

EL FIDEICOMISO, LAS OPERACIONES FIDUCIARIAS Y LAS CASAS DE BOLSA

Por el licenciado Víctor Manuel GIORGANA FRUTOS,

ABREVIATURAS UTILIZADAS

- L.T.O.C. Ley General de Títulos y Operaciones de Crédito.
- J.I.C.O.A. Ley General de Instituciones de Crédito y Organizaciones Auxiliares.
- P.C.C. Proyecto de nuevo Código de Comercio que a esta fecha está en estudio en la Cámara de Diputados del Congreso de la Unión.
- L.M.V. Ley del Mercado de Valores.
- C.N.B.S. Comisión Nacional Bancaria y de Seguros.
- C.N.V. Comisión Nacional de Valores.

Hace unos cuantos días nos enteramos de que se encontraba en la Cámara de Diputados del Congreso de la Unión un proyecto para estudio de un nuevo Código de Comercio, y al investigar pudimos averiguar que el mismo era un trabajo harto ambicioso y que, además, contenía la actualización de muchas de nuestras instituciones de Derecho Mercantil.

También supimos que en dicho proyecto se incluían algunas modificaciones al Fideicomiso y que, como novedad, se introducía la posibilidad de que las Casas de Bolsa pudiesen actuar como fiduciarias, lo que nos decidió, a conseguir el aludido proyecto, y al leer sobre el tratamiento que se daba a esta figura nos decidimos a presentarnos en este foro para hablar sobre la misma; pues si bien es cierto que el P.C.C. en general representa un avance para el Derecho Mercantil, no así la materia de Fideicomiso, que lejos de ello, puede llegar a sufrir un serio revés, no por cuanto al articulado propuesto para regular esa institución, sino en cuanto a las implicaciones que el sistema normativo del citado proyecto impone indirectamente a la figura que nos ocupa, lo cual pretendemos hacer notar a continuación.

No cabe duda que la pretensión de reunir en un solo instrumento la legalización sustantiva en materia de comercio es algo deseable, si no es que indispensable.

Bien dice la Exposición de Motivos del Proyecto que nos ocupa:

“El Código de Comercio en vigor data de 1890.

”Resulta obvio afirmar que, desde esa fecha, la vida mercantil de nuestro país ha sufrido modificaciones trascendentales que se han ido reflejando en un complejo y disperso número de leyes y ordenamientos mercantiles...

”Pretendemos con este proyecto integrar en un sólo documento, disposiciones generales bien identificadas, dentro de un marco general que agrupe a las instituciones mercantiles que estimamos conformarse dentro de la estructura general del código. Pensamos que esta Ley única, establecerá de esta manera, las instituciones fundamentales del comercio y regulará los aspectos básicos de la actividad mercantil. Dejando al margen los problemas administrativos y de mera técnica operacional.”

Por desgracia el citado propósito del Proyecto no se cumple en lo que respecta al Fideicomiso, pues el mismo no contiene suficientemente las disposiciones de fondo que lo deben normar, sino que continúa con la parquedad con que la L.T.O.C. lo trató en 1932 por razones que más adelante comentaremos, pero que hoy en día resultan inadmisibles ante la profusa doctrina que sobre el particular se ha escrito, y sobre todo, cuando día a día se celebran operaciones que, o bien artificiosamente adoptan la figura a su conveniencia por su vaguedad, o, en la mayoría de los casos y reiteradamente previenen contractualmente las lagunas que tiene el sistema normativo, habiendo nacido así un derecho vigente aunque no positivo.

Es más, esa parquedad ha dado origen a que, ante las dificultades que en nuestro medio existen para modificar una ley, en obvio de tiempo, y desde luego con el mejor de los propósitos de lograr el mejoramiento de la institución, nuestras autoridades se han visto en la necesidad de dictar disposiciones de fondo en la materia so pretexto de ser asuntos administrativos o de nueva técnica operacional, y que se contienen o soportan en cuerpos no formalmente sustantivos, que ahora corren el peligro en alguna medida de que al publicarse el nuevo Código puedan tásitamente, en parte muy importante, abrogadas o derogadas, puesto que el Proyecto incluye en su Libro Cuarto: De los Contratos Mercantiles, un Capítulo (el Cuarto) para las Operaciones de Crédito y Bancarias, que está dividido en Secciones, la Primera: De los Créditos, la Segunda: De las Operaciones Bancarias, y la Tercera: De los Servicios Bancarios, que en su Subsección Segunda se ocupa del Fideicomiso; de esta suerte, correctamente aplicada la técnica jurídica, dejarían de formar parte de nuestro derecho positivo las disposiciones correspondientes de la Ley General de Instituciones de Crédito y Organi-

zaciones Auxiliares, particularmente las contenidas en el Título Segundo, Capítulo VI: "De las operaciones fiduciarias" y, como consecuencia, la reglamentación secundaria que en ella se funda, ya que el Proyecto no hace salvedad ninguna en sus artículos transitorios, concretamente en los dos últimos, el 1244 y 1245.

En consideración al cambio radical que ha sufrido nuestro sistema bancario y crediticio a raíz del Decreto Presidencial¹ por el que fueron expropiadas las Instituciones de Crédito Privadas, y por el cual el Estado resumió la prestación del servicio público que éstas prestaban en forma concesionada, adquiere especial relevancia que queden consignadas correctamente en los cuerpos legislativos las disposiciones sustantivas que regulan las Operaciones Fiduciarias, y dentro de ellas, como su especie principal, el fideicomiso, ya que la postura del público que requiera del servicio ahora no será frente a un particular, sino frente al Gobierno Federal mismo, y posiblemente en un futuro a una entidad del Sector Paraestatal. Es de destacarse que la Comisión de Fomento Minero puede actuar como fiduciario,² teniendo noticias de que hasta esta fecha no lo ha hecho; continuando con tales actividades las Instituciones Nacionales de Crédito, la Banca Mixta y el Banco Obrero.

Independientemente de lo dicho, de ser aprobado el P.C.C., las Casas de Bolsa quedarían facultadas para dar servicios como fiduciarias en materia de inversiones bursátiles.³ Es menester dejar asentado que somos partidarios de la apertura de instituciones fiduciarias cuando, sin menoscabo de que las propiamente bancarias continúen atendiendo estas operaciones en general, puedan existir especialistas por materias. Así nos manifestamos en la intervención que tuvimos en la mesa redonda que tuvo lugar en el Simposium que en el mes de septiembre de 1981 organizó la Academia Mexicana de Derecho Bursátil, A. C., sobre el tema "Las Casas de Bolsa como Fiduciarias en la Actividad Bursátil", porque pensamos que el hombre tiene derecho, por un lado, a dedicarse dentro del marco legal a la actividad que mejor convenga, y por el otro, a escoger a quien para él le parezca mejor; ello, con independencia de que la realidad nacional y lo difícil de la vida económica actual, imponen al Estado el deber de permitir que, funciones tan importantes como son las operaciones que implican una ejecución a base de confianza, sean desempeñadas por quien sea un experto y profesional en la materia.

¹ *Diario Oficial de la Federación*, 1º de septiembre de 1982.

² La Ley Reglamentaria del Artículo 27 Constitucional en materia minera, señala en su artículo 91, que "la comisión de Fomento Minero es un Organismo Público descentralizado que tiene por objeto la realización de las siguientes actividades encomendadas directamente al fomento de la minería: '...XV. Actuar como fiduciaria en negocios minero metalúrgicos dentro de las actividades que señalan sus objetivos'" (*D.O.* 23 de dic. de 1975).

³ Art. 752, P.C.C.

Esta profesionalidad, siguiendo a Acosta Romero,⁴ la prestará mejor quien tiene los conocimientos técnicos, preparación, entrenamiento y práctica; contando además con el título que acredite a la persona como apta en el desempeño de la actividad. Tal es el caso que prevee la Ley del Mercado de Valores (arts. 17 y 18) para quienes realizan la intermediación en el mercado de valores, y que alcanzaría a las Casas de Bolsa que fuesen autorizadas como Instituciones Fiduciarias, puesto que sus Delegados en la materia deberían comprobar a la Comisión Nacional de Valores su capacidad técnica y administrativa.

Dijimos que la L.T.O.C. de 1932 había sido parca al reglamentar el Fideicomiso, pero desde el punto de vista de los ordenamientos sustantivos, fue el primero que lo hizo, toda vez que nuestro actual Código de Comercio, que data de 1890, no lo contempló.

El primer ordenamiento que se ocupa indirectamente de él fue la Ley General de Instituciones de Crédito y Establecimientos Bancarios de 1924, que en dos artículos (el 73 y el 74) hablaban de los bancos de fideicomiso, señalando la necesidad de crear una ley especial, la que fue publicada en 1926, conteniendo 86 artículos, ocupándose del objeto y constitución de estos bancos y de las operaciones de fideicomiso.

Pero esta Ley de Bancos de Fideicomiso de 1926 tuvo una vida efímera, ya que el 31 de agosto del propio año entró en vigor una nueva Ley General de Instituciones de Crédito, que en 73 artículos se ocupó de las Instituciones Fiduciarias.

Estos cuerpos jurídicos variaron en el concepto que de la naturaleza jurídica del Fideicomiso tuvieron, pues los primeros en el tiempo lo consideraron un mandato irrevocable, y la Ley de 1932, simplemente no se manifiesta claramente partidaria de ninguna figura preexistente, lo cual ha traído como consecuencia, un desconcierto para los juristas, que se ha reflejado aún en las tesis que ha sostenido la Suprema Corte de Justicia, y, que ni aún directa o indirectamente, se solventó con la promulgación de la L.I.C.O.A. de 1941.

Dice Batiza, refiriéndose a la Ley de 1932, que: "El concepto de fideicomiso en la legislación actual, a pesar de la intención expresada por el legislador, no aclara la vaguedad y oscuridad de la que sustituye, ni tampoco precisa su naturaleza y sus efectos. Prueba de ello es la desorientación que originó acerca de su naturaleza jurídica, ejemplificada en forma elocuente por la misma Suprema Corte al sostener en un principio, contradiciendo su propia tesis, que aún cuando el fideicomiso no es lo mismo que el mandato, el fiduciario sólo tiene funciones de mero administrador".⁵

⁴ *La Banca Múltiple*. Editorial Porrúa, S. A. México, 1981, págs. 85 y sig.

⁵ *Principios Generales del Fideicomiso Mexicano*. Editorial Porrúa, S. A. México, 1976, pág. 124.

Ciertamente la culpa de esta desorientación no ha sido toda provocada por la vaguedad de las disposiciones mercantiles, mucho se debe a los cambios frecuentes de nuestra legislación que no se ha definido por una postura, buena o mala, en cuanto a su naturaleza jurídica, cosa que sí es criticable, y que ha traído como consecuencia que la institución haya alcanzado una dimensión por demás insospechada, de suerte tal que la imaginación del jurista ha encontrado campo abierto en el cual experimentar, casi en forma irrestricta, cualquier estructura legal que no encontrase prohibición expresa en la ley, de ahí que los tratadistas hayan pretendido encontrar el fundamento jurídico de la institución en todo tipo de figuras pre-existentes.

Unos, como Leopoldo Alfaro, ha considerado al Fideicomiso como un mandato irrevocable, pues dicen que lo que en realidad hace el fiduciario es cumplir con un encargo del fideicomitente, lo cual autoriza esa conclusión. Otros, como Pasquel, Batiza, Serrano Trasviña, Villagordoa, y prácticamente todos los autores, con soporte en los conceptos de Lepaulle, ven un patrimonio de afectación, en consideración al destino a que quedan sujetos los bienes materia de la operación, otros más, como Lizardi Albarrán, piensan que se trata de un desdoblamiento del derecho de propiedad, porque el fiduciario se ostenta frente a terceros como dueño, contando con los derechos de disposición de los bienes en forma temporal.

Serrano Trasviña y Rodríguez y Rodríguez, ya desde hace algún tiempo, han opinado que el Fideicomiso es una transmisión de derechos al fiduciario, lo que lo convierte en el titular de los mismos, sosteniendo el último de los autores que se está ante una operación de tipo bancario por tener como común denominador una serie de operaciones de crédito.

Por su parte, Ledezma Uribe, estima, siguiendo la teoría francesa de Hauriour; que el Fideicomiso es una Institución, pues ve una realidad sociológica como abstracto del individualismo jurídico y de sus creaciones, de suerte que concurren en el Fideicomiso las características que son propias a toda Institución: la permanencia, la idea de comunidad institucional y órganos que están sujetos a un régimen estatutario.⁶

Pugliatti, Trabucchi, de Sousa Lima y Barrera Graf lo consideran un negocio fiduciario, porque sirviéndose de un medio específico y reconocido, el fin perseguido es distinto; postura que discrepa de quien lo conceptúa como negocio jurídico, como Domínguez Martínez, Octavio A. Hernández y Bauche Garciadiego, puesto que es un acontecimiento en el que interviene la voluntad del hombre buscando y queriendo que se produzcan las consecuencias de derecho previstas en el ordenamiento jurídico.

⁶ DOMÍNGUEZ MARTÍNEZ, Jorge A. *El Fideicomiso ante la Teoría General del Negocio Jurídico*. Editorial Porrúa, S. A. 1982, pág. 151.

El propio Domínguez Martínez al situar el Fideicomiso como negocio, sostiene que su estructura está compuesta por dos diversas relaciones, una de naturaleza real y externa, correspondiente a una manifestación de unilateral de voluntad, representada por la enajenación del fideicomitente, y otra, de carácter obligacional e interno, un contrato, que es el compromiso adquirido entre el fideicomitente y el fiduciario de destinar los bienes al fin específico señalado en la expresión de voluntad del primero.⁷

Desde luego, una corriente muy importante de la doctrina sigue viendo entre nuestro Fideicomiso y "Trust" anglosajón una vinculación de la que no puede desligarse. Así redactó Acosta Romero las siguientes líneas en el libro titulado *Las Instituciones Fiduciarias y el Fideicomiso en México*.

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

"Nos inclinamos a pensar que se trata de contrato —en contraposición al convenio *stricto sensu*— en virtud de que crea, declara y transmite derechos y obligaciones."⁸

Páginas antes dice: "Para calificar el fideicomiso mexicano como contrato nos basamos en que es una relación jurídica entre dos o más personas, puesto que siempre debe haber un fideicomitente y una institución fiduciaria; esa relación establece derecho y obligaciones entre dos partes y, por tanto, no puede concebirse como una manifestación unilateral de voluntad."⁹

Coincidimos con el maestro Acosta Romero en cuanto que el Fideicomiso sea un contrato, como veremos más adelante, pero nos resistimos a que, en razón de la analogía, debemos de continuar manteniendo un cordón umbilical con el *trust* anglosajón; si bien es cierto que el legislador pudo haberse inspirado en él, también es cierto que tal vez estemos más cerca de la fiducia romana, pero a nuestros ojos nos encontramos ya ante una figura a la que en México se le ha dado mayor dimensión que el que

⁷ *Op. cit.*, pág. 170.

⁸ Coautoría, Auspiciado por "Fomento Cultural de la Organización Somex", A. C., Editorial Libros de México, S. A. México, 1982, pág. 160.

⁹ *Op. cit.*, pág. 157.

sus antecedentes tuvieron, con luz propia, con independencia de estructura y consecuencias jurídicas muy por encima de ellas.¹⁰

Es más, sus características le son tan propias, que su conceptualización ha contribuido a la autonomía del Derecho Mercantil, pues su forma de operar en México lo han convertido en una figura jurídica *sui generis*, única, incomparable con las del Derecho Común, o de cualquier otro derecho, respecto de las cuales si bien tiene puntos de contacto no puede asimilarse a ninguna de ellas; y así, el Fideicomiso justifica su función como institución jurídica bajo la base de que el fiduciario, como titular de derechos sobre ciertos bienes, realiza en nombre propio en favor de tercero, todas aquellas operaciones que le fueron señaladas por el fideicomitente en el contrato que celebró al efecto, actuando discrecionalmente con la capacidad necesaria para ello que le reconoce la ley, en el ejercicio de los derechos de disposición que sobre esos bienes le fueron transmitidos y no quedaron reservados en favor de su propietario o de otra persona.

El concepto anotado no es sino el resumen obtenido como producto de nuestra experiencia profesional y del análisis objetivo de la forma de operar de las instituciones fiduciarias mexicanas, concluyendo que jamás podremos lograr encuadrar dicha realidad, sin que exista objeción a ello, dentro de alguna de las teorías que se han escrito sobre la naturaleza jurídica del Fideicomiso, aunque, ya dijimos, se guardan en mayor o menor grado puntos de contacto con ellas, por lo que cada autor piensa y está convencido de que su postura es la correcta, situación que ha conducido a un debate doctrinario inmenso, a un desconcierto en la práctica y al dictado de tesis contradictorias en nuestra Jurisprudencia.

Lo cierto es, que por miedo a parecer demasiado osados, nos negamos a reconocer que estamos ante el nacimiento de una nueva figura, propia del Derecho mexicano, que trae como consecuencia un desmembramiento de la propiedad, puesto que en nuestro sistema legal es imposible, y de ahí las dificultades de adaptación, que exista como en el Derecho anglosajón, duplicidad de instituciones sobre una misma cosa, pues en él es posible que exista un propietario legal (*Legal Property*) y uno de equidad (*Equity Property*).

En efecto —dice Batiza—, “al adoptarse el fideicomiso en nuestro sistema legal, no sólo se reglamentó una institución jurídica nueva, sino que se importó junto con ella, pese a la renuncia mostrada por el legislador, un desmembramiento del derecho de propiedad desconocido hasta entonces, un nuevo derecho real (y de crédito) con caracteres propios, según se trate del fiduciario o del fideicomisario” o del fideicomitente.

¹⁰ GIORGANA FRUTOS, Víctor Manuel. *El Marco Jurídico del Fideicomiso en México*. El Foro, Órgano de Barra Mexicana Colegio de Abogados. Séptima Época, N° 1. Enero-Marzo. México, 1980, pág. 123.

“Sin duda alguna, no es la Ley de Títulos y Operaciones de Crédito, como tampoco la legislación mercantil en general, la vía adecuada para regular el régimen de propiedad, que rebasa sus respectivos marcos legales, y que, estrictamente, corresponde al Código Civil.”¹¹

Por tanto, para entender el Fideicomiso mexicano, debemos dejar de lado todas las teorías que, como ya dijimos, tienen algo de razón, para encontrar sus elementos estructurales y sus características de conformidad con la realidad y práctica actuales, a fin de distinguir sus aciertos y corregir los errores en que se ha incurrido.

El primero de estos elementos debemos hacerlo derivar de la intención misma del creador de la operación fiduciaria concreta de que se trate, esto es, es la manifestación de la intención del propietario de los bienes para destinarlos a un fin específico, ideado por él, y que debe satisfacer sus necesidades.

De esta suerte habremos de seguir varias consecuencias:

a) La determinación concreta, específica, de los bienes que han de destinarse al fin que se ha propuesto su dueño, cuando menos en el momento del acto constitutivo, puesto que tal vez el objetivo previsto por alcanzar traiga como consecuencia la fungibilidad o bien la sustitución de esos bienes, es más, pueden incrementarse o disminuir la vida del fideicomiso.

b) El fin debe ser lícito por necesidad, pues si bien es cierto que los actos ilícitos pueden en ocasiones producir consecuencias de derecho, no puede permitirse, por principio filosófico jurídico, crear institución ninguna de Derecho que atente contra la esencia del Derecho, pues ello equivaldría a la negación de su razón de ser; independientemente de las sanciones que el propio sistema ha establecido para quien contraviene su régimen.

c) Independientemente de la licitud del fin, es menester que quien lo ha de constituir el fideicomiso cuente con las facultades suficientes para ello, y precise cuál es el fin por realizar, pues de ello dependerán las obligaciones del fiduciario, pero más aún, permitirá conocer el alcance de los derechos que le asistirán a cada una de las partes que han de intervenir en él y cuáles son los alcances de la titularidad del fiduciario; además, como lo explicaremos más adelante, permitirá conocer el efecto patrimonial que habrá de producirse en el fideicomitente y en el o los fideicomisarios.

El segundo elemento, que no es más que corolario de la intención del fideicomitente, es que la ejecución del fin que se propone la encomienda a un tercero.

¹¹ BATIZA, Rodolfo, *Principios Básicos del Fideicomiso y de la Administración Fiduciaria*, Editorial Porrúa, S. A. México, 1977, pág. 34.

De ello se seguirán estas consecuencias:

a) La ejecución debe realizarla quien cuente con solvencia moral y técnica, con profesionalidad y responsabilidad en el cumplimiento de sus actos; y así es que nuestra legislación actual (art. 350 L.T.O.C.), sólo permite que esta actividad la ejecuten Instituciones de Crédito que gocen de *concesión* del Gobierno Federal para ello, con la única excepción de la Comisión de Fomento Minero que no es más que el propio Estado; proponiéndose en el P.C.C. que también realicen la función fiduciaria las Casas de Bolsa.

Mucho se ha debatido sobre esto último, argumentándose que, como fuere, la fiducia en su aspecto pasivo de la operación debe encomendarse, por ser de interés social, sólo a quien cuente con conocimientos y capacidad moral, técnica y económica para ello, y siempre bajo la vigilancia del Estado, quien velará del profesionalismo del fiduciario. Así se hizo sentir en el *Simposium* referido en líneas anteriores que organizó la Academia de Derecho Bursátil, y como se puede apreciar en la Memoria del mismo, juristas tan distinguidos como Raúl Cervantes Ahumada, Jorge Barrera Graff, Francisco Borja Martínez, José Sáenz Arroyo y Juan Suayfeta, no vieron impedimento de fondo para que las Casas de Bolsa realizaran la actividad fiduciaria, aunque sí recomendaron extremo cuidado en contar con un marco legal adecuado.

Pues bien, como dijimos anteriormente, no vemos impedimento para que, bajo los parámetros antes señalados, otras entidades especialistas puedan actuar como fiduciarias en operaciones de su competencia, por lo que sugerimos se modifique en lo conducente el artículo 350 de la L.T.O.C. y el 752 del P.C.C. que nos ocupa, incorporando la necesidad de contar con la "concesión" respectiva otorgada por el Estado, y no con una mera autorización, pues creemos que así como la actividad bancaria y crediticia es un servicio público, también lo es la fiduciaria como especie de las de crédito que es; no entrará en mayores detalles porque ello rebasa los objetivos de este trabajo.

b) En la ejecución del fideicomiso, el fiduciario será responsable del cumplimiento del fin que se ha puesto el propietario de los bienes, por lo cual debe hacerse responsable, tanto objetiva como subjetivamente, por sus actos en el cumplimiento del contrato, lo cual será de conformidad con la estructura y características de la operación de que se trate.

Estamos conscientes que en muchos fideicomisos, como sucede prácticamente en todos los del sector público, la figura es utilizada para instrumentar verdaderas empresas que conllevan una carga de trabajo inmensa, lo que obliga a contratar personal que se dedica a su atención exclusiva, y que no es considerado como empleado de la Institución Fiduciaria (art. 45, frac. XIV L.I.C.O.A.), sino del fideicomiso mismo.

Este hecho crea problemas de imputación de responsabilidad muy serias. Recordemos que las Fiduciarias son personas jurídicas, y que como tales es indispensable que los actos que les son propios sean ejecutados por representantes, que en el caso particular se les llaman Delegados Fiduciarios, por lo que sería conveniente, que se fijasen claramente cuáles son las atribuciones y responsabilidades de estos últimos, y en qué casos, forma, términos y condiciones pueden delegar sus facultades, para que sea claramente determinadas las operaciones que deban ser imputadas como actos del Fiduciario y cuáles del personal del fideicomiso.

d) También es consecuencia de que el cumplimiento de los fines sea encomendado a una Institución, el reconocimiento legal de que ésta cuenta, sin necesidad de mencionarse así en el contrato de fideicomiso y aún, según el caso, sin tener que acudir ante Notario Público, con todas las facultades, atribuciones y derechos que le sean necesarios para llevar a cabo su gestión; lo cual contrasta con el apoderamiento de un mandatario general o especial.

El tercer elemento del Fideicomiso es la designación de la persona que ha de recibir el beneficio de él, derivándose de ello como consecuencias:

a) Que el fiduciario cuenta en su patrimonio con los bienes afectados a cada una de las operaciones de fideicomiso que celebra y que constituyen una separación del que le es intrínsecamente propio, si es que sigue la teoría personalista, o en todo caso es un patrimonio de afectación si se sigue esta teoría. Lo que sí es un hecho, y así está reconocido por el foro, es que se trata de un conjunto de bienes que se encuentran destinados al cumplimiento de los fines que se propuso el fideicomitente, respecto de los cuales, y en relación con dichos fines como veremos más adelante, cuentan con una autonomía reconocida por el derecho, autonomía de tipo funcional.

b) Por otro lado, no deben confundirse a la o las personas que reciben los beneficios que dimanar del cumplimiento de los fines, pues éstas pueden ser varias y diversas, de ahí que puedan existir diferentes tipos de fideicomisarios, con diferentes derechos que pueden ejercitar ya sea frente al fiduciario, al fideicomitente, a otros fideicomisarios y a terceros; ello depende de la estructura y naturaleza de las operaciones que implica el fideicomiso de que se trate.

Debemos pues diferenciar muy claramente a qué tipo de beneficios se alude, ya que no es lo mismo disfrutar del uso de un bien, de los frutos o productos que éste genere, o en cualquier otra forma aprovecharse de él; con el hecho de ser la persona que al cumplimiento del último de los fines del fideicomiso deba deducir en su beneficio el aprovechamiento de ese derecho último que el fideicomitente reservó, ya para sí, ya para otro.

Por tanto el Fideicomiso implica siempre la reserva de ese derecho último, que como veremos constituye la clave del desmembramiento de la

propiedad en el caso de esta figura, derecho que asiste al fideicomitente, de tal forma que originariamente es él el fideicomisario por excelencia, aunque no se manifieste expresamente en el contrato, por lo que disponiendo de su derecho puede designar a otra u otras personas como tales, ya sea en el momento de la constitución del fideicomiso o en cualquier posterior, ya que de no hacerlo, al extinguirse el fideicomiso, consolidaría la propiedad; de donde no puede concluirse válidamente que exista operación de esta naturaleza sin fideicomisario. Como fuere, el no estipular en un contrato quién es el beneficiario, no es más que la reserva tácita por parte del fideicomitente del derecho de designación, o bien puede acontecer que en el acto mismo de constitución transmita dicho derecho a un tercero.

Entendido así el esquema básico de nuestro Fideicomiso, podemos avocarnos al análisis de sus características como nueva figura jurídica.

I. El legislador mexicano ha creado, o mejor dicho, ha pretendido crear un marco jurídico integral que proporcione al Fideicomiso, como dice Ascareli, certeza y seguridad: certeza del derecho y seguridad en su realización.

De esta forma, las partes que intervienen en una operación de este tipo, se les otorgan un cúmulo de derechos y obligaciones que les asisten a cada una de ellas, pero que al mismo tiempo guardan entre sí y con los derechos de las demás y de terceros, una relación indisoluble y esencial que vienen a constituir un conjunto de intereses preservados jurídicamente como tal, con reglas propias, que le da la característica de ser una Universalidad de Derecho.

II. Por efecto de la Universalidad que se constituye, y en atención a interés social, se forma un "patrimonio fiduciario" respecto del cual:

a) Al fiduciario se le transmite la "titularidad" de todos aquellos derechos, respecto de los bienes afectados, que le son necesarios para dar cumplimiento a los fines propuestos.

b) En su actuación, el fiduciario dentro del ámbito de sus funciones, goza de discrecionalidad en la ejecución de sus actos, sólo limitado por los fines que se le han encomendado, por las instrucciones que como asesor y vigilante reciba del Comité Técnico, o bien por aquellas limitaciones específicas impuestas por el fideicomitente en el acto constitutivo.

Lo anterior ha hecho de que se considere al "patrimonio fiduciario" como un patrimonio autónomo, pero como dijimos, su autonomía es funcional.

III. Se ha experimentado la creación de un nuevo desmembramiento de la propiedad, de suerte tal, que el fiduciario deviene en un titular de los bienes afectos al "patrimonio fiduciario" con derechos reales limitados, lo cual pretendemos explicar suscintamente en la siguiente forma:

Mazeud sostiene¹² que las características del derecho de propiedad son:

a) Es un derecho excluyente; pues su titular, es en principio el único que puede ejercer sobre la cosa las atribuciones que lleva consigo, con las restricciones que la voluntad del propietario o la ley confieren a otros distintos de éste, otorgándoles a los últimos una parte de las atribuciones del derecho de propiedad integral.

b) Se trata de un derecho individual; ya que si éste es compartido, es necesariamente un derecho debilitado.

c) Es un derecho total; puesto que confiere a su titular los poderes más amplios (usar, disfrutar, abusar), pero el interés social ha obligado al legislador a asestar serios golpes contra esos poderes, como es el derecho de preferencia (del tanto) que se concede al arrendatario para adquirir el bien rentado.

d) Es soberano; entendiéndose por tal un derecho absoluto, pero esa concepción ha evolucionado bajo la presión de las necesidades sociales, convirtiéndolo así en un derecho relativo.

e) El derecho de propiedad es un derecho perpetuo; pues dura tanto como la cosa, está unido a ella y se transmite al propio tiempo que aquella es transmitida.

Tal es el derecho que asiste al fideicomitente antes del acto de la constitución del fideicomiso, o mejor dicho al dueño de los bienes que habrán de afectarse, y que en razón de lo mismo, ajustándose a las imposiciones legislativas, será limitado por acción misma de su voluntad, transmitiendo algunas atribuciones sobre los bienes a otro, ya sea al fiduciario y, en algunos casos, al fideicomisario, lo cual no es sino un desmembramiento de la propiedad.

“Si son varios los desmembramientos del derecho de propiedad, ocuparán naturalmente un rango cuando concurren entre sí con la propiedad. El derecho del propietario no cesa a pesar de la constitución de derechos reales limitados: cuando éstos se extingan, el derecho del propietario recobra su antigua plenitud: es lo que se llama la elasticidad del derecho de propiedad. Jurídicamente la propiedad no es más que un punto de concentración de muy complejas facultades: el propietario puede separarlas y enajenarlas una a una”, dice Antonio De Ibarrola.¹³

Así podemos hablar de una concurrencia de derechos cuando se ha desmembrado el derecho de propiedad, y hablamos de nuda propiedad cuando al propietario le está inhibido todo el goce, a tal punto, que no le quede más que un poder virtual, que actualmente no es ejercitable.

¹² MAZEUD, Henri, León y Jean, *Lecciones de Derecho Civil*. Parte Segunda. Volumen IV. Ediciones Jurídicas Europa-América. Buenos Aires, 1960, págs. 34 y sig.

¹³ *Cosas y Sucesiones*. Editorial Porrúa, S. A. México, 1964, pág. 409.

Y siguiendo a Doménico Barberó completaremos con sus palabras:

“Pero hay un poder virtual, y a ese poder virtual es a lo que queda ligada la propiedad. Ni el enfiteuta ni el usufructuario —ni el fiduciario, añadimos nosotros—, pueden hacer como tales, todo lo que podrían si fuesen plenos propietarios; quiere decir que, en cuanto a un margen, todo lo estrecho que se quiera, la disponibilidad de la cosa queda vinculada a otra voluntad. Es la voluntad del propietario. Y quiere decir, además, que ese margen, si por un hecho cualquier o el usufructo —o el fideicomiso, volvemos a añadir nosotros—, sería capaz de volver a ampliarse por su propia virtud (elasticidad del derecho real) hasta volver a abarcar toda la amplitud del poder de la “plena propiedad”, convirtiéndose de virtual que era automáticamente en actual sin necesidad de transferencia alguna ni de nueva constitución.”¹⁴

Así es lo que acontece en el Fideicomiso, pues como es regla general que no pueden haber operaciones de esta naturaleza que sean indefinidas (art. 359 frac. L.T.O.C. y 776 del P.C.C.) sino que están sujetas a término, no podría explicarse un raro derecho de propiedad plena condicionada por el fin y a término, como sería la transmisión de los bienes al fiduciario, y que pretenden algunos autores y hasta la Jurisprudencia de la Suprema Corte, según lo ha sustentado en algunas tesis.¹⁵

Dicen los Mazeud: “Por ser perpetuo el derecho de propiedad, no resulta posible ser propietario por X años. Pero si no existe propiedad a término, cabe convenir, cuando se cede un derecho de propiedad, que la transmisión del dominio no se producirá hasta pasado cierto tiempo.

“... el término no afecta el derecho de propiedad; hasta el vencimiento del término, el enajenante sigue siendo propietario único. Pero el enajenante es deudor de una obligación a término: transmitir la propiedad en el día señalado, y el adquirente es acreedor de esa obligación. Por ser titular de ese derecho de crédito, se le permite al adquirente que adopte medidas conservatorias. Igualmente, porque se le considera ya como titular de un derecho futuro de propiedad, puede cederlo”.¹⁶

Pero debe tenerse cuidado de no confundir el derecho que queda reservado siempre al dueño de los bienes, ya por acto voluntivo ya por ministerio de ley, con el cúmulo de derechos que son transmitidos al fiduciario, los cuales dijimos están limitados a efecto del cumplimiento de los fines. Corresponde así la nuda propiedad al fideicomitente, al dueño original de los bienes, pudiendo quedar dicha nuda propiedad tan constreñida que su

¹⁴ *Sistema del Derecho Privado*. Tomo II. Ediciones Jurídicas Europa América. Buenos Aires, 1967, pág. 220.

¹⁵ Mexicana de Fideicomisos, S. A. 20 de febrero de 1950. Tomo CIII, pág. 1768. ACOSTA SIERRA, FRANCISCO. 26 de octubre de 1952, tomo cxviii. pág. 1002.

¹⁶ *Op. cit.*, pág. 111.

contenido sea sólo la aptitud para concentrar los derechos enajenados, o bien, ni siquiera eso, puede consistir en el derecho de deducir el último beneficio generado por los bienes, como es recibir el producto de su venta.

De esta suerte podríamos afirmar que el dominio total de los bienes nunca se transmite al fiduciario, y si el derecho de disposición de ellos para el cumplimiento de los fines; de ahí que en los llamados "Fideicomisos Traslativos de Dominio", efectivamente exista tal, pero el traslado se efectúa entre el fideicomitente y un tercero, que no habremos de confundir con el fideicomisario a quien se conceda sólo el uso o disfrute de los bienes aunque pueden coincidir, y según el tipo de derechos que les asista podrán exigir al fiduciario el cumplimiento de los fines del fideicomiso (art. 355 L.T.O.C. y 759 del P.C.C.).

De lo dicho se desprende que en todo fideicomiso hay una transmisión de derechos del fideicomitente al fiduciario, pero no en todos los fideicomisos hay un traslado de dominio, el cual, cuando existe, se efectúa entre el fideicomitente y un tercero que será entonces fideicomisario, permaneciendo inalterados los derechos que le fueron enajenados al fiduciario.

Tomada así la figura del Fideicomiso, veremos cómo comienza a entenderse con mayor facilidad una serie de problemas jurídicos que muchos autores han eludido al plantear su teoría sobre la naturaleza de esta institución.

No siendo el objetivo de este trabajo, sólo apuntaremos muy escuetamente algo sobre algunos de esos problemas.

Por lo que hace a la prohibición Constitucional (art. 27, frac. I) en el sentido de que los extranjeros no tengan el dominio de tierras en la llamada "franja o zona prohibida", se cumple con ella. Así el fiduciario mantiene el dominio "directo", y el extranjero, según el caso, sólo puede, a la extinción del fideicomiso, deducir el último derecho (nuda propiedad) respecto de las tierras, y sus accesiones, derecho que es recibir el producto de la venta de los inmuebles.

En cuanto, a los aspectos fiscales, queda gravada la enajenación de bienes por fideicomiso cuando se transmite la nuda propiedad de que hemos hablado, en razón de lo cual, sólo cuando hay ejecución por incumplimiento en los fideicomisos de garantía, se cubre el impuesto correspondiente.¹⁷

Por último, en cuanto a la quiebra, si ésta es de la Institución Fiduciaria se extinguirá el fideicomiso (salvo el caso de que sea sustituida en los términos de ley), sin que los acreedores puedan irse sobre el "patrimonio fiduciario" por ser un patrimonio separado o diferente del intrínseco de la Institución, y que está protegido como Universalidad de Derecho,

¹⁷ Art. 15 frac. III del Código Fiscal de la Federación vigente, y Art. 14 frac. V y VI de nuevo que entrará en vigor el 1º de octubre de 1982.

Art. 444 frac. V y VIII de la Ley de Hacienda del Departamento del D. F.

consolidado entonces los derechos el nudo propietario; y si la quiebra es del nudo propietario, también por efectos de la Universalidad de Derecho, se respetarán los bienes del "patrimonio fiduciario" y como consecuencia los derechos de los demás fideicomisarios si los hubiera, pasando a formar parte de la masa de la quiebra sólo los derechos que como contenido tenga la nuda propiedad.

Continuando, con las características de nuestro Fideicomiso:

IV. El fiduciario es simplemente "titular" de derechos reales afectos a un fin, pues debemos entender que la titularidad es la "cualidad jurídica que determina la entidad de poder de una persona sobre un derecho o pluralidad de derechos de una relación jurídica".¹⁸

Así, el poder con que cuenta el fiduciario respecto de los bienes afectos a la operación le permite ejercer sobre los mismos un dominio que no es pleno, pues, como se dijo antes, sus facultades de disposición están limitadas por los fines que se comprometió a cumplir, que ante una actuación abusiva de los mismos no podrán deparar perjuicios a tercero de buena fe, respondiendo en todo caso por su negligencia o exceso; además de que como fuere, siempre habrá frente de él una persona, a la que llamamos nudo propietario, que tendrá la facultad de exigirle no nadamás, según sea, el cumplimiento de los fines, que queda latente, ya a una condición, ya a un plazo o a ambos.

V. Debemos mencionar de que el Fideicomiso en nuestro Derecho es un contrato, puesto que el documento en el cual debe constar por escrito (art. 352 L.T.O.C. y 750 del P.C.C.) contiene la constancia del haberse creado y transmitido derechos y obligaciones en la forma en que ha quedado expresado en líneas anteriores.

Así el contrato fiduciario es bilateral o plurilateral, sinalagmático perfecto y honeroso (en cuanto que el fiduciario cobrará por la realización del fin).

Como coordinador de los coautores del libro *Las Instituciones Fiduciarias y el Fideicomiso en México*, redacta Acosta Romero:

"El contrato de fideicomiso no es un contrato tipo ni uniforme, ni tampoco inmutable, es por ello que da origen a que la doctrina con frecuencia divague al tratar de precisarlo, puesto que es tan amplio y puede abarcar tantas posibilidades que además entraña una serie de actos de administración, de dominio, de pleitos y cobranzas que debe desempeñar el fiduciario, pues no siempre el contrato de fideicomiso es simple, sino que a veces

¹⁸ DOMÍNGUEZ MARTÍNEZ, Jorge Alfredo. *El Fideicomiso ante la Teoría General del Negocio Jurídico*. Editorial Porrúa, S. A. México, 1982, pág. 202.

su complejidad es mucha por la característica de su gran flexibilidad, por ello hay que entenderlo como uno de los pocos contratos que todavía se redactan y se discuten entre las partes y cuya gama de posibilidad para establecer derechos y obligaciones es enorme".¹⁹

El Fideicomiso, dada la flexibilidad de su manejo institucional, puede convertirse en una operación que entraña y estructure una intrincada red de negocios jurídicos, entendiendo por éstos aquellos actos de manifestación de voluntad en virtud de los cuales las partes, o contratantes, las hacen con el objeto de lograr las consecuencias de derecho que tienen como intención alcanzar y producir; con lo que se da nacimiento en el Fideicomiso a una operación crediticia, en la cual la restitución de los bienes que son transmitidos al fiduciario no necesariamente deben ser ellos mismos u otros de la misma naturaleza o especie, sino que por acuerdo expreso puede consistir en otra cosa.

De esta suerte el objeto, fin o motivo del contrato de fideicomiso es doble, siendo en realidad el segundo el corolario del primero: el cumplimiento de los fines convenidos y la deducción del nudo propietario del derecho último que le asiste derivado de los bienes afectos a la operación.

Nos resulta extraño que quienes han escrito apoyando la tesis contractual del Fideicomiso, soslayan la posibilidad contemplada en la ley (art. 352 L.T.O.C. y 750 del P.C.C.) para constituirlo mediante declaración unilateral de voluntad.

Aceptar esta posibilidad nos enfrenta a graves problemas; así, reflexionemos en que de acuerdo con nuestra legislación actual y en el P.C.C. (arts. 350 y 354; y, 753 y 760 respectivamente) pueden crearse fideicomisos sin designarse fiduciarios ni fideicomisarios, de suerte tal que, como es esencial la transmisión de derechos que hace el fideicomitente, tendremos por necesidad lógica que aceptar el absurdo de haber transmitido "a nadie" los derechos objeto de fideicomiso. ¡Qué terrible inseguridad jurídica!

Es cierto que está previsto que a falta de designación de fiduciario la designación la hará el juez (art. 350 L.T.O.C. y 753 P.C.C.), pero nada se prevee respecto de la obligación que tiene la Institución que se designe de aceptar el cargo, cabiendo hoy por hoy la posibilidad de que ninguna lo aceptare, aún siendo como lo es un servicio público el de banca y crédito, y consecuentemente el de fideicomiso.

También es cierto que el Ministerio Público representará a los fideicomisarios no designados (art. 354 L.T.O.C. y 760 P.C.C.), lo cual es loable como mera previsión o aspiración jurídica, aunque poco eficaz, además, tal sólo es aceptable en fideicomisos irrevocables, pues en los demás el fideicomitente está en aptitud jurídica de consolidar la propiedad de desig-

¹⁹ *Op. cit.*, pág. 166.

nar al fideicomisario, o bien como hemos dicho es él el fideicomisario de acuerdo con el sistema de interpretación de la ley que hicimos, de donde resulta sin razón de ser la medida en este último caso.

De esta suerte, estamos convencidos de que es de esencia la concurrencia mínima de fideicomitente y fiduciario para constituir un fideicomiso, ya que, como hemos dicho, es esencial también la transmisión a este último de algún derecho por parte del primero, no importa que su contenido sea tan ínfimo como se quiera, y además, desde luego, se requiere que el fiduciario esté anuente en ello; por lo que la manifestación unilateral de voluntad que nos ocupa, no puede tener otro significado jurídico que el ser sólo una policitación.

Ahondaremos en el tema haciendo un rápido análisis de la práctica actual al respecto de los llamados Fideicomisos Testamentarios, se constituyen mediante dos sistemas, a saber:

El interesado, en vida, concurre a la Institución Fiduciaria, discute y negocia con ella su operación; hecho lo cual firman un documento mediante el cual se constituye el "patrimonio fiduciario" con la suma de un peso o cualquier otra simplemente simbólica, y se conviene el acrecimiento de dicho patrimonio con el haber hereditario que dejará el interesado. Acto seguido, el interesado hace testamento señalando como heredera a la Institución Fiduciaria, quien deberá destinar los bienes que reciba al cumplimiento de los fines que se previeron en la negociación por la cual aceptó el cargo el fiduciario.

Como se ve, en realidad esta operación no es más que un contrato, y de testamentaria sólo la designación de la Institución como heredera.

La otra forma que se sigue, y se pretende que sea la auténtica constitución de fideicomiso por testamento, consiste en el hecho de que el interesado haga precisamente testamento en el cual manifieste su voluntad para que una Institución, específica o no, cumpla con los fines que en él indica.

No cabe la menor duda en que en este caso existe una manifestación unilateral de voluntad, pero no estando en conocimiento la Institución Fiduciaria de su designación, o bien cuando se instituye que la elija el albacea, o que en su caso la elija el Juez por no haberse hecho designación ninguna, puede acontecer que no sea aceptado el cargo, de suerte que la voluntad del *de cujus* sea imposible cumplirse, transcurriendo mucho tiempo, poniendo en serios problemas al albacea y, lo que puede ser más grave, tal vez dejando a una familia durante largo tiempo en una situación económica por demás apurada.

Siendo así las cosas, es un hecho que, a final de cuentas la voluntad expresada por testamento no es más que una policitación, como ya vimos, y que el contrato deberá ser negociado por el albacea con la Institución Fiduciaria, ajustándose a la declaración contenida en el propio testamento.

Por esto, y con objeto de lograr mayor seguridad jurídica, debe reformarse nuestra actual legislación y en lo conducente el P.C.C. para que se corrijan las deficiencias como corresponda, y sea obligatorio para el albacea, en los llamados Fideicomisos Testamentarios, concertar el contrato respectivo en un término perentorio, o en su defecto dar trámite a la sucesión teniendo por no puesta la cláusula fiduciaria.

VI. Por último, característica es en nuestro Derecho el que puedan constituirse fideicomisos "irrevocables", lo cual es además una peculiaridad, ya que esa irrevocabilidad no coincide con lo señalado en el artículo 2596 del Código Civil para el Distrito Federal y sus correlativos en los demás Estados, pues en el citado precepto se señala que es posible conferir mandatos irrevocables "en aquellos casos en que su otorgamiento se hubiere estipulado como una condición en un contrato bilateral o como un medio para cumplir una obligación contraída", lo cual no acontece necesariamente en todas las operaciones de fideicomiso, independientemente de que el fideicomiso no es un mandato o comisión en el sentido jurídico propiamente dicho, aunque sí en el gramatical, toda vez que el fiduciario debe cumplir con los fines que se estipulan en el contrato.

Si bien es cierto que en el mandato o la comisión el ejecutor puede actuar discrecionalmente, ello es así cuando expresamente se le autoriza, y en todo caso actuará por cuenta del mandante o del comitente, con o sin representación; no acontece esto en el fideicomiso, en el cual el fiduciario tendrá plenas facultades de discrecionalidad y disposición sin necesidad de mayor declaración, limitadas sólo en caso expreso, y en su actuación lo hará en nombre propio, *por se*.

Por otro lado, el aludido artículo 2596 indica que en los casos de irrevocabilidad, el mandatario no puede renunciar el poder; lo cual resulta de mayor extensión en el fideicomiso, ya que en éste el fiduciario no puede renunciar al cargo, aún en aquellas operaciones que son revocables, salvo los casos expresamente previstos en la ley (art. 137 L.I.C.O.A.).

Reiteramos, lo que ha quedado anotado es una realidad práctica, no la afiliación a una tesis o doctrina con las que puede tener o dejar de tener puntos de contacto, lo cierto es que hemos creado en México y estamos creando y perfeccionando día a día, una figura jurídica con características propias que tiene una estructura y tratamiento desconocido, particularmente en los sistemas legislativos de origen latino, en contraposición del anglosajón, en el cual se inspiró y del que ya dista mucho.

Al ir desarrollándose este fideicomiso tan nuestro, nuestras autoridades se han percatado de que los preceptos contenidos en la L.T.O.C. eran insuficientes para regular una Institución tan dinámica, ni tampoco es suficiente el P.C.C., pues, sin que así lo sea específicamente. Tal parece que sólo se hubiere previsto disposiciones para el fideicomiso irrevocable de in-

muebles, que si bien es cierto, son los más, aparentemente se olvidó que ahora el fideicomiso se ocupa para dar cuerpo a cualquier negocio que implique operaciones en cuya realización esté presente la confianza.

Tan es cierto, que nos bastará para darnos cuenta de ello, un rápido repaso al artículo 44 de la L.I.C.O.A., pero habremos de estar alertas, para no confundir aquellas operaciones que son de mandato o comisión propiamente dichas, y otras en las que actúa el fiduciario prestando un servicio de mera confianza.

Estimamos que son Operaciones Fiduciarias las siguientes:

En las fracciones *b)*, *i)*, e *i) bis* del precepto señalado, se faculta a las Instituciones Fiduciarias a que intervengan en la emisión de toda clase de títulos de crédito; de certificados, haciendo constar la participación de personas respecto de los bienes que se encuentran en su poder, o cuando actúe como liquidador o síndico; o bien emitiendo certificados de vivienda respecto de los inmuebles que tenga fideicomitados.

En estos casos no se está ante la presencia de una actuación fiduciaria de mero servicio, sino que hay una intervención fundada en la solvencia y confianza de la Institución, la cual cumple la encomienda de un cliente con base en bienes que se encuentran en su poder y que representan la garantía de las obligaciones que, vía las emisiones referidas, acepta se reintegren y paguen con diferimiento en el tiempo.

Los incisos *c)*, *f)* y *j)*, del aludido artículo 44, faculta a las fiduciarias para actuar como síndicos; como representante de ausentes o ignorados; para administrar bienes inmuebles; para administrar, pagar o garantizar obligaciones con el valor de fincas rústicas o de sus productos, si la finca la recibió para distribuir el patrimonio entre herederos, legatarios, asociados o acreedores; para administrar, mantener en depósito o garantizar, por cuenta de terceros, toda clase de muebles, títulos o valores.

Como se ve, sigue subsistiendo la idea de que el fiduciario recibe la titularidad de bienes, respecto de los cuales de cumplir fines que son objeto de un destino específico, bien sea que éste esté señalado en la ley, bien sea producto del deseo de una persona.

En los incisos *b)*, *c)*, *d)*, *e)*, *f)* y *h)*, se faculta a las fiduciarias para desempeñar una serie de operaciones, que calificamos como servicios de confianza, en las cuales, si bien es cierto que no recibe titularidad de derecho ninguno, si se le entregan bienes, en algunos casos, y en otros el cuidado de éstos por cuenta de terceros; así puede ser representante común de personas, comisario de sociedades, encargado de hacer pago y cobros, encargarse de llevar libros de contabilidad y libros de actas y registros, ser depositario judicial, hacer avalúos, etc.

Por último, el inciso *k)* del artículo 44 que comentamos, dice que las fiduciarias pueden llevar a cabo "cualquiera clase de negocios de fideico-

misos y para desempeñar toda clase de mandatos o comisiones; además de aquellas operaciones necesarias para la administración en inversión de su patrimonio”, que complementado con los señalamientos facultativos de los incisos *a*), *b*), *c*) y *f*) del citado precepto para que se puedan encargar de representar socios o accionistas, acreedores u obligacionistas; ser miembro de consejos de vigilancia o de patronatos de instituciones de beneficencia; ceder su domicilio, encargarse de liquidaciones, albaceasgos, interventorías, tutelas, curatelas, etc., nos da una idea más completa de cuáles son las operaciones que se realizan al amparo de nuestro fideicomiso.

El punto culminante y angular, es la citada expresión de que, estas Instituciones pueden llevar a cabo “cualquiera clase de negocios de fideicomisos”. Aquí la palabra “fideicomisos” no está referida al concepto de la figura que pretenda definir el artículo 346 de la L.T.O.C., ni el artículo 748 del P.C.C.; sino que está tomada en la acepción de “encargo de confianza”, que es en realidad con la que, la práctica diaria ha otorgado al fideicomiso mexicano su desarrollo y dimensión, y así es como el público se acerca a las fiduciarias demandando de ellas cuatro tipos de operaciones:

I. La celebración de fideicomisos propiamente dichos (artículo 346 L.T.O.C., 44 inciso *a*) de la L.I.C.O.A. y 748 del P.C.C.).

II. La celebración de negocios de fideicomiso (artículo 44 inciso *b*), *e*), *f*), *g*), *i*), *i*) bis, *j*) y *k*) de la L.I.C.O.A.).

III. La ejecución de encargos fiduciarios (artículo 44 incisos *b*), *c*), *d*), *e*), *f*) y *k*) de la L.I.C.O.A.).

IV. La prestación de servicios fiduciarios que implican responsabilidad y confianza, actuando como mandatario o comisionista el fiduciario (art. 44 incisos *b*), *d*), *f*), *h*), *i*) y *k*) de la L.I.C.O.A.).

Por lo dicho, no nos satisface que nuestra actual legislación ni el P.C.C. se refieran sólo al primer tipo de operaciones, debiendo referirse también a las demás, con su debida y conveniente separación; atreviéndonos a decir que, lo que se debe reglamentar en realidad son las “Operaciones Fiduciarias”, y como una de ellas, la principal, la más importante, pero al fin y al cabo una especie de aquellas, el Fideicomiso propiamente dicho. Por otro lado, se reglamentarían los “encargos” y los “servicios fiduciarios”; de suerte que el Capítulo correspondiente de la Ley sustantiva debe referirse a *las Operaciones Fiduciarias* y no al Fideicomiso.

Debemos reconocer que la sugerencia que hemos anotado de que en la ley sustantiva quede regulada nuestra realidad, esto es, que se legisle en materia de Operaciones Fiduciarias, no implica que con ello se resuelvan los problemas de fondo que se encuentran relacionados a la institución jurídica que nos ocupa. Ya mencionamos antes que la legislación también se ocupa

de asuntos sustantivos, y lo hace a nuestro entender en forma antijurídica, puesto que ello se ha hecho en muchos casos aún contraviniendo disposiciones de índole Constitucional al amparo del artículo 10 Transitorio de la L.I.C.O.A., que faculta a la Secretaría de Hacienda y Crédito Público, "para expedir los reglamentos necesarios para la aplicación de esta ley, y para interpretar, a efectos administrativos, los preceptos de la misma por medio de circulares de carácter general".

No es el objeto de este trabajo analizar caso por caso la legalidad, o mejor dicho, la constitucionalidad de todos y cada uno de los reglamentos y disposiciones que se han dictado en materia de Operaciones Fiduciarias. Sólo destacaremos, primero, que es de explorado derecho que, de conformidad con el artículo 92 de nuestra Carta Magna, la facultad reglamentaria sólo corresponde al Presidente de la República, cuyos reglamentos, decretos y órdenes deben estar firmados por el Secretario del Despacho encargado del ramo a que el asunto corresponda; segundo, que en cuanto a la interpretación de los preceptos legales a efectos administrativos, dicha interpretación debe ser estrictamente en esa materia, bajo el riesgo de realizar una actividad que le es propia al Poder Judicial; y tercero, que efectuada dicha labor de interpretación administrativa, debe tenerse sumo cuidado de no invadir atribuciones exclusivas del Congreso de la Unión, puesto que emitir disposiciones de carácter general, que no sean en asuntos estrictamente administrativos o de mera técnica operacional, representaría la realización de un acto legislativo, que corresponde sólo a ese Poder Federal tratándose del comercio y de las Instituciones de Crédito (artículo 73 fracción X de la Constitución).

Es necesario destacar que con motivo de la nacionalización de la banca, y al reasumir el Estado de prestación de ese servicio público, resulta un contrasentido que el propio Estado se aplique a sí mismo una ley, la de Instituciones de Crédito, que fue creada precisamente para gobernar conforme a derecho a quienes se había concesionado para ello, y que controle, vigile e inspeccione sus propios actos mediante un organismo de su administración, como en la CNBS, aunque habrá de esperarse a que se dicten las medidas que resolverán sobre la naturaleza jurídica de las instituciones que han sido expropiadas.

Como fuere, adquiere mayor relieve transformar esas supuestas disposiciones adjetivas en preceptos sustantivos, lo que otorgará certeza al gobernado respecto a los derechos que ha de deducir frente al Estado, de suerte que todo aquello de fondo que se mantiene en circulares, oficios, consultas, criterios, etc., no pueda ser discrecionalmente cambiado por el Ejecutivo, sino que sea el legislador quien se encargue de ello.

Como fuere, no dejarán hoy por hoy de operar entidades fiduciarias, ni podrán dejar de existir, pues se trata de un servicio público; así que para las que ahora hay, y para las que subsisten y para las que en un fu-

turo se creen, como pueden ser las Casas de Bolsa, es conveniente hacer un repaso de esas disposiciones que en materia de fideicomiso pensamos, en razón de su importancia, convendría elevar el rango de sustantivas, en beneficio de la certeza y seguridad jurídica que debe prevalecer en la figura que nos ocupa, y que ahora son formalmente adjetivas.

Por cuanto a los bienes que quedan afectos al fideicomiso, debe destacarse que el artículo 45 de la L.I.C.O.A., en sus fracciones V, VII y VIII, se ocupa de limitar la responsabilidad de las Fiduciarias cuando emiten certificados de participación, al valor neto de los bienes fideicomitados, sus ventas o de los productos que generen éstos; ordena que cuando en las operaciones hubiera percepción o disposición de fondos que hayan de ser aplicados al fin previsto en el fideicomiso, mandato o comisión deben ser invertidos en valores de los que señale el Banco de México; y cuando deba efectuarse operaciones de compraventa de valores que, sin que se hubiese fijado precio o término a la ejecución, ésta se realizará dentro de las 48 horas siguientes, y si no fuese posible, y el mercado varía en más de un 10% en perjuicio del cliente, lo debe consultar.

Relativas a las responsabilidades de los fiduciarios, debemos dividirlos, en las disposiciones que corresponden a las Fiduciarias en sí, y las que le corresponden a sus Delegados.

Dentro de las primeras está la fracción III del artículo 45 de la L.I.C.O.A., que obliga a la Fiduciaria a llevar contabilidad especial de cada operación y el hecho de que los bienes materia de éstas no quedan a ninguna otra responsabilidad que no sea la derivada del fideicomiso, mandato o comisión de que se trate.

La fracción XII del citado precepto, señala la obligación de responder civilmente, con el patrimonio que es propio del fiduciario, por los daños y perjuicios que se causen a los interesados, por la falta de cumplimiento exacto del fin convenido.

El artículo 135 de la L.I.C.O.A., les impone a los fiduciarios una actuación como buen *pater familias* cuando intervengan en ejecución de contratos condicionales, actos discrecionales o representaciones comunes; y el siguiente artículo, esto es, el 136, delimita su responsabilidad cuando se trata de albaceasgos, sindicaturas, liquidaciones, interventorías, representaciones en general, depositarias, etc.; y en el 138 los responsabiliza culpablemente por las pérdidas o menoscabos originados por la falta de rendición de cuentas a sus clientes.

Dentro de las disposiciones que se refieren a los Delegados Fiduciarios, destacan las contenidas en el artículo 45 de la L.I.C.O.A., que en su fracción IV, autoriza a la institución a tener tantos Delegados como requiera, haciéndose responsable a aquélla de los actos realizados por éstos, sin perjuicio de las responsabilidades personales en que incurran; también el precepto autoriza a la institución a la remoción libre de sus Delegados; bas-

tando para acreditar su personalidad los Delegados, con el poder en que se haga constar su nombramiento.

La aludida fracción IV, permite la constitución de los Comités Técnicos o de Distribución de Fondos, sin señalarles su ámbito de competencia, como señalamos en líneas anteriores.

Queda prohibido a los fiduciarios que utilicen los fondos o valores afectados en operaciones por las cuales sus Delegados resulten o puedan resultar deudores, inclusive los altos funcionarios de ella, sus consejeros, comisarios y principales accionistas (art. 46, frac. IV L.I.C.O.A.).

Por su lado, la C.N.B.S., en su circular número 274 del 26 de junio de 1944, estableció los requisitos generales que deben llenar las personas que aspiren a ser Delegados Fiduciarios y se reservó el derecho de vetar en todo momento, cualquier designación. La propia C.N.B.S., el 16 de noviembre de 1966, en su Circular número 547, manifestó que: "...pudiendo entenderse que aunque las Instituciones Fiduciarias no pueden delegar su cargo, el cual deben desempeñar a través de funcionarios especiales como son los delegados fiduciarios, se considera que sí pueden emplear personas que auxilien a éstos, en el desarrollo de sus funciones secundarias.

"Asimismo, para determinar cuáles actos deben necesariamente realizarse por los delegados fiduciarios..., se deberá adoptar el siguiente criterio:

"Los actos mediante los que se tomen resoluciones de carácter discrecional, indelegables, que implican voluntad de mando o discreción deberán ser realizados por los delegados fiduciarios, las funciones secundarias o auxiliares, que no tienen tales características, sino simplemente se reducen a formalidades o trámites, podrán ser desempeñadas por dependientes."

Tema estrechamente vinculado con la responsabilidad, es el del Secreto Fiduciario, que como dice Acosta Romero, es más rígido que el Bancario, reviste ser tratado por el legislador, pues tal secreto tiene tratamientos especiales y diferentes en la L.I.C.O.A. y en la L.M.V. En la primera de éstas, el artículo 46, fracción X, obliga a la discreción a los fiduciarios, incluso ante autoridades o tribunales en juicio o reclamaciones que no hayan sido entablados por los fideicomitentes, fideicomisarios, comitentes o mandatarios, respondiendo de los daños y perjuicios que causen por la violación a esta obligación. Pero en cambio, deben proporcionar a la C.N.B.S. toda clase de información que les solicite.

Por su lado, y contrastando, el artículo 25 de la L.M.V. prohíbe a los agentes de valores dar noticia de las operaciones que realicen o en las que intervengan, inclusive a las autoridades judiciales, salvo que se trate de procedimientos en los que sean parte sus clientes o ellos mismos, pero dicha información se otorgará por conducto de la C.N.V., o bien la que debe

darse esta última cuando realiza labores de inspección y vigilancia y la periódica, de tipo estadístico, que requiera.

Para concluir con este repaso, debemos mencionar una serie de disposiciones que regulan varias materias, las cuales señalaremos por orden numérico de artículos de la L.I.C.O.A. y cronológico de circulares:

En el artículo 45, fracción IX, de la L.I.C.O.A., se obliga al fiduciario a dar aviso a los fideicomisarios en el término de 48:00 horas, de las operaciones en efectivo y con valores que hubiese realizado, a menos que se le libera de ese deber y en el artículo 45 bis, se faculta al Banco de México para fijar el importe de las percepciones máximas que se cubrirán por las operaciones que realicen las instituciones que nos ocupan.

En el artículo 46 del ordenamiento citado, se prohíbe a las fiduciarias responder a sus clientes del incumplimiento de los deudores por los créditos que se otorguen o de los emisores, por los valores que se adquieran (frac. II), efectuar operaciones con otros departamentos de la misma institución a menos que sean autorizadas por la Secretaría de Hacienda (frac. III), y transmitir valores de uno a otro fideicomiso, comisión o mandato que esté ejecutando, salvo que se trate del mismo fideicomitente, comitente o mandante (fracción VI).

El artículo 127 de la ley invocada, obliga a los fiduciarios a desempeñar su función hasta la conclusión del negocio, cuando intervengan en la emisión de títulos o valores; y en el 137, se les indica que a su cargo sólo renunciarán cuando el fideicomisario no pueda o se niegue a recibir el beneficio, cuando se niegue el obligado a pagar sus compensaciones de los servicios prestados por la institución, y cuando los bienes fideicomitados no produzcan los frutos suficientes para cubrir esas compensaciones.

En la circular número 382 de la C.N.B.S., fechada el 9 de junio de 1951, se dice que el fiduciario no puede tener facultades para designar al fideicomisario; en la número 540, del 24 de junio de 1966, se ordena que en las operaciones de cesión de domicilio éstas serán "sin responsabilidad para el domiciliatario", y en la número 597, de 6 de septiembre de 1971, se obliga a las instituciones a observar las disposiciones del artículo 141 de la L.I.C.O.A., cuando celebren fideicomisos de garantía y deban ejecutar el fideicomiso por el incumplimiento de los deudores.

De ninguna manera pretendemos ser exhaustivos en la revisión que hemos efectuado, pues aún existen muchas otras disposiciones que entre líneas contemplan asuntos que son cuestiones de fondo, y es más, respecto a las que hemos citado, según el punto de vista, seguramente se estimarán que algunas son de mera técnica operacional, pero creemos que su trascendencia es tal que no puede dejar de reflexionar sobre ellos para que, como si se cerniera arena, pueda quedar en el cedazo aquello de esencia que merezca ser llevado a la legislación sustantiva.

Pero, de ninguna manera por tratarse de asuntos administrativos u operacionales, deben dejarse al azar la reglamentación de las Operaciones Fiduciarias, si como hemos dicho existe, hoy por hoy, ya una excepción a la regla de que sólo las Instituciones Bancarias pueden ser Fiduciarias, y ya se plantea otra, y en lo futuro pueden haber más. Como fuere, para el caso de que las Casas de Bolsa quedan capacitadas como Fiduciarias conviene hacer dos advertencias:

El artículo 752 del P.C.C. dice que éstas actuarían como tales, sólo en fideicomisos "exclusivamente en relación con inversiones bursátiles".

Esta expresión no deja claro el ámbito de competencia, pues desde un punto de vista gramatical²⁰ bursátil debe entenderse lo relativo a la bolsa, por lo que entenderíamos entonces, que las casas sólo operarán fideicomisos que de alguna manera habrán de culminar realizando actos en el piso de la Bolsa de Valores, lo cual por un lado puede ser difícil de determinar en ciertas negociaciones, y por otro, limitaría sobremanera la ayuda que como instrumento de desarrollo del mercado de valores es deseable que cumpla.

Así, si el vocablo "bursátiles" es tomado en el sentido amplio, o popular, esto es, aquello que es relativo al mercado de valores, puede resultar en extremo vago y extenso.

Independientemente, el término "inversión" también, convendría que fuese delimitado.

Pues bien, a esta crítica hecha debe seguir una propuesta concreta, y tal es que a las Casas de Bolsa se les autorice a realizar Operaciones Fiduciarias, que considere la Secretaría de Hacienda como complementarias de aquellos que les compete realizar según lo preceptuado en la L.M.V. (art. 23), para lo cual y para efectos de mejor control, siendo congruentes con nuestra idea de que la actividad fiduciaria es un servicio público, deberá sujetarse a la obtención la concesión respectiva que en su caso otorgue el Estado.

La otra advertencia deriva del hecho de que la legislación bancaria no les es aplicable a las Casas de Bolsa, y si los escollos que puede representar la derogación tácita de la L.I.C.O.A. por las disposiciones relativas a las operaciones de las Instituciones Bancarias que prevee el P.C.C., se salvarán con algún artículo transitorio que deje en vigor la reglamentación secundaria, esto no solventa los problemas que implican los asuntos administrativos y de mera técnica operacional, tan profusamente tratados en esas disposiciones adjetivas, para quienes no caen en el ámbito de su competencia.

Así, por seguridad para el público inversionista, la C.N.V. deberá tomar oportunamente las medidas conducentes para controlar y vigilar ade-

²⁰ *Diccionario de la Lengua Española*. Bursátil: Concerniente a la bolsa, a las operaciones que en ella se hacen y a los valores cotizables.

cuadramente a las que deseamos sean próximas fiduciarias, las Casas de Bolsa.

Para concluir, queremos dejar constancia de que no pretendemos, ni remotamente, poseer la única y absoluta verdad, sino concientizar el hecho de que nuestro fideicomiso ha tomado caracteres propios que obligan a una restructuración legal que no se debe quedar exclusivamente en las disposiciones que unificarán la mayor parte de las figuras mercantiles, sino que tal vez deban llegar aún al Código Civil y, en su caso, a la L.M.V., pues en la realidad de nuestro fideicomiso la L.T.O.C. y el P.C.C. no alcanzan a regularlo, ya que mucho de él y de las Operaciones Fiduciarias, se contemplan en supuestas disposiciones adjetivas que configuran una sana práctica, aunque tal vez su gestación no obedezca a la ortodoxia jurídica; y que, ni siquiera así se logra abarcar el conjunto legislativo que sería el mínimo deseable, pues falta mucho, no tanto en cuanto a la actividad del fiduciario, sino por lo que hace a los derechos y obligaciones de los fideicomitentes y fideicomisarios, y aún en lo que se refiere a la naturaleza jurídica de patrimonio fiduciario, sobre lo cual ya estamos trabajando en la investigación que concrete, insistimos, nuestra realidad práctica, no meras especulaciones teóricas.

BIBLIOGRAFÍA

- ACADEMIA MEXICANA DE DERECHO BURSÁTIL, A. C., *Memoria del Simposium "Las Casas de Bolsa como Fiduciarias en la Actividad Bursátil"*. Tesis Cruz. México, D. F., 1982.
- ACOSTA ROMERO, Miguel, *Derecho Bancario*. Editorial Porrúa, S. A. México, D. F., 1978.
- , *La Banca Múltiple*. Editorial Porrúa, S. A. México, D. F., 1981.
- ALDRIGHETTI, Angelo, *Técnica Bancaria*. Fondo de Cultura Económica. México, D. F., 1938.
- BARBERO, Doménico, *Sistema del Derecho Privado*. Ediciones Jurídicas Europa-América. Buenos Aires, 1967.
- BONNECASE, Julien, *Elementos de Derecho Civil*. Editorial José M. Cajica, Jr. Puebla, Pue., 1945.
- BATIZA, Rodolfo, *El Fideicomiso*. Editorial Porrúa, S. A. México, D. F., 1976.
- , *Principios Básicos del Fideicomiso y de la Administración Fiduciaria*. Editorial Porrúa, S. A. México, D. F., 1977.
- BAUCHE GARCADIEGO, Mario, *Operaciones Bancarias*. Editorial Porrúa, S. A. México, D. F., 1978.
- DOMÍNGUEZ MARTÍNEZ, Jorge A., *El Fideicomiso ante la Teoría General del Negocio Jurídico*. Editorial Porrúa, S. A. México, D. F., 1982.

- FOMENTO CULTURAL DE LA ORGANIZACIÓN SOMEX, A. C., *Las Instituciones Fiduciarias y el Fideicomiso en México* (Coautoría). Editorial Libros de México, S. A. México, D. F., 1982.
- GALINDO GARFIAS, Ignacio, *Derecho Civil*. Editorial Porrúa, S. A. México, D. F., 1981.
- GARRIGUES, Joaquín, *Curso de Derecho Mercantil*. Editorial Porrúa, S. A. México, D. F., 1981.
- GIORGANA FRUTOS, Víctor Manuel, *El Marco Jurídico de Fideicomiso*. "El Foro", Órgano de la Barra Mexicana Colegio de Abogados, A. C. 7ª Época. N° 1. 1980.
- GUTIÉRREZ Y GONZÁLEZ, Ernesto. *El Patrimonio*. Editorial José M. Cajica, Jr. Puebla, Pue., 1978.
- HERRÁNDEZ, Octavio A., *Derecho Bancario Mexicano*. Ediciones de la Asociación Mexicana de Investigaciones Administrativas. México, D. F., 1956.
- IBARROLA, Antonio de, *Cosas y Sucesiones*. Editorial Porrúa, S. A. México, D. F., 1964.
- JOSSERAND, Louis, *Derecho Civil*. Ediciones Jurídicas Europa-América. Buenos Aires, 1951.
- KRIEGER, Emilio, *Manual del Fideicomiso Mexicano*. Editorial Dimensión, S. A. Der. Reserv. Bco. Nal. de Obras y Serv. Públicos, S. A. México, D. F., 1977.
- LEPAULLE, Pierre, *Tratado Teórico-Práctico sobre los Trust*. Editorial Porrúa, S. A. México, D. F., 1981.
- LIZARDI ALBARRÁN, Manuel, *Ensayo sobre la Naturaleza Jurídica del Fideicomiso*. Tesis 1945.
- MAZEUD, Henri, León y Jean, *Lecciones de Derecho Civil*. Ediciones Jurídicas Europa-América. Buenos Aires, 1960.
- MESSINEO, Francisco, *Manual de Derecho Civil y Comercial*. Ediciones Jurídicas Europa-América. Buenos Aires, 1956.
- MUÑOZ, Luis, *Derecho Bancario Mexicano*. Cárdenas, Editor y Distribuidor. México, D. F., 1974.
- RODRÍGUEZ RODRÍGUEZ, Joaquín, *Derecho Bancario*. Editorial Porrúa, S. A. México, D. F., 1980.
- ROJINA VILLEGAS, Rafael, *Derecho Civil Mexicano*. Antigua Librería Robredo. México, D. F., 1949.