

I. REFERENCIAS INTRODUCTORIAS

1. LOS PORQUÉS DEL TEMA Y DE SU INTITULACIÓN

Las razones para los comentarios contenidos en este trabajo son en varios sentidos y de índole diversa. Unas de reconocimiento a hechos interesantes, que abonan la cultura jurídica y dignos de un señalamiento especial; y otras, en cambio, se refieren a situaciones que en mi concepto han maltratado al fideicomiso aún en su esencia misma, con modificaciones legislativas sustentadas en puntos de vista superficiales, los cuales, si bien han definido una postura de la calificación de la ley en relación con los aspectos principales del tema, lo han distorsionado y encaminado a ser un instrumento sectorial, pues si en una primera época fue una operación al alcance y para resolver las cuestiones de todos, ahora es una operación encaminada a servir para garantizar los créditos bancarios y del sector financiero en general. Precisamente esta serie de acontecimientos permiten considera-

ciones a propósito de como el fideicomiso fue y ahora es.

La ocasión resulta oportuna para dejar sentadas las observaciones positivas y negativas relacionadas en los párrafos siguientes.

Primera. La Ley General de Títulos y Operaciones de Crédito inició su vigencia el 15 de septiembre de 1932, de manera que hace bien poco, esa fuerza obligatoria cumplió 75 años. Como en casi todo caso dicho lapso suele ser objeto de festejo, me es propicio este medio para dejar constancia del acontecimiento y aprovechar la oportunidad, como profesional en lo jurídico, modesto que sea, para conmemorarlo, pues independientemente de otras bondades, tiene como mérito especial de ser la ley que regula al fideicomiso, lo cual, en mi opinión, le hace ocupar un sitio muy especial en el catálogo de los ordenamientos rectores de lo privado en nuestro medio. Mi reconocimiento a quienes en su momento sumaron su participación en la medida que haya sido para la realidad de dicha ley.

Segunda. Ciertamente, del ordenamiento indicado, la parte relativa a la regulación del fideicomiso, que es el Capítulo V de su Título Segundo, destinado éste a las operaciones de crédito, se hace acreedora a una mención especial y motiva un reconocimiento en concre-

to al señor licenciado PABLO M. MACEDO VELÁZQUEZ PIZARRO, único autor y redactor de dicho capítulo, así aceptado y hecho saber públicamente por él mismo (*El Fideicomiso Mexicano* que precede al *Tratado Teórico y Práctico de los Trusts*, de PIERRE LEPAULLE, traducción española, primera edición, Porrúa, México, 1975, p. XXV). Mis respetos a don PABLO M. MACEDO. En la redacción de lo concerniente al fideicomiso, su autor hizo gala de una preparación bien cimentada con una cultura jurídica vasta y pleno conocimiento de causa. Sus cualidades profesionales son dignas del homenaje que por este medio le rindo.

Tercera. Lo mismo puedo decir del señor doctor ROBERTO MOLINA PASQUEL; expositor profundo y prolífico del fideicomiso en los cincuenta; reconocido en su tiempo como el estudioso mejor de la figura (así calificado por MARTÍNEZ BAEZ en el prólogo a *Los derechos del fideicomisario* de MOLINA PASQUEL, 1ª ed., JUS, México, 1946).

Cuarta. En general, los aspectos a favor del fideicomiso fueron motivados especialmente por la buena calidad jurídica de su presentación original, y en el mismo sentido, la enorme positividad con la que la figura se vio favorecida, lo cual fijó toda la atención en ella tanto en su utilización práctica como por

la investigación especializada. La comisión redactora de la ley citada tuvo razón al considerar que con el fideicomiso se lograrían propósitos inalcanzables o por lo menos de muy difícil contratación con la utilización de otras figuras jurídicas. Vaya que si el fideicomiso hizo gala de ello.

Quinta. La contrapartida son todas las situaciones negativas apuntadas tenidas lugar con en el paso de los años y que han trastocado la esencia del fideicomiso así como su radio de acción; todo lo cual será presentado en los apartados siguientes.

Sólo me resta advertir, por una parte, que de aquí en adelante, cualquier referencia a la Ley General de Títulos y Operación de Crédito, en especial cuando se cite alguno de sus preceptos, será simplemente como la Ley además, la mención de una disposición sin el señalamiento del ordenamiento al que pertenece, será precisamente correspondiente a dicha ley; y en segundo lugar, a reserva de insistir en ello más adelante con el pormenor requerido, que la regulación del fideicomiso en la Ley, ha sido objeto de numeraciones diversas; una original, otra por las reformas de mayo de 2000 y una tercera, la actual, de mayo de 2003 a la fecha. Hasta nueva indicación, al primer grupo de preceptos nos referi-

remos simplemente con el número del artículo o con el señalamiento inmediato siguiente (32), en tanto que cuando el texto del precepto corresponda a las reformas de 2000, o en su caso a las de 2003, la mención inmediata a la disposición será (00) o (03) en su caso.

He creído conveniente la presentación del fideicomiso en su regulación anterior y en la presente, por lo reciente de las reformas últimas, las cuales, por cierto, traen consigo ese viraje que toca la esencia misma del fideicomiso y además, con frecuencia, aún en la actualidad en la actividad profesional diaria, aparecen fideicomisos constituidos en épocas de regulación anterior y cuyos efectos continúan dándose en toda su extensión.

2. RIQUEZA DE JURIDICIDAD

Ninguna otra figura del orden legal mexicano ha sido tratada con la pulcritud y la propiedad jurídicas como lo fue fideicomiso en los 14 artículos, del 346 al 359, que lo regulaban originalmente en la Ley. Todos esos preceptos, en su conjunto, ofrecieron una presentación armónica, amén de que cada uno aludía a conceptos de Derecho general que pusieron de manifiesto los alcances de su autor. El primero de ellos contenía el concepto del fideicomiso; los siguientes a la presenta-

ción de cada uno de los sujetos intervinientes en su dinámica; en tercer término la previsión de lo aplicable a los bienes objeto del acto y la situación jurídica que para dichos bienes traía consigo su otorgamiento; inmediatamente después su oponibilidad; el *status* de los sujetos; y las causas y las consecuencias de su extinción.

En cuanto a la utilización de elementos jurídicos generales, bien pueden mencionarse sus alusiones y referencias a la capacidad de goce, capacidad de ejercicio y legitimación de uno u otro de los participantes (artículos 348, 349 y 350); a la concepción condicionante para ser sujeto de derechos (artículo 359); a personas físicas y jurídicas (artículos 348 y 349); a encomienda y encargo (artículos 346 y 356); a acto entre vivos y a testamento (artículo 352); al objeto del acto jurídico (artículo 351); a condición suspensiva y a condición resolutoria (artículo 357); a bienes muebles e inmuebles (artículos 353 y 354); a su destino, afectación, guarda, administración, enajenación, liquidación, reparto, reivindicación y devolución de bienes (artículos 346, 349, 355 y 358); a títulos de crédito nominativos y al portador (artículo 354); a derechos reales, personales y estrictamente personales (artículos 351, 354 y 358); a licitud, determinación y nulidad (artículos 346, 347 y

351); a oponibilidad (artículos 353 y 354); a plazo y a término (artículo 357); a la fórmula “buen padre de familia” (artículo 356); y en fin, parece como si toda la teoría general estuviera vertida en la figura.

En todo ese articulado original campea pues, la utilización del lenguaje jurídico y legal con toda propiedad, con un desenvolvimiento lógico y con conocimiento manifiesto de las instituciones jurídicas de Derecho general, con inclusión de los conceptos fundamentales. Si bien no es el caso de detenernos en citar tantas y tantas incongruencias que se dan en la actividad legislativa tanto federal como local, para compararlo con la regulación legal original del fideicomiso y destacar así lo meritorio de ésta, sí, por contra, debe subrayarse la necesidad de una preparación jurídica adecuada para haber podido adentrarse convenientemente en los detalles del fideicomiso, pues observado superficialmente pudo acarrear, como en última instancia sucedió, una concepción y una interpretación desorientadas y alejadas de la realidad, lo que trajo como resultados la regulación actual. Como se verá, de esa regulación inicial sólo la alusión a una posible reivindicación por el fideicomisario es la única pifia padecida.

3. CREACIÓN LEGAL ORGULLOSAMENTE MEXICANA

El fideicomiso de 1932 hizo que México fuera conocido en el mundo jurídico. Se trató de una figura netamente mexicana; ciertamente por una parte, con el *trust* anglosajón como modelo, y además, en segundo lugar, con el antecedente de RICARDIO J. ALFARO, tratadista panameño precursor del nuestro, pero con un trabajo que puede considerarse rudimentario, superado en todo por el de PABLO MACEDO.

La mexicanidad del fideicomiso está reconocida internacionalmente. Emociona encontrar e imponerse de obras extranjeras (como la de PIER GIUSTO JAEGER; *La separazione del patrimonio fiduciario nel fallimento*, Giuffré Editore, Milán, 1968), en cuyo contenido aparecen citados una gran cantidad de autores mexicanos con trabajos cuyo tema central es el fideicomiso. Como tales están ARRECHEA ÁLVAREZ, CERVANTES AHUMADA, RODRÍGUEZ RODRÍGUEZ, BARRERA GRAF, NAVARRO MARTORELL, MOLINA PASQUEL, BATIZA, ROMERO ZAISAR, por nombrar algunos, al lado de ASCARELLI, FRANCESCHELLI, BETTI, BARBERO, CARIOTA-FERRARA, CLARET Y MARTI y STOLFI, también entre otros.

Otro ejemplo, más reciente, es el de PEDRO

MARIO GIRALDI, de nacionalidad argentina, en cuyo trabajo intitulado *El fideicomiso* (Buenos Aires, 1998), cita a autores mexicanos tanto anteriores como de los últimos años, como RABASA, BATIZA, MUÑOZ, y quien escribe; y se lee que con meritorio esfuerzo dialéctico, los abogados mexicanos hicieron posible que los *trusts* otorgados en Estados Unidos pudieran tener efectos en territorio mexicano (p. 12, nota 1); que los pasos de México se han seguido por casi todos los países de la región (p. 13), y particularmente que yo hago una “prolija” exposición de las teorías sostenidas para explicar la naturaleza jurídica del fideicomiso (p. 17). Por cierto, el fideicomiso ha tenido un gran auge en Argentina, muy probablemente propiciado porque el fiduciario en general, puede ser cualquier persona física o moral y no necesariamente las entidades del sector financiero señaladas limitativamente en los ordenamientos mexicanos.

De veras que da más gusto leer la doctrina extranjera y ver citados a los autores mexicanos que leer la doctrina nacional, con citación de los tratadistas de otras nacionalidades.

4. ATRACCIÓN HASTA NOCIVA

La figura del fideicomiso ha sido a tal grado atrayente y sugestiva, que paralelamente a

quienes con toda honestidad intelectual se han esforzado por estudiarlo a la luz de una investigación noble y edificante, han aparecido también publicaciones en las que de manera impensada y burda se han hecho propias expresiones de ideas de la autoría de otras personas, para quedar, quienes así lo hacen, como viles plagiarios. Tal es el caso de JULIAN BOJALIL (*El fideicomiso*, Porrúa, México, 1964 más o menos) y de JESÚS ROALANDINI (*El fideicomiso mexicano*, Bancomer, México, 1998) en cuyas publicaciones aparecen párrafos completos, en el primer caso de BARRERA GRAF, BATIZA y RODRÍGUEZ RODRÍGUEZ, y en el segundo de quien esto escribe, que hasta los errores de transcripción se copiaron burdamente. Los respectivos editores fueron sorprendidos y tuvieron que retirar esas publicaciones de la circulación.

5. VIRAJES POR REFORMAS LEGISLATIVAS

Del inicio de vigencia de la Ley a los días actuales (otoño de 2007), el fideicomiso ha sido objeto de varias modificaciones tanto en su substancia como en su tratamiento fiscal, las que a su vez han dado lugar en mayor y menor grado a una positividad cambiante. Cada una de las ocasiones de dichas reformas,

puede considerarse como el factor del cambio de una etapa a otra en la vida de la figura.

A. Primera etapa (1932-1974)

La primera etapa arranca el 15 de septiembre de 1932, cuando principia la fuerza obligatoria de la Ley; se desplaza durante todo el tiempo en que las disposiciones originales y su tratamiento fiscal permanecieron intocados, con una única adición en 1933, de un cuarto párrafo al artículo 348, para condenar con la nulidad al fideicomiso que se constituyera a favor del fiduciario, pues hubo que ponerle alto a la utilización de la figura en provecho propio por parte de las instituciones bancarias.

Por más de 40 años a partir del arranque indicado, el fideicomiso vivió su época de oro, de florecimiento espléndido, de una positividad extraordinaria, de riqueza doctrinal, académica y bibliográfica; fue entonces un instrumento de gran utilidad para el tráfico ágil de los bienes, particularmente inmuebles; se acudía a su aplicación con gran frecuencia y lo mismo era en operaciones de planeación social de grandes proporciones que para satisfacer necesidades familiares.

Y es que aparte de todo, su tratamiento fiscal era de lo más benigno. Como se trata

desde siempre de un acto absolutamente mercantil por la calificación contenida en el artículo 1º de la Ley, y el impuesto del timbre, de carácter federal, vigente entonces, gravaba los actos, contratos y documentos no mercantiles, pues dicho gravamen no se causaba; y además, como las autoridades fiscales locales habían interpretado atinadamente que por la constitución del fideicomiso no había transmisión de propiedad alguna, y ésta podía tener lugar llegado el fideicomiso a su término en ejecución de sus fines, consecuentemente tampoco se causaba el impuesto local de traslación de dominio de bienes inmuebles al constituirse aquél. Así, por una compraventa pudo haberse llegado hasta un catorce por ciento entre impuestos, derechos y honorarios notariales, y por su parte, un fideicomiso, aún con los honorarios de la fiduciaria, no generaba una erogación mayor del uno por cierto.

Termina esta etapa el 19 de noviembre de 1974 cuando inician su vigencia reformas fiscales federales que gravan el grueso de los fideicomisos con el impuesto del timbre; lo que disminuye considerablemente su positividad y en particular, en el Distrito Federal se le noquea al imponerle un régimen fiscal burdo del todo, pues bajo ciertas circunstancias, las más comunes, era doblemente gravado en

comparación con la compraventa de un inmueble. Se dispuso en la entonces vigente Ley de Hacienda, que si en virtud del fideicomiso, la fiduciaria adquiriría la propiedad de los bienes fideicomitidos para transmitirlos en ejecución de los fines dispuestos, con mira directa de la ley fiscal de entonces a los fideicomisos etiquetados como traslativos de dominio, el impuesto sobre traslación de dominio se causaba dos veces; una al constituirse el fideicomiso y una segunda cuando la ulterior transmisión; por una parte, según dicha ley, si en virtud del acto constitutivo, no había tal transmisión a la fiduciaria, supuesto de los fideicomisos de garantía y de administración principalmente, debía hacerse un depósito del posible impuesto a pagar y se estaría a las resultas del acto ulterior al concluir el fideicomiso, bien fuera para devolver el importe de ese depósito o bien para aplicarlo al pago del impuesto; además, quedaba doblemente gravado si la fiduciaria transmitía el bien al fideicomisario o a un tercero.

Nada autorizaba, de no ser la ignorancia tendenciosa, a suponer que la situación de la institución fiduciaria respecto de los bienes fideicomitidos era distinta si se trataba de un fideicomiso traslativo de propiedad o uno de garantía, pues en todo caso, en ese entonces, al implicar el fideicomiso una afectación de

bienes [artículo 349 (32) y 384 (00)], “los bienes que se den en fideicomiso se consideran afectos al fin al que se destinan...” [artículo 351 (32) y 386 (2000 y 2003)], además, ese régimen siempre ha prevalecido, así sea un fideicomiso traslativo de dominio, de garantía, de administración, de inversión o cualquiera otro, pues este etiquetado tiene como causa los fines del fideicomiso y no la situación de los bienes fideicomitidos, independientemente de la época legislativa observada y aplicable.

B. Segunda etapa (1975-2000)

A consecuencia de la agresión fiscal sufrida a fines de 74 y principios de 75, en materia federal y local respectivamente, el fideicomiso cayó en un desuso considerable, pues dejó de tener aplicación especialmente en el sector privado; su positividad vino muy a menos. Se mantuvo, para no caer en un completo desuso, especialmente con el fideicomiso público y con el fideicomiso turístico en las costas y fines empresariales en las fronteras, pues ambos tomaron auge durante la gestión del presidente Echeverría, con una serie de inconvenientes; en el primer supuesto, la incorporación del dinamismo y de la versatilidad de la figura a la lentitud de la mecánica burocrá-

tica, trajo consigo el enfrentamiento de dos corrientes de actividad irreconciliables y por ende con resultados negativos. El llamado fideicomiso público no es más que un fideicomiso tullido y entorpecido por el reumatismo del sector público, en el que prevalecen los candados, los obstáculos, la ambición política, los cambios de personal por lo menos cada sexenio, y demás inconvenientes. Por su parte, en el fideicomiso de inversión extranjera, también se hizo presente la intervención estatal, por la participación de la Secretaría de Relaciones Exteriores, con un criterio publicista por razón natural, amén de que la Ley de inversiones de entonces atribuía a la fiduciaria la propiedad de los bienes fideicomitados, bien fuere por dejar clara la imposibilidad de cualquier derecho dominical del extranjero, o bien por la falta de profundidad y de cuidado del legislador en la utilización de los conceptos legales.

La disminución marcada de utilización del fideicomiso en esta etapa genera improvisación en su trato; aparece la transitoriedad en el desempeño de las actividades bancarias por la nacionalización de la banca, de tal modo que se va quedando atrás la observación de la esencia de la figura y se hace prevalecer el criterio de quien tiene la última palabra por aspectos ajenos a lo estrictamente jurídico.

Además, en esta época, por la mitad de los años noventas, se agudizó la crisis económica padecida de mucho tiempo atrás por el país, con una moratoria tan alarmante de parte de los deudores bancarios, que orilló a este sector a buscar medios para un aseguramiento mejor de sus créditos; para ello, logró la reforma legislativa con vigencia a partir del 25 de mayo de 1996, a efecto de poder fungir como fiduciaria en los fideicomisos que se constituían para garantizar tales créditos, y por ende, como acreedores eran también fideicomisarios. Por los términos de la disposición previsor de la modificación, quedó sin aplicación práctica por un pretendido cuidado de los derechos fundamentales del deudor.

C. Tercera etapa (2000-2003)

También como resultado de las acciones tendientes a una posición mejor frente a sus deudores, las instituciones de crédito lograron modificaciones importantes a la Ley General de Títulos y Operaciones de Crédito, publicadas el 23 de mayo de 2000, y vigentes a partir del día siguiente, con la incorporación en el ordenamiento de la prenda sin desposesión y el fideicomiso etiquetado en la Ley como de garantía. La prenda se amplió a los preceptos originalmente destinados a la regulación

del fideicomiso, de manera que la regulación de éste comenzó a partir del artículo 381 y no del 346 como era en su origen. El Capítulo V del Título segundo de la Ley pasó a tener entonces dos secciones; la primera simplemente bajo el rubro “Del fideicomiso”, integrada por los artículos del 381 al 395, con texto idéntico a los artículos del 346 al 359 originales; y una sección segunda para ese fideicomiso de garantía de nueva creación, con los artículos del 396 al 410, de texto incongruente con los iniciales, pues en esta previsión novedosa los efectos sobre los bienes fideicomitidos cuando de un fideicomiso de garantía se trataba, iban más allá que los de un fideicomiso sin esa etiqueta, lo cual, si bien en el fondo era descartable de entrada, pues como se ha dicho, la situación de los bienes siempre ha sido y continúa siendo la misma, en apego a las opiniones que observan diferencia según el fideicomiso del caso, resultaba no sólo incongruente sino ilógico, pues en un fideicomiso traslativo de dominio no se aludía a transmisión de propiedad alguna y en uno de garantía sí la había. En fin, como fuere, a partir de entonces la Ley previó un fideicomiso en general y al fideicomiso de garantía con particularidades contrarias a encontrar entre uno y otro una relación de género y especie.

D. Cuarta etapa (2003 en adelante)

Las incongruencias apuntadas dieron rápidamente lugar a un replanteamiento legislativo y a consecuencia de ello, el 13 de junio de 2003 aparecieron las reformas a la Ley que armonizaron las dos secciones existentes y subsistentes, para poner remedio a esas incongruencias. Con tales reformas queda definida la postura legal en relación con los aspectos medulares de la naturaleza del fideicomiso. Todas las discusiones motivadas por la falta de entendimiento de la posición original del ordenamiento, quedan superadas al reventarse el hilo por lo más delgado que es hasta donde alcanzó la comprensión promedio, no obstante el sentido de las disposiciones. La ganancia estuvo en el logro de esa definición legal; lo triste es la pérdida de una institución magníficamente lograda por el legislador de 32 para pasar a ser una figura meramente ordinaria, rudimentaria desde el punto de vista científico y ahora destinada especial si no es que exclusivamente a la preservación de los intereses del sector bancario y financiero.

II. DIGRESIONES TEÓRICAS Y DE INTERPRETACIÓN

1. RECORDATORIO DE CARACTERES. SU PRESENTACIÓN OBJETIVA

Bien merece la pena dejar constancia de nueva cuenta de algunas de las características esenciales del fideicomiso, especialmente como presupuesto de los comentarios en apartados subsecuentes con base en los dispositivos correspondientes y en los cuales, dichas características tendrán una presencia constante. Me refiero a los sujetos partícipes, que son el fideicomitente, la institución fiduciaria también designada como el fiduciario y el fideicomisario (eventualmente puede también tenerse en cuenta al comité técnico); el objeto del fideicomiso, o sean, los bienes fideicomitados y a los fines del mismo a los que dichos bienes se destinan en la dinámica de la figura.

A. Sujetos

a. *Fideicomitente*

El fideicomitente es el propietario de los

bienes sobre los que recaen los efectos del fideicomiso. Según el artículo 349(32), que devino en el 384(00), debía tener “la capacidad necesaria para hacer la afectación de bienes que el fideicomiso implica...”. Conforme el artículo 384(03) “sólo pueden fideicomitentes las personas con capacidad para transmitir la propiedad o la titularidad de los bienes o derechos objeto del fideicomiso...”. Como fue, el fideicomitente requiere de determinados alcances en su capacidad, que en el caso es la capacidad de ejercicio, en lo que al aspecto patrimonial corresponde. El precepto vigente le exige la capacidad de transmitir los bienes; los anteriores se referían a la capacidad para la afectación de bienes que en su época implicaba el fideicomiso, lo cual en si mismo no era igual a lo actual, pero se complementaba con lo dispuesto por el artículo 352(32) y su equivalente 387(00), según los cuales, “...la constitución de fideicomiso deberá... 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”, con lo que se redondeaba satisfactoriamente la situación, pues con ello se fijaban los alcances de la afectación traída consigo por el fideicomiso. En tales condiciones, éste es un acto de dominio, con todas las implicaciones que esa calificación genera.

Como tales consecuencias, se requiere la mayoría de edad en el fideicomitente (artículo 24 del Código Civil); si el fideicomitente adquirió casado en sociedad conyugal, en la fideicomisión deberá participar su cónyuge por el dominio común habido en el caso (artículo 194 del mismo código); los representantes legales requieren de autorización especial para fideicomitir los inmuebles o los muebles preciosos propiedad de sus representados (artículos 436, 561, 626, 660, 1717 y otros del propio Código Civil); el apoderado del fideicomitente, si es general, requerirá serlo para ejercer actos de dominio y no sólo para administrar bienes y así, esa catalogación del fideicomiso como acto de dominio exige la presencia de todas las medidas legales requeridas para ese tipo de actos.

Hubo y hay la posibilidad de un fideicomitente diverso del presentado. Me refiero a “las autoridades judiciales y administrativas competentes, cuando se trate de bienes cuya guarda, conservación administración, liquidación, reparto o enajenación corresponda a dichas autoridades o a las personas que éstas designen” según preveían en su parte complementaria el artículo 349(32) y 384(00) o en su caso, “las autoridades judiciales o administrativas competentes para ello”, tal cual lo señala actualmente también en su parte complemen-

taria el artículo 384(03). Se trata ciertamente en una o en otra de las versiones, de un supuesto de poca aplicación, pero además, venido a menos de la redacción anterior a la actual, pues la primera situaba al fideicomiso como un instrumento al alcance de cualquier autoridad de las señaladas para facilitar la realización de destinos convenientes a bienes, en los procedimientos que se diere el supuesto. La redacción actual, en cambio, simplemente alude a autoridades competentes y habría que buscar la competencia en la ley, sin que se sepa a ciencia cierta cual es esa competencia.

b. *Fiduciario*

En su origen, podían fungir como fiduciario en un fideicomiso, sólo las instituciones autorizadas expresamente para ello por la ley bancaria [artículo 350(32) y 385(00)]; lo cual se fue ampliando al paso del tiempo, pues, en primer lugar, eventualmente otros ordenamientos, como la Ley Minera y la Ley que creó al Patronato del Ahorro Nacional, indicaron la posibilidad de que respectivamente lo fueran la Comisión de Fomento Minero y el Patronato del Ahorro Nacional antes de que fuera banco, pero el artículo 395(03), para el caso de los actuales fideicomisos de garantía, además de las instituciones bancarias, abre la posibilidad a las de seguros y a las de fianzas;

a las casas de bolsa, a las financieras de objeto limitado y a los almacenes generales de depósito.

En esencia, independientemente de la discusión antes de 2000 en torno a si la fiduciaria adquiriría la propiedad de los bienes fideicomitidos, y aún en la actualidad con la indicación legal expresa en ese sentido, desde siempre la fiduciaria ha sido una encomendera del fideicomitente. Así estaba dispuesto en los artículos 346(32) y 381(00) y así lo está en el artículo 381(03), según los cuales, la realización del destino asignado por el fideicomitente a sus bienes se lo encomendaba a la fiduciaria. De conformidad con los artículos 356(32), 391(00) y 391(03), la fiduciaria “...no podrá excusarse ni renunciar su encargo...” para confirmar su papel genuino.

Y es que también con independencia a todo ese enredo del régimen aplicable a los bienes fideicomitidos, corresponde a la fiduciaria en su actuación el papel del mandatario en el mandato. “El mandato —como se recordará así lo establece el artículo 2546 del Código Civil— es un contrato por el que el mandatario se obliga a ejecutar por cuenta del mandante los actos jurídicos que éste le encarga”. Así, si el mandatario tiene el encargo de otorgar actos jurídicos por el mandante y dichos actos son ni más ni menos y en todo caso los que

la fiduciaria lleva a cabo por cuenta el fideicomitente, para lograr los fines del fideicomiso, ésta resulta una mandataria, al obrar bajo cualquier circunstancia por cuenta del fideicomitente; ya que la suma o resta, es decir, la cuenta correspondiente, afecta el patrimonio de este último. Tal fue parte de la postura de RICARDO J. ALFARO anunciada anteriormente y atinada en ese aspecto.

c. El fideicomisario

El fideicomisario es el beneficiario en el fideicomiso; es la persona a cuyo favor y beneficio se otorga el acto. De conformidad con el primer párrafo del artículo 348(32) lo mismo que del artículo 383(00) y substancialmente igual con el del artículo 382(03) puede ser fideicomisario cualquier persona con sólo tener la capacidad necesaria para recibir el provecho que el fideicomiso genera. No se trata de la capacidad de ejercicio del fideicomisario, como sí lo fue respecto del fideicomitente. Ahora lo atendible es la capacidad de goce; ese provecho generado por el fideicomiso son derechos que entran en el haber patrimonial del fideicomisario y de no tener éste la aptitud para ser titular de aquellos, se traduciría ello en la imposibilidad jurídica de tales derechos como objeto directo del acto otorgado y su consecuente nulidad contundente, por el orden público trasgredido.

Tal sería la situación de un fideicomiso que se constituyera para que un extranjero deviniera en propietario de un inmueble en zona prohibida, o que el fideicomisario resultare no concebido cuando la muerte del fideicomitente, o cuando durante la vigencia de la Ley para promover la Inversión Mexicana y regular la Inversión Extranjera que precedió a la actual, se hubiere designado fideicomisario a una persona moral en un fideicomiso cuyo fin fuera transmitir la propiedad de un inmueble en territorio nacional.

d. *Comité técnico y de distribución de fondos*

La previsión del comité técnico la ha habido desde siempre en las distintas leyes bancarias. Es un cuerpo colegiado; antes era de la designación del fideicomitente por la soberanía jurídica que se le reconocía como dueño de los bienes; ahora es de designación convencional. Le corresponde dictaminar y acordar los aspectos de la dinámica del fideicomiso con el señalamiento de las directrices que irán prevaleciendo en su derrotero para que la fiduciaria se conduzca en consecuencia, supuesto en el cual, ésta queda liberada de cualquier responsabilidad por su actuación. La participación del comité técnico puede considerarse esporádica en general, si bien para los fideicomisos públicos es obligatoria.

B. Los bienes fideicomitidos

Pueden ser objeto de fideicomiso toda clase de bienes y derechos, con tal que sean enajenables, y además, una vez fideicomitidos, se considerarán afectos al fin a que se destinan y en consecuencia sólo podrán ejercitarse respecto de tales bienes, los derechos y acciones que al mencionado fin se refieran. Así lo dispusieron los artículos 351(32) y 386(00) y así lo indica el artículo 386(03).

A propósito de lo anterior, es de tenerse en cuenta, por una parte, que consecuentemente, *a contrario sensu*, no son fideicomitibles los bienes inalienables ni los derechos incesibles; en segundo lugar, aun cuando pareciera obvio, se destaca la utilización adecuada de la terminología jurídica en la ley, en este caso tarea de su redactor, al aludir al objeto del fideicomiso con el mismo significado del objeto de los contratos y de los actos jurídicos en general, al tenor de lo establecido por los artículos 1824 y 1859 del Código Civil; en tercera, que sea cual fuere la época de la vida activa en cuanto a la situación jurídica de los bienes fideicomitidos, a reserva de insistir en ello más adelante, téngase presente por ahora que éstos siempre han quedado afectos al fin al que se destinan, lo que debemos entender como destinados a ese fin, pues afectar es de entrada destinar; afectación acción de afectar y por

último, que como el ejercicio de derechos y acciones se lleva a cabo mediante el otorgamiento de actos jurídicos, pues en el caso fue claramente trasladable la dinámica de la capacidad de ejercicio, en cuanto consiste en la aptitud del sujeto para ejercitar personalmente derechos y comparecer en juicio por derecho propio y ello se lleva a cabo por el otorgamiento personal de actos jurídicos. Entonces, debe concluirse que esa fórmula del ejercicio de derechos se traduce en el otorgamiento de actos jurídicos, de manera tal que bien puede entenderse que respecto de los bienes fideicomitidos sólo pueden ejecutarse los actos jurídicos tendientes a alcanzar los fines del fideicomiso.

C. Fines

El fin al que se pretende como destino de los bienes fideicomitidos, debe ser lícito y determinado, en términos de ley. La licitud depende de que no contraríen el orden público ni las buenas costumbres. La determinación por su parte, se traduce en que debe ser concreto y no genérico.

2. PRESENTACIÓN DE DOS CUESTIONES DE FONDO

Así planteada la presencia de los protagonistas en la dinámica del fideicomiso, con sus

respectivas participaciones; el fideicomitente con la ejecución de un acto de dominio sobre bienes de su propiedad; la fiduciaria con una encomienda a su cargo, y el fideicomisario como beneficiario de los resultados de la figura, amén de los fines a que dichos bienes quedan destinados, su dinámica es de lo más sencillo, pero la realidad respecto de las cuestiones jurídicas que plantea está muy lejos, pues se han dado una pluralidad de circunstancias que han provocado apuntamientos, consideraciones y discusiones, las más de las veces encontradas frontalmente, porque sus posiciones son opuestas y que ha de reconocerse ya trajeron consigo una definición legal con las reformas de 2003, pero ahora deben verse las razones, la calidad, la consistencia y en suma, la bondad de tales reformas, pues a su vez presentan un número considerable de blancos de crítica.

Las cuestiones que más discusiones han provocado en doctrina, fueron, en primer lugar, su estructura como acto jurídico. Lo más simple ha sido desde siempre observar en él y considerarlo meramente un contrato. La presencia y protagonismo de la fiduciaria en la dinámica del fideicomiso hace ver ello como obvio; más aún, como veremos, así está ya señalado en la ley, como lo estaba antes de 2003; pero al tiempo de ser lo más simple es

lo más superficial; carente de contenido y sin aplicación de lo jurídico de fondo, sobre todo para aquilatar el planteamiento de los términos de la regulación legal original. La otra postura al respecto, más elaborada que la anterior, se funda en la concepción original del fideicomiso como un acto dispositivo y por ende, de la soberanía personal del fideicomitente, pues es éste a quien corresponde señalar el destino de sus bienes. Tal caracterización del fideicomiso permitió verle similitud con el testamento. Por éste, el testador dispone de sus bienes para después de su muerte y por el fideicomiso, en su versión original, el fideicomitente destina sus bienes. Ese acto dominical del fideicomitente, circunscrito a destinar, ensamblado con la intervención convenida con la institución fiduciaria, dieron por resultado observar en el fideicomiso la amalgama de dos actos; el primero unipersonal constitutivo y el segundo contractual dinámico. La concepción en esos términos debió traer y trajo consigo repercusiones prácticas de interés interpretativo innegable.

La otra cuestión objeto de discusiones ha sido el régimen legal aplicable a los bienes fideicomitidos; la propiedad se conservaba por el fideicomitente sólo que con una afectación al destino dada por éste a sus bienes; o bien se trasmitía a la institución fiduciaria, e in-

clusive no faltó quien llegó a afirmar, aún cuando fuere por mera experiencia práctica, que pasaba a ser del fideicomisario, pues en última instancia, se decía, dichos bienes están a disposición de aquél. Inclusive los gravámenes fiscales toman ello muy en cuenta. Además, el fideicomisario siempre ha podido “reivindicar” los bienes que por exceso de la fiduciaria hubieren salido del patrimonio fideicomitado y como la acción reivindicatoria corresponde al propietario, hubo en tal caso quien asignó al fideicomisario la propiedad sobre dichos bienes.

En realidad, considerar al fideicomisario como propietario de los bienes fideicomitados no tiene consistencia jurídica alguna. Su situación legal está claramente definida desde siempre, primero en el artículo 355(32), después en el 390(00) y ahora en el artículo 390(03). Es titular de derechos de crédito; es acreedor de la institución fiduciaria como deudora, a la que puede exigirle como prestación el cumplimiento de los fines del fideicomiso. Precisamente ello se desprende de los preceptos citados, conforme a los cuales, “el fideicomisario tendrá el —derecho— de exigir su cumplimiento —el del fideicomiso— a la institución fiduciaria...” y en su caso, ante tales circunstancias y en particular, que el fideicomisario no es propietario, la acción en su ha-

ber no es la reivindicatoria, sino más bien se trata de una acción repositoria, modalidad de la pauliana, para que los bienes fideicomitidos se repongan al patrimonio del fideicomiso y se cumplan así con los fines señalados en éste.

También han sido descartadas opiniones cuya posición hace valer un patrimonio autónomo, o sea, carente de propietario, pues ello va contra principios jurídicos elementales. No puede haber derecho sin derechohabiente.

Así, la discusión se centró especialmente en determinar si la propiedad de lo fideicomitado era conservada por el fideicomitente, o por el contrario, éste, al fideicomitir, la transmitía a la institución fiduciaria.

En lo personal, cuando mis primeros acercamientos académicos y profesionales con el fideicomiso, consideré y concluí, como un sector doctrinal, que lo apegado a la realidad era en efecto, estar frente a una figura puramente contractual y más concretamente circunscrito a una manifestación de los negocios fiduciarios, como la misma parte de la doctrina lo afirmaba, lo que a su vez, traía como consecuencia observar una transmisión de propiedad del fideicomitente a la institución fiduciaria como la hay en dicho negocio del fiduciante al fiduciario. Sin embargo, al adentrarme en la regulación legal de la figura; al

hacer una disección del acontecimiento jurídico correspondiente con aplicación de los conceptos de Derecho general, y al tomar en cuenta el significado común y lógico de las términos en que la Ley se expresó en su origen, así como en coincidencia con otras opiniones, me convencí de que mis primeras conclusiones se quedaban cortas por superficiales. No obstante, son las adoptadas por las reformas de 2003.

III. REGULACIÓN ORIGINAL DE LAS DOS CUESTIONES PLANTEADAS

1. ACTO CONSTITUTIVO UNIPERSONAL EN LA REGULACIÓN INICIAL

En las disposiciones de la Ley destinadas a la regulación del fideicomiso, no había una sola alusiva a que éste simplemente fuere un contrato o bien, que de su texto se desprendiere ello, si bien la presencia de los tres sujetos señalados siempre ha sido constante en su dinámica. En cambio, sobraron los preceptos que permitieron deducir la unilateralidad anunciada en ese acto constitutivo, con la presencia de un acto contractual complementario por el que la institución fiduciaria quedaba obligada a cumplir con la encomienda de llevar a cabo los actos tendientes a alcanzar los fines del fideicomiso.

En congruencia con lo anterior, el artículo 346(32), que devino en el 381(00), hizo referencia a dos diversas conductas del fideicomitente; la primera consistente en destinar ciertos bienes a un fin lícito y determinado y

la segunda a encomendar a la institución fiduciaria la realización de ese fin. Destinar un bien propio a cierto fin es una cualidad del derecho de propiedad que sobre dicho bien se ejerce; se trata de una acción unipersonal e independiente, consistente en dar destino jurídico a lo propio y cuya ejecución lo mismo puede llevarse a cabo personalmente, que por un mandatario o apoderado y también por un fiduciario si se recurre a la figura del fideicomiso, pero que en todo si hay un encargo de por medio, éste es complementario y contingente, lo que lo sitúa como un acto ajeno y posterior en relación con el destino mismo. Por ello uno fue el acto unipersonal constitutivo del fideicomiso y otro el contractual consistente en el encargo de la ejecución de los actos tendientes a alcanzar los fines contenidos en el primer acto y en la aceptación de ese cargo.

En el mismo orden de ideas, del artículo 350(32) [385(00)] se desprendieron dos previsiones que contundentemente se explicaban por haberse concebido originalmente el fideicomiso en los términos apuntados. De conformidad con el segundo párrafo de dicho precepto “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 de-

fecto, el juez de primera instancia...” y según el párrafo siguiente, “salvo lo dispuesto en el acto constitutivo del fideicomiso, cuando la institución fiduciaria no acepte... deberá nombrarse otra para que la substituya. Si no fuere posible esta substitución, cesará el fideicomiso”.

Como puede observarse, el dispositivo citado contenía tres diversas muestras de la posición legislativa, que resultaron contundentes en sí mismas para sustentar la calificación indicada. Tener por constituido de inicio al fideicomiso y ser ese el punto de partida de los supuestos siguientes. Como tales, suponer, por una parte, la posibilidad de que al constituirse el fideicomiso no se designare nominalmente institución fiduciaria; y además, en tercer término, que de no haber fiduciaria que aceptara fungir como tal en el fideicomiso ya constituido, éste cesará, todo lo cual supone su existencia previa.

También es de tenerse en cuenta la posibilidad permitida en el artículo 352(32), que pasó a ser el 387(00), en cuanto a que el fideicomiso pudiera constituirse tanto por acto entre vivos como por testamento, es decir por acto cuyos efectos se producen sin que para ello sea factor la muerte de alguien, o bien, por causa de esa muerte, que en nuestro medio es precisamente el testamento. Buena

oportunidad tuvo el legislador cuando la redacción del precepto en cuestión para señalar en el mismo que el fideicomiso podía ser constituido por contrato y no lo hizo; su expresión fue por acto entre vivos y en cambio, sí aparece su indicación expresa de que dicha constitución pudo tener lugar por testamento; acto éste, estrictamente unipersonal. Es subrayable que lo previsto expresamente fue la posibilidad de la constitución por testamento.

Una cuarta muestra del fideicomiso conceptuado en los términos indicados, son dos de los supuestos de extinción del mismo, en el contenido del artículo 357(32) que después fue el 392(00). Me refiero al convenio expreso entre fideicomitente y fideicomisario, sin participación alguna de la institución fiduciaria (fracción V) y la revocación del fideicomitente si éste se hubiera reservado expresamente este derecho al constituirse el fideicomiso (fracción VI); supuesto ambos en los que la fiduciaria no tenía intervención alguna, por corresponder a lo que fue la parte constitutiva del fideicomiso.

Así pues, la presentación del fideicomiso como un acto unipersonal en su fase constitutiva resultó clara en la previsión original de la figura. Se trató de un acto de la soberanía del fideicomitente, quien disponía con liber-

tad irrestricta respecto del destino de sus bienes. Ciertamente, para el caso de ser un negocio en aras de los intereses del fideicomisario, dichos fines siempre han podido ser objeto de negociación, como puede serlo cualquier negocio en cuanto los tratos se refiere, pero en lo que es el otorgamiento del acto ya se trató de un acto dispositivo.

Decidido y otorgado que fuere el destino de los bienes correspondientes, la dinámica integral de la negociación se complementó con un acto de naturaleza contractual, por el que el fideicomitente hacía el encargo a la institución fiduciaria y así ésta, con exclusión de cualquier otra persona, inclusive el propio fideicomitente, con su aceptación se comprometía y legitimaba para ejecutar los actos tendientes a alcanzar los fines a los que éste destinó sus bienes. Casi siempre, la presentación de ambos actos quedaron en un solo documento.

2. AFECTACIÓN Y NO TRANSMISIÓN DE PROPIEDAD EN SU ORIGEN

En el mismo orden de ideas, la regulación inicial de la Ley respecto del fideicomiso no tuvo un solo precepto alusivo a una transmisión de propiedad de bienes del fideicomitente a la institución fiduciaria y sí, por el con-

trario, se dieron a granel las disposiciones con el señalamiento expreso de que el fideicomitente asignaba un cierto destino a sus bienes; de ese modo, el proceder a su cargo era el de afectar dichos bienes, e inclusive, conservando de ellos su propiedad, sin perjuicio de esa afectación. Me refiero a tales preceptos a continuación.

Con anterioridad, en el apartado 1. inmediato anterior, cité el artículo 346(32) al mismo tiempo 381(00); es el caso de tenerlo nuevamente en cuenta, sólo que ahora para destacar que en virtud del fideicomiso, el fideicomitente destinaba ciertos bienes, no los transmitía a la institución fiduciaria. Destinar es ajeno a transmitir. En la vida diaria nuestros bienes son objeto de algún destino y no por ello los transmitimos.

Igualmente líneas antes señalé, y ahora reitero, que conforme al artículo 349(32) y su sustituto 384(00), el fideicomiso implicaba una afectación de bienes. Según el Diccionario de la Lengua, afectación es “acción de afectar” y afectar, en lo jurídico, es “imponer gravamen u obligación sobre alguna cosa sujetándole el dueño a la efectividad de derecho ajeno”; no implica transmitir la propiedad. Sobran ejemplos de afectaciones de bienes sin relación alguna con un acto traslativo en el que dichos bienes fueren su objeto. Ese es

el caso de los artículos 31 de la Ley de Instituciones de Fianzas; 79 de la Ley de Instituciones de Crédito; 2910 del Código Civil, por citar algunos.

El artículo 351(32), al igual que su correspondiente 386(00), fijó puntualmente los alcances de la situación de los bienes fideicomitidos, al establecer para su momento que se consideraban afectos al fin a que se destinaban y por ende, sólo podían ejercitarse respecto de dichos bienes los derechos y acciones que al mencionado fin se refirieran. En consecuencia, los únicos actos para los cuales la fiduciaria estaba legitimada, eran los conducentes al alcance de los fines del fideicomiso, lo cual no tenía relación alguna con un derecho propiedad de parte de ésta, sino su simple legitimación para realizar dichos actos.

Por otra parte, la indicación del artículo 352 (32), que pasó a ser el artículo 387(00), según la cual, la constitución del fideicomiso debía ajustarse a los términos de la legislación común sobre transmisión de los derechos o la transmisión de propiedad de las cosas que se dieran en fideicomiso, no autorizó de manera alguna a observar en el fideicomiso una transmisión de propiedad. Que se ajuste los términos no implica que lo sea. La hipoteca por ejemplo, se ajusta a los términos de un acto

traslativo, pues sólo puede hipotecar quien pueda enajenar y sólo pueden ser hipotecados los bienes que pueden ser enajenados; además, en inmuebles debe observar las formalidades para la venta (artículos 2906 y 2917 del Código Civil), y no porque así sea, ya la hipoteca es una enajenación.

Según el artículo 356(32) [391(00)], la institución fiduciaria debe obrar siempre como un buen padre de familia”. Esta fórmula le impone un grado medio de diligencia, y por ende, en todo caso califica su nivel y alcances de responsabilidad, y siempre en el manejo de bienes ajenos. En los códigos civiles francés y español se usa para el arrendatario, el mandatario, el usufructuario, el depositario y en general todo aquel que tiene en su poder un bien ajeno. En el caso era la fiduciaria.

Como dije, una de las causas de extinción del fideicomiso fue el convenio entre fideicomitente y fideicomisario, sin intervención alguna de la fiduciaria. A propósito, llegada la extinción apuntada, si así procedía, la institución fiduciaria debía devolver al fideicomitente los bienes que permanecieran en su poder por el fideicomiso. Devolver es restituir, y una de las prestaciones de dar listada en el artículo 2014 del Código Civil, es la restitución de cosa ajena, lo que fueron los bienes fideicomitidos; la fiduciaria debía devolverlos.

En tales condiciones, sea cual hubiere sido el tipo de fideicomiso constituido; traslativo de propiedad, de garantía, de administración, etcétera, el fideicomitente afectaba los bienes fideicomitados con el señalamiento de los fines a los cuales debían destinarse, y sin transmitir derecho dominical alguno a la fiduciaria, le encargaba a ésta la realización de los actos para el logro de los fines dispuestos. La fiduciaria por su parte, con la legitimación a su favor reconocida por ley [artículo 356(32) y 391(00)] correspondió, como sigue correspondiendo, según veremos, con exclusión de cualquier otra persona, el ejercicio de los derechos y el otorgamiento de los actos tendientes al logro de tales fines.

La seguridad no podía ni tenía por que ser mayor; además, cualquier exceso trastocaría la esencia de las instituciones, por ir más allá de lo que la evolución jurídica ha alcanzado y de la cual, el fideicomiso original era una muestra de primera calidad jurídica. El señalamiento dispositivo y vinculatorio de los fines por parte del fideicomitente, hecho con responsabilidad, como debe entenderse la participación de cualquier mayor de edad en el otorgamiento de un acto jurídico; la afectación de bienes que el fideicomiso implicaba, lo cual se traducía en que el destino dado a los bienes fideicomitados, no sólo estaba per-

mitido por la ley como una mera cualidad del derecho de propiedad, sino por encima de ello estaba sancionado y protegido por la ley, pues era contundente la determinación legal de que respecto de dichos bienes sólo podían ejercitarse los derechos y acciones relacionados con los fines establecidos, lo cual se traducía y se traduce en tomar como únicos actos jurídicos otorgables al efecto los tendientes a lograr tales fines. Así, los bienes del caso estaban protegidos hasta del propio fideicomitente, pues éste, por dicha afectación, quedaba excluido de la posibilidad de ejecutar actos cuyo objeto fueran los bienes objeto del fideicomiso, amén de que desde siempre el fideicomiso ha sido irrevocable por naturaleza, y por ello, mientras el fideicomitente no se reserve expresamente el derecho de revocarlo, opera esa irrevocabilidad.

IV. REGULACIÓN ACTUAL

Como dije al principio, en mayo de 2000 se adicionó el capítulo previsor del fideicomiso para hacerlo de dos secciones; la primera destinada al fideicomiso en general sin más modificación que la nomenclatura del articulado correspondiente por ampliación del de la prenda, y quedar esa primera parte del artículo 381 al 394, inclusive; y una segunda sección para darle cabida a la presentación del fideicomiso de garantía con adopción de los criterios dominantes, en el sentido de que el fideicomiso es simplemente un contrato y en su mecánica opera una transmisión de propiedad del fideicomitente al fiduciario.

Así previsto el fideicomiso, traía consigo una incongruencia grotesca, pues en disposiciones generales mantenía su regulación de origen y en cambio, en un fideicomiso de los considerados, por sus fines, para garantizar, resultaba una transmisión de propiedad. Por ello es que en 2003 la figura se modificó nuevamente, se les da cabida en la sección del fideicomiso en general a esos dos puntos de vista

ahora prevalecientes y se adapta la sección correspondiente al fideicomiso de garantía. Las disposiciones que citemos de aquí en adelante sin alusión alguna en contrario, corresponderán a esas reformas; ahora vigentes.

1. NATURALEZA CONTRACTUAL DEL FIDEICOMISO

El primer aspecto abordado y definido por las reformas de 2003, fue dejar constancia de la posición legal que califica al fideicomiso como un contrato. Para ello, el concepto actual del fideicomiso dejó de mencionar que el fideicomitente destina, e indica expresamente que éste transmite (artículo 395), lo cual, si bien es objeto de comentarios posteriores, pues se refiere al régimen aplicable a los bienes fideicomitados, también es observable en lo ahora apuntado, en tanto que si hay quien transmite necesariamente hay quien adquiere lo transmitido y si ambas acciones son voluntarias, pues se dan los alcances de un contrato. Además, resulta contundente que la validez del fideicomiso dependa de que “conste la aceptación del encargo por parte del fiduciario” (artículo 382). Ahora el fideicomiso no se extingue sino por acuerdo por escrito del fideicomitente, del fideicomisario y del fiduciario (artículo 392, fracción V); así se con-

firma la intervención contractual protagónica de éste último, y particularmente en la parte relativa a la regulación del fideicomiso de garantía se leen alusiones a partes y a contrato. Además, para ser congruente con la postura adoptada, se suprimió de la regulación la posibilidad de constituir el fideicomiso por testamento.

2. ACTO TRASLATIVO DE PROPIEDAD

Ahora, como se dijo en el párrafo anterior, el fideicomitente transmite a la fiduciaria (artículo 381); el fideicomitente requiere la capacidad necesaria para transmitir la propiedad de la cosa y la titularidad del derecho objeto del fideicomiso (artículo 384). Como el fideicomiso ya es un acto traslativo de dominio, por sí mismo le corresponde ese régimen y no por referencia, lo que dio lugar a la derogación de la disposición según la cual debía ajustarse a los términos de la legislación común sobre la transmisión de propiedad de los bienes. Además, extinguido el fideicomiso, la institución fiduciaria transmitirá a su vez, a quien corresponda los bienes que conserve en su poder (artículo 393).

3. FIDUCIARIA A LA VEZ QUE FIDEICOMISARIO

En la regulación actual se insiste, con un nuevo planteamiento, en la posibilidad de que una institución fiduciaria funja como tal en fideicomisos constituidos en los que a la vez tenga el carácter de fideicomisario. “La institución fiduciaria —establece al efecto el artículo 382 en su último párrafo— podrá ser fideicomisaria 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. En este supuesto las partes deberán convenir los términos y condiciones para dirimir posibles conflictos de intereses”.

4. DISPOSICIONES NO TOCADAS

No obstante las reformas apuntadas, se conservó un buen número de disposiciones en sus términos originales y por ello ahora resultan incongruentes con el sentido de dichas modificaciones. Se trata de las disposiciones referentes al encargo asumido por la fiduciaria y a su estatuto mismo, con la obligación de conducirse como buen padre de familia lo que es aplicable como se dijo, a los

administradores de bienes ajenos. En realidad, el encargo es adecuado; lo absurdo es esa transmisión de propiedad, totalmente fuera de lugar y que como se verá más adelante, trae consigo una regresión vergonzosa. Ahora resulta un encargo al propietario.

5. EL FIDEICOMISO DE GARANTÍA

Con las reformas de 2003, el fideicomiso de garantía creado en el 2000 experimentó en su regulación los ajustes necesarios para hacerse congruente con las previsiones de la sección primera ya comentada. Los lineamientos seguidos en ésta quedaron incorporados en esa sección especial.

Ciertamente, sin perjuicio de lo anterior y de las deficiencias que en lo general, por la postura adoptada en ley tiene la figura, el fideicomiso de garantía regulado ofrece una serie de innovaciones que le hacen ostentar una dinámica con un radio de acción considerablemente mayor; así por ejemplo, abre la posibilidad a diversas entidades del sector financiero para fungir como fiduciarias (artículo 395); con la misma posibilidad de ser fiduciaria y fideicomisarias en un mismo fideicomiso (artículo 396); un solo fideicomiso puede ser instrumento para garantizar a di-

versos fideicomisarios (artículo 397); si los bienes fideicomisos son muebles, podrán ser empleados para la fabricación de otros e inclusive pueden ser substituidos si así se pacta y se sigue el procedimiento establecido (artículos 398 y 399); se señalan las bases mínimas para un procedimiento de venta de los bienes fideicomitidos por el incumplimiento del deudor (artículos 403 y siguientes).

V. ÚLTIMAS CONSIDERACIONES CRÍTICAS

El derrotero observado por el fideicomiso a lo largo de su aplicatoriedad, desde el inicio de vigencia de la Ley hasta nuestros días, especialmente por las reformas que la figura experimentó en los últimos años, ha traído consigo una serie de situaciones merecedoras de comentarios críticos. Como tales están los siguientes:

1°. Es censurable la posibilidad reconocida en la Ley de que el fiduciario pueda tener en un mismo fideicomiso el carácter de fideicomisario. En todo caso, quien tiene una encomienda a su cargo tiene vedado obrar en su provecho personal. Esa es la situación del mandatario, del albacea, del tutor y en fin de cualquiera que tenga un encargo, sea éste por ley o por convención entre particulares. En la regulación actual el fideicomiso se desconoce tal situación y se expone a que el fiduciario obre en provecho propio, sea juez y parte y se haga justicia por propia mano. Tal como se apuntó líneas antes, desde los inicios de vi-

gencia de la Ley se suprimió esta posibilidad, con la condena de la nulidad al fideicomiso dado en esos términos; sin embargo, con una regresión impensada se da nuevamente.

2°. Pero si de regresiones se trata, la habida con el señalamiento de que la fiduciaria adquiere la propiedad de los bienes fideicomitidos es hasta trimilenaria; contraria totalmente al grado de evolución alcanzado por lo jurídico en la actualidad. Esa transmisión se dio como la primera garantía real, totalmente rudimentaria, con la *fiducia* que aparece en el escenario jurídico antes de la prenda y de la hipoteca y ahora, en pleno siglo XXI después de Cristo, se vuelve a tal situación. Se entiende como otra manifestación de la búsqueda por el sector bancario de recuperar sus haberes, lo que en cierta medida justifica su actitud, pero por el contrario, es una muestra más de las deficiencias en la administración de justicia para preservar los derechos desconocidos, de manera tal que los particulares se ven en la necesidad de allegarse elementos para alcanzar justicia, así sea por propia mano y la ley resulta el mejor instrumento para ello, aún cuando se ataque a sí misma.

3°. Es lamentable que el entorno impregnado de necesidades de difícil satisfacción obligue a trastocar las instituciones, como se

ha dado en el caso del fideicomiso. Perdió sus cualidades jurídicas; dejó de ser la pieza mejor y más pulcramente tratada; perdió positividad en general, para situarse como una operación meramente al servicio del sector bancario en aras de sus intereses, que por lo demás, perfecto derecho tienen los bancos, como cualquier otro acreedor y acaso más por su gran importancia de la economía nacional, de recuperar lo suyo, pues cualquier incumplimiento implica un enriquecimiento injustificado a favor del deudor.