrán³⁴³ al tratar el proceso de construcción del fideicomiso, afirma que opera sobre el derecho de propiedad una descomposición en dos derechos, cuya existencia es formalmente posible por el contenido de las normas que rigen la nueva institución; señala que:

³⁴² Franceschelli, Remo. *Il trust nel Diritto inglese*, Casa Editrice Antonio Milani, 1935, p. 23 citado por Villagordo Lozano, José Manuel, *op. cit.*, supra nota No. 33, p. 99.

³⁴³ Lizardi Albarrán, Manuel, *Ensayo sobre la naturaleza jurídica del fideicomiso*, México, 1945, p.199, citado por *idem*.

Uno de los derechos, el del fiduciario, se caracteriza, si no de manera absoluta, cuando menos en su tendencia general, por la facultad de disposición, y por esto el mismo fiduciario queda frente a terceros ostentándose como propietario; ya que dicha facultad es atributo esencial del derecho de propiedad (...) entrando a estudiar los detalles, se encuentran tales características que permiten configurar el derecho del fiduciario como un nuevo derecho, distinto del de propiedad. En primer lugar es temporal y su duración no puede, por regla general exceder de treinta años, en segundo lugar, existe la función de un fin por realizar y, finalmente no representa para su titular -el fiduciario- ningún valor económico (...) El segundo derecho es el del fideicomisario que, a diferencia del fiduciario, se caracteriza por tener fundamentalmente un contenido económico, válido *erga omnes*. Este derecho está intrínsecamente ligado al fin de la operación y tiende a confundirse con él, por representar dicho fin en una forma o en otra, un beneficio económico para el fideicomisario.

Esta teoría también ha sido criticada, ya que en nuestro régimen jurídico la existencia de un titular sobre un mismo derecho real implica la exclusión de cualquier otro. Consideramos que el patrimonio del fideicomiso no puede tener dos titulares, ya que es claro que el fideicomitente transmite la propiedad al fiduciario y no hay desdoblamiento de la propiedad ya que los derechos de los fideicomitentes y de los fideicomisarios no son reales sino de naturaleza personal frente al fiduciario, para exigirle las prestaciones señaladas en el contrato de fideicomiso. No obstante lo anterior, como lo vimos en su oportunidad, la teoría de Paul Lapaulle encontró eco en la normatividad canadiense, particularmente en *Québec*, dónde se considera al patrimonio de la fiducia como un patrimonio de afectación o autónomo, sin propietario, sino bajo la administración de un fiduciario.

Finalmente encontramos teorías que contemplan al fideicomiso como una transmisión de derechos al fiduciario. Por ejemplo Joaquín Rodríguez y Rodríguez señala que

La institución tiene un dominio sobre los bienes limitado que no por ello deja de ser dominio, es decir, dueño del patrimonio, pero es dueño fiduciario, lo que quiere decir que es dueño en función del fin que debe cumplir y dueño normalmente temporal. El fiduciario es dueño jurídico, pero no económico de los bienes que recibió en fideicomiso. Dicho de otro modo, el fiduciario es quien ejerce las facultades dominicales pero en provecho ajeno (...)” más adelante agrega que “la Ley (...) señala que el fideicomiso implica una transmisión de propiedad en favor del fiduciario y que debe reunir los requisitos publicitarios correspondientes, inscribirlo en el Registro Público de la Propiedad, cuando se trata de bienes inmuebles, o notificación, endoso, tradición, etc., cuando se trate de bienes muebles. Esta traslación de dominio produce efectos contra terceros, lo que quiere decir que el fiduciario aparece como dueño.³⁴⁴

Por su parte Mariano Navarro Martorell manifiesta que mediante el negocio fiduciario se trasmite una titularidad plena, y, como tal, tanto las limitaciones relativas a su extensión, es decir, a las normales facultades de su titular, como las relativas a su duración, no recaen sobre el derecho real en sí, sino más bien sobre su sujeto; son obligaciones personales en cuyo nombre, efectivamente, podrá el fiduciante, en caso de incumplimiento del fiduciario, exigir un resarcimiento de daños, más no una revocación de lo dispuesto por éste último, ni menos la reivindicación de la cosa. Y añade “Puede por lo tanto, definirse la propiedad fiduciaria, como una propiedad peculiar, caracterizada por una limitación obligatoria que afecta personalmente a su titular sobre el uso de sus facultades y generalmente sobre el tiempo de duración de su titularidad.³⁴⁵

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

³⁴⁴ Rodríguez y Rodríguez, Joaquín, *Derecho Bancario*, Editorial Porrúa, México, 1978, p. 531.

³⁴⁵ Navarro Martorell, Mariano. *La propiedad fiduciaria*. Editorial Bosh, Barcelona, 1950, p.178, citado por Villagordoa Lozano, José Manuel, *op. cit.*, supra nota No. 33, p. 109.

admite que la transmisión hecha al fiduciario no es absoluta ya que dicho fiduciario no dispone de los derechos transmitidos en su propio provecho. La limitación que se impone al fiduciario que consiste en la obligación de destinarlos al cumplimiento de la finalidad del negocio, no modifica la esencia del derecho de propiedad, de tal manera que pueda implicar la creación de un nuevo derecho real, sino únicamente implica una modalidad de dicho derecho de propiedad.³⁴⁶

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

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

³⁴⁶ *Ibíd.* p. 121.

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

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

Situación similar la encontramos en los fideicomisos de garantía en los que el fideicomitente transmite la propiedad de ciertos bienes o derechos al fiduciario, para que con los mismos se garanticen las obligaciones a cargo de dicho fideicomitente y en favor del fideicomisario. En caso de ocurrir el incumplimiento de las obligaciones garantizadas, el fiduciario llevará a cabo un procedimiento de ejecución pactado en el propio contrato, enajenando los bienes materia del fideicomiso para que con el producto de la venta se cubran los adeudos respectivos; si el fiduciario no fuese propietario de los bienes tampoco podría cumplir con los fines del fideicomiso.

Como ya se comentó, tratándose de inmuebles el fideicomiso debe inscribirse en la sección de propiedad del Registro Público, ya que en caso de inscribirse en la sección de gravámenes, el fideicomitente podría disponer de los bienes e incluso otros acreedores podrían embargar los bienes materia del fideicomiso, impidiendo el cumplimiento de los fines establecidos, además de la dificultad del fiduciario para enajenar los bienes para cumplir con su propósito y en los casos en que se contemple la constitución de otros gravámenes resultaría gravamen sobre gravamen, situación por demás irregular.

Cabe señalar que desgraciadamente esta situación aún es común en la práctica, básicamente en algunos Registros Públicos de las diferentes entidades federativas, que no obstante que el artículo 388 de la Ley de Títulos y Operaciones de Crédito ordena la inscripción respectiva en la sección de propiedad, insisten en considerarlo como un gravamen e insisten en registrarlo como tal, salvo que se cubra el impuesto por la adquisición del Inmuebles respectivo, lo cual es indebido pues la mayoría de las legislaciones fiscales de los estados, coinciden con lo establecido en el artículo 14 del Código Fiscal de la Federación en el sentido de considerar que en los fideicomisos de garantía no existe enajenación fiscal, no obstante que el fideicomitente transmita los bienes al fiduciario y designe un fideicomisario diverso de él; esto es comprensible ya que el fideicomiso se constituye para garantizar una obligación y una vez que se satisface ésta el fiduciario revierte la propiedad de los bienes al fideicomitente y éste en tanto no se ejecute el fideicomiso no pierde el derecho a readquirir dichos bienes y por ende al no encuadrar

en la hipótesis normativa de la enajenación, evidentemente no se causa dicho impuesto. Es decir, para efectos fiscales nuestro sistema tributario considera como propietario de los bienes al fideicomitente o al fideicomisario, según tenga uno u otro la facultad de disposición o provecho de los mismos.

Ahora bien, si la conclusión que los bienes pasan a ser propiedad del fiduciario en virtud de la afectación que el fideicomitente realiza en el contrato de fideicomiso, el segundo problema, como ya comentamos líneas atrás, versa en determinar la naturaleza de dicha propiedad.

Hemos expuesto algunas de las teorías sustentadas por los principales doctrinarios mexicanos de la materia, las cuales difieren substancialmente entre sí, sobre todo por todas las posibilidades que encierra la solución del problema; nosotros consideramos que al adaptarse la figura del *trust* en nuestro ordenamiento legal, con las características propias de nuestro sistema legal, no sólo se instrumentó una institución novedosa, sino que para lograr una importación congruente se estableció un nuevo concepto de la propiedad desconocido en nuestra tradición jurídica.

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

En efecto, la Ley General de Título y Operaciones de Crédito establece la constitución de un fideicomiso implica una transmisión del dominio, pues emplea la palabra propiedad al referirse a los bienes y titularidad al referirse a los derechos susceptibles de transmitirse al fiduciario, pero en ninguno de sus preceptos se menciona la palabra “propiedad fiduciaria”, sin embargo, al ser claro que existe una transmisión de bienes y derechos y que estos estarán destinados a cumplir la finalidad de carácter

fiduciaria, consideramos que se conforma una propiedad *sui generis*, distinta a la que los ordenamientos de influencia romano germánica tienen contemplada.

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

De acuerdo a lo anterior existirá el derecho real como facultad jurídica a través de un conjunto de posibilidades para realizar actos de dominio o de administración sobre la cosa, sin que sea necesario que exista el poder económico que se traduce en el aprovechamiento total o parcial del bien. La propiedad existe, por el solo hecho de reconocerse al dueño un conjunto de facultades jurídicas para usar o disponer de la cosa aun cuando jamás se ejerzan esas facultades, es decir, a pesar de que no se lleve a cabo un poder económico de aprovechamiento efectivo.³⁴⁷ Además no debemos olvidar que el objeto directo e inmediato del derecho real es la conducta, tanto del sujeto activo que se manifiesta en las facultades jurídicas comentadas, como del sujeto pasivo determinado o indeterminado que da lugar a las obligaciones reales. Y únicamente como objeto indirecto encontramos el bien sobre el que recaen los actos jurídicos derivados de dichas conductas.

Las facultades jurídicas que tiene el titular para usar, gozar, disponer o afectar un bien en garantía que conforman el aspecto activo del derecho real de propiedad, las tiene plenamente el fiduciario y así lo ostenta frente a los terceros en general, siendo valederas *erga omnes*, es decir que una vez que se le ha transmitido la plena propiedad o titularidad de los bienes o derechos, la ostenta frente a todos los terceros e incluso frente al fideicomitente y al fideicomisario, aun y cuando el primero se haya reservado el derecho de revocar el fideicomiso o se señale al segundo como beneficiario de los bienes, pues en

³⁴⁷ Rojina Villegas, Rafael, *op. cit.*, p.45.

ese caso, ambos tendrán un derecho personal frente al propietario o titular de los bienes o derechos, es decir frente al fiduciario para exigirle la reversión o la transmisión de los bienes al momento en que así lo decidan, según sea el caso, pero será necesario un acto jurídico en el que en cumplimiento de esa obligación personal, el fiduciario le trasmita, a quien corresponda, la propiedad de los bienes o la titularidad de los derechos.

En ese orden de ideas, el hecho de ejercer única y exclusivamente las facultades jurídicas necesarias para el cumplimiento de los fines o hacerlo en provecho ajeno, es decir en beneficio del fideicomitente o del fideicomisario, no quiere decir que el fiduciario no sea el propietario de los bienes o que dicha propiedad sea limitada, ya que es perfectamente válido que el titular del derecho imponga las modalidades que considere necesarias según convenga a los intereses de las partes contratantes, así lo reconoce la legislación Civil mexicana al disponer en el artículo 830 del ordenamiento federal respectivo, que “el propietario de una cosa puede gozar y disponer de ella con las limitaciones y modalidades que fijen las leyes”.

Este artículo, como se desprende de una interpretación auténtica a la exposición de motivos de citado código federal, encontramos que rompe con la teoría individualista del sistema romano que aun se venía manejando en el Código Napoleón y en nuestro derecho durante la primera mitad del siglo antepasado, en donde se consideraba a la propiedad como un derecho absoluto para usar y disponer del bien. En la citada exposición de motivos se lee que la comisión redactora:

Se adoptó la teoría progresista que considera el derecho de propiedad como el medio de cumplir una verdadera función social. Por tanto, no se consideró el derecho de propiedad como un derecho individual del propietario, sino como un derecho mutable que debía modelarse sobre las necesidades sociales a las cuales estaba llamado a responder preferentemente, para cuyo efecto, y de acuerdo con los preceptos constitucionales relativos, se había impuesto algunas modalidades a la propiedad tendientes a que no queda al arbitrio del propietario dejar improductiva su propiedad

y a que no usara de su derecho con perjuicio de tercero o en detrimento de los intereses generales.³⁴⁸

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

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

Por ello al hablar de fideicomiso siempre encontraremos un conjunto de bienes o derechos que constituyen un patrimonio que se organiza jurídicamente para la realización de un fin lícito y determinado y no se confunden con los restantes bienes de su titular, ya que los bienes se considerarán afectos al fin a que se destinan y el fiduciario deberá abrir contabilidades especiales por cada contrato y registrar contablemente dichos bienes o derechos y mantenerlos en forma separada de sus activos de libre disponibilidad.³⁴⁹

Por su parte los tribunales federales ha emitido diversos criterios en las que aun y cuando no se precisa la naturaleza jurídica del fideicomiso, de ellas se define el criterio que mediante la afectación de determinados bienes o derechos a un fin lícito y

³⁴⁸ Código Civil para el Distrito Federal, exposición de motivos, Libro Segundo, De los bienes, editorial Porrúa, México, 1990, p. 19.

³⁴⁹ Ver artículos 386 de la Ley de Títulos y Operaciones de Crédito y 79 de la Ley de Instituciones de Crédito

determinado, se constituye un patrimonio separado del de libre disposición del fiduciario, es decir, esos bienes ingresan al patrimonio del fiduciario, pero no se confunden con los bienes de libre disposición, sino que únicamente podrán ser destinados al fin que se haya establecido. Entre ellas encontramos la tesis aislada No. P. XXIII/2008, emitida por el Pleno de la Suprema Corte de Justicia de la Nación que es del tenor literal siguiente:

FIDUCIARIA. ESTÁ LEGITIMADA PARA ACUDIR AL JUICIO DE AMPARO EN DEFENSA DE LOS BIENES FIDEICOMITIDOS. La interpretación de los artículos 346, 352, 355, 356, 357 y 358 de la Ley General de Títulos y Operaciones de Crédito vigente en 1996, lleva a inferir que el fideicomiso es un contrato por virtud del cual el fideicomitente transfiere a una institución fiduciaria una parte de sus bienes para el cumplimiento de un fin determinado, y que los bienes dados en fideicomiso integran un patrimonio autónomo, distinto del de las personas que intervienen en su creación (fideicomitente, fiduciario y/o fideicomisario), pues al estar destinados a un fin específico, quedan fuera de los derechos que en lo individual hubiesen tenido las partes que intervienen en su creación, tan es así, que la propia fiduciaria debe registrar contablemente y mantener en forma separada de sus activos los bienes y derechos fideicomitidos conforme al artículo 386 de la ley citada. Además, el fideicomiso implica la transmisión de los derechos o de la propiedad de los bienes dados en fideicomiso, al referir el indicado artículo 352 que debe ajustarse "a los términos de la legislación común sobre la transmisión de los derechos o de propiedad de las cosas", y tal dominio es especial, ya que el fiduciario no puede disfrutarlos en beneficio propio, sino del fideicomisario. En estas condiciones, como los bienes entregados al fideicomiso salen del patrimonio de los fideicomitentes y pasan a formar parte de un patrimonio autónomo, cuya titularidad corresponde a la fiduciaria, es claro que está legitimada para defenderlo, por ser quien tiene todos los derechos y acciones que se requieren para el cumplimiento del fideicomiso, cuya facultad legal no sólo se refiere a emitir los actos cuyo propósito sea lograr los fines precisados en el contrato relativo, sino que comprende también la posibilidad de defender dicho patrimonio frente al actuar de

autoridades que puedan afectarlo, pues ello implica llevar a cabo las acciones necesarias para lograr su objeto.³⁵⁰

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

Aunque la propiedad fiduciaria carece de antecedentes expresos en nuestro sistema legal, entendido éste en sentido estricto para comprender sólo al derecho legislativo, se encuentra no obstante reconocida por obra de la jurisprudencia de la Suprema Corte, auxiliada por la doctrina. Tal situación, lejos de haber eliminado la necesidad de reformar el *Código Civil*, acentúa la conveniencia de esta solución técnica para una mejor y más correcta regulación del fideicomiso y de la propiedad fiduciaria en el sistema jurídico mexicano.³⁵¹

Por otra parte, en cuanto a los países que hemos venido contrastando, encontramos que en Colombia Los bienes del fideicomiso conforman un patrimonio autónomo afecto a la finalidad contemplada en el acto constitutivo, por lo que el fiduciario tiene la obligación

³⁵⁰ Tesis con número de registro 170,308; en Suprema Corte de Justicia de la Nación. Poder Judicial de la Federación. Ius versión 2008. (DVD, Sistema Informático en disco compacto) S.C.J.N., México, 2008, archivos utilizados: “Quinta época, “Séptima-Octava época” y “Novena época”. Sobre este punto ver también tesis con número de registro 232,091, localizada en 7ª época, Pleno, S.J.F. 205-216 primera parte, p. 52; 240,907 localizada en 7ª época, 3ª Sala, S.J.F., 121-126 Cuarta parte, p. 43; y 242,248 localizada en 7ª época, 3ª Sala, S.J.F. 23 Cuarta parte, p. 27, entre otras.

³⁵¹ Banco Mexicano Somex, S.A., *op. cit.*, supra nota No. 131, cap. XII, Elementos Reales del Fideicomiso, p. 190.

de mantenerlos separados del resto de su activo y de los que correspondan a otros negocios fiduciarios, de tal suerte que dichos bienes no formarán parte de la garantía general que conforman los bienes propios del fiduciario respecto de sus acreedores ni los acreedores del fideicomitente podrán perseguir los bienes, salvo que el adeudo sea anterior a la constitución de la fiducia y en cuanto a los acreedores del beneficio, sólo podrán perseguir los rendimientos que generen los bienes materia de la fiducia, sin perjuicio de que el negocio fiduciario celebrado en fraude de terceros pueda ser impugnado por los interesados.³⁵²

Como pudimos apreciar cuando realizamos el somero análisis a los negocios jurídicos de carácter fiduciario que se llevan a cabo en Colombia, la figura de la fiducia es la que corresponde al *trust* angloamericano, no obstante que el fideicomiso y el albaceazgo tiene rasgos que los identifican con la fiducia, principalmente por la encomienda de confianza, también tiene características especiales que lo separan de la misma; sobre el particular, Rodríguez Azuero hace un estudio minucioso sobre las diferencias entre el fideicomiso y la fiducia.³⁵³ Los principales puntos son los siguientes:

En el fideicomiso civil el propietario fiduciario es dueño bajo condición resolutoria, pero en caso de que dicha condición sea fallida, entonces se convierte en propietario de pleno derecho, situación que por su propia naturaleza no es posible contemplar en la fiducia mercantil, sino que incluso está prohibido hacerlo.

Por su propia naturaleza, el desempeño en el fideicomiso civil es gratuito, mientras que en la fiducia, por su naturaleza mercantil, la actuación del fiduciario debe ser invariablemente remunerada, de lo contrario podría darse un enriquecimiento injusto por parte del fideicomisario o incluso del fideicomitente, en perjuicio del fiduciario. Sobre este particular el Código de Comercio contempla el llamado Principio del enriquecimiento sin justa causa, que prohíbe a toda persona enriquecerse a expensas de otro y que tiene una larga tradición en Colombia, reconocido por la Corte Suprema en diversas ocasiones, al

³⁵² Sobre el destino de los bienes y la limitación de su alcance en cuanto a la finalidad determinada por el fiduciante en Colombia, ver la Sentencia No 25000-23-27-000-2003-91374-01(15958) del Consejo de Estado Sección Cuarta, de 08 de Noviembre 2007, correspondiente a la Sala de lo Contencioso Administrativo, Ponente: Ligia López Díaz, en: <http://co.vlex.com/vid/52517533>.

³⁵³ Rodríguez Azuero, *op. cit.*, supra nota No. 11, p.49.

considerar que debe aplicarse a todos los casos en que en alguna forma la justicia sufra quebranto si no se reconoce el valor de cualquier provecho que sin justa causa obtenga el patrimonio de una persona mediante el esfuerzo de otra.³⁵⁴

Como regla general, en el fideicomiso el fideicomitente desaparece de la relación jurídica, mientras que en la fiducia normalmente subsiste respecto de ciertos derechos que la propia ley le otorga, tales como el derecho a que se le reviertan los bienes a la terminación de la fiducia en caso de que no se haya contemplado un destino específico en el acto constitutivo, además de que es una práctica normal que el propio fideicomitente se reserve ciertos derechos respecto de la administración de los bienes, supervisión de la actuación del fiduciario, etc.

Otra diferencia importante estriba en la capacidad para ser fiduciario, ya que mientras en el fideicomiso cualquier persona puede tener tal carácter, en la fiducia, únicamente las instituciones financieras y las sociedades especialmente constituidas para ello, que sean autorizadas por la Superintendencia Bancaria podrán desempeñar el cargo.

Finalmente podemos señalar como diferencia fundamental, que en el fideicomiso los bienes ingresan al patrimonio personal de fiduciario, mientras que los bienes que serán materia de la fiducia, se consideran un patrimonio autónomo, especial, diferente al del fiduciario y a los patrimonios constituidos por otros fideicomitentes, respecto de los cuales el fiduciario también sea titular.

En Argentina el tratamiento que se le da a propiedad fiduciaria que se crea, implica un patrimonio separado del patrimonio propio del fiduciante y del fiduciario y estará regida por las disposiciones del Código Civil comentadas anteriormente, específicamente por el Art. 2,662, que en su redacción actual define al dominio fiduciario como aquel que se adquiere 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.

³⁵⁴ Sobre el desarrollo del principio en el Derecho colombiano, ver Narváez García, José Ignacio, *Obligaciones y contratos mercantiles*. Segunda edición, Editorial Legis, Colombia. 2002. p. 182 y ss.

Esto implica que se le identifica como una propiedad cuyo titular tiene un dominio imperfecto sobre los bienes materia del contrato, manteniendo el dominio hasta en tanto llegue la extinción del mismo, por vencimiento del plazo o cumplirse con la condición establecidos por el fiduciante, destinando en ese lapso los beneficios a favor del beneficiario designado, sin que la vigencia del mismo sea superior a treinta años, salvo que el beneficiario fuere un incapaz, caso en el que podrá durar hasta su muerte o el cese de su incapacidad y al término del fideicomiso deberá revertir los bienes al fiduciante o bien transmitirlos a un tercero que será el fideicomisario o receptor final de los bienes.

El efecto de la separación del patrimonio personal del fiduciario, respecto del destinado al fideicomiso, consiste en que ni los acreedores del fiduciante ni del fiduciario podrán tendrán acción alguna para atacar dichos bienes, salvo la correspondiente al fraude de acreedores. Adicionalmente se plantea que los bienes del fiduciario no responderán por las deudas las obligaciones contraídas en la ejecución del fideicomiso, las que sólo serán satisfechas con los bienes materia del fideicomiso, sin que la insuficiencia de estos para atender las obligaciones, dé lugar a la declaración de su quiebra. En tal supuesto y a falta de otros recursos provistos por el fiduciante o el beneficiario según previsiones contractuales, el fiduciario procederá a su liquidación, debiendo enajenar los bienes que lo integren y proceder a entregar el producto a los acreedores conforme al orden de privilegios previstos para la quiebra, salvo que se trate del fideicomiso financiero, caso en el cual la insuficiencia se regirá por disposiciones especiales contenidas en la misma ley.

Al igual que en las legislaciones latinoamericanas que hemos analizado, en Venezuela los bienes materia del fideicomiso no constituyen prenda de los acreedores del fiduciario, por lo que éste sólo estará obligado cumplir con cargo a dichos bienes con al obligaciones que se deriven de la actividad del mismo. Tampoco responderá de las deudas cuando acepte la transferencia testamentaria de bienes a título universal, siempre que hubiere presentado inventario de los mencionados bienes.

Por su parte, en Francia precisamente uno de los puntos que resultan más interesantes de la implementación de la fiducia francesa, es el reconocimiento que hace la ley respecto de la propiedad fiduciaria, distinta a la reconocida por su tradición de influencia Romano germánica, ya que se reconoce que aún y cuando el fiduciario sea el propietario de los bienes y el titular de los derechos, estos estarán destinados a realizar una afectación determinada y como una forma de protección para los beneficiarios, dichos derechos serán detentados por el fiduciario en un patrimonio de afectación, lo que implica una excepción a los Artículos 2092 y 2093 del propio Código Civil francés, que señalan que toda persona responde con todos sus bienes presentes y futuros de las obligaciones que asuma personalmente y que dichos bienes son considerados prenda común de sus acreedores.

La transferencia de los bienes da lugar a un patrimonio separado del patrimonio personal del fiduciario y los bienes transferidos se considerarán gravados o destinados a una obligación de gestión, sin que la quiebra o liquidación del fiduciario afecte el patrimonio fiduciario; esta separación implica que el patrimonio de la fiducia únicamente será embargable por los acreedores de actos derivados de la conservación o gestión de ese patrimonio, salvo que los derechos de los acreedores del constituyente deriven de una obligación de cobro inmediato publicitada en forma previa al contrato de fiducia, así como en el caso de que el contrato haya sido celebrado en fraude de acreedores.

Con estas características apreciamos que con la fiducia se crea en el derecho francés una forma de propiedad especial, pero ello no implica la creación de un nuevo derecho real, pues la propiedad fiduciaria, contrariamente al derecho inglés, no implica un desdoblamiento de la propiedad, ya que ningún derecho real se confiere al beneficiario de la fiducia.³⁵⁵

Para sustentar lo anterior, ya desde el proyecto de la ley se estableció que en todo caso, las obligaciones del fiduciario serán obligaciones de carácter personal y no reales, ya que la propiedad de los bienes no se transmite al beneficiario, por lo que la titularidad afectada, deviene, entonces en una titularidad ordinaria.

³⁵⁵ Ver: Loi N° 2007-211 du 19 février 2007, *loc. cit.*

Al ser transferidos los derechos a un patrimonio distinto o separado del personal del fiduciario, los derechos no podrán ser tomados por los acreedores del constituyente ni por los del fiduciario, incluso el Artículo 2024 del Código Civil modificado establece que la quiebra personal del fiduciario no implica que los bienes de la fiducia pasen a formar parte de la masa de la quiebra o de los acreedores de aquel, razón por la cual se considera un patrimonio de afectación.

Para esos efectos la separación de los patrimonios debe ser estricta, sin permitirse una universalidad completa en la que se confundan bienes fungibles manejados por un fiduciario provenientes de su propio patrimonio y otros provenientes de fiducia, ya que de existir un solo patrimonio habría una confusión de derechos, lo que implicaría que no se puedan distinguir los diversos patrimonios; sin embargo, al existir diversas masas de derechos se puede hacer una separación de tal suerte que permita asegurar la protección del beneficiario y ofrecer así una mejor garantía en cuanto a la realización efectiva de la afectación, para lograr lo anterior, el artículo 12 de la ley, obliga al fiduciario a llevar una contabilidad separada de la propia, que incluya, desde luego los activos y pasivos que conformen o lleguen a conformar el patrimonio fiduciario.

Resulta muy interesante el análisis de la incorporación de la fiducia al derecho francés, podemos observar que toma los aspectos más importantes del *trust* anglosajón, así como de las figuras implementadas en algunos de los sistemas jurídicos con influencia Romano germánicas, tales como el Código Civil de la provincia de *Québec* y la legislación Latinoamericana.

3.9. Comentarios y cuadros comparativos respecto de los aspectos estructurales de los negocios jurídicos de carácter fiduciario.

Al estudiar los negocios jurídicos de carácter fiduciario objeto de la presente investigación, es decir el *trust* anglosajón y el fideicomiso o fiducia, encontramos que por la naturaleza jurídica de ambas figuras tienen diferencias esenciales, pero con una serie de características y rasgos que los acercan y las hacen compatibles.

Uno de los rasgos que se encuentra presente en todas las figuras analizadas, es el hecho de que todos ellos tienen como presupuesto la existencia de ciertos bienes que son destinados al cumplimiento de determinados fines, trayendo como consecuencia el nacimiento de una relación jurídica de carácter fiduciario entre el constituyente y el receptor de los bienes, y de éste con el beneficiario, a efecto de que el segundo de ellos, realice la encomienda que le encarga el primero, en beneficio generalmente del tercero.

La naturaleza de la relación jurídica que se crea es de carácter fiduciario, es decir, esta basada principalmente en la confianza, la cual asume el constituyente respecto del receptor de los bienes, para que éste los reciba en propiedad y los canalice estrictamente al cumplimiento de los fines que al efecto haya precisado el propio constituyente, los cuales se dirigirán directamente al beneficio de una persona o grupo de personas.

Es necesario mencionar que la denominación de la figura como fideicomiso y fiducia regulados en los ordenamientos analizados, son los equivalentes a lo que en el derecho anglosajón se le conoce como *express trust*. Es importante aclarar lo anterior, en virtud de que en algunas legislaciones existen figuras, con algunos aspectos similares, pero de naturaleza diferente, que reciben esas denominaciones, lo que puede prestarse a confusión.

Así tenemos que en México, Argentina y Venezuela el equivalente al *express trust* anglosajón, se le denomina fideicomiso, mientras que en Francia, Canadá y Colombia se le conoce como fiducia.

Esta diferencia en la denominación no tendría mayor trascendencia de no ser porque en Colombia, Argentina y Venezuela, existe además el fideicomiso civil, que se contempla como una forma limitada de propiedad en la que una persona adquiere para sí un bien con el encargo de transmitirlo a un tercero cuando se cumpla con una condición previamente establecida, pudiendo gozar de la cosa hasta en tanto se cumple dicha condición.

En Colombia y Venezuela adicionalmente existe, en materia de sucesiones, el albaceazgo fiduciario, mediante el cual el heredero recibe ciertos bienes con el encargo y obligación de transmitirlos a un beneficiario. Figura similar es la que existe en España bajo el nombre de sustitución fideicomisaria, pues el fideicomiso como figura equivalente al *trust* anglosajón no se regula.

Como podemos observar ni el fideicomiso civil ni los encargos sucesorios mencionados, encuadran con la figura del *trust* anglosajón, no obstante contener una relación fiduciaria, por lo que únicamente el fideicomiso mexicano, el argentino y el venezolano, así como la fiducia colombiana, canadiense y francesa, son equivalentes al *trust*, tal y como lo iremos poniendo de manifiesto con el presente estudio comparado, en la inteligencia de que cuando hagamos mención al fideicomiso, se entenderá que también nos referimos a la fiducia.

La denominación de las partes que intervienen en las figuras en estudio, es compatible en los ordenamientos analizados, así tenemos que en el *trust* al constituyente se le denomina *settlor*, al receptor *trustee* y al beneficiario *cestui que trust*, mientras que en el fideicomiso o fiducia, se les denomina fideicomitente o fiduciante al primero, fiduciario al segundo y beneficiario o fideicomisario, al tercero. Esta similitud en los términos permite un acercamiento entre las figuras en estudio para entender y analizar sus semejanzas y diferencias.

Esta aclaración nos permite percibir la regulación material que se da a la figura en cada uno de los ordenamientos. Así apreciamos que todos ellos están regulados por normas de carácter mercantil, con la particularidad de que en la fiducia francesa, canadiense, Colombiana y Venezolana los aspectos relativos a la propiedad son regulados por la legislación civil, mientras que en la legislación del Reino Unido no existe esa clasificación material.

El punto más relevante para la constitución del negocio jurídico de carácter fiduciario, se encuentra en el consentimiento, ya que la forma de manifestarlo es lo que a

nuestro parecer imprime la característica principal para determinar la naturaleza jurídica de cada una de las figuras.

Así tenemos que en el *trust* anglosajón el consentimiento se presenta como una manifestación unilateral de la voluntad del *settlor* que no hace necesaria la participación del receptor ni del beneficiario para considerar creado el *trust*, aunque en el *express trust* normalmente interviene el *trustee*, su aceptación no se concibe necesariamente como un acuerdo de voluntades indispensable para perfeccionar el acto jurídico, ya que en caso de no aceptar el encargo, el negocio se considera existente y simplemente se designa otro *trustee*.

En el caso del fideicomiso no es así, pues se exige como regla general el acuerdo de voluntades manifestado en un contrato como la forma idónea para constituirlo, sin embargo, las legislaciones sudamericanas estudiadas y la canadiense permiten la declaración unilateral de voluntad manifestada en un testamento. Canadá y Francia presentan la posibilidad de que sea creado por un acto legislativo.

El único país que contempla, además del contrato, a la declaración unilateral de la voluntad por acto *inter vivos* como forma de constitución del fideicomiso es Venezuela, pues para perfeccionar la operación, exige la aceptación del fiduciario, ya sea en el propio acto constitutivo o en documento por separado. Lo importante, es que finalmente se requiere de la aceptación del fiduciario para que se considere perfeccionado el negocio, pues sin este consentimiento, simplemente habría una simple expectativa de fideicomiso, pero no un fideicomiso propiamente dicho, lo que separa al fideicomiso venezolano del *trust* y lo acerca a los restantes ordenamientos.

Por lo que se refiere a la figura del constituyente, en todos los ordenamientos consultados se le considera como la persona que contando con capacidad jurídica necesaria, transfiere la propiedad de los bienes al fiduciario para cumplir con la finalidad que él mismo prevé en el acto constitutivo.

La regulación de la capacidad necesaria con la que debe contar el constituyente, varía en algunos aspectos mínimos; en términos generales todas las legislaciones exigen que cuente con la aptitud jurídica necesaria para disponer de sus bienes, pues estos van a salir de su esfera jurídica para entrar a la del receptor y ser destinados a ciertos fines.

Además de la capacidad para ejercer sus derechos patrimoniales, Francia es el único país que establece una capacidad especial, que consiste en que únicamente podrán ser fideicomitentes las personas jurídica que sean contribuyentes del Impuesto Sobre Sociedades, esto es, ninguna persona física ni sociedades no contribuyentes de ese impuesto podrán constituir una fiducia. Esto por la gran preocupación que existe en ese país respecto de la evasión fiscal y el lavado de dinero, pero la implementación de la figura en ese país, ya fue un paso importante para la asimilación del *trust* en un sistema jurídico europeo perteneciente a la familia del *Civil law*.

Al ser el constituyente creador del negocio y por ende quien se desprende de ciertos bienes de su propiedad para destinarlos a cumplir con una finalidad, se le reconoce la facultad de elegir al fiduciario, designar al o los fideicomisarios, estableciendo los términos y condiciones en que éstos habrán de recibir los beneficios; podrá reservarse algunos derechos dentro del fideicomiso, tales como los de dar instrucciones al fiduciario sobre algún aspecto del negocio, exigir y recibir la rendición de cuentas, recibir los bienes o su remanente a la extinción del negocio; así como la de exigir la responsabilidad del fiduciario en caso de incumplimiento en el cumplimiento de los fines, puede incluso designarse a sí mismo como beneficiario, además del derecho de revocar el negocio y que los bienes le sean restituidos o se transmitan al fideicomisario o a un tercero.

En estos puntos, podemos señalar que el *trust* difiere del fideicomiso, ya que en el derecho anglosajón una vez que constituye el *trust* normalmente desaparece el *settlor*, por lo que el ejercicio de todos los derechos le corresponde al *cestui que trust* en virtud de la relación jurídica que nace desde el momento de la constitución entre el *trustee* y el beneficiario, aunque también existe la posibilidad de que el *settlor* se reserve algún derecho.

Por lo que corresponde al receptor fiduciario, en todas las legislaciones se le reconoce como la persona a quien se le transfieren los bienes para destinarlos al cumplimiento de los fines establecidos por el constituyente en el acto constitutivo. En este punto encontramos varios aspectos de suma relevancia:

En primero lugar, en cuanto a la naturaleza de la recepción, todos los ordenamientos analizados reconocen la transferencia de los bienes que hace el constituyente hacia el fiduciario, quien los recibe en propiedad para destinarlos a la finalidad buscada.

El punto de divergencia entre los diversos ordenamientos consultados, es el de la capacidad jurídica para ser fiduciarios, pues en el *trust* puede tener ese carácter cualquier persona, sea física o jurídica, mientras que en el fideicomiso sólo pueden serlo las sociedades de carácter financiero sujetas a la inspección y vigilancia de las autoridades gubernamentales, con una excepción en el caso de México, que contempla un tipo de sociedades financieras que no estarán sujetas a la supervisión de las autoridades, pero que sólo puede actuar en un tipo determinado de fideicomisos. La excepción principal se da en Argentina, donde puede desempeñarse como fiduciarios tanto las personas físicas como las jurídicas, pero sólo pueden ofrecer sus servicios al público, las sociedades financieras que cuenten con autorización para prestar ese servicio por parte de las autoridades financieras.

Otro punto de divergencia entre el *trust* y el fideicomiso consiste en el derecho del fiduciario a recibir una retribución por su actuación. La génesis del *trust* tiene implícita una verdadera encomienda de confianza que se otorga a una persona para el cumplimiento de fines, lo que lo hace que la relación sea gratuita por naturaleza, ya que esta basada en una relación más de carácter moral que jurídica, sin embargo en el Reino Unido a partir de la *trust act 2000* ya se permite al fiduciario recibir una retribución por su actuación. Consideramos que continúa siendo una gestión basada en el compromiso moral del

fiduciario para llevar a buen término la encomienda que se concedió, salvo obviamente en el caso de sociedades creadas ex profeso para prestar ese servicio.

Por lo que toca al fideicomiso latinoamericano, a diferencia del anglosajón, la función del fiduciario se ha profesionalizado, por lo que en todas las legislaciones consultadas se establece que la actuación del fiduciario será remunerada, salvo el caso de Francia que su legislación es omisa sobre el particular, pero al ser una actividad propia de instituciones financieras, consideramos evidente que será retribuida. En el mismo sentido la canadiense establece que salvo disposición en contrario de la propia ley, existe el derecho del administrador de la fiducia para ser remunerado de acuerdo a las funciones que desempeñe, a los términos señalados en el acto constitutivo, la costumbre o la ley.

Tanto en el fideicomiso como en el *trust*, el fiduciario tiene como principal obligación la de llevar a cabo los actos jurídicos necesarios para cumplir con los fines del mismo, recibiendo los bienes del constituyente y destinándolos al provecho del beneficiario en los términos establecidos por aquél.

Para llevar a cabo la encomienda prevista en el negocio jurídico, el *trustee* o fiduciario, como propietario de los bienes gozará de las facultades y poderes necesarios para llevar a cabo los fines encomendados, así como para ejercer todas las acciones que sean necesarias para defender el patrimonio que le fue confiado, debe actuar conforme a los deberes previstos en el acto constitutivo de manera leal y diligente.

El derecho anglosajón se establece que el *trustee* debe cuidar el patrimonio y actuar con el cuidado, pericia y honradez con que actuaría si se tratase de negocio propio o fuera su patrimonio personal.

Respecto del fideicomiso, en términos generales, las disposiciones son uniformes en el sentido de que debe actuar conforme a los términos establecidos en el acto constitutivo, con la diligencia debida, como lo haría un buen padre de familia y ante el incumplimiento debe responder con su patrimonio de libre disposición por los daños y perjuicios que cause

su actuar doloso o negligente. Solamente el ordenamiento de Colombia es más específico al señalar que responderá hasta por culpa leve en su actuación y la fiducia canadiense en la que se contempla la figura del administrador de bienes ajenos.

Para poder diferenciar los bienes materia del *trust* o del fideicomiso de los de libre disposición, el fiduciario tiene la obligación de mantenerlos separados; para ello, todos los ordenamientos jurídicos establecen disposiciones específicas sobre el particular.

Así en el Reino Unido se establece que se debe registrar la separación de patrimonios, para delimitar el patrimonio del *trust* y en ningún caso esta permitida la fusión del patrimonio del *trust* y el del *trustee*.

Por su parte en Francia se dispone que la separación de los patrimonios debe ser estricta, sin permitirse una universalidad completa en la que se confundan bienes fungibles manejados por un fiduciario provenientes de su propio patrimonio y otros provenientes de fiducia, ya que de existir un solo patrimonio habría una confusión de derechos, lo que implicaría que no se puedan distinguir los diversos patrimonios.

En todas las legislaciones de Latinoamérica se establece que los bienes del fideicomiso deben mantenerse separados; México y Francia, por ejemplo obligan a las instituciones fiduciarias a llevar una contabilidad especial por cada uno de los negocios que celebren. Las restantes legislaciones lo contemplan en términos generales al señalar que deben registrarse y hacer la separación correspondiente.

Esta problemática no la encontramos en el derecho canadiense, ya que en este sistema jurídico el fiduciario no es propietario de los bienes, sino un simple administrador con plena legitimación para disponer de ellos en cumplimiento de los fines fijados por el constituyente, sin embargo, debe hacer un inventario de los bienes que recibe. Esta situación se equipara a los efectos que se consiguen mediante el *trust* anglosajón.

Respecto de la inversión del patrimonio, únicamente Reino Unido, Colombia y México, regulan específicamente la facultad para invertir el patrimonio, y aplicar los

productos que genere a los fines a los que está destinado, los restantes ordenamientos lo incluyen en la obligación genérica de cumplir con lo establecido en el acto constitutivo, incluso del Código de *Québec* que establece la obligación de hacer producir los bienes de acuerdo con su naturaleza, sin poder disponer de los mismos en forma gratuita y siempre a favor del beneficiario.

La regulación del Reino Unido es la más específica, ya que en caso de que en el acto constitutivo no se prevea el destino de los productos que genere el patrimonio por su inversión, otorga al *trustee* la facultad de aplicar las rentas para la manutención, educación o beneficio del *cestui que trust* que sea menor de 18 años y para anticiparle una parte del capital que le corresponde.

Por su parte, en Colombia se establece que todo acto de disposición que realice el fiduciario será siempre oneroso y con fines lucrativos, salvo determinación contraria del acto constitutivo, aunque es omiso en el destino de los productos que genere el patrimonio, se desprende que debe ser conforme a lo establecido en el acto constitutivo.

En lo relativo a la rendición de cuentas que debe realizar el fiduciario al beneficiario respecto de su actuación, todas imponen la obligación de hacerlo, Colombia dispone que deberá ser cada seis meses; Argentina dispone que deberá ser con una periodicidad menor a un año y Venezuela, por lo menos un vez al año.

En México se dispone que deberá hacerlo dentro de los quince días siguientes a aquel en que le sea solicitado, en Francia conforme se haya pactado en el contrato y en el Reino Unido cuando los beneficiarios lo soliciten.

En lo tocante a la regulación del beneficiario, todas las legislaciones coinciden en que es la persona en cuyo provecho se instituye el negocio jurídico de carácter fiduciario que tenga con capacidad necesaria para recibir los beneficios.

El término de fideicomisario y beneficiario se utiliza indistintamente, únicamente en el fideicomiso argentino, en donde se diferencian ambos términos, determinando que el beneficiario será la persona en cuyo favor se administra el patrimonio del fideicomiso y el fideicomisario es la persona en cuyo favor se transmitirán los bienes una vez cumplido el plazo o la condición señaladas en el acto constitutivo.

Respecto del momento de su designación, todas las legislaciones estipulan que podrá constituirse el negocio sin la designación del beneficiario, pero tienen que darse las bases para su designación, así la ley francesa sólo menciona la necesidad de que en el contrato se identifique o se fijen las reglas para la determinación de los beneficiarios.

En cuanto a la posibilidad de que el fiduciario asuma el carácter de beneficiario, las legislaciones coinciden en que el acto será nulo, salvo Francia que lo permite sin limitaciones y México, que lo limita al caso de fideicomisos de garantía, siempre y cuando se tomen las medidas necesarias para evitar conflicto de intereses.

Los derechos que tiene el fideicomisario, se mencionan en forma amplia, siendo el primero de ellos, el que deriva de la naturaleza de la relación, es decir, aceptar la designación y por tanto recibir el provecho que implica el negocio y exigir al fiduciario el debido cumplimiento de los fines para el que fue creado.

En caso de que el fiduciario actúe con exceso en las facultades con que cuenta, el beneficiario cuenta con las facultades para exigirle responsabilidad y atacar la validez de los actos realizados en contravención a lo establecido en el acto constitutivo.

En el Reino Unido se contempla que el *cestui que trust* tendrá acción personal para realizar la persecución de los bienes en caso de que estos hubieren salido del patrimonio del *trustee* o reclamar los bienes adquiridos con el producto de ellos, otorgando un plazo de seis años para ejercer las acciones respectivas.

En México El fideicomisario también tiene el derecho de atacar la validez de los actos que el fiduciario cometa en su perjuicio, de mala fe o en exceso de las facultades que por virtud del acto constitutivo o de la ley le corresponda, y cuando ello sea procedente, el de reivindicar los bienes que a consecuencia de esos actos hayan salido del patrimonio del fideicomiso, no señala término específico para ejercer el derecho.

La legislación francesa instituye que en caso de que exista una lesión a los derechos del beneficiario, sea por un exceso en el ejercicio de las facultades del fiduciario o una desviación en el cumplimiento de los fines, éste podrá ejercer la acción Pauliana para recuperar el o los bienes que hubieren salido del patrimonio de la fiducia, sin fijar un plazo para el ejercicio de la acción.

Por su parte en la legislación colombiana y en la venezolana, el fideicomisario tiene derecho a impugnar los actos que sean anulables realizados por el fiduciario, y exigir la devolución de los bienes que hayan salido del fideicomiso a quien corresponda; teniendo un plazo de cinco años para ejercer la acción correspondiente. Mientras que en la legislación de Argentina no se regula en forma especial el derecho de solicitar la anulación.

En Canadá el beneficiario no tiene la facultad de reivindicar los bienes salidos del patrimonio, sin embargo, puede atacar los actos realizados por el fiduciario en fraude del patrimonio o de los derechos del propio beneficiario, siendo el fiduciario solidariamente responsable por dicha situación.

Por otra parte, los derechos que derivan del negocio a favor del fideicomisario, son de naturaleza cedible, estableciéndose dicha facultad en forma específica solamente en las legislaciones de Argentina y Francia.

El punto fundamental que diferencia al *trust* del fideicomiso lo encontramos en la naturaleza que se le atribuye al patrimonio y las características que derivado de dicha naturaleza se le atribuye a los derechos del beneficiario respecto de los bienes.

Todas las legislaciones coinciden en señalar que estará conformado por un conjunto de bienes y derechos que estarán afectos al cumplimiento de ciertos fines. Únicamente Francia incluye la mención de garantías presentes o futuras en adición a los bienes y derechos.

En el derecho anglosajón la afectación de los bienes al cumplimiento de la finalidad, implica un desdoblamiento de la propiedad de los bienes, por lo que la persona que los reciba será el propietario “legal” de los mismos, pero únicamente para destinarlos a la finalidad de que se trate, por su parte el beneficiario del *trust* será el propietario de los bienes, pero “en equidad”, sólo para el efecto de recibir los beneficios que le corresponden conforme a los términos del *trust*. No obstante que se le reconoce al beneficiario la calidad de propietario de los bienes, éste tendrá respecto del fiduciario un derecho de carácter personal para exigirle el cumplimiento de los fines establecidos por el *settlor* en el acto constitutivo, pero ese derecho deviene del reconocimiento de su calidad de propietario “en equidad”.

Está característica de desdoblamiento de la propiedad no es reconocida en los ordenamientos del *Civil law*, aunque todas ellas coinciden que el patrimonio estará integrado por bienes que se entienden afectos al cumplimiento de la finalidad establecida por el constituyente.

En Francia la transferencia de los bienes del fiduciante al fiduciario opera en un patrimonio de afectación, que se considera distinto al patrimonio personal del fiduciario y de cualquier otro patrimonio fiduciario, se reconoce una propiedad ordinaria a favor del fiduciario, pues no reconoce transmisión alguna a favor del beneficiario, sino que los

derechos que derivan de la fiducia para éste, serán de carácter personal frente al fiduciario y no reales respecto de los bienes.

En Latinoamérica la situación es similar, el ordenamiento mexicano dispone que los bienes que formen parte del patrimonio del fideicomiso estarán afectos en forma temporal a los fines señalados en el propio contrato y respecto de los cuales el fiduciario únicamente podrá efectuar los actos exigidos para el cumplimiento de dichos fines; al ser de carácter contractual, se entiende que la afectación se realiza al momento de la firma, cuando se configura la aceptación por parte del fiduciario.

En Colombia los bienes se entienden afectos a la finalidad contemplada en el acto constitutivo, perfeccionándose la afectación al momento de la celebración del acto respectivo. Incluso el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá, ha sostenido el criterio de que en virtud del contrato de fiducia, opera una transferencia del derecho de propiedad, pero no en favor de la sociedad fiduciaria, puesto que los bienes fideicomitidos se sitúan al margen del patrimonio de ésta, para conformar un patrimonio autónomo afecto a la finalidad contemplada en el acto constitutivo, de allí, además, que tales bienes no formen parte de la garantía general de los acreedores del fiduciario. Además de que se relieves que es el fiduciante quien señala los objetivos que deben cumplirse con dicho patrimonio, al punto que éste encuentra su razón de ser, en la necesidad que tiene el fiduciante de satisfacer dichos propósitos, los cuales, sea que se cumplan o que se frustren, comportarán la extinción del negocio fiduciario. Esta triada de características de la fiduciaria mercantil: acto de transferencia, conformación de un patrimonio autónomo y afectación del mismo a la finalidad trazada por el fiduciante que transfiere, permite afirmar que el negocio jurídico en cuestión, aunque conduce a segregar del patrimonio del fideicomitente los bienes fideicomitidos, esa traslación resulta atemperada por los objetivos trazados por el fiduciante en el acto de constitución.³⁵⁶

³⁵⁶ Ver sentencia de apelación de fecha 5 de agosto de 2002, con número de referencia 3619970363 03, del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá, magistrado ponente: Marco Antonio Álvarez Gámez, disponible en <http://co.vlex.com/vid/referencia-3619970363-03-30954310>

Para la ley argentina los bienes constituyen un patrimonio separado del patrimonio del fiduciario, quien tiene sobre los bienes un dominio imperfecto y lo ejerce en interés y beneficio de un tercero, estando dicha propiedad sometida a un plazo o condición, perfeccionándose la afectación al momento de la firma del contrato respectivo o del testamento.

La descripción e identificación de los bienes encomendados al fiduciario importa no sólo para configurar el alcance de la transferencia de la propiedad, sino también para determinar que han salido del patrimonio del fiduciante y no pueden, por consiguiente, ser reclamados por este para que se los restituyan -salvo que el fideicomiso sea revocable- ni tampoco ser perseguidos por sus acreedores. A la vez, dichos requisitos sirven de fundamento a la responsabilidad que el fiduciario asume respecto de los bienes, en cuanto a la segregación y autonomía del patrimonio fideicomitado, así como también respecto de la administración que le toca desempeñar en cumplimiento del encargo. La precisión en la identificación de los bienes transmitidos y la efectividad de la transferencia, son requisitos de índole práctica que condicionan el ulterior desenvolvimiento del fideicomiso, ya que confluyen en la definición del patrimonio que goza de las inmunidades previstas por el artículo 16 de la ley 24441, en el sentido de que el fiduciario ejerce la propiedad de los bienes, pero no en su propio provecho, como suele suceder con el dueño, sino que en interés de los beneficiarios. Por ello, la ley apela a una noción abstracta: "la prudencia y diligencia del buen hombre de negocios que actúa sobre la base de la confianza depositada en él."³⁵⁷

La legislación venezolana establece que los bienes se entienden destinados a utilizarse en favor del beneficiario y en los términos del acto constitutivo, para lo cual la afectación se entiende realizada al momento en que el fideicomitente formaliza el acto constitutivo del fideicomiso.

³⁵⁷ Ver resolución del Recurso N° ABB1 de fecha 27 de Febrero de 2006, de la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Comercial, disponible en <http://ar.vlex.com/vid/recurso-nacional-apelaciones-comercial-n-27-34767701>

Sobre este punto, el Tribunal Superior y de Apelación, ha sostenido que la relación jurídica del contrato de fideicomiso, en cuanto a la propiedad de los bienes sometidos a dicho régimen, establece una situación sui géneris, pues los mismos escapan de la prenda común de los acreedores del fideicomitente, y se transfieren a fiduciario en tanto y en cuanto dicho traslado esté supeditada al objeto llamado a cumplir con dichos bienes, es decir el fiduciario adquiere la titularidad de lo fideicomitado, pero limitada ésta a la consecución de los propósitos que llevaron a las partes intervinientes a relacionarse jurídicamente bajo esta figura contractual.³⁵⁸

La legislación que rompe tanto con el esquema del *trust* como del fideicomiso, es la fiducia canadiense, ya que ni el constituyente, ni el fiduciario ni el beneficiario son propietarios de los bienes, sino que se conforma un patrimonio verdaderamente autónomo, afectado al cumplimiento de los fines en provecho del beneficiario.

La afectación de los bienes a los fines del fideicomiso, que trae implícito la separación de los bienes del fiduciario entre los de libre disposición y los que estén destinados al cumplimiento de un fideicomiso, requieren de publicidad para protegerlos de cualquier inconveniente jurídico que pueda separarlo de los fines los cuales están destinados, así las legislaciones imponen diversas medidas para lograr ese objetivo.

En el Reino Unido no se exige llevar un registro especial, sin embargo, el *trustee* tiene la obligación de registrar internamente los bienes, para identificar los del *trust*, respecto de los propios que tenga libre disposición.

La legislación francesa es más exigente en el sentido de requerir, bajo pena de nulidad, que el contrato y sus modificaciones sean registrados en el término de un mes contado a partir de su firma en la oficina de impuestos.

³⁵⁸ Ver sentencia N° 546-05-44 de fecha 3 de Agosto de 2005, del Juzgado Superior en lo Civil, Mercantil y del Tránsito de la Circunscripción Judicial del Estado Zulia, disponible en <http://vlex.com/vid/34326639>

En México se exige la inscripción en el Registro Público de la Propiedad y el Comercio, cuando se trate de bienes inmuebles, para que surta efectos en contra de terceros, y respecto de los bienes muebles, establece que surtirá efectos el contrato al momento en que se perfeccione la operación de transmisión, dependiendo del tipo de bien de que se trate.

En Colombia No se menciona obligación de registrar el fideicomiso, salvo la obligación de efectuar el inventario de los bienes recibidos en fiducia. Argentina sólo hace la mención general en el sentido de que cuando se trate de bienes registrables, los registros correspondientes deberán tomar razón de la transferencia fiduciaria de la propiedad a nombre del fiduciario.

La ley de Venezuela dispone que todos los contratos de fideicomiso deben estar debidamente inscritos en el registro mercantil correspondiente y que la transferencia al fiduciario por acto entre vivos de bienes inmuebles o derechos inmobiliarios, solamente surtirá efectos contra terceros desde la fecha en que se haga la protocolización del documento constituido en la oficina de registros respectiva.

Por su parte la legislación quebequesa establece para el caso de la fiducia de garantía, que deben ser registrados los derechos personales y reales en el registro que corresponda de acuerdo a la naturaleza de los propios bienes, para que pueda surtir efectos en contra de tercero.

Como podemos observar, todos los ordenamientos coinciden en que para que exista el negocio jurídico, sea *trust* o fideicomiso, debe existir la afectación de los bienes a una finalidad determinada, sin embargo, todas ellas también coinciden en que la afectación debe ser temporal, salvo algunas excepciones relacionadas con finalidades altruistas o de interés público.

Así en el Reino Unido un *trust* no puede exceder de 80 años, o el tiempo de vida de las personas señaladas en el acto constitutivo, más 21 años; en México la duración del

fideicomiso no podrá exceder de 50 años (Para personas morales que no sean de interés público, ya que respecto de personas físicas no hay límite, salvo la prohibición de que los beneficiarios se sucedan unos a la muerte del otro); en Colombia no podrá exceder de 20 años; en Francia, Argentina y Venezuela el límite máximo será de 30 años, mientras que en Canadá es de 100 años (salvo la de carácter privado o social que no tendrán límite) contados a partir de la fecha de su constitución.

Finalmente, por lo que se refiere a la extinción de la figura, todas las legislaciones coinciden en que se extingue llegado el plazo legal o el fijado en el acto constitutivo, por el cumplimiento de sus fines o por haberse constituido en fraude de terceros. Todas las legislaciones reconocen el derecho de dar por terminado el negocio, por revocación del constituyente, cuando se haya reservado ese derecho. Adicionalmente a las anteriores, cada una contempla diversas causales, como veremos a continuación.

El *trust* en el Reino Unido sólo se puede revocarse si el *Settlor* se reservó el derecho de hacerlo en el acto constitutivo o cuando él mismo tenga el doble carácter de *Settlor* y *Cestui que trust*, sin que pueda extinguirse por ninguna otra razón.

En la legislación francesa el contrato podrá terminar por liquidación judicial del fiduciario, por renuncia a sus derechos por parte de los beneficiarios o si el constituyente deja de ser sujeto del Impuesto Sobre Sociedades, cuando haya sido optativa la tributación bajo este régimen.

El caso de México es más abundante, ya que contempla múltiples causales de extinción, tales como hacerse imposible la realización del fin; por hacerse imposible el cumplimiento de la condición suspensiva de que dependa o no haberse verificado dentro del término señalado al constituirse el fideicomiso o, en su defecto, dentro del plazo de 20 años siguientes a su constitución; por haberse cumplido la condición resolutoria a que haya quedado sujeto; por convenio entre fideicomitente, fiduciario y fideicomisario; en caso de remoción o renuncia del fiduciario cuando no haya un sustituto y por falta de pago de los honorarios fiduciarios durante 3 años.

En Argentina los fideicomisos se extinguen por el cumplimiento de la condición a que se hubiere sometido y por cualquier otra causal prevista en el contrato.

El caso de Venezuela es similar al de México, ya que contempla múltiples causales. Así puede extinguirse el fideicomiso por hacerse imposible el fin para el que fue constituido; Por vencimiento del término o cumplimiento de la condición resolutoria a que esté sujeto; Por renuncia de todos los beneficiarios a sus derechos resultantes del fideicomiso y por falta de fiduciario, si existe imposibilidad de sustitución.

Como podemos apreciar del análisis comparativo efectuado, la regulación del *trust* y del fideicomiso tienen similitudes muy marcadas y las diferencias no son insalvables.

En términos generales, la principal identidad que tiene el *express trust* anglosajón con el fideicomiso en general y el mexicano en particular, consideramos que se refiere a la encomienda que tienen implícita. En ambas figuras existe una afectación de bienes para el cumplimiento de una finalidad que es establecida por el constituyente, la cual es llevada a cabo por otra persona en beneficio del propio constituyente o de un tercero.

Las finalidades buscadas deben ser lícitas y perfectamente establecidas en el acto constitutivo, bajo pena de nulidad. Las partes que intervienen son similares, pudiendo el constituyente designarse como beneficiario, pero por regla general, el fiduciario no podrá ser beneficiario en el mismo negocio en que actúa.

La afectación de los bienes al fin específico, crea una relación jurídica entre las partes que intervienen principalmente entre el fiduciario y el beneficiario, el primero con la obligación de cumplir con la encomienda y el segundo para beneficiarse de la misma y exigir su cumplimiento.

Para efectos de transparencia y protección de las partes, el fiduciario está obligado a separar los bienes que le son transmitidos respecto de aquellos que tenga libre disposición,

llevando un registro o contabilidad del patrimonio. Así el patrimonio confiado estará perfectamente identificado y no responderá de las obligaciones que puedan llegar a tener cualquiera de los participantes, sino que será destinado precisamente al cumplimiento de los fines.

Los derechos que se derivan para las partes, principalmente para el beneficiario, son los relacionados con la actuación del fiduciario respecto de los fines planteados, incluyendo el de exigir responsabilidad por el incumplimiento de aquel y el de recuperar los bienes que éste haya sacado del patrimonio por exceso de facultades, dolo o negligencia.

El constituyente tendrá derecho a reservarse el derecho de revocar el negocio y de que los bienes se le restituyan o que se transmitan a quien él mismo señale en caso de dicha revocación o incluso de terminación.

Por su parte el fiduciario tendrá derecho a una retribución por su actuación y a que se le reintegren los gastos que haya erogado con motivo del cumplimiento de los fines.

Las diferencias específicas entre las dos figuras, las ubicamos principalmente en la naturaleza de la afectación y en la propiedad a la que da origen.

En efecto, el *trust* se constituye invariablemente por una declaración unilateral de voluntad del *settlor* que se perfecciona para efectos de su operatividad con la aceptación del *trustee*, mientras que en el fideicomiso, normalmente se constituye mediante contrato que celebran cuando menos el fideicomitente y el fiduciario, pudiendo o no comparecer el fideicomisario o beneficiario para efectos de su aceptación.

El punto más importante de divergencia, consiste en la naturaleza de la propiedad de los bienes afectados. En el derecho anglosajón hay un desdoblamiento de la propiedad, lo que implica que tanto el *trustee* como el beneficiario sean considerados propietarios, mientras que en los ordenamientos de la familia del *Civil law*, esta situación no es posible, por lo que se limita a considerarlos como bienes afectos al cumplimiento de una finalidad,

reconociendo la propiedad en el fiduciario, pero sólo para destinarlos a dicho cumplimiento.

En nuestra opinión, ello no es, en modo alguno, determinante para pensar en una incompatibilidad de las figuras, pues el efecto operativo resulta ser el mismo.

Por lo que se refiere a la clasificación de las figuras en estudio, encontramos que la finalidad que trae implícita la constitución tanto de un *trust* como de un fideicomiso, son tan amplias como las necesidades y la imaginación del constituyente lo requiera. Esa amplitud de fines es la razón por la que doctrinariamente ha sido problemático clasificar los diversos tipos que pueden llegar a existir.

Como lo vimos en su oportunidad, el fideicomiso mexicano tiene su fuente directa en el *trust* anglosajón, sin embargo, para la incorporación de la figura, el legislador mexicano utilizó la clasificación más importante que la doctrina anglosajona había desarrollado para identificar los tipos de *trust* más comunes.

Esta clasificación se refiere a la fuente de su origen, que los divide en dos grandes grupos, los que requieren de la manifestación de la voluntad del constituyente y los que no la toman en cuenta para su constitución; con base en este criterio, como vimos anteriormente el *trust* se divide en *express trust* y en *impliend trust*.

El fideicomiso mexicano está influenciado por el *express trust*, pues en la legislación mexicana no se permiten los fideicomisos que puedan ser constituidos por mandato judicial en una interpretación de los deseos de una persona ni para reconocer situaciones de injusticia.

Tampoco regula la posibilidad de que se podrán constituirse por mandato expreso y directo de la ley, no obstante que en algunas ocasiones, principalmente en fideicomisos públicos, el legislador mexicano ha ordenado su constitución sin la comparecencia del fideicomitente único de la Administración pública federal.

Como se puede observar en el cuadro comparativo No. 2 que se presenta a continuación, en términos generales, partiendo de que en ambas figuras la voluntad debe ser expresa, la clasificación es muy similar, sólo diferenciada en cuanto a las características propias de cada figura, que han sido analizadas a lo largo de la presente investigación y que para efectos de evitar repeticiones innecesarias nos remitimos a los puntos antes tocados.

2. Cuadro comparativo sobre la clasificación del *trust* y el fideicomiso mexicano.

El siguiente cuadro presenta un comparativo general de los tipos de *trust* y fideicomiso más importantes y su clasificación en la doctrina anglosajona y mexicana.

	<i>Trust</i>	Fideicomiso
2.1 Atendiendo a la fuente de origen:	<p>El <i>Express trust</i> es el típico negocio que es creado por voluntad del <i>settlor</i>. Las relaciones jurídicas son creadas mediante una declaración unilateral que contiene la intención y plena voluntad del <i>settlor</i> de destinar ciertos bienes a un fin determinado</p> <p>Debe también señalar con claridad su contenido, especificando los bienes y la finalidad a la que serán destinados; además debe manifestar las personas que participarán, señalando con exactitud la persona o personas que serán propietarios legales de los bienes y el o los beneficiarios del <i>trust</i>, aunque éstos últimos no estén individualmente considerado</p> <p>Puede ser creado por acto <i>inter vivos</i> o <i>mortis causa</i>.</p>	<p>En el fideicomiso la relación jurídica nace de la voluntad expresa de cuando menos dos partes, manifestadas en un convenio, en cuya suscripción el fideicomitente transmite los bienes al fiduciario para ser destinados a fines lícitos y determinados, conviniendo ambas partes sobre los términos en que habrán de llevarse a cabo los actos respectivos.</p> <p>En el contrato se señalarán, además de lo arriba mencionado, el nombre de las personas que serán fideicomisarias, así como los derechos y obligaciones que se derivan para los participantes en el negocio jurídico.</p> <p>El fideicomiso únicamente puede ser creado por acto <i>inter vivos</i>.</p>

	<i>Trust</i>	Fideicomiso
2.2 Atendiendo a los requisitos requeridos:	<p>Aunque no requiere formalidad alguna, generalmente se hacen por escrito, sea en documento privado, escritura pública o por testamento, aunque también pueden constituirse manifestando la voluntad en forma oral. Lo importante es la expresión de la voluntad del <i>settlor</i> contenga la intención de crearlo con absoluta claridad.</p> <p>Desde el punto de vista de los requisitos que requiere para surtir efectos, el <i>express trust</i> puede a su vez ser clasificado en <i>executed trust</i> y <i>executory trust</i>.</p> <p>El <i>executed trust</i> es aquel que después de haber sido declarado en el acto constitutivo, no requiere de ningún acto posterior para producir sus efectos, por lo que desde que nace cuenta con todos los elementos requeridos para llevarse a cabo.</p> <p>El <i>executory trust</i> se da cuando hay instrucciones dadas para producir la transmisión de la propiedad del bien y en el acto constitutivo no obra por sí misma la transmisión que ordena, sino que esta depende de la realización de un acto posterior, como pudiera la creación del <i>trust</i> una vez ocurrido el fallecimiento del <i>settlor</i>.</p>	<p>Siempre deberá ser constituido en escrito. En escritura pública si se trata de inmuebles o en escrito privado si se trata de muebles, salvo los fideicomisos de garantía en que las partes deberán ratificar sus firmas ante fedatario público cuando el monto del negocio sea igual o superior al equivalente en moneda nacional a doscientas cincuenta mil unidades de inversión,</p> <p>El fideicomiso surte plenos efectos entre las partes a partir de su firma y frente terceros, dependiendo del tipo de bien, por ejemplo si se trata de inmuebles, desde la fecha de su inscripción en el Registro Público de la Propiedad.</p> <p>El fideicomiso puede celebrarse sujeto condición suspensiva por lo que puede ser suscrito el contrato respectivo, pero condicionar sus efectos a la realización de un acontecimiento futuro e incierto, de cuya realización dependerá que el fideicomiso surta sus efectos</p>

	<i>Trust</i>	Fideicomiso
<p>2.3 Atendiendo a las facultades del trustee:</p>	<p>Desde la perspectiva de las facultades de actuación, el <i>express trust</i> puede clasificarse en <i>instrument trust</i> y <i>discretionary trust</i></p> <p>En el <i>instrument trust</i> el <i>trustee</i> debe seguir rigurosamente las instrucciones establecidas por el <i>settlor</i> en el acto constitutivo, para lograr los efectos buscados.</p> <p>El <i>discretionary trust</i> es aquel en el que el <i>trustee</i> tiene facultades amplias para actuar como le dicte su mejor juicio, aunque debe ir también encaminado a lograr los fines buscados por el <i>settlor</i></p>	<p>En el fideicomiso también puede hacerse esta clasificación.</p> <p>En el fideicomiso el fiduciario debe cumplir estrictamente y en todo momento con las instrucciones tendientes a cumplir fines del mismo,</p> <p>En caso de que se pretenda dar facultades discrecionales, se debe establecer perfectamente los lineamientos, aunque en la práctica sigue instrucciones del fideicomitente, fideicomisario o del comité técnico.</p>

	<i>Trust</i>	Fideicomiso o Fiducia
<p>2.4 Atendiendo al beneficiario:</p>	<p>Desde la perspectiva del beneficiario, el <i>express trust</i> puede dividirse en <i>trust</i> de interés privado, <i>privaty</i> y de interés publico, <i>public</i> o <i>charitable</i></p> <p>El <i>privaty trust</i> es aquel en que el patrimonio está afecto a un interés meramente privado y va dirigido a personas determinadas o determinables individualmente.</p> <p>El <i>charitable trust</i> es de carácter público o caritativo, tienen fines filantrópicos y van dirigidos a un interés general, normalmente con un beneficio substancial del público en general o de una clase o categoría de personas que no estén determinados en lo individual ni tengan relación entre sí. No tienen limitación en cuanto a su vigencia.</p>	<p>El fideicomiso se clasifica en fideicomisos privados y fideicomisos públicos.</p> <p>El fideicomiso privado es el que los fines están establecidos en provecho de los particulares.</p> <p>Los fideicomisos tanto privados como públicos pueden ir dirigidos a cumplir fines de beneficencia o de apoyo a sectores de la economía que son estratégicos para el estado, como los fondos de fomento para el apoyo de la agricultura, para el trabajador, etc. No les es aplicable el límite de vigencia cuando son declarados de interés público.</p>

	<i>Trust</i>	Fideicomiso
<p>2.5 Atendiendo la celebración del acto sin la participación del settlor:</p>	<p>Excepcionalmente se puede constituir el <i>trust</i> por una decisión judicial o por mandato de la ley, son los llamados <i>implied</i> y <i>constructive trust</i>.</p> <p>El <i>implied trust</i> se constituye basándose en la presunción de que el <i>settlor</i> tuvo la intención de constituirlo. Son creados o reconocidos por los tribunales de acuerdo a cada caso, a su vez se subdividen en los llamados <i>Resulting trust</i> y en los interpretativos o <i>constructive trust</i> propiamente dichos.</p> <p>El <i>Resulting trust</i> derivan de una presunción de la voluntad del constituyente</p> <p>Los <i>constructive trust</i> son creados por voluntad del juzgador basado en principios de equidad, tiene por objeto reparar un daño, corregir una situación injusta o evitar el enriquecimiento ilegítimo de una persona en perjuicio de otra.</p> <p>Por su parte los <i>statutory trusts</i> son creados por disposición expresa de una ley, sin tomar en consideración la voluntad del <i>settlor</i>, ni aun la determinación del juzgador en un caso concreto, sino que en determinados supuestos se constituyen por ministerio de ley.</p>	<p>En el fideicomiso mexicano no es posible este tipo de fideicomisos, aunque existen fideicomisos públicos que se han constituido por decreto legislativo.</p> <p>No son reconocidos en el ordenamiento mexicano.</p>

3. Cuadro comparativo sobre los elementos que conforman los negocios jurídicos de carácter fiduciario en Reino Unido, Francia, Canadá y México.

El siguiente cuadro presenta un comparativo general de las características más importantes del *express trust* anglosajón y el fideicomiso o fiducia, contenidos en las legislaciones que se indican.

Aspecto a comparar	México	Reino Unido	Francia	Canadá
3.1 Concepto:	En virtud del fideicomiso, el fideicomitente transmite a una institución fiduciaria la propiedad o la titularidad de uno o más bienes o derechos, según sea el caso, para ser destinados a fines lícitos y determinados, encomendando la realización de dichos fines a la propia institución fiduciaria.	Una obligación de equidad que impone a una persona el deber de disponer de los bienes sobre los que tiene el control (<i>trust property</i>) en beneficio de otras personas llamadas beneficiarios (<i>cestuis que trust</i>) entre las cuales puede encontrarse ella misma, pudiendo cualquiera de ellas exigir el cumplimiento de la obligación.	La fiducia es la operación por la cual uno o varios constituyentes transfieren bienes, derechos o garantías, o un conjunto de bienes, de derechos o de garantías, presentes o futuros, a uno o varios fiduciarios que, teniéndolos separados de su patrimonio propio, actúan con un fin determinado en beneficio de uno o varios beneficiarios.	La fiducia resulta de un acto por el cual una persona, el constituyente transfiere de su patrimonio a otro patrimonio que él mismo constituye, bienes que afecta a un fin particular y que un fiduciario se obliga, por el hecho de su aceptación, a poseer y a administrar.

Aspecto a comparar.	México	Reino Unido	Francia	Canadá
<p>3.2 Ubicación de la figura en el ordenamiento legal.</p> <p>3.3 Presupuesto para la constitución:</p>	<p>Es una institución de carácter mercantil.</p> <p>Existencia de bienes o derechos que el fideicomitente destina al cumplimiento de determinados fines, en virtud de la afectación que realiza.</p>	<p>No se diferencia el derecho civil del mercantil.</p> <p>Existencia de uno o varios bienes que son destinados por acto <i>inter vivos o mortis causa</i> al beneficio de un tercero o incluso del propio aportante, según sea el caso, que crea una relación jurídica entre el propio beneficiario y la persona que detenta la titularidad del bien, en virtud de la cual éste último tiene la obligación de cumplir con lo estipulado.</p>	<p>La fiducia francesa, en cuanto a la propiedad se plantea como una institución del derecho civil.</p> <p>Transferencia de bienes, derechos o garantías, o un conjunto de bienes, de derechos o de garantías, presentes o futuros.</p>	<p>Es regulada por el derecho civil.</p> <p>Transferencia de bienes en fiducia, que constituyen un patrimonio de afectación autónomo y distinto del propio del constituyente, del fiduciario o del beneficiario y respecto del cual ninguno de ellos tiene un derecho real.</p>

Aspecto a comparar.	México	Reino Unido	Francia	Canadá
3.4 Partes	El Fideicomitente, el fiduciario y el fideicomisario.	El <i>settlor</i> , el <i>trustee</i> y el <i>Cestui que trust</i> o beneficiario	Fiduciante o constituyente, el fiduciario y el o los beneficiarios.	Constituyente, fiduciario y el beneficiario.
3.5 Constituyente:	Es la persona titular de los bienes o derechos que se transmiten al fiduciario para el cumplimiento de los fines, que tenga la capacidad necesaria para hacer la afectación que el fideicomiso implica.	<i>Settlor</i> , quien es el creador del <i>express trust</i> , la modalidad más representativa de <i>trust</i> , que tiene como principal característica la manifestación expresa e indubitable de la voluntad para crearlo.	Es la persona que transfiere bienes, derechos o garantías, presentes o futuros, a uno o varios fiduciarios para que estos actúen con un fin determinado en beneficio de uno o varios beneficiarios.	Es la persona que afecta los bienes, determina la finalidad y designa a los beneficiarios.
3.6 Formas de constitución	Por escrito, constando la voluntad del fideicomitente de transmitir bienes o derechos para el cumplimiento de fines y la aceptación del fiduciario.	Acto unilateral de voluntad del constituyente, que implica la transferencia de la propiedad de una parte de sus bienes hacia el <i>trustee</i>	Puede ser establecida por la ley o mediante contrato, pero siempre deberá ser expresa.	La fiducia es establecida por contrato, a título oneroso o gratuito, por testamento y, en ciertos casos, por la ley. En los casos en que la ley lo autoriza establecerse por decisión judicial.

Aspecto a comparar.	México	Reino Unido	Francia	Canadá
3.7 Capacidad del constituyente	Sólo podrá ser fideicomitente la persona que tenga capacidad jurídica para realizar la afectación al fideicomiso, es decir es necesario que sea propietario de los bienes y tenga su libre disposición.	Únicamente podrá ser <i>settlor</i> la persona que tenga la capacidad jurídica para gozar y ejercer plenamente sus derechos patrimoniales, es decir, que pueda disponer de ellos a su arbitrio.	Sólo pueden ser constituyentes las personas morales que sean contribuyentes del Impuesto Sobre Sociedades, sin que los derechos derivados de la fiducia sean transmisibles a personas no sujetas a dicho impuesto.	Capacidad para transmitir los bienes.

Aspecto a comparar.	México	Reino Unido	Francia	Canadá
<p>3.8 Facultades del constituyente.</p>	<p>Determinar los fines y por ende los términos y condiciones que habrán de sujetarse las partes para el cumplimiento de los mismos.</p> <p>Tiene también, el derecho de designar uno o varios fideicomisarios para que reciban simultánea o sucesivamente el provecho del fideicomiso, siempre que se trate de personas que estén vivas o concebidas a la muerte del fideicomitente.</p> <p>Al ser el creador del fideicomiso, elige a la institución fiduciaria con la que celebrará el contrato respectivo.</p>	<p>Tiene la facultad de señalar los lineamientos, términos y condiciones bajo los cuales se regirá la conducta del <i>trustee</i>, así como los derechos de que gozarán los beneficiarios, siempre sobre la base de que dichos lineamientos sean lícitos.</p>	<p>Determinar los bienes, derechos o garantías presentes o futuros que sean objeto del contrato.</p> <p>Fijar la duración de la fiducia.</p> <p>Designar al o los beneficiarios, en caso de que éstos últimos no se designen en el contrato constitutivo, se deben fijar las reglas que permitan su designación.</p> <p>La encomienda conferida al o a los fiduciarios y los poderes y facultades que gozarán para la administración y disposición de los bienes.</p>	<p>Establecer el régimen legal de los bienes, fijar los fines de la fiducia, designar a los beneficiarios y los términos en que éstos recibirán los beneficios.</p> <p>Puede designar uno o varios fiduciarios o fijar los términos de su designación y la forma en que podrán ser sustituidos.</p> <p>Tiene facultades necesarias para establecer medidas de vigilancia sobre la actuación del fiduciario.</p> <p>Puede facultar a un tercero para que designe a los beneficiarios</p>

Aspecto a comparar.	México	Reino Unido	Francia	Canadá
<p>3.9 Permanencia del constituyente.</p>	<p>Puede reservarse los derechos que crea convenientes e incluso asumir el carácter de fideicomisario.</p> <p>En caso de ser un fideicomiso revocable, tendrá la facultad de instruir al fiduciario sobre los actos jurídicos a realizar para lograr los fines, así como la de exigir cuentas.</p>	<p>Normalmente desaparece para dar lugar a la relación que se crea entre el <i>trustee</i> y el beneficiario, aunque puede reservarse el derecho de revocar o modificar el <i>trust</i> o la facultad para dirigir al <i>trustee</i> respecto de ciertas inversiones y el de vigilar los actos que estime convenientes.</p>	<p>No desaparece, incluso El contrato deberá prever las condiciones bajo las cuales el fiduciario debe rendir cuentas de su gestión al constituyente, al término del contrato tiene la posibilidad de que los bienes o derechos le sean revertidos.</p>	<p>Continúa activo durante la vigencia de la fiducia, con legitimación para vigilar la actuación del fiduciario y si fallece, el derecho les corresponde a sus herederos. Por decisión judicial puede actuar en lugar del fiduciario cuando éste no lo haga o se esté impedido de hacerlo.</p>

Aspecto a comparar.	México	Reino Unido	Francia	Canadá
<p>3.10 El Fiduciario o receptor de los bienes y derechos:</p>	<p>Es la institución financiera autorizada por la ley para desempeñar el cargo.</p> <p>Lo pactado en el fideicomiso, implica para el fiduciario una serie de derechos, obligaciones y prohibiciones, que tienen como principal objetivo hacer posible el cumplimiento de dicha encomienda y provienen del contrato mismo, de las leyes sustantivas y adjetivas que lo regulan.</p> <p>Tendrá desde luego la facultad de realizar todos los actos que sean necesarios para la consecución de los fines</p>	<p><i>Trustee.</i> Es la persona física o moral que recibe la titularidad de los bienes para destinarlos al beneficio de otro. Es el encargado de ejecutar el <i>trust</i>.</p> <p>Es el titular de los bienes materia del mismo, sin embargo, pese a ser el propietario de los bienes, debe utilizar y destinar los mismos al beneficio del <i>cestui que trust</i>, acorde a lo establecido por el <i>Settlor</i> en el acto constitutivo</p>	<p>El fiduciario es la institución de crédito, sociedad de inversión o de seguros que recibe los bienes para administrarlos, invertirlos o darlos en garantía.</p> <p>Recibe en propiedad fiduciaria los bienes con la obligación de llevar a cabo los actos encomendados en forma personal, aunque la ley permite pactar la posibilidad de delegar algunas funciones, pero debe señalar que actúa con ese carácter y en caso de que haya bienes que para su transmisión se requiera de publicidad, se deberá hacer mención en dichos actos del nombre y facultades del fiduciario.</p>	<p>Es la persona física o moral autorizada por la ley.</p> <p>El fiduciario es un simple administrador de bienes ajenos; los títulos de los bienes son extendidos a su nombre y contará con todos los poderes, facultades y prerrogativas necesarias para lograr los fines, con la limitación de transmitir los bienes a título gratuito.</p>

Aspecto a comparar.	México	Reino Unido	Francia	Canadá
<p>3.11 El Fiduciario o receptor de los bienes y derechos: (Continuación)</p>	<p>En el fideicomiso podrán intervenir varias instituciones fiduciarias para que conjunta o sucesivamente desempeñen el cargo de fiduciario, estableciendo el orden y las condiciones en que se substituirán.</p> <p>El fideicomiso será válido aunque se constituya sin señalar fideicomisario, siempre que su fin sea lícito y determinado, y conste la aceptación del encargo por parte del fiduciario.</p> <p>Debe constar la aceptación en el propio contrato.</p>	<p>El <i>trustee</i> o <i>trustees</i> pueden ser nombrados en el documento que crea el <i>trust</i>, sin que exista limitación sobre el número de los que puedan ser designados.</p> <p>La simple designación del carácter de <i>trustee</i> en el acto constitutivo, no obliga a la persona designada a aceptar el cargo, por lo que puede negarse manifestando su rechazo en forma expresa o tácita.</p> <p>En caso de que el <i>settlor</i> no designe <i>trustee</i> al celebrar el <i>trust</i>, no implica su invalidez, pues la equidad siempre suplirá esta deficiencia, ya que la designación la hará el tribunal.</p>	<p>Pueden ser uno o varios fiduciarios que actúan con un fin determinado en beneficio de uno o varios beneficiarios, sin que se mencione limitación alguna sobre la cantidad de participantes.</p> <p>Al ser una encomienda personal, el fiduciario debe celebrar el contrato respectivo.</p> <p>Sin la comparecencia del fiduciario no puede existir la fiducia.</p>	<p>En la fiducia pueden actuar sucesivamente los fiduciarios designados por el constituyente, o por el tribunal en caso de que aquél haya sido omiso o sea imposible la sustitución.</p> <p>El acto de creación de la fiducia es traslativo de dominio y se perfecciona en el momento en que el fiduciario acepta el cargo que se le confiere.</p> <p>Es necesaria la manifestación conjunta de constituyente y fiduciario para que se perfeccione la fiducia, pues de lo contrario, no surtirá efecto la transmisión de propiedad.</p>

Aspecto a comparar.	México	Reino Unido	Francia	Canadá
3.12 Capacidad del receptor:	Sólo pueden ser fiduciarias las instituciones financieras autorizadas por la ley.	EL <i>trustee</i> requiere la capacidad de goce de los bienes, así como la de ejercicio, pues de lo contrario procedería su remoción judicial para evitar algún perjuicio a los beneficiarios.	Sólo pueden ser fiduciarios, los bancos, las aseguradoras y las empresas de inversión, que son aquellas que prestan los servicios de inversión en el ejercicio de su profesión habitual.	Puede ser fiducia una persona física con pleno ejercicio de sus derechos o las personas morales que la ley autorice.
3.12 Coincidencia del carácter de settlor y trustee:	No existe prohibición para que una institución pueda ser fideicomitente y fiduciaria, sólo se menciona que es nulo el fideicomiso que se constituye a favor del fiduciario, salvo en los fideicomisos que tengan por fin servir como instrumentos de pago de obligaciones incumplidas, en el caso de créditos otorgados por la propia institución para la realización de actividades empresariales.	Pueden coincidir los caracteres de <i>settlor</i> y <i>trustee</i> cuando dicho <i>settlor</i> se nombra a sí mismo <i>trustee</i> , lo cual esta permitido, aunque en este caso no habría transmisión de bienes o derechos sino únicamente la separación de los mismos dentro del patrimonio personal del <i>settlor trustee</i>	El constituyente y el fiduciario pueden tener el carácter de beneficiarios en el contrato de fiducia, pero no se menciona la posibilidad de que la misma sociedad tenga el carácter de constituyente y fiduciario.	Se permite que tanto el constituyente como el beneficiario puedan tener el carácter de fiduciario, pero de ser el caso deberán actuar con otro fiduciario que no tenga ese carácter.

Aspecto a comparar.	México	Reino Unido	Francia	Canadá
3.13 Separación del patrimonio:	Los bienes del fideicomiso estarán afectos al fin a que se destinan. El fiduciario deberá registrar contablemente dichos bienes o derechos y mantenerlos en forma separada de sus activos de libre disponibilidad.	Se debe registrar la separación de patrimonios, para delimitar el patrimonio del <i>trust</i> , ya que el <i>trustee</i> estará obligado a destinarlo a la finalidad establecida, por lo que dicho bien o derecho no debe confundirse con su demás patrimonio; en tal virtud, en ningún caso esta permitida la fusión del patrimonio del <i>trust</i> y el del <i>trustee</i>	La transferencia opera en un patrimonio de afectación, distinto al patrimonio personal del fiduciario y de cualquier otro patrimonio fiduciario que éste tenga, además se señala que el fiduciario será titular o propietario fiduciario de los bienes y derechos transferidos. La separación de los patrimonios debe ser estricta, sin permitirse una universalidad de bienes en la que se confundan bienes fungibles manejados por un fiduciario provenientes de su propio patrimonio y los provenientes de una fiducia, ya que de ser así habría una confusión de derechos, sin distinción de los patrimonios.	La transmisión de propiedad la hace una persona, pero no en favor de otra, sino para crear un nuevo patrimonio que será independiente del suyo y del de los demás participantes; Este nuevo patrimonio, no tiene titular, sino que se considera como autónomo o “de afectación” y será administrado por un fiduciario para lograr los fines buscados por el constituyente, normalmente en favor de un beneficiario.

Aspecto a comparar.	México	Reino Unido	Francia	Canadá
<p>3.14 Actuación del receptor:</p>	<p>La institución fiduciaria tendrá todos los derechos y acciones que se requieran para el cumplimiento del fideicomiso, salvo las normas o limitaciones que se establezcan al efecto, al constituirse el mismo; estará obligada a cumplir dicho fideicomiso conforme al acto constitutivo; no podrá excusarse o renunciar su encargo sino por causas graves a juicio de un Juez de Primera Instancia del lugar de su domicilio, y deberá obrar siempre como buen padre de familia, siendo responsable de las pérdidas o menoscabos que los bienes sufran por su culpa</p>	<p>Puede llevar a cabo todos los actos necesarios para cumplir con la finalidad del <i>trust</i>, pero debe actuar con el cuidado, pericia y honradez con que actuaría si se tratase de negocio propio o fuera su patrimonio personal.</p> <p>En la <i>trustee Act 2000</i> se señala como “deber de cuidado” o <i>duty of care</i> que debe actuar con el cuidado y la habilidad necesaria de acuerdo a cada caso, tomando en consideración cualquier conocimiento o experiencia especial que tenga, que manifieste tener o que se espere de una persona exitosa en el negocio o la profesión relacionada.</p>	<p>La obligación del fiduciario de llevar a cabo los actos encomendados, implica un deber de diligencia, como una faceta de las obligaciones fiduciarias, debiendo actuar, invariablemente, <i>en bon père de famille</i>, es decir como buen padre de familia, con diligencia y lealtad</p>	<p>El administrador de bienes ajenos en el ejercicio de sus funciones debe sujetarse a lo establecido en el acto constitutivo y actuar en los límites de los poderes que le son conferidos. Debe actuar con honestidad y lealtad, en el mejor interés del beneficiario o del fin perseguido.</p> <p>No responde de la pérdida del bien por causa de fuerza mayor, del deterioro por la utilización normal y autorizada del bien.</p> <p>No podrá ejercer sus poderes en su propio interés ni en el de un tercero; no puede situarse en una situación de conflicto entre su interés personal y sus obligaciones de administrador.</p>

Aspecto a comparar.	México	Reino Unido	Francia	Canadá
3.15 Cobro por la gestión:	Las comisiones por los servicios que presten las instituciones se sujetarán a lo dispuesto por la Ley Orgánica de Banco de México	Tradicionalmente el <i>trust</i> inglés se presumía gratuito, sin embargo a partir del <i>Trustee Act 2000</i> se permite recibir una remuneración al <i>trustee</i> .	La ley francesa no menciona el cobro de honorarios, pero al profesionalizar la figura, se entiende que tendrán derecho a ello.	No se menciona específicamente, pero dependiendo de la naturaleza puede ser gratuita.
3.16 Obligaciones principales:	Su principal obligación es dar cumplimiento a la encomienda de confianza, es decir al cumplimiento de los fines del fideicomiso conforme a lo estipulado en el contrato, respondiendo de las pérdidas o menoscabos que los bienes sufran por su culpa. Deberán desempeñar su cometido y ejercer sus facultades por medio de funcionarios denominados delegados fiduciarios.	Dentro de la obligación de cuidar y conservar los bienes, se contempla el pago de impuestos, derechos o intereses de cualquier clase que graven el patrimonio; deberá además asegurar los bienes inmuebles.	Los actos deberán ser llevados a cabo por el fiduciario, aunque se permite pactar la delegación de algunas funciones, debiendo señalar expresamente que actúa con ese carácter y en caso de que el patrimonio incluya bienes que para su transmisión se requiera publicidad, se deberá hacer mención en dichos actos del nombre y facultades del fiduciario, aunque se presumirá que éste goza de todos los poderes necesarios respecto del patrimonio.	Los actos que lleve a cabo deberán ser siempre en provecho del beneficiario. Debe mantener y hacer producir los bienes conforme a su naturaleza o a los fines de la afectación, cuando el interés del beneficiario o el logro del objetivo del fideicomiso lo requieran. Debe permitir la verificación de la documentación y presentar informes a la persona designada para la vigilancia

Aspecto a comparar.	México	Reino Unido	Francia	Canadá
Obligaciones principales: (Continuación)	<p>Estará obligada a cumplir con los fines del fideicomiso conforme al contrato, por lo que no podrá llevar a cabo actos diversos a los ahí establecidos.</p> <p>El fiduciario cuenta con todas las facultades y poderes necesarios para la defensa del patrimonio, sin embargo, en la práctica es el fideicomitente o el fideicomisario quienes designan al apoderado que hará la defensa.</p>	<p>En caso de que falte dinero para cubrir los gastos de mantenimiento, el <i>trustee</i> puede recurrir a la venta de algunos bienes y aun solicitar créditos ofreciendo aquellos como garantía, todo ello previa notificación que se haga a los beneficiarios, quienes se pueden oponer aportando por sí mismos la cantidad requerida al efecto.</p> <p>Realizar todos los actos necesarios para la protección y conservación de los bienes y defenderlos contra cualesquiera ataques provenientes de tercero, del beneficiario e incluso del propio <i>settlor</i>.</p>	<p>Las facultades del fiduciario deben estar precisadas en el contrato y serán establecidas a la libre apreciación de las partes, con las limitaciones de las leyes respectivas y en disposiciones de orden público, por lo que deberá limitarse estrictamente a cumplir con los fines y facultades que le son otorgadas.</p>	<p>Debe administrar el patrimonio conforme a los derechos y obligaciones del administrador de bienes ajenos.</p> <p>En la fiducia de utilidad pública se presume que tiene la facultad para designar a los beneficiarios y en las personales o de utilidad privada deberá ajustarse a los términos del contrato.</p>

Aspecto a comparar.	México	Reino Unido	Francia	Canadá
Obligaciones principales: (Continuación)	<p>Para la inversión y administración del patrimonio del fideicomiso, las instituciones fiduciarias deberán ajustarse a lo pactado en el contrato de fideicomiso, en el cual se podrá estipular la posibilidad de recibir instrucciones del fideicomitente, del fideicomisario o del comité técnico.</p>	<p>El <i>trustee</i> tiene la facultad de invertir una parte en diversos instrumentos de inversión, sujeto a las limitantes que la propia ley establece. Puede recurrir a un consejo técnico, pero ello no lo libera de la necesidad de obrar prudentemente, en cuyo defecto no se le exime de responsabilidad.</p>		<p>Debe invertir de acuerdo a lo pactado. Si no hay instrucciones y se trata de fiducia de utilidad privada, puede hacerlo a condición de que 60% de su cartera esté compuesto de inversiones presuntamente seguras y cumplir con las obligaciones de información definidas por la Ley sobre los valores negociables.</p>

Aspecto a comparar.	México	Reino Unido	Francia	Canadá
3.17 Responsabilidad de la gestión:	<p>Las instituciones están obligadas a responder civilmente por los daños y perjuicios que causen por la falta de cumplimiento en las condiciones o términos señalados en el fideicomiso.</p>	<p>En el <i>trust</i> expreso el <i>trustee</i> al asumir voluntariamente las obligaciones debe actuar con lealtad y buena fe, es responsable por la infracción al <i>trust</i>, ya sea por incompetencia, por su pasividad, por disponer de los fondos en el propio interés, salvo que la ley o el propio <i>trustee</i> limiten su responsabilidad. Debe actuar conforme a lo establecido en el <i>trust</i>, o a la ley, ya que cualquier exceso en sus facultades, lo hace responsable por pérdidas o menoscabos en los bienes. En la sección 61 del <i>Trustee Act</i>, se señala que los tribunales pueden eximir al <i>trustee</i> de la responsabilidad personal cuando hayan actuado de buena fe.</p>	<p>El fiduciario responderá con sus propios bienes de los actos o hechos que realice en el ejercicio de su encomienda. En caso de que el fiduciario falte a sus deberes o ponga en peligro los intereses que le fueron confiados, la ley faculta al constituyente, al beneficiario y al tercero nombrado por el propio constituyente para vigilar la gestión, para solicitar judicialmente la sustitución del fiduciario y el nombramiento de un fiduciario provisional hasta en tanto se resuelve sobre el particular.</p>	<p>El administrador responde solidariamente por su administración.</p>

Aspecto a comparar.	México	Reino Unido	Francia	Canadá
3.18 Destino de los rendimientos que se generen por la inversión del patrimonio:	Para la inversión y administración del patrimonio fideicomitado, el fiduciario deberá ajustarse a lo pactado en el contrato de Fideicomiso, en el cual se podrá estipular la posibilidad de recibir instrucciones del fideicomitente, del fideicomisario o del comité técnico.	Las rentas que generen se aplicarán de acuerdo a lo establecido en el <i>trust</i> . En caso de no establecerlo, la <i>Trustee Act of 1925</i> , en sus secciones 31 y 32, otorga al <i>trustee</i> la facultad de aplicar las rentas para la manutención, educación o beneficio del <i>cestui que trust</i> que sea menor de 18 años y para anticiparle hasta el 50% del capital que le corresponde.	Los bienes y productos que genere la inversión del patrimonio se aplicarán conforme se haya pactado en el contrato.	Los rendimientos de capital serán distribuidos conforme a lo establecido en la fiducia y en su defecto conforme a la intención del constituyente. A falta de indicación suficiente la distribución se hará lo más equitativamente posible, teniendo en cuenta el objeto, circunstancias que han dado lugar y usos contables generalmente aceptados.
3.19 Contabilidad y registro:	Las instituciones abrirán contabilidades especiales por cada contrato, debiendo registrar en las mismas y en su propia contabilidad el dinero y demás bienes, valores o derechos que se les confíen, así como los incrementos o disminuciones, por los productos o gastos respectivos.	Desde el momento en que acepte su designación el <i>trustee</i> deberá tomar posesión inmediata de los bienes y proceder a su registro, haciendo constar la existencia del <i>trust</i> y el carácter que se le otorga y con base en ese carácter.	El fiduciario estará obligado a llevar una contabilidad separada de la propia, que incluya, desde luego los activos y pasivos que conformen o lleguen a conformar el patrimonio fiduciario.	El administrador puede ser obligado a hacer inventario de los bienes, indicando su valor, mención del efectivo y de otros valores; debe señalar también las deudas y un informe de activos y pasivos.

Aspecto a comparar.	México	Reino Unido	Francia	Canadá
<p>3.20 Rendición de cuentas:</p>	<p>El fiduciario estará obligado a rendir un informe periódico sobre el estado que guarden los bienes materia del fideicomiso, el artículo 84 de la Ley Bancaria dispone que en caso de no rendir cuentas de su gestión dentro del plazo de 15 días hábiles contados a partir de la solicitud del fideicomitente o fideicomisario, según sea el caso, procederá la remoción de su cargo.</p>	<p>El <i>trustee</i> tiene la obligación de proporcionar a los beneficiarios, cuando éstos lo soliciten, informes completos y exactos sobre la administración del trust, los bienes que lo integran y el manejo que ha hecho de los mismos.</p>	<p>El contrato deberá prever las condiciones bajo las cuales el fiduciario debe rendir cuentas de su gestión al constituyente, así como al beneficiario o al tercero designado por el constituyente para asegurar la preservación de sus intereses en el caso de ejecución del contrato, de acuerdo a la periodicidad establecida en el propio contrato.</p>	<p>El Administrador debe rendir cuentas de su gestión al beneficiario al menos una vez al año.</p>

Aspecto a comparar.	México	Reino Unido	Francia	Canadá
<p>3.21 Beneficiario:</p>	<p>El Fideicomisario es la persona que tenga la capacidad necesaria para recibir el provecho que el fideicomiso implica.</p> <p>Podrá ser designado por el fideicomitente en el contrato de fideicomiso o en un acto posterior, por lo que el fideicomiso será válido aunque se constituya sin señalar fideicomisario, siempre que su fin sea lícito y determinado, y conste la aceptación del encargo por parte del fiduciario.</p>	<p>El <i>cestui que trust</i>, que es la persona o entidad legal reconocida en cuyo beneficio se destinarán los bienes del <i>trust</i> y quien tiene la ventaja de ser su propietario en equidad.</p> <p>Puede serlo cualquier persona que sea capaz de tener propiedad para sí, o sea que tenga la aptitud para adquirir bienes o derechos iguales a los que se entregan en el <i>trust</i> para su beneficio.</p> <p>Sólo la persona que es designada por el <i>settlor</i> para recibir los beneficios del <i>trust</i>, se considera como beneficiaria, puede ser determinada o determinable, en forma individual o colectiva, siempre que sea señalada por el <i>settlor</i> para recibir los beneficios</p>	<p>Es la persona en cuyo beneficio actúa el fiduciario, destinando los bienes o derechos que le fueron transmitidos por el constituyente para realizar las operaciones respectivas.</p> <p>La ley francesa sólo menciona la necesidad de que en el contrato se identifique o se fijen las reglas para la determinación de los beneficiarios, pudiendo prever que el fiduciario proceda de manera discrecional a la distribución de los bienes entre un grupo de beneficiarios</p>	<p>No se define en la ley, pero se desprende que es la persona que recibirá los provechos de la fiducia.</p> <p>En una fiducia constituida a título gratuito debe tener la capacidad necesaria para recibir donaciones o bienes por testamento, cuando menos al momento de nacer su derecho. Debe además cumplir con los requisitos que señale en el acto constitutivo. Puede designarla el constituyente o el fiduciario, en el caso de fiducia de interés público.</p>

Aspecto a comparar.	México	Reino Unido	Francia	Canadá
<p>3.22 Confusión del carácter de receptor y beneficiario:</p>	<p>Es nulo el fideicomiso que se constituye a favor del fiduciario, salvo los que sirvan como instrumentos de pago en caso de créditos otorgados por la propia institución por actividades empresariales y fideicomisos de garantía.</p>	<p>Existe una incapacidad para la persona en quien recaiga el cargo de <i>trustee</i> para ser designado beneficiario dentro del mismo <i>trust</i> en el que actúa, por lo que no podrán confundirse ambos caracteres en una misma persona.</p>	<p>Tanto el constituyente como el fiduciario pueden tener el carácter de beneficiarios en el contrato de fiducia.</p>	<p>El constituyente o el beneficiario pueden ser fiduciarios, pero deberán actuar conjuntamente con otro fiduciario que no sea ni otorgante ni beneficiario</p>
<p>3.23 Derechos del Beneficiario</p>	<p>Aceptar la designación hecha en su favor por el fideicomitente, ya que no se le puede obligar a tomar los beneficios que se le otorgan en contra de su voluntad.</p>	<p>Disfrutar los beneficios que le otorgue el acto constitutivo, así como a obligar al <i>trustee</i>, incluso judicialmente, a administrar los bienes de acuerdo a lo establecido en el propio acto constitutivo.</p>	<p>Recibir los bienes o los provechos que estos generen en los términos establecidos en el propio contrato de fiducia.</p>	<p>A partir de la aceptación del fiduciario, nace un derecho de crédito en el beneficiario, pues se presume su aceptación en la fiducia gratuita.</p>

Aspecto a comparar.	México	Reino Unido	Francia	Canadá
Derechos del Beneficiario: (Continuación)	<p>Además de los que se le concedan en el acto constitutivo, el de exigir su cumplimiento al fiduciario; el de atacar la validez de los actos que ésta cometa en su perjuicio, de mala fe o en exceso de las facultades y cuando ello sea procedente, el de reivindicar los bienes que hayan salido del patrimonio del fideicomiso.</p> <p>No existe regla especial para la prescripción de los derechos del fideicomisario en contra de los actos realizados por el fiduciario en su perjuicio, por lo que se aplica la regla ordinaria de 10 años que comenzarán a contarse desde el día en que la acción pudo ser ejercida en juicio.</p>	<p>En caso de exceso de las facultades o incumplimiento, tiene acción personal para obligar al <i>trustee</i> a cumplir; a realizar la persecución de los bienes en caso de que estos hubieren salido del patrimonio del <i>trustee</i> o reclamar los bienes adquiridos con el producto de ellos, o incluso la de ejercer acción penal en contra de aquel.</p> <p>Las acciones contra el <i>trustee</i>, prescriben en 6 años desde el incumplimiento o desde el momento en que el <i>cestui</i> tome posesión de sus derechos, si la violación se dio antes de ese momento cuando se trate de fraude o cuando se trate de perseguir los bienes.</p>	<p>En caso de que exista una lesión a sus derechos, sea por un exceso en el ejercicio de las facultades del fiduciario o una desviación en el cumplimiento de los fines, se prevé que tanto el constituyente como el beneficiario, puedan ejercer la acción Pauliana para recuperar el o los bienes que hubieren salido del patrimonio de la fiducia.</p> <p>No se menciona en el capítulo respectivo.</p>	<p>En caso actos efectuados en exceso de facultades, el beneficiario no puede reivindicar los bienes, pues no es propietario, sin embargo, pueden impugnar el acto si fue en fraude de sus derechos.</p> <p>No se menciona en el capítulo respectivo, sin embargo, se señala que durante la vigencia de la fiducia el beneficiario tiene derecho a exigir los frutos y el capital que le correspondan.</p>

Aspecto a comparar.	México	Reino Unido	Francia	Canadá
3.24 Cesión de derechos:	Al ser derechos apreciables económicamente, tendrá derecho a ceder los beneficios que tenga a su favor en el contrato de fideicomiso	No se contempla la posibilidad.	El derecho del beneficiario se considera cedible, para que el beneficiario pueda aprovechar el valor de su derecho en la fiducia, al cederlo a un tercero.	A partir del momento en que nace su derecho en la fiducia puede disponer del derecho de crédito cediéndolo o renunciando e el ante notario.
3.25 Patrimonio:	<p>Pueden ser objeto del fideicomiso toda clase de bienes y derechos, salvo aquellos que, conforme a la ley, sean estrictamente personales de su titular.</p> <p>Se considerarán afectos al fin a que se destinan, por lo que sólo podrá ejercerse respecto de ellos los derechos que al mencionado fin se refieran, salvo los que se reserve el fideicomitente, los que deriven del fideicomiso mismo o los adquiridos legalmente, con anterioridad a la constitución del fideicomiso.</p>	<p>Estará conformado por todos los bienes (<i>real property</i> y <i>personal effects</i>) que estarán afectos al cumplimiento de lo establecido en el <i>trust deed</i>.</p> <p>Pueden ser objeto del <i>trust</i>, toda clase de bienes, ya sean muebles o inmuebles, legales o de equidad, salvo que exista alguna prohibición expresa.</p>	El patrimonio de la fiducia se integra por los bienes, derechos o garantías presentes o futuros que sean objeto del contrato.	Se considera un patrimonio autónomo, sin titular, denominado de afectación y esta compuesto por los bienes que el constituyente transmite hacia el nuevo patrimonio.

Aspecto a comparar.	México	Reino Unido	Francia	Canadá
3.26 Propiedad:	<p>El conjunto de bienes o derechos que entran a formar parte de un patrimonio estarán afectos en forma temporal a los fines señalados en el propio contrato y respecto de los cuales el fiduciario únicamente podrá efectuar los actos exigidos para el cumplimiento de dichos fines</p>	<p>La característica primordial del <i>trust</i> consiste en el desdoblamiento de la propiedad de los bienes en una propiedad legal o <i>legal ownership</i> que le corresponde al <i>trustee</i> y una propiedad en equidad o <i>equity ownership</i> que tendrá el <i>cestui que trust</i>.</p> <p>En el <i>trust</i> los bienes no se integran al patrimonio personal del <i>trustee</i>, de tal manera que estos no se ven afectados en caso de quiebra o sucesión de éste último, por lo que el <i>cestui que trust</i> no tiene desventaja frente al <i>trustee</i> o frente a terceros por el desdoblamiento de la propiedad.</p>	<p>Los derechos del beneficiario serán de carácter personal frente al fiduciario y no reales respecto de los bienes. La propiedad de los bienes no se transmite al beneficiario, por lo que la titularidad afectada, deviene, entonces en una propiedad ordinaria a favor del fiduciario.</p> <p>La transferencia de los bienes da lugar a un patrimonio separado del propio del fiduciario. Los bienes se consideran destinados a una obligación de gestión, sin que la quiebra o liquidación del fiduciario afecte el patrimonio, salvo el caso de que el contrato haya sido celebrado en fraude de acreedores.</p>	<p>El patrimonio fiduciario al estar formado por bienes que constituyen un patrimonio de autónomo, es distinto del propio del constituyente, del fiduciario y del beneficiario, respecto del cual ninguno de ellos tiene un derecho real.</p>

Aspecto a comparar.	México	Reino Unido	Francia	Canadá
3.27 Afectación del patrimonio:	Los bienes materia de un fideicomiso se entienden afectados al cumplimiento de los fines.	La transferencia de los bienes, debe realizarse con un destino específico dirigido a cumplir con una finalidad. La afectación de los bienes a la finalidad, implica que quien los reciba será el propietario “legal” de los mismos, pero solo para esa finalidad, mientras que el beneficiario será el propietario de los bienes, pero “en equidad”, únicamente para recibir los beneficios que le correspondan.	Para que exista la fiducia debe pactarse la afectación de los bienes a una finalidad determinada.	El patrimonio de la fiducia es un patrimonio autónomo afectado al cumplimiento de fines. La afectación da lugar a un patrimonio separado del de cada una de las partes, que es administrado por el fiduciario con todas las facultades y poderes que sean necesarios para llevar a cabo los fines.
3.28 Momento en que se realiza la afectación	La afectación de los bienes se realiza en el contrato que crea al fideicomiso, por lo que los efectos de la transmisión y del fideicomiso se producen simultáneamente.	La transferencia de los bienes es un acto distinto al acto creador del <i>trust</i> . Dicha transferencia es distinta al <i>trust</i> , pues este se crea una vez que se ha realizado dicha transferencia	La afectación de los bienes se realiza en el contrato que crea a la fiducia, por lo que la transmisión y la fiducia de producen simultáneamente.	La afectación se perfecciona al momento de la aceptación del fiduciario; incluso cuando se constituye por testamento, caso en que se retrotraen los efectos a la fecha del deceso del constituyente

Aspecto a comparar.	México	Reino Unido	Francia	Canadá
3.29 Alcance de la relación fiduciaria:	La relación fiduciaria sólo se da con la celebración del contrato, mediante el cual se transmiten los bienes al fiduciario para el cumplimiento de los fines ahí establecidos, en beneficio del fideicomisario, quien en virtud de su designación, tendrá el derecho de exigir al fiduciario el debido y exacto cumplimiento de lo ahí pactado.	Cuando dos partes se vinculan bajo un esquema que implica una dependencia o a la especial confianza de una hacia la otra se utiliza el vocablo <i>trust</i> , que abarcan casos de mandato, depósito, albaceazgo, tutela, etc.	La fiducia sólo se refiere a la encomienda conferida al fiduciario y a los poderes y facultades que gozarán para la administración y disposición de los bienes. Las facultades del fiduciario deben estar precisadas en el contrato y serán establecidas a la libre apreciación de las partes, con las limitaciones establecidas en las leyes respectivas y en disposiciones de orden público.	La fiducia supone una administración de bienes ajenos que crea una relación jurídica del fiduciario frente al constituyente y al beneficiario, quienes tienen participación activa en la misma.

Aspecto a comparar.	México	Reino Unido	Francia	Canadá
3.30 Publicidad:	El fideicomiso cuyo objeto recaiga en bienes inmuebles, deberá inscribirse en la Sección de la Propiedad del Registro Público del lugar en que los bienes estén ubicados. El fideicomiso surtirá efectos contra tercero, en el caso de este artículo, desde la fecha de inscripción en el Registro.	No se contempla la obligación de realizar registros especiales, salvo los internos del <i>trust</i> para identificar los bienes propios y los del <i>trust</i> .	Se establece, bajo pena de nulidad que el contrato de fiducia y sus modificaciones, así como la designación del beneficiario, si esta no se realizó en el contrato constitutivo, deben ser registrados en el término de un mes contado a partir de su firma o de su modificación a la oficina de impuestos de la sede del fiduciario o de la oficina de impuestos de no residentes, si el fiduciario no está domiciliado en Francia.	Cuando se constituye por contrato para garantizar el cumplimiento de una obligación, se exige publicidad para que surta efectos contra terceros; al efecto deberá publicarse en el registro los derechos reales o personales, según la naturaleza de los bienes transmitidos a la fiducia.

Aspecto a comparar.	México	Reino Unido	Francia	Canadá
3.31 Formalidad en la celebración:	La constitución del fideicomiso deberá siempre constar por escrito.	En virtud de que los bienes estarán destinados a la finalidad establecida en el propio trust en provecho de los beneficiarios, es necesario que en el acto constitutivo se identifiquen o fijen las reglas para la determinación de los beneficiarios, pudiendo prever que el fiduciario proceda de manera discrecional a la distribución de los bienes entre un grupo de beneficiarios.	El contrato de fiducia siempre debe ser expreso, celebrado por escrito. y, bajo pena de nulidad, deben ser determinados o determinables, los siguientes puntos: <ul style="list-style-type: none"> - Los bienes, derechos o garantías presentes o futuros que sean objeto del mismo. - La duración. - La identidad de las partes. - La encomienda conferida y los poderes y facultades que gozará el fiduciario para la administración. - Las condiciones para la transmisión de derechos y los de reversión al término del contrato o que sean transmitidos a terceros. 	La regla general es que se formalice mediante contrato o por testamento, aunque también se da la posibilidad para que en ciertos casos se constituya por disposición de la ley o incluso por resolución judicial.

Aspecto a comparar.	México	Reino Unido	Francia	Canadá
3.32 Duración:	Están prohibidos los fideicomisos con duración mayor a 50 años, cuando no se trate de sociedad pública de beneficencia, o para museos de carácter científico o artístico sin fines de lucro	No puede exceder de 80 años, o el tiempo de vida de las personas señaladas en el acto constitutivo, más 21 años.	No deberá exceder de 30 años contados a partir de la fecha de firma del contrato respectivo.	No se menciona en la regulación la duración máxima, sino que dependerá de los fines propuestos.
3.33 Supervisión y vigilancia:	La institución fiduciaria estará sujeta a la supervisión, inspección y vigilancia de la Comisión Nacional que le corresponda, de acuerdo a su actividad, y estará obligada a cumplir con las disposiciones que dicten dichas comisiones, Banco de México, así como la secretaría de Hacienda y Crédito Público.	No existe un organismo especial que vigile la actuación del <i>trustee</i> , en virtud de que el <i>trust</i> esta basado en la confianza.	El fiduciario presentará una declaración ante la Secretaría de Economía, cuando realice operaciones financieras, inmobiliaria, de sociedades y de contratos de fiducia bajo legislación extranjera. o dé asesoría en las relativas a compraventa de inmuebles, gestión de fondos y otros activos del cliente.	La actuación del fiduciario se somete a la vigilancia del constituyente (o herederos), y del beneficiario, con la posibilidad de accionar para exigirle cumplir, realizar los actos necesarios para la fiducia o se abstenga de hacer los que le perjudiquen y para obtener su destitución judicialmente.

Aspecto a comparar.	México	Reino Unido	Francia	Canadá
<p>3.34 Revocación y modificación del acto constitutivo.</p> <p>3.35 Extinción:</p>	<p>El fideicomitente podrá revocar el fideicomiso cuando se haya reservado expresamente ese derecho al constituirlo. Puede también reservarse el derecho de modificar los términos.</p> <p>El fideicomiso se extingue: Por la realización del fin; Por hacerse éste imposible; Por hacerse imposible el cumplimiento de la condición suspensiva de que dependa o no haberse verificado dentro del término señalado en el contrato o, en su defecto, dentro de los 20 años siguientes a su constitución.</p>	<p>Sólo podrá revocarse el <i>trust</i> si el <i>settlor</i> se reservó el derecho de hacerlo en el acto constitutivo, salvo cuando él mismo tenga el doble carácter de <i>settlor</i> y <i>cestui que trust</i>.</p> <p>El <i>trust</i> se extingue por cumplimiento de los fines, sin que sea posible terminarlo antes de que expire el plazo, salvo ciertas situaciones como la creación en fraude de terceros.</p>	<p>La revocación y la modificación sólo podrán realizarse antes que el beneficiario acepte la designación, una vez aceptado se requerirá de su consentimiento o de la decisión judicial.</p> <p>Además de la extinción por revocación, puede darse por llegar al término establecido en el contrato o por la realización de sus fines; por decisión judicial, por motivos diversos, como sería el caso de liquidación judicial del fiduciario.</p>	<p>No señala la ley a la revocación como causa de extinción, pero es posible solicitar la modificación o extinción al juez cuando cambien las circunstancias con base a las cuales se realizó.</p> <p>Se puede poner fin la fiducia en los casos en que la totalidad de los beneficiarios pierdan sus derechos, ya sea por renuncia o por caducidad del derecho de aceptación; por llegar al término establecido o por cumplimiento de la condición suspensiva o resolutoria prevista en el acto constitutivo.</p>

Aspecto a comparar.	México	Reino Unido	Francia	Canadá
Extinción: (Continuación)	<p>Por cumplirse la condición resolutoria a que se haya sujetado;</p> <p>Por convenio escrito entre las partes;</p> <p>Por revocación hecha del fideicomitente;</p> <p>En caso de remoción o renuncia del fiduciario y no haya un sustituto y por falta de pago de los honorarios fiduciarios durante 3 años.</p>		<p>También se dará por terminado si todos los beneficiarios renuncian a sus derechos o si el constituyente deja de ser sujeto del Impuesto Sobre Sociedades, cuando haya sido optativa la tributación bajo este régimen.</p> <p>en caso de ausencia de beneficiarios, los derechos fiduciarios deben revertirse al constituyente o a los sucesores de su patrimonio.</p>	<p>También se puede extinguir por cumplimiento de los fines para los que fue creada o bien por imposibilidad en su cumplimiento.</p>
Fuente:	Ley General de Títulos y Operaciones de Crédito; Ley de Instituciones de Crédito; Código de Comercio; Código Civil Federal y Circular 1-2005 Banco de México.	<i>Trust Act of 1925.</i> <i>Trustee Act 2000.</i>	<i>Code Civil.</i> <i>Code de commerce.</i> <i>Code monétaire et financier.</i>	<i>Code Civil du Québec.</i>

4. Cuadro comparativo sobre los elementos que conforman los negocios fiduciarios en Colombia, Argentina, Venezuela y México.

El siguiente cuadro presenta un comparativo general de las características más importantes del fideicomiso o fiducia mercantil, contenidos en las legislaciones sudamericanas que se indican y la mexicana.

Aspecto a comparar.	México	Colombia	Argentina	Venezuela
4.1 Concepto:	En virtud del fideicomiso, el fideicomitente transmite a una institución fiduciaria la propiedad o la titularidad de uno o más bienes o derechos, según sea el caso, para ser destinados a fines lícitos y determinados, encomendando la realización de dichos fines a la propia institución fiduciaria.	La fiducia mercantil es un negocio jurídico en virtud del cual una persona, llamada fiduciante o fideicomitente, transfiere uno o más bienes especificados a otra, llamada fiduciario, quien se obliga a administrarlos o enajenarlos para cumplir una finalidad determinada por el constituyente, en provecho de éste o de un tercero llamado beneficiario o fideicomisario.	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.	El fideicomiso es una relación jurídica por la cual una persona llamada fideicomitente transfiere uno o más bienes a otra persona llamada fiduciario, que se obliga a utilizarlo en favor de aquél o de un tercero llamado beneficiario

Aspecto a comparar.	México	Colombia	Argentina	Venezuela
4.2 Ubicación de la figura en el ordenamiento legal:	Es una institución de carácter mercantil.	La Fiducia es de carácter mercantil. (Existe además el fideicomiso de carácter civil y el albaceazgo fiduciario).	El Fideicomiso es de carácter mercantil. (Existe también el fideicomiso de carácter civil).	Es de carácter mercantil.
4.3 Presupuesto para la constitución:	Existencia de bienes o derechos que el fideicomitente destina al cumplimiento de determinados fines.	Bienes específicos destinados a su administración o enajenación para cumplir una finalidad que es determinada por el constituyente.	Los bienes determinados que se transmiten en propiedad fiduciaria a una persona para ejercer dicha propiedad en beneficio de quien se designe en el contrato.	Los bienes que se transfieren al fiduciario para su utilización a favor del beneficiario.
4.4 Partes:	Fideicomitente, fiduciario y fideicomisario.	Fiduciante o Fideicomitente, fiduciario y fideicomisario.	Fiduciante, fiduciario, beneficiario y fideicomisario.	Fideicomitente, fiduciario y beneficiario.

Aspecto a comparar.	México	Colombia	Argentina	Venezuela
<p>4.5 Fiduciante o fideicomitente:</p> <p>4.6 Formas de constitución:</p>	<p>Es la persona física o jurídica titular de los bienes o derechos que se transmiten al fiduciario para el cumplimiento de los fines, que tenga la capacidad necesaria para hacer la afectación que el fideicomiso implica.</p> <p>Por escrito, constando la voluntad del fideicomitente de transmitir bienes o derechos para el cumplimiento de fines y la aceptación del fiduciario.</p>	<p>Es la persona que, transfiere uno o más bienes especificados a otra, llamada fiduciario, para cumplir una finalidad determinada por el propio constituyente.</p> <p>La fiducia constituida entre vivos deberá constar en escritura pública registrada según la naturaleza de los bienes. La constituida <i>mortis causa</i>, deberá serlo por testamento.</p>	<p>Es la persona que transmite la propiedad fiduciaria de los bienes para que se ejerza en beneficio de quien se designe en el contrato.</p> <p>Mediante contrato, también podrá constituirse por testamento. En caso de que el fiduciario designado por testamento no aceptare se designara un sustituto.</p>	<p>Es la persona que, transfiere uno o más bienes especificados a otra, llamada fiduciario, para que éste los utilice en favor de una tercera persona llamada fideicomisario.</p> <p>Por acto entre vivos, debe constar de documento auténtico. La aceptación del fiduciario debe otorgarse también en forma auténtica, en el propio acto constitutivo del fideicomiso, o en acto separado.</p> <p>Podrá constituirse también por testamento para que tenga efecto después de la muerte del fideicomitente.</p>

Aspecto a comparar.	México	Colombia	Argentina	Venezuela
4.7 Capacidad del constituyente:	Sólo podrá ser la persona que tenga capacidad jurídica para realizar la afectación, es decir es necesario que sea propietario de los bienes y tenga su libre disposición.	No se menciona capacidad especial, por lo que se considera que debe tenerla para la transferencia de los bienes.	No se menciona capacidad especial, por lo que se considera que debe tenerla para la transmisión de los bienes.	No se menciona capacidad especial, salvo para la transmisión de los bienes.

Aspecto a comparar.	México	Colombia	Argentina	Venezuela
<p>4.8 Facultades del constituyente:</p>	<p>Tiene la facultad de determinar los fines del fideicomiso y los términos y condiciones que habrán de sujetarse las partes para el cumplimiento de los mismos.</p> <p>Tiene el derecho de designar uno o varios fideicomisarios para que reciban simultánea o sucesivamente el provecho del fideicomiso, siempre que no se sustituya una por muerte de lo anterior, salvo de que se trate de personas que estén vivas o concebidas a la muerte del fideicomitente.</p> <p>Tendrá la facultad de elegir al fiduciario con la que celebrará el contrato respectivo.</p>	<p>Los que se hubiere reservado para ejercerlos sobre los bienes; a revocar la fiducia, cuando se hubiere reservado esa facultad en el acto constitutivo; pedir la remoción del fiduciario y nombrar el sustituto, cuando a ello haya lugar; obtener la devolución de los bienes a la extinción, salvo pacto en contrario previsto en el acto de su constitución; exigir rendición de cuentas; ejercer la acción de responsabilidad contra el fiduciario, así como todos los derechos estipulados que no sean incompatibles con los del fiduciario o del beneficiario o con la esencia de la institución.</p>	<p>Al ser el creador del fideicomiso, tendrá la facultad de elegir al fiduciario con el que celebrará el contrato respectivo o designarlo mediante testamento. Tendrá el derecho de designar beneficiario, así como el de fijar el plazo o condición a que se sujeta el dominio fiduciario y el destino de los bienes a la finalización del fideicomiso</p>	<p>Tiene la facultad de determinar los fines del fideicomiso y por ende los términos a que habrán de sujetarse las partes para el cumplimiento de los mismos. Además, como constituyente tiene la facultad de designar al fiduciario y al fideicomisario.</p>

Aspecto a comparar.	México	Colombia	Argentina	Venezuela
4.9 Permanencia del fideicomitente:	<p>Tiene la posibilidad de reservarse los derechos que estime convenientes dentro del fideicomiso, e incluso asumir el carácter de fideicomisario.</p> <p>En caso de ser un fideicomiso revocable, tendrá la facultad de instruir al fiduciario sobre los actos jurídicos a realizar para lograr los fines, así como la de exigir cuentas.</p>	<p>Puede ejercer los derechos que se hubiere reservado respecto de los bienes fideicomitados.</p>	<p>No se menciona la posibilidad de reservarse derechos, salvo el de exigir la transmisión de los bienes al fideicomisario y en su defecto la reversión de los bienes una vez concluido el plazo de vigencia o el cumplimiento de la condición a que se sujeto el fideicomiso</p>	<p>El fideicomitente puede constituir el fideicomiso en favor de sí mismo, por lo que tendrá los derechos que se reserve en el acto constitutivo.</p>
4.10 El fiduciario:	<p>Es la institución financiera autorizada por la ley para desempeñar el cargo.</p>	<p>Es el establecimiento de crédito o las sociedades fiduciarias, especialmente autorizados para tener la calidad de fiduciario.</p>	<p>Es la persona física o jurídica que recibe la propiedad fiduciaria de los bienes en beneficio de quien se designe en el contrato.</p>	<p>Es la institución bancaria o de seguros que cuente con la autorización del ministerio gubernamental que le corresponda.</p>

Aspecto a comparar.	México	Colombia	Argentina	Venezuela
4.11 Pluralidad de fiduciarios:	En el fideicomiso podrán intervenir varias instituciones fiduciarias para que conjunta o sucesivamente desempeñen el cargo de fiduciario, estableciendo el orden y las condiciones en que hayan de substituirse.	No se menciona la posibilidad de que puedan actuar varios fiduciarios.	No se menciona la posibilidad de que puedan actuar varios fiduciarios.	En el acto de constitutivo el fideicomitente puede designar al fiduciario y a su sustituto por si aquél no aceptare la designación o cese en sus funciones. A su falta el juez debe nombrarlo a solicitud del beneficiario. Habrá un solo fiduciario para cada fideicomiso.
4.12 Validez del fideicomiso sin fideicomisario	El fideicomiso será válido aunque se constituya sin señalar fideicomisario, siempre que su fin sea lícito y determinado, y conste la aceptación del encargo por parte del fiduciario	La existencia del fideicomisario no es necesaria en el acto de constitución del fideicomiso, pero sí debe ser posible y realizarse dentro del término de duración del mismo, de modo que sus fines puedan tener pleno efecto.	El contrato será válido sin designación de beneficiario, que puede o no existir al tiempo del otorgamiento del contrato; en este último caso deberán constar los datos que permitan su individualización futura.	La ley es omisa sobre la designación de fideicomisario. Puede constituirse en beneficio de varias personas que sucesivamente se sustituyan, por la muerte de la anterior u otro evento, siempre que la persona existan cuando se abra el derecho del primer beneficiario.

Aspecto a comparar.	México	Colombia	Argentina	Venezuela
4.13 Consentimiento del fiduciario:	Debe constar la aceptación en el propio contrato.	Dada la transferencia de bienes debe aceptar el cargo en el contrato.	Dada la transferencia de bienes debe manifestar su aceptación al celebrar el contrato o aceptar el cargo si se le designó en testamento.	<p>El fiduciario podrá aceptar o no el fideicomiso. A instancias de cualquier beneficiario, el juez del fideicomiso le señalará un plazo razonable dentro del cual deberá manifestar su aceptación o excusa. La falta de comparecencia se entenderá como no aceptación.</p> <p>El fideicomiso podrá constituirse también por testamento para que tenga efecto después de la muerte del fideicomitente. En este caso, el fiduciario manifestará su aceptación o excusa ante el juez de fideicomiso.</p>

Aspecto a comparar.	México	Colombia	Argentina	Venezuela
4.14 Capacidad del fiduciario:	Sólo pueden ser fiduciarias las instituciones financieras autorizadas por la ley.	Sólo los establecimientos de crédito y las sociedades fiduciarias, especialmente autorizados por la Superintendencia Bancaria, podrán tener la calidad de fiduciarios.	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.	Sólo podrán ser fiduciarias las instituciones bancarias y las empresas de seguro constituidas en el país, a las cuales conceda autorización para ello el Ejecutivo Nacional, por resolución del Ministerio de Hacienda o de Fomento, respectivamente.
4.15 Coincidencia del carácter de fideicomitente y fiduciario	No existe prohibición para que una institución pueda ser fideicomitente y fiduciaria, pero es nulo el fideicomiso que se constituye a favor del fiduciario, salvo que tengan por fin servir como instrumento de pago de obligaciones incumplidas, en el caso de créditos otorgados por la propia institución para la realización de actividades empresariales.	No se menciona la posibilidad ni hay prohibición expresa, sólo se señala que una persona puede ser al mismo tiempo fiduciante y beneficiario.	No se menciona la posibilidad ni hay prohibición expresa.	No se menciona la posibilidad ni hay prohibición expresa.

Aspecto a comparar.	México	Colombia	Argentina	Venezuela
4.16 Separación del patrimonio:	Los bienes que se den en fideicomiso se considerarán afectos al fin a que se destinan. El fiduciario deberá registrar contablemente dichos bienes o derechos y mantenerlos en forma separada de sus activos de libre disponibilidad	Para todos los efectos legales, los bienes fideicomitados deberán mantenerse separados del resto del activo del fiduciario y de los que correspondan a otros negocios fiduciarios, y forman un patrimonio autónomo afecto a la finalidad contemplada en el acto constitutivo.	Los bienes fideicomitados constituyen un patrimonio separado del patrimonio del fiduciario y del fiduciante. La responsabilidad objetiva del fiduciario, se limita al valor de la cosa fideicomitada cuyo riesgo o vicio fuese causa del daño si el fiduciario no pudo razonablemente haberse asegurado.	Los bienes transferidos y los que sustituyen a éstos, no pertenecen a la prenda común de los acreedores del fiduciario. Salvo que la ley disponga otra cosa, éste sólo estará sujeto a cumplir con dichos bienes las obligaciones que deriven del fideicomiso o de su realización, y podrá oponerse a solicitud de acreedores que procedan en virtud de créditos que no deriven del fideicomiso o de su realización. Existe obligación del fiduciario de mantener los bienes debidamente separados de sus demás bienes y de los correspondientes a otros fideicomisos.

Aspecto a comparar.	México	Colombia	Argentina	Venezuela
4.17 Actuación del fiduciario:	<p>La institución fiduciaria tendrá todos los derechos y acciones que se requieran para el cumplimiento del fideicomiso, salvo las normas o limitaciones que se establezcan al efecto, al constituirse el mismo; estará obligada a cumplir dicho fideicomiso conforme al acto constitutivo; no podrá excusarse o renunciar su encargo sino por causas graves a juicio de un Juez de Primera Instancia del lugar de su domicilio, y deberá obrar siempre como buen padre de familia, siendo responsable de las pérdidas o menoscabos que los bienes sufran por su culpa.</p>	<p>Debe realizar diligentemente todos los actos necesarios para la consecución de la finalidad de la fiducia, para lo cual tendrá los derechos y facultades que se establezcan en el contrato.</p>	<p>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.</p>	<p>El fiduciario cumplirá sus obligaciones con el cuidado de un administrador diligente.</p>

Aspecto a comparar.	México	Colombia	Argentina	Venezuela
4.18 Cobro por la gestión:	Las comisiones por los servicios que presten las instituciones se sujetarán a lo dispuesto por la Ley Orgánica de Banco de México.	Todo negocio fiduciario será remunerado conforme a las tarifas que al efecto expida la Superintendencia Bancaria.	Salvo estipulación en contrario, el fiduciario tendrá derecho al reembolso de los gastos y a una retribución. Si esta no hubiese sido fijada en el contrato, la fijara el juez teniendo en consideración la índole de la encomienda y la importancia de los deberes a cumplir.	Todo fideicomiso será remunerado y cuando el monto de dicha remuneración no esté establecido en el acto constitutivo del fideicomiso, lo hará el juez respectivo, después de oír al beneficiario. La remuneración fijada por el juez, no excederá de quince por ciento (15%) de la renta líquida de bienes.
4.19 Obligaciones principales	Dar cumplimiento a la encomienda de confianza, cumpliendo los fines conforme a lo estipulado en el contrato; responde de las pérdidas o menoscabos que los bienes sufran por su culpa. Desempeñarán su cometido y deben ejercer sus facultades por medio de funcionarios ex profeso para ello.	El deber principal del fiduciario, consiste en realizar todos los actos necesarios para la consecución de la finalidad de la fiducia, manteniendo los bienes objeto de la misma, separados de los suyos y de los que correspondan a otros negocios fiduciarios.	La obligación primordial consiste en recibir el dominio de los bienes y a ejercerlo a favor del beneficiario quien se designe en el contrato.	Su obligación principal es recibir los bienes y canalizarlos al cumplimiento de los fines. Podrá designar, bajo su responsabilidad, los auxiliares y apoderados que la ejecución de los fines requiera. No podrá delegar sus funciones.

Aspecto a comparar.	México	Colombia	Argentina	Venezuela
4.20 Cumplimiento:	Estará obligada a cumplir con los fines del fideicomiso conforme al contrato, por lo que no podrá llevar cabo actos diversos a los ahí establecidos.	Debe cumplir con los deberes previstos en el acto constitutivo y transferir los bienes a la persona a quien corresponda conforme al acto constitutivo o a la ley, una vez concluido el negocio fiduciario.	Debe cumplir diligentemente con lo pactado y transmitir los bienes al cumplimiento de un plazo o condición al fideicomisario y en su defecto al fiduciante.	Además de las previstas en el acto constitutivo o en la ley, debe realizar todos los actos necesarios para la consecución de los fines. Cuando tenga que apartarse de las instrucciones contenidas en el acto constitutivo, por un cambio de las circunstancias no previstas por el fideicomitente, deberá pedir instrucciones al juez del fideicomiso.
4.21 Facultades para defensa del patrimonio	Cuenta con todas las facultades y poderes necesarios para la defensa del patrimonio, sin embargo, en la práctica es el fideicomitente o el fideicomisario quienes designan al apoderado que hará la defensa.	Llevar la personería para la protección y defensa de los bienes fideicomitados contra actos de terceros, del beneficiario y aun del mismo constituyente.	Esta legitimado para la defensa de los bienes, contra terceros y contra el beneficiario. El juez podrá autorizar al fiduciante o al beneficiario a ejercer acciones en sustitución del fiduciario, cuando éste no lo hiciere.	Sólo se menciona las facultades para los casos en que el fiduciario haya realizado actos en violación a sus obligaciones, podrá el mismo intentar la acción de nulidad de los dichos actos, en beneficio del fideicomisario.

Aspecto a comparar.	México	Colombia	Argentina	Venezuela
4.22 Inversión del patrimonio:	Para la inversión y administración del patrimonio fideicomitado, las Instituciones Fiduciarias deberán ajustarse a lo pactado en el contrato de fideicomiso, en el cual se podrá estipular la posibilidad de recibir instrucciones del fideicomitente, del fideicomisario o del comité técnico.	Para Invertir los bienes provenientes del negocio fiduciario debe hacerlo en la forma y con los requisitos previstos en el acto constitutivo, salvo que se le haya permitido obrar del modo que más conveniente le parezca;	No se señala lo relacionado con la inversión de bienes, sin embargo, por la naturaleza de la figura, se deberá señalar lo conducente en el contrato.	No se regula la inversión de bienes, por lo que se deberá señalar lo conducente en el contrato.
4.23 Destino de los rendimientos que se generen por el patrimonio	El Fiduciario deberá ajustarse a lo pactado en el contrato, en el cual se podrá estipular la posibilidad de recibir instrucciones del fideicomitente, del fideicomisario o del comité técnico.	El fiduciario debe procurar el mayor rendimiento de los bienes objeto del negocio fiduciario, para lo cual todo acto de disposición que realice será siempre oneroso y con fines lucrativos, salvo determinación contraria del acto constitutivo.	No se menciona nada sobre el particular, pero los rendimientos corresponderán al beneficiario, de acuerdo a los términos del acto constitutivo.	Cuando el beneficiario sea persona distinta del fideicomitente, éste podrá excluir la cesibilidad del derecho del beneficiario a las rentas de los bienes, pero dichas rentas quedarán sujetas a la ejecución de los acreedores del beneficiario, salvo para alimentos a juicio del juez.

Aspecto a comparar.	México	Colombia	Argentina	Venezuela
4.24 Contabilidad y registro:	Las instituciones abrirán contabilidades especiales por cada contrato, debiendo registrar en las mismas y en su propia contabilidad el dinero y demás bienes, valores o derechos que se les confíen, así como los incrementos o disminuciones, por los productos o gastos respectivos.	No menciona en particular la contabilidad, pero todos los efectos legales, los bienes fideicomitidos deberán mantenerse separados del resto del activo del fiduciario y de los que correspondan a otros negocios fiduciarios, y forman un patrimonio autónomo afecto a la finalidad contemplada en el acto constitutivo.	Al constituir los bienes fideicomitidos un patrimonio separado del patrimonio del fiduciario y del fiduciante, dichos bienes se deben individualizar en el contrato. En caso de no resultar posible tal individualización a la fecha de la celebración del fideicomiso, constara la descripción de los requisitos y características que deberán reunir los bienes.	La Ley de Bancos señala que las instituciones autorizadas para actuar como fiduciario tendrán un departamento de fideicomiso y todas sus operaciones se contabilizarán separadamente y se publicarán junto con el balance, en rubro aparte, y no podrán asumir riesgos financieros, en las operaciones que actúen como fiduciario.
4.25 Rendición de cuentas:	Estará obligado a rendir informes periódicos sobre los bienes, en caso de no rendir cuentas de su gestión en un plazo de 15 días hábiles contados a partir de la solicitud, procederá la remoción de su cargo.	El fiduciario debe rendir cuentas comprobadas de su gestión al beneficiario cada seis meses.	El contrato no podrá dispensar al fiduciario de la obligación de rendir cuentas, ni de la culpa o dolo en que haya incurrido, ni de la prohibición de adquirir para sí los bienes. Deberá rendir cuentas cuando menos una vez al año.	El fiduciario debe rendir cuentas de su gestión al beneficiario, por lo menos, una vez al año. Cuando se trate de fondos líquidos deberá dar cuenta al fideicomitente, por lo menos semestralmente de los fondos invertidos.

Aspecto a comparar.	México	Colombia	Argentina	Venezuela
4.26 Responsabilidad de la gestión:	Las instituciones están obligadas a responder civilmente por los daños y perjuicios que causen por la falta de cumplimiento en las condiciones o términos señalados en el fideicomiso.	El fiduciario responderá hasta de la culpa leve en el cumplimiento de su gestión. Por eso podrá pedir instrucciones al Superintendente Bancario cuando tenga fundadas dudas acerca de la naturaleza y alcance de sus obligaciones.	No se señala la responsabilidad por el incumplimiento a los deberes de diligencia a que esta obligado.	La Ley de Bancos señala e que las instituciones autorizadas para actuar como fiduciario cumplirán sus obligaciones como un buen padre de familia y serán responsables, por la pérdida o deterioro de los fondos fiduciarios, si se comprueba que hubo de su parte dolo, negligencia, imprudencia o incumplimiento de las obligaciones contractuales.

Aspecto a comparar.	México	Colombia	Argentina	Venezuela
4.27 Fideicomisario o beneficiario:	El Fideicomisario es la persona que tenga la capacidad necesaria para recibir el provecho que el fideicomiso implica.	El beneficiario o fideicomisario es la persona en cuyo provecho se establece la fiducia mercantil.	El beneficiario es la persona física o jurídica en cuyo beneficio se administran los bienes. Fideicomisario es la persona que es el destinatario final de los bienes una vez cumplido el plazo o la condición a que se sometió el dominio fiduciario.	El beneficiario es la persona en cuyo favor se utilizan los bienes transferidos por el fideicomitente al fiduciario. No puede celebrarse fideicomiso que atribuya beneficios gratuitos a persona incapaz para recibir por testamento o por donación.
4.28 Momento de su designación:	Podrá ser designado por el fideicomitente en el contrato de fideicomiso o en un acto posterior, por lo que el fideicomiso será válido aunque se constituya sin señalar fideicomisario, siempre que su fin sea lícito y determinado, y conste la aceptación del encargo por parte del fiduciario.	La existencia del fideicomisario no es necesaria en el acto de constitución del fideicomiso, pero sí debe ser posible y realizarse dentro del término de duración del mismo, de modo que sus fines puedan tener pleno efecto.	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, a falta del beneficiario lo será el fiduciante.	La ley establece que El fideicomiso puede ser constituido en favor de uno o varios beneficiarios. El fideicomitente puede constituirlo en favor de sí mismo, por lo que dependiendo del acto constitutivo será su designación.

Aspecto a comparar.	México	Colombia	Argentina	Venezuela
4.29 Confusión del carácter de fiduciario y beneficiario:	Es nulo el fideicomiso que se constituye a favor del fiduciario, salvo en los fideicomisos que tengan por fin servir como instrumentos de pago de obligaciones incumplidas, en el caso de créditos otorgados por la propia institución para la realización de actividades empresariales.	Sólo se menciona que una persona puede ser al mismo tiempo fiduciante y beneficiario.	El fiduciario no podrá ser fideicomisario ni beneficiario.	la ley sólo establece que el fideicomitente puede constituirlo en favor de sí mismo y la prohibición de que el fiduciario no podrá ser beneficiario.
4.30 Derechos del fideicomisario:	Aceptar la designación hecha en su favor por el fideicomitente, ya que no se le puede obligar a tomar los beneficios que se le otorgan en contra de su voluntad.	El beneficiario tendrá, los derechos que se le conceden en el acto constitutivo.	El beneficiario tendrá los derechos a disfrutar del bien en los términos que se establezcan en el acto constitutivo y el fideicomisario a recibirlo a la finalización del fideicomiso.	Tendrá el derecho de exigir al fiduciario que se utilice los bienes del fideicomiso en su favor, de acuerdo al acto constitutivo.

Aspecto a comparar.	México	Colombia	Argentina	Venezuela
Derechos del fideicomisario: (Continuación)	<p>El fideicomisario tendrá, además de los derechos que se le concedan por virtud del acto constitutivo del fideicomiso,</p> <ol style="list-style-type: none"> 1. El de exigir su cumplimiento a la institución fiduciaria; 2. El de atacar la validez de los actos que la fiduciaria cometa en su perjuicio, de mala fe o en exceso de las facultades que por virtud del acto constitutivo o de la ley le correspondan. 3. Cuando ello sea procedente, el de reivindicar los bienes que a consecuencia de esos actos hayan salido del patrimonio objeto del fideicomiso. 	<p>El beneficiario podrá además:</p> <ol style="list-style-type: none"> 1. Exigir al fiduciario el fiel cumplimiento y hacer efectiva la responsabilidad por el incumplimiento. 2. Impugnar los actos anulables por el fiduciario, y exigir la devolución de los bienes . 3. Oponerse a toda medida preventiva o de ejecución tomada contra los bienes o por obligaciones que no los afectan, en caso de que el fiduciario no lo hiciere, y 4. Pedir por causa justificada, la remoción del fiduciario y, como medida preventiva, el nombramiento de un administrador interino. 	<p>El beneficiario tendrá además el derecho de solicitar la remoción judicial del fiduciario por incumplimiento de sus obligaciones, la que procederá con citación del fiduciante.</p> <p>También tendrá derecho a que se le rindan cuentas sobre la administración de los bienes.</p>	<p>El beneficiario podrá, además:</p> <ol style="list-style-type: none"> 1. Exigir al fiduciario el fiel cumplimiento de sus obligaciones y hacer efectiva la responsabilidad por el incumplimiento de ellas. 2. Impugnar los actos anulables realizados por el fiduciario. 3. Oponerse a toda medida preventiva o de ejecución tomada contra los bienes por obligaciones que no los afectan, en caso de que el Fiduciario no lo hiciere; 4. Pedir, por causa justificada, la remoción del fiduciario y, como medida preventiva, a juicio del juez del fideicomiso, el nombramiento de un administrador interno.

Aspecto a comparar.	México	Colombia	Argentina	Venezuela
4.31 Prescripción de los derechos:	No existe regla especial para la prescripción de los derechos del fideicomisario en contra de los actos realizados por el fiduciario en su perjuicio, por lo que se aplica la regla ordinaria en materia mercantil de 10 años que comenzarán a contarse desde el día en que la acción pudo ser ejercida en juicio.	El fideicomitente contará con cinco años contados desde el día en que el hubiera tenido noticia del acto de que se trate para ejercer la acción de responsabilidad en contra del fiduciario.	No existe disposición sobre la prescripción.	El beneficiario tendrá cinco años desde el día en que haya tenido noticia del acto para impugnar los actos realizados por el fiduciario y exigir la devolución de los bienes a quien corresponda. Este lapso empezará a correr para los menores y entredichos, a partir de su mayoría o cese de la interdicción.
4.32 Cesión de derechos:	Al ser derechos apreciables económicamente, tendrá derecho a ceder los beneficios que tenga a su favor en el contrato de fideicomiso.	No se menciona en la regulación de la fiducia.	El derecho del beneficiario puede transmitirse por actos entre vivos o por causa de muerte, salvo disposición en contrario del fiduciante.	No se menciona en la regulación del fideicomiso.

Aspecto a comparar.	México	Colombia	Argentina	Venezuela
<p>4.33 Patrimonio:</p>	<p>Pueden ser materia toda clase de bienes y derechos, salvo aquellos que conforme a la ley sean estrictamente personales de su titular.</p> <p>Los bienes se considerarán afectos al fin a que se destinan y, sólo podrán ejercerse respecto a ellos los derechos que al mencionado fin se refieran, salvo los que expresamente se reserve el fideicomitente, los que para él deriven del fideicomiso o los adquiridos con anterioridad a la constitución.</p>	<p>La ley no señala los bienes que podrán ser materia de la fiducia.</p>	<p>La ley no establece los bienes que pueden ser materia del fideicomiso, sólo señal la obligación de proceder a individualizarlos en el contrato o dar la descripción de los requisitos y características que deberán reunir los bienes, si no pueden ser individualizados en la constitución, así como la determinación del modo en que otros bienes podrán ser incorporados al fideicomiso.</p>	<p>El fideicomiso puede constituirse sobre toda clase de bienes, salvo aquellos que, conforme a la ley, sean estrictamente personales de su titular</p>

Aspecto a comparar.	México	Colombia	Argentina	Venezuela
4.34 Propiedad:	El conjunto de bienes o derechos entran a formar parte de un patrimonio que estará afecto en forma temporal a los fines señalados en el propio contrato y respecto de los cuales el fiduciario únicamente podrá efectuar los actos exigidos para el cumplimiento de dichos fines	<p>Los bienes forman un patrimonio autónomo afecto a la finalidad contemplada en el acto constitutivo.</p> <p>Los bienes objetos de la fiducia no forman parte de la garantía general de los acreedores del fiduciario y sólo garantizan las obligaciones contraídas en el cumplimiento de la finalidad perseguida</p>	<p>Sobre los bienes se constituye una propiedad fiduciaria, que se rige por lo dispuesto en el Código Civil.</p> <p>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.</p> <p>Se entiende por Dominio fiduciario el que se adquiere 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 acto o la ley.</p>	<p>No se menciona las características de la propiedad, pero se entiende que es un patrimonio destinado a utilizarse a favor del beneficiario, ya que existe la obligación del fiduciario de mantener los bienes debidamente separados de sus demás bienes y de los de otros fideicomisos.</p> <p>Además se establece que los bienes transferidos y los que sustituyen a éstos, no pertenecen a la prenda común de los acreedores del fiduciario.</p>

Aspecto a comparar.	México	Colombia	Argentina	Venezuela
4.35 Afectación del patrimonio:	Los bienes materia de un fideicomiso se entienden afectados al cumplimiento de los fines.	Los bienes se entienden afectos a la finalidad contemplada en el acto constitutivo.	Los bienes constituyen un patrimonio separado del patrimonio del fiduciario, quien tiene sobre los bienes un dominio imperfecto y lo ejerce en interés y beneficio de un tercero. La propiedad esta sometida a un plazo o condición.	Los bienes se entiende destinados a utilizarse en a favor del beneficiario, en los términos del acto constitutivo.
4.36 Momento en que se realiza la afectación:	La afectación de los bienes se realiza en el contrato que crea el fideicomiso, por lo que los efectos de la transmisión y del fideicomiso se producen simultáneamente.	La fiducia constituida entre vivos debe constar en contrato público o privado, según la naturaleza de los bienes, por lo que la afectación se realiza al momento de la celebración. La constituida mortis causa, deberá serlo por testamento.	El fideicomiso se puede constituir mediante contrato, por lo que la transmisión de la propiedad se realiza al momento de la celebración. La constituida mortis causa, deberá serlo por testamento.	La afectación de los bienes se entiende realizada al momento en que el fideicomitente formaliza el acto constitutivo del fideicomiso.

Aspecto a comparar.	México	Colombia	Argentina	Venezuela
4.37 Alcance de la relación fiduciaria	<p>La relación fiduciaria sólo se da con la celebración del contrato, mediante el cual se transmiten los bienes al fiduciario para el cumplimiento de los fines ahí establecidos, en beneficio del fideicomisario, quien en virtud de su designación, tendrá el derecho de exigir al fiduciario el debido y exacto cumplimiento de lo ahí pactado.</p>	<p>El fiduciario debe realizar diligentemente todos los actos necesarios para la consecución de la finalidad de la fiducia, en beneficio del fideicomisario, por lo que desde la celebración del contrato tendrá el derecho de exigir su cumplimiento. Asimismo el fideicomitente podrá exigir que se cumpla el contrato en sus términos, de acuerdo a los derechos que se hubiere reservado.</p>	<p>La relación fiduciaria con el beneficiario se da desde la constitución del fideicomiso, respecto del provecho de los bienes en el lapso de vigencia y con el fideicomisario al vencimiento del plazo o al cumplimiento de la condición a la que se haya sujetado, a efecto de que se le trasmita el dominio pleno de los bienes. Con el fiduciante se da durante la vigencia teniendo el derecho de exigir su cumplimiento.</p>	<p>La relación jurídica implica que el fideicomitente transfiera bienes a otra persona llamada fiduciario, para que éste los utilice en favor de aquél o del beneficiario.</p>

Aspecto a comparar.	México	Colombia	Argentina	Venezuela
4.38 Publicidad:	El fideicomiso cuyo objeto recaiga en bienes inmuebles, deberá inscribirse en la Sección de la Propiedad del Registro Público del lugar en que los bienes estén ubicados. El fideicomiso surtirá efectos contra tercero, en el caso de este artículo, desde la fecha de inscripción en el Registro.	No se menciona obligación de registrar el fideicomiso, pero existe la obligación de efectuar el inventario de los bienes recibidos en fiducia, así como la de prestar una caución especial A petición del fiduciante, del beneficiario, o de sus ascendientes, en caso de que aún no exista, el juez competente podrá imponer al fiduciario la obligación.	Cuando se trate de bienes registrables, los registros correspondientes deberán tomar razón de la transferencia fiduciaria de la propiedad a nombre del fiduciario.	La transferencia al fiduciario de bienes inmuebles o derechos inmobiliarios, surtirá efectos contra terceros desde la fecha en que se protocolice el documento constitutivo en la oficina de registros respectivas. Si se trata de tales bienes o derechos, se hará la protocolización en el registro público a la terminación del fideicomiso o en el caso de sustitución de fiduciario u otra modificación. Todos los contratos de fideicomiso deben estar inscritos en el registro mercantil correspondiente.

Aspecto a comparar.	México	Colombia	Argentina	Venezuela
<p>4.39 Duración:</p>	<p>Están prohibidos los fideicomisos con duración mayor a 50 años, cuando se trate de sociedades que no sea de derecho público o institución de beneficencia.</p> <p>Sin embargo, pueden constituirse con duración mayor de cincuenta años cuando el fin del fideicomiso sea el mantenimiento de museos de carácter científico o artístico que no tengan fines de lucro.</p>	<p>Están prohibidos aquellos cuya duración sea mayor de veinte años. En caso de que exceda tal término, sólo será válido hasta dicho límite.</p> <p>Se exceptúan los fideicomisos constituidos en favor de incapaces y entidades de beneficencia pública o utilidad común.</p>	<p>El plazo o condición a que se sujeta el dominio fiduciario, el que nunca podrá durar mas 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.</p>	<p>La duración del fideicomiso constituido en favor de una persona jurídica no podrá exceder de treinta años.</p>

Aspecto a comparar.	México	Colombia	Argentina	Venezuela
4.40 Supervisión y vigilancia:	La institución fiduciaria estará sujeta a la supervisión, inspección y vigilancia de la Comisión Nacional que le corresponda, de acuerdo a su actividad, y estará obligada a cumplir con las disposiciones que dicten dichas comisiones, Banco de México, así como la secretaría de Hacienda y Crédito Público, de en el ámbito de sus respectivas competencias.	El fiduciario estará sujeto a la supervisión de la Superintendencia por lo que requiere de su autorización para actuar, con ese carácter, para renunciar al cargo, así como para consultas y autorizaciones relacionadas con la administración e inversión del patrimonio, cuando la situación así lo amerite.	Las entidades financieras que ofrezcan al público actuar como fiduciarios deberán ser autorizadas para funcionar por la comisión nacional de valores y estarán sujetas a las disposiciones de la ley respectiva.	La Superintendencia de Bancos dictará normas de carácter general, mediante las cuales se regularán las operaciones desarrolladas por las instituciones autorizadas para actuar como fiduciario. Las instituciones deberán dar estricto cumplimiento a la normativa contenida en la Ley de Bancos y en las normas de carácter prudencial dictadas al efecto.
4.41 Revocación y modificación del acto constitutivo:	El fideicomitente podrá revocar el fideicomiso sólo cuando se haya reservado expresamente ese derecho. Pudiendo reservarse el derecho de modificar los términos y condiciones del contrato.	El fiduciante tendrá los derechos que se hubiere reservado en el acto constitutivo sobre los bienes, así como el de revocar la fiducia y la remoción del fiduciario y nombrar el sustituto, cuando a ello haya lugar.	Sólo se menciona el derecho de revocación, el de recibir los bienes a la extinción, en caso de no existir fideicomisario ni beneficiario, el de exigir cuentas y proceder en caso de incumplimiento del fiduciario.	Una causa de terminación del fideicomiso es la revocación hecha por el fideicomitente, cuando se hubiere reservado hacerla.

Aspecto a comparar.	México	Colombia	Argentina	Venezuela
4.42 Extinción:	<p>El fideicomiso se extingue:</p> <ol style="list-style-type: none"> 1. Por la realización del fin; 2. Por hacerse éste imposible; 3. Por hacerse imposible el cumplimiento de la condición suspensiva de que dependa o no haberse verificado dentro del término señalado al constituirse el fideicomiso o, en su defecto, dentro del plazo de 20 años siguientes a su constitución; 4. Por haberse cumplido la condición resolutoria a que haya quedado sujeto; 5. Por convenio entre fideicomitente, fiduciario y fideicomisario; 6. Por revocación hecha por el fideicomitente; 	<p>El negocio fiduciario, además de las causas establecidas en el Código Civil para el fideicomiso, se extingue:</p> <ol style="list-style-type: none"> 1. Por haberse realizado sus fines; 2. Por la imposibilidad de realizarlos; 3. Por expiración del plazo o por haber transcurrido el término máximo señalado por la ley; 4. Por el cumplimiento de la condición resolutoria a la cual esté sometido; 5. Por hacerse imposible, o no cumplirse dentro del término señalado, la condición suspensiva de cuyo acaecimiento pende la existencia de la fiducia; 	<p>El fideicomiso se extinguirá por:</p> <ol style="list-style-type: none"> 1.- Cumplimiento del plazo o la condición a que se hubiere sometido 2. Por vencimiento del plazo máximo legal; 3. por la revocación del fiduciante si se hubiere reservado expresamente esa facultad; la revocación no tendrá efecto retroactivo y por cualquier otra causal prevista en el contrato. 	<p>El fideicomiso terminará:</p> <p>Por la realización del fin para el cual fue constituido, o por hacerse éste imposible;</p> <p>Por vencimiento del termino o cumplimiento de la condición resolutoria a que esté sujeto;</p> <p>Por renuncia de todos los beneficiarios a sus derechos resultantes del fideicomiso.</p> <ol style="list-style-type: none"> 4. Por la revocación hecha por el fideicomitente, cuando se hubiere reservado hacerla; 5. Por falta de fiduciario, si existe imposibilidad de sustitución.

Aspecto a comparar.	México	Colombia	Argentina	Venezuela
Extinción: (Continuación)	<p>7. En caso de remoción o renuncia del fiduciario y no haya un sustituto</p> <p>8. Por nulidad en caso de celebración en fraude de terceros.</p> <p>9. Por falta de pago de los honorarios fiduciarios durante 3 años.</p> <p>Extinguido el fideicomiso, salvo pacto en contrario, los bienes o derechos serán transmitidos al fideicomitente o al fideicomisario, según corresponda. En caso de duda u oposición el juez resolverá lo conducente</p>	<p>6. Por la muerte del fiduciante o del beneficiario, cuando tal suceso haya sido señalado en el acto constitutivo como causa de extinción;</p> <p>7. Por disolución de la fiduciaria;</p> <p>8. Por acción de los acreedores anteriores al negocio fiduciario;</p> <p>9. Por la declaración de la nulidad del acto constitutivo;</p> <p>10. Por acuerdo del fiduciante y del beneficiario, sin perjuicio de los derechos del fiduciario, y</p> <p>11. Por revocación del fiduciante, cuando se haya reservado e derecho.</p>	<p>Producida la extinción del fideicomiso, el fiduciario estará obligado a entregar los bienes fideicomitidos al fideicomisario o a sus sucesores, otorgando los instrumentos y contribuyendo a las inscripciones registrales que correspondan</p>	<p>Terminado el fideicomiso y satisfechas las obligaciones pendientes, el fiduciario queda obligado a transferir los bienes fideicometidos a la persona a quien corresponda conforme al acto constitutivo o a la ley y a rendirle cuentas de su gestión.</p>
Fuente:	Ley General de Títulos y Operaciones de Crédito; Ley de Instituciones de Crédito; Código de Comercio; Código Civil Federal y Circular 1-2005 Banco de México.	Código de Comercio. Circular Externa 007 de 1996 de la Superintendencia Bancaria sobre operaciones de las sociedades fiduciarias	Ley 24441, Ley 21526 y Código Civil Argentino.	Ley de fideicomisos, Ley de Bancos y Resolución 179-.00 de la Superintendencia de Bancos y Otras Instituciones Financieras

Capítulo 4.

Posible aplicación y reconocimiento del negocio jurídico de carácter fiduciario fuera de su ámbito espacial de validez originario.

SUMARIO: 4.1. Convención de la Haya relativa a la ley aplicable al *trust* y su reconocimiento. 4.1.1. Ámbito de aplicación. 4.1.2. Ley aplicable. 4.1.3. Reconocimiento y efectos.

Como hemos venido señalando, tanto el *trust* como el fideicomiso son figuras que por la similitud de su estructura y funcionamiento pueden tener efectos y por tanto ser reconocidos para surtir efectos en un país diferente al que fueron constituidos, sin embargo, además de la problemática principal que se presenta respecto de la naturaleza de la propiedad, la aplicación se dificulta dada la naturaleza jurídica de cada una de las figuras, principalmente porque en los países de la familia del *Common law* nace de una declaración unilateral de voluntad, mientras que en los ordenamientos pertenecientes a la familia del *Civil law* normalmente su constitución se da mediante contrato, no obstante que en la primera familia también pueden celebrarse mediante acuerdo de voluntades y en la segunda en algunos casos es permitido que se realice mediante declaración unilateral de voluntad, fundamentalmente por testamento.

La circunstancia de que no todos países reconocen ambas formas de constitución y las que lo reconocen, no tiene la misma amplitud de aplicación, es una de las razones por las que se dificulta el reconocimiento de las figuras fuera de sus fronteras, por lo que a continuación procederemos a realizar el análisis de la convención internacional que podría hacer posible dicho reconocimiento, específicamente la Convención de la Haya relativa a la ley aplicable al *trust* y su reconocimiento, a efecto de constatar si con fundamento en dichas disposiciones es posible el reconocimiento y aplicación de las figuras en estudio en un ámbito espacial distinto para el que fueron creados.

Existen otras convenciones internacionales que en un momento determinado pudieran ser aplicables a las figuras en estudio, como la Convención de Roma de 1980, sobre el derecho europeo aplicable a las obligaciones contractuales y la Convención celebrada en la Ciudad de México (Convención de México), en el año de 1995, que va dirigida a armonizar la celebración de contratos en el continente americano.³⁵⁹ Sin embargo, la aplicación de ambas convenciones se da en el ámbito de los contratos, por lo que únicamente es aplicable a este tipo de actos jurídicos quedando fuera de su ámbito de aplicación aquellos actos que se celebren mediante declaración unilateral de voluntad, como sería el caso del *trust*, razón por la cual la Convención de Roma lo excluye expresamente de su aplicación y en la Convención de México, aunque no lo hace directamente, consideramos que tampoco es aplicable a las operaciones de *trust* y de fideicomiso o fiducia, salvo en los caso de que se constituyan mediante contrato y como lo hemos visto a lo largo de la investigación, existe la posibilidad en algunos países de América de que no sea así. La búsqueda de la integración no sólo se ha dado en el ámbito de las convenciones internacionales a que nos hemos referido, además existen otros mecanismos para lograrla el reconocimiento, tales como la *lex mercatoria* o principios generales del derecho comercial internacional aceptados por organismos internacionales, sin embargo, como lo comentamos anteriormente, haremos el análisis sólo respecto de la Convención de la Haya por ser aplicable específicamente al objeto de estudio de la presente investigación.³⁶⁰

³⁵⁹ Sobre los términos del Convenio de Roma del 19 de junio de 1980 Ver: Giuliano, M. y Lagarde P. *Informe relativo al Convenio de Roma de 1980 Sobre la Ley Aplicable a las Obligaciones Contractuales*. DOCE – 327 de 11 de diciembre de 1992, citado por Ravassa Moreno, Gerardo José. *Derecho mercantil internacional. Principios y normas*. Ediciones Jurídicas Gustavo Ibáñez, Bogotá, 2002, p. 338. Sobre la Convención de México, ver Alboroz, María Mercedes, “El Derecho Aplicable a los Contratos Internacionales en el Sistema Interamericano”, *Iustitia, Revista Jurídica del Departamento de Derecho del Instituto Tecnológico y de Estudios Superiores de Monterrey*, No. 16 Mayo de 2007. p. 84 y Parra Rodríguez, Carmen. *El Nuevo Derecho Internacional de los Contratos*. Universidad Externado de Colombia, Bogotá 2002, p. 281 y ss.

³⁶⁰ Sobre los organismos internacionales se pueden citar la Comisión de las Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional (CNUDMI) también conocida como UNCITRAL por sus siglas en inglés, que se encuentra disponible para consultar en <http://www.uncitral.org/>; el Instituto Internacional para la Unificación del Derecho Privado (UNIDROIT) cuyos Principios sobre los Contratos Internacionales en su nueva versión del 2004 fueron oficialmente aprobados por la CNUDMI, disponible en <http://www.unidroit.org/spanish/principles/contracts/principles2004/blackletter2004.pdf>; y el organismo empresarial de carácter consultivo denominado la Cámara de Comercio Internacional de París (CCI), que tiene entre sus objetivos la recopilación y actualización de usos comerciales internacionales (Incoterms, Reglas y Usos uniformes relativos a los créditos documentarios, etc) y la elaboración de reglas y códigos de conducta sobre aspectos de la actividad empresarial internacional, disponible en <http://www.iccspain.org/>.

4.1. Convención de la Haya relativa a la ley aplicable al *trust* y su reconocimiento.

El más importante esfuerzo que se ha realizado hasta la fecha para lograr la aplicación de la figura del *trust* en sistemas jurídicos diferentes al *Common law*, es sin duda la firma de la Convención de la Haya del 1º de Julio de 1985, Relativa a la Ley Aplicable al *Trust* y su Reconocimiento, que entró en vigor el 1º de enero del año 1992.³⁶¹

A partir de que se abrió el período de firmas, la Convención ha sido suscrita por Australia, Canadá, Chipre, Estados Unidos de América, Francia, Italia, Luxemburgo, Países Bajos, Reino Unido y Suiza, y ratificada por todos ellos, salvo por Chipre, Estados Unidos de América y Francia; además se han adherido a ella Malta y Mónaco, por lo que en dichos países se encuentra vigente y actualmente esta en proceso de adherirse la República Popular China.³⁶².

La Convención se encuentra precedida de un “Preámbulo”; y sus treinta y dos artículos fueron distribuidos en cinco Capítulos con las siguientes denominaciones: (I) Ámbito de Aplicación; (II) Ley Aplicable; (III) Reconocimientos, (IV) Disposiciones Generales y (V) Cláusulas finales.

³⁶¹ La Conferencia de la Haya es un organismo mundial intergubernamental, creado en el año 1893 a instancia del Gobierno del Reino de los Países Bajos; cuenta actualmente con más de 60 miembros y más de 120 asociados en todos los continentes. De acuerdo a sus estatutos, no pretende una codificación global del Derecho Internacional Privado; sino que su orientación se dirige a la unificación de normas sobre determinados asuntos que se consideran de importancia en las relaciones internacionales, tales como la competencia de los tribunales, la ley aplicable, el reconocimiento y ejecución de sentencias, sobre derecho bancario y comercial, y a la protección de los menores en cuestiones de matrimonio y estatuto personal. Funciona como organismo permanente a partir de 1955 y es coordinado por el Departamento de Estado de los Países Bajos. Disponible en la World Wide Web: www.hcch.net

³⁶² *Convention Relative à Loi Applicable au Trust et à sa Reconnaissance* [consultado el 10 de agosto del 2007] Disponible en la World Wide Web: http://hcch.e-vision.nl/index_fr.php?act=conventions.text&cid=59. Mónaco se adhirió el 1º de junio del año 2007 señalando como fecha para el inicio de su vigencia en dicho país, el 1º de septiembre del año 2008.

En el preámbulo del texto de la Convención se establece que los países firmantes, consideran al *trust* como una institución creada por jurisdicciones de equidad en los países del *Common law*, que ha sido adoptado por otros países con ciertas modificaciones, por lo que la finalidad de dicha Convención, como se señala en su Artículo 1º, consiste en adoptar disposiciones comunes para todos los participantes sobre la ley aplicable al *trust* y resolver los problemas más importantes que se suscitan con relación al reconocimiento de los efectos jurídicos que produce en un país distinto a aquel en el que fue creado. De lo anterior se desprende que la principal pretensión es lograr que el *trust* despliegue sus efectos principalmente en jurisdicciones de la familia del *Civil law*, mediante un mecanismo que permita resolver los problemas de reconocimiento y aplicación unificando las normas conflictuales.

El punto más importante para los efectos de la presente investigación, es que la Convención no se limita únicamente al *trust* anglosajón, sino que va dirigida a cualquier otra figura que reúna las características que en el se señalan, como pudiera ser el *Treuhand* o el fideicomiso.

4.1.1. Ámbito de aplicación.

Como lo comentamos anteriormente, el Convenio de la Haya no da una definición del *trust* que delimite su aplicación únicamente a dicha figura, sino que también incluye las adaptaciones que de la figura se han hecho en los diversos ordenamientos.

Así el Artículo 2º señala que se refiere a las relaciones jurídicas creadas por una persona, el constituyente, sea por acto entre vivos o por causa de muerte, cuando ciertos bienes han sido puestos bajo el control de un *trustee* en interés de un beneficiario o con un fin determinado.

Es decir, cualesquiera figuras que sean análogas al *trust*, son susceptibles de aplicársele el Convenio que nos ocupa, siempre que se adecuen a las características que el propio artículo señala y que consisten en lo siguiente:

- Los bienes del *trust* constituyen un fondo separado y no forman parte del patrimonio del *trustee*.
- La titularidad de los bienes se establece a nombre del *trustee* o de otra persona por cuenta de éste.
- El *trustee* está investido de poder y tiene la obligación de administrar o disponer de los bienes según los términos del *trust* y de las reglas particulares que le impone la ley, debiendo rendir cuentas de su gestión.

4.1.2. Ley aplicable.

Además de reunir las características arriba citadas, es necesario que el *trust* haya sido creado por voluntad del *settlor* y que el acto constitutivo se haya formalizado por escrito, lo que significa que el Convenio no es aplicable para los *implied trust* ni para aquellos que bajo la legislación del lugar de creación se considere como un acto consensual, sin exigir la forma escrita para demostrar su existencia y validez; sin embargo, en aquellas legislaciones que tienen contemplada la posibilidad de crearlos por decisión judicial existe la reserva a que se refiere el Artículo 20, que establece la posibilidad de aplicar las disposiciones de la Convención a los *trust* creados judicialmente, para lo cual deberán notificar al Ministerio de Asuntos Extranjeros del Reino de los Países Bajos para que surta efectos dicha reserva.

Tampoco es aplicable la Convención a las cuestiones relativas a la validez de los testamentos o de otros actos jurídicos mediante los cuales se transmitan los bienes al *trustee*, ni cuando la ley del lugar de creación del *trust* no conozca la institución o la categoría de *trust* de que se trate.

Por lo que se refiere a la elección de la ley aplicable al *trust*, la Convención establece que será aquella que elija el *settlor* o constituyente, sin embargo, la elección debe ser expresa o derivarse de lo contenido en el documento constitutivo o en otra prueba que así lo acredite, lo que será interpretado de acuerdo a las circunstancias del

caso; además debe referirse a una legislación que regule la figura, pues de lo contrario quedará sin efecto y en su lugar se aplicará la ley más estrechamente vinculada, que se determinará tomando en consideración el lugar de administración del *trust* que haya designado el constituyente; la situación de los bienes; la residencia o establecimiento del *trustee* y, finalmente las finalidades del *trust* y los lugares en lo que deben ser cumplidos.

4.1.3. Reconocimiento y efectos.

La ley que resulte aplicable conforme a lo señalado en la parte final del punto anterior, será la que regule la validez, interpretación, efectos y administración del *trust*, aunque existe la posibilidad de sujetar alguno de los elementos a una ley diferente, el Artículo 8° de la Convención destaca los siguientes puntos:

- Designación, renuncia y revocación del *trustee*, la aptitud para ejercer sus atribuciones y la transmisión de sus funciones.
- Los derechos y obligaciones de los *trustees* entre sí.
- El derecho del *trustee* para delegar, en todo o en parte la ejecución de sus obligaciones o el ejercicio de sus poderes.
- Los poderes del *trustee* para administrar y disponer de los bienes del *trust* de darlos en garantía y adquirir bienes nuevos.
- Los poderes del *trustee* para realizar inversiones.
- Las restricciones relativas a la duración del *trust*.
- Las relaciones entre el *trustee* y los beneficiarios.
- La modificación y extinción del *trust*.
- La distribución de los bienes, y
- la obligación del *trustee* de rendir cuentas.

Una vez que se ha determinado el ámbito de aplicación y la ley aplicable al *trust*, la Convención de la Haya establece un capítulo relativo al reconocimiento de la figura y sus efectos, señalando que cuando un negocio fiduciario es creado conforme a los

términos antes referidos, será reconocido como *trust*, lo que implica, que se admitan tres cuestiones que son fundamentales para su eficacia:

- La separación de los bienes del *trust* respecto del patrimonio personal del *trustee*
- La titularidad que ostenta el *trustee* respecto de dichos bienes y,
- La capacidad que goza éste para comparecer ante cualquier persona o autoridad para actuar en consecuencia.

Ante el reconocimiento de la figura y los efectos que produce, se reitera que los acreedores del *trustee* no podrán embargar los bienes del *trust*; que estos se mantendrán separados del patrimonio de aquél en caso de insolvencia o quiebra; que en ningún momento serán parte de su régimen matrimonial de bienes ni de la sucesión del *trustee* y que será permitida la reivindicación de los bienes en caso de que el *trustee*, incumpliendo con las obligaciones propias de su cargo, haya confundido los bienes del *trust* con sus bienes personales o haya dispuesto de ellos.

Como complemento de lo anterior y para darle más certeza a los efectos del *trust* el propio *trustee* tiene derecho a inscribir los bienes o el título respectivo en un registro en el que conste el carácter con el que actúa, salvo que no lo prevea la ley del lugar en donde deba hacerse la inscripción o resulte incompatible con dicha ley.

Como podemos apreciar, la Convención de la Haya no hace alusión alguna a la doble propiedad que conlleva el *trust* anglosajón, ni a la naturaleza jurídica de la figura, sino que se limita a establecer las características que debe reunir un negocio fiduciario para otorgarle el reconocimiento de *trust* y a señalar los efectos que produce dicho reconocimiento en los países suscriptores de la Convención, sin importar que pertenezca a la familia jurídica del *Common law* o a la del *Civil law*, con lo que se logra una aplicación *erga omnes* de la figura, de tal suerte que, por ejemplo, un *trust* constituido en Australia bajo las leyes de aquel país, surtirá efectos y se aplicará bajo la ley australiana en Italia,

Malta, Países Bajos, etc. no obstante pertenecer a un sistema jurídico diferente al de éstos últimos.

Ahora bien, la elección de la ley aplicable por el *settlor* presenta aspectos muy importantes, ya que será consecuencia de un acto emanado de la voluntad de dicho constituyente que puede presentar dificultades en el ámbito de la competencia judicial, por lo que la Convención establece que dicha elección no puede derogar disposiciones que de acuerdo a la *lex fori* deban aplicarse, sobre todo en temas relacionados con la protección de menores y de incapaces; los efectos personales y patrimoniales del matrimonio; testamentos y sucesiones; la transmisión de propiedad; protección de acreedores en caso de insolvencia y protección de terceros de buena fe.

El Artículo 13 establece que ningún Estado estará obligado a reconocer un *trust* cuyos elementos significativos, salvo la elección de la ley aplicable, el lugar de administración y la residencia habitual del *trustee*, estén vinculados más estrechamente con Estados que desconozcan la institución del *trust* o la clase de *trust* de que se trate.

También establece que sus disposiciones no pueden aplicarse en contraposición a las leyes del foro que deban aplicarse, aún frente a disposiciones internacionales o bien, cuando sean manifiestamente incompatibles con normas de orden público.

Evidentemente que le tema de aplicación de la ley resulta muy interesante respecto de los conflictos de leyes que pueden suscitarse en su aplicación; la Convención de la Haya tiene un gran acierto al evitar los problemas de calificación de las relaciones internas que se generan con la constitución del *trust*, por lo que, al establecer la ley aplicable, lo hace para regular el negocio fiduciario en forma global, de tal suerte que las relaciones internas (*settlor-trustee-cestui que trust*), las facultades y poderes del *trustee* en las relaciones con los terceros y la administración del *trust*, quedan reguladas por la ley aplicable elegida por el propio *settlor*.

Sin embargo, el problema se torna interesante en el caso de que el constituyente no haya elegido ley aplicable o la elegida haya quedado sin efecto y se requiera determinar la que esté más estrechamente vinculada al *trust*, sobre todo cuando existan diversas circunstancias que deban considerarse, como pudiera ser que el domicilio del *settlor* y *trustee* sean diferentes o que el domicilio de administración del *trust* sea diferente al de aquellos o al del *cestui que trust*; o bien, que los bienes estén ubicados en distintos lugares, etc., dichos supuestos hacen necesario realizar un estudio más profundo sobre el particular, sin embargo consideramos que rebasaría el objetivo del presente trabajo, por lo que hemos limitado nuestro análisis a los puntos arriba referidos que comprenden la determinación del ámbito de aplicación, ley aplicable y reconocimiento de la figura en los países participantes en el Convención en mérito, que sin lugar a dudas representa el más serio y adecuado intento por armonizar los diversos sistemas jurídicos en aras de una mejora en las relaciones actuales cada vez más.

Para concluir el presente apartado, consideramos conveniente señalar que el Artículo 19 de la Convención establece expresamente que no atenderá la competencia de los Estados en materia fiscal.

4.3. Comentarios y cuadro comparativo sobre la adecuación del fideicomiso mexicano a la Convención de la Haya relativa a la ley aplicable al *trust* y su reconocimiento.

La finalidad principal de los países signatarios del Convenio sobre la ley aplicable al *trust* y a su reconocimiento suscrito en La Haya el 1 de julio de 1985, fue establecer disposiciones comunes sobre la aplicación de la figura, así como resolver los problemas que se suscitan respecto de su reconocimiento, para de esta manera permitir que surta sus efectos en un ordenamiento jurídico distinto al de su constitución e incluso de una familia jurídica diferente.

Como se desprende de su artículo 2º., no es aplicable únicamente al *trust* anglosajón, sino a cualesquiera relaciones jurídicas creadas por el constituyente, sea por

acto *inter vivos* o *mortis causa*, mediante la colocación de bienes bajo el control de un *trustee* en interés de un beneficiario o con un fin determinado.

Este ámbito de aplicación permite que sea factible la aplicación entre los países signatarios, siempre y cuando tenga las características que en el propio convenio se establecen, entre las que destaca que sea creado en forma expresa por el constituyente; que se constituya un patrimonio separado de *trustee* o ejecutor; el título sobre los bienes se instituyen a nombre de éste último o de otra persona por cuenta de aquél, teniendo la facultad y la obligación de rendir cuentas periódicas sobre su gestión, sea sobre la administración o disposición de los bienes, en los términos establecidos en el acto constitutivo o en la ley que lo regula.

Como podemos apreciar en el cuadro comparativo No. 5 que a continuación se presenta, las características exigidas en el Convenio, son perfectamente compatibles con las del fideicomiso o fiducia mercantil que se practica en Latinoamérica, particularmente con el fideicomiso mexicano, ya que la legislación que lo regula exige que se celebren por escrito, mediante manifestación de la voluntad del constituyente y del fiduciario, tal y como lo vimos en su oportunidad.

En cuanto a las partes que intervienen, la estructura del fideicomiso es similar a la del *trust*, siendo su terminología compatible, así al constituyente se le denomina *settlor* o fideicomitente; al receptor de los bienes, *trustee* o fiduciario y al beneficiario *cestui que trust* o fideicomisario.

Del concepto que da la ley mexicana que regula la figura, se desprende que en virtud del fideicomiso el fideicomitente destina ciertos bienes a un fin determinado en beneficio de una tercera persona llamada fideicomisario; asimismo la ley establece que los bienes estarán afectos al fin que se convenga y el fiduciario deberá abrir contabilidades especiales por cada uno de los contratos que celebre, manteniendo los bienes separados de aquellos respecto de los cuales tenga libre disposición, teniendo dichos bienes una afectación temporal, necesaria para el cumplimiento de los mencionados fines, debiendo revertirse al fideicomitente o transmitirse al fideicomisario una vez que estos se cumplimenten.

Por lo que toca a la propiedad de los bienes y la titularidad de los derechos que conformen el patrimonio del fideicomiso estos son transmitidos al fiduciario, por lo que éste podrá aprovecharlos totalmente en sentido jurídico para el cumplimiento de los fines, siendo oponible ese derecho a un sujeto pasivo universal, por lo que el fiduciario esta legitimado para comparecer ante cualquier autoridad judicial y administrativa, sí como ante fedatarios públicos en el ejercicio del mencionado derecho.

Los bienes y derechos que conforman el patrimonio del fideicomiso constituyen un patrimonio separado de los bienes de libre disposición del fiduciario por lo que no son susceptibles de embargo, adjudicación ni gravamen alguno por los acreedores particulares de los participantes, es decir, ni del fideicomitente, ni del fideicomisario, ni aún del propio del fiduciario; sin embargo, los derechos que derivan del fideicomiso para cada uno de ellos, al ser derechos personales, si podrán ser atacados por los acreedores particulares, pero no así los bienes, salvo por hechos derivados del fideicomiso mismo o porque sean anteriores a su constitución.

El punto de divergencia que encontramos, se refiere a la calidad del fiduciario o *trustee*, que en los ordenamientos pertenecientes al *Common law*, pueden ser personas físicas o morales, mientras que en México, dicho cargo se encuentra restringido a sociedades de carácter financiero que son vigiladas por la autoridad administrativa,³⁶³ lo que daría pauta a que pudieran actuar personas físicas con ese carácter, sin embargo, consideramos que si en el país de celebración del *trust* reúnen las condiciones éticas para desempeñarlo, en México se verían constreñidas a actuar como un buen padre de familia, tal y como lo dispone la ley de la materia, además de que siempre estará al alcance de los Estados hacer las reservas que estimen pertinentes respecto de los términos de la convención para evitar la aplicación de un determinado supuesto, como pudiera ser el aquí comentado.

³⁶³ Salvo el caso de las Sociedades Financieras de Objeto Múltiple no reguladas, que tienen la facultad de celebrar fideicomisos de garantía.

5. Cuadro comparativo sobre el Análisis de la Convención de la Haya relativa a la ley aplicable al *trust* y su reconocimiento y sobre la adecuación del fideicomiso mexicano a dicha Convención.

El siguiente cuadro presenta un comparativo general de las características más importantes de los negocios de carácter fiduciario contenidos en la Convención y su concordancia con la regulación del fideicomiso mexicano.

Aspecto a comparar.	Convención de la Haya	Fideicomiso mexicano
5.1 Concepto:	<p>Artículo 2. A los efectos del presente Convenio, el término "<i>trust</i>" se refiere a las relaciones jurídicas creadas - por acto <i>inter vivos</i> o <i>mortis causa</i> - por una persona, el constituyente, mediante la colocación de bienes bajo el control de un <i>trustee</i> en interés de un beneficiario o con un fin determinado.</p>	<p>Artículo 381. (LGTyOC) En virtud del fideicomiso, el fideicomitente transmite a una institución fiduciaria la propiedad o la titularidad de uno o más bienes o derechos, según sea el caso, para ser destinados a fines lícitos y determinados, encomendando la realización de dichos fines a la propia institución fiduciaria.</p>

Aspecto a comparar.	Convención de la Haya	Fideicomiso mexicano
<p>5.2 Características:</p>	<p>Artículo 2. (...)</p> <p>a) Los bienes del <i>trust</i> constituyen un fondo separado y no forman parte del patrimonio del <i>trustee</i>;</p> <p>b) El título sobre los bienes del <i>trust</i> se establece en nombre del <i>trustee</i> o de otra persona por cuenta del <i>trustee</i>;</p> <p>c) El <i>trustee</i> tiene la facultad y la obligación, de las que debe rendir cuenta, de administrar, gestionar o disponer de los bienes según las condiciones del <i>trust</i> y las obligaciones particulares que la ley le imponga.</p>	<p>Artículo 386. (LGTyOC) Pueden ser objeto del fideicomiso toda clase de bienes y derechos, salvo aquellos que, conforme a la ley, sean estrictamente personales de su titular.</p> <p>Los bienes que se den en fideicomiso se considerarán afectos al fin a que se destinan y, en consecuencia, sólo podrán ejercitarse respecto a ellos los derechos y acciones que al mencionado fin se refieran, salvo los que expresamente se reserve el fideicomitente, los que para él deriven del fideicomiso mismo o los adquiridos legalmente respecto de tales bienes, con anterioridad a la constitución del fideicomiso, por el fideicomisario o por terceros. La institución fiduciaria deberá registrar contablemente dichos bienes o derechos y mantenerlos en forma separada de sus activos de libre disponibilidad.</p> <p>Artículo 79. (LIC) En las operaciones de fideicomiso, (...), las instituciones abrirán contabilidades especiales por cada contrato, debiendo registrar en las mismas y en su propia contabilidad el dinero y demás bienes, valores o derechos que se les confíen, así como los incrementos o disminuciones, por los productos o gastos respectivos (...)</p>

Aspecto a comparar.	Convención de la Haya	Fideicomiso mexicano
<p>5.3 Reserva de derechos del constituyente:</p> <p>5.4 Forma:</p> <p>5.5 Validez de actos jurídicos:</p>	<p>Artículo 2. (...) El hecho de que el constituyente conserve ciertas prerrogativas o que el <i>trustee</i> posea ciertos derechos como beneficiario no es incompatible necesariamente con la existencia de un <i>trust</i>.</p> <p>Artículo 3. El Convenio se aplicará únicamente a los <i>trusts</i> creados voluntariamente y cuya prueba conste por escrito.</p> <p>Artículo 4. El Convenio no se aplicará a cuestiones preliminares relativas a la validez de los testamentos u otros actos jurídicos en virtud de los cuales se transfieran bienes al <i>trustee</i>.</p>	<p>Artículo 386. (LGTyOC) (...) Los bienes que se den en fideicomiso se considerarán afectos al fin a que se destinan y, en consecuencia, sólo podrán ejercitarse respecto a ellos los derechos y acciones que al mencionado fin se refieran, salvo los que expresamente se reserve el fideicomitente (...).</p> <p>Artículo 387. (LGTyOC) La constitución del fideicomiso deberá constar siempre por escrito.</p> <p>Artículo 78. (Cocom) En las convenciones mercantiles cada uno se obliga en la manera y términos que aparezca que quiso obligarse, sin que la validez del acto comercial dependa de la observancia de formalidades o requisitos determinados.</p> <p>Artículo 79. (Cocom) Se exceptuarán de lo dispuesto en el artículo que precede:</p> <p>I.- Los contratos que con arreglo a este Código ú otras leyes, deban reducirse a escritura o requieran formas o solemnidades necesarias para su eficacia;</p> <p>II.- Los contratos celebrados en país extranjero en que la ley exige escrituras, formas o solemnidades determinadas para su validez, aunque no las exija la ley mexicana. (...)</p>

Aspecto a comparar.	Convención de la Haya	Fideicomiso mexicano
<p>5.6 Desconocimiento de la figura:</p> <p>5.7 Ley aplicable:</p>	<p>Artículo 5. El Convenio no será aplicable en la medida en que la ley determinada según el Capítulo II desconozca la institución del <i>trust</i> o la clase de <i>trust</i> de que se trate.</p> <p>Artículo 6. El <i>trust</i> se regirá por la ley elegida por el constituyente. La elección tendrá que ser expresa o resultar de las disposiciones del instrumento por el que se crea el <i>trust</i> o se prueba su existencia, interpretadas, cuando sea necesario, a la luz de las circunstancias del caso.</p>	<p>6.3 (Banxico) Las Instituciones Fiduciarias no podrán llevar a cabo tipos de Fideicomiso que no estén autorizadas a celebrar de conformidad con las leyes y disposiciones que las regulan.</p> <p>Artículo 1o. (Cocom) Los actos comerciales sólo se regirán por lo dispuesto en este Código y las demás leyes mercantiles aplicables.</p> <p>Artículo 2o. (Cocom) A falta de disposiciones de este ordenamiento y las demás leyes mercantiles, serán aplicables a los actos de comercio las del derecho común contenidas en el Código Civil aplicable en materia federal.</p> <p>Artículo 75. (Cocom) La ley reputa actos de comercio: (...)</p> <p>XXIV. Las operaciones contenidas en la Ley General de Títulos y Operaciones de Crédito;</p> <p>Artículo 12. (CCF) Las leyes mexicanas rigen a todas las personas que se encuentren en la República, así como los actos y hechos ocurridos en su territorio o jurisdicción y aquellos que se sometan a dichas leyes, salvo cuando estas prevean la aplicación de un derecho extranjero y salvo, además, lo previsto en los tratados y convenciones de que México sea parte.</p>

Aspecto a comparar.	Convención de la Haya	Fideicomiso mexicano
Ley Aplicable: (Continuación)		<p>Artículo 13. (CCF) La determinación del derecho aplicable se hará conforme a las siguientes reglas:</p> <p>I.- Las situaciones jurídicas validamente creadas en las entidades de la República o en un Estado extranjero conforme a su derecho, deberán ser reconocidas;</p> <p>II.- El estado y capacidad de las personas físicas se rige por el derecho del lugar de su domicilio;</p> <p>III.- La constitución, régimen y extinción de los derechos reales sobre inmuebles, (...) y los bienes muebles, se regirán por el derecho del lugar de su ubicación, aunque sus titulares sean extranjeros;</p> <p>IV.- La forma de los actos jurídicos se regirá por el derecho del lugar en que se celebren. sin embargo, podrán sujetarse a las formas prescritas en este código cuando el acto haya de tener efectos en el Distrito Federal o en la República tratándose de materia federal; y</p> <p>V.- Salvo lo previsto en las fracciones anteriores, los efectos jurídicos de los actos y contratos se regirán por el derecho del lugar en donde deban ejecutarse, a menos de que las partes hubieran designado validamente la aplicabilidad de otro derecho.</p>

Aspecto a comparar.	Convención de la Haya	Fideicomiso mexicano
Ley Aplicable: (Continuación)		<p>Artículo 14. En la aplicación del derecho extranjero se observara lo siguiente:</p> <p>I.- Se aplicara como lo haría el juez extranjero correspondiente, para lo cual el juez podrá allegarse la información necesaria acerca del texto, vigencia, sentido y alcance legal de dicho derecho;</p> <p>II.- Se aplicará el derecho sustantivo extranjero, salvo cuando dadas las especiales circunstancias del caso, deban tomarse en cuenta, con carácter excepcional, las normas conflictuales de ese derecho, que hagan aplicables las normas sustantivas mexicanas o de un tercer estado;</p> <p>III.- No será impedimento para la aplicación del derecho extranjero, que el derecho mexicano no prevea instituciones o procedimientos esenciales a la institución extranjera aplicable, si existen instituciones o procedimientos análogos;</p> <p>IV.- Las cuestiones previas, preliminares o incidentales que puedan surgir con motivo de una cuestión principal, no deberán resolverse necesariamente de acuerdo con el derecho que regule a esta ultima; y</p>

Aspecto a comparar.	Convención de la Haya	Fideicomiso mexicano
<p>Ley Aplicable (Continuación)</p>		<p>V.- Cuando diversos aspectos de una misma relación jurídica estén regulados por diversos derechos, estos serán aplicados armónicamente, procurando realizar las finalidades perseguidas por cada uno de tales derechos. Las dificultades causadas por la aplicación simultánea de tales derechos se resolverán tomando en cuenta las exigencias de la equidad en el caso concreto (...).</p> <p>Artículo 15. No se aplicara el derecho extranjero:</p> <p>I.- cuando artificiosamente se hayan evadido principios fundamentales del derecho mexicano, debiendo el juez determinar la intención fraudulenta de tal evasión; y</p> <p>II.- Cuando las disposiciones del derecho extranjero o el resultado de su aplicación sean contrarios a principios o instituciones fundamentales del orden publico mexicano.</p>

Aspecto a comparar.	Convención de la Haya	Fideicomiso mexicano
<p>5.8 Efectos de la ley aplicable:</p>	<p>Artículo 8. La ley determinada por los artículos 6 ó 7 regirá la validez del <i>trust</i>, su interpretación y sus efectos, así como su administración.</p> <p>Esa ley regirá en particular:</p> <p>a) La designación, dimisión y revocación del <i>trustee</i>, la capacidad para actuar como <i>trustee</i> y la transmisión de las funciones del <i>trustee</i>;</p> <p>b) Los derechos y obligaciones de los <i>trustees</i> entre sí;</p>	<p>Artículo 381. (LGTyOC) En virtud del fideicomiso, el fideicomitente transmite a una institución fiduciaria la propiedad o la titularidad de uno o más bienes o derechos, según sea el caso, para ser destinados a fines lícitos y determinados, encomendando la realización de dichos fines a la propia institución fiduciaria.</p> <p>Artículo 385. (LGTyOC) Sólo pueden ser instituciones fiduciarias las expresamente autorizadas para ello conforme a la ley.</p> <p>En el fideicomiso podrán intervenir varias instituciones fiduciarias para que conjunta o sucesivamente desempeñen el cargo de fiduciario, estableciendo el orden y las condiciones en que hayan de substituirse.</p> <p>Salvo lo que se prevea en el fideicomiso, cuando por renuncia o remoción la institución fiduciaria concluya el desempeño de su cargo, deberá designarse a otra institución fiduciaria que la substituya. Si no fuere posible esta substitución, el fideicomiso se dará por extinguido.</p>

Aspecto a comparar.	Convención de la Haya	Fideicomiso mexicano
<p>Efectos de la ley aplicable: (Continuación)</p>	<p>c) El derecho del <i>trustee</i> a delegar total o parcialmente el desempeño de sus obligaciones o el ejercicio de sus facultades;</p> <p>d) Las facultades del <i>trustee</i> para administrar y disponer de los bienes del <i>trust</i>, para darlos en garantía y para adquirir bienes nuevos;</p>	<p>Artículo 386. (LGTyOC) Pueden ser objeto del fideicomiso toda clase de bienes y derechos, salvo aquellos que, conforme a la ley, sean estrictamente personales de su titular.</p> <p>Los bienes que se den en fideicomiso se considerarán afectos al fin a que se destinan y, en consecuencia, sólo podrán ejercitarse respecto a ellos los derechos y acciones que al mencionado fin se refieran, salvo los que expresamente se reserve el fideicomitente, los que para él deriven del fideicomiso mismo o los adquiridos legalmente respecto de tales bienes, con anterioridad a la constitución del fideicomiso, por el fideicomisario o por terceros. La institución fiduciaria deberá registrar contablemente dichos bienes o derechos y mantenerlos en forma separada de sus activos de libre disponibilidad.</p> <p>El fideicomiso constituido en fraude de terceros, podrá en todo tiempo ser atacado de nulidad por los interesados.</p>

Aspecto a comparar.	Convención de la Haya	Fideicomiso mexicano
<p>Efectos de la ley aplicable: (Continuación)</p>	<p>e) Las facultades del <i>trustee</i> para efectuar inversiones;</p>	<p>3.1 (Banxico) Para la inversión y administración del patrimonio fideicomitado, las Instituciones Fiduciarias deberán ajustarse a lo pactado en el contrato de Fideicomiso, en el cual se podrá estipular la posibilidad de recibir instrucciones del fideicomitente, del fideicomisario o del comité técnico.</p> <p>3.2 (Banxico) En el contrato de Fideicomiso se deberá pactar: i) el procedimiento a seguir para invertir los recursos líquidos que integren el patrimonio fideicomitado; ii) la forma como se procederá en caso de que dicha inversión no pueda realizarse conforme al procedimiento previsto; iii) la clase de bienes, derechos o títulos en los que se podrán invertir los recursos líquidos que integren el patrimonio de dicho Fideicomiso; iv) los plazos máximos de las inversiones; v) las características de las contrapartes con quienes tales inversiones podrán realizarse, y vi) tratándose de inversiones en valores, títulos de crédito u otros instrumentos financieros, las características de sus emisores y en su caso, la calificación de tales valores, títulos o instrumentos.</p>

Aspecto a comparar.	Convención de la Haya	Fideicomiso mexicano
<p>Efectos de la ley aplicable: (Continuación)</p>	<p>f) Las restricciones relativas a la duración del <i>trust</i> y a las facultades para acumular los ingresos del <i>trust</i>;</p>	<p>Artículo 394. (LGTyOC) Quedan prohibidos:</p> <p>I.- Los fideicomisos secretos;</p> <p>II.- Aquellos en los cuales el beneficio se conceda a diversas personas sucesivamente que deban substituirse por muerte de la anterior, salvo el caso de que la substitución se realice en favor de personas que estén vivas o concebidas ya, a la muerte del fideicomitente; y</p> <p>III. Aquéllos cuya duración sea mayor de cincuenta años, cuando se designe como beneficiario a una persona moral que no sea de derecho público o institución de beneficencia. Sin embargo, pueden constituirse con duración mayor de cincuenta años cuando el fin del fideicomiso sea el mantenimiento de museos de carácter científico o artístico que no tengan fines de lucro.</p>

Aspecto a comparar.	Convención de la Haya	Fideicomiso mexicano
<p>Efectos de la ley aplicable: (Continuación)</p>	<p>g) Las relaciones entre el <i>trustee</i> y los beneficiarios, incluida la responsabilidad personal del <i>trustee</i> respecto a los beneficiarios;</p>	<p>Artículo 390. (LGTyOC) El fideicomisario tendrá, además de los derechos que se le concedan por virtud del acto constitutivo del fideicomiso, el de exigir su cumplimiento a la institución fiduciaria; el de atacar la validez de los actos que ésta cometa en su perjuicio, de mala fe o en exceso de las facultades (...), y cuando ello sea procedente, el de reivindicar los bienes que a consecuencia de esos actos hayan salido del patrimonio objeto del fideicomiso. (...).</p> <p>Artículo 391.- La institución fiduciaria tendrá todos los derechos y acciones que se requieran para el cumplimiento del fideicomiso, salvo las normas o limitaciones que se establezcan al efecto, al constituirse el mismo; estará obligada a cumplir dicho fideicomiso conforme al acto constitutivo; no podrá excusarse o renunciar su encargo sino por causas graves (...), y deberá obrar siempre como buen padre de familia, siendo responsable de las pérdidas o menoscabos que los bienes sufran por su culpa.</p> <p>Artículo 80. (LIC) (...).La institución responderá civilmente por los daños y perjuicios que se causen por la falta de cumplimiento en las condiciones o términos señalados en el fideicomiso, mandato o comisión, o la ley.</p>

Aspecto a comparar.	Convención de la Haya	Fideicomiso mexicano
Efectos de la ley aplicable: (Continuación)	<i>h)</i> La modificación o extinción del <i>trust</i> ;	<p>Artículo 392.- El fideicomiso se extingue:</p> <p>I.- Por la realización del fin para el cual fue constituido;</p> <p>II.- Por hacerse éste imposible;</p> <p>III.- Por hacerse imposible el cumplimiento de la condición suspensiva de que dependa o no haberse verificado dentro del término señalado al constituirse el fideicomiso o, en su defecto, dentro del plazo de 20 años siguientes a su constitución;</p> <p>IV.- Por haberse cumplido la condición resolutoria a que haya quedado sujeto;</p> <p>V. Por convenio escrito entre fideicomitente, fiduciario y fideicomisario;</p> <p>VI. Por revocación hecha por el fideicomitente, cuando éste se haya reservado expresamente ese derecho al constituir el fideicomiso;</p> <p>VII. En el caso del párrafo final del artículo 386, y</p> <p>VIII. En el caso del artículo 392 Bis.</p> <p>Artículo 392 Bis.- En el supuesto de que a la institución (...) no se le haya cubierto la contraprestación debida, (...) por un periodo igual o superior a tres años, la institución fiduciaria podrá dar por terminado, sin responsabilidad, el fideicomiso.</p>

Aspecto a comparar.	Convención de la Haya	Fideicomiso mexicano
<p>Efectos de la ley aplicable: (Continuación)</p>	<p><i>i)</i> La distribución de los bienes del <i>trust</i>;</p>	<p>Artículo 393.- Extinguido el fideicomiso, si no se pactó lo contrario, los bienes o derechos en poder de la institución fiduciaria serán transmitidos al fideicomitente o al fideicomisario, según corresponda. En caso de duda u oposición respecto de dicha transmisión, el juez de primera instancia competente en el lugar del domicilio de la institución fiduciaria, oyendo a las partes, resolverá lo conducente (...)</p>

Aspecto a comparar.	Convención de la Haya	Fideicomiso mexicano
<p>Efectos de la ley aplicable: (Continuación)</p>	<p>j) La obligación del <i>trustee</i> de rendir cuentas de su gestión.</p>	<p>Artículo 84. (LIC) Cuando la institución de crédito, al ser requerida, no rinda las cuentas de su gestión dentro de un plazo de quince días hábiles, o cuando sea declarada por sentencia ejecutoriada, culpable de las pérdidas o menoscabo que sufran los bienes dados en fideicomiso o responsable de esas pérdidas o menoscabo por negligencia grave, procederá su remoción como fiduciaria.</p> <p>Las acciones para pedir cuentas, para exigir la responsabilidad de las instituciones de crédito y para pedir la remoción corresponderá al o los fideicomisarios o a sus representantes legales, en cualquier caso, en la medida de sus intereses, y a falta de aquéllos, al Ministerio Público, sin perjuicio de que el fideicomitente pueda reservarse, en el acto constitutivo del fideicomiso o en las modificaciones del mismo, el derecho para ejercitar esta acción.</p>

Aspecto a comparar.	Convención de la Haya	Fideicomiso mexicano
<p>5.9 Efectos del reconocimiento de la figura respectiva como <i>trust</i>:</p>	<p>Artículo 11. Será reconocido como tal todo <i>trust</i> creado de conformidad con la ley a que se refiere el capítulo precedente.</p> <p>Este reconocimiento implicará como mínimo que los bienes del <i>trust</i> sean distintos del patrimonio personal del <i>trustee</i> y que éste pueda actuar como demandante o demandado y pueda comparecer en calidad de <i>trustee</i> ante notario o cualquier persona que ejerza una función pública.</p>	<p>Artículo 386. (LGTyOC) (...) Los bienes que se den en fideicomiso se considerarán afectos al fin a que se destinan (...) La institución fiduciaria deberá registrar contablemente dichos bienes o derechos y mantenerlos en forma separada de sus activos de libre disponibilidad. (...)</p> <p>Artículo 391.- La institución fiduciaria tendrá todos los derechos y acciones que se requieran para el cumplimiento del fideicomiso (...).</p> <p>Artículo 80. (LIC) En las operaciones a que se refiere la fracción XV del artículo 46 de esta Ley, las instituciones desempeñarán su cometido y ejercerán sus facultades por medio de sus delegados fiduciarios.</p> <p>Artículo 90. (LIC) Para acreditar la personalidad y facultades de los funcionarios de las instituciones de crédito, incluyendo a los delegados fiduciarios, bastará exhibir una certificación de su nombramiento, expedida por el secretario o prosecretario del consejo de administración o consejo directivo.</p>

Aspecto a comparar.	Convención de la Haya	Fideicomiso mexicano
<p>Efectos del reconocimiento de la figura respectiva como <i>trust</i>:</p> <p>(Continuación)</p>	<p>En la medida en que la ley aplicable al <i>trust</i> así lo exija o establezca, este reconocimiento implicará en particular:</p> <p><i>a)</i> Que los acreedores personales de <i>trustee</i> no podrán recurrir a medidas de aseguramiento contra los bienes del <i>trust</i>;</p> <p><i>b)</i> que los bienes del <i>trust</i> no formarán parte del patrimonio del <i>trustee</i> en caso de insolvencia o quiebra de éste;</p>	<p>Artículo 386. (LGTyOC) (...) Los bienes que se den en fideicomiso se considerarán afectos al fin a que se destinan y, en consecuencia, sólo podrán ejercitarse respecto a ellos los derechos y acciones que al mencionado fin se refieran, salvo los que expresamente se reserve el fideicomitente, los que para él deriven del fideicomiso mismo o los adquiridos legalmente respecto de tales bienes, con anterioridad a la constitución del fideicomiso, por el fideicomisario o por terceros. (...)</p> <p>Artículo 122 Bis 22. (LIC) En las operaciones de fideicomiso, (...) celebrados por la institución de banca múltiple que se encuentre en liquidación en términos de esta Ley, el liquidador deberá proceder a la sustitución de los deberes fiduciarios, (...), la cual deberá convenirse con una institución de crédito que cumpla con los requerimientos de capitalización a que se refiere el artículo 50 de esta Ley o, en su caso, con una institución de banca múltiple constituida y operada por el Instituto para la Protección al Ahorro Bancario en términos de la Sección Segunda del Capítulo I del Título Segundo de esta Ley.</p>

Aspecto a comparar.	Convención de la Haya	Fideicomiso mexicano
<p>Efectos del reconocimiento de la figura respectiva como <i>trust</i>: (Continuación)</p>	<p><i>c)</i> que los bienes del <i>trust</i> no formarán parte del régimen patrimonial del matrimonio ni de la sucesión del <i>trustee</i>;</p> <p><i>d)</i> Que se podrán reivindicar los bienes del <i>trust</i> en caso de que el <i>trustee</i>, con infracción de las obligaciones derivadas del <i>trust</i>, hubiere confundido los bienes del <i>trust</i> con los suyos personales o hubiere procedido a su enajenación. Sin embargo, los derechos y obligaciones del tercero que ostente la posesión de bienes del <i>trust</i> seguirán rigiéndose por la ley que determinen las normas de conflicto del foro.</p>	<p>Artículo 385. (LIC) Sólo pueden ser instituciones fiduciarias las expresamente autorizadas para ello conforme a la ley.</p> <p>Artículo 390. (LGTyOC) El fideicomisario tendrá, además de los derechos que se le concedan por virtud del acto constitutivo del fideicomiso, el de exigir su cumplimiento a la institución fiduciaria; el de atacar la validez de los actos que ésta cometa en su perjuicio, de mala fe o en exceso de las facultades que por virtud del acto constitutivo o de la ley le corresponda, y cuando ello sea procedente, el de reivindicar los bienes que a consecuencia de esos actos hayan salido del patrimonio objeto del fideicomiso.</p> <p>Cuando no exista fideicomisario determinado o cuando éste sea incapaz, los derechos a que se refiere el párrafo anterior, corresponderán al que ejerza la patria potestad, al tutor o al Ministerio Público, según el caso.</p>

Aspecto a comparar.	Convención de la Haya	Fideicomiso mexicano
<p>5.10 Publicidad de los bienes:</p>	<p>Artículo 12. El <i>trustee</i> que desee inscribir en un registro un bien mueble o inmueble, o un título relativo al mismo, estará facultado para solicitar la inscripción en su calidad de <i>trustee</i> o de cualquier otra forma en la que se ponga de manifiesto la existencia del <i>trust</i>, siempre que ello no esté prohibido por la ley del Estado en que haya de tener lugar la inscripción o sea incompatible con dicha ley.</p>	<p>Artículo 388. (LGTyOC) El fideicomiso cuyo objeto recaiga en bienes inmuebles, deberá inscribirse en la Sección de la Propiedad del Registro Público del lugar en que los bienes estén ubicados. El fideicomiso surtirá efectos contra tercero, en el caso de este artículo, desde la fecha de inscripción en el Registro.</p> <p>Artículo 18. (Cocom) En el Registro Público de Comercio se inscriben los actos mercantiles, así como aquellos que se relacionan con los comerciantes y que conforme a la legislación lo requieran.</p>
<p>FUENTE:</p>	<p>Convención de la Haya relativa a la ley aplicable al <i>trust</i> y su reconocimiento</p>	<p>Ley General de Títulos y Operaciones de Crédito (LGTyOC); Ley de Instituciones de Crédito (LIC); Código de Comercio (Cocom); Código Civil Federal (CCF) y Circular 1-2005 Banco de México (Banxico)]</p>

Conclusiones.

Teniendo en cuenta las consideraciones vertidas lo largo de la presente investigación se formulan las siguientes conclusiones:

PRIMERA. El *trust* es una relación jurídica que surge de la voluntad unilateral de una persona, mediante la cual el propietario de ciertos bienes se encuentra obligado a destinarlos única y exclusivamente a lo establecido por el constituyente, sea en beneficio de éste último, de un tercero o de una finalidad específica de carácter general. La afectación de los bienes puede darse mediante una encomienda de confianza que realiza el *settlor* al *trustee*, o bien, el propio *settlor* puede manifestar su deseo de destinar parte de sus bienes a cumplir con una finalidad específica en los términos aludidos sin transmitirlos a un tercero, caso en el cual él mismo tendrá el carácter de *trustee* respecto de los bienes. En ambos casos el beneficiario que corresponda tendrá el derecho de exigir al *trustee* el cumplimiento de lo establecido en el acto constitutivo. Resulta evidente que su naturaleza jurídica consiste en una declaración unilateral de voluntad del *settlor*, ya que nace a la vida jurídica al momento en que esta se manifiesta, sin que sea necesaria la aceptación del *trustee*, quien realiza una expresión de voluntad también en forma unilateral para la aceptación del cargo, obviamente sin excluir la posibilidad de que puedan darse ambas en forma simultánea. Esta situación es posible en virtud de que el sistema del *Common law* en donde la equidad juega un papel muy importante, el tribunal puede llegar a complementar la voluntad del constituyente y nombrar un *trustee* en caso de que éste no haya sido designado, el designado no acepte o bien, renuncie al cargo, es decir, siempre se buscará cumplir con la voluntad del constituyente.

El fideicomiso es la relación jurídica que surge de una encomienda de confianza que la persona que lo constituye realiza a un fiduciario mediante la transmisión de propiedad de ciertos bienes o derechos, con el objeto de que éste los reciba y los destine al cumplimiento

de determinados fines que el propio constituyente establece en el acto constitutivo, sea en beneficio del propio constituyente, de un tercero o de una finalidad específica de carácter general y sin que el fiduciario pueda disponer de los mismos a su arbitrio, teniendo el constituyente y el beneficiario la facultad de obligar al fiduciario el cumplimiento de lo pactado. La naturaleza jurídica del fideicomiso mexicano corresponden a la de un contrato, ya que la relación jurídica que nace de su constitución implica necesariamente un acuerdo de voluntades, que es dirigido a delimitar los fines que pretende lograr el fideicomitente y el alcance de los mismos con relación a la responsabilidad que el fiduciario este dispuesto a asumir para lograrlos, lo cual genera invariablemente derechos y obligaciones, tanto recíprocas, como del fiduciario con el beneficiario; ese acuerdo de voluntades es un requisito *sine qua non* para la existencia del fideicomiso, máxime que la voluntad de las partes va dirigida más allá de la simple producción de consecuencias jurídicas, pues se encamina específicamente a lograr los fines convenidos por las partes.

La diferencia específica que distingue al *trust* del fideicomiso, desde el punto de vista de su constitución, es precisamente la manifestación de la voluntad, ya que el fideicomiso surte efectos jurídicos al momento de que la transmisión de la propiedad de los bienes se realiza, es decir, al momento de celebrar el contrato, mientras que en el *trust* los bienes se consideran afectos al fin que se destinan desde el momento en que se realiza la manifestación de la voluntad en ese sentido por parte del *settlor*, siendo posible que posteriormente se formalice la transmisión de la propiedad, lo que en el fideicomiso no es posible pues de ser el caso se trataría probablemente de una oferta de fideicomiso, pero no la conformación del mismo.

En los ordenamientos del *Civil Law* objeto de contraste, el acto de constitución del fideicomiso o fiducia tiene la naturaleza jurídica de contrato, que suscriben cuando menos el constituyente y el fiduciario. Excepcionalmente existe la posibilidad de que sea un acto unilateral de voluntad el generador del fideicomiso, así lo contemplan la totalidad de los ordenamientos contrastados, a excepción de México, pues otorgan la posibilidad de constituirlo mediante testamento. El ordenamiento jurídico venezolano expresamente establece que el fideicomiso será válido cuando se constituya por testamento, siempre y

cuando conste la aceptación del fiduciario, sea en el mismo instrumento o por separado, lo que implica dos actos unilaterales de voluntad, el de la encomienda y el de la aceptación. Por su parte la legislación canadiense de *Québec*, también contempla dicha posibilidad respecto de la fiducia, estableciendo que cuando se otorgue por testamento se le tiene por constituida, pero surtirá efectos únicamente al fallecimiento del testador, previa aceptación por parte del fiduciario, en ambos casos estamos en presencia de dos actos unilaterales de voluntad, sin embargo, en ambos ordenamientos es necesario que se manifieste la voluntad del fiduciario, situación que no acontece con el *trust*.

SEGUNDA. Pese que eventualmente se utilizan como sinónimos, existen diferencias muy marcadas entre ambas figuras, principalmente por el desarrollo que ha tenido cada una de ellas partiendo de su particular naturaleza jurídica.

La naturaleza jurídica del *trust* como acto unilateral de voluntad deriva de su tradición histórica. Nace como un instrumento para proteger los bienes de despojos y confiscaciones propios de la Edad Media e incluso como instrumento para burlar la ley, sin embargo evoluciona como un mecanismo para salvaguardar la libre voluntad del constituyente al disponer libremente de sus bienes, tanto en vida como *mortis causa*, por esa razón no es un requisito de existencia la aceptación del *trustee* para la creación el *trust*. Ahora bien, ese respeto irrestricto a la autonomía de la voluntad del *settlor* que se da en el *Common law* ha permitido la conformación de diversos tipos de *trust* que llegan incluso a prescindir de la comparecencia del *trustee*, tal es el caso de los *implied* y *constructive trust*, que en ciertos casos son constituidos por una decisión judicial o incluso por mandato expreso de la ley.

Esta particularidad que encontramos en el *trust* del derecho anglosajón constituye una diferencia importante entre ambas figuras, ya que no es contemplada en los ordenamientos del *Civil law* analizados, sino excepcionalmente. Esto se debe a que la sistematización que ha tenido el fideicomiso en dichos ordenamientos, principalmente en Latinoamérica, ha sido en el sentido de considerarla como un contrato mercantil, que ha venido siendo desarrollado a través del tiempo con base en la experiencia y el quehacer

diario de los operadores del derecho, lo que lleva a considerar invariablemente la participación de la voluntad de las partes. Siendo esto así encontramos que todos los ordenamientos estudiados tienen un punto de partida común, que es precisamente el típico *trust* del derecho anglosajón, es decir, el *express trust*, que como su nombre lo indica, se crea por voluntad expresa del *settlor*, siendo por tanto este tipo de *trust* la convergencia entre ambos sistemas jurídicos respecto de los negocios jurídicos de carácter fiduciario, así encontramos que en México, Argentina y Venezuela el equivalente al *express trust* anglosajón, se le denomina fideicomiso, mientras que en Francia, Canadá y Colombia se le conoce como fiducia. En los ordenamientos contrastados la figura se crea a instancia y voluntad del constituyente. Los ordenamientos que regulan el fideicomiso no permiten los negocios que derivan de una decisión judicial, aunque en algunos ordenamientos cabe la posibilidad de que el fideicomiso o la fiducia se constituyan por acto diferente a la voluntad del fiduciante, tal es el caso tanto de los ordenamientos jurídicos venezolano, francés y canadiense de la provincia de *Québec*, que pese a tener como su principal forma de celebración el contrato, contemplan la posibilidad de que se constituya la fiducia por acto diverso a la manifestación de voluntad del particular, es decir, por disposición de la ley.

TERCERA. La estructura de ambas figuras respecto de las partes que intervienen es similar y por ende compatible.

En ambas figuras los participantes son cuando menos dos, el constituyente y el fiduciario, aunque normalmente encontramos tres por la incorporación del fideicomisario o beneficiario, únicamente el ordenamiento argentino contempla cuatro, ya que diferencia al fideicomisario del beneficiario, uno para gozar de los beneficios del fideicomiso y el otro para recibir lo bienes a la extinción del mismo, fuera de este caso los restantes ordenamientos regulan el número de participantes en forma similar.

Todas las legislaciones estudiadas establecen como requisito para constituir un *trust*, un fideicomiso o una fiducia, que el constituyente tenga plena capacidad jurídica para transmitir la propiedad de los bienes, salvo Francia que adicionalmente establece una

capacidad especial, que consiste en que sólo podrán ser constituyentes las personas jurídica que sean contribuyentes del Impuesto Sobre Sociedades, lo que significa que ninguna persona física ni sociedades no contribuyentes de ese impuesto podrán constituir una fiducia.

Asimismo todos los ordenamientos le permiten al constituyente tener el carácter de beneficiario, pero únicamente en el *trust* y en la fiducia canadiense se permite que tenga además el carácter de fiduciario. En la fiducia latinoamericana se prohíbe que el fiduciario tenga el carácter de fideicomisario, salvo México que lo permite en un caso excepcional respecto de los fideicomisos de garantía.

En el fideicomiso no existe una encomienda de confianza tan amplia como en el *trust* inglés, ya que al estar profesionalizada la actuación del fiduciario y tener su origen en un contrato, implica la consecución de los fines por parte del fiduciario a cambio de un honorario por realizarlo y al ser normalmente sociedades que se dediquen a la gestión fiduciaria hace que no exista la motivación subjetiva que en nuestra opinión caracteriza al *trust* anglosajón, donde es usual que la actuación del *trustee* sea gratuita al partir de una obligación de carácter moral que constriñe al ejecutor a cumplir adecuadamente con las finalidades establecidas, sin embargo, no quiere decir que la función de *trustee* carezca de profesionalización, pues existen personas y corporaciones que se dedican profesionalmente a la atención de este tipo de negocios jurídicos.

En este sentido una diferencia que puede ser relevante la encontramos en la posibilidad de que el fiduciario sea una persona física, tal y como se permite respecto del *trust*, la fiducia canadiense y el fideicomiso en Argentina, ya que en el resto de los ordenamientos contrastados, existe una profesionalización de la función y por ello sólo la pueden llevar a cabo sociedades autorizadas y supervisadas por el estado, generalmente de carácter financiero, lo que en un momento dado puede ser un obstáculo para la integración, sobre todo en aquellos países como México, Venezuela y Colombia en que los fiduciarios se encuentran sujetos a una supervisión muy estrecha por parte de la

autoridad e incluso llega a no permitirse los negocios de carácter gratuito como es el caso de Francia, lo que impediría una integración adecuada de las figuras.

CUARTA. La existencia de un patrimonio que se destina al cumplimiento de los fines, es un requisito *sine qua non* para la configuración tanto del *trust* como del fideicomiso.

El patrimonio dado en *trust*, como en fideicomiso se entiende afectado única y exclusivamente a un fin determinado, razón por la que el fiduciario no puede destinarlo a una finalidad diferente ni disponerlo para sí, teniendo la obligación de mantener el patrimonio separado de sus bienes propios de libre disposición para evitar confusión o que se vea lesionado por derechos de un tercero que en forma particular ejerzan en su contra.

Es una característica común en las legislaciones comparadas que el patrimonio no constituya garantía general de los acreedores del fiduciario, sino que sólo garantice las obligaciones contraídas en el cumplimiento de la finalidad perseguida. Para lograr lo anterior, se exige al fiduciario llevar un registro de los bienes que constituyan la materia del negocio jurídico, esto con el objeto de mantener diferenciados los patrimonios recibidos bajo este esquema de los de libre disposición que sí garantiza el cumplimiento de sus obligaciones personales.

QUINTA. Todas las legislaciones establecen como requisito que el negocio jurídico se celebre por escrito, con las formalidades que cada una establece para los bienes que vayan a conformar el patrimonio destinado al cumplimiento de los fines.

Además como publicidad del negocio jurídico se establece en todos los ordenamientos jurídicos la obligación de inscribir en el registro correspondiente las operaciones fiduciarias, excepto en el Reino Unido que no se contempla realizar registros especiales, salvo los internos del *trust* para identificar los bienes propios del *trustee* y los del *trust*. En México, Colombia y Argentina es necesario inscribir el fideicomiso y las transferencias al fiduciario en el registro público respectivo cuando se trate de bienes inmuebles y en Venezuela existe la obligación de inscribir todos los contratos de

fideicomiso en el registro mercantil correspondiente. En Francia, bajo pena de nulidad, se establece un término para inscribir el contrato de fiducia y sus modificaciones en la oficina fiscal; mientras que en Canadá únicamente se exige cuando la fiducia tiene por objeto garantizar obligaciones, publicando en el registro los derechos reales o personales, según la naturaleza de los bienes transmitidos a la fiducia.

SEXTA. Aunque la naturaleza jurídica del *express trust* y del fideicomiso, son divergentes, no son contradictorias. Una surge de una declaración unilateral de voluntad y la otra de un contrato, el efecto de ambos negocios jurídicos es similar respecto de las relaciones jurídicas que se generan con su constitución entre los participantes.

La primera relación jurídica que surge en un *trust* y en un fideicomiso, se da entre el constituyente y el ejecutor. El primero se desprende de una parte de su patrimonio para destinarlo a la realización de determinados fines y para esos efectos transmite la propiedad de los bienes que lo conforman, mismos que serán recibidos por el segundo con la consigna de llevar a cabo los fines mencionados. Al salir de su patrimonio los bienes, el constituyente deja de tener relación jurídica alguna respecto de los mismos, por lo que únicamente tendrá un derecho personal frente al ejecutor fiduciario, para obligarlo a cumplir con los fines establecidos en el acto constitutivo, esto en el caso de que se haya reservado el derecho de hacerlo, pues en caso contrario no tendrá relación futura alguna con el fiduciario.

Al recibir bienes ajenos dirigidos a cumplir con una finalidad específica, el fiduciario tiene la obligación de actuar leal y diligentemente, respondiendo con su propio patrimonio por daños o perjuicios que llegue a ocasionar su incumplimiento a lo establecido en el acto constitutivo, sólo Venezuela tipifica como delito la realización de actos violatorios de las obligaciones resultantes del fideicomiso cuando son realizados intencionalmente. La relación jurídica que se origina entre el ejecutor fiduciario y el beneficiario, que constriñe al primero en la obligación de destinar los bienes a los fines pactados en favor del segundo, es de carácter personal, pues otorga a éste último el derecho a gozar de los beneficios fijados, teniendo la facultad de exigir su cumplimiento y

de atacar los actos que el fiduciario realice en exceso de sus facultades. Únicamente la legislación de Colombia y Venezuela otorgan legitimación al fideicomisario para actuar en defensa del patrimonio del fideicomiso contra toda medida preventiva o de ejecución tomada por la autoridad en contra de los bienes, caso contrario a lo que sucede en México, donde el único legitimado para acudir ante cualquier autoridad administrativa o judicial en defensa del patrimonio del fideicomiso es el fiduciario, como propietario de los bienes y titular de los derechos y obligaciones que lo integran, teniendo el fideicomitente y/o el fideicomisario únicamente el derecho de instruir al fiduciario para que proceda a la defensa, pero nunca a intervenir con ese carácter a la defensa respectiva.

Para acreditar el debido cumplimiento de sus obligaciones, el fiduciario está obligado a rendir cuentas periódicas de su actuación y de los movimientos que haya sufrido el patrimonio.

SÉPTIMA. La duración del *trust* o el fideicomiso es temporal, es decir, en todos los ordenamientos legales contrastados se contempla la prohibición de tener una vigencia indefinida para evitar el estancamiento económico de los bienes.

La extinción tanto del *trust* como del fideicomiso en todos los ordenamientos analizados, se da por causas de terminación muy similares, esto debido a la identidad de ambas figuras respecto de la encomienda basada en la confianza y la creación de un patrimonio destinado exclusivamente a ello. Encontramos que la extinción puede darse por actos propios de los participantes o por causas ajenas a los mismos. Dentro de los más relevantes, está la revocación, que en el *trust* es procedente siempre que el *settlor* se haya reservado ese derecho, si no lo hizo, entonces no podrá revocarlo salvo que cuente con el consentimiento del beneficiario o bien que la omisión se haya debido a un error. En el caso del fideicomiso mexicano, es necesario que el constituyente se reserve ese derecho, pues de lo contrario se entenderá que es irrevocable y el constituyente no tendrá más derechos que los que haya establecido en el acto constitutivo o a recibir los bienes a la terminación en caso de que no se les haya establecido otro destino. Francia sólo permite la

revocación en caso de que el beneficiario no haya manifestado su aceptación, pues en caso contrario se requerirá de su consentimiento.

Una vez extinguido tanto el *trust* como el fideicomiso, se contempla la posibilidad de que los bienes se reintegren al patrimonio del constituyente, salvo que se hubiere pactado lo contrario.

OCTAVA. La característica divergente más significativa del *trust* respecto del fideicomiso, se encuentra en la naturaleza jurídica de la propiedad de los bienes, ya que en *trust* consiste en el desdoblamiento de la propiedad en una propiedad legal o *legal ownership* que le corresponde al *trustee* y una propiedad en equidad o *equity ownership* que tendrá el *cestui que trust*, lo que no se da en los ordenamientos pertenecientes al *Civil law*. Esto significa que en el *trust* son propietarios del patrimonio tanto el *trustee* como el *cestui que trust*, mientras que en el fideicomiso el propietario o titular del patrimonio lo será únicamente el fiduciario, sin que el fideicomisario tenga derecho alguno respecto de los bienes, sino que su derecho está limitado a la facultad de exigir al fiduciario el cumplimiento de dispuesto en el acto constitutivo respectivo. La excepción se encuentra en la fiducia canadiense, donde no existe la transmisión de propiedad hacia el fiduciario, sino que dicha transmisión se realiza para conformar un nuevo patrimonio denominado de afectación, respecto del cual ninguna de las partes en la fiducia tiene un derecho real, sino que el fiduciario es un simple administrador de bienes ajenos con la encomienda de realizar los fines establecidos en el acto constitutivo respectivo, teniendo para ello la disposición exclusiva del patrimonio por lo que los títulos relativos a los bienes son establecidos a su nombre y por tanto tiene todas las prerrogativas necesarias para actuar como si fuera dueño, goza de todos las facultades y derechos inherentes al patrimonio para lograr los fines buscados con la afectación, incluidos los de disposición de los bienes, pero siempre en los términos del acto constitutivo.

No obstante las diferencias tan marcadas en cuanto a la propiedad de los bienes, los efectos que producen tanto el *trust* como el fideicomiso latinoamericano y las fiducias francesa y canadiense, el efecto es similar y por ende compatible, ya que el derecho de

propiedad que le corresponde al beneficiario en el *trust* es relevante al momento en que alguno de los bienes del *trust* salen del patrimonio por un uso indebido de las facultades del *trustee*, pues en ese caso el beneficiario tendrá la acción denominada *tracing*, que es el equivalente a la acción reivindicatoria que en los sistemas del *Civil law* se le concede al propietario de los bienes cuando es privado de ellos indebidamente. En el caso del fideicomiso y de las fiducias mencionadas, el beneficiario goza de la posibilidad de solicitar la nulidad de los actos efectuados por el fiduciario en exceso de facultades, con el objeto de que los bienes sean restituidos al patrimonio respectivo. El efecto que buscan todas las legislaciones es la de que los bienes se reintegren al patrimonio para el debido cumplimiento de los fines propuestos, siendo así que esta diferencia no repercute en la compatibilidad de las figuras.

NOVENA. La finalidad principal del Convención de la Haya relativa a la ley aplicable al *trust* y su reconocimiento es establecer disposiciones comunes sobre la aplicación de la figura, así como resolver los problemas que lleguen a suscitarse respecto de su reconocimiento, para de esta manera permitir que surta sus efectos en un ordenamiento jurídico distinto al de su constitución e incluso de una familia jurídica diferente.

La Convención es aplicable a cualesquiera relaciones jurídicas creadas por el constituyente, sea por acto *inter vivos* o *mortis causa*, mediante la colocación de bienes bajo el control de un *trustee* en interés de un beneficiario o con un fin determinado, requiriendo además lo siguiente:

- Que sea creado en forma expresa por el constituyente.
- Que se constituya un patrimonio separado de *trustee* o ejecutor.
- El título sobre los bienes se instituyen a nombre de éste último o de otra persona por cuenta de aquél.
- Que tenga la facultad y la obligación de rendir cuentas periódicas sobre su gestión, sea sobre la administración o disposición de los bienes, en los términos establecidos en el acto constitutivo o en la ley que lo regula.

Todas las características exigidas en el Convenio, son perfectamente compatibles con las del fideicomiso en general y con el mexicano en particular, ya que la legislación que lo regula exige que se celebren por escrito, mediante manifestación de la voluntad del constituyente y del fiduciario; el patrimonio se entiende afecto a fin que se destine y por ende se considera un patrimonio autónomo en el sentido de que los bienes se encuentran separados de los del activo de libre disposición del fiduciario; además de que el fiduciario tiene la obligación de llevar una contabilidad especial por cada contrato que celebre; el fiduciario recibe la propiedad de los bienes materia del fideicomiso, cuenta con todas las facultades de dueño para llevar a cabo los actos necesarios para el cumplimiento de los fines y, finalmente la ley mexicana establece que el fiduciario tendrá la obligación de rendir cuentas cuando se le haya requerido.

Respecto de este punto concluimos que no existe ninguna disposición en la Convención que sea incompatible con la naturaleza del fideicomiso mexicano, siendo, en este sentido, perfectamente viable la incorporación de México al mismo.

DÉCIMA. Finalmente podemos concluir que las necesidades financieras, económicas y personales que surgen de la globalización que se gesta actualmente, demandan mecanismos jurídicos que armonicen dicha tendencia y hagan más accesible la celebración de negocios entre los nacionales de los diversos países, siendo el *trust* y el fideicomiso instrumentos que por su gran flexibilidad son idóneos para llevarlos a cabo.

El problema que se presenta por la diversidad de ordenamientos jurídicos a que se encuentran sujetas las relaciones de negocios se agudiza cuando los participantes pertenecen a familias jurídicas diferentes, como sucede con las figuras del *trust* y el fideicomiso, sin embargo, del estudio comparativo realizado se desprende que existen elementos y características comunes que pueden llegar a integrar una normatividad que acoja ambas figuras jurídicas.

Al ser afines los elementos constitutivos y operacionales de ambas figuras, desde el punto de vista de su estructura y efectos, concluimos que es posible la aplicación indistinta

del *trust* y del fideicomiso en los diversos ordenamientos jurídicos pese a ser de familias jurídicas diferentes, siempre que en los ordenamientos jurídicos se permita la aplicación de la ley extranjera en este sentido.

Acorde a los resultados de la investigación, a continuación nos permitimos sugerir los lineamientos generales que pueden tomarse en consideración para lograr la armonización de los diversos ordenamientos jurídicos relacionados con las figuras en estudio. Dichos lineamientos contienen los elementos comunes e integradores de los ordenamientos contrastados que pueden permitir que tanto el *trust* como el fideicomiso, particularmente el mexicano, lleguen a ser reconocidos en otros sistemas jurídicos, permitiendo su aplicación fuera de su ámbito espacial de validez.

a) Concepto. El negocio jurídico de carácter fiduciario es aquel que tiene por objeto destinar ciertos bienes que salen del patrimonio del constituyente para aplicarse exclusivamente al cumplimiento de una finalidad determinada por éste en el acto constitutivo y que puede ser de carácter general o bien, en beneficio del propio constituyente o de un tercero.

b) Las Partes y sus características. El constituyente es la persona natural o jurídica que transmite ciertos bienes de su patrimonio para ser destinados única y exclusivamente al cumplimiento de los fines que el propio constituyente establece en el acto constitutivo. El constituyente debe ser propietario de los bienes y tener plena capacidad jurídica para transmitirlos.

El constituyente tiene el derecho de fijar los términos y condiciones bajo las cuales se afectará el patrimonio al cumplimiento de los fines y su destino a la extinción del mismo. De acuerdo a la naturaleza del negocio tendrá la facultad de reservarse derechos para modificar o revocar total o parcialmente el negocio, incluyendo la separación de beneficiarios y la inclusión de nuevos, así como para instruir al fiduciario para la celebración de los actos jurídicos necesarios para el cumplimiento de los fines, supervisar la

actuación del fiduciario, requerirle la rendición de cuentas y en general cualquier derecho relacionado con la finalidad buscada.

El constituyente puede tener el carácter de fiduciario cuando un tercero sea el beneficiario y también puede designarse como beneficiario para recibir de un fiduciario distinto de él los provechos del negocio respectivo.

El ejecutor o fiduciario es la persona que recibe y detenta el control de los bienes, teniendo la obligación de cumplir con los fines establecidos, contará con todos los derechos y con todas las facultades que sean necesarias para cumplir con dichos fines, por lo que debe tener la capacidad jurídica plena tanto para desempeñar el cargo conforme a la legislación aplicable al negocio respectivo, como para realizar los actos jurídicos que sean necesarios para ese efecto, incluyendo la plena disposición de los bienes. Debe actuar con diligencia y lealtad, siempre en interés del beneficiario o de los fines establecidos y responderá con sus bienes de libre disposición por dicha actuación.

Podrá ser una persona física o natural en aquellos casos en que se contemple, en la legislación aplicable al negocio de que se trate, una regulación específica sobre su actuación que incluya la supervisión por parte de un organismo estatal o por un tercero ajeno a la relación fiduciaria.

Puede tener el carácter de beneficiario en un mismo negocio sólo en el caso de que exista otro fiduciario que no sea beneficiario ni constituyente.

El beneficiario es la persona designada por el constituyente para gozar de los beneficios del negocio jurídico en los términos que aquél indique, por lo que tendrá los derechos inherentes a dichos beneficios. El beneficiario debe tener la capacidad jurídica necesaria para gozar de los provechos respectivos y ser determinado o determinable al momento de la constitución.

c) Patrimonio. Consiste en la masa de bienes separada del patrimonio de libre disposición del fiduciario, cuya disposición jurídica es exclusiva de éste para ser destinados al cumplimiento de los fines establecidos en el acto constitutivo del negocio jurídico. El patrimonio se conformará por los bienes que transmita el constituyente, las aportaciones posteriores y los frutos que lleguen a generarse por la inversión o explotación de dicho patrimonio.

Los bienes que conformen el patrimonio podrán ser de cualquier tipo, siempre que el constituyente esté en aptitud de destinarlos a un fin específico y que este sea lícito. Estarán afectos al fin establecido en el acto constitutivo, por lo que el fiduciario debe destinarlo únicamente a ese fin, sea en beneficio de una persona o de la finalidad general establecida por el constituyente.

En virtud de los bienes se consideran afectados al cumplimiento de un fin, no podrán ser perseguidos por los acreedores personales del fiduciario y sólo responderán por las operaciones realizadas por éste en cumplimiento de los fines.

d) Formalidad. El negocio jurídico de carácter fiduciario deberá ser constituido siempre por escrito, con la formalidad que la ley del lugar de celebración exija de acuerdo a la naturaleza del acto y de los bienes, deberá contar con la manifestación expresa del constituyente de transmitir dichos bienes, sea en vida o mediante disposición por causa de muerte para el cumplimiento de una finalidad determinada y deberá constar en el mismo documento o en documento por separado con la aceptación del fiduciario para que se considere constituido. En los casos en que se derive de una disposición por causa de muerte, el negocio jurídico se perfeccionará una vez que el fiduciario acepte la encomienda y los efectos se retrotraerán a la fecha de la muerte del constituyente.

e) Efectos. En virtud de la relación jurídica que se crea con el negocio, el fiduciario estará obligado a actuar siempre en el mejor provecho del beneficiario o de la finalidad establecida por el constituyente, actuando siempre como si el negocio fuera propio y deberá hacerlo personalmente, salvo que en el acto constitutivo o en sus reformas,

se le permita delegar alguna gestión. El fiduciario tendrá obligación de proporcionar información que le sea requerida y rendir cuentas al beneficiario, al constituyente (si se reservó algún derecho) o el tercero autorizado por la ley para ello, quienes estarán legitimados para requerírselas y para revisar las operaciones que estimen convenientes que hayan sido realizadas en cumplimiento de los fines.

El fiduciario deberá mantener separados los bienes que sean materia del negocio jurídico de carácter fiduciario de aquellos que sean de libre disposición, así como de otros patrimonios fiduciarios que haya recibido, por lo que tendrá la obligación de llevar un registro de contabilidad que permita cumplir con lo señalado y con la plena identificación de las operaciones realizadas, así como inscribir en el registro respectivos los bienes u operaciones que establezca el ordenamiento jurídico que le sea aplicable.

Los derechos que deriven del negocio, tanto a favor del beneficiario como del constituyente, en su caso, serán de carácter personal en contra del fiduciario para obligarlo a cumplir en los términos de lo establecido en el acto constitutivo, por lo que dichos derechos estarán limitados a lo ahí establecido y a lo que se derive de su cumplimiento.

f) Actuación deficiente y violación a los términos establecidos. En caso de pérdida parcial o total del patrimonio por incumplimiento, negligencia o actuación en exceso de facultades por parte del fiduciario, éste responderá personalmente por los perjuicios que por ello se causen, teniendo el beneficiario y el constituyente, en los casos en que se haya reservado esa facultad, el derecho de reclamar la nulidad del acto mediante el cual hayan salido del patrimonio para lograr su reintegración al mismo y así continuar con el debido cumplimiento de los fines, incluso cuando estos hayan sido transmitidos a un tercero, salvo en el caso de que éste último los hubiere adquirido buena fe.

El beneficiario, el constituyente (si se reservó algún derecho) o el tercero autorizado por la ley para el caso de finalidades generales, tendrán el derecho de solicitar judicialmente que el fiduciario realice determinados actos jurídicos para cumplir con los fines o deje de realizar algunos que les perjudiquen, pudiendo incluso solicitar la

destitución y reemplazo del fiduciario en aquellos casos de incumplimiento o de cumplimiento negligente.

g) Extinción del negocio. El negocio jurídico de carácter fiduciario se extingue cuando se de alguno de los siguientes eventos:

- Que se hayan realizado los fines para los cuales fue constituido.
- Cuando los fines sean de imposible realización.
- Por imposibilidad de cumplimiento de la condición suspensiva a la que se hubiere sujetado.
- Por el cumplimiento de condición resolutoria a la que estaba sujeto.
- Por renuncia, remoción o no aceptación del fiduciario.
- Por revocación cuando el ordenamiento jurídico así lo permita.
- Por pérdida total de los bienes materia del mismo.
- Por vencimiento del plazo establecido por las partes en el acto constitutivo o el máximo permitido en la ley.
- Por muerte, incapacidad, disolución, liquidación o quiebra del fiduciario, según sea persona física o sociedad, salvo que este contemplada la sustitución.
- Por incumplimiento de alguna de las partes a los términos establecidos en el acto constitutivo.
- Por resolución dictada por tribunal competente, sea por actos o acciones de de las partes o de un tercero que impidan el cumplimiento o que pongan fin al negocio.
- Por convenio entre las partes, cuando los términos señalados en el acto constitutivo o en la ley así lo permitan.

A la extinción del negocio, los bienes serán revertidos al constituyente o sus sucesores, salvo que se haya pactado otro destino en el acto constitutivo o sus reformas.

Bibliografía.

Acosta Romero, Miguel. *Teoría general del acto jurídico y obligaciones*. Editorial Porrúa, México, 2002

Acosta Romero, Miguel y Pablo Roberto Almazán Alaniz. *Tratado teórico práctico del fideicomiso*. Editorial Porrúa, México, 1993.

Alchourrón, Carlos y Bulygin, Eugenio. *Sobre la existencia de las normas jurídicas*. Biblioteca de ética, filosofía del derecho y política, Ediciones Fontamara, México, 1997.

Alboroz, María Mercedes, “El derecho aplicable a los contratos internacionales en el sistema interamericano”, *Iustitia, Revista Jurídica del Departamento de Derecho*, Instituto Tecnológico y de Estudios Superiores de Monterrey, No. 16, Mayo de 2007.

Avini, Avishek. “The Origins of the Modern English Trust Revisited”. *Tulane Law Review*, Tulane University, No. 40, Marzo de 1996.

Banco Mexicano Somex, S.A. *Las instituciones fiduciarias y el fideicomiso en México*. Acosta Romero, Miguel (Coordinador). Fomento Cultural de la Organización Somex, A.C., México, 1982.

Barbieri, Pablo C. *Contratos de empresa*. Editorial Universidad, Buenos Aires, 1998.

Barrera Graf, Jorge. *Estudios de derecho mercantil. Dos estudios sobre fideicomiso*. Editorial Porrúa, México, 1958.

Batiza Rodolfo. *El fideicomiso, teoría y práctica*. 6ª edición, editorial Jus, México, 1991.

----- *Principios básicos del fideicomiso y de la administración fiduciaria*. Porrúa, México, 1985.

----- *Tres estudios sobre el fideicomiso*. Imprenta Universitaria, México, 1954.

Béraudo, Jean Paul. *Les Trust Anglo-saxons et le Droit Francais*. Ed. L.G.D.J., París, 1992.

Bobbio, Norberto. *El Problema del positivismo jurídico*, 6ª. Edición, Versión castellana de Ernesto Garzón Valdés, Biblioteca de ética, filosofía del derecho y política, Ediciones Fontamara, México. 1999.

----- *Teoría general del derecho*, traducción de Eduardo Roza Acuña, Editorial Debate, Quinta reimpresión, España, 1998

- Bogert T., George. *Trust*. Sixth edition, West Publishing Co., St. Paul, Minnesota, 1987
- Boffi Boggero, Luis María. *Tratado de las obligaciones. Tomo 3*. Editorial Astrea, Buenos Aires, 1985.
- Boretto, Mauricio *Concurso, fideicomiso de garantía, cesión de créditos en garantía y descuento bancario*. Ad-Hoc, Buenos Aires, 2005.
- Bravo González Agustín y Beatriz Bravo Valdés, *Segundo curso de derecho romano*, Editorial Pax-México, México, 1975
- Carregal, Mario A. *El fideicomiso*. Ed. Universidad, Buenos Aires, 1982.
- *Fideicomiso de garantía: lícito y necesario*, La Ley, Buenos Aires, 2002.
- *Fideicomiso de garantía, en derecho empresarial actual, Homenaje al Dr. Raymundo L. Fernández*. Cuadernos de la Universidad Austral, Coordinador Dr. Osvaldo R. Gómez Leo, Ed. Depalma, 1996.
- Campagnucci de Caso, Rubén. *El negocio jurídico*. Editorial Astrea, Buenos Aires, 1992
- Casas Sanz de Santamaría, Eduardo. *Del trust anglosajón a la fiducia en Colombia y materias aledañas*. Tercera edición, Editorial Temis, Bogotá, Colombia, 2004
- Castrillón y Luna, Víctor M. *Contratos mercantiles*. Editorial Porrúa, México, 2003.
- Cervantes Ahumada Raúl, *Títulos y operaciones de crédito*, 10ª edición, editorial Herrero, México, 1978.
- Checa Martínez, Miguel. *El trust angloamericano en el derecho español*, McGraw-Hill/Interamericana de España, 1998.
- Cisneros Farías, Germán. *La voluntad en el negocio jurídico*. Editorial Trillas, México, 2001.
- Dahlén, Ashk P. *Islamic Law, Epistemology and Modernity*. Shahrough Akhavi, University of South Caroline, New York & London, 2003.
- Dávalos Mejía, Carlos L. *Títulos y contratos de crédito, quiebras*. Editorial Harla, México, 1984.
- *Títulos y operaciones de crédito*. Tercera edición, Editorial Oxford University Press, México, 2006.
- De Castro y Bravo, F. *El negocio fiduciario*. Civitas, Madrid, 1985.

Delany, Hilary. *Equity and the Law of Trust in Ireland*. Thomson Round Hall. Dublín, Ireland, 2007.

De la Fuente Rodríguez, Jesús. *Tratado de derecho bancario y bursátil. Seguros, fianzas, organizaciones y actividades auxiliares del crédito, ahorro y crédito popular, grupos financieros*. Tomo I, Quinta edición actualizada, Ed. Porrúa, México. 2007.

De la Sierra, Susana: *Una metodología para el derecho comparado europeo. Derecho público comparado y derecho administrativo europeo*. Cuadernos Civitas. Thomson-Civitas, Madrid, 2004.

De Pina Vara Rafael, *Diccionario de Derecho*, Editorial Porrúa, 35ª Edición, México, 2006.

Díez-Picazo, Luis. *Fundamentos del derecho civil patrimonial*. Segundo volumen, Editorial Tecnos, Madrid. 1978.

Díez-Picazo, Luis y Gullón, Antonio. *Instituciones de derecho civil. Volumen II/1*. 2ª edición, Editorial Tecnos, Madrid, 1995.

Díez-Picazo, Luis; Roca Trías, E. y Morales, A. *Los principios del derecho europeo de contratos*. Civitas Ediciones, Madrid. 2002.

Domínguez Martínez Jorge Alfredo, *El fideicomiso ante la teoría general del negocio jurídico*, 3ª edición, Editorial Porrúa, México, 1982.

Esparza, Gustavo Américo. *El fideicomiso: Introducción a un estudio comparado de su legislación en Argentina, Méjico y Panamá*. Ediciones GOWA Profesionales, Argentina, 2006.

Estevez Brasa, Teresa M. *Derecho civil musulmán*. Ediciones Depalma, Buenos Aires, 1981.

Flores Gómez González Fernando, *Introducción al estudio del derecho y derecho civil*, 6ª edición, Editorial Porrúa, México, 1999.

Floris Margadant, Guillermo, *Panorama de la historia universal del Derecho*, 7a. edición, editorial Miguel Ángel Porrúa Editores, México, 2002.

----- *El derecho privado romano*, 13a. edición, editorial Esfinge, México, 1985.

Giraldi, Pedro Mario. *Fideicomiso (Ley 24.441)*. Editorial Depalma, Buenos Aires, 1998.

Gómez Gordillo, Ismael et al. *El fideicomiso y los proyectos de infraestructura*. UNAM, Instituto de Investigaciones Jurídicas, México, 1996.

Gómez-Robledo Verduzco, Alonso. *Temas selectos de derecho internacional*. 3a. edición, Instituto de Investigaciones Jurídicas, Universidad Nacional Autónoma de México. 1999.

Gutiérrez y González, Ernesto. *Derecho de las obligaciones*, 14ª edición, Editorial Porrúa, México, 2002.

----- *El Patrimonio*. Sexta edición, Editorial Porrúa, México, 1999.

Hayton, David J., Kortmann, S.C.J.J. y Verhagen, H.L.E. *Principles of European Trust Law. Law of Business and finance, Volume I*. Kluwer Law International- W:E:J: Tjeenk Willink, The Hague, The Netherlands. 1999.

Hayton, David J. *Extending the Boundaries of Trust and Similar Ring-Fenced Funds*. Kluwer Law International. 2002. [en línea] Disponible en la World Wide Web: http://books.google.com.mx/books?id=qGPBAPJz4sAC&pg=PA23&lpg=PA23&dq=Hayton,+David.+The+English+trust+concept&source=bl&ots=hGN1gVmq2r&sig=gK8nfqj8OzLgy2klBRdJvm7ysgg&hl=es&ei=s5RUS6uBB8a0tfg37mtDA&sa=X&oi=book_result&ct=result&resnum=1&ved=0CAcQ6AEwAA#v=onepage&q=Hayton%20David.%20The%20English%20trust%20concept&f=false

Hayzus, Jorge Roberto. *Fideicomiso: finalidades en los ámbitos familiar y de negocios, funciones del fiduciario, patrimonios separados, protección de los beneficiarios, administración*. Astrea, Buenos Aires, 2001.

Herbots, J. & Philippe, d. (directores.) *Le Trust et la Fiducie - Implications Pratiques / De Trust en de Fiduciaire Overeenkomst - Practische Implicaties*; Bruylant, Bruxelles, 1997.

Institute Suisse de droit comparé. *Le trust en Droit International Privé. Perspectives Suisses Et Etrangères*. Actes de la 17ª Journée de droit international privé du 2005 á Lausanne, ed. Schulthes, Médias Juridiques, Gêneve, 2005.

Iturbide, Gabriela A. *El fideicomiso de garantía*. Hammurabi, Buenos Aires, 2007.

Keeton, Georges W. *The Law of Trust*. Sir Isaac Pitman & Sons, Ltd, ninth edition, London, 1968.

Kiper, Claudio M. y Lisoprawsky, Silvio V. *Teoría y práctica del fideicomiso*. Ed. Depalma, Buenos Aires. 1999.

----- *Fideicomiso, Dominio Fiduciario. Securitización*. Ed. Depalma; Buenos Aires, 1995.

----- *Obligaciones y responsabilidades del fiduciario*. Ed. Depalma, Buenos Aires, 1999.

Krieguer Vázquez Emilio, *Manual del fideicomiso mexicano*, Banco Nacional de Obras y Servicios Públicos, S.A., México, 1976.

Lapaulle, Pierre. *Tratado teórico práctico de los trusts en derecho interno, derecho fiscal y en derecho internacional*. Traducción y estudio sobre el fideicomiso mexicano por Pablo Macedo. Editorial Porrúa, México, 1975.

- Lascala, Jorge Hugo. *Práctica del fideicomiso*. Editorial Astrea, Buenos Aires, 2003.
- León Tovar, Soyla H. *Contratos mercantiles*. Editorial Oxford University Press, México, 2004.
- Luna Guerra, Antonio. *Régimen legal y fiscal del fideicomiso 2009*. Ediciones Fiscales ISEF, México, 2008.
- Malagón, Jaime F. *Fideicomiso y concesión: ensayo sobre estructuras financiables para obras y servicios públicos en Latinoamérica*. Porrúa, México, 2002.
- Magallón Ibarra Jorge Mario, *Instituciones de derecho civil*. T-I, Editorial Porrúa, México, 1987.
- Martorell, Ernesto Eduardo. *Tratado de los contratos de empresa. T-II. Contratos bancarios*. 2ª edición, Editorial Depalma, Buenos Aires, 2000.
- Muñoz, Luis. *El fideicomiso*. Segunda edición, Cárdenas Editor y Distribuidor, México, 1980.
- Narváez García, José Ignacio. *Obligaciones y contratos mercantiles*. Segunda edición, Editorial Legis, Colombia. 2002.
- Nasarre Aznar, Sergio y Martín Garrido, Melero (coordinadores). *Los patrimonios fiduciarios y el Trust*. III Congreso de Derecho Civil Catalán, Colegio Notarial de Cataluña, Marcial Pons, Ediciones Jurídicas y Sociales. Madrid. 2006.
- Nino, Carlos S. *Algunos modelos metodológicos de "Ciencia Jurídica"*. Segunda edición, Biblioteca de ética, filosofía del derecho y política, Ediciones Fontamara, México, 1995
- Petit, Eugene. *Tratado elemental de derecho romano*. Décima séptima edición, Traductor José Fernández González, Editorial Porrúa, México, 2001.
- Ortiz Urquidi Raúl. *Derecho Civil*. Editorial Porrúa, México, 1977.
- Parra Rodríguez, Carmen. *El Nuevo derecho internacional de los contratos*. Universidad Externado de Colombia, Bogotá, 2002.
- Peczenik, Aleksander. *Derecho y razón*, Versión castellana de Ernesto Garzón Valdés, primera reimpresión, Biblioteca de ética, filosofía del derecho y política, Ediciones Fontamara, México, 2003
- Peña Guzmán Luis Alberto, *Derecho romano*, 2ª edición, Editorial Tipografía de Argentina, Buenos Aires, 1966.

Péreznieto Castro, Leonel. *Derecho internacional privado*. 7ª edición. Ed. Oxford University Press, México, 2002.

Philip, James S.. *Introduction to English Law*. versión castellana de Jesús Torres García, Editorial Temis, S.A., Santa Fé de Bogotá, 1996.

Planiol, Marcel y Georges Ripert, *Tratado elemental de derecho civil*. Traducción de Leonel Péreznieto y Castro, 3ª edición, L.G.D.J., París, 1946, en Biblioteca de Clásicos del Derecho, V-8, Editorial Harla, México, 1997.

Posner A., Richard. *El análisis económico del derecho*. Trad. Eduardo L. Suárez, Editorial Fondo de Cultura Económica, México, 1998.

Puig de la Parra, Sergio. “Posner y las nuevas reglas de expropiación establecidas en el TLCAN”. *Revista mexicana de Derecho Internacional privado y comparado*. Academia Mexicana de Derecho Internacional Privado y Comparado, No. 13, abril de 2003.

Ravassa Moreno, Gerardo José. *Derecho mercantil internacional. Principios y normas*. Ediciones Jurídicas Gustavo Ibáñez, Bogotá, 2002

Rengifo, Ramiro. *La fiducia. Legislación nacional y derecho comparado*. 2ª edición, Fondo Editorial Universidad, Colombia, 2001.

Rikol, Robert A. with Waschka, Larry. *Managing family trusts. Taking Control of Inherited Wealth*. John Wiley & Sons, Inc. New York, 1999.

Rodríguez Azuero, Sergio. *Negocios fiduciarios*. Legis Editores, Bogotá, Colombia, 2005.

Rodríguez Ruiz, Raúl. *El Fideicomiso y la organización contable fiduciaria*, sexta edición, Ediciones Contables y Administrativas, S.A., México, 1985.

Rodríguez y Rodríguez, Joaquín, *Derecho bancario*, Editorial Porrúa, México, 1978.

Rojina Villegas Rafael, *Compendio de derecho civil*, T-I y II, 30ª. Edición, Editorial Porrúa, México, 2001.

Rocha Núñez, Eduardo. *La Banca fiduciaria*, Banco BCH, S.N.C., D.F., México, 1987.

Sánchez, Luis Manuel. *Límites del modelo de ciencia jurídica actual*, Revista Isonomía, No. 8, correspondiente a abril, México, 1998.

Sánchez Vega, Javier Alejandro. *La estrategia fiscal mediante contratos de fideicomiso*. Instituto Mexicano de Contadores Públicos, México :, 2009.

Santero, Laura. *Il Trust in Italia. Il Diritto Privato Oggi*. Giuffré Editore, Milano, 2004.

Schultz, Fritz. *Tratado de derecho romano clásico*. Traducción de José Santa Cruz Telgeiro, Editorial Bush, Barcelona, 1960.

Schulze, Enika y Patterson Susan. *Introduction to the American Legal System*. 8th. Edition, Pearson Prentice Hall, Legal series, New Jersey. 2006.

Sepúlveda Sandoval Carlos, *Contratos civiles. Teoría general y análisis en particular de sus diversas clases*. Primera parte., Lazcano Garza Editores, S.A. de C.V., Monterrey, México. 2006.

- - - - - *De los derechos personales, de crédito u obligaciones*. Editorial Porrúa, México. 2002.

Secretaría de Hacienda y Crédito Público, Dirección General de Bancos, Seguros y Valores, *Legislación Bancaria*, T-I, 1830-1932, México, 1980.

Serrano Trasviña, Jorge. *Aportación al fideicomiso*. U.N.A.M., México, 1950.

Sortais, Jean Pierre. *El trust en Europa. Memorias del XVI Congreso Latinoamericano de Fideicomiso, Octubre del 2006, Montevideo, Uruguay*, Comisión Latinoamericana de Fideicomiso.

Texeiro Valladao, Haroldo. *Derecho internacional privado*. Traducción de Leonel Péreznieta Castro, Editorial Trillas, México, 1987.

Waters, Donovan W. M., Mark R. Gillen and Lionel D. Smith, *Waters' Law of Trusts in Canada*, 3rd ed., Toronto, ed. Thomson Carswell, 2005.

Virgos Soriano, Miguel. *El trust y el Derecho Español*. Editorial Aranzadi, Thomson Civitas, Navarra, España, 2006.

Villagordoa Lozano, José Manuel. *Doctrina general del fideicomiso*. Editorial Porrúa, México, 1976

Villegas, Carlos Gilberto, *Títulos valores y valores negociables*, Editorial La Ley, Argentina, 2004.

Villegas Hernández Eduardo y Rosa Ma. Ortega Ochoa. *El Nuevo sistema financiero mexicano*, Tercera reimpresión, Editorial Pac, S.A. de C.V., México, 1992

Villoro Toranzo, Miguel. *Introducción al estudio del Derecho*, 4ª edición, Editorial Porrúa, México, 1978.

Zweigert, Konrad y Kötz, Heins. *Introducción al derecho comparado*. Traducción de Arturo Aparicio Vázquez, Editorial Oxford University Press, México, 1998.

Artículos de Internet

Baskan, Birol. "Waqf System as a Redistribution Mechanism in Ottoman Empire." *Northwestern University. Department of Political Science*. [en línea] Chicago, April 2002. Disponible en la World Wide Web:

http://cas.uchicago.edu/workshops/mehat/past_conferences/Baskan.pdf

Cámara Lapuente, Sergio. "Trust a la francesa" *Revista InDret. Revista para el análisis del Derecho. Universidad de la Rioja, España*, No. 283, mayo del 2005. Disponible en la World Wide Web: www.indret.com.

Capote Pérez, Luis Javier "El trust como institución representativa." *Revista Anales de la Facultad de Derecho de la Universidad de La Laguna*. España, No. 15, 1998. [en línea] Disponible en la World Wide Web: <http://dcivil.galeon.com/page11.html>

"El fideicomiso público, Normatividad relacionada y situación a marzo del 2005." Centro de Estudios de las Finanzas Públicas de la Cámara de Diputados del Congreso de la Unión. [en línea] Disponible en la World Wide Web:

<http://www.cefp.gob.mx/intr/edocumentos/pdf/cefp/cefp0252005.pdf>

Graun, Ernesto, "Una visión sistémica y cibernética del Derecho." *Revista Telemática de Filosofía del Derecho*, Buenos Aires, No. 3, 1999, versión electrónica disponible en www.terra-juridica.com.

Hayton, David. *The English Trust Concept*. [en línea] Disponible en la World Wide Web: <http://www.assotrust.org/Pagine/trust%20concept.html>

Hoyos Ramirez, Liliana. "Fiducia en Colombia." Disponible en la World Wide Web: <http://www.gerencie.com/fiducia-mercantil.html>.

Ise, María Virginia. "El Fideicomiso en la legislación argentina. Su impacto en el derecho público y privado." *Facultad de Derecho, Ciencias Sociales y Políticas- Universidad Nacional del Nordeste*. Argentina, 2006, Disponible en la World Wide Web: <http://www.unne.edu.ar/Web/cyt/cyt2006/01-Sociales/2006-S-002.pdf>

Jolowicz, J. A. "Vistazo al common law" Boletín del Instituto de Derecho Comparado de México. Biblioteca jurídica virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM, Número 60 Septiembre-Diciembre, Año 1967, Disponible en la World Wide Web: <http://www.juridicas.unam.mx/publica/rev/indice.htm?r=indercom&n=60>

Lerner, Pablo "Sobre armonización, derecho comparado y la relación entre ambos" Boletín Mexicano de Derecho Comparado. Biblioteca jurídica virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM, Nueva Serie Año XXXVII número 111 Septiembre-Diciembre, Año 2004, Disponible en la World Wide Web: <http://www.juridicas.unam.mx/publica/librev/rev/boletin/cont/111/art/art4.pdf>

Maksudoglu, Mehmet. "Waqf." [en línea] Disponible en la World Wide Web: http://dinarydirham.com/Textos/Awqaf/Portada_Awqaf.htm

Malumián, Nicolás. "El Fideicomiso Rioplatense: Similitudes y diferencias con los restantes fideicomisos latinoamericanos." *Memorias del XV Congreso Latinoamericano de Fideicomiso celebrado en Montevideo, Uruguay, noviembre de 2006* Disponible en la World Wide Web: www.felaban.com/congreso_fideicomiso/.../11_nicolas_malumian.pdf, también disponible en http://www.felaban.com/memorias_fideicomiso.php

Pardo Núñez, Celestino. "Confusión de patrimonios y publicidad registral: El caso del trust." *Revista crítica de derecho inmobiliario*, N° 697, 2006, pags. 1909-1974. Disponible en la World Wide Web: <http://dialnet.unirioja.es/servlet/articulo?codigo=2166189>

Peña Collazo, Karen. "Aspectos básicos de la gestión Fiduciaria en Venezuela". *Memorias del XV Congreso Latinoamericano de Fideicomiso celebrado en Panamá, septiembre de 2005*. [en línea] Disponible en la World Wide Web: http://www.felaban.com/memorias_congreso_colafi_2005_2.php

Pegoraro, Lucio. "Premisas metodológicas para una investigación de derecho comparado de las garantías constitucionales y subconstitucionales de los entes locales". Traducción de Pedro Torres Estrada, *Revista Letras Jurídicas Núm. 6, Julio 2002*. Bolonia, [en línea] Disponible en la World Wide Web: <http://vlex.com.mx/vid/premisas-metodologicas-subconstitucionales-42211303>

Stathis, Banakas. "Understanding Trusts: A Comparative View of Property Rights in Europe." *Revista para el Análisis del Derecho*. Barcelona, No. 323, febrero 2006. [en línea] Disponible en la World Wide Web: www.indret.com

Stürner Michael. "Tendiendo un puente entre el common law y el derecho continental. ¿Constituyen las diferentes metodologías de trabajo un obstáculo contra una mayor armonización del derecho privado europeo?" *Revista Jurídica de la Universidad Autónoma de Madrid*, Madrid, Núm. 15, Enero 2007. [en línea] Disponible en la World Wide Web: <http://vlex.com/vid/tendiendo-puente-metodologias-obstaculo-41104184>

Pertierra Cánepa, Francisco. "Fideicomiso en Argentina: realidad y problemática." *Temas de Management*, 3.3 (Nov 2005). México, Gale Cengage Learning, recurso informático de la Universidad de Monterrey, en <http://find.galegroup.com/gtx/basicSearch.do>

Sitios de Internet

Biblioteca digital del Ministerio de Justicia, Seguridad y Derechos Humanos de la República de Argentina. [en línea] Disponible en la World Wide Web: <http://www.biblioteca.jus.gov.ar/codigos-engeneral.html>

Cámara de Comercio Internacional de París (CCI). [en línea] Disponible en la World Wide Web: <http://www.iccspain.org/>

Cámara de Diputados. Congreso de la Unión, *Leyes Federales de México*, [en línea]. Disponible en la World Wide Web: <http://www.diputados.gob.mx/LeyesBiblio/index.htm>

Comisión de las Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional (CNUDMI). [en línea] Disponible en la World Wide Web: <http://www.uncitral.org/>

Court Suprême du Canada [en línea] Disponible en la World Wide Web: <http://www.scc-csc.gc.ca/decisions/index-fra.asp>

Directory of Open Access Journals. [en línea] Disponible en la World Wide Web: <http://www.doaj.org/doaj?func=subject&cpid=46>

Federación Latinoamericana de Bancos. [en línea] Disponible en la World Wide Web: <http://www.felaban.com>

Her Majestic's Courts Services, [en línea] Disponible en la World Wide Web: <http://www.hmcourts-service.gov.uk/cms/chancery.htm>.

Instituto de Investigaciones Jurídicas de la Universidad Nacional Autónoma de México. [en línea] Disponible en la World Wide Web: <http://www.juridicas.unam.mx/>

Instituto Internacional para la Unificación del Derecho Privado. (UNIDROIT) [en línea] Disponible en la World Wide Web: <http://www.unidroit.org/spanish/principles/contracts/principles2004/blackletter2004.pdf>;

New South Wales Parliamentary Counsel's Office, [en línea] Disponible en la World Wide Web: <http://www.legislation.nsw.gov.au/maintop/scanact/inforce/NONE/0>

Office of Public Sector Information [en línea] Disponible en la World Wide Web: http://www.opsi.gov.uk/RevisedStatutes/Acts/ukpga/1925/cukpga_19250019_en_6#pt5-11g58.y en:

Organización de Estados Americanos, Consejo Permanente. *Conferencias Especializadas Interamericanas sobre Derecho Internacional Privado: Informe y Conclusiones*, abril del 2003, [en línea]. Disponible en la World Wide Web: http://scm.oas.org/doc_public/SPANISH/HIST_03/CP11200S04.doc

Red de Revistas Científicas de América Latina y el Caribe, España y Portugal. Sistema de Información Científica Redalyc. [en línea]. Disponible en la World Wide Web: <http://redalyc.uaemex.mx/principal/BusquedaDeArticulosPorArea.jsp?area=6&nomare=Derecho>

Normatividad internacional

Charities Act of 1993 y *Charities Act of 2006*, en Laws of United Kingdom Disponible en la World Wide Web: http://www.opsi.gov.uk/ACTS/acts1993/Ukpga_19930010_en_1.htm y <http://www.opsi.gov.uk/acts/acts2006/60050--b.htm#3>

Código Civil Argentino. [en línea] Disponible en la World Wide Web: <http://www.redetel.gov.ar/Normativa/Archivos%20de%20Normas/CodigoCivil.htm>

Código Civil de Cataluña. [en línea] Disponible en la World Wide Web:
En <http://civil.udg.edu/normacivil/cat/ccc/es/15-2006.htm>

Código Civil de Chile. [en línea] Disponible en la World Wide Web:
http://www.paginaschile.cl/biblioteca_juridica/codigo_civil/codigo_civil_de_chile.htm

Código Civil Colombiano [en línea] Disponible en la World Wide Web:
http://www.secretariasenado.gov.co/leyes/C_COMERC.HTM

Code Civil de la province canadienne du Québec, [en línea] Disponible en la World Wide Web: <http://ccq.lexum.umontreal.ca/ccq/chapter.do?lang=fr&book=4&title=22&chapter=72>

Code Civil du France, [en línea] Disponible en la World Wide Web:
<http://195.83.177.9/code/liste.phtml?lang=esp&c=41&r=1729>

Código Civil Español. [en línea] Disponible en la World Wide Web:
<http://civil.udg.es/normacivil/estatal/CC/2T2.htm>

Codice Civile Italiano, [en línea] Disponible en la World Wide Web:
http://www.jus.unitn.it/cardozo/Obiter_Dictum/codciv/home.html

Código Civil Venezolano. [en línea] Disponible en la World Wide Web:
http://www.fogade.gov.ve/leyesvzla/codigo_civil.pdf.

Código de Comercio de Bolivia. [en línea] Disponible en la World Wide Web:
<http://www2.minedu.gov.bo/pre/ley/CodComercio.pdf>);

Código de Comercio de Colombia. [en línea] Disponible en la World Wide Web:
http://www.secretariasenado.gov.co/leyes/C_COMERC.HTM y también en:
http://www.ccsm.org.co/serv_cam/funcioneslegales/legislacion_vigente/Decretos/Decreto%20No.%20410%20de%201971.pdf

Código de Comercio de Costa Rica. [en línea] Disponible en la World Wide:
http://www.asamblea.go.cr/ley/leyes_c.htm);

Código de Comercio de Honduras. [en línea] Disponible en la World Wide Web:
<http://www.honduraslegal.com/legislacion/comercio.htm>);

Código de Comercio del Salvador. [en línea] Disponible en la World Wide Web: <http://www.igd.gov.sv/LeyesNormas/leyes/CComercio.pdf>

Convencion Interamericana Sobre Derecho Aplicable a los Contratos Internacionales. Organización de Estados Americanos. 17 de marzo del 2004, [en línea]. Disponible en la World Wide Web: <http://www.oas.org/juridico/spanish/firmas/b-56.html>

Convenio de Roma del 19 de junio de 1980 Sobre el Derecho Aplicable a las Obligaciones Contractuales. [en línea] Disponible en la World Wide Web: http://europa.eu/legislation_summaries/justice_freedom_security/judicial_cooperation_in_civil_matters/l33109_es.htm

Convention Relative à Loi Applicable au Trust et à sa Reconnaissance. [en línea] Conferencia de la Haya. Disponible en la World Wide Web: http://hcch.evision.nl/index_fr.php?act=conventions.text&cid=59

Education Act 2002. [en línea] Disponible en la World Wide Web: <http://www.opsi.gov.uk/acts/acts2002/20020032.htm>;

Ley 17703 de Uruguay. [en línea] Disponible en la World Wide Web: http://www.geocities.com/cgu_derecho/ley17703fideicomiso.htm;

Ley 24.441 de la República de Argentina, [en línea] Disponible en la World Wide Web: <http://www.dnrpi.jus.gov.ar/normativa/ley24441.htm>

Ley de fideicomisos de 1956 de Venezuela [en línea] Disponible en la World Wide Web: http://www.ucv.ve/fileadmin/user_upload/auditoria_interna/Archivos/Material_de_Descarga/Ley_de_Fideicomisos_-_496_E.pdf

LOI N° 2007-211 du 19 février 2007 instituant la fiducie. En Journal Officiel de La République Française 21 Février 2007. [en línea] Disponible en la World Wide Web: http://www.legifrance.gouv.fr/affichTexte.do;jsessionid=5523D0BD1E54115F30F4681E44DFA857.tpdjo06v_1?cidTexte=JORFTEXT000000821047&dateTexte=&oldAction=rechJO. y en : <http://www.journal-officiel.gouv.fr/frameset.html>.

Mental capacity Act 2005. . [en línea] Disponible en la World Wide Web: <http://www.opsi.gov.uk/acts/acts2005/50009--z.htm#end>

Proposition de Loi instituant la fiducia. No. 178, Senat de la République Française, session ordinaire de 2004 – 2005. [en línea] Disponible en la World Wide Web: <http://www.senat.fr/leg/pp104-178.html>

Proyecto de ley sobre régimen legal del fideicomiso público de Argentina. [en línea] Disponible en la World Wide Web: http://www1.hcdn.gov.ar/folio-cgi-bin/om_isapi.dll/?clientID=2657477395&advquery=2710-D-06&infobase=tp.nfo&record={BA50}&softpage=Document42.

Resolución del Parlamento Europeo sobre la aproximación del derecho civil y mercantil de los Estados miembros (COM(2001) 398 + C5-0471/2001 + 2001/2187(COS)), Diario Oficial de las Comunidades Europeas ES 13.6.2002, Jueves, 15 de noviembre de 2001. [en línea] Disponible en la World Wide Web:

eurlex.europa.eu/pri/es/oj/dat/2002/ce140/ce14020020613es05380542.pdf

[en línea]. Disponible en la World Wide Web:
http://www.opsi.gov.uk/ACTS/acts1999/ukpga_19990031_en_1.

Trust Act 1925. [en línea] Disponible en la World Wide Web: Laws of United Kingdom.

[en línea] Disponible en la World Wide Web:
http://www.vanuatu.usp.ac.fj/pacific%20law%20materials/UK_legislation/UK_Trustee.html

Trust Act 2000. [en línea] Disponible en la World Wide Web:
<http://www.opsi.gov.uk/ACTS/acts2000/20000029.htm>

Trust of Land and Appointment of Trustee Act 1996, . [en línea] Disponible en la World Wide Web: <http://www.opsi.gov.uk/acts/acts1996/96047--f.htm>;

93/13/EEC of 5 April 1993 [en línea] April 2002. Disponible en la World Wide Web:

Normatividad Mexicana

Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos.

Código Civil del Estado de Coahuila de Zaragoza.

Código Civil del Estado de Guerrero.

Código Civil de Quintana Roo.

Código de Comercio.

Código Civil Federal.

Ley de Banco de México.

Ley de Títulos y Operaciones de Crédito.

Ley de Instituciones de Crédito.

Ley de Inversión Extranjera.

Ley de Protección y Defensa al Usuario de Servicios Financieros.

Ley del Mercado de Valores.

Ley General de Instituciones y Sociedades Mutualistas de Seguros.

Ley Federal de Instituciones de Fianzas.

Ley Federal de Entidades Paraestatales.

Ley Orgánica de la Financiera Rural.

Ley Orgánica de Nacional Financiera.

Ley Orgánica del Banco del Ahorro Nacional y Servicios Financieros.

Ley Orgánica del Banco Nacional de Comercio Exterior.

Ley Orgánica de la Administración Pública Federal.

Decreto por el que se ordena la constitución del fideicomiso público considerado entidad paraestatal denominado Proméxico, (Publicado en el Diario Oficial de la Federación el 13 de junio de 2007).

Circular 1/2005 de Banco de México, del 23 de junio de 2005. Reglas a las que deberán sujetarse las instituciones de banca múltiple; casas de bolsa; instituciones de seguros; instituciones de fianzas y sociedades financieras de objeto limitado, en las operaciones de fideicomiso.

Circular 1/2005 Bis de Banco de México del 11 de julio de 2005. Modificación a las Reglas a las que deberán sujetarse las instituciones de banca múltiple; casas de bolsa; instituciones de seguros; instituciones de fianzas y sociedades financieras de objeto limitado, en las operaciones de fideicomiso.

Circular No. 14421/751 de fecha 24 de abril de 1970 de la Comisión Nacional Bancaria y de Seguros.

Circular No. 808 de fecha 1º de noviembre de 1979 de la Comisión Nacional Bancaria y de Seguros.

Circular No. 1237 de fecha 1º de julio de 1995 de la Comisión Nacional Bancaria y de Valores.

Circular Única de Bancos de fecha 2 de diciembre del 2005 de la Comisión Nacional Bancaria y de Valores.

Recursos informáticos.

Suprema Corte de Justicia de la Nación. Poder Judicial de la Federación. Ius versión 2008. (DVD, Sistema Informático en disco compacto) S.C.J.N., México, 2008.