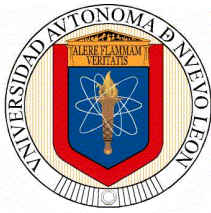


UNIVERSIDAD AUTÓNOMA DE NUEVO LEÓN

FACULTAD DE DERECHO Y CRIMINOLOGÍA

DIVISIÓN DE ESTUDIOS DE POSGRADO



**LA PROPIEDAD FIDUCIARIA EN MÉXICO, SU CONFRONTACIÓN
Y JUSTIFICACIÓN CON EL DERECHO DE PROPIEDAD**

**TESIS QUE PARA OBTENER EL TÍTULO DE DOCTOR EN
DERECHO PRESENTA GERARDO GARZA VALDÉS**

CIUDAD UNIVERSITARIA A MAYO DEL AÑO 2013

A mi esposa Esthela Alejandra.

A mis hijos Gerardo, María del Pilar y Joaquín.

En agradecimiento a mi maestro y director de tesis
Doctor Sergio Guadalupe Villarreal Lozano.

**LA PROPIEDAD FIDUCIARIA EN MÉXICO, SU CONFRONTACIÓN Y
JUSTIFICACIÓN CON EL DERECHO DE PROPIEDAD**

ÍNDICE

INTRODUCCIÓN11

PRIMERA PARTE

**LA PROPIEDAD FIDUCIARIA NO CONTRAVIENE LOS PRINCIPIOS
DEL DERECHO DE PROPIEDAD**

CAPÍTULO I.

PROPIEDAD Y TRANSMISIÓN DE PROPIEDAD.

1. LA IMPORTANCIA DE UNA DEFINICIÓN DE PROPIEDAD 20

2. LA PROPIEDAD COMO DERECHO. 24

3. LA PROPIEDAD COMO DERECHO REAL. 26

 A) DE CARÁCTER SUBJETIVO. 26

 a) CARACTERÍSTICAS. 30

 b) ELEMENTOS. 32

 B) COMO DEBER JURÍDICO. 33

4. CARACTERÍSTICAS O PRINCIPIOS DEL DERECHO DE PROPIEDAD.	38
A) EL DERECHO DE PROPIEDAD ES PERPETUO.	39
B) EL DERECHO DE PROPIEDAD ES ABSOLUTO.	40
C) EL DERECHO DE PROPIEDAD ES GENERAL.	43
D) EL DERECHO DE PROPIEDAD ES ABSTRACTO.	45
E) EL DERECHO DE PROPIEDAD ES ELÁSTICO.	46
F) EL DERECHO DE PROPIEDAD ES EXCLUSIVO.	47
G) EL DERECHO DE PROPIEDAD ES INDEPENDIENTE.	48
H) EL DERECHO DE PROPIEDAD ES ORIGINARIO O FUNDANTE	49
5. FACULTADES DEL DERECHO DE PROPIEDAD.	51
A) FACULTAD DE DISPOSICIÓN.	53
B) FACULTAD DE USO.	54
C) FACULTAD DE DISFRUTAR.	55
D) PROPIEDAD PLENA.	56
6. NUESTRA DEFINICIÓN DE PROPIEDAD.	57
7. TRANSMISIÓN DEL DERECHO DE PROPIEDAD.	58
A) SIGNIFICADO.	58
B) EXIGENCIAS DE LA TRANSMISIÓN DEL DERECHO DE PROPIEDAD.	59
C) MEDIOS DE TRANSMITIR EL DERECHO DE PROPIEDAD.	60
D) NUESTRO SIGNIFICADO DE TRANSMISIÓN DE PROPIEDAD.	61

CAPÍTULO II.

LIMITACIONES AL DERECHO DE PROPIEDAD.

1. ASPECTO GENERAL.	63
2. CAUSAS POR LAS CUALES SE LIMITA EL DERECHO DE PROPIEDAD.	65

A) LA FUNCIÓN SOCIAL.	66
B) LA NECESIDAD DE LOS BIENES.	69
C) EL INTERÉS PARTICULAR.	71
D) LA SEGURIDAD DE LOS NEGOCIOS.	72
3. FORMAS DE LIMITACIÓN AL DERECHO DE PROPIEDAD.	74
A) LIMITACIONES PROPIAMENTE DICHAS.	75
a) CONCEPTO Y CONTENIDO.	75
b) ORÍGEN DE LAS LIMITACIONES.	77
c) FORMAS DE LOS LÍMITES.	78
B) MODALIDADES DEL DERECHO DE PROPIEDAD.	79
a) CONCEPTO.	79
b) ELEMENTOS.	82
C) DESMEMBRAMIENTO DEL DERECHO DE PROPIEDAD.	83
a) SIGNIFICADO.	83
b) FORMAS DE DESMEMBRAMIENTO.	87
c) REQUISITOS.	89
d) CONSECUENCIAS DEL DESMEMBRAMIENTO.	89
D) CONSTITUCIÓN DE OBLIGACIONES DE CARÁCTER PERSONAL.	92

CAPÍTULO III.

ASPECTO REAL DEL FIDEICOMISO.

1. UBICACIÓN EN NUESTRA LEGISLACIÓN.	93
2. ORÍGEN DE LA TRANSMISIÓN DE PROPIEDAD EN EL FIDEICOMISO.	94
A) EN EL DERECHO ROMANO.	94
B) EN EL DERECHO INGLÉS.	97

C) EN EL DERECHO MEXICANO.	99
3. TRANSMISIÓN DE PROPIEDAD AL FIDUCIARIO	
EN EL DERECHO ARGENTINO	102
4. SITUACIÓN ACTUAL DE LA TRANSMISIÓN DE PROPIEDAD AL	
FIDUCIARIO EN NUESTRO DERECHO MEXICANO.	107
5. LA PROPIEDAD DEL FIDUCIARIO Y LOS PRINCIPIOS QUE RIGEN	
AL DERECHO DE PROPIEDAD.	109
A) EN RELACIÓN CON EL PRINCIPIO DE PERPETUIDAD.	109
B) EN RELACIÓN CON EL PRINCIPIO DE ABSOLUTISMO.	111
C) EN RELACIÓN CON EL PRINCIPIO DE GENERALIDAD.	112
D) EN RELACIÓN CON EL PRINCIPIO DE ABSTRACCIÓN.	118
E) EN RELACIÓN CON EL PRINCIPIO DE ELASTICIDAD.	119
F) EN RELACIÓN CON EL PRINCIPIO DE EXCLUSIVIDAD.	121
G) EN RELACIÓN CON EL PRINCIPIO DE INDEPENDENCIA.	128
H) EN RELACIÓN CON EL PRINCIPIO DE ORIGINALIDAD O FUNDANTE. .	129
6. LA PROPIEDAD DEL FIDUCIARIO Y LAS FORMAS DE LIMITACIÓN	
AL DERECHO DE PROPIEDAD	130
A) EN RELACIÓN CON LAS LIMITACIONES PROPIAMENTE DICHAS.	131
B) EN RELACIÓN CON LAS MODALIDADES DEL DERECHO	
DE PROPIEDAD.	132
C) EN RELACIÓN CON EL DESMEMBRAMIENTO DEL DERECHO	
DE PROPIEDAD.	135
D) EN RELACIÓN CON LA CONSTITUCIÓN DE OBLIGACIONES DE	
CARÁCTER PERSONAL.	137

SEGUNDA PARTE

CAUSAS QUE LEGITIMAN LA FORMA DE ACTUAR DE LAS INSTITUCIONES FIDUCIARIAS

CAPÍTULO IV.

EL ASPECTO PERSONAL DEL FIDEICOMISO.

1. UBICACIÓN Y ENFOQUE DEL TEMA	139
2. EL ASPECTO PERSONAL DEL FIDEICOMISO.....	140
A) EL ACTO JURÍDICO Y EL CONTRATO.....	141
a) ELEMENTOS DEL CONTRATO.....	142
B) EL FIDEICOMISO COMO CONTRATO.....	143
a) EL CONSENTIMIENTO EN EL CONTRATO DE FIDEICOMISO.....	149
I EL CONSENTIMIENTO DEL FIDEICOMITENTE.....	150
II EL CONSENTIMIENTO DEL FIDUCIARIO.....	151
III EL CONSENTIMIENTO DEL FIDEICOMISARIO.....	151
b) EL OBJETO EN EL CONTRATO DE FIDEICOMISO.....	152
I DERECHOS Y OBLIGACIONES DEL FIDEICOMITENTE.....	152
II DERECHOS Y OBLIGACIONES DEL FIDUCIARIO.....	153
- LA RELACIÓN CON LAS LIMITACIONES DEL FIDUCIARIO.....	159
- CAUSAS DE LAS OBLIGACIONES CONTRACTUALES QUE LIMITAN AL FIDUCIARIO.....	161
- OTRAS CAUSAS DE LAS OBLIGACIONES CONTRACTUALES QUE LIMITAN AL FIDUCIARIO.....	163
III DERECHOS Y OBLIGACIONES DEL FIDEICOMISARIO.....	166

3. SITUACIONES QUE OCURREN DIARIAMENTE POR EL ACTUAR DE LAS INSTITUCIONES FIDUCIARIAS CON MOTIVO DE SUS LIMITANTES. . . .	167
A) EL SANEAMIENTO POR CAUSA DE EVICCIÓN Y VICIOS OCULTOS.	168
B) ACTOS POR VIRTUD DE LOS CUALES EL FIDEICOMITENTE TRANSMITE AL FIDUCIARIO TODO SU PATRIMONIO PARA QUEDAR INSOLVENTE . . .	176
C) FIDEICOMISOS EN LOS CUALES SE TRANSMITE A EXTRANJEROS INMUEBLES DENTRO DE LA FRANAJA RESTRINGIDA	185
4. DUALIDAD DE RELACIONES Y UNIDAD DEL NEGOCIO EN EL FIDEICOMISO.	190

CAPÍTULO V.

EL MODO COMO FORMA DE ACTUAR DE LAS INSTITUCIONES FIDUCIARIAS.

1. ASPECTO GENERAL.	195
2. EFECTOS DEL ACTO JURÍDICO.	196
A) ACTOS PUROS Y SIMPLES.	197
B) ACTOS SUJETOS A UNA MODALIDAD.	198
a) EL MODO.	199
I CARACTERÍSTICAS DEL MODO.	202
II SU INSERCIÓN EN EL CÓDIGO CIVIL FEDERAL.	202
III CONSECUENCIAS DEL MODO.	204
3. EL MODO EN LAS OBLIGACIONES CONTRAIDAS POR EL FIDUCIARIO. . . .	205
4. OTRAS LEGISLACIONES QUE REGULAN AL MODO.	210
A) CÓDIGOS CIVILES DE LOS ESTADOS DE COAHUILA Y DE GUERRERO. .210	
B) CÓDIGO CIVIL ARGENTINO.	215
C) CÓDIGO CIVIL DE CHILE.	218

5. LA INCLUSIÓN DEL MODO EN NUESTRA LEGISLACIÓN (ADICIÓN AL CÓDIGO CIVIL FEDERAL)	221
CONCLUSIONES.	226
BIBLIOGRAFÍA.	227
LEGISLACIÓN.	237
TESIS DE LA SUPREMA CORTE DE JUSTICIA DE LA NACIÓN.	239
OTRAS FUENTES.	243

INTRODUCCIÓN

En la vida cotidiana observamos que el fideicomiso es una institución jurídica que ha alcanzado una gran difusión y aceptación en la sociedad, es una figura utilizada en un sinnúmero de operaciones financieras, económicas, mercantiles, gubernamentales, turísticas, industriales, empresariales, e incluso familiares, y ello se debe principalmente a la forma en que operan las instituciones fiduciarias, la cual resulta ser muy conveniente tanto para ellas como para los fideicomitentes y fideicomisarios.

En términos generales el mecanismo de un fideicomiso en nuestro derecho mexicano se puede explicar de la siguiente manera:

a) El fideicomitente transmite en propiedad determinados bienes o la titularidad de determinados derechos a favor de una institución fiduciaria y establece la finalidad o destino que deberá otorgársele a los mismos.

b) La institución fiduciaria recibe la propiedad de los bienes o la titularidad de los derechos y realiza sobre ellos única y exclusivamente los actos necesarios para cumplir con el fin o destino establecido.

c) El fideicomisario recibirá los beneficios de los actos realizados por la institución fiduciaria sobre los bienes o derechos, pudiendo ser el mismo fideicomitente el designado como fideicomisario.

Lo anterior resulta ser, como ya se dijo, un mecanismo muy conveniente para las partes que intervienen en el fideicomiso, debido a que el fideicomitente transmite la propiedad de los bienes al fiduciario pero conserva el control de los mismos, el fiduciario cobra honorarios por la realización de los actos encomendados, y el fideicomisario, como beneficiario, será el que reciba el beneficio de las operaciones realizadas pudiendo ser el mismo fideicomitente.

Así las instituciones fiduciarias resultan ser propietarias de los bienes o derechos que les son transmitidos por el fideicomitente, pero no cuentan con el uso, goce y libre disposición de los mismos y que debiera contar como cualquier otro propietario; esto ha acarreado una serie de confusiones y problemas al grado de pensarse que las instituciones fiduciarias no se les transmite realmente la propiedad de los bienes o derechos, o bien que tal mecanismo ha servido para defraudar a terceras personas como por ejemplo a los acreedores del fideicomitente, motivo por el cual nos dimos a la tarea de hacer el presente trabajo de investigación y presentar de una manera clara soluciones a las confusiones y problemas generados.

Nuestro trabajo de investigación se denomina *“La propiedad fiduciaria en México, su confrontación y justificación con el derecho de propiedad”* y se circunscribe en términos generales a justificar la actuación de las instituciones fiduciarias como propietarias de los bienes o titular de los derechos que les son transmitidos con motivo de un fideicomiso, determinando el porque la propiedad que estas detentan no contraviene los principios que rigen del derecho de propiedad, estableciendo las causas por la cuales se encuentran

legitimadas para actuar de esa forma, es decir, como si no fuesen propietarias de los bienes o derechos que les son transmitidos.

El trabajo se divide en dos partes, la primera que se refiere a las causas por las cuales estimamos que la propiedad que detentan las instituciones fiduciarias no contraviene los principios del derecho de propiedad, y la segunda las causas que legitiman la forma de actuar de las citadas instituciones.

En la primera parte realizamos un estudio de lo que es propiedad, sus limitantes y principios, así como de lo que implica la transmisión de propiedad, sentando de esta manera las bases conceptuales necesarias para realizar posteriormente un comparativo con la forma en que actúan las instituciones fiduciarias con motivo de su derecho de propiedad.

En la segunda parte de la investigación realizamos un estudio del aspecto personal del fideicomiso sentándose las bases conceptuales en materia de obligaciones con las que cuenta, realizándose posteriormente un comparativo con las obligaciones que asumen las instituciones fiduciarias y con algunos problemas que se suscitan en la vida cotidiana, proponiéndose las soluciones correspondientes.

Siendo entonces el fideicomiso una figura jurídica muy aceptada y utilizada en la práctica por virtud de la cual se realizan un sin número de operaciones, indudablemente resulta importante investigar y en su caso resolver los problemas que surgen con motivo de su funcionamiento, en el caso específico los derivados de la forma en que actúan las instituciones fiduciarias.

En efecto, la Ley de Títulos y Operaciones de Crédito en su artículo 381 establece que por virtud del fideicomiso el fideicomitente transmite a una institución fiduciaria la propiedad o la titularidad de uno o más bienes o derechos.

Además de lo anterior la citada legislación agrega lo siguiente:

a) Sólo pueden ser fideicomitentes las personas con capacidad para transmitir la propiedad o la titularidad de los bienes o derechos objeto del fideicomiso (artículo 384).

b) El fideicomiso que recaiga sobre bienes inmuebles deberá inscribirse en la sección de propiedad del Registro Público del lugar en donde estén ubicados, y surtirá efectos frente a terceros desde la fecha de inscripción en el Registro (artículo 388).

c) Si el fideicomiso recae sobre bienes muebles, surtirá efectos frente a terceros desde que el fideicomiso fuere notificado al deudor si se trata de un crédito no negociable o derecho personal, desde que se endose a la institución fiduciaria y se haga constar en los registros del emisor si se trata de un título nominativo, y, desde que estén en poder de la institución fiduciaria si se trata de cosa corpórea o de títulos al portador (artículo 389).

No cabe duda que la transmisión que realiza el fideicomitente al fiduciario con motivo del fideicomiso, se refiere a una transmisión de propiedad de determinados bienes o derechos a favor del fiduciario.

Además de lo anterior, la legislación de referencia establece lo siguiente:

a) La institución fiduciaria deberá destinar los bienes o derechos que le son transmitidos en propiedad solamente a los fines lícitos y determinados en el fideicomiso (Artículo 381).

b) Los bienes dados en fideicomiso se consideran afectos al fin que se destinan y sólo pueden ejercitarse respecto de ellos los derechos y acciones que al mencionado fin se refieren, salvo los derechos que expresamente se reserve el fideicomitente, debiendo la institución fiduciaria registrar contablemente dichos bienes o derechos en forma separada de sus activos libres de disposición (artículo 386).

c) La institución fiduciaria se encuentra obligada a cumplir con el fideicomiso conforme al acto constitutivo, siendo responsable de las pérdidas o menoscabos que los bienes sufran por su culpa (artículo 391).

d) El fideicomiso se puede extinguir por revocación hecha por el fideicomitente cuando éste se haya reservado expresamente ese derecho al constituir el fideicomiso (artículo 392 fracción VI).

e) Extinguido el fideicomiso los bienes o derechos en poder de la institución fiduciaria serán transmitidos al fideicomitente o fideicomisario, según corresponda (artículo 393).

De lo anterior se advierte que el fiduciario no cuenta con la libre disposición de los bienes o derechos que le son transmitidos con motivo del fideicomiso, además, difícilmente podrá usarlos y disfrutarlos con motivo del fin o destino que se les tiene que dar en cumplimiento al fideicomiso, además de que su dominio es inminentemente temporal.

Así de esta forma, el fiduciario cuenta con un dominio temporal sobre los bienes o derechos que le son transmitidos, es decir, su dominio dura únicamente por el período establecido en el fideicomiso, no cuenta con la libre disposición de los bienes que le son transmitidos, y en la mayoría de los casos tampoco cuenta con el uso y goce de los mismos; en resumen, no asume lo que debe de asumir todo propietario con motivo de su derecho de propiedad.

Además de lo anterior, las instituciones fiduciarias se desligan de algunas cargas que como propietarias deben corresponderles, así por ejemplo, en caso que la fiduciaria transmita la propiedad de los bienes a terceras personas con motivo de los fines del fideicomiso, no responde frente al adquirente para el caso de evicción y vicios ocultos.

Otras contrariedades que se suscitan por la forma de actuar del fiduciario como si no fuese propietario se refieren a lo siguiente:

a) El hecho que el fideicomitente establezca los fines del fideicomiso y con ello decida el rumbo de los bienes transmitidos, ha provocado que se realicen fideicomisos en donde pudieran salir afectadas terceras personas como por ejemplo los acreedores del fideicomitente, ya que éste pudiera quedar insolvente con motivo de la transmisión que

realiza al fiduciario pero logrando manejar en su beneficio los bienes o derechos al constituirse también como fideicomisario.

b) Existe prohibición expresa en nuestra Constitución para que los extranjeros adquieran inmuebles dentro de lo que se llama zona restringida, la cual se toma como base el límite del mar, pero cuando un extranjero desea adquirir un bien inmueble en esas circunstancias, lo que se hace es que un mexicano propietario de un inmueble ubicado dentro de la citada zona, lo transmite en fideicomiso a una institución fiduciaria y se designa como beneficiario o fideicomisario al extranjero, quién podrá disfrutar en forma exclusiva, por un plazo de hasta cincuenta años prorrogable cuantas veces lo requiera el inmueble de referencia, pudiendo ceder sus derechos a cualquier persona; lo que para algunos implica una violación a la misma Constitución.

Expuesto lo anterior estimamos conveniente sintetizar lo expuesto en los siguientes planteamientos de problema:

a) Si la transmisión del derecho de propiedad implica que su nuevo titular se encuentre facultado para usar, gozar y disponer libremente de los bienes adquiridos sin ningún plazo o término de por medio, ¿La transmisión de los bienes o derechos a favor del fiduciario con motivo del fideicomiso se hace en contravención a los principios o características que rigen el derecho de propiedad?

b) Si el fiduciario además de no disponer libremente de los bienes o derechos que le son transmitidos, se desliga de diversas cargas que le competen como propietario de los bienes, es decir, actúa como si no fuese el propietario. ¿Existirá alguna causa que legitime o justifique al fiduciario actuar de esa forma?

Aún con lo antes expuesto, suponemos (hipótesis) lo siguiente:

a) Que la transmisión de propiedad de los bienes o derechos realizada a favor del fiduciario con motivo del fideicomiso no contraviene ninguno de los principios o características que rigen a tal derecho de propiedad.

b) La causa que legitima a las instituciones fiduciarias para actuar de la forma en que lo hacen se refiere a que éstas se ven comprometidas por obligaciones de carácter contractual perfectamente establecidas en el contrato de fideicomiso, derivadas del interés particular, seguridad de los negocios y la autonomía de la voluntad con la que cuentan las partes para celebrarlo.

En conclusión, la presente investigación se enfoca a evaluar una estructura de derecho consistente en la propiedad transmitida a las instituciones fiduciarias con motivo de la constitución de un fideicomiso (denominada propiedad fiduciaria), derivada de una norma jurídica, aplicándose en un primer término el método lógico deductivo, elaborando conclusiones y opiniones después de haber realizado el análisis e interpretación de diversas instituciones de derecho en materia de propiedad y de contenido obligacional de los fideicomisos; y en segundo término el método comparativo debido a que tales conclusiones se confrontan con la forma en que actúan las instituciones fiduciarias, dando una respuesta a los problemas planteados, proponiendo, inclusive, las adiciones a la legislación correspondiente.

El objetivo que perseguimos al realizar el presente trabajo de investigación es demostrar que la propiedad que detentan las instituciones fiduciarias y la forma en que éstas actúan, no rompen o contravienen los esquemas o principios establecidos para un derecho tan tradicional y arraigado como lo es el derecho de propiedad, así como determinar las causas por las cuales se encuentran legitimadas para actuar de la forma y con los lineamientos que les son establecidos en el fideicomiso, proponiendo diversas modificaciones o reformas a la legislación correspondiente.

A pesar de las limitaciones encontradas dentro del curso de la investigación, tales como el trabajo que como abogado litigante demanda mucho tiempo tanto en la oficina como en los Tribunales, así como con la poca bibliografía que existe sobre el tema en materia de propiedad fiduciaria, es decir, sobre el desempeño o trabajo que realizan las instituciones fiduciarias, estimamos que se logró realizar un trabajo digno del grado académico que se busca con su realización y exposición.

En materia de derechos reales y de propiedad se consultaron diversos autores de los que cabe destacar definitivamente a los mexicanos Oscar Morineau, Sergio T. Azúa Reyes, Felipe de la Mata Pizaña, Roberto Garzón Jiménez, Miguel Alessio Robles, Ignacio Galindo Garfias y Javier Tapia Ramírez, entre otros, así como a diversos autores extranjeros como Julien Bonnecase, Marcel Planiol y Georges Ripert, los cuales establecen en forma clara los elementos, y principios que rigen al derecho de propiedad.

En materia de fideicomiso partimos indudablemente de los autores mexicanos base en esta materia como Jorge Alfredo Domínguez Martínez y Luís Muñoz, además de otros autores como Jaime F. Malagón, Sergio Monserrit Ortiz Soltero y José Manuel Villagordoa Lozano, entre otros, así como diversos autores extranjeros como Gabriel de Reina Tartière, Claudio M. Kiper y Jorge Roberto Haylus, entre otros, los cuales además de referirse al fideicomiso en términos generales, se refieren a la actuación que realizan las instituciones fiduciarias.

Para determinar las bases en materia de derecho de las obligaciones y poder compararse con las asumidas por las instituciones fiduciarias se consultaron a autores como Manuel Bejarano Sánchez, Manuel Borja Soriano, Ernesto Gutiérrez y González y Roberto Aranda Sanromán, entre otros.

Además de la doctrina antes señalada, debemos mencionar que la legislación que nos sirvió de base para hacer nuestra propuesta de reforma a nuestro Código Civil Federal, y con

ello poder fundamentar adecuadamente la forma en que se desempeñan las instituciones fiduciarias con motivo de su encargo son los Códigos Civiles de los Estados de Coahuila y Guerrero, así como los Códigos Civiles de Argentina y Chile; legislaciones que se refieren y reglamentan la figura jurídica denominada “el modo” como una de las modalidades de las obligaciones, la cual, en términos generales, se refiere a una declaración accesoria de la voluntad realizada por el autor de una liberalidad consistente en una carga para el agraciado con ella, que puede consistir en usar de determinada manera el bien objeto del negocio jurídico sujeto a modo, o en darle un determinado destino.

En relación con la metodología y técnicas de investigación se consultaron las obras Metodología Jurídica y La Investigación Jurídica de Jorge Witker, Métodos y Técnicas de la Investigación Jurídica de Carlos Arellano García y Técnicas de Investigación Documental de Ismael Rodríguez Campos.

PRIMERA PARTE

LA PROPIEDAD FIDUCIARIA NO CONTRAVIENE LOS PRINCIPIOS DEL DERECHO DE PROPIEDAD

CAPÍTULO I

PROPIEDAD Y TRANSMISIÓN DE PROPIEDAD

1. LA IMPORTANCIA DE UNA DEFINICIÓN DE PROPIEDAD

Desde los tiempos más remotos el hombre se ha apropiado de las cosas que la naturaleza le ofreció para subsistir y satisfacer sus necesidades, y en una etapa posterior, ocupó la tierra para asentarse en ella y extraer sus frutos. De esta forma se generó una relación de hecho de cada hombre con la cosa que poseía, de la cual estaban excluidos los demás hombres, y una vez admitida y respetada por todos, dio nacimiento a la idea de propiedad, de lo propio.¹

En lo personal estimamos que la propiedad es un elemento que se encuentra con claridad en la mente de cada persona, es un elemento que se adquiere y se entiende de manera natural por el contacto directo que se tiene con los bienes, y se acentúa aún más inclusive se torna más importante, si consideramos que los bienes están destinados a satisfacer las necesidades humanas; es por ello que este elemento existe en cada lengua,

¹ Papaño, Ricardo J., *et al.*, *Derecho civil, derechos reales*, 2a. ed., Buenos Aires, Astrea, 2004, t. I, p. 157.

en cada lugar, por ello se puede asegurar que no existe legislación alguna que no cuente o haga referencia a la propiedad.

En este sentido Ibarrola se ha manifestado en el sentido de que la propiedad es un elemento primitivo y absoluto del hombre que resulta de su naturaleza, y de aquí el que todos aspiren a adquirir, en proporción a sus necesidades, los bienes de la tierra como un fundamento de carácter natural para vivir, debiéndose otorgar una propiedad privada, en cuanto sea posible, a todos; pero cabe aclarar que se requiere también de un orden social que haga posible una propiedad segura a todos en la medida de lo posible; el derecho interviene entonces, para protegerla y garantizarla. Ese orden social deberá establecer el medio más adecuado para su ordenación, su reglamentación y distribución a fin que todos los hombres tengan acceso proporcional a sus necesidades.

Agrega que la historia nos dice que dentro de todos aquellos pueblos de cultura atrasada, así cómo las civilizaciones adelantadas, no hay un solo pueblo que no cuente con una legislación abundante para determinar y limitar el derecho de propiedad.²

Por esas razones debe decirse que la propiedad es uno de los conceptos principales de todo derecho, por lo tanto, al referirnos a ella, debe hacerse de una manera seria y con conocimiento de causa, ya que, como se comentó anteriormente, es un elemento que en relación con los bienes está destinado a satisfacer las necesidades humanas, es un acceso seguro para la sobrevivencia humana.

Aún tratándose de uno de los conceptos fundamentales que contiene todo ordenamiento jurídico, no existe en nuestra legislación civil una definición de lo que es propiedad; en efecto, nuestro Código Civil Federal en su artículo 830 establece lo siguiente:

“Artículo 830.- El propietario de una cosa puede gozar y disponer de ella con las limitaciones y modalidades que fijen las leyes”.

² De Ibarrola, Antonio, *Cosas y sucesiones*, 6a. ed., México, Porrúa, 1986, p. 240.

Como se ha dicho no existe realmente una definición de lo que es propiedad, sino más bien el precepto se limita a mencionar las facultades que le son concedidas al propietario como el goce y disposición.

Este tipo de definiciones denominadas por la doctrina como tradicionalistas son las que prevalecen en algunas legislaciones actuales, así, por ejemplo, el artículo 544 del Código Civil francés establece que la propiedad es el derecho de gozar y disponer de la cosa de la manera más absoluta; definición a la cual, se le ha criticado que tiene el mal de no señalar un solo carácter de la propiedad, y que el derecho de goce y de disposición no son absolutos por implicar numerosas restricciones.³

En este mismo sentido Tapia Ramírez retomando a Francisco Messineo manifiesta que el artículo 832 del Código Civil italiano establece que el propietario tiene el derecho a gozar y disponer de las cosas de modo pleno y exclusivo, dentro de los límites y con la observancia de las obligaciones establecidas por el ordenamiento jurídico.⁴

El mismo autor, retomando ahora a Federico Puig Peña, manifiesta que en esa misma tesitura el Código Civil español en el artículo 348 señala en dos partes que la propiedad es el derecho de gozar y disponer de una cosa, sin más limitaciones que las establecidas en las leyes. El propietario tiene acción contra el tenedor y el poseedor de la cosa para reivindicarla.⁵

Difícilmente podremos encontrar en alguna legislación una definición de propiedad de la cual se pueda apreciar no sólo las características o facultades que aquella concede, sino también el elemento o elementos que integran su esencia; esto resulta increíble pero es

³ Planiol, Marcel y Ripert, Georges, *Derecho civil*, 3a. ed., trad. de Leonel Perezniето Castro, México, Harla, 1997, biblioteca Clásicos del Derecho, vol. 8, p. 402.

⁴ Tapia Ramírez, Javier, *Bienes, derechos reales, derechos de autor y registro público de la propiedad*, 2a. ed., México, Porrúa, 2007, p. 94.

⁵ *Ibidem*, p. 95.

cierto, sobre todo porque no existe un solo lugar, pueblo o país que no contemple una legislación que la contenga.

Tampoco el derecho romano escapa a lo antes dicho, debido a que sus jurisconsultos no definieron el derecho de propiedad; en relación con ésta manifestaron que escapa a toda definición por su sencillez y extensión, y que es el derecho más completo que se pueda tener sobre una cosa corporal, razón por la cual sólo se limitaron a estudiar los diversos beneficios que procura la propiedad como el uso, el fruto y el abuso (lo que denominaron *jus utendi, jus fruendi y jus abutendi*)⁶

De entre las definiciones que han sido criticadas por la doctrina pero falta de alguno de sus elementos o características, se encuentra la que otorga el Código Civil argentino, el cual, en su artículo 2506, establece que el dominio es el derecho real en virtud de cual una cosa se encuentra sometida a la voluntad y la acción de una persona; definición a la cual se le ha reprochado diciendo que habrá que agregarle a la frase lo siguiente: “de una manera absoluta, exclusiva y perpetua”.⁷

En relación con lo que debe ser y contener una definición o concepto, entendemos de Witker y Larios que un concepto es una que para conceptualizarla hay que construirla; se tiene una idea, para hacerla concepto habrá que definirla o construir una definición; la definición es la explicación de lo que es una cosa, es el desarrollo del contenido preciso de una idea, esto es, explicar clara y brevemente lo que la cosa es, su esencia.⁸

Por el hecho de no contar realmente con una definición de propiedad, estimamos necesario formular o construir una que abarque no solamente sus características y facultades, sino también su esencia, es decir, él o los elementos naturales que la componen,

⁶ Petit, Eugene, *Tratado elemental de derecho romano*, 22a. ed., México, Porrúa, 2006, pp. 229-230.

⁷ De Reina Tardiére, Gabriel, *Sistema de derechos reales, parte general*, Argentina, Ad-Hoc, 2005, p. 92.

⁸ Witker, Jorge y Larios, Rogelio, *Metodología jurídica*, México, McGraw Hill, 2002, pp. 9-11.

que la hacen posible, y nos sirva de guía para los fines de la presente investigación; si queremos hacer un estudio de la propiedad que detentan las instituciones fiduciarias con motivo de un fideicomiso, es necesario tener un concepto completo de lo que es propiedad para iniciar con el análisis o estudio de referencia, una base que nos sirva para compararlo, compaginarlo, o empatarlo con el derecho de propiedad que detentan las instituciones fiduciarias con motivo de la constitución de los fideicomisos.

2. LA PROPIEDAD COMO DERECHO

La propiedad vista desde la perspectiva de las cosas que nos rodean, del mundo físico del cual extraemos aquellos objetos que sirven para la satisfacción de nuestras necesidades, tendrá un significado meramente económico, pero adquiere un significado jurídico cuando el Derecho la sanciona, reglamenta y protege, dando así origen a la propiedad como derecho.⁹

Todo derecho, visto desde un punto de vista normativo o derecho objetivo, según Morineau, se divide de la siguiente manera:

a) Normas que arrogan actividades potestativas como facultades o autorizaciones; es decir, normas que atribuyen derechos subjetivos en sentido estricto, llamados fundantes y que son el fundamento de otro derecho subjetivo llamado fundado, que consiste en el derecho de optar por el ejercicio o no ejercicio de la actividad atribuida (la libertad jurídica), por eso se dice que el derecho subjetivo en sentido estricto es el fundante del derecho subjetivo fundado.

b) Normas que imputan actividades obligatorias, deberes jurídicos. Estas se dividen en deberes de abstención que atribuyen prohibiciones (actividades de no hacer) y deberes

⁹ Muñoz, Luís y Castro Zavaleta, Salvador, *Comentarios al código civil*, 2a. ed., Cárdenas, México, 1983, t. I, pp. 543-544.

que permiten actividades, pero no el derecho de optar por su ejercicio o no ejercicio; en este caso el ejercicio de la actividad es obligatoria. Así como el derecho subjetivo fundante de facultades da nacimiento a otro derecho subjetivo fundado, el de libertad jurídica, también el deber jurídico es fundante de derechos subjetivos fundados, del derecho a cumplir con el deber atribuido por la norma.¹⁰

De ahí la consecuencia que la propiedad, como institución jurídica de carácter normativo, conceda siempre a su titular facultades o autorizaciones por un lado, y por otro, le atribuya también actividades obligatorias o deberes jurídicos frente a otros, es decir, como toda norma tiene un sentido dual, irroga derechos pero también obligaciones.

Autores como Luís Muños y Salvador Castro Zavaleta, consideran que la propiedad, como todo derecho, se divide en un sentido subjetivo y en un sentido objetivo; el primero se refiere a la facultad o protección legítima que la norma nos confiere para aplicar nuestros actos sobre los objetos del mundo exterior, el segundo en cambio se refiere al derecho de propiedad como el conjunto de normas que reglamentan imperativamente esas facultades o protección, haciéndolas posibles y efectivas.¹¹

Debemos entonces dejar en claro que como todo derecho, la propiedad debe encontrarse reglamentada dentro de todo ordenamiento jurídico, es decir, como conjunto de normas, y que, como consecuencia lógica de ello, deberá considerarse también al conjunto de facultades que le son conferidos al titular de tal derecho, es decir, la legitimación de determinadas personas para poder asimilar y utilizar determinados bienes para la satisfacción de sus necesidades; pero esta facultad concedida por la ley se otorga siempre dentro de ciertos límites que es la misma ley la que los implanta.

¹⁰ Morineau, Oscar, *Los derechos reales y el subsuelo en México*, 2a. ed., México, Fondo de cultura económica, 1997, pp. 25-26.

¹¹ Muñoz, Luís y Castro Zavaleta, Salvador, *Op. Cit.*, nota 9, p. 544.

También es importante agregar que el derecho de propiedad también refiere, además de facultades, a la imposición de un deberes jurídicos que se traduce en actividades obligatorias, es decir, en actividades de no hacer o de hacer, mismas que se pueden apreciar como ya se dijo en los límites del derecho, es decir, en las prohibiciones legales.

No se debe perder de vista que el derecho se manifiesta en nuestra vida social en las relaciones entre personas, regula convivencia social, conducta humana;¹² así el derecho objetivo o conjunto de normas tiene por objeto la regulación de la conducta humana, por lo que necesariamente los derechos subjetivos y deberes jurídicos tienen también como objeto dicha conducta. En este sentido, la propiedad como derecho significa que se otorga siempre la facultad o el deber de algo, o bien, que alguna persona puede actuar de tal o cual modo, es decir, es una forma de justificar o legitimar nuestras acciones o comportamientos en relación con otros; se refiere invariablemente a acciones u omisiones humanas que implican una necesaria relación con los que nos rodean en relación con los bienes.¹³

Debemos concluir que la propiedad es un derecho por que se encuentra incluida dentro de un conjunto normativo (derecho objetivo), y como consecuencia de ello resulta ser, por un lado, una facultad concedida (derecho subjetivo), y por otro, una actividad obligatoria derivada también de la norma (deber jurídico).

3. LA PROPIEDAD COMO DERECHO REAL

A) DE CARÁCTER SUBJETIVO

Planiol y Ripert se han expresado en el sentido de que para muchos hablar de derechos reales se refiere invariablemente a las cosas o bienes materiales que son

¹² Álvarez Ledezma, Mario I., *Conceptos jurídicos fundamentales*, México, Mc Graw Hill, 2008, p. 4.

¹³ Cuando hablemos más delante del derecho de propiedad como derecho real, se dirá que el derecho regula únicamente relaciones entre personas, conducta humana, que no pueden existir relaciones entre personas y cosas; resulta distinto regular determinadas conductas humanas sobre las cosas o animales, a regular algo directamente para éstos.

detentados por sus titulares, de esta manera una cosa se encuentra sometida, completa o parcialmente al poder de una persona debido a la existencia de una relación inmediata de la persona con la cosa, y a esa relación se puede oponer a cualquier otra persona; de esta forma el derecho real implica la creación de una relación entre una persona y una cosa, que en esa relación no existe intermediario, y que la cosa es el objeto de este derecho, considerándose que las facultades que otorgan estos derechos son directamente sobre las cosas.

Agregan que la doctrina a tratado de definir de esa manera el derecho real, es decir, por la descripción de objetos, de hechos y cosas reales, olvidando que el objetivo principal debe ser el derecho y no la cosa o el hecho.

Concluyen que esa perspectiva del derecho real nos da idea sólo de las apariencias; nos da una idea práctica de las facultades que otorgan este tipo de derechos que se adapta perfectamente a las necesidades de la práctica debido a su aspecto simple y complaciente, nos concede una idea concreta de lo que es este tipo de derechos, así por ejemplo, quien no puede ver al propietario o usufructuario en posesión de sus bienes, de lo cual todo el mundo lo deja gozar apaciblemente, no necesitando para ello de nadie.¹⁴

Estimamos que estamos tan acostumbrados a decir que una cosa es nuestra porque la tenemos en nuestro poder y podemos obtener de ella todas las ventajas que nos proporciona, que hacemos a un lado el hecho que la norma o derecho objetivo es quién nos atribuye las facultades de poder actuar sobre la cosa.

El derecho real como todo derecho concede facultades a su titular (derecho subjetivo), más sin embargo, consideramos que éstas no se derivan de una relación directa e inmediata

¹⁴ Planiol, Marcel y Ripert, Georges, *Op. Cit.*, nota 3, pp. 357-358.

que tienen los sujetos del derecho sobre las cosas; los derechos reales no se pueden concebir como una relación entre persona y cosa por las siguientes razones:

a) Entre el hombre y las cosas sólo pueden haber relaciones de hecho, debido a que las relaciones jurídicas sólo son concebidas entre personas y no entre personas y cosas; el Derecho regula conductas humanas entre las personas;¹⁵ es un factor que emerge para armonizar la convivencia social sobre bases de equilibrio y disciplina, su misión es ordenar la convivencia humana.¹⁶

Por otra parte, esas relaciones de hecho o lo que se le denomina la inmediatez que existe entre la persona y la cosa no es necesaria, inclusive, para que exista el derecho real; así, por ejemplo, nos encontramos con la hipoteca, en la cual, su titular halla una perfecta ausencia de ese poder de hecho e inmediato sobre los bienes hipotecados.

Además de lo anterior, consideramos que ese poder de hecho sobre los bienes no es exclusivo de los derechos reales; así, por ejemplo, en algunos de los derechos personales es dable que exista tal poder, basta con ver al arrendatario, quién usa y disfruta la cosa objeto del arrendamiento de una manera directa e inmediata.

b) Todo derecho supone siempre un deber correlativo, es decir, toda relación jurídica se resuelve en facultades y deberes que sólo pueden tener las personas, por ende, una cosa no puede formar parte de aquella.¹⁷

c) El objeto del derecho real no puede ser la cosa o los bienes sobre los cuales se ejerce ese poder de hecho debido a que, por un lado, el derecho real como derecho subjetivo se refiere a una facultad de hacer o no hacer derivada de una norma o derecho objetivo, y por otro lado también es deber jurídico o imposición de una actividad obligatoria

¹⁵ De Pina Vara, Rafael, *Diccionario de derecho*, 32a. ed., México, Porrúa, 2003, pp. 241-242.

¹⁶ Peniche López, Edgardo, *Introducción al derecho y lecciones de derecho civil*, 28a. ed., México, Porrúa, 2003, p. 15.

¹⁷ García Maynez, Eduardo, *Introducción al estudio del derecho*, 42a. ed., México, Porrúa, 1991, p. 212.

de hacer o no hacer; de esta forma, a la persona a quién se otorga la facultad o se impone el deber se llama sujeto del derecho o del deber respectivamente, y es objeto del derecho o del deber lo que se le atribuye, la actividad o abstención, es decir, el derecho subjetivo es la facultad o autorización derivada de la norma, en cambio, el objeto del derecho es lo que se faculta, el contenido de la facultad, la actividad como posibilidad de acción.¹⁸

Estamos de acuerdo con que el objeto del derecho se refiere a la actividad de su titular como posibilidad de acción, pero debe agregarse que una vez que se ejercite esa actividad por el sujeto del derecho estaremos hablando de un ejercicio del derecho; así por ejemplo, yo tengo el derecho subjetivo como usufructuario a usar y disfrutar de un bien ajeno, esa actividad de usar y disfrutar que se me otorga es el objeto de mi derecho, puedo o no realizar tales actividades, pero una vez realizadas debemos de hablar de que estoy ejerciendo mi derecho de usufructo.

De esta misma forma Rogina Villegas se ha manifestado en relación con el objeto de los derechos subjetivos y deberes jurídicos, solamente que el citado autor denomina al objeto de éstos la conducta humana, y agrega que por estas razones el objeto de los derechos reales debe ser la conducta humana, tanto por lo que se refiere al sujeto activo como al pasivo de la relación.¹⁹

Los derechos reales se refieren exclusiva e invariablemente a las actividades que recaen sobre los bienes, atribuidas como derecho a la propia conducta del titular; de esta manera, no debe ser motivo de preocupación la cosa debido a que no radica en ésta la esencia de estos derechos. La persona que realiza determinadas actividades sobre las cosas podrá ser un depositario, un arrendatario o un titular de un derecho real, dependiendo

¹⁸ Morineau, Oscar, *Op. Cit.*, nota 10, pp. 22-23.

¹⁹ Rogina Villegas, Rafael, *Compendio de derecho civil, bienes, derechos reales y sucesiones*, 10a. ed., México, Porrúa, 1978, t. II, p. 44.

el tipo de actividades o conductas autorizadas por el derecho para cada caso, así, por ejemplo, si vemos que una persona es titular de la facultad de ejercitar sus propias actividades cuando recaen sobre un bien determinado, diremos que es titular de un derecho real, si advertimos que otro (titular del derecho real) le proporcionó su facultad en forma temporal, diremos que no es titular de un derecho real sino depositario o arrendatario.²⁰

Vemos como el objeto del derecho visto desde este punto de vista, es decir, lo que se le atribuye a su titular, la actividad como posibilidad de acción o abstención, comienza a verse como un factor esencial para determinar el tipo de derecho del que estamos hablando; dependiendo la actividad permitida sobre los bienes a su titular, será el tipo de derecho del que estemos hablando.

a) CARACTERISTICAS

Una parte de la doctrina, como lo indica Mariani de Vidal, considera que desde el punto de vista de su oponibilidad, los derechos reales se caracterizan por ser absolutos, es decir, que pueden hacerse valer frente a todos los integrantes de la comunidad, o lo que es lo mismo, tienen eficacia contra cualquiera, todos debemos respetar el derecho con el que cuenta su titular; agrega que tomando en consideración que frente al sujeto titular del derecho real no existe un sujeto determinado en la relación que se encuentre obligado a respetar ese derecho, es decir, todo el mundo tiene el deber de no perturbar al titular de ese derecho.²¹

Consideramos parcialmente cierto lo anterior, debido a que no todos los derechos reales son absolutos,²² es decir, existen derechos reales de carácter relativo en los cuales existe un sujeto o sujetos determinados que se encuentran obligados a no perturbar el

²⁰ Morineau, Oscar, *Op. Cit.*, nota 10, p. 41.

²¹ Mariani de Vidal, Mariana, *Curso de derechos reales*, 6a. ed, Argentina, Zavalia, 2000, t. I, p. 17.

²² Más adelante cuando se hable en esta obra de las características del derecho de propiedad se verá que éste es el único derecho real absoluto, todos los demás son relativos.

derecho de su titular; ejemplo de lo anterior lo es el derecho real de habitación, en el cual el sujeto determinado y obligado a respetar a su titular lo es el nudo propietario.

Hay corrientes que establecen que esta distinción entre derechos absolutos y relativos no existe debido a que todos los derechos sin excepción son absolutos, es decir, que tienen que ser respetados por todos, sean reales o personales. No compartimos este pensamiento debido a que las relaciones jurídicas deben de verse desde el punto de vista de cada uno de los derechos existentes o creados para las partes que intervienen, es decir, existen derechos absolutos y relativos creados, en los cuales, los sujetos de derecho que intervienen en cada uno de ellos son sujetos de derechos de otros derechos absolutos.

En este sentido Morineau expone lo siguiente:

“El acreedor tiene derecho a la conducta del deudor y a exigirla; pero no tiene derecho a exigir, en cuanto acreedor, conducta de todo el mundo. Lo que pasa es que, además de acreedor, es invariablemente sujeto de derechos absolutos, los cuales implican el deber de respeto a cargo de todo el mundo. Por lo tanto, si un tercero le impide su conducta, el sujeto indicado, en cuanto titular de un derecho absoluto, tiene la facultad de exigir el respeto de tal conducta. Pero evidentemente aquí se trata de un derecho absoluto y no del derecho de crédito, de una relación jurídica existente entre el sujeto indicado y el tercero y no de la relación existente entre el mismo sujeto, en su carácter de acreedor, y el deudor. En su carácter de acreedor la norma le destina conducta ajena; ese es su derecho y por ello tiene la facultad de exigirlo, de exigir conducta al deudor. El tercero que interfiere en su conducta para nada viola su derecho de crédito, por referirse a la conducta de otro. Viola el derecho que tiene a moverse, a expresarse, el derecho a su persona en general; el tercero viola el deber de abstenerse, correlativo de los derechos absolutos del sujeto que en otra relación jurídica distinta tiene derecho a la conducta de un sujeto determinado, en su carácter de acreedor.”²³

Desde el punto de vista de su contenido estimamos que los derechos reales son de carácter patrimonial debido a que todos los actos que realiza el sujeto activo o titular del derecho siempre tienen relación sobre bienes o derechos que tienen un valor económico.

²³ Morineau, Oscar, *El estudio del derecho*, México, Porrúa, 2005, pp. 283-284.

Desde el punto de vista de su duración se ha dicho que los derechos reales se caracterizan por ser perpetuos, es decir, no se extinguen por el ejercicio del derecho, así el usufructuario, por ejemplo, al usar el bien que le fue transmitido por el nudo propietario no extingue su derecho, por el contrario, lo confirma o refuerza; en cambio si el acreedor en un derecho personal o de crédito ejerce su derecho de cobrar el adeudo y el deudor le paga, se extingue el derecho de aquel por su ejercicio.²⁴

Desde este mismo punto de vista estimamos que algunos de los derechos reales se extinguen por la muerte de su titular o la temporalidad del derecho, es decir, existen derechos reales que son de carácter vitalicio debido a que se extinguen con la muerte de su titular, o bien que se extinguen por el transcurso del plazo estipulado al momento de constituirse por las partes, prueba de ello lo son los derechos reales de usufructo, el uso y la habitación, los cuales eminentemente son temporales.

b) ELEMENTOS

El poder jurídico derivado de las facultades y deberes que conceden los derechos reales se pone de manifiesto al momento en que se crean diferentes tipos de relaciones jurídicas; de esta forma los sujetos que intervienen quedan consolidados con motivo de una determinada relación jurídica. Los elementos que invariablemente forman parte de esas relaciones son el sujeto activo, el pasivo y el objeto del derecho.

El sujeto activo es el titular del derecho, la persona a quién la norma faculta para realizar tal o cual acto sobre determinados bienes o derechos, es la persona facultada a realizar su propia conducta. El sujeto activo en los derechos reales se encuentra siempre determinado individualmente por tratarse de una facultad otorgada a persona determinada.²⁵

²⁴ Azúa Reyes, Sergio T., *Los derechos reales*, México, Porrúa, 2004, p. 13.

²⁵ Morineau, Oscar, *Op. Cit.*, nota 10, p. 178.

El sujeto pasivo es la persona o personas que no deben interferir materialmente en la esfera jurídica del titular del derecho o sujeto activo, impidiendo o evitando su ejercicio. La conducta pasiva es siempre de no hacer, carece de contenido patrimonial y es intrascendente para el derecho en tanto no se incumpla, es una obligación general de respeto.²⁶

El sujeto pasivo es universal, es cualquier persona que pueda interferir en la esfera jurídica del titular del derecho, es por lo tanto indeterminado, pero determinable al momento en que se viole el derecho, es decir, que se interfiera o impida el ejercicio del titular; esto debe decirse que es en relación y con lo que respecta únicamente a los derechos reales de carácter absoluto, debido a que los de carácter relativo, como por ejemplo el derecho de uso, el sujeto pasivo se encuentra plenamente identificado como tal, como nudo propietario.

En relación con el objeto de los derechos reales hacemos nuestra también la postura de Morineau y Rogina Villegas en el sentido que no es la cosa o los bienes sobre los cuales se ejerce el poder de hecho, es más bien lo que faculta el derecho, el contenido de la facultad, la actividad como posibilidad de acción, es a final de cuentas la conducta humana.²⁷

Consideramos que el sujeto activo, como titular del derecho que es, así como por tratarse de la persona a quién la norma faculta para realizar tal o cual conducta en relación con los bienes, resulta ser, además del objeto, un factor esencial para determinar no solamente el tipo de derecho del que estamos hablando, sino también la existencia del mismo; no podríamos concebir a un derecho sin un titular, y a éste sin poder realizar tal o cual conducta o actividad con motivo de su derecho.

B) COMO DEBER JURÍDICO

²⁶ Alessio Robles, Miguel, *Temas de derechos reales*, 2a. ed, México, Porrúa, 2006, pp. 15-16.

²⁷ Véase, pp. 29-30.

Estimamos conveniente plantear este espacio a raíz de dos puntos de vista normativos a que nos hemos referido con anterioridad; es decir, a lo que se denominó estructura bilateral o bilateralidad del derecho, así como la atribución de actividades obligatorias directas o deberes jurídicos establecidos por la norma frente a otros.

De esta forma, si se parte de la base de que a toda facultad o derecho subjetivo corresponde correlativamente un deber jurídico a cargo de otro, y que a todo deber jurídico impuesto a un sujeto determinado o indeterminado, asiste un derecho subjetivo a favor de otro sujeto, debemos de que concluir forzosamente que habrá obligaciones correlativas, es decir, de la misma naturaleza y alcance de aquél derecho.²⁸

A lo anterior debe decirse que a este tipo de deberes jurídicos impuestos a un sujeto en forma correlativa, por virtud de un derecho subjetivo derivado de un derecho real, se les denomina obligaciones reales; es decir, desde este punto de vista las obligaciones reales son aquellas que deben imponerse como correlativas de los derechos reales, de esta manera el titular del derecho real cuenta con un derecho subjetivo otorgado por la norma y correlativamente el deber jurídico impuesto a otros sujetos que deben respetar tal derecho por ejemplo.

De esta manera siguiendo a Rogina Villegas se reafirma el hecho que cualquier deber sólo puede lograrse relacionándolo con una facultad en otro sujeto, las facultades jurídicas crean deberes en un sujeto diferente dada la bilateralidad de la norma jurídica, de la relación de derecho y de la naturaleza imperativo-atributiva de las diversas situaciones jurídicas.²⁹

Agrega el referido autor que una característica importante de las obligaciones reales vistas desde este punto de vista se refiere a los actos de conducta realizados por el sujeto pasivo, en este caso el sujeto pasivo viene a ser el titular del derecho de propiedad, y su

²⁸ Rogina Villegas, Rafael, *Op. Cit.*, nota 19, p. 54.

²⁹ *Ibidem*, p. 58.

conducta se encuentra íntimamente ligada con la cosa o el bien que pertenece a una persona, o que se encuentra gravado si se habla de algún otro derecho real constituido; es decir, no se trata de obligaciones de un sujeto directamente ligadas con su individualidad de tal suerte que puedan subsistir independientemente de determinados bienes o cosas como las obligaciones de carácter personal o de crédito, en las cuales, se tiene como garantía general todo el patrimonio presente y futuro, y aún en los casos de insolvencia no se extinguen debido a que siempre existirá la posibilidad de que el deudor adquiera bienes en un futuro.³⁰

Es por ello que se ha dicho que en las obligaciones reales vistas desde este punto de vista, el deudor no compromete su patrimonio más allá de la cosa o el bien el cual se encuentra unido a la obligación, se compromete únicamente un bien determinado, su responsabilidad se limita hasta el valor de la cosa afectada por este tipo de obligaciones.³¹

Termina Rogina Villegas diciendo que en este tipo de obligaciones reales, dada la dependencia que se guarda con una cosa determinada, el sujeto pasivo permanece obligado hasta en tanto exista la cosa, y si esta se transmite a un tercero, será éste quién reporte esos deberes jurídicos quedando liberado el anterior propietario; es por eso que se dice que el sujeto es fungible o sustituible en los casos que opera tal transmisión de las cosas relacionadas con estos deberes.³²

Consideramos que independientemente de lo anterior, es decir, de la dependencia o el papel tan importante que pueda tener la cosa con el sujeto pasivo, no debe pensarse que exista una relación de la persona con la cosa o que, en el caso específico, las obligaciones reales sigan a la cosa, toda vez que, como se ha apuntado por diversos tratadistas en líneas

³⁰ *Ibidem*, p. 61.

³¹ Gallegos Alcántara, Eridani, *Bienes y derechos reales*, México, Iure, 2004, p. 14.

³² Rogina Villegas, Rafael, *Op. Cit.*, nota 19, p. 61.

anteriores, los derechos reales no se pueden concebir como una relación entre persona y cosa debido a que entre el hombre y las cosas sólo pueden haber relaciones de hecho; las relaciones jurídicas sólo son concebidas entre personas y no entre personas y cosas, el Derecho regula conductas humanas entre las personas, es un factor que emerge para armonizar la convivencia social sobre bases de equilibrio y disciplina, su misión es ordenar la convivencia humana.

Otra de las características de las obligaciones reales como deberes jurídicos impuestos directamente por la norma se refieren, como lo apunta Gallegos Alcantara, a que el sujeto pasivo tiene la posibilidad de librarse de su responsabilidad si abandona la cosa en manos del sujeto activo del derecho correspondiente, si desaparece la cosa se extinguen con ella las obligaciones reales, y la responsabilidad patrimonial del sujeto pasivo queda limitada o se concreta al valor de la cosa afectada por esos deberes jurídicos.³³

De esta manera se ha dicho que las obligaciones reales se extinguen por la institución del abandono especialmente, pero no cabe duda que cuando este tipo de obligaciones llegan a nacer por virtud de un contrato o de un acto jurídico unilateral se extinguirán en la forma y términos en que se extingan estos actos jurídicos.³⁴

Además de esas dos características de las obligaciones reales que guardan una importancia en relación con la cosa, Tapia Ramírez hace mención de algunas que consideramos importantes debido a que no se refieren directamente a la cosa:

a) La accesoriedad, en virtud de que siempre se les va a encontrar unidas a un derecho real que es principal, por ejemplo la obligación de un usufructuario de realizar un

³³ Gallegos Alcántara, Eridani, *Op. Cit.*, nota 31, p. 15.

³⁴ Orizaba Monroy, Salvador, *El derecho civil, los bienes, derechos reales y sucesiones*, México, Sista, 2007, p. 51.

inventario de la cosa que recibe y la de otorgar una fianza al nudo propietario para garantizar el adecuado ejercicio del derecho de usufructo.

b) La determinabilidad del sujeto pasivo; aquí el sujeto pasivo se determina de una manera muy peculiar, debido a que tanto el acreedor como el deudor son titulares de un derecho real, es decir, la obligación se contrae a adquirir un derecho real en relación a una cosa, por lo que el sujeto pasivo será el titular de un derecho real.

c) La transmisibilidad; aquí la obligación real por estar siempre anexa a un derecho real, al transmitirse éste también se transmitirá aquella al nuevo adquirente; es por eso que se desconoce como obligaciones ambulatorias o cabalgantes.

d) Tienen las obligaciones reales su origen en la ley principalmente, excepcionalmente dependen de la voluntad del autor o de las partes en un acto jurídico.³⁵

Estimamos que independientemente de la característica de accesoriedad con la que cuentan este tipo de obligaciones, las obligaciones reales derivadas directamente de la norma también son autónomas debido a que no pueden ni deben confundirse con los derechos reales; si su contenido se refiere siempre a la ejecución de un hecho, un hacer, es por esa razón por la que no se puede confundir con el derecho real cuyo sujeto pasivo correlativamente sólo tiene obligaciones de no hacer; de ahí su autonomía.

Los derechos reales vistos desde ambos puntos de vista, es decir, como derecho subjetivo y como deber jurídico, se refieren exclusiva e invariablemente a actividades de sus titulares que a final de cuentas recaen sobre bienes, o mejor dicho tienen relación con los bienes, es por estas razones por las cuales consideramos al derecho de propiedad como un derecho real.

³⁵ Tapia Ramírez, Javier, *Op. Cit.*, nota 4, pp. 41-42.

Por su parte la Corte, a través de los Tribunales Colegiados de Circuito, ha referido al derecho de propiedad como derecho real al emitir el siguiente criterio:

TERCERÍA EXCLUYENTE DE DOMINIO. SE FUNDA EN EL DERECHO DE PROPIEDAD Y NO ES UN CRÉDITO.

En el juicio de tercería excluyente de dominio no es aplicable la regla sobre el ámbito personal de validez del decreto de reformas publicado en el Diario Oficial de la Federación el veinticuatro de mayo de mil novecientos noventa y seis, en razón de que esa tercería no tiene como fundamento un crédito o derecho personal, esto es, el tercerista no hace valer un derecho derivado de un crédito, sino el derecho real de propiedad sobre determinado bien que fue embargado en otro juicio, donde él es tercero ajeno, y su finalidad es la de que dicho bien sea excluido de ese secuestro. Los elementos de la acción de tercería excluyente de dominio consisten en acreditar la propiedad sobre el bien que está gravado en el juicio principal, y por la naturaleza real del derecho de propiedad, queda excluida la naturaleza personal del derecho derivado de un crédito. Por ende, no podría estimarse que exista algún crédito del tercerista al cual atender para determinar si le es o no aplicable el decreto de reformas al Código de Comercio, conforme a las hipótesis previstas en el artículo primero transitorio del decreto de referencia. No obsta que la tercería excluyente de dominio se haya promovido en relación a un juicio preexistente, donde se debate un derecho personal que se contrajo con anterioridad a la entrada en vigor de las reformas al Código de Comercio y que, por tanto, dicho juicio está regido por dicha normatividad; porque la naturaleza del crédito y del interés jurídico que es objeto de controversia en tal juicio es independiente del que se litiga en la tercería, porque el objeto de esta última es el de excluir el bien embargado en aquel juicio, en virtud del derecho real de propiedad sobre el bien objeto de gravamen, al margen del derecho de crédito que se discute en el juicio principal.³⁶

4. CARACTERÍSTICAS O PRINCIPIOS DEL DERECHO DE PROPIEDAD

Estimamos que las características del derecho de propiedad por virtud de las cuales podemos identificarlo como tal y además distinguirlo de los demás derechos reales, se refieren a que este derecho es perpetuo, absoluto, general, abstracto, elástico, exclusivo,

³⁶ Tesis I. 3º. C. J/53, *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, Novena Época, t. XXIX, enero de 2009, p. 2565.

independiente y originario o fundante; principios o características los cuales procederemos a exponer a la luz de diversos comentarios realizados por determinados autores al respecto.

A) EL DERECHO DE PROPIEDAD ES PERPETUO

La perpetuidad, referida al derecho de propiedad según Azúa Reyes, significa que este derecho está llamado a durar mientras exista la cosa sobre la que recae; a menos que ésta se extinga física o jurídicamente. El derecho de propiedad se prolonga por siglos, es decir, perpetuamente; inclusive, el derecho de propiedad sobre las cosas existe no solamente mientras uno viva, sino también cuando uno fallece, pues en este caso lo que se extingue es la existencia del ser humano, no el derecho, éste habrá dejado de pertenecer por su fallecimiento, pero habrá pasado a sus sucesores, es decir, no nacerá cada vez un derecho nuevo, es el mismo, sólo cambiará de titular. Lo mismo sucederá si el titular vende la cosa, caso en el que el derecho de propiedad se transferirá al comprador, pero no se extinguirá, porque si así fuera el heredero o el comprador no recibirían bien alguno.³⁷

Agrega el citado autor que a diferencia de otros derechos reales, éstos tienen una duración determinada o indeterminada, pero nunca perpetua; así el uso, por ejemplo, si no se ha constituido por un tiempo determinado será vitalicio, es decir, que durará lo que dure la vida del usuario, no sabremos cuanto tiempo durará, pero no cabe duda de que algún día morirá y consecutivamente se extinguirá su derecho.³⁸

En otro sentido Gallegos Alcantara ha dicho que el derecho de propiedad es perpetuo, debido a que el derecho no se extingue por el solo transcurso del tiempo o por el no ejercicio del derecho, es decir, la propiedad no contiene en sí misma una causa de extinción; en este

³⁷ Azúa Reyes, Sergio T., *Op. Cit.*, nota 24, p. 60.

³⁸ *Ibidem*, p. 61.

orden de ideas, el propietario no pierde su calidad de tal, aunque no ejecute ningún acto sobre el bien que le pertenece, no desaparece por el no uso o abandono, no caduca.³⁹

Respecto de esta característica del derecho de propiedad podría estimarse como parcialmente cierta, debido a que encuentra algunos casos de excepción, tal es el caso de la propiedad intelectual, la cual, por disposiciones especiales es temporal; otro caso de excepción se refiere a la llamada prescripción positiva o usucapión, la cual se da precisamente por el no uso o abandono de la cosa causando la pérdida del derecho de propiedad a su titular.

En el caso en particular estimamos que aún en estos supuestos el derecho de propiedad subsiste, es decir, es perpetuo, no se extingue, esto debido a que en ambos supuestos sólo cambiaría el titular del derecho o sujeto activo; en la propiedad intelectual deja de ser el propietario el autor intelectual pero no por eso debe considerarse como extinguido el derecho, por el contrario pasa a ser titular el Estado o el resto de los habitantes que podrán ejercerlo subsistiendo el derecho o la propiedad; lo mismo sucede en el caso de la usucapión, en el que el derecho pasa al nuevo titular o adquirente sin extinguirse.

Es entonces la perpetuidad la que hace que el derecho de propiedad dure o exista por siempre, por lo menos hasta en tanto no se extinga la cosa o el bien tutelado por el derecho mismo de propiedad, independientemente de que el bien no se utilice o se tenga temporalmente; mientras exista la cosa o bien tutelado existirá un titular de ese derecho de propiedad.

B) EL DERECHO DE PROPIEDAD ES ABSOLUTO

³⁹ Gallegos Alcántara, Eridani, *Op. Cit.*, nota 31, p. 101.

Cuando nos referimos a las características de los derechos reales, en específico a que éstos son absolutos, en comentario de Mariani de Vidal se dijo que aquellos que pueden hacerse valer frente a todos los integrantes de la comunidad, que tienen eficacia contra cualquiera y que todos debemos respetar el derecho con el que cuenta su titular; frente al sujeto titular del derecho real no existe otro sujeto determinado en la relación que se encuentre obligado a respetar ese derecho, es decir, todo el mundo tiene el deber de no perturbar al titular de ese derecho.⁴⁰

Por virtud de lo anterior debemos considerar que el derecho de propiedad, como derecho real, nos enseña un deber correlativo universal de respeto, un deber a cargo de todo el mundo; deber el cual faculta al titular del derecho a exigir esa conducta o deber de respeto. Esto quiere decir, como lo expresa Galindo Garfias, que es oponible a todos, debe ser respetado por todos, pero este calificativo de absoluto no quiere decir de manera alguna que se trate de un derecho ilimitado; este derecho siempre encuentra sus limitantes en los derechos de terceros y en el orden jurídico establecido al respecto.⁴¹

El derecho de propiedad es absoluto debido a que el sujeto pasivo de la relación lo es siempre la universalidad de las personas, a diferencia de los demás derechos reales en los cuales el sujeto pasivo es siempre una persona determinada, por ejemplo el nudo propietario quién, en su relación con el usufructuario, usuario o habitación ario, es el sujeto pasivo en este tipo de derechos reales; de hecho esta es la gran diferencia que se hace del derecho de propiedad como derecho real que es, con los demás derechos reales, el ser absoluto en la forma que ya quedo apuntado.

⁴⁰ Véase, p. 31.

⁴¹ Galindo Garfias, Ignacio, *Derechos reales y sucesiones*, 2a. ed., México, Porrúa, 2004, p. 26.

Por su parte la Corte, a través de los Tribunales Colegiados de Circuito y la Primera Sala, se refieren al derecho de propiedad como un derecho absoluto al emitir los siguientes criterios:

PETICIÓN DE HERENCIA. SE EQUIPARA A UNA REIVINDICACIÓN.
El objeto y contenido de la acción de petición de herencia se finca en determinar el mejor derecho que afirma el actor para poseer a título de heredero; se intenta contra el albacea o el poseedor de las cosas hereditarias, contra el que tenga título de posesión de éstas o dolosamente haya dejado de poseerlas. De esa suerte, en la petición de herencia se resuelve no sólo el mejor derecho para poseer del heredero, sino también sobre su título para adquirir los bienes hereditarios. Se equipara a la acción reivindicatoria, porque ambas acciones son reales, en las dos se ejercita un derecho absoluto frente a cualquier tercero que perturbe o viole el derecho del heredero o del propietario, respectivamente, y en ellas funge como demandado aquel que se encuentra en posesión de los bienes hereditarios o de los bienes que son objeto de la propiedad.⁴²

INFORMACIONES AD PERPETUAM. LA RESOLUCIÓN QUE EN ELLAS SE DICTE NO ES APTA PARA ACREDITAR LA PROPIEDAD DEL INMUEBLE MATERIA DE UN JUICIO REIVINDICATORIO (LEGISLACIÓN DEL ESTADO DE GUANAJUATO).

De la interpretación conjunta de los artículos 731 y 734 del Código de Procedimientos Civiles y 1252 del Código Civil, ambos para el Estado de Guanajuato, se advierte que la declaración hecha en un procedimiento de jurisdicción voluntaria sobre diligencias de información ad perpetuam, sólo tiene el alcance de acreditar que se ha tenido la posesión de un inmueble, pero en ningún caso que se acreditó la propiedad y pueden servir de base para que en un juicio posterior se decida sobre la propiedad, siempre y cuando se reúnan las condiciones legales necesarias para ello. Esto es así, porque la propiedad es un derecho erga omnes por definición, mientras que la declaración hecha en las informaciones ad perpetuam sólo es oponible respecto de algunas personas. Por ello, de dichas diligencias no puede desprenderse un derecho de propiedad que no sea oponible a los demás. De igual forma, la declaración emitida en los procedimientos de jurisdicción voluntaria no tiene efectos constitutivos sino sólo declarativos, pues en ellos no existe una contención entre las partes. De esta manera, la propiedad sobre los inmuebles sólo puede acreditarse mediante el juicio contencioso en el que se han reunido las

⁴² Tesis I. 4º. C. 84 C, *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, Novena Época, t. XXI, mayo de 2005, p. 1502.

condiciones legales requeridas, por lo que las diligencias de información ad perpetuum resultan ineficaces para probar el elemento de propiedad necesario para ejercer la acción reivindicatoria.⁴³

C) EL DERECHO DE PROPIEDAD ES GENERAL

La generalidad en el derecho de propiedad para Azúa Reyes, consiste en que el propietario tiene la totalidad o universalidad de las facultades que la ley permite tener sobre la cosa, es decir, el propietario cuenta con todos los beneficios que la cosa pueda ofrecerle, siempre que esta no se encuentre gravada o que pese sobre ella alguna otra limitación derivada de algún derecho. El derecho de propiedad llama a su titular a gozar de la generalidad de las posibilidades de actuar sobre la cosa, de ahí que frecuentemente se identifique a la cosa con este derecho que se tiene sobre ella.⁴⁴

Agrega el referido autor que los demás derechos reales, es decir, aquellos que derivan su existencia del de propiedad, derechos reales limitados (que consisten en facultades concretas sobre cosa ajena) conceden a su titular sólo determinadas facultades sobre ésta, como por ejemplo el usufructo, el cual otorga a su titular solamente el derecho de disfrutar temporalmente determinados bienes ajenos, no tiene la aptitud de generalidad.⁴⁵

Las facultades y beneficios que permite el derecho de propiedad sobre la cosa se traducen en un poder que se ejerce de manera soberana e independiente por su titular, puede hacer o no hacer lo que su titular estime conveniente, confiere a su titular la mayor cantidad posible de facultades que se pueden realizar sobre la cosa; pero esto no implica que ese poder sea ilimitado debido a que nuestro marco legal establece limitaciones que restringen el ámbito de actuación del titular; no puede el propietario realizar una conducta

⁴³ Tesis 1a/J. 91/2005, *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, Novena Época, t. XXII, agosto de 2005, p. 86.

⁴⁴ Azúa Reyes, Sergio T., *Op. Cit.*, nota 24, p. 59.

⁴⁵ *Ídem*.

abusiva de ese poder desde el punto de vista ético, social y económico, sus limitaciones dependen del ordenamiento legal de que se trate.

Al respecto Muñoz y Castro manifiestan que el dominio no puede ser desmedido, el poder que le confiere la ley al propietario es limitado y no arbitrario, en virtud de que las facultades dominicales le son dadas al hombre para emplearlas en provecho de fines que racionalmente son considerados como útiles a él y a la sociedad, pero no para que el derecho sirva para disminuir la economía nacional o para dañar los derechos de otro.⁴⁶

No obstante, hay quien agrega que ni siquiera en el derecho romano, mucho menos en la actualidad, el derecho de propiedad fue o ha sido ilimitado, pues se establecieron limitaciones precisas, no sólo jurídicas, sino morales; por ejemplo se habló de las parcelas y de los bienes muebles suficientes para la subsistencia de una familia, y ésta no debía abandonar el cultivo de la tierra, pues si lo hacía los bienes regresaban a la colectividad, de tal manera que la mayor parte de la propiedad inmobiliaria era destinada al beneficio de la comunidad, por lo que si el derecho fuera ilimitado, bien podía dejar de cultivar la propiedad sin perderla.⁴⁷

Por esas razones consideramos que el derecho de propiedad constituye el único derecho real que permite a su titular hacer lo que éste quiera, usar o disfrutar de él como mejor le parezca, alterar su sustancia y cambiar su destino, dentro del marco de la ley y siempre que no atente contra los derechos de terceros, el orden público, la moral, ni las buenas costumbres y contra otros derechos reales sobre la misma cosa.

Es por eso que estimamos importante el hecho de tomar en cuenta que este derecho debe de tener un tope o un límite, como todo derecho, e independientemente de que se puedan realizar cualquier tipo de actos sobre los bienes con motivo de este derecho, no

⁴⁶ Muñoz, Luís y Castro Zavaleta, Salvador, *Op. Cit.*, nota 9, pp. 572-573.

⁴⁷ Tapia Ramírez, Javier, *Op. Cit.*, nota 4, pp. 117-118.

puede pasar desapercibido el no causar gravámenes o perjuicios a terceros con motivo de su ejercicio; es general el derecho de propiedad porque su titular puede usar, disfrutar y disponer de los bienes relacionados con el derecho, cuenta con todas las facultades.

D) EL DERECHO DE PROPIEDAD ES ABSTRACTO

La abstracción en el derecho de propiedad para Azúa Reyes consiste en que éste puede ser concebido con independencia de las facultades que corresponden a su titular, es decir, este derecho tiene existencia de por sí, es autónomo, independiente de sus facultades ordinarias, sin que por ello pueda dejar de tener un mínimo de contenido; a diferencia de los demás derechos reales que para existir requieren de una o varias facultades concretas.⁴⁸

Agrega el citado autor que por virtud del derecho de propiedad se puede conceder la facultad de usar una cosa, siendo posible que el titular pueda desprenderse de esa facultad transfiriéndola a otra persona por virtud de la constitución de un derecho real de habitación por ejemplo; es decir, se transmite ese derecho sobre una cosa propiedad de su titular y se reserva la nuda propiedad, de esta manera la abstracción hace posible que el derecho de propiedad separe y transmita sus facultades pero conservando siempre un mínimo de contenido.⁴⁹

Consideramos que ese mínimo de contenido el cual debe reservarse el titular del derecho de propiedad para poder conservarse como tal con motivo de la abstracción, corresponde forzosamente, al derecho o la facultad de disposición; de otra manera el reservarse sólo alguna de las otras facultades como por ejemplo la facultad de uso o de goce, traería como consecuencia la transmisión de la nuda propiedad y con ello la transmisión de un derecho a un tercero desprovisto de alguna de sus facultades (uso o goce), un derecho de propiedad transmitido que a final de cuentas recobrará esas facultades

⁴⁸ Azúa Reyes, Sergio T., *Op. Cit.*, nota 24, p. 59.

⁴⁹ *Ídem.*

en su nuevo titular debido a la temporalidad con la que fueron constituidos los derechos reales distintos a la propiedad reservada por el anterior propietario.

Así por ejemplo, yo puedo celebrar con mi derecho propiedad un contrato de usufructo con una tercera persona desprendiéndome de las facultades de uso y goce del mismo, pero si constituyo el usufructo para mí y transmito la nuda propiedad a un tercero forzosamente tendré que transmitir a éste la facultad de disposición de la propiedad.

E) EL DERECHO DE PROPIEDAD ES ELÁSTICO

En cuanto al carácter elástico del derecho de propiedad algunos autores han establecido que se refiere a la capacidad que se tiene de recuperar las facultades que se han perdido o transmitido por su titular; es decir, se tiene la capacidad de reintegrarse en su contenido pleno con todas sus facultades,⁵⁰ que el derecho de propiedad puede ser objeto de ampliaciones o reducciones, en cantidad o intensidad, sin que por ello pierda su naturaleza esencial.⁵¹

En relación con este punto Azúa Reyes ha manifestado que es la facultad de reabsorción o posibilidad que tiene el propietario de recuperar las facultades que haya transmitido o le hayan sido privadas temporalmente por la constitución de un derecho real distinto cuando éste se extinga; así por ejemplo cuando haya concluido el término por el cual se constituyó un usufructo, el propietario recuperará las facultades de usar y disfrutar de la cosa mismas que eran conservadas por el usufructuario. Así como los demás derechos reales son de carácter temporal y reposan siempre en el de propiedad, limitándola, una vez que se extinguen reintegran al propietario las facultades transferidas a otro con motivo de su constitución.⁵²

⁵⁰ Muñoz, Luís y Castro Zavaleta, Salvador, *Op. Cit.*, nota 9, p. 574.

⁵¹ Gallegos Alcántara, Eridani, *Op. Cit.*, nota 31, p. 102.

⁵² Azúa Reyes, Sergio T., *Op. Cit.*, nota 24, p. 60.

Vemos como esta característica viene a referirse a la culminación, desenlace o destino de las facultades que fueron transmitidas por el propietario con motivo de la abstracción con la que cuenta su derecho, siempre regresarán a su antiguo titular con motivo de la temporalidad con la que, como ya se ha dicho, cuentan los demás derechos reales distintos a la propiedad; así en el ejemplo que se expuso al hacer referencia al principio de abstracción, una vez extinguido el derecho de usufructo por su temporalidad, el tercero que adquirió la nuda propiedad verá fortalecido su derecho al ingresar a el las facultades de uso y goce con las que no contaba su derecho o propiedad.

Estimamos que esta característica de la elasticidad del derecho de propiedad tiene mucha relación con la característica o principio de abstracción, la diferencia esta en que esta última el derecho de propiedad puede ser concebido con independencia de las facultades que corresponden a su titular siempre conservando un mínimo (disposición), y en la primera se refiere a la capacidad de recuperar las facultades que se han perdido o transmitido por su titular.

F) EL DERECHO DE PROPIEDAD ES EXCLUSIVO

Que el derecho de propiedad sea exclusivo, para Tapia Ramírez significa que es la atribución o poder de gozar o disponer que confiere la ley sólo y únicamente a su titular, con exclusión absolutamente de todas las demás personas; para expresarlo de otra manera, a la exclusividad se le debe entender en el sentido que no es posible que la propiedad pueda pertenecer a varios titulares a la vez, con excepción hecha a la copropiedad.⁵³

Agrega el referido autor que desde el punto de vista positivo, el propietario tiene el derecho de oponerse ante cualquier tercero que impida, retire, disminuya o interfiera, sin su permisión, de los provechos o beneficios que por ley le corresponden a él; por otra parte,

⁵³ Tapia Ramírez, Javier, *Op. Cit.*, nota 4, p. 119.

desde un punto de vista negativo, todos los terceros tienen la obligación de abstenerse de entorpecer el derecho de propiedad que les es ajeno.⁵⁴

Es entonces el propietario quién se aprovecha, él sólo, de la totalidad de los beneficios, eliminando de las ventajas económicas de la cosa a todas las demás personas, explicándose de esa manera también la teoría del sujeto pasivo universal.

Para otros autores esta característica de exclusividad del derecho de propiedad adquiere singular evidencia cuando esta es plena, es decir, no limitada por otro, en este caso todas las facultades y poderes que confiere la propiedad estarán enfocadas al propietario única y exclusivamente, en cambio en los derechos reales distintos a ésta por ejemplo, esas facultades y poderes se encuentran repartidos entre el propietario y el titular del derecho real distinto a aquél.⁵⁵

Vemos como esta característica nos lleva a establecer, por una parte, que no puede haber derechos iguales sobre la misma cosa, no pueden ser de dos personas íntegramente, a menos de que exista la copropiedad, y por otra parte que no deben existir más que las facultades conferidas al propietario, a menos de que se encuentren repartidas en otro derecho real o personal que se haya constituido, y que por este sólo hecho se encuentra íntimamente relacionada con el absolutismo a que se hizo referencia con anterioridad, consistente en que terceras personas deberán respetar y abstenerse de inferir en las facultades del propietario; exclusividad y absolutismo son dos características o principios de este derecho de propiedad que van de la mano.

G) EL DERECHO DE PROPIEDAD ES INDEPENDIENTE

Ya anteriormente se comentó la diferencia entre los derechos reales de carácter absoluto y los de carácter relativo, y se comentó con apoyo de Mariani de Vidal que en los

⁵⁴ *Ídem.*

⁵⁵ Azúa Reyes, Sergio T., *Op. Cit.*, nota 24, p. 60.

primeros el sujeto pasivo es universal, indeterminado, es cualquier persona que pueda interferir en la esfera jurídica del titular del derecho; por su parte, en los segundos el sujeto pasivo se encuentra plenamente identificado, y en este sentido ubicamos al derecho de propiedad como un derecho absoluto.⁵⁶

Estimamos que por virtud de esa característica, el titular del derecho de propiedad no cuenta, con motivo de su derecho, con una relación directa con determinada persona, razón por la cual resulta ser un derecho que, por si sólo, no se puede ver limitado, disminuido, reducido o dependiente de la existencia de otro derecho que conserve otro sujeto.

El derecho de propiedad resulta ser un derecho que existe y vale por si mismo sin necesidad de ningún otro derecho, a diferencia de los derechos reales no absolutos o limitados como el de habitación, por ejemplo, el cual depende de la existencia del derecho de propiedad para que pueda existir ya que se deriva de él; es el derecho de propiedad un derecho independiente porque vale por si mismo, no requiere de la existencia de otro derecho para subsistir o existir como tal.

Creemos que lo único de lo que depende la subsistencia de este derecho es la existencia de la cosa o el bien que se encuentre relacionado o le recaiga, tal y como se comentó al hablarse de la característica o principio de perpetuidad, el derecho de propiedad existe en la medida de que exista o se conserve el bien sobre el cual recae, y no en la medida de que exista algún otro derecho; de esta manera pudiera explicarse también este principio o característica de independencia de este derecho.

H) EL DERECHO DE PROPIEDAD ES ORIGINARIO O FUNDANTE

Se ha dicho por Morineau que las cosas identificadas para hacerlas objeto de la conducta que faculta el derecho de propiedad y el deber correlativo de la prohibición de

⁵⁶ Véase, pp. 31-32.

intromisión que corresponde a los demás, no es suficiente para ubicar al derecho de propiedad como el único derecho mediante el cual pueda autorizarse la conducta que recaer sobre las cosas; al respecto aclara que existen otros derechos de carácter personal, inclusive, los cuales facultan a su titular a realizar determinada conducta que recaer sobre las cosas; así por ejemplo, el derecho de arrendamiento faculta al arrendatario a realizar determinada conducta en relación con el bien arrendado como lo es el derecho de uso.⁵⁷

Agrega que lo fundamental sobre el punto en específico es darse cuenta que el derecho de propiedad es un derecho originario, un derecho real originario debido a que todos los demás derechos reales o personales que autorizan determinada conducta sobre las cosas suponen siempre la existencia previa del de propiedad para estructurarse, y en este sentido la norma que crea al derecho de propiedad es fundante de todas las demás que facultan a actuar sobre las cosas; así por ejemplo el usufructo autoriza la misma conducta permitida por el derecho de propiedad, sin embargo, se relaciona con la propiedad en el sentido de que no puede concebirse sin ésta.⁵⁸

Coincidimos con el criterio antes expuesto y agregamos que los derechos reales distintos a la propiedad no podrían ser posibles sin la existencia de aquel, no podría constituirse, por ejemplo, un derecho de habitación sin el derecho de propiedad que se desmiembre y pueda crear ese derecho, inclusive con los derechos personales que tengan relación con los bienes sucede lo mismo, llámese arrendamiento, depósito, etcétera.

Es entonces el derecho real de propiedad el derecho inicial, o como se dijo anteriormente, el originario o fundante de los demás derechos que autorizan conductas en relación con los bienes.

⁵⁷ Morineau, Oscar, *Op. Cit.*, nota 23, p. 340.

⁵⁸ *Ídem.*

Por las consideraciones antes expuestas, y no encontrando excepción alguna a cada uno de estos principios, es por lo cual estimamos que el derecho de propiedad resulta ser un derecho real que se caracteriza por ser absoluto, perpetuo, general, abstracto, elástico, exclusivo, independiente y fundante, por virtud del cual se faculta a su titular a realizar determinada conducta en relación con las cosas.

5. FACULTADES DEL DERECHO DE PROPIEDAD

El derecho de propiedad desde sus orígenes en Roma nunca fue definido, los jurisconsultos romanos manifestaron que esto fue debido a su sencillez, extensión y por tratarse del derecho más completo que se pueda tener sobre una cosa corporal; con motivo de esto, sólo se limitaron a estudiar los diversos beneficios que procura este derecho; estos beneficios se resumen en el uso, fruto y abuso, o bien como se les conoció en el derecho romano: *jus utendi*, *jus fruendi* y *jus abutendi*;⁵⁹ de esta forma, referían al derecho de propiedad como *dominium*, que identificaba el señorío más pleno, más amplio que se pudiera tener sobre las cosas corporales no incorporales.⁶⁰

Para algunos autores esta concepción clásica del derecho de propiedad entendida como la suma de facultades que su titular podía tener sobre la cosa, hoy en día es en parte rechazada por la doctrina debido a que se entiende a este derecho como un conjunto unitario de facultades no una suma de ellas, como un señorío general del que forman parte todos los imaginables poderes, razones por las que se argumenta ser imposible enumerar exhaustivamente las posibilidades de actuación que tiene el propietario sobre la cosa, en

⁵⁹ Petit, Eugene, *Op. Cit.*, nota 6, pp. 229-230.

⁶⁰ Gordillo Montesinos, Roberto Héctor, *Derecho privado romano*, México, Porrúa, 2004, p. 442.

todo caso sería más fácil enumerar las restricciones o limitaciones para comprender mejor las facultades del titular del derecho.⁶¹

En relación con anterior otros autores agregan que, además del conjunto de facultades que integran el derecho de propiedad, también debe considerarse que este derecho se encuentra formado por todas las ventajas económicas de que es susceptible la cosa.⁶²

Estamos de acuerdo con el hecho que resultaría imposible el pretender enumerar todas y cada una de las facultades con las que cuenta el titular del derecho de propiedad, pero independientemente de ello, nada impide que se pueda hacer una clasificación en la cual se puedan acomodar en apartados generales cada una de ellas para que de esa manera se puedan clasificar y comprender mejor, y para ello estimamos habrá que recurrir a la dirección aportada por el derecho romano al respecto.

En efecto, hablar de derecho de usar, de disfrutar y de disponer es una clasificación en donde consideramos pueden acomodarse todas y cada una de las atribuciones, actuaciones o facultades que el propietario puede ejercer sobre la cosa por virtud de su derecho, y de esta forma resulta más fácil su comprensión como más adelante se verá.

Así lo refiere la Corte, a través de los Tribunales Colegiados de Circuito, al emitir los siguientes criterios:

PROPIEDAD Y COPROPIEDAD. ESTOS DERECHOS SÓLO SE GENERAN PLENAMENTE CUANDO SE EXTINGUE EL DERECHO DE USUFRUCTO QUE LOS LIMITA.

El derecho de propiedad y el de propiedad común o copropiedad se integra por los atributos que permiten a su titular gozar y disponer del bien, sin embargo, cuando este derecho se afecta a través de la constitución de un usufructo, su detentador queda desprovisto provisionalmente de la posibilidad de disfrutar de la cosa; al derecho resultante

⁶¹ Azúa Reyes, Sergio T., *Op. Cit.*, nota 24, p. 58.

⁶² Orizaba Monroy, Salvador, *Op. Cit.*, nota 34, p. 153.

doctrinalmente se le conoce como nuda propiedad; por ello, en el momento de la extinción del usufructo, el nudo propietario consolida ambos derechos, el de goce y el de disposición de su bien. En estas condiciones, los derechos de propiedad y copropiedad se generan de manera plena en el momento de la extinción del usufructo que afectaba el disfrute de la cosa, pues antes de ese evento al adquirente del bien únicamente le pertenecía la nuda propiedad o co-nuda propiedad, en caso de pluralidad de titulares.⁶³

TERCERIA EXCLUYENTE DE DOMINIO. AUN CUANDO DEBE FUNDARSE EN EL DOMINIO DEL BIEN, EL USUFRUCTUARIO TIENE ACCION PARA EL EJERCICIO DE LA.

Aun cuando el artículo 1367 del Código de Comercio establece que la acción de tercería excluyente de dominio debe fundarse "en el dominio" del bien materia de ella, tal concepto no excluye al usufructuario de un inmueble, dado que el usufructo forma parte del derecho de propiedad, que se integra de tres elementos, como son: el ius utendi (derecho de utilizar el bien), el ius fruendi (derecho de aprovechar los frutos), y el ius abutendi (derecho de disponer de la cosa, entendido como el de vender, regalar, hipotecar o gravar el bien, e incluso agotarlo dependiendo de que sea consumible); así es claro que si los dos primeros pueden corresponder sólo al usufructuario de un bien, separado de la nuda propiedad, sí puede el titular de este derecho real ocurrir en su defensa.⁶⁴

A) FACULTAD DE DISPOSICIÓN

Para Tapia Ramírez el derecho de disposición es lo que distingue al derecho de propiedad de los demás derechos reales, ningún otro derecho real otorga esta facultad, consiste en el derecho que tiene el titular para conservar la cosa o consumirla, enajenarla total o parcialmente, o bien abandonarla; otorga también el derecho de gravar la cosa imponiéndole cargas y sometiéndola a derechos reales o personales, así como el derecho

⁶³ Tesis VI. 2º. C. 391 C, *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, Novena Época, t. XX, agosto de 2004, p. 1655.

⁶⁴ Tesis VII. 2º. C. 16 C, *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, Novena Época, t. III, febrero 1996, p. 493.

de modificarla o transformarla, inclusive. Estas facultades no deben ejercerse de un modo irreflexivo y causar daños o perjuicios a la sociedad o a derechos de terceros.⁶⁵

Ya se expuso con anterioridad siguiendo a Muñoz y Castro que el dominio no puede ser desmedido, que el poder que le confiere la ley al propietario es limitado y no arbitrario ni abusivo, y que las facultades dominicales le son dadas al hombre para emplearlas en provecho de fines que racionalmente son considerados como útiles a él y a la sociedad.⁶⁶

Respecto de esta facultad del derecho de propiedad consideramos que es cierta, pero que encuentra algunos casos de excepción en los cuales el titular del derecho o propietario se encuentra impedido para disponer plenamente de su derecho en relación con los bienes, por ejemplo la constitución del patrimonio de familia, o bien en el supuesto que el derecho de propiedad recaiga sobre bienes que se consideren como notables y de características que representen nuestra cultura nacional.

Sin embargo estimamos que esta facultad resulta ser la más importante con la que cuenta el derecho de propiedad, debido a que, en primer término, marca la diferencia con los demás derechos reales; es el único derecho real que cuenta con esta facultad y con motivo de ella se pueden constituir los demás derechos reales como el usufructo, el uso o la habitación por ejemplo. En segundo término, como parte del objeto del derecho, marca la esencia misma del derecho de propiedad, ya que su titular requiere de esta facultad para seguir considerándose como titular de ese derecho, si la transmitiese y conservara alguna de las otras facultades no podría vérsese como propietario; el mínimo de contenido que debe resguardar cuando transmita alguno de sus atributos es su facultad de disposición, de ahí su esencia.

B) FACULTAD DE USO

⁶⁵ Tapia Ramírez, Javier, *Op. Cit.*, nota 4, p. 121.

⁶⁶ Véase, p. 46.

El derecho de usar para Tapia Ramírez consiste en el aprovechamiento que el titular del derecho de propiedad hace de la cosa o bien, sin alterarlo o modificarlo, de manera que puede insistir constantemente dicho aprovechamiento, tomando o utilizando de la misma solamente lo que necesite; es la facultad de servirse de la cosa y aprovecharse de los servicios que pueda rendir fuera de sus frutos.⁶⁷

Consideramos que esta facultad se limita al derecho de posesión con el que cuenta el titular del derecho de propiedad; la propiedad como todo derecho real se ejerce por la posesión y puede ser transmitida por aquel por virtud de un derecho real o personal, constituyéndose un derecho real de usufructo o bien un arrendamiento por ejemplo. De esta manera encontramos con que no siempre el propietario cuenta con esta facultad de uso, que pudo haber sido objeto de una transmisión en forma temporal en alguno de los derechos reales o personales en comento.

Ya se expuso con anterioridad que el derecho de propiedad se caracteriza por la posibilidad de ser concebido con independencia de las facultades que corresponden a su titular, sin que por ello pueda dejar de tener un mínimo de contenido, de esta forma puede explicarse de una mejor manera lo antes dicho.⁶⁸

C) FACULTAD DE DISFRUTAR

Para el mismo autor en comento, facultad consiste en percibir los frutos y accesorios que la cosa genera; de esta manera el propietario puede aprovechar la cosa y explotarla en la forma que considere más conveniente, obteniendo todas las ventajas y beneficios susceptibles que se produzcan y se les una; agrega que de esta forma el titular del derecho

⁶⁷ *Ibídem*, p. 122.

⁶⁸ Véase, pp. 49-50.

de propiedad hace suyos los frutos y los productos que genere el bien, utiliza la cosa como a él le parezca pudiendo de esta forma obtener los mayores beneficios posibles.⁶⁹

Mismo comentario merece esta facultad al igual que el uso, en el sentido que puede ser también transmitida por el propietario por virtud de un derecho real o personal, es decir, no siempre el propietario cuenta con la facultad de disfrutar por haber sido objeto de una transmisión en forma temporal con motivo de un usufructo o arrendamiento por ejemplo; pero insistimos, debe conservar su facultad de disposición como parte de su objeto para ser considerado como propietario.

D) PROPIEDAD PLENA

Siguiendo a Azúa Reyes se ha comentado en repetidas ocasiones que una de las características del derecho de propiedad es la abstracción, la cual se refiere a que ese derecho puede ser concebido con independencia de las facultades que corresponden a su titular, sin que por ello pueda dejar de tener un mínimo de contenido. Ese mínimo de contenido deberá referirse a la facultad de disposición para que el titular pueda conservar su derecho de menos como nudo propietario, si se constituyó por ejemplo un derecho real distinto.⁷⁰

Ahora bien, cuando el derecho de propiedad conserva todas sus facultades en su titular, es decir, no ha transmitido o perdido ninguna de ellas por virtud de algún otro derecho que le implique un gravamen, se considera que la propiedad o el derecho de propiedad es pleno, y es por esa razón por la cual estimamos que se le ha denominado también dominio, inclusive por el derecho romano.

⁶⁹ *Ídem.*

⁷⁰ Véase, pp. 47-48.

En efecto, la palabra dominio que proviene del latín domine, significa señor y es sinónimo de señorío;⁷¹ así cuando el propietario tiene en su poder todas las facultades inherentes a su derecho, se dice que cuenta con un señorío, dominio o propiedad plena que le faculta actuar sobre determinados bienes.

6. NUESTRA DEFINICIÓN DE PROPIEDAD

Vista la propiedad desde un punto de vista meramente normativo, como derecho que es, los elementos que lo integran, además de sus características y facultades, consideramos que una definición de propiedad se construye de la siguiente manera:

“La propiedad es el derecho subjetivo de carácter real, perpetuo, absoluto, general, abstracto, elástico, exclusivo, independiente y fundante, por virtud del cual se faculta a su titular, por una parte, a ejercer todas las actividades posibles sobre la cosa como usarla, disfrutarla y disponerla, y por otra parte, a realizar tales acciones siempre dentro del marco permitido por la ley; siendo su esencia el sujeto titular del derecho y la facultad de disposición sin los cuales no pudiera existir.”

Estimamos se trata de una definición completa por integrar las características o principios, facultades y elementos esenciales del derecho de propiedad; definición la cual nos habrá de servir más adelante para comparar este derecho con el de propiedad que detentan las instituciones fiduciarias con motivo del fideicomiso, y de esta forma estar en aptitud de poder determinar si la propiedad que detentan las instituciones fiduciarias con motivo de la constitución de un fideicomiso, contraviene los principios o características que rigen al derecho de propiedad.

⁷¹ Ruíz Cárdenas, Alberto, *Nuevo diccionario de sinónimos y palabras afines*, México, Publicaciones Indoamérica, 1956, p. 315.

7. TRANSMISIÓN DEL DERECHO DE PROPIEDAD

A) SIGNIFICADO

Así como resulta ser necesario una definición del derecho de propiedad, saber que es propiedad, estimamos también indispensable conocer el significado de lo que implica “transmisión de propiedad”, y de esta manera estar en posibilidad también de analizar la transmisión de propiedad hecha al fiduciario con motivo del fideicomiso.

La palabra trasmisión es sinónimo de trasladar, traspasar, es el acto por el cual se traslada algo de lugar conservando sus condiciones y cualidades esenciales.⁷² Su significado cuenta con importantes y variadas aplicaciones; en materia de derecho se refiere a que un derecho pueda trasladarse de una persona a otra.⁷³

Con motivo de lo anterior estimamos que el derecho de propiedad corre con la misma suerte, es decir, puede su titular trasladarlo a otra persona, pero en base a esa transmisión el nuevo titular conservará las cualidades de ese derecho, de otra forma no se podría hablar de transmisión del derecho. Hablar de las cualidades nos referimos a las facultades de uso, goce y disposición; es decir, son estas facultades las que deben de ser objeto de transmisión para que pueda considerarse como propietario al nuevo titular del derecho, ya que si sólo se transmite la facultad de disposición o dominio se estaría hablando de transmisión de una nuda propiedad solamente. La transmisión del derecho de propiedad, por lo tanto, se encuentra íntimamente ligada sobre todo con la facultad de disponer con la que cuenta el propietario, de ahí que hayamos encontrado en ésta la esencia de aquel.

Es por eso que Planiol y Ripert consideran que todos los actos jurídicos que realice el propietario en relación con su derecho se refieren a transferirlo en todo o en parte, y agregan que si se transmite la totalidad del derecho se dice que se enajena la cosa, se ejecuta un

⁷² *Ibidem*, p. 336.

⁷³ De Pina Vara, Rafael, *Op. Cit.*, nota 15, p. 483.

acto traslativo de propiedad, pero si se concede sólo un derecho de goce parcial sobre la cosa se dice que hay un desmembramiento del derecho de propiedad.⁷⁴

Hablar entonces de transmisión del derecho de propiedad sin reserva de ninguna facultad es hablar de enajenación; se traslada o cede a otro el derecho, y con ello todas las ventajas económicas que se deriven de la cosa. Como consecuencia de la transmisión, el sujeto activo titular del derecho, se convertirá en el sujeto pasivo universal adquiriendo su respectivo deber de abstención a perturbar el derecho del adquirente quien resulta ser el nuevo sujeto activo y titular del derecho de propiedad.

B) EXIGENCIAS DE LA TRANSMISIÓN DEL DERECHO DE PROPIEDAD

Para Fernando Floresgómez retomando a Rogina Villegas es la norma jurídica la que regula la forma de transmisión del derecho de propiedad, ya que independientemente de la forma de transmisión que se siga, deberá necesariamente adecuarse al término legal correspondiente, es una causa que concurre con todas las formas de transmisión de la propiedad, de manera que es importante su fundamento si se toma en cuenta por ejemplo que la adquisición, herencia, prescripción, ocupación, accesión, adjudicación, suponen siempre la concurrencia de la ley.⁷⁵

Por otra parte existen opiniones en el sentido de que no es la ley la que atribuye la transmisión de la propiedad, sino la voluntad de las partes,⁷⁶ así de esta manera se nos viene a la mente hacer referencia a un principio general establecido en las legislaciones modernas como nuestro código civil, el cual estatuye que la transmisión de la propiedad se efectúa por efecto del contrato, es decir, por el mero consentimiento de las partes.

⁷⁴ Planiol, Marcel y Ripert, Georges, *Op. Cit.*, nota 3, p. 405.

⁷⁵ Floresgómez González, Fernando, *Introducción al estudio del derecho y derecho civil*, 10a. ed., México, Porrúa, 2004, pp. 163-164.

⁷⁶ Orizaba Monroy, Salvador, *Op. Cit.*, nota 34, p. 129.

Consideramos que para los efectos de la transmisión del derecho de propiedad en algunos casos si es la ley la que resulta ser únicamente la causante de aquella; así por ejemplo hablamos de la transmisión por sucesión intestamentaria, pero en otros casos, resulta ser importante que concurren tanto la legislación como la voluntad de las partes de manera conexa, por ejemplo, no podremos concebir una compra venta de un bien si no se da el consentimiento de las partes, mismo que deberá ir acorde a las disposiciones legales al respecto.

Luego la voluntad o consentimiento se vuelve a veces un factor determinante para que surta sus efectos la transmisión, así de esta manera las partes pueden establecer condiciones o cargas de contenido obligacional a fin de que, una vez que éstas se cumplan, pueda aquella surtir los efectos correspondientes entre las partes.

C) MEDIOS DE TRANSMITIR EL DERECHO DE PROPIEDAD

Entendemos por medios o modos de transmitir la propiedad a los actos jurídicos que, conforme a derecho, traspasan el dominio de un bien a favor de una persona, siendo el citado acto la causa u origen de la adquisición de la propiedad.

Para Galindo Garfias los medios de transmisión de la propiedad son siempre derivados, es decir, que provienen de un derecho anterior de otra persona, hay invariablemente una transmisión voluntaria de dominio; a diferencia de otros medios denominados originarios, por virtud de los cuales se adquiere la propiedad por primera vez debido a que no existe un derecho anterior de otra persona, tal es el caso de la ocupación por ejemplo.⁷⁷

Agrega el citado autor que para que opere la transmisión del derecho de propiedad se requiere, como se dijo anteriormente, un derecho anterior en el transmitente o enajenante,

⁷⁷ Galindo Garfias, Ignacio, *Op. Cit.*, nota 41, p. 43.

deberá haber también un adquirente al que se le denomina sucesor o causahabiente, y por supuesto, la existencia de la voluntad de transmitir la propiedad del enajenante al adquirente.⁷⁸

Dentro de los medios derivados de transmisión de la propiedad encontramos a las transmisiones a título universal y a título particular, las onerosas y las gratuitas.

La transmisión se verifica a título universal cuando comprende la universalidad del patrimonio, o por lo menos, una parte alícuota, pero en este caso deberá estar de por medio un testamento para que pueda considerarse que se transmite por un acto de voluntad del transmitente o testador.

La transmisión se verifica a título particular cuando ésta recae sobre uno o varios objetos determinados individualmente; es aquí donde se considera pueden entrar la mayoría de los actos jurídicos traslativos de propiedad como la compra venta, permuta, donación, dación en pago, etcétera. De esta clasificación se puede hacer una subclasificación en transmisiones onerosas y gratuitas.

La transmisión es a título oneroso en el supuesto que el adquirente prometa entregar o entregue alguna cosa a cambio del que transmite el derecho, si no lo hace será la transmisión a título gratuito.

A final de cuentas, como lo expone Luna Ramos, cuando se pretende estudiar y precisar todos los actos jurídicos que el propietario pueda realizar como tal, se advierte sin duda alguna que todos ellos consisten en transferir a otro, en todo o en parte, su derecho de propiedad.⁷⁹

D) NUESTRO SIGNIFICADO DE TRANSMISIÓN DE PROPIEDAD

⁷⁸ *Ídem.*

⁷⁹ Luna Ramos, Daniel, et al, *Derecho civil notarial, bienes y derechos reales*, México, UNAM, 1995, t. II, p. 12.

Consideramos importante dar nuestra propia definición de transmisión de propiedad a fin que nos sirva de guía o eje también en la presente investigación, misma que analizando lo antes dicho se expresa de la siguiente manera:

La transmisión del derecho de propiedad es el acto jurídico regulado por la legislación por virtud del cual, el titular del derecho de propiedad traslada su derecho a otra persona, a título universal, particular, gratuito u oneroso, conservando este último las cualidades esenciales de ese derecho y todas las ventajas económicas; convirtiéndose así el transmitente en el sujeto pasivo universal y al adquirente en sujeto activo titular del derecho.

CAPÍTULO II

LIMITACIONES AL DERECHO DE PROPIEDAD

1. ASPECTO GENERAL

En el capítulo anterior siguiendo a Ibarrola se habló de la necesidad del orden social para hacer posible una propiedad segura para todos en la medida de lo posible; que es así como el derecho interviene para protegerla y garantizarla, estableciendo el medio más adecuado para su ordenación, reglamentación y distribución a fin de que todos los hombres tengan acceso proporcional a sus necesidades.

Se habló también siguiendo a diversos autores que la propiedad, como institución jurídica de carácter normativo, concede a su titular facultades o autorizaciones por un lado, y por otro le atribuye actividades obligatorias o deberes jurídicos frente a otros; que esos deberes jurídicos se traducen en actividades obligatorias para su titular en relación con su derecho.⁸⁰

Siguiendo a Azúa Reyes, Muñoz y Castro se hizo hincapié en que una de las características del derecho de propiedad es su generalidad, esto quiere decir que confiere a su titular la mayor cantidad posible de facultades que se puedan realizar sobre la cosa, pero

⁸⁰ Véase, pp. 24-26.

nunca de una manera desmedida debido a que nuestro marco legal establece siempre limitantes; es por ello que cualquier restricción o limitación al derecho de propiedad, independientemente que se traduzca en un deber correlativo de un derecho, o en actividades o deberes directos de carácter obligatorio, derivan invariablemente de la norma u orden social establecido.

Además de lo antes dicho es importante tomar en cuenta el comentario de Soto Pérez en el sentido de que el régimen del derecho de propiedad ha variado mucho, producto de la evolución de los pueblos, lo que implica, inclusive, que hoy en día cada categoría de bienes envuelve una forma de apropiación especial, debiéndose aquél adaptarse a las necesidades de estos, pero siempre en el entendido que es el Estado quién resulta ser el único árbitro u ordenador de toda propiedad, sobre todo de la propiedad privada, siendo esta un ejemplo en el cual el orden jurídico se transforma debido a las circunstancias, fenómenos, innovaciones, fuerzas y tendencias sociales.⁸¹

Entendemos lo antes dicho y consideramos que el derecho de propiedad debe irse perfeccionando, pero no solamente con motivo de tener que adaptarse por la evolución de los pueblos, sino que también debido a que por su naturaleza el derecho de propiedad es creado por el ser humano, es derecho positivo; esto lo explica Arce y Cervantes de la siguiente manera:

“ . . . Hay que distinguir entre el derecho general de todo hombre a la propiedad privada y el derecho concreto de un determinado hombre sobre un bien material determinado. El que tiene un hombre sobre un bien determinado ya no es un derecho natural sino simplemente positivo. El derecho del dueño de una casa sobre esta misma casa no le viene del derecho de ser hombre, porque también es hombre el que no tiene ninguna o no tiene otra y el mismo sigue siéndolo aunque venda la casa o la regale o sea expropiado de ella. La naturaleza no vincula a ningún ser humano con ningún bien material determinado. A cada hombre le da el derecho a tener privadamente alguno, pero no dice cuál. Esto lo hacen los hombres y el cuidado de lo que hagan justamente y del modo más

⁸¹ Soto Pérez, Ricardo, *Nociones de derecho positivo mexicano*, 33a. ed., México, Esfinge, 2005, p. 32.

conveniente, pertenece al gobernante. Es evidente que para que los hombres puedan ejercer el derecho a la propiedad privada se necesita una previa división y asignación de los bienes y como esta asignación y división no la ha hecho la misma naturaleza, los hombres tienen que encargarse de hacerla. Y esta división o asignación de los bienes puede ser buena o mala, como todo lo que depende de los hombres. De todo lo cual se deduce que el régimen concreto de la propiedad privada es variable y que se debe variar siempre que las circunstancias lo requieran sin que por ello se atente a ningún derecho natural. . .”⁸²

Lo que nos interesa para efectos de la presente investigación es referimos al derecho de propiedad positivo o derivado, al derecho de propiedad que varía cuando las circunstancias lo requieran, es derecho creado por el hombre.

De esta manera tenemos un derecho de propiedad que implica deberes directos, que se traducen en restricciones al mismo derivadas de la norma u orden social, así como un derecho que varía o ha ido variando según las circunstancias de la sociedad y su evolución, lo que consideramos un acomodamiento del derecho con las necesidades sociales que en muchos de los casos también puede implicar limitantes al derecho del propietario.

En el desarrollo del presente capítulo se tomarán en consideración las principales causas por virtud de las cuales estimamos que, de una forma o de otra, se ve limitado el derecho de propiedad, así como las formas en que se pueda ver restringido, las cuales nos servirán de guía para los fines de la presente investigación; debemos establecer las causas y las formas en que se ve limitado el derecho de propiedad para posteriormente compararlas con las limitaciones con las que cuentan las instituciones fiduciarias con motivo de un fideicomiso, y de esta manera determinar las causas que limitan a las citadas instituciones.

2. CAUSAS POR LAS CUALES SE LIMITA EL DERECHO DE PROPIEDAD

⁸² Arce y Cervantes, José, *De los bienes*, 7a. ed., México, Porrúa, 2008, pp. 44-45.

Consideramos que los principales motivos por los cuales el ordenamiento jurídico tiende a establecer limitantes al derecho de propiedad, se refieren principalmente a la función social, la necesidad de los bienes, el interés particular, así como la seguridad de los negocios, mismas que procederemos a exponer a la luz de diversos comentarios realizados por determinados autores al respecto.

A) LA FUNCIÓN SOCIAL

Para algunas corrientes doctrinales ver al derecho de propiedad como función social resulta ser la respuesta a los ataques contra la propiedad individual considerada egoísta por antonomasia, y de la que se han hecho expresiones como por ejemplo “la propiedad individual es un robo”, “es producto de las invasiones y abusos de los poderosos frente a los débiles”.⁸³

Por otra parte existen corrientes que consideran que la propiedad individual además de ser aceptada, es protegida, por tratarse de un derecho exclusivo del ser humano que vive en sociedad, y de esta forma ser el mecanismo más viable, útil y eficaz para la producción, motiva al ahorro, y es transmisible por herencia.⁸⁴

Estamos de acuerdo con el comentario de Soto Pérez al referirse a que el derecho de propiedad ha variado mucho, producto de la evolución de los pueblos, razón por la cual estimamos que de una u otra forma, y lejos de determinar como cierta alguna de las citadas corrientes, el origen de la función social del derecho de propiedad se traduce, principalmente, en su capacidad de irse adaptando a la sociedad que evoluciona constantemente, siendo el Estado el ordenador de tal derecho; de esta manera consideramos además que con ello el derecho de propiedad se va perfeccionando.

⁸³ Tapia Ramírez, Javier, *Op. Cit.*, nota 4, p. 128.

⁸⁴ *Ídem.*

Siendo el Estado ordenador del derecho de propiedad, resulta ser el encargado de establecer, a través de las normas, la forma en que los particulares deben ejercer su derecho, determinando sus facultades y deberes; prueba de ello lo es el artículo 27 de nuestra Constitución el cual prevé que la nación tiene en todo tiempo el derecho de imponer a la propiedad privada las modalidades que dicte el interés público, de ahí que la propiedad privada se encuentre delimitado en la Constitución con motivo de la función social que se tiene.

Esta delimitación que hace la Constitución del derecho de propiedad con motivo de la función social, es reconocida por el Tribunal Superior de Justicia de la Nación, según se puede apreciar del siguiente criterio sustentado la citada autoridad que establece lo siguiente:

EXPROPIACIÓN. CONCEPTO DE UTILIDAD PÚBLICA.

La Suprema Corte de Justicia de la Nación, en cuanto al concepto de utilidad pública, ha sustentado diversos criterios, en los que inicialmente señaló que las causas que la originan no podrían sustentarse en dar a otro particular la propiedad del bien expropiado, sino que debía ser el Estado, en cualquiera de sus tres niveles, quien se sustituyera como propietario del bien a fin de conseguir un beneficio colectivo a través de la prestación de un servicio o realización de una obra públicos. Posteriormente amplió el concepto comprendiendo a los casos en que los particulares, mediante la autorización del Estado, fuesen los encargados de alcanzar los objetivos en beneficio de la colectividad. Así, esta Suprema Corte reitera el criterio de que el concepto de utilidad pública es más amplio, al comprender no sólo los casos en que el Estado (Federación, Entidades Federativas, Distrito Federal o Municipios) se sustituye en el goce del bien expropiado a fin de beneficiar a la colectividad, sino además aquellos en que autoriza a un particular para lograr ese fin. De ahí que la noción de utilidad pública ya no sólo se limita a que el Estado deba construir una obra pública o prestar un servicio público, sino que también comprende aquellas necesidades económicas, sociales, sanitarias e inclusive estéticas, que pueden requerirse en determinada población, tales como empresas para beneficio colectivo, hospitales, escuelas, unidades habitacionales, parques, zonas ecológicas, entre otros, dado que el derecho a la propiedad privada está delimitado en la Constitución Federal en razón de su función social. Por ello, atendiendo a esa función y a las necesidades socioeconómicas que se presenten, es evidente que no

siempre el Estado por sí mismo podrá satisfacerlas, sino que deberá recurrir a otros medios, como autorizar a un particular para que preste un servicio público o realice una obra en beneficio inmediato de un sector social y mediato de toda la sociedad. En consecuencia, el concepto de utilidad pública no debe ser restringido, sino amplio, a fin de que el Estado pueda satisfacer las necesidades sociales y económicas y, por ello, se reitera que, genéricamente, comprende tres causas: a) La pública propiamente dicha, o sea cuando el bien expropiado se destina directamente a un servicio u obra públicos; b) La social, que satisface de una manera inmediata y directa a una clase social determinada, y mediatamente a toda la colectividad; y c) La nacional, que satisface la necesidad que tiene un país de adoptar medidas para hacer frente a situaciones que le afecten como entidad política o internacional.⁸⁵

Consideramos importante la creación de normas tendientes a establecer las facultades y deberes a los propietarios, ya que con ello se cumple la función social del derecho de propiedad de irse adaptando a la evolución de los pueblos; así, de la existencia de las normas dependerá, en todo caso, la legitimación de los individuos para realizar tal o cual acto, pero también creemos que más que la formación de preceptos, la función social se refiere también a que las personas lleven una actividad ordenada, que puedan disfrutar de sus bienes pero no abusar de ellos, de tal manera que no se vean perjudicados derechos de terceros, en respetar el derecho de los demás y de esa manera se garantiza a cada uno de los miembros de la sociedad lo que le corresponde a cada uno, impidiéndose de esta forma colisiones y el desorden de no estar esto definido.

En relación con lo anterior viene apropiado también hacer referencia a la característica de generalidad del derecho de propiedad, la cual, siguiendo a Azúa Reyes, Muñoz y Castro, confiere a su titular la mayor cantidad posible de facultades que se pueden realizar sobre los bienes, pero estas no son ilimitadas; el dominio no puede ser desmedido, el poder que le

⁸⁵ Tesis P./J. 39/2006, *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, Novena Época, t. XXIII, marzo de 2006, p. 1412.

confiere el ordenamiento al propietario es limitado y las facultades que le son dadas son para emplearlas en provecho de fines útiles a él y a la sociedad.

A lo anterior cabe agregar, siguiendo a Luna Ramos, que las limitaciones, restricciones y deberes que se imponen al propietario a través de las normas son el fundamento de la función social del derecho de propiedad; pero no sólo son limitantes, también se refieren a la forma en que debe ejercerse el derecho;⁸⁶ al respecto aclara Rogina Villegas que se interviene imponiendo obligaciones al propietario no sólo de carácter negativo, sino positivo también, no sólo debe decirse que el propietario no debe abusar de la propiedad causando perjuicios a terceros, sino que también se indica la forma como el propietario deba usar la cosa y no mantenerla improductiva.⁸⁷

Creemos que a final de cuentas lo que busca nuestro derecho, en relación a la función social de la propiedad, es estar en posibilidad de poder realizar una distribución equitativa de la riqueza, que ésta se conserve, y con ello lograr un desarrollo más equilibrado del país y el mejoramiento de las condiciones de vida de los individuos, y eso se logra más que con limitar a los titulares de los derechos a la propiedad privada, con indicar la forma como el propietario deba conducirse en relación con los bienes.

B) LA NECESIDAD DE LOS BIENES

Consideramos importante también el hecho que las facultades que se pueden ejercer como propietario en relación con los bienes, varían dependiendo el tipo de bien o bienes sobre los cuales recae el derecho, es decir, cada clase de bienes implica una forma de apropiación específica, y con ello una serie de limitantes también al derecho del propietario.

En relación con lo anterior Ibarrola comenta que es posible establecer que no se puede tener sobre una finca rústica, por ejemplo, los mismos derechos que se ejercen sobre

⁸⁶ Luna Ramos, Daniel, et al., *Op. Cit.*, nota 76, p. 7.

⁸⁷ Rogina Villegas, Rafael, *Op. Cit.*, nota 19, p. 86.

el mobiliario, un libro, un sombrero o un traje; la forma en que se ejerce el derecho de propiedad de una obra artística es completamente distinta de la de una casa o de un carro;⁸⁸ en fin, dependiendo del tipo de bienes de que se trate sobre los cuales recaiga el derecho de propiedad, va a depender la forma de apropiación o de una apropiación especial que se ejerza por su titular.

Al respecto el autor Gutiérrez y González va aún más allá y establece que pueden existir, inclusive, dos personas que tienen el derecho de propiedad sobre dos bienes inmuebles de las mismas medidas, sólo que en diferente ubicación, uno se encuentra en el centro histórico y el otro en una colonia de la periferia de la ciudad; agrega que no obstante que los dos predios sean de igual medida y se encuentren ubicados dentro de la misma ciudad, no podrán los propietarios hacer uso igual de los mismos, de esta forma cuando el propietario del inmueble ubicado en el centro histórico quiera construir su terreno no lo podrá hacer como desee, no podrá tener el número de pisos que él quisiera, ni el tipo de construcción que le gusta de la casa le será autorizado, deberá realizar la construcción de acuerdo al ordenamiento establecido para esa zona, en cambio, el propietario del inmueble ubicado en la colonia dentro de la periferia de la ciudad, bien puede construir en su terreno una casa del tipo que a él le agrade, y el tipo de fachada que le guste; es decir, tiene menos limitaciones que las que se le imponen al propietario cuya propiedad se encuentra ubicada en el centro histórico.⁸⁹

Obsérvese como a final de cuentas esas distintas facultades o limitaciones que se conceden a los propietarios, dependiendo del tipo de bien o bienes sobre los cuales se ejercen los derechos, encontramos que son impuestas por virtud del Estado al establecer las normas especiales para cada caso o situación en particular, es por eso que consideramos

⁸⁸ De Ibarrola, Antonio, *Op. Cit.*, nota 2, p. 296.

⁸⁹ Gutiérrez y González, Ernesto, *El patrimonio*, 8a. ed., México, Porrúa, 2004, p. 279.

que el tipo de bien de que se trate, junto con la normatividad son, en definitiva, causantes también de alguna apropiación especial o limitaciones a los derechos de sus titulares de los derechos de los bienes; dos factores, el tipo de bien y la normatividad que implican una limitante a final de cuentas al derecho.

C) EL INTERÉS PARTICULAR

Para establecer limitaciones al derecho de propiedad no debe entenderse solamente a la función social o interés público a que se hizo referencia anteriormente; debemos considerar que esas limitaciones se refieren también al interés privado o particular.

Estas limitantes al derecho de propiedad en relación con el interés particular, según Muñoz y Castro, se aprecian principalmente en dos formas: como fundo o predio que inevitablemente se halla contiguo a otro; y como objeto independiente que puede ser gravado por la voluntad del dueño. El primer caso da origen a lo que se llama derecho de vecindad, y el segundo a las limitaciones de la facultad de disposición.⁹⁰

Agregan los citados autores que el derecho de vecindad encuentra su fundamento en la necesidad de regular las relaciones entre los dueños de los predios vecinos o contiguos, para evitar que surjan conflictos entre ellos con motivo de las molestias mutuas de la voluntad de las personas o actos de la naturaleza misma en relación con la utilización de los bienes; es por eso, que en estos supuestos el derecho interviene para fijar las obligaciones y los derechos que a los dueños de los predios contiguos les corresponden para el mejor aprovechamiento de sus bienes.⁹¹

Vemos como la norma sigue siendo un factor determinante para establecer también la forma en que los particulares, en este caso, los propietarios de predios contiguos deben hacer uso de su derecho de propiedad traducido tanto en derechos como en obligaciones.

⁹⁰ Muñoz, Luís y Castro Zavaleta, Salvador, *Op. Cit.*, nota 9, p. 587.

⁹¹ *Ídem.*

En relación con las limitaciones a la facultad de disposición, estimamos que estas se refieren a que el propietario de un bien puede limitar, por un acto voluntario, cualquiera de las facultades contenidas en su derecho; los particulares pueden a través de las cláusulas que proponen en los contratos, limitar, gravar, transferir o comprometer la facultad de uso, goce o disposición otorgadas con motivo de su derecho de propiedad.

Debido a que nacen de la voluntad de los particulares, esta forma de limitación del derecho de propiedad se traduce en muchos y variados tipos; se limita el derecho de uso y goce, por ejemplo, al constituirse algún derecho real de uso o habitación; por su parte, el de derecho disposición se ve limitado al constituirse alguna servidumbre o bien un gravamen o carga como la cláusula de inalienabilidad.

Igual comentario merece este tercer supuesto de limitación al derecho de propiedad en el sentido que la norma sigue siendo un factor determinante para establecer la forma en que los particulares puedan voluntariamente restringir su derecho; en este caso también la voluntad de los particulares deberá regirse por las normas establecidas para cada caso en particular, dependiendo el derecho o gravamen que se pretenda constituir, y de esta manera evitar que la voluntad sana y juiciosa se convierta en un capricho arbitrario por parte del titular del derecho.

D) LA SEGURIDAD DE LOS NEGOCIOS

Otra de las causas por las cuales consideramos se limita el derecho de propiedad es la seguridad de los negocios celebrados entre particulares; esta limitante no sólo se deriva de la voluntad de las partes al celebrar algún acto jurídico, sino también se infiere directamente de la legislación, y se da con motivo de garantizar a las partes intervinientes que se cumplan los efectos del acto o contrato celebrado entre ellas.

Cuantas veces el propietario transmite por ejemplo su derecho de uso o la posesión de algún bien, reservándose el derecho de disposición hasta en tanto no le sea cubierto el

total del precio de la venta tratándose de una compra venta a plazo; en este sentido el dueño ve mermado su derecho de usar la cosa que ha transmitido a otra persona a fin de que esta última pueda arrancar algún proyecto por ejemplo, pero ni uno ni otro tendrán en su poder todas las facultades inherentes al derecho de propiedad hasta en tanto no cumpla cada uno con sus obligaciones.

Lo anterior da seguridad al negocio celebrado por las partes, aunque como quedó apuntado anteriormente, se limite el derecho de otra parte con motivo de los fines perseguidos.

Para algunos autores esta forma de limitar el derecho de propiedad que se realiza con motivo de garantizar la seguridad de los negocios o transacciones como ellos las llaman, se refiere propiamente a los derechos reales de garantía constituidos por las partes; una prenda o una hipoteca creada con motivo de garantizar el cumplimiento de las obligaciones contraídas frente a otro sujeto, resulta ser sin duda una manera de dar seguridad al negocio celebrado entre las partes.⁹²

De esta manera, como lo indica Bonnecase, se aprecia como por una parte se limita el derecho de las partes, en específico el derecho con el que cuenta el propietario, pero por otra parte se asegura el ejercicio del derecho de ambas, es decir, la seguridad de que las partes cumplirán con lo pactado.⁹³

Debemos hacer hincapié que en este supuesto de limitación al derecho de propiedad se tendrán que reunir el requisito que tal restricción se encuentre regulada o permitida por la legislación, tal y como se ha venido estableciendo para cada causa de limitación que se ha ido analizando, pero también resulta ser un factor determinante la voluntad de los

⁹² Biagio, Brugi, *Instituciones de derecho civil*, trad. de Jaime Simo Bofarull, México, Oxford, 2001, Grandes Clásicos del Derecho, vol. 4, p.167.

⁹³ Bonnecase, Julien, *Tratado elemental de derecho civil*, trad. de Enrique Figueroa Alfonzo, México, Harla, 1997, biblioteca Clásicos del Derecho, vol. 1, p. 482.

particulares, por lo que en este supuesto cabe agregar que, sin ésta última, la legislación por sí sola no podría dar los alcances requeridos para lograr la seguridad deseada en los negocios, no sería suficiente.

A final de cuentas, siguiendo el criterio de Kiper y Maliza, independientemente de las causas por las cuales se limita el derecho de propiedad, tales restricciones o limitaciones al derecho de propiedad se encuentran enfocadas al cese de molestias que excedan la normal tolerancia, dependiendo las condiciones del lugar, particulares y sociales, es decir, el irse adaptando a la sociedad que evoluciona constantemente.⁹⁴

3. FORMAS DE LIMITACIÓN AL DERECHO DE PROPIEDAD

Vimos cómo la legislación juega el papel más importante en materia de limitaciones al derecho de propiedad, por ello, podemos establecer que sin el orden social establecido por el legislador no cabría formalmente restricción alguna a este derecho, independientemente que en algunos supuestos se requiera, además, de la voluntad de los particulares.

De una u otra forma, es decir, ya sea que provengan directamente de la ley, o de ésta en combinación con la voluntad de los individuos, estimamos que las formas en que se ve restringida la propiedad se refieren a las limitaciones propiamente dichas, a las modalidades, al desmembramiento del derecho de propiedad, así como a la constitución de obligaciones de carácter personal impuestas por los particulares como se verá a continuación a la luz de diversos comentarios realizados por determinados autores al respecto.

A) LIMITACIONES PROPIAMENTE DICHAS

Es este tipo de limitaciones a las cuales se les conoce como “límites al derecho de propiedad” o “limitaciones directas al derecho de propiedad”, en ellas la legislación juega el papel más importante debido a que es ésta la que en primer término, y debido a la función

⁹⁴ Kiper, Claudio Marcelo y Maliza, Roberto, *Derechos reales, casos para su aprendizaje*, Argentina, Astrea, 2005, pp. 53-54

social a que nos hemos referido, hace que la propiedad se encuentre subordinada a normas establecidas en forma directa por el Estado para regular este derecho.

a) CONCEPTO Y CONTENIDO

El autor Sergio Azúa Reyes siguiendo a Xavier O'Callaghan Muñoz señala que los límites son las fronteras, es el punto normal hasta donde llega el poder del propietario, es decir, es el régimen ordinario de restricciones a que está sometido ese poder; el derecho de propiedad visto desde este punto de vista se concibe como un derecho que llega exactamente hasta donde la ley lo permite, de tal suerte que el que quiera actuar más allá actuará fuera de los límites de este derecho, y el que tenga interés en que el titular del derecho no traspase esos límites sólo necesita invocar la disposición que los contiene.⁹⁵

Por su parte los autores Felipe de la Mata Pizaña y Roberto Garzón Jiménez entienden por limitación al derecho de propiedad aquella restricción a las facultades que en general tiene libremente el dueño de un bien determinado.⁹⁶

Por nuestra parte queremos agregar a lo antes expuesto que las características principales que se hacen notar en relación con los límites impuestos por la ley al derecho de propiedad se refieren a que estos son impuestos en forma general e igual a todos, debido a que derivan directamente del interés público precisamente por encontrarse en la norma y se aplican por igual a todos los que se hallen en la misma hipótesis; de esta forma volvemos a hacer referencia a la función social como causa de limitación al derecho de propiedad.

Son muchos los supuestos legales que podemos mencionar en los que encontramos casos de límites impuestos al derecho de propiedad, pero a manera de simplificar y

⁹⁵ Azúa Reyes, Sergio T., *Op. Cit.*, nota 24, p. 61.

⁹⁶ De la Mata Pizaña, Felipe y Garzón Jiménez, Roberto, *Bienes y derechos reales*, 2a. ed., México, Porrúa, 2007, pp. 189-190.

ejemplificar un poco esta situación estimamos que todos se refieren invariablemente tanto a abstenciones como a cargas positivas a su titular.

Un ejemplo de límites al derecho de propiedad que se refieren a abstenciones lo encontramos en lo dispuesto en el artículo 839 del Código Civil Federal, que establece que en un predio no pueden hacerse excavaciones o construcciones que hagan perder el sostén necesario al suelo de la propiedad vecina, a menos que se hagan las obras de consolidación indispensables para evitar todo daño a ese predio.

Ejemplos de cargas positivas podemos mencionar las normas de desarrollo urbano, así como las de protección a los bienes históricos propiedad de los particulares por virtud de las cuales el propietario deberá construir de tal o cual forma sus edificaciones, o bien limpiar su predio que no se encuentra construido aún.

Expuesto lo anterior consideramos que si bien es cierto que los límites al derecho de propiedad se conciben en algunos casos como abstenciones o prohibiciones y en otros como cargas impuestas por el legislador, no se debe perder de vista lo que refiere Gutiérrez y González al respecto:

a) Las limitaciones integran la normatividad jurídica de cómo deben usarse y como no deben usarse los bienes que se tienen en propiedad, es decir, integran la normatividad de uso de los bienes.

b) Si bien los límites constriñen al propietario al uso irrestricto de sus bienes, debe suponerse que sigue vivo el derecho de propiedad en sus manos.

c) Los límites no implican la transmisión de la propiedad, más bien el particular la conserva.

d) Las limitaciones se establecen en la legislación en forma abstracta, por lo que el propietario cae en la hipótesis sin necesidad de una declaración del Estado, y rige para todos los propietarios.⁹⁷

Consideramos necesario agregar que, a final de cuentas, lo que implican las limitantes impuestas por la ley a los titulares del derecho de propiedad es una subordinación al orden legal que de cierta forma se traduce en restricciones al contenido de su derecho, algunas veces en la facultad de usar, otras en la de disfrutar y en algunos casos hasta en la forma de disposición.

b) ORIGEN DE LAS LIMITACIONES

El origen de donde emanan las facultades con las que cuenta el Estado para regular el derecho de propiedad, estableciendo los límites necesarios para asegurar el interés social a que nos hemos referido con anterioridad, lo encontramos en el artículo 27 de la Constitución Política de los estados Unidos Mexicanos que en su parte conducente establece lo siguiente:

“Artículo 27.- La propiedad de las tierras y aguas comprendidas dentro de los límites del territorio nacional, corresponde originariamente a la Nación, la cual ha tenido y tiene el derecho de transmitir el dominio de ellas a los particulares, constituyendo la propiedad privada.

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

La Nación tendrá en todo tiempo el derecho de imponer a la propiedad privada las modalidades que dicte el interés público, así como el de regular, en beneficio social, el aprovechamiento de los elementos naturales susceptibles de apropiación, con objeto de hacer una distribución equitativa de la riqueza pública, cuidar de su conservación, lograr el desarrollo equilibrado del país y el mejoramiento de las condiciones de vida de la población rural y urbana. En consecuencia, se dictarán las medidas necesarias para ordenar los asentamientos humanos y establecer adecuadas provisiones, usos, reservas y destinos de tierras, aguas y bosques, a efecto de ejecutar obras públicas y de planear y regular la fundación, conservación, mejoramiento y crecimiento de los centros de población; para preservar

⁹⁷ Gutiérrez y González, Ernesto, *Op. Cit.*, nota 86, p. 336.

y restaurar el equilibrio ecológico; para el fraccionamiento de los latifundios; para disponer, en los términos de la ley reglamentaria, la organización y explotación colectiva de los ejidos y comunidades; para el desarrollo de la pequeña propiedad rural; para el fomento de la agricultura, de la ganadería, de la silvicultura y de las demás actividades económicas en enmedio rural, y para evitar la destrucción de los elementos naturales y los daños que la propiedad pueda sufrir en perjuicio de la sociedad . . .”

Estimamos que por virtud de dicho precepto constitucional el Estado tutela y reglamenta el derecho de propiedad, concediéndosele la facultad de establecer los límites necesarios a la propiedad particular en beneficio del interés social como causa primordial, siendo el citado precepto el fundamento principal por el cual no puede considerársele como un derecho ilimitado sino más bien subordinado a un orden legal y al bien común; visto de esta manera, el Estado no debe abolir o limitar el derecho de propiedad en forma arbitraria, sino más bien tiene la obligación de respetarla y reglamentarla en forma adecuada, a fin de que las personas lleven una actividad ordenada, que puedan disfrutar de sus bienes pero no abusar de ellos, de tal manera que no se vean perjudicados derechos de terceros, en respetar el derecho de los demás y de esa manera se garantiza a cada uno de los miembros de la sociedad lo que le corresponde a cada uno de ellos.

c) FORMAS DE LOS LÍMITES

Ya se expuso que son muchos los supuestos legales que se pueden mencionar en los que encontramos casos de límites impuestos al derecho de propiedad por la legislación, pero que a manera de simplificar un poco esta situación podemos clasificar tales limitaciones en abstenciones por una parte y cargas positivas por otra parte impuestas al titular del derecho.

Las abstenciones se refieren a determinadas actividades que los propietarios deberán dejar de realizar con motivo de su derecho o que se encuentran prohibidas, mismas que podemos traducir en obligaciones de no hacer impuestas directamente por el Estado.

Por su parte las cargas positivas se refieren a la realización de determinadas actividades impuestas a los propietarios y que se encuentran obligados a realizar con motivo de su derecho, las cuales se pueden traducir en obligaciones de hacer impuestas directamente por el Estado.

En resumen debemos decir que las restricciones o limitantes al derecho de propiedad vistas como límites propiamente dichos, se refieren a las normas legales no convencionales que regulan ese derecho real, compatibilizando los derechos y las obligaciones de los particulares en sus relaciones entre sí en miras de un interés público, armonizando de esta forma el interés privado y el colectivo.

B) MODALIDADES DEL DERECHO DE PROPIEDAD

a) CONCEPTO

La palabra modalidad según Magallón, significa el modo de ser de una cosa, es la forma variable y determinada que puede tener una persona o una cosa, sin que por recibirla se cambie o destruya su esencia. No puede confundirse con la palabra modificación, pues ésta implica un cambio sustancial y no accidental.⁹⁸

Una definición de modalidad más enfocada al aspecto jurídico no la otorga el autor Ernesto Gutiérrez y González al expresar:

“Modalidad es cualquier circunstancia, calidad o requisito, que en forma genérica, pueden ir unidos a la sustancia, sin modificarla, de cualquier hecho, acto jurídico o derecho.”⁹⁹

En los términos antes expuestos consideramos que por modalidad del derecho de propiedad debe entenderse a los modos de ser, maneras o formas especiales o atípicas en

⁹⁸ Magallón Ibarra, Jorge Mario, *Instituciones de derecho civil*, 2a. ed., México, Editorial Porrúa, 2001, t. IV, p. 354.

⁹⁹ Gutiérrez y González, Ernesto, *Op. Cit.*, nota 86, p. 284.

que se manifiesta el derecho de propiedad conservando siempre su sustancia o lo esencial para conservarse.

Para algunos otros autores las modalidades son las formas o maneras en que debe ejercitarse el derecho de propiedad atendiendo a la naturaleza del objeto sobre el que recae, o ciertas obligaciones de hacer cuyo cumplimiento es necesario para la conservación de ese derecho.¹⁰⁰

Vemos que las modalidades atienden a diversos aspectos como el ejercicio del derecho, el objeto visto como la cosa o bien de que se trata, e inclusive ciertas obligaciones. Esto lo consideramos importante sobre todo para poder diferenciar a las modalidades de las limitaciones o límites al derecho de propiedad.

En efecto, al hablar de modalidades del derecho de propiedad implica necesariamente referirse a una merma, disminución, o limitación, por lo menos de alguna de las facultades de su titular que hagan del derecho una forma atípica o especial de manifestarse, pero sin que la propiedad se transforme o cambie su naturaleza.

Al respecto la Corte, a través de la Primera Sala del Tribunal Superior de Justicia de la Nación, se ha pronunciado al respecto al emitir el siguiente criterio:

PROPIEDAD PRIVADA, MODALIDADES A LA. SU IMPOSICIÓN, CONFORME AL ARTÍCULO 27 DE LA CONSTITUCIÓN FEDERAL, ESTÁ REFERIDA A LOS DERECHOS REALES QUE SE TENGAN SOBRE LA COSA O EL BIEN.

El Tribunal Pleno de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, en la tesis visible en el Semanario Judicial de la Federación, Séptima Época, Volúmenes 157-162, Primera Parte, página 315, de rubro: "PROPIEDAD PRIVADA, MODALIDAD A LA. ELEMENTOS NECESARIOS PARA QUE SE CONFIGURE.", estableció que por modalidad a la propiedad privada debe entenderse el establecimiento de una norma jurídica de carácter general y permanente que modifique, esencialmente, la forma de ese derecho y que sus efectos consisten en una extinción parcial de los atributos del propietario, de manera que éste no sigue gozando, en virtud de las limitaciones estatuidas por el

¹⁰⁰ Azúa Reyes, Sergio T., *Op. Cit.*, nota 24, p. 63.

Poder Legislativo, de todas las facultades inherentes a la extensión actual de su derecho. De lo anterior puede estimarse que la imposición de modalidades a la propiedad privada se traduce necesariamente en la supresión o en la limitación de alguno de los derechos reales inherentes y consustanciales a ella, como lo son el derecho a usar la cosa, el de disfrutar de la misma y el de disponer de ésta, de manera que sólo a través de estos elementos puede existir la posibilidad de que se impongan las referidas modalidades y no simplemente cuando se afecte de cualquier manera la cosa o bien, pues debe tenerse en cuenta que no es lo mismo la materia de un derecho, que el derecho en cuanto tal; es decir, la imposición de modalidades a una cosa o bien no equivale a la imposición de modalidades a los derechos reales que sobre dicha cosa o bien se tengan, sino sólo en la medida que éstos se limiten o restrinjan.¹⁰¹

Esas disminuciones o limitaciones se ponen de manifiesto cuando recaen sobre la facultad de uso, goce o disposición del titular del derecho de propiedad pero que hacen de este derecho una forma especial, siendo esta precisamente la diferencia con los límites impuestos por la ley a que nos referimos anteriormente; los límites impuestos por la ley, o limitaciones propiamente dichas no hacen que la propiedad sea de forma especial como las modalidades; ejemplo de las modalidades de referencia podemos mencionar a la copropiedad, a la propiedad en condominio, o al patrimonio de familia, por nombrar algunos, en los cuales a pesar de sobrellevar la carga de una limitante en alguna de sus facultades, sigue siendo el titular propietario pero de una manera especial, es decir, se conserva la sustancia.

Para Lucio Mendieta y Núñez la modalidad puede afectar el uso o al goce siempre que se reconozca el derecho del propietario para ejercer esos atributos de la propiedad, se concreta a imponer la forma de expresión de tales atributos, el modo en que serán ejercidos;

¹⁰¹ Tesis 1ª. XLI/2000, *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, Novena Época, t. XII, diciembre de 2000, p. 257.

la modalidad puede afectar, inclusive, el derecho de libre disposición de la cosa, pero no puede perder el derecho de disponer de tal cosa.¹⁰²

No debemos olvidar que esa afectación de algunos de los atributos o derechos del propietario operan por la mera disposición de la ley, pero como se dijo anteriormente, también operan con motivo del objeto o bien sobre el cual recae el derecho de propiedad, inclusive por algunas obligaciones contraídas por las partes.

Lo anterior implica considerar, como se dijo anteriormente, que cada categoría de bienes implica una forma de apropiación especial para ella; no se tienen sobre una finca rustica los mismos derechos que se ejercen sobre un libro o un sombrero, o una obra artística. Por otro lado las partes contratantes por virtud de un acto jurídico pueden establecer tales modalidades permitidas por las normas al respecto.

Por lo antes expuesto consideramos que la modalidad del derecho de propiedad es un término equivalente al de limitación, y que esa limitación deberá venir forzosamente de la ley, pero por la forma en que se manifiesta o por la forma en que limita en cada caso en particular hace de la propiedad, insistimos, una forma atípica o especial de manifestarse sin transformar su naturaleza.

b) ELEMENTOS

Consideramos que son elementos necesarios para que se configure la modalidad en el derecho de propiedad los siguientes:

a) La existencia de una norma jurídica que la imponga o la permita, creando una situación jurídica determinada.

¹⁰² Mendieta y Núñez, Lucio, *El sistema agrario constitucional*, 2a. ed., pp. 96-98, citado por Magallón Ibarra, Jorge Mario, *Op. Cit.*, nota 95, p. 356.

b) Que introduzca una disminución o limitación por lo menos de alguna de las facultades de su titular que hagan del derecho de propiedad una forma atípica o especial de manifestarse, sin que se transforme o cambie su naturaleza.

c) La voluntad de las partes en el acto jurídico correspondiente por virtud del cual se someten a la hipótesis prevista por la norma la cual impone la modalidad.

De esta forma la modalidad constituye una medida de carácter general y abstracta que viene, más que a limitar, a integrar y a configurar, no a transformar el régimen jurídico de la propiedad general de los bienes en un momento y en un lugar determinado.

C) DESMEMBRAMIENTO DEL DERECHO DE PROPIEDAD

a) SIGNIFICADO

Para Ruíz Cárdenas la palabra desmembrar es sinónimo de dividir, separar, desagregar, apartar y desunir; desmembrar significa separar una parte o algo de un todo o de un conjunto ya formado.¹⁰³

En materia jurídica, en específico con el tema que nos ocupa, es decir, con el derecho de propiedad, y siguiendo a Ibarrola, se entiende que hay un desmembramiento de este derecho cuando se fracciona como derecho pleno que es, transmitiéndose parte de esa fracción de derecho a otro, quedándose el propietario solamente con un derecho mutilado denominado nuda propiedad.¹⁰⁴

En el capítulo anterior se comentó bajo los lineamientos de Azúa Reyes, que el derecho de propiedad, por su generalidad, el titular o propietario tiene la totalidad o universalidad de las facultades que la ley permite tener en relación con la cosa, es decir, el propietario cuenta con todos los beneficios que la cosa pueda ofrecerle, siempre que esta no

¹⁰³ Ruíz Cárdenas, Alberto, *Op. Cit.*, nota 68, p. 100.

¹⁰⁴ De Ibarrola, Antonio, *Op. Cit.*, nota 2, p. 558.

se encuentre gravada o que pese sobre ella alguna otra limitación derivada de algún derecho.

En el mismo capítulo se comentó también que resulta imposible el pretender enumerar todas y cada una de las facultades con las que cuenta el titular del derecho de propiedad, pero independientemente de ello, nada impide que se pueda hacer una clasificación en la cual se puedan ubicar todas ellas dentro de las facultades de usar, de disfrutar y de disponer que el propietario puede ejercer sobre la cosa por virtud de su derecho.¹⁰⁵

Con motivo del ejercicio de estas facultades, puede el propietario disponer libremente de su derecho transmitiendo la totalidad de estas facultades a otra persona enajenando así su derecho, o bien puede transmitir sólo la facultad o derecho de usar y de disfrutar a un tercero; cuando esto último ocurre entendemos que el derecho de propiedad se encuentra desprovisto o desmembrado de alguna o algunas de sus facultades. Estimamos que es así como debe entenderse el desmembramiento del derecho de propiedad, como una mutilación o separación que de manera voluntaria realiza el titular del derecho de alguna de sus facultades y que son transmitidas a otra persona.

Agrega de Reina Tardiére que para que esa separación o mutilación del derecho que realiza el propietario o titular del derecho de propiedad pueda considerarse como un desmembramiento, es necesario, además, que con motivo de la transmisión se constituya un derecho real distinto al de propiedad; así por ejemplo se constituye el derecho real de usufructo en el cual su titular adquiere el derecho de usar y disfrutar del bien ajeno, lo mismo sucede con el derecho de uso o habitación; se crea un derecho sobre alguna de las

¹⁰⁵ Véase, pp. 45 y 55.

facultades integrantes del de propiedad, se limita a esa facultad, es decir, no incorpora el grueso de las facultades materiales que le corresponden a la propiedad.¹⁰⁶

Así entonces llamamos dominio desmembrado o nuda propiedad al derecho de propiedad desprovisto de alguna de estas facultades, ya que la propiedad quedaría desarticulada o desnuda de sus facultades prácticas; y a los derechos reales constituidos con motivo de la transmisión les denominamos desmembraciones de la propiedad, que son derechos reales creados con una o algunas de las facultades disgregadas de dicho derecho de propiedad.

Por su parte la Corte, a través de los Tribunales Colegiados de Circuito, se ha pronunciado en relación con el tema de la siguiente forma:

LEGITIMACIÓN PARA PROMOVER JUICIO DE NULIDAD DE CONTRATO DE ARRENDAMIENTO. LA TIENE EL PROPIETARIO DEL INMUEBLE AUN CUANDO NO SEA PARTE EN LA RELACIÓN CONTRACTUAL.

El derecho real de propiedad, incluye los derechos reales de usufructo y posesión. Pero, el propietario puede desmembrar los últimos en favor de diversa persona, y así al permitir el usufructo, conserva la nuda propiedad aunada a los derechos derivados del contrato en que estableció el usufructo. De igual manera, puede transmitir la posesión material para permitir el uso y goce de la cosa a otra persona dando lugar a la posesión derivada sea de arrendatario o comodatario, pero conservando la nuda propiedad y el derecho a los frutos. De esta forma, quien tiene la propiedad puede por sí o por medio de otro, gozar de todas las facultades del derecho real más amplias que contempla el derecho privado. Concomitantemente a estos derechos sustantivos, tiene los derechos adjetivos para ejercitar las acciones reales o personales. Luego, si el titular del derecho de propiedad sobre un inmueble ejercita la acción de nulidad de un contrato de arrendamiento, celebrado por otra persona, como arrendador y con un tercero como arrendatario respecto del mismo inmueble del que es propietario, es evidente su legitimación activa y procesal activa para ejercitar la acción. Sin que para ello se oponga, el principio jurisprudencial de que no es necesario ser propietario para arrendar, pues esto implica la

¹⁰⁶ De Reina Tartiére, Gabriel, *Sistema de derechos reales, derechos reales de goce*, Argentina, Ad-Hoc, 2005, p. 15.

celebración de un contrato de arrendamiento por quien tiene facultades del arrendador, sea por un fideicomiso o un mandato.¹⁰⁷

PROPIEDAD Y COPROPIEDAD. ESTOS DERECHOS SÓLO SE GENERAN PLENAMENTE CUANDO SE EXTINGUE EL DERECHO DE USUFRUCTO QUE LOS LIMITA.

El derecho de propiedad y el de propiedad común o copropiedad se integra por los atributos que permiten a su titular gozar y disponer del bien, sin embargo, cuando este derecho se afecta a través de la constitución de un usufructo, su detentador queda desprovisto provisionalmente de la posibilidad de disfrutar de la cosa; al derecho resultante doctrinalmente se le conoce como nuda propiedad; por ello, en el momento de la extinción del usufructo, el nudo propietario consolida ambos derechos, el de goce y el de disposición de su bien. En estas condiciones, los derechos de propiedad y copropiedad se generan de manera plena en el momento de la extinción del usufructo que afectaba el disfrute de la cosa, pues antes de ese evento al adquirente del bien únicamente le pertenecía la nuda propiedad o cónuda propiedad, en caso de pluralidad de titulares.¹⁰⁸

USUFRUCTO. LA AFECTACIÓN DE ESE DERECHO NO LESIONA LA ESFERA JURÍDICA DEL PROPIETARIO (LEGISLACIÓN DEL ESTADO DE VERACRUZ).

El artículo 1035 del Código Civil para el Estado de Veracruz, dispone que el usufructuario puede gozar por sí mismo de la cosa usufructuada y que puede enajenar, arrendar y gravar su derecho de usufructo. De ahí que éste debe considerarse como exclusivo de la esfera patrimonial del usufructuario, porque entre otras cosas, la ley le permite venderlo sin condición alguna o previo permiso o autorización del propietario. Por tanto, si hay afectación de ese derecho a través de un embargo que se estima ilegal, su defensa atañe solamente al usufructuario y no al dueño de la cosa, ya que se trata de un derecho que se ha desligado del de la nuda propiedad.¹⁰⁹

Expuesto lo anterior y considerar por lo tanto al desmembramiento del derecho de propiedad como un derecho desprovisto de alguna de sus facultades creemos importante preguntarnos ¿Existirá también desmembramiento del derecho de propiedad cuando se

¹⁰⁷ Tesis II. 1o. C. 163 C, *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, Novena Época, t. VII, junio de 1998, p. 667.

¹⁰⁸ Tesis VI. 2º. C. 391 C, *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, Novena Época, t. XX, agosto de 2004, p. 1655.

¹⁰⁹ Tesis VII. 1o. C. 34 C, *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, Novena Época, t. IX, enero de 1999, p. 934.

transmite el uso de los bienes a un tercero con motivo de un derecho personal o de crédito? como el arrendamiento por ejemplo, en el cual el arrendatario usa el bien que le es transmitido con motivo del contrato y no se permite al propietario tal uso hasta en tanto no se de por terminado el mismo.

Consideramos que el desmembramiento se aboca únicamente a la constitución de diversos derechos reales distintos al de propiedad, debido a que el nudo propietario se encuentra exento de toda obligación personal con el tercero titular del derecho real constituido con motivo de tal desarticulación; el nudo propietario sufre un derecho real sobre su bien y su obligación es de abstenerse solamente, así el usufructuario, por ejemplo, es titular de un derecho real, no es acreedor del nudo propietario; en cambio en el arrendamiento, el propietario arrendador esta obligado a procurar el goce al arrendatario, es deudor de este último en virtud del contrato ya que tiene que garantizar su uso contra terceros.

En conclusión, estimamos que la desmembración del derecho de propiedad, a final de cuentas, implica el hecho que no se puede hacer todo lo que el derecho nos permite realizar con motivo de existir derecho real constituido sobre la cosa que viene a hacer el que lo limita.

b) FORMAS DE DESMEMBRAMIENTO

Las dos formas en que se puede desmembrar el derecho de propiedad es por vía de enajenación y por vía de retención, y en ambos supuestos deberá hacerse siempre con motivo de un acuerdo de voluntades celebrado entre las partes derivado de la celebración de un acto jurídico determinado, ya que con tal desarticulación se creará uno a más derechos reales distintos.

En este mismo sentido Planiol y Ripert han establecido que por vía de la enajenación el objeto del contrato es la constitución de un derecho real distinto al de propiedad,¹¹⁰ es decir, se crea en provecho de una persona que antes no tenía el uso o el goce de la cosa, por ejemplo el derecho real de uso se constituye tomando como base el derecho de propiedad y se celebra el contrato correspondiente con un tercero al cual se le transmite el uso del bien; el eje o motivo del contrato es la constitución de ese derecho real desmembrándose como consecuencia por vía de enajenación el derecho del propietario conservándose por éste la nuda propiedad.

Agregan los citados autores que por vía de la retención el objeto del contrato es la transmisión de la nuda propiedad,¹¹¹ es decir, se crea en provecho de una persona que antes no tenía el dominio de la cosa, por ejemplo la compra venta, se transmite el dominio a un tercero con motivo de la celebración del contrato pero con la reserva de quién transmite del uso o goce o ambos constituyéndose para sí un derecho real distinto al de propiedad; el eje o motivo del contrato es la transmisión de la nuda propiedad desmembrándose como consecuencia por vía de retención el derecho del propietario.

Al establecer algunas de las características de los derechos reales en el capítulo pasado, se comentó que existen derechos reales de carácter vitalicio o temporales, debido a ello, y en el caso en particular en comento debe decirse que tanto los constituidos por vía de enajenación como por vía de retención, una vez extinguido el plazo por el cual fueron creados, el derecho de propiedad recobrará sus facultades desarticuladas con motivo de la característica de elasticidad con la que cuenta.¹¹²

¹¹⁰ Planiol, Marcel y Ripert, Georges, *Op. Cit.*, nota 3, p. 493.

¹¹¹ *Ídem.*

¹¹² Véase, pp. 33, 48-50.

Así de esta forma estimamos que cuando se transmita el derecho de uso o goce del bien se crea siempre un derecho real limitado, y cuando se transmite solo la facultad de disposición habrá de transmitirse la nuda propiedad, la cual recobrará su plenitud al recobrar las facultades retenidas una vez que transcurra el plazo por virtud del cual se constituyó el derecho real distinto al de propiedad.

c) REQUISITOS

Se hizo ver en el punto anterior que las formas en que se puede desmembrar el derecho de propiedad por vía de enajenación o retención, deberán hacerse siempre con motivo de un acuerdo de voluntades celebrado entre las partes por virtud de la celebración de un acto jurídico, es decir, se requiere como primer requisito la voluntad del titular del derecho de propiedad objeto de desarticulación, así como de la voluntad de un tercero que consienta el acto.

Por otra parte debemos de considerar que independientemente de la voluntad, si no se encuentra el acto debidamente autorizado o permitido por la legislación resulta imposible la constitución del derecho real y por lo tanto también el desmembramiento del derecho de propiedad, es decir, se requiere como primer requisito la existencia de la norma que permita el acto de constitución o creación del derecho real y después de la voluntad de las partes.

Es por esa razón por la cual estimamos que la reunión de ambos requisitos es lo que hace posible la creación de los derechos reales y de esta manera la desarticulación del derecho de propiedad; tienen que reunirse ambos requisitos forzosamente para que la creación del derecho real o la transmisión de la propiedad sea posible.

d) CONSECUENCIAS DEL DESMEMBRAMIENTO

Consideramos que las consecuencias necesarias y lógicas que se dan con motivo del desmembramiento o desarticulación del derecho de propiedad son la creación de una nuda propiedad, un derecho real de carácter limitado y distinto al de propiedad, y con todo ello una

limitación inminente a las facultades que como propietario pleno y absoluto contaba su titular.

En relación con la nuda propiedad esta existe en el momento en que el derecho de propiedad es desprovisto de alguna de sus facultades de uso o de goce, o bien de ambas, de esta forma la propiedad queda desarticulada o desnuda de sus facultades prácticas, es decir, cuando el propietario con su poder de disposición concede a un tercero el uso o goce de la cosa, queda reducido el derecho de propiedad pero sin que desaparezca.

Por su parte Tapia Ramírez estima que la nuda propiedad es el derecho de dominio que el propietario tiene cuando sobre su propiedad pesa un derecho real distinto a éste, solamente conserva el derecho de disposición sobre la cosa, y no puede, por lo tanto, disponer de los derechos de uso o goce que fueron transmitidos.¹¹³

Estimamos conveniente hacer mención que así como el derecho de propiedad cuenta con la característica de elasticidad, la cual en lineamientos de Muñoz y Castro se refiere a la capacidad que se tiene de recuperar las facultades que se han perdido o transmitido por su titular, la capacidad de reintegrarse en su contenido pleno con todas sus facultades, así también, de la misma manera, el nudo propietario tiene la cualidad de atraer esas facultades que en el caso particular éste transmitió con motivo de la constitución de un derecho real.

Aún así el derecho de propiedad y nuda propiedad son distintos, ésta surge del desmembramiento de aquél y por lo tanto sólo cuenta con la facultad de disposición, el primero, en cambio, conserva a favor de su titular las facultades de uso, disfrute y disposición. El primero cuenta con un sujeto pasivo indeterminado, es decir, todo el mundo esta obligado a abstenerse de perturbar su derecho, en cambio la segunda cuenta con un

¹¹³ Tapia Ramírez, Javier, *Op. Cit.*, nota 4, p. 123-124.

sujeto pasivo determinado que es titular del derecho real constituido con motivo del desmembramiento del primero.

En relación con los derechos reales de carácter limitado según criterio de Ibarrola, éstos sólo facultan a su titular para ejercer un señorío parcial de la cosa, así por ejemplo el usufructuario puede poseer y disfrutar, el titular de un derecho de paso, pasar, el acreedor pignoraticio satisfacerse de la cosa, el titular de un derecho de habitación, de habitar; de esta manera podemos representar estos derechos reales como un contenido parcial del derecho de propiedad.¹¹⁴

Creemos que es suficiente con decir que estos derechos nacen o se crean de una separación o disgregación del derecho de propiedad para establecer que ambos son también derechos distintos; el derecho de propiedad cuenta con la totalidad o universalidad de las facultades que la ley permite tener sobre la cosa, es decir, con todos los beneficios que la cosa pueda ofrecerle, los demás sólo se refieren a algunas de esas facultades.

La consecuencia que a final de cuentas y en términos generales consideramos se percibe con motivo del desmembramiento del derecho de propiedad derivado de la creación de derechos reales distintos a éste, se refiere a que el propietario se ve mermado o limitado su derecho con motivo de la transmisión de alguna de sus facultades. Es indudable que al constituirse un derecho real de usufructo por ejemplo, el propietario del bien no podrá, por el tiempo que dure este, usar y disfrutar del mismo viéndose de esta manera limitado el derecho de propiedad por haberse reducido sólo a la facultad de disposición.

Luego entonces es dable establecer que la constitución de derechos reales sobre los bienes, si bien limitan al derecho de propiedad por la finalidad de aquellos, no lo destruyen, por el contrario, conserva su facultad de disposición y con ello la capacidad de elasticidad y

¹¹⁴ De Ibarrola, Antonio, *Op. Cit.*, nota 2, p. 557.

atracción para poder recobrar las potestades que fueron transmitidas con motivo de esos derechos a terceros.

D) CONSTITUCIÓN DE OBLIGACIONES DE CARÁCTER PERSONAL

Sin duda, otra de las formas en que se puede limitar o restringir el derecho de propiedad es con motivo de la creación o constitución de obligaciones de carácter personal con motivo de la celebración de un acto jurídico entre el propietario y terceras personas.

En efecto, cuantas veces en la vida cotidiana se celebran este tipo de actos jurídicos en donde se transmite por el titular del derecho de propiedad su facultad de uso o goce, viéndose de esta forma también limitado o restringido el derecho de propiedad, pero no como una constitución de un derecho real, sino más bien como la constitución de un derecho personal o de crédito.

Arrendamientos, comodatos y depósitos, por nombrar algunos, son ejemplos de actos jurídicos celebrados muy comúnmente por virtud de los cuales el propietario se ve impedido para usar o disfrutar de los beneficios que el bien le concede de una manera temporal.

Cabe agregar que esta forma en que se restringe el derecho de propiedad requiere, como se hizo mención al hablar de las modalidades y del desmembramiento de este derecho, tanto de una norma que regule, establezca o permita tal posibilidad, como del acuerdo de voluntades entre las partes que se plasme en el acto jurídico correspondiente, de otra forma no podría realizarse tal restricción.

Es la voluntad o consentimiento expresado por las partes en el contrato o acto jurídico correspondiente, el que, junto con la hipótesis contenida en la norma pueden limitar o restringir al propietario de su derecho, ya sea en el uso, ya sea en el disfrute, o hasta en la misma disposición; se requiere de ambas, voluntad y ordenamiento jurídico, no solo de uno de ellos.

CAPÍTULO III

EL ASPECTO REAL DEL FIDEICOMISO

1. UBICACIÓN EN NUESTRA LEGISLACIÓN

La Ley General de Títulos y Operaciones de Crédito de nuestro país al referirse al fideicomiso establece que, por virtud de éste, el fideicomitente transmite a una institución fiduciaria la propiedad o la titularidad de uno o más bienes o derechos (artículo 381), y en este sentido agrega lo siguiente:

a) Sólo pueden ser fideicomitentes las personas con capacidad para transmitir la propiedad o la titularidad de los bienes o derechos objeto del fideicomiso (artículo 384).

b) Cuando el fideicomiso recaiga sobre bienes inmuebles deberá inscribirse en la sección de propiedad del Registro Público del lugar en donde estén ubicados, y surtirá efectos frente a terceros desde la fecha de inscripción (artículo 388).

c) Si el fideicomiso recae sobre bienes muebles, surtirá efectos frente a terceros desde que el fideicomiso fuere notificado al deudor si se trata de un crédito no negociable o derecho personal, desde que se endose a la institución fiduciaria y se haga constar en los registros del emisor si se trata de un título nominativo, y, desde que estén en poder de la institución fiduciaria si se trata de cosa corpórea o de títulos al portador (artículo 389).

Hablar entonces de la transferencia que realiza el fideicomitente al fiduciario con motivo del fideicomiso a que hace alusión nuestra legislación, es referirnos indudablemente a una transmisión de propiedad de determinados bienes o derechos a favor del fiduciario, es por ello que consideramos que el fideicomiso contiene un aspecto de carácter real que implica relaciones jurídicas de esa naturaleza que hacen posible tal transmisión de propiedad o titularidad al fiduciario.

Este aspecto real o de transmisión de propiedad que opera con motivo de la constitución del fideicomiso será el objeto de estudio del presente capítulo, y realizaremos un análisis de como operó la transmisión al fiduciario desde sus orígenes en el derecho romano y anglosajón, como se manifiesta esa transmisión en otras legislaciones que han desarrollado este tema, y como se manifiesta en nuestro país, para después confrontarlo con las características o principios que rigen al derecho de propiedad, sobre todo aquellas características que se refieren a las facultades de uso, goce y disposición con las que debe contar todo propietario o titular de los bienes o derechos que le son transmitidos en propiedad; en otras palabras, una vez que creamos una definición de propiedad con determinadas características y un aspecto esencial, y una vez que sabemos lo que implica una transmisión de este derecho, realizaremos una confrontación con la propiedad que mantiene el fiduciario a fin de encontrar respuesta a una de las preguntas planteadas en el problema objeto de esta obra, referente a saber si la propiedad transmitida al fiduciario con motivo del fideicomiso contraviene los principios que rigen el derecho de propiedad en nuestro derecho.

2. ORIGEN DE LA TRANSMISIÓN DE PROPIEDAD EN EL FIDEICOMISO

A) EN EL DERECHO ROMANO

Según lo expone Jaime Malagón, en Roma, la fiducia era un pacto adjunto a una transferencia de propiedad por virtud del cual el adquirente se obligaba frente al enajenante a retransmitirle a éste el bien en la época y en las condiciones fijadas en el pacto, o bien, transmitirlo a un tercero.¹¹⁵ Agrega Bauchegarcíadiego haciendo referencia a Bojalil que tal fideicomiso o pacto se realizaba con absoluta libertad de forma y encontraba originalmente su base en la buena fe del fiduciario, sin contar con sanciones jurídicas, de ahí que el término fideicomiso, que proviene del latín *fides* que significa fe, y de *commissus* que significa comisión o encargo.¹¹⁶

Desde entonces, según Vásquez del Mercado siguiendo a Esquivel Obregón, se consideró al fideicomiso como un encargo que se confiaba a la honradez y a la fe ajena, debido a que por virtud de aquel, un sujeto fideicomitente reviste al fiduciario de una posición jurídica tal que sus facultades van más allá de la forma jurídica escogida para otorgárselas, de tal manera que este *pactum fiduciae*, como le fue denominado, hacía que el fiduciario utilizara su propia posición dentro de determinados límites de tiempo contenidos en el pacto para hacer operar el mecanismo jurídico sólo por la puerta que sea necesario para satisfacer los intereses del fideicomitente o de terceros indicados en el pacto.¹¹⁷

Añade el citado autor que esta institución surgió en relación con la manifestación de última voluntad, es decir, ligada a la sucesión, en la cual, una persona encargaba para después de su muerte la ejecución de determinados actos fuera del testamento, operando como una institución independiente con la que nació, a la cual se le denominó fideicomiso testamentario. Se transmitía la propiedad por virtud del testamento al heredero con el

¹¹⁵ Malagón, Jaime F., *Fideicomiso y concesión, ensayo sobre estructuras financieras para obras y servicios públicos en Latinoamérica*, México, Porrúa, 2002, p. 20.

¹¹⁶ Bauche Garcíadiego, Mario, *Derecho bancario*, México, Porrúa, 1995, pp. 330-331.

¹¹⁷ Vásquez del Mercado, Oscar, *Contratos mercantiles*, 10a. ed., México, Porrúa, 2004, pp. 515-516.

encargo o pacto independiente de darle un destino determinado que podía referirse a transmitir a un tercero incapaz de heredar.¹¹⁸

De esta misma forma, volviendo con Malagón, la institución se aplicó también a otro tipo de actos jurídicos de naturaleza distinta al testamento, como por ejemplo, la llamada *fiducia cum amico*, por virtud de la cual se transmitían bienes a un tercero ante la amenaza de su confiscación, con el pacto de devolverse cuando así fuese indicado por el primero o cuando el peligro hubiese pasado, agrega el citado autor que otro ejemplo es lo que se denominó *fiducia cum creditote*, en la que la propiedad se transmitía a título de garantía para asegurar una deuda;¹¹⁹ de esta forma según Bauchegarcíadiego, el deudor transmitía la propiedad de un objeto como garantía al acreedor con el pacto de restituirla llegado el caso convenido, si el deudor no pagaba la deuda a su debido tiempo el acreedor tenía el derecho, implícito en el pacto, de retener la cosa para sí o venderla.¹²⁰

Vemos como en el derecho romano el fideicomiso inició como un pacto que se realizaba entre las partes, de buena fe y de confianza del propietario hacia la persona que lo recibía en propiedad, y de una manera independiente al acto jurídico del cual digamos “se adjuntaba”, de tal suerte que el nuevo propietario o titular del derecho podía válidamente hacerse de él sin cumplir lo pactado y sin consecuencia legal alguna por no existir sanción al respecto.

Por estas razones consideramos que el derecho de propiedad que transmitía el fideicomitente al fiduciario en el derecho romano era pleno, sin ninguna limitación o restricción legal que lo pudiera coaccionar a su cumplimiento más que esa carga de carácter moral o de confianza inmersa en el pacto; el nuevo propietario o adquirente podía o no

¹¹⁸ *Idem.*

¹¹⁹ Malagón, Jaime F., *Op. Cit.*, nota 112, p. 20.

¹²⁰ Bauchegarcíadiego, Mario, *Op. Cit.*, nota 113, p. 328.

cumplir con ese pacto de confianza sin ninguna consecuencia legal si no lo hacía, no estaba regulado o sancionado ese pacto por la legislación.

B) EN EL DERECHO INGLÉS

El temor a las confiscaciones que podían padecerse como consecuencia de guerras y persecuciones políticas, y el deseo de encontrar una fórmula idónea para que corporaciones religiosas gozaran y poseyeran bienes inmuebles, eludiendo así la prohibición que para ello imponía la ley, para Domínguez Martínez propició en Inglaterra, durante la Edad Media, que se realizara una transmisión directa a determinada persona de confianza con la que no se corriera ninguno de estos riesgos, pero en provecho de aquellos a quienes en realidad se les quería beneficiar.¹²¹

De esta manera, según indica el citado autor, nace lo que se denominó el *use* que consistía principalmente en que una persona *settlor* propietario de una tierra, traspasa a otra *feoffe to use* el dominio de ella, bajo el entendido entre las partes que aún cuando el cesionario sería el dueño legítimo del inmueble, una tercera persona *cestui que use* tendría el derecho de gozar y disfrutar de todos los beneficios y prerrogativas de verdadero propietario respecto de tal bien; así el cesionario recibía la plena propiedad de la cosa pero no para su provecho, sino más bien con el encargo confiado a su buena fe, que poseyera para uso exclusivo y beneficio de una tercera persona, quedando totalmente al arbitrio del *feoffe to use* el cumplir con tal obligación debido a que no eran razones más que de índole moral y religiosa.¹²²

Agrega Calvo Marroquín que estos convenios dieron lugar a una multitud de litigios cuando la persona a quién se habían transmitido los bienes, faltando a la confianza que en ella se había depositado, disponía indebidamente de aquéllos o se rehusaba a devolverlos;

¹²¹ Domínguez Martínez, Jorge Alfredo, *El fideicomiso*, 11a. ed., México, Porrúa, 2006, p. 142.

¹²² *Ibidem*. p. 143.

añade el citado autor que estas controversias que se sometían a los tribunales de ley fallaban con arreglo a derecho, estimando como propietario a aquel a quien se le había transmitido el bien, es decir, no se reconocía ninguna consecuencia jurídica al pacto o compromiso que de buena fe se había adquirido con el enajenante.¹²³

Lo anterior orilló, volviendo a comentario de Domínguez Martínez, a que los perjudicados recurrieran ante el Canciller del Rey a implorar justicia que les había sido denegada por los tribunales comunes por haberles aplicado sin más el derecho común; añade el autor que de esta forma surge después lo que se conoció como la *Equily* en el derecho anglosajón como un ordenamiento de carácter jurídico que suplió al *Common Law* y que actualmente lo complementa, se incorpora así el *use* en la *Equily* transformándose en el *trust*, con los lineamientos que se conocen actualmente, de esta forma una obligación de carácter moral conforme al *Common Law* se transformó en una obligación dotada de juridicidad con motivo de la *Equility*.¹²⁴

Vemos como en este derecho el fideicomiso inició, como en el derecho romano, como un pacto o convenio que se realizaba también en la confianza y buena fe del propietario hacia la persona que lo recibía en propiedad, juntamente con el acto reconocido por la ley por el cual se transmitían los bienes; pacto el cual posteriormente fue reconocido jurídicamente como una obligación u obligaciones que se tenían que cumplir por el adquirente en favor o provecho del mismo transmitente o de terceras personas.

Al derecho de propiedad que transmitía el *settlor* al *feoffe to use* se le adjuntaba la obligación a cargo de este último de tener que cumplir con los términos del convenio o pacto en favor del transmitente o de terceras personas que en él se designaban específicamente;

¹²³ Calvo Marroquín, Octavio y Puente y Flores, Arturo, *Derecho mercantil*, 48a. ed., México, Limusa, 2007, p. 332.

¹²⁴ Domínguez Martínez, Jorge Alfredo, *Op. Cit.*, nota 118, pp. 144-145.

es por ello que el derecho de propiedad que se transmitía al *feoffe to use* era pleno, pero con la restricción de tener que cumplir con los términos de lo pactado en el convenio.

Hay entonces una transmisión de propiedad a favor de una persona, y ésta debe de cumplir con ciertas cargas que le son impuestas en favor de quién le transmite o bien de un tercero que recibirá los beneficios; cargas o actos que se encuentran debidamente sancionados o regulados por la legislación.

C) EN EL DERECHO MEXICANO

A pesar de que siempre se ha considerado al derecho anglosajón como el antecedente del fideicomiso mexicano, la intención de nuestro legislador, según criterio de Ortiz Soltero, al expedir la Ley de Bancos de Fideicomiso del 30 de junio de 1926 publicada en el Diario Oficial de la Federación el día 17 de julio de 1926 (primera ley que reguló el fideicomiso en nuestro país), fue realmente otra; agrega el autor que en efecto, la intención del legislador no fue otra mas que crear una institución jurídica distinta a la del derecho anglosajón, que así se aprecia de la exposición de motivos de dicha ley, la cual, en su parte conducente, establece lo siguiente:

“... El nombre del fideicomiso, aceptado por la nueva ley, como el que tradicionalmente se ha dado en nuestra lengua a la institución anglosajona, no significa en manera alguna lo que por el se ha entendido en el derecho antiguo, pues el nuevo fideicomiso es en realidad una institución distinta a todas las anteriores y muy particularmente del fideicomiso del derecho romano. La reglamentación sancionada por la ley constituye, en el fondo, una adopción de las prácticas anglosajonas, pero con las modificaciones adecuadas para su adaptación en las demás disposiciones de nuestro derecho y particularmente de la legislación bancaria, a fin de que haya unidad en el sistema y se eviten discrepancias o conflictos entre unas y otras instituciones jurídicas.... Es indudable que la ley expedida constituye solamente un ensayo para aclimatar entre nosotros una nueva institución y que, por lo tanto, habrá de transcurrir algún tiempo antes que produzca sus plenos resultados, siendo de preverse, además que haya necesidad de introducir en ellas reformas que la práctica vaya aconsejando...”¹²⁵

¹²⁵ Ortiz Soltero, Sergio Monserrit, *El fideicomiso mexicano*, 3a. ed., México, Porrúa, 2006, pp. 1-2.

En ese mismo sentido estima de Pina Vara que por virtud de esta legislación se puede apreciar que el fideicomiso como figura nueva en nuestro derecho se estructuró como una figura que debía manejarse a través de instituciones de servicio público para controlarse y vigilarse;¹²⁶ es decir, como añade Cervantes Ahumada, como una figura exclusivamente bancaria debido a la solvencia de los bancos y la vigilancia que sobre ellos ejerce el Estado, pero como una institución muy diferente al trust anglosajón;¹²⁷ por su parte Ortiz Soltero agrega que nuestro derecho no consideró en un principio al fideicomiso como una transmisión de propiedad, sino por el contrario, lo instituyó como un mandato irrevocable mismo que se puede apreciar de lo dispuesto en el artículo 6º que estableció lo siguiente:

“Artículo 6.- El fideicomiso propiamente dicho es un mandato irrevocable en virtud del cual se entregan al Banco, con el carácter de fiduciario, determinados bienes para que disponga de ellos o de sus frutos, según la voluntad del que los entrega, llamado fideicomitente, a beneficio de un tercero, llamado fideicomisario o beneficiario”.¹²⁸

Coincidimos con lo antes expuesto y creemos que en nuestro país el fideicomiso nace como una institución diferente a la del derecho anglosajón y romano, no podemos considerar que aquél haya provenido de estos derechos, sobre todo porque se le concibió como un mandato, y no como una transmisión de propiedad a favor del fiduciario, además de que este último siempre debía ser una institución bancaria, diferencias radicales por las cuales estimamos que nuestro fideicomiso coincidió, con los derechos romano y anglosajón únicamente por el nombre o denominación.

Posteriormente, según lo expone Malagón, la Ley General de Instituciones de Crédito y Establecimientos Bancarios del 31 de agosto de 1926 publicada en el Diario Oficial de la

¹²⁶ De Pina Vara, Rafael, *Derecho mercantil mexicano*, 4a. ed., México, Porrúa, 1970, p. 314.

¹²⁷ Cervantes Ahumada, Raúl, *Títulos y operaciones de crédito*, 10a. ed., México, Herrero, 1978, p. 288.

¹²⁸ Ortiz Soltero, Sergio Monserrit, *Op. Cit.*, nota 122, p. 7.

Federación el 29 de noviembre del mismo año, en su artículo 7 consideró también al fideicomiso como un mandato irrevocable, pero agrega que es de estimarse de particular importancia lo dispuesto en el artículo 12 que estableció lo siguiente:

“Artículo 12.- Los bienes entregados para la ejecución del fideicomiso, se consideran salidos del patrimonio del fideicomitente, en cuanto sea necesario para dicha ejecución o por lo menos gravados a favor del fideicomisario. En consecuencia, no serán embargables ni se podrán ejercitar sobre ellos acción alguna en cuanto que perjudique al fideicomiso. Lo dispuesto en este artículo no impedirá que se demande la nulidad del fideicomiso cuando éste se haya constituido en fraude de acreedores, o sea ilegal por otros motivos.”¹²⁹

Vemos como esta legislación no manifiesta en forma expresa que se transmiten los bienes en propiedad al fiduciario con motivo del fideicomiso, más sin embargo comienza a dar algunos indicios de la transmisión de los bienes al considerarse el haber salido del patrimonio del fideicomitente y no ser susceptibles de embargo a las instituciones fiduciarias.

Posteriormente, en comentario de Ortiz Soltero, la Ley General de Instituciones de Crédito del 28 de junio de 1932 publicada el día 29 de junio del mismo año, en su exposición de motivos revela que una definición clara del contenido y efectos del fideicomiso será materia de la Ley General de Títulos y Operaciones de Crédito publicada el 27 de agosto de 1932, la cual lo consideró principalmente como una afectación patrimonial a un fin, cuyo logro se confía a las gestiones de un fiduciario,¹³⁰ es decir, se habló de la teoría del patrimonio de afectación que consistía principalmente en que el patrimonio fideicomitado estaba sujeto a un fin,¹³¹ pero consideramos que de algunos de sus artículos se puede deducir la transmisión de propiedad que debe hacerse del fideicomitente al fiduciario; así se apreciaba de lo dispuesto en los artículos 349 y 353 que establecían que sólo podían ser fideicomitentes las personas que tengan la capacidad necesaria para hacer la afectación

¹²⁹ Malagón, Jaime F., *Op. Cit.*, nota 112, p. 30.

¹³⁰ Ortiz Soltero, Sergio Monserrit, *Op. Cit.*, nota 122, pp. 17-18.

¹³¹ Nunca se atrevieron a decir que se refería a un patrimonio sin propietario en términos de la citada teoría, y esto llevó a muchas discusiones tanto doctrinales como judiciales.

(entiéndase facultades de disposición o dominio) y que tratándose de bienes inmuebles deberá inscribirse el fideicomiso en la sección de propiedad del Registro Público surtiendo así efectos frente a terceros.

Creemos que es en ese momento como surge en nuestro derecho, por primera vez, el aspecto real del fideicomiso en donde se transmite la propiedad de los bienes al fiduciario, mismos que se encuentran afectados a un fin, es decir, que el fiduciario deberá utilizarlos en la forma y términos convenidos por las partes.

Vemos como, a final de cuentas, en nuestro derecho mexicano el fideicomiso no inicia como un pacto de confianza y buena fe como en el derecho romano e inglés, sino más bien como un mandato irrevocable que posteriormente se convirtió en una transmisión de propiedad hacia el fiduciario, juntamente con la afectación o carga de cumplir con los fines del fideicomiso debidamente sancionados por la ley.

3. TRANSMISIÓN DE PROPIEDAD AL FIDUCIARIO EN EL DERECHO ARGENTINO

El derecho argentino es uno de los derechos que ha tenido gran desarrollo y avance legislativo en materia de fideicomiso, esto debido principalmente a que esta figura regulada por la ley 24.441 se relaciona y se integra dentro del derecho común contemplado en el código civil de ese país al hablar del derecho de propiedad; de esta forma se puede comprender mejor la manera como opera la propiedad que le es transmitida al fiduciario por parte del fideicomitente en ese país con motivo del fideicomiso.

Al respecto, como lo indica Mariani de Vidal, el artículo 2507 del Código Civil de Argentina establece lo siguiente:

“Artículo 2507.- El dominio se llama pleno o perfecto cuando es perpetuo y la cosa no está gravada con ningún derecho real hacia otras personas. Se llama menos pleno, o imperfecto, cuando debe resolverse al fin de un cierto tiempo o al advenimiento de una condición, o si la

cosa que forma su objeto es un inmueble, gravado respecto de terceros con un derecho real, como servidumbre, usufructo, etcétera.”¹³²

Por su parte, como lo muestra el mismo autor, el artículo 2661 del mismo código establece que:

“Artículo 2661.- Dominio imperfecto es el derecho real revocable o fiduciario de una sola persona sobre una cosa propia, mueble o inmueble, o el reservado por el dueño perfecto de una cosa que enajena solamente su dominio útil”¹³³

Al referirse en específico al fideicomiso, como lo señala Jorge Haylus, el citado código civil en su artículo 2662 establece lo siguiente:

“Artículo 2662.- Dominio fiduciario es el que se adquiere en razón de un fideicomiso constituido por contrato o por testamento, y está sometido a durar solamente hasta la extinción del fideicomiso, para el efecto de entregar la cosa a quien corresponda según el contrato, el testamento o la ley.”¹³⁴

En relación con lo anterior, algunos autores argentinos manifiestan que el dominio pleno o perfecto es aquel que no se encuentra afectado en su perpetuidad, es decir, que no esta sujeto a extinguirse por el vencimiento de un plazo o el cumplimiento de una condición, o bien cuando no está gravado con ningún derecho real. En cambio el dominio menos pleno o imperfecto se advierte la existencia de dos supuestos, el primero se refiere a que se encuentre afectado en su carácter perpetuo, enrolándose en esta categoría el dominio fiduciario, y el segundo cuando el derecho se encuentra gravado con algún derecho real a favor de otra persona.¹³⁵

¹³² Mariani de Vidal, Marina, *Curso de derechos reales*, 6a. ed., Argentina, Zavalia, 2000, t. II, p. 73.

¹³³ *Ídem*.

¹³⁴ Haylus, Jorge Roberto, *Fideicomiso, finalidades en los ámbitos familiar y de negocios, funciones del fiduciario, patrimonios separados, protección de los beneficiarios, administración*, 2a. ed., Argentina, Astrea, 2004, p. 48.

¹³⁵ Papaño, Ricardo J, *et al*, *Op. Cit.*, nota 1, p. 186.

Con motivo de lo anterior, algunos autores han hecho énfasis en establecer que el dominio fiduciario es un dominio interino, es decir, un dominio que dura únicamente lo que dura el plazo del fideicomiso.¹³⁶

Por otra parte los autores Luis Moisset de Espanés y María del Pilar Hiruela al referirse al derecho de propiedad que detenta el fiduciario establecen lo siguiente:

“Aun cuando existen algunas cuestiones que parecieran indicar que se trataría de un nuevo derecho de propiedad imperfecto (la denominación legal como “derecho real”, la titularidad registral, la posibilidad de ejercer actos de disposición, etc.) no coincidimos con tal calificación y ello así desde que la participación del fiduciario en el fideicomiso carece de los caracteres esenciales de la propiedad, al menos, de las notas previstas en el Código de Vélez.

Las razones para justificar tal aseveración pueden ser comprendidas del siguiente modo:

a) Los bienes fideicomitidos no ingresan al patrimonio general del fiduciario, ni puede adquirirlos para sí, (arts. 7, 14 y 16 de la ley 24.441) sino que constituyen un patrimonio separado y autónomo de aquél.

Y ello es así a tal punto que los bienes fideicomitidos no pueden ser alcanzados por las obligaciones contraídas por el fiduciario, siendo luego ajenos a la “prenda común de sus acreedores.

b) Aún cuando está investido de ciertos poderes de disposición y administración, el fiduciario carece del provecho económico de los bienes fideicomitidos.

Tal como lo señalamos supra, el fiduciario no puede ser a la vez beneficiario, éste último es quien aprovecha del resultado económico del fideicomiso.

Es decir, el fiduciario no ejerce el derecho de propiedad para sí sino para otro.

Por el contrario, el fiduciario tiene una posición que se aproxima más a la de un mandatario, teniendo derecho incluso a percibir una remuneración por su administración (art. 8 ley 24.441).

c) Por regla, el derecho de propiedad pasa a los herederos del titular dominical y puede ser dejado en legado.

En el caso que nos ocupa el patrimonio fideicomitado no pasa a los herederos del fiduciario ni puede ser legado por éste. Tal como lo disponen los arts. 9 inc. B) y el art. 10 de la ley 24.441, el fallecimiento del fiduciario da lugar a su reemplazo por un sustituto que no necesariamente debe ser sucesor de aquél.

d) Las facultades del fiduciario de disponer y enajenar los bienes fideicomitidos se encuentran rigurosamente limitada, siendo autorizada por la ley sólo “cuando lo requieran los fines del fideicomiso” (conf. Art.

¹³⁶ Kiper, Claudio M., y Lisoprwski, Silvio V., *Tratado de fideicomiso*, 2a. ed., Argentina, Depalma, 2002, pp. 32-33.

17 ley 24.441). Asimismo lo percibido de este acto de disposición, cuando el fiduciario estuviera legitimado para ello, ingresará al patrimonio de afectación del fideicomiso y no al propio del administrador.

e) Existe la posibilidad, a más de la hipótesis de muerte, de que el fiduciario cese en sus funciones por renuncia o remoción. Quien es titular de un derecho real de dominio no puede ser privado del mismo por remoción, tal supuesto sólo ocurre en los casos de mandatarios o gestores.

La cesación en sus funciones de fiduciario no pondrá fin al fideicomiso.

Es decir, no lo va a extinguir mientras sea posible la designación de otra persona para cumplimentar la función de administración de los bienes.

En otras palabras, la cesación del fiduciario y la extinción del fideicomiso son dos cosas distintas.

El fideicomiso tiene un plazo de duración o una condición que la va a hacer cesar. Mientras el fideicomiso subsista es menester que haya un fiduciario que lo administre, y si éste cae por alguna causa, hay que proveer a su reemplazo para que siga la tarea de administración de los bienes que se han puesto a su cargo.

f) El fiduciario está obligado a rendir cuentas al menos una vez al año (art. 7 ley 24441), lo que impide asimilar su posición a la de un titular dominial que –por principio o regla– no tiene tal carga.

En definitiva, consideramos que el fiduciario, en rigor de verdad, no es titular de un derecho real de dominio, sino un administrador que tiene a su cargo la gestión, administración y disposición de los bienes fideicomitidos en pro de un beneficio o interés ajeno.

No obstante ello, no se nos escapa que la ley denomina al fideicomiso como un “derecho real” y que exige que los bienes fideicomitidos sean inscriptos en el Registro a nombre del fiduciario. Por ello podemos decir que este sujeto tiene una “titularidad operacional” del patrimonio dado en fideicomiso. Una titularidad vacía o hueca, desde que la titularidad real pertenece al propio patrimonio de afectación al que se le aplican las normas previstas por el Código Civil para el derecho real de dominio.”¹³⁷

Igual opinión le merece al autor Guillermo Tinti al referirse al fiduciario como un administrador debido a que los bienes no los posee para sí, es decir, no tiene un verdadero *animus domini* sobre los bienes, no adquiere para sí los bienes, por el contrario, tiene el

¹³⁷ Moisset de Espanés, Luis e Hiruela, María del Pilar, *Algunos lineamientos generales del fideicomiso de la ley 24.441*, Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM, <http://www.acaderc.org.ar/doctrina/articulos/artalgunoslineamientosgeneralesdelfideicomiso/>, pp.4-5

deber de prudencia y diligencia, debe rendir cuentas de sus operaciones y de responder por los daños causados por su culpa o dolo.¹³⁸

Por otra parte, como lo expone Jorge Haylus, el artículo primero de la ley 24.441 de Argentina al definir al fideicomiso establece lo siguiente:

“Artículo 1.- Habrá fideicomiso cuando una persona (fiduciante) transmite la propiedad fiduciaria de bienes determinados a otra (fiduciario), quien se obliga a ejercerla en beneficio de quien se designe en el contrato (beneficiario), y a transmitirlo al cumplimiento de un plazo o condición al fiduciante, al beneficiario o al fideicomisario.”¹³⁹

Vemos entonces como el derecho argentino se refiere a dos tipos de propiedad, el dominio pleno o perfecto y el dominio menos pleno o imperfecto, y que por virtud del fideicomiso la transmisión del derecho de propiedad efectuada a favor del fiduciario se ubica como una propiedad menos plena o imperfecta, pero además de ello se le ha considerado no como un derecho real, sino más bien como un administrador o un titular operacional habida cuenta que el fiduciario carece del provecho económico de los bienes fideicomitados y deberá siempre rendir cuentas, entre otras cosas.

Lo anterior es así debido a que se ha estimado, como ha quedado apuntado con anterioridad, que la propiedad o dominio que detenta el fiduciario se considera que contraviene el principio de perpetuidad que conlleva todo derecho de propiedad, toda vez que éste dura en poder del fiduciario únicamente por el término estipulado en el fideicomiso.

Por el contrario, en relación con el derecho mexicano se debe decir que nuestro Código Civil Federal no hace referencia a la propiedad que es transmitida con motivo de un fideicomiso, tampoco le merece un calificativo como una propiedad especial o específica; lo único con lo que estimamos coincide nuestro derecho con el derecho argentino es que existe

¹³⁸ Tinti, Guillermo, *El fideicomiso, regulación en el derecho argentino*, Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM, <http://www.acaderc.org.ar/doctrina/articulos/el-fideicomiso.-regulacion-en-el-decho-argentino/>, pp.11-15.

¹³⁹ Haylus, Jorge Roberto, *Op. Cit.*, nota 131, p. 217.

una transmisión de propiedad del fideicomitente hacia el fiduciario, y ese derecho de propiedad transmitido al fiduciario es de carácter temporal debido a que perdura solamente por el plazo estipulado en el fideicomiso en términos de lo que dispone la Ley General de Títulos y Operaciones de Crédito, pero ello no significa que estemos de acuerdo en que se contravenga el principio de perpetuidad, o que el fiduciario sea un mero administrador de los bienes que le son transmitidos como más adelante se señalará a detalle.

Creemos, como ya lo mencionamos, que el derecho argentino lleva una gran ventaja al establecer en su legislación civil que es lo que se debe entender por propiedad fiduciaria y que características tiene, de esta manera no deja dudas sobre el tipo de derecho que se está transmitiendo al fiduciario en la legislación de aquél país.

4. SITUACIÓN ACTUAL DE LA TRANSMISIÓN DE PROPIEDAD AL FIDUCIARIO EN NUESTRO DERECHO MEXICANO

Las reformas a la Ley General de Títulos y Operaciones de Crédito de 1932 realizadas el 13 de junio del año 2003, establecen en forma clara la transmisión de la propiedad al fiduciario con motivo del fideicomiso por parte del fideicomitente; los artículos 381, 384, 388 y 389 de la citada ley, al hablar del fideicomiso, se refieren a que por virtud de éste el fideicomitente transmite a una institución fiduciaria la propiedad o la titularidad de uno o más bienes o derechos, que sólo pueden ser fideicomitentes las personas con capacidad para transmitir la propiedad o la titularidad de los bienes o derechos objeto del fideicomiso, que cuando el fideicomiso recaiga sobre bienes inmuebles deberá inscribirse en la sección de propiedad del Registro Público del lugar en donde estén ubicados surtiendo efectos frente a terceros desde la fecha de inscripción, y que si el fideicomiso recae sobre bienes muebles surtirá efectos frente a terceros desde que el fideicomiso fuere notificado al deudor si se trata de un crédito no negociable o derecho personal, desde que se endose a la institución

fiduciaria y se haga constar en los registros del emisor si se trata de un título nominativo, y, desde que estén en poder de la institución fiduciaria si se trata de cosa corpórea o de títulos al portador.

Además de lo anterior la citada legislación, en relación con la propiedad que le es transmitida al fiduciario, hace referencia a lo siguiente:

a) La institución fiduciaria deberá destinar los bienes o derechos que le son transmitidos en propiedad, solamente a los fines lícitos y determinados en el fideicomiso (Artículo 381).

b) Los bienes dados en fideicomiso se consideran afectos al fin que se destinan, y sólo pueden ejercitarse respecto de ellos los derechos y acciones que al mencionado fin se refieren, salvo los derechos que expresamente se reserve el fideicomitente, debiendo la institución fiduciaria registrar contablemente dichos bienes o derechos en forma separada de sus activos libres de disposición (artículo 386).

c) La institución fiduciaria se encuentra obligada a cumplir con el fideicomiso conforme al acto constitutivo, siendo responsable de las pérdidas o menoscabos que los bienes sufran por su culpa (artículo 391).

d) Quedan prohibidos los fideicomisos cuya duración sea mayor a cincuenta años, a menos de que se trate de personas morales de derecho público, instituciones de beneficencia, o cuando el fin del fideicomiso sea el mantenimiento de museos de carácter científico o artístico que no tengan fines de lucro (artículo 394).

e) El fideicomitente puede designar varios fideicomisarios para que reciban simultánea o sucesivamente el provecho del fideicomiso (artículo 394).

De lo anterior se advierte que además de ser temporal, el fiduciario no cuenta con la libre disposición de los bienes o derechos que le son transmitidos con motivo del fideicomiso; tampoco cuenta con la facultad de disfrutar de los mismos debido a que los beneficios que

resulten de la realización del fin recaen en la persona del fideicomisario como beneficiario del fideicomiso; por otra parte, difícilmente conservará la facultad de uso de los citados bienes o derechos, ello con motivo del fin o destino previsto también en el fideicomiso.

En efecto, en la vida cotidiana el fiduciario no cuenta con la libre disposición de los bienes que le son transmitidos, y en la mayoría de los casos no cuenta con el uso y menos aún con el goce de los bienes con motivo de tener que realizar los fines del fideicomiso, los cuales por lógica van encaminados a beneficiar al fideicomisario o al mismo fideicomitente, pero además de lo anterior sucede lo siguiente:

a) Las instituciones fiduciarias se desligan de algunas cargas que como propietarios deben corresponderles, como por ejemplo, en el caso que el fiduciario tenga que transmitir la propiedad de los bienes a terceras personas con motivo de los fines del fideicomiso tampoco se hace responsable para el caso de evicción y vicios ocultos.

b) El hecho de que las instituciones fiduciarias no mantengan las atribuciones inherentes al derecho de propiedad con motivo de sus limitantes, para algunos esta situación es motivo de aprovechamiento para participar en determinados fideicomisos considerados realizados en perjuicio de terceras personas.

Es por lo antes expuesto que procederemos a analizar la propiedad que detenta el fiduciario en el fideicomiso, confrontándola con los principios o características que rigen el derecho de propiedad propiamente dicho a que nos referimos en el capítulo primero de este trabajo, y de esta manera establecer si se contraviene alguno de ellos con motivo de la transmisión realizada a favor del fiduciario.

5. LA PROPIEDAD DEL FIDUCIARIO Y LOS PRINCIPIOS QUE RIGEN AL DERECHO DE PROPIEDAD

A) EN RELACIÓN CON PRINCIPIO DE PERPETUIDAD

En el capítulo primero de este trabajo se estableció que el principio o característica de perpetuidad en el derecho de propiedad en comentario de Azúa Reyes, se refiere a que este derecho está llamado a durar mientras exista la cosa sobre la que recae, a menos que ésta se extinga física o jurídicamente; que el derecho de propiedad se prolonga por siglos, es decir, existe no solamente mientras uno viva sino también cuando uno fallece, debido a que lo que se extingue es nuestra existencia, no el derecho que habrá dejado de pertenecernos por nuestro fallecimiento, pero habrá pasado a nuestros sucesores, no nacerá cada vez un derecho nuevo, es el mismo, sólo cambiará de titular; que lo mismo sucederá si se vende la cosa transfiriéndola al comprador.

En otro sentido también se expuso que el derecho de propiedad, siguiendo a Gallegos Alcántara, es perpetuo debido a que no se extingue por el solo transcurso del tiempo o por el no ejercicio del mismo, es decir, que el propietario no pierde su calidad de tal aunque no ejecute ningún acto sobre el bien que le pertenece, no desaparece por el no uso o abandono, no caduca.¹⁴⁰

Luego entonces, si el fideicomiso tiene una duración determinada y a su término el fiduciario entrega los bienes fideicomitidos al fideicomitente o fideicomisario, según se haya convenido en términos de lo dispuesto por el artículo 393 de la Ley General de Títulos y Operaciones de Crédito, podría pensarse que la propiedad con la que cuenta el fiduciario es contraria al principio de perpetuidad por su temporalidad.

En relación con lo antes dicho, los autores Felipe de la Mata Pizaña y Roberto Garzón Jiménez estiman que el derecho de propiedad que detenta el fiduciario no corresponde al dominio que ostenta un propietario, debido, entre otras cuestiones, a la temporalidad; es decir, que se encuentra sujeta al término indefectible, consistente en el tiempo que dure el

¹⁴⁰ Véase, p. 41.

fideicomiso, pues en el caso que éste se extinga el fiduciario deberá transmitir de regreso la propiedad a favor del fideicomitente.¹⁴¹

Por su parte Domínguez Martínez siguiendo a Lizardi Albarrán al referirse al fideicomiso mexicano, establece que la temporalidad del mismo es una de las características que permiten configurar el derecho del fiduciario como un nuevo derecho distinto del de propiedad.¹⁴²

Ahora bien, si la característica o principio de perpetuidad se refiere, como ha quedado apuntado, a que el derecho de propiedad dura mientras exista la cosa sobre la que recae, que se prolonga aún transfiriendo la cosa a otra persona ya que sólo cambia su titular, y que no se extingue por el solo transcurso del tiempo, no vemos porqué la propiedad que detenta el fiduciario con motivo del fideicomiso no sea considerada como perpetua; así cuando haya concluido el plazo establecido deberá devolverla al fideicomitente o transmitirla al fideicomisario, pero en uno u otro caso el derecho de propiedad subsistirá, sólo cambiaría su titular no extinguiéndose por el transcurso del tiempo.

Por esas razones estimamos que la propiedad transmitida al fiduciario con motivo del fideicomiso es perpetua, y por lo mismo no vemos también el porqué deba de considerársele, con motivo de la temporalidad, un dominio distinto al que ostenta un propietario o se trate de un nuevo derecho distinto al de propiedad; como ya se dijo, mientras exista la cosa existe el derecho de propiedad, lo tenga el fiduciario o el fideicomitente o un tercero, no contraviniéndose el principio de perpetuidad con el que cuenta el derecho de propiedad.

B) EN RELACIÓN CON EL PRINCIPIO DE ABSOLUTISMO

¹⁴¹ De la Mata Pizaña, Felipe y Garzón Jiménez, Roberto, *Op. Cit.*, nota 93, p. 52.

¹⁴² Domínguez Martínez, Jorge Alfredo, *Dos aspectos de la esencia del fideicomiso mexicano*, 2a. ed., México, Porrúa, 1996, p. 93.

Anteriormente se hizo referencia a que otro principio o característica con el que cuenta el derecho de propiedad es el de ser absoluto, y se expuso que este principio se refiere a que la propiedad implica un deber correlativo universal de respeto a cargo de todo el mundo, que el derecho, como lo indica Galindo Garfias, es oponible a todos y respetado por todos; que el derecho de propiedad es absoluto debido a que el sujeto pasivo de la relación lo es siempre la universalidad de las personas.¹⁴³

En ese sentido nuestra legislación establece que cuando el fideicomiso recaiga sobre bienes inmuebles deberá inscribirse en la sección de propiedad del Registro Público del lugar en donde estén ubicados, y surtirá efectos frente a terceros desde la fecha de inscripción; así mismo, tratándose de bienes muebles, surtirá efectos frente a terceros desde que el fideicomiso fuere notificado al deudor si se trata de un crédito no negociable o derecho personal, desde que se endose a la institución fiduciaria y se haga constar en los registros del emisor si se trata de un título nominativo, y, desde que estén en poder de la institución fiduciaria si se trata de cosa corpórea o de títulos al portador.¹⁴⁴

Con motivo de lo anterior estimamos que, si el fideicomiso surte efectos frente a terceros, consecuencia lógica es que la transmisión de propiedad hecha a favor del fiduciario surta los mismos efectos; de esta forma el derecho de propiedad adquirido por el fiduciario es oponible a todo el mundo, lo que implica un deber correlativo universal de respeto a cargo de todos, el fiduciario es el propietario de los bienes que le son transmitidos, y por lo tanto, es el sujeto activo titular de ese derecho, y el sujeto pasivo lo es la universalidad de las personas; por estas razones debe considerarse que el derecho de propiedad que detentan las instituciones fiduciarias es absoluto.

C) EN RELACIÓN CON EL PRINCIPIO DE GENERALIDAD

¹⁴³ Véase, pp. 42-44.

¹⁴⁴ Así lo refieren los artículos 388 y 389 de la ley general de títulos y operaciones de crédito vigente.

Se dijo anteriormente que la generalidad consiste, según lo expone Azúa Reyes, en que el propietario tiene la totalidad o universalidad de las facultades que la ley permite tener sobre la cosa, es decir, que el propietario cuenta con todos los beneficios que la cosa pueda ofrecerle, así como con la mayor cantidad posible de facultades que se pueden realizar sobre la misma, siempre que no se encuentre gravada o que pese sobre ella alguna otra limitación derivada de algún derecho; por ello se ha dicho que el derecho de propiedad constituye el único derecho real que permite a su titular usar, disfrutar o disponer de él como mejor le parezca dentro del marco de la legislación.¹⁴⁵

Se comentó también, siguiendo a Tapia Ramírez, que el derecho de disposición consiste en la facultad que tiene el titular para conservar la cosa o consumirla, enajenarla total o parcialmente, o bien abandonarla, inclusive gravarla imponiéndole cargas y sometiéndola a derechos reales o personales, así como el derecho de modificarla o transformarla. Que el derecho de usar se refiere a la facultad de servirse de la cosa y aprovecharse de los servicios que pueda rendir fuera de sus frutos, siendo que el derecho de disfrutar consiste en percibir los frutos y accesorios que la cosa genera, y que ambos pueden ser objeto de una transmisión en forma temporal a terceras personas con motivo de la constitución de un derecho real o personal.¹⁴⁶

Contrario a lo antes expuesto, la Ley General de Títulos y Operaciones de Crédito al referirse a las facultades que como propietario tiene el fiduciario con motivo del fideicomiso, establece, en sus artículos 381, 386 y 391, que la institución fiduciaria deberá destinar los bienes o derechos que le son transmitidos en propiedad solamente a los fines lícitos y determinados en el fideicomiso, que los bienes dados en fideicomiso se consideran afectos al fin que se destinan, y sólo pueden ejercitarse respecto de ellos los derechos y acciones

¹⁴⁵ Véase, p. 45.

¹⁴⁶ Véase, pp. 56-59.

que al mencionado fin se refieren, salvo los derechos que expresamente se reserve el fideicomitente, debiendo la institución fiduciaria registrar contablemente dichos bienes o derechos en forma separada de sus activos libres de disposición, encontrándose la institución fiduciaria obligada a cumplir con el fideicomiso conforme al acto constitutivo siendo responsable de las pérdidas o menoscabos que los bienes sufran por su culpa.

De esta manera se advierte que el fiduciario no cuenta con la libre disposición de los bienes o derechos que le son transmitidos con motivo del fideicomiso, tampoco puede disfrutar de ellos debido a que los beneficios obtenidos con motivo del fideicomiso recaerán en la persona del fideicomisario o fideicomitente, así como, dependiendo del tipo de fideicomiso, difícilmente podrá usarlos y menos en su beneficio, además que normalmente tal uso lo realizan el fideicomitente o fideicomisario.

Algunos autores se han manifestado en relación a las facultades del derecho de propiedad que le es transmitido al fiduciario con motivo del fideicomiso; así por ejemplo, los autores Felipe de la Mata Pizaña y Roberto Garzón Jiménez establecen que en el caso específico existe una modificación al derecho de propiedad debido a que no reúne los elementos que tradicionalmente reúne el derecho de propiedad, es decir, que el dominio o señorío con el que cuenta el fiduciario no corresponde al dominio que ostenta un propietario debido a que el derecho de propiedad asegura un monopolio en el aprovechamiento del bien consistente en el uso goce y disposición del mismo, siendo que el fiduciario no puede disponer libre o autónomamente de los bienes, sino que debe cumplir plenamente con los fines del fideicomiso y destinarlos a ese fin.¹⁴⁷

Por su parte el autor Joaquín Rodríguez Rodríguez afirma que con el derecho de propiedad con el que cuenta el fiduciario se crea una nueva estructura en el derecho de

¹⁴⁷ De la Mata Pizaña, Felipe y Garzón Jiménez, Roberto, *Op. Cit.*, nota 93, pp. 51-52.

propiedad, debido a que aquel no tiene un libre uso, disfrute y dominio sobre los bienes fideicomitidos, y agrega además que el titular jurídico es el fiduciario debido a que, aunque temporal y revocable, es dueño, siendo que los titulares económicos son el fideicomisario y fideicomitente debido a que son a ellos a quienes se les aplican los beneficios de la propiedad.¹⁴⁸

Otro autor que refiere a que el derecho de propiedad en el fideicomiso se encuentra escindido entre el fiduciario y el fideicomisario es Jorge Alfredo Domínguez, quién, siguiendo a Lizardi Albarrán, establece que el derecho de propiedad que ostenta el primero no tiene contenido económico pero con todos sus efectos normales que le permiten reivindicar de un tercero que detente o posea sin justo título, y el del segundo con un valor económico pero con efectos excepcionales que más bien tienden hacia la protección del fideicomiso contra los actos indebidos del fiduciario;¹⁴⁹ por su parte el autor Ignacio Quevedo Coronado se refiere a que el titular económico del patrimonio fideicomitado es el fideicomisario, o el fideicomitente quién se señaló como fideicomisario.¹⁵⁰

Por su parte Ernesto Galindo Sifuentes establece que en el fideicomiso lo que se transfiere al fiduciario es la titularidad de los bienes, que no es lo mismo que la propiedad, constituyendo los bienes un patrimonio de afectación destinado a los fines del fideicomiso.¹⁵¹

Contrario a lo expuesto por los citados autores consideramos que, si con motivo de la facultad de disposición con la que cuenta el propietario de una cosa éste puede gravarla imponiéndole cargas y sometiéndola a derechos reales o personales, y que con motivo de las facultades de uso y disfrute con las que cuenta puede transmitir las en forma temporal a terceras personas con motivo de la constitución de un derecho real o personal, no vemos

¹⁴⁸ Rodríguez Rodríguez, Joaquín, *Derecho mercantil*, 17a. ed., México, Porrúa, 1983, t. II, pp. 119-122.

¹⁴⁹ Domínguez Martínez, Jorge Alfredo, *Op. Cit.*, nota 118, pp. 158-159.

¹⁵⁰ Quevedo Coronado, Ignacio, *Derecho mercantil*, 2a. ed., México, Pearson educación, 2004, p. 263.

¹⁵¹ Galindo Sifuentes, Ernesto, *Derecho mercantil, comerciantes, comercio electrónico, contratos mercantiles y sociedades mercantiles*, 2a. ed., México, Porrúa, 2007, pp. 137-138.

porqué la propiedad del fiduciario deba considerarse como una modificación al derecho de propiedad, o que implique una nueva estructura al derecho de propiedad con motivo de las limitantes que tiene el fiduciario en relación a las facultades de disposición, uso y goce con motivo del fideicomiso, si como se dijo, el propietario puede limitar la primera y transmitir las segundas.

Lo anterior es así debido a que estimamos que con motivo de la transmisión realizada a favor del fiduciario éste en un primer momento recibe una propiedad plena, es decir, con todas las facultades normales de uso, goce y disposición como cualquier otro propietario, pero también, con motivo del fideicomiso, acepta limitar sus facultades de disposición a cumplir con los fines del fideicomiso, y trasmite, de acuerdo al citado fin, las facultades de uso y goce al fideicomisario o fideicomitente según se trate.

Si no recibiese el fiduciario la propiedad plena con todas sus facultades, no pudiese limitar su facultad de disposición y transmitir a los demás (fideicomitente y fideicomisario) las de uso y goce, es decir, sólo puede el fiduciario transmitir lo que a él le fue transmitido; así cuando con motivo de los fines del fideicomiso el fiduciario transmite la propiedad de un bien al fideicomisario o inclusive a un tercero, lo transmite en forma plena con todas sus facultades, de esta misma manera al extinguirse el fideicomiso el fiduciario regresa la propiedad al fideicomitente con todas sus facultades, es decir, el fiduciario no le regresa una propiedad limitada o restringida al fideicomitente.

Por otra parte estimamos que la propiedad del fiduciario no puede considerarse como escindida o desdoblada a un titular económico y otro jurídico o no económico, debido a que se iría en contra del principio de exclusividad a que nos referimos en el primer capítulo de esta obra y que consiste, siguiendo a Tapia Ramírez, en que la atribución o poder de gozar o disponer que confiere la ley sólo y únicamente al titular del derecho de propiedad con

exclusión de todas las demás personas, es decir, que no es posible que la propiedad pueda pertenecer a varios titulares a la vez, salvo con excepción hecha de la copropiedad.

Con relación a este punto el autor Manuel Villagordoa Lozano en su obra *“El Fideicomiso en México”* establece que la propiedad que recibe el fiduciario con motivo del fideicomiso es plena, y que esta no puede estar desdoblada en dos titulares, y al respecto establece lo siguiente:

“La transmisión que se realiza en virtud de la relación real del negocio fiduciario, del fiduciante al fiduciario, es una transmisión plena; si se trata de bienes se transmite la propiedad y si se trata de derechos, la plena titularidad.

Hay quien sostiene que en los negocios fiduciarios se crea un tipo especial de propiedad, que inadecuadamente se le designa como propiedad fiduciaria o bien un desdoblamiento de la propiedad y en consecuencia existen dos titulares respecto de un derecho real.

No es aceptable que se cree un nuevo derecho real, porque el fiduciario para el cumplimiento de los fines encomendados requiere del ejercicio pleno de los derechos transmitidos, pero con la limitación de que dichos derechos no van a incrementar el patrimonio del fiduciario, ni los va a ejercitar en su propio provecho, pues lo que ocurre es la inversión del carácter del derecho recibido, de potestativo, a uno cuyo ejercicio se convierte en obligatorio para el cumplimiento de las finalidades señaladas por el fiduciante, en beneficio de un tercero.

No admitimos el desdoblamiento del derecho de propiedad recibido por el fiduciario, porque en los regímenes jurídicos de ascendencia latina como el nuestro, la existencia de un titular excluye la posibilidad de otro simultáneo.

Este desdoblamiento sólo ocurre en los regímenes anglosajones donde se admiten dos órdenes jurídicos contemporáneos: el derecho común y la equidad, pudiendo existir dos titulares diferentes respecto de un mismo derecho.”¹⁵²

Vemos como el citado autor agrega un elemento importante o fundamental para hacer a un lado las teorías que se refieren a un desdoblamiento del derecho de propiedad; así es, cuando se refiere a que el derecho recibido de potestativo se convierte en obligatorio para

¹⁵² Villagordoa Lozano, Manuel, *El fideicomiso en México*, Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM, <http://biblio.juridicas.unam.mx/libros/3/1209/2.pdf>, p. 9.

cumplir con las finalidades señaladas en beneficio de un tercero, se refiere indudablemente a las obligaciones que contrae el fiduciario juntamente con el derecho real que adquiere o le es transmitido, es decir, el derecho real de propiedad no está en poder del fiduciario en forma aislada, sino que habrá que atenderse también a las obligaciones contraídas y que en el caso en particular haremos un estudio de estas en el capítulo siguiente.

Si la propiedad que le es transmitida al fiduciario con motivo del fideicomiso contiene la totalidad o universalidad de las facultades que la ley permite tener sobre la cosa de uso, goce y disposición, ello significa que es acorde también con el principio de generalidad que debe contener todo derecho de propiedad independientemente que convencionalmente su titular o fiduciario limite su derecho de disposición o que transmita sus facultades de uso y goce para cumplir con los fines del fideicomiso; limitantes de las cuales habremos de referirnos más adelante en este capítulo con motivo de encuadrar a que tipo se refieren de las que fueron expuestas en el capítulo segundo.

D) EN RELACIÓN CON EL PRINCIPIO DE ABSTRACCIÓN

Al hacer mención a este principio se expuso, siguiendo a Azúa Reyes, que refiere a que el derecho de propiedad puede ser concebido con independencia de las facultades que corresponden a su titular, sin que por ello pueda dejar de tener un mínimo de contenido; y agregamos que ese mínimo de contenido el cual debe reservarse el propietario corresponde, forzosamente, al derecho o a la facultad de disposición.¹⁵³

De esta manera se nos concede la facultad de usar y disfrutar de una cosa, pero es posible que uno carezca o se pueda desprender de esas facultades transfiriéndolas a otra persona por virtud de la constitución de un derecho real o personal, reservándose la facultad

¹⁵³ Véase, pp. 47-48.

de disposición y con ello la propiedad, o en su caso la nuda propiedad si se trata de la constitución de un derecho real por el cual se transmita una u otra facultad.

Luego entonces, si con motivo de la propiedad transmitida al fiduciario éste transmite o se desprende de la facultad de uso o goce, o de ambas para cumplir con los fines del fideicomiso, y se reserva o conserva la facultad de disposición, debemos de considerar que el fiduciario conserva su derecho de propiedad que le fue transmitido con motivo de este principio de abstracción que lo hace posible, es decir, nada impide que con motivo de la abstracción el fiduciario pueda recuperar esas facultades que transmitió, inclusive, al momento en que el fiduciario regrese o revierta la propiedad al fideicomitente este último recibirá el derecho con todos sus atributos.

Si la propiedad que detenta el fiduciario puede ser concebida con la sola facultad de disposición, entonces ese derecho es acorde al principio de abstracción correspondiente.

E) EN RELACIÓN CON EL PRINCIPIO DE ELASTICIDAD

En relación con el carácter elástico del derecho de propiedad se comentó, siguiendo a diversos autores como Muñoz, Castro, Gallegos Alcántara y Azúa Reyes, que tal principio se refiere a la capacidad que se tiene de recuperar las facultades que el titular ha perdido o transmitido de manera temporal, es decir, que el derecho de propiedad tiene la capacidad de reintegrarse en su contenido pleno con todas sus facultades, que puede ser objeto de ampliaciones o reducciones en cantidad o intensidad sin que por ello pierda su naturaleza esencial; agregamos que con motivo de este principio se aprecia la culminación, desenlace o destino de las facultades que fueron transmitidas por el propietario, ya que a final de cuentas regresan a su antiguo titular.¹⁵⁴

¹⁵⁴ Véase, pp. 48-50.

En efecto, una vez transmitida la propiedad por el fideicomitente al fiduciario, éste, con motivo de los fines establecidos en el fideicomiso, transmite al fideicomisario las facultades de uso y goce de los bienes o derechos; de esta forma el derecho de propiedad del fiduciario se ve limitado, siendo que esa transmisión que realiza es siempre de carácter temporal por el tiempo que dure el citado fideicomiso.

Siguiendo este orden de ideas, si el fiduciario, con motivo de cumplir con los fines del fideicomiso, transmite la propiedad de uno o más bienes al fideicomisario o a un tercero ajeno al fideicomiso, esa transmisión deberá ser en forma plena, es decir, con todas las facultades inherentes al derecho de propiedad como son la facultad de disposición, uso y goce de los bienes o derechos objeto de tal transmisión, y de esta forma el derecho de propiedad que no contaba con las facultades de uso y goce en manos del fiduciario, al momento de transmitirse a un tercero, recobra su contenido pleno con todas sus facultades con motivo del principio de elasticidad que rige o es común al derecho de propiedad.

Lo mismo sucede al momento en que termina el plazo establecido en el fideicomiso, por virtud del cual el fiduciario regresará la propiedad al fideicomitente o la transmitirá al fideicomisario, según sea el caso, con todas las facultades que en un principio se encontraban dispersas entre el fideicomitente, fiduciario y fideicomisario.

No debe pasar desapercibido el hecho de que nuestra legislación al referirse a la terminación del fideicomiso deberán regresar los bienes al fideicomitente, si bien es cierto esto cumple con el principio de elasticidad a que hacemos referencia, estimamos que también debe decirse que, siguiendo a Suayfeta, la legislación para no dar lugar a efectos inequitativos, debe aclarar que siempre y cuando no se haya pactado lo contrario, o bien dependiendo la naturaleza del fideicomiso, una vez concluido el plazo los bienes deberán ser devueltos al fideicomitente; esto debido a que en algunos tipos de fideicomiso, por ejemplo, ya se transmitieron a terceras personas que hasta pagaron un precio por ellos, de lo cual les

sería perjudicial si los tuviesen que regresar al fideicomitente una vez concluido el fideicomiso.¹⁵⁵

Por estas razones consideramos que la propiedad que detenta el fiduciario cumple también con el principio o característica de elasticidad que debe tener todo derecho de propiedad.

F) EN RELACIÓN CON EL PRINCIPIO DE EXCLUSIVIDAD

Se expuso con anterioridad que la exclusividad en el derecho de propiedad, según Tapia Ramírez, significa que la facultad de gozar o disponer es atribución o poder de su titular con exclusión de todas las demás personas; debe entenderse en el sentido que no es posible que la propiedad pueda pertenecer a varios titulares a la vez salvo con excepción hecha de la copropiedad. En este sentido agregamos que es el propietario quién se aprovecha, él sólo, de la totalidad de los beneficios, eliminando de las ventajas económicas de la cosa a todas las demás personas, a menos que se encuentren repartidas en otro derecho real o personal que se haya constituido.¹⁵⁶

También manifestamos que no puede haber un desdoblamiento del derecho de propiedad en el fideicomiso, es decir, que no puede haber un titular jurídico y un titular económico, precisamente porque se iría en contra de este principio de exclusividad por no existir la copropiedad.¹⁵⁷

En efecto, el derecho de propiedad es transmitido por el fideicomitente única y exclusivamente al fiduciario, así se desprende del artículo 381 de la Ley General de Títulos y Operaciones de Crédito, motivo por el cual en un primer término le son transmitidas todas las facultades propias del derecho como el uso, goce y disposición, y que con motivo de los

¹⁵⁵ Suayfeta O., Juan, *Reformas vs reformas. Hacia una restauración del fideicomiso*, Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM, Revista de Derecho Privado, Cuarta Época, <http://www.juridicas.unam.mx/publica/rev/derpriv/cont/4/dtr/dtr4.htm>.

¹⁵⁶ Véase pp. 50-51.

¹⁵⁷ Véase, p. 123-124.

finde de la operación las dos primeras normalmente son transmitidas posteriormente por el fiduciario al fideicomitente o fideicomisario, conservando el primero, limitada o no, la facultad de disposición.

Nuestro máximo Tribunal a través de los Tribunales Colegiados de Circuito, ha considerado al fiduciario como propietario exclusivo o único propietario de los bienes fideicomitidos, así se puede apreciar de las tesis emitidas al respecto y que se transcriben a continuación:

FIDUCIARIA. ESTÁ LEGITIMADA PARA ACUDIR AL JUICIO DE AMPARO EN DEFENSA DE LOS BIENES FIDEICOMITIDOS.

La interpretación de los artículos 346, 352, 355, 356, 357 y 358 de la Ley General de Títulos y Operaciones de Crédito vigente en 1996, lleva a inferir que el fideicomiso es un contrato por virtud del cual el fideicomitente transfiere a una institución fiduciaria una parte de sus bienes para el cumplimiento de un fin determinado, y que los bienes dados en fideicomiso integran un patrimonio autónomo, distinto del de las personas que intervienen en su creación (fideicomitente, fiduciario y/o fideicomisario), pues al estar destinados a un fin específico, quedan fuera de los derechos que en lo individual hubiesen tenido las partes que intervienen en su creación, tan es así, que la propia fiduciaria debe registrar contablemente y mantener en forma separada de sus activos los bienes y derechos fideicomitidos conforme al artículo 386 de la ley citada. Además, el fideicomiso implica la transmisión de los derechos o de la propiedad de los bienes dados en fideicomiso, al referir el indicado artículo 352 que debe ajustarse "a los términos de la legislación común sobre la transmisión de los derechos o de propiedad de las cosas", y tal dominio es especial, ya que el fiduciario no puede disfrutarlos en beneficio propio, sino del fideicomisario. En estas condiciones, como los bienes entregados al fideicomiso salen del patrimonio de los fideicomitentes y pasan a formar parte de un patrimonio autónomo, cuya titularidad corresponde a la fiduciaria, es claro que está legitimada para defenderlo, por ser quien tiene todos los derechos y acciones que se requieren para el cumplimiento del fideicomiso, cuya facultad legal no sólo se refiere a emitir los actos cuyo propósito sea lograr los fines precisados en el contrato relativo, sino que comprende también la posibilidad de defender dicho patrimonio frente al actuar de autoridades que puedan afectarlo, pues ello implica llevar a cabo las acciones necesarias para lograr su objeto.¹⁵⁸

¹⁵⁸ Tesis P. XXIII/2008, *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, Novena Época, t. XXVII, febrero de 2008, p. 16.

TERCERÍA EXCLUYENTE DE DOMINIO. LA FIDUCIARIA TIENE LEGITIMACIÓN PARA PROMOVERLA.

De acuerdo a los artículos 381, 384, 385, 386 y 391 de la Ley General de Títulos y Operaciones de Crédito en vigor se deduce, que el legislador concibió al fideicomiso como un contrato mercantil, por virtud del cual el fideicomitente transmite de buena fe a la fiduciaria, todo o parte de sus bienes o derechos para un fin, consistente en procurar beneficios a favor del fideicomisario. En virtud de esta transmisión, el fideicomitente queda privado de toda acción o derecho de disposición sobre los bienes fideicomitados, cuya titularidad pasa a la institución fiduciaria para el exacto y fiel cumplimiento del fin lícito encomendado y, en consecuencia, ésta cuenta con todos los derechos y acciones para la defensa del patrimonio fideicomitado, frente a quien los altere, obstaculice o imposibilite para el cumplimiento de los fines del fideicomiso. Por tanto, cuando el bien raíz fideicomitado se embarga en un procedimiento judicial, con posterioridad a la constitución del fideicomiso, la fiduciaria está legitimada en la causa, para exigir el levantamiento del gravamen mediante la promoción de la tercería excluyente de dominio.¹⁵⁹

FIDEICOMISOS. LAS ACCIONES EN SU CONTRA DEBEN EJERCITARSE CONTRA LA INSTITUCIÓN FIDUCIARIA.

Una exégesis de los artículos 381 a 393 de la Ley General de Títulos y Operaciones de Crédito, permite concluir que los fideicomisos, por su propia naturaleza, se traducen en negocios jurídicos por medio de los cuales los fideicomitentes constituyen un patrimonio autónomo distinto del perteneciente a las partes que intervienen en su formación a través del contrato correspondiente, afecto a un fin lícito determinado, teniendo el fiduciario todos los derechos y acciones que se requieran para el cumplimiento de sus fines; sin embargo, cualquier acción en su contra debe ejercitarse contra la institución fiduciaria, la cual para cumplir con las resoluciones que al respecto pronuncien las autoridades competentes afectan, en la medida que sea necesario, los bienes materia del fideicomiso.¹⁶⁰

FIDEICOMISO. NO PUEDE CONSIDERARSE COMO TERCERO EXTRAÑO A UN JUICIO MERCANTIL, QUIEN NO FUE PARTE EN EL CONTRATO DE.

El fideicomiso es un contrato mediante el cual una persona física o moral transfiere la propiedad de una parte de sus bienes a una institución fiduciaria, para que con ellos realice un fin lícito, que la propia persona señala en el contrato respectivo, siendo los sujetos en el mismo el fideicomitente, fiduciario y fideicomisario, sin que puedan

¹⁵⁹ Tesis I. 4º. C. 127 C, *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, Novena Época, t. XXVI, septiembre de 2007, p. 2671.

¹⁶⁰ Tesis V. 2º. 42 K, *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, Novena Época, t. XXI, enero de 2005, p. 1772.

considerarse como parte, personas con las cuales no se celebró el contrato. Consecuentemente no podrá ostentarse como tercero extraño a un juicio mercantil, vinculado con prestaciones inherentes a tal consenso, quien no fue parte en él, ni demuestra una subrogación legal en los derechos de cualquiera de las partes.¹⁶¹

EMBARGO, NO RESULTA OPONIBLE A UN DERECHO REAL, COMO ES EL FIDEICOMISO.

Un crédito quirografario (constitutivo del embargo), no puede oponerse a un derecho real como el que nace a través del fideicomiso, pues el primero constituye un acto procesal en virtud del cual se aseguran ciertos bienes que están a las resultas del juicio, de manera que tales bienes quedan bajo la guarda de un tercero, pero a disposición del juez que ordenó su procedencia, lo que significa que la cosa embargada no se encuentra en poder del embargante, ni siquiera implica un derecho de persecución característico de los derechos reales, que permite a su titular reclamar de cualquier poseedor, puesto que sólo garantiza el cumplimiento de una obligación de carácter personal, nacida de un crédito quirografario, mientras que el segundo es un negocio jurídico por medio del cual el fideicomitente destina uno o varios bienes a un fin determinado en beneficio de otra persona, encomendando su realización a una institución bancaria que recibe el dominio de los bienes y ello implica la creación de un patrimonio diverso al que es propio de las partes que intervienen en el contrato, o sea que la titularidad de los bienes objeto del fideicomiso, pasa de la propiedad del fideicomitente a la de la institución fiduciaria; por lo que cabe concluir, que el fideicomiso implica la constitución de un derecho real que no resulta afectado con el acto procesal del embargo, pues no son derechos o créditos de igual naturaleza.¹⁶²

TERCERIA EXCLUYENTE DE DOMINIO. FIDEICOMISO. LEGITIMACION ACTIVA DE LA FIDUCIARIA.

De conformidad con lo previsto en los artículos 346 y 351 de la Ley General de Títulos y Operaciones de Crédito, los bienes fideicomitados salen del patrimonio del fideicomitente, para quedar como patrimonio autónomo bajo la titularidad de la institución fiduciaria, para la realización de un fin determinado; pero al precisarse el carácter autónomo del patrimonio fiduciario, con ello se particulariza que es diverso de los patrimonios propios de las partes que intervienen en el fideicomiso, o sea, que es distinto de los patrimonios del fideicomitente, del fiduciario y el fideicomisario. En esa virtud, al aparecer de autos que el bien litigioso pertenece a la fiduciaria, ésta es la que debió promover la tercería excluyente de dominio, pues al encontrarse el aludido bien

¹⁶¹ Tesis, *Semanario Judicial de la Federación*, Octava Época, t. XII, julio de 1993, p. 216.

¹⁶² Tesis, *Semanario Judicial de la Federación*, Octava Época, t. X, julio de 1992, p. 362.

entregado en fideicomiso bajo su titularidad y ejecución, dicha institución es quien se halla legitimada para presentarse a juicio como actora o demandada, al estar provista de todos los derechos y acciones conducentes al cumplimiento del fideicomiso.¹⁶³

Estimamos importante hacer notar que con motivo de la constitución del fideicomiso se pueden realizar diversas transmisiones de propiedad de los bienes fideicomitidos, para empezar la que realiza el fideicomitente al fiduciario al momento de su constitución, posteriormente, dependiendo de los fines del fideicomiso, la que realice el fiduciario al fideicomisario, inclusive se puede pensar en la que se realice por el fiduciario al fideicomitente con motivo de la reversión una vez concluido el plazo del fideicomiso, pero que independientemente de ello, siempre los bienes objeto del fideicomiso tienen un titular, un propietario, o mas bien dicho, siempre se encuentran dentro del patrimonio de alguna de las partes involucradas en el contrato, no puede hablarse de bienes o de un patrimonio en transición.

Lo anterior tiene relación con lo que el autor Rodolfo Batiza denomina "*La Regla contra las Perpetuidades en el Derecho Mexicano*" y que consiste principalmente en la necesidad de eliminar las trabas a la circulación de los bienes para impedir la indefinida vinculación de la propiedad; de esta manera al referirse el autor a la forma en que se han combatido los impedimentos a libre circulación de los bienes que forman parte de fideicomisos, en específico, a la extinción y prohibición de estos, a final de cuentas debemos comprender que tales bienes siempre y en cualquier tiempo cuentan con un titular, no pueden quedar en suspenso como lo refiere el citado autor sin ingresar al patrimonio del titular.¹⁶⁴

¹⁶³ Tesis, *Semanario Judicial de la Federación*, Octava Época, t. V, Segunda Parte-1, enero a junio de 1990, p. 497.

¹⁶⁴ Batiza, Rodolfo, *Tres estudios sobre el fideicomiso*, Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM, Biblioteca Jurídica Virtual, <http://biblio.juridicas.unam.mx/libros/2/800/5.pdf>, pp. 115-117.

Sin duda una opinión que refuerza el principio de exclusividad con el que debe contar todo derecho de propiedad, debe encontrarse siempre en un patrimonio de alguna persona sin que pueda quedarse transitando en forma definitiva.

Es el fiduciario entonces el que con motivo del fideicomiso cuenta con el derecho de propiedad, y que con motivo del mismo se encuentran repartidas las facultades de uso y goce a otras personas, lo que no implica de ninguna manera una contravención al principio de exclusividad a que nos hemos estado refiriendo.

No pasamos desapercibido lo establecido por la Ley General de Títulos y Operaciones de Crédito en el sentido de otorgarle el derecho al fideicomisario de reivindicar los bienes que hayan salido del patrimonio del fiduciario con motivo de actuaciones realizadas por éste de mala fe o en exceso de las facultades; así se puede apreciar en lo dispuesto por el artículo 390 de ley en comento.

Lo anterior, según Domínguez Martínez, ha dado opiniones, pocas por cierto, que ven al fideicomisario como propietario de los bienes fideicomitidos o que le atribuyen por lo menos la titularidad de un derecho real sobre tales bienes, ello debido a que la acción reivindicatoria compete a quién no está en posesión de la cosa la cual tiene la propiedad y su efecto será declarar que el actor tiene dominio sobre ella y se la entregue al demandado.¹⁶⁵

Al respecto estimamos que la acción reivindicatoria a que se refiere la ley en el sentido que pueda ser ejercitada por el fideicomisario, no es suficiente para considerarlo como propietario de los bienes fideicomitidos por las siguientes razones:

¹⁶⁵ Domínguez Martínez, Jorge Alfredo, *Op. Cit.*, nota 139, pp. 92 y 100.

a) La transmisión del derecho de propiedad se realiza única y exclusivamente por el fideicomitente a favor del fiduciario, así se advierte del artículo 381 de la Ley General de Títulos y Operaciones de Crédito.

b) Con motivo de lo anterior no cabe la posibilidad que pueda existir la copropiedad entre el fiduciario y fideicomisario.

c) La acción reivindicatoria que ejercitaría en su caso el fideicomisario, sólo sería para el efecto que se le restituyese no a él, sino al titular o propietario del patrimonio fideicomitado (el fiduciario) los bienes objeto de la acción.

No pasamos tampoco desapercibido la confusión que puede crear el hecho que la ley faculte al fideicomisario a ejercer este tipo de acciones no siendo el propietario de los bienes o derechos que se pretenden recuperar, pero aún así consideramos que siendo el fiduciario el propietario de los bienes y en esencia el titular de esta acción, puede el fideicomisario ejercerla a título de que se encuentre facultado con motivo del interés que tiene como beneficiario dentro del fideicomiso, pero en representación del fiduciario que es el dueño y única y exclusivamente para recuperar los bienes a favor del fiduciario, para que con ello se ingresen al patrimonio fideicomitado; en este mismo sentido se ha manifestado Domínguez Martínez al referirse a que más que una acción reivindicatoria es una acción repositoria la que tiene el fideicomisario por no ser propietario de los bienes, y de esta forma puedan regresar al patrimonio fideicomitado.

Agrega el citado autor que pudiera ser un error en la legislación el que ésta se refiera a que el fideicomisario pueda ejercitar una acción reivindicatoria para recuperar los bienes fideicomitados, pero mal sería que el fideicomisario ejercitara esa acción no siendo el

propietario y más aún si dentro de los fines del fideicomiso se encuentre establecido que el fideicomisario no deba recibir la propiedad de los bienes fideicomitidos.¹⁶⁶

Aclarar esto último, es decir, que el fideicomisario por disposición legal y por el interés con el que cuenta dentro del fideicomiso, pueda estar facultado para ejercer esta acción en representación del fiduciario, estimamos debe incorporarse en la legislación para que no quede duda sobre la titularidad del derecho de propiedad del fiduciario y la legitimación del fideicomisario.

G) EN RELACIÓN CON EL PRINCIPIO DE INDEPENDENCIA

Para establecer en que consiste el principio de independencia del derecho de propiedad se debe partir, como se ha dicho, del carácter absoluto de este derecho diciendo que el sujeto pasivo de la relación es universal, indeterminado, es cualquier persona que pueda interferir en la esfera jurídica del titular del derecho; por virtud de esa característica, el titular del derecho de propiedad no cuenta con una relación directa con determinada persona, por ello resulta ser un derecho que, por si sólo, no se puede ver limitado, disminuido, reducido o dependiente de la existencia de otro derecho que conserve otro sujeto; es un derecho que existe y vale por si mismo sin necesidad de ningún otro derecho.

Por otro lado, las limitantes que contiene el derecho de propiedad con el que cuenta el fiduciario se refieren única y exclusivamente a cumplir con los fines del fideicomiso y son impuestas al momento en que el fiduciario adquiere el derecho de propiedad con todas sus facultades; de esta manera el derecho de propiedad que adquiere el fiduciario no se encuentra limitado, por si sólo, de las facultades de uso y goce, debido a que, como se ha venido comentando, tales facultades se adquieren y luego son transmitidas por el fiduciario

¹⁶⁶ Domínguez Martínez, Jorge Alfredo, *El fideicomiso y los proyectos de la infraestructura, efectos patrimoniales del destino de ciertos bienes en fideicomiso, para la realización de un fin, con respecto al fiduciario y al fideicomitente, tesis del patrimonio de afectación sin sujeto titular del dominio*, Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM, <http://www.biblio.juridicas.unam.mx/libros/1/167/3.pdf>, pp.22-23.

con motivo del fideicomiso; así de esta forma el derecho de propiedad del fiduciario vale por si mismo y no depende de ningún otro derecho para que subsista en términos del principio de independencia en comento.

No podemos pasar desapercibido el derecho de revocación con el que cuenta el fideicomitente para terminar con el fideicomiso en términos de lo que dispone la fracción cuarta del artículo 392 de la Ley General de Títulos y Operaciones de Crédito, y con ello recuperar la propiedad transmitida por aquél a favor del fiduciario.

En relación con ello, estimamos que este derecho de revocación con el que cuenta el fideicomitente forma parte también de las facultades que transmite o mas bien en este caso que permite el fiduciario se reserven con motivo del fideicomiso una vez que éste adquiere la propiedad de los bienes fideicomitados, y de esta forma, el derecho de propiedad del fiduciario, por si sólo, tampoco depende del derecho de revocación con el que cuenta el fideicomitente con motivo de la constitución del fideicomiso. En este sentido reafirmamos nuestra apreciación consistente en que con motivo de la transmisión de propiedad realizada a favor del fiduciario, éste recibe una propiedad con todas las facultades normales de uso, goce y disposición como cualquier otro propietario, pero con motivo del fideicomiso acepta limitar alguna de sus facultades o las transmite a fin de cumplir con los fines del mismo; el derecho de revocación si bien es cierto puede terminar con el fideicomiso, no es un derecho que su existencia sea necesaria para que el derecho de propiedad del fiduciario exista, que pueda extinguirse el fideicomiso con motivo de su ejercicio es muy diferente a que la propiedad fiduciaria exista mientras exista ese derecho.

H) EN RELACIÓN CON EL PRINCIPIO DE ORIGINALIDAD O FUNDANTE

Hablar del principio de originalidad o fundante del derecho de propiedad, como quedo establecido anteriormente en criterio de Morineau, es hacer referencia a que todos los

demás derechos reales o personales que autorizan determinada conducta sobre las cosas suponen siempre la existencia previa del derecho de propiedad para estructurarse; en este sentido la norma que crea al derecho de propiedad es fundante de todas las demás que facultan a actuar sobre las cosas; así por ejemplo, se dijo en este sentido que el usufructo autoriza la misma conducta permitida por el derecho de propiedad, el uso y disfrute de los bienes, sin embargo, se relaciona con la propiedad en el sentido de que no puede concebirse sin ésta.¹⁶⁷

De esta manera los derechos del fideicomisario adquiridos con motivo del fideicomiso no podrían concebirse sin que previamente el fiduciario obtenga el derecho de propiedad de los bienes fideicomitidos; así por ejemplo, si el fideicomisario recibe el derecho de uso y goce de los bienes objeto del fideicomiso con motivo de los fines de éste, es a razón de que el fiduciario cuenta con ellos por haber adquirido la propiedad de tales bienes, y solamente éste es quién los transmite con motivo de su derecho original o fundante de propiedad con el que cuenta; así también por ejemplo, sin con motivo de los fines del fideicomiso el fiduciario transmite a terceros algunas de las facultades de uso y goce con motivo de un derecho personal, como por ejemplo un arrendamiento, lo hace en virtud de ese derecho de propiedad originario o fundante con el que cuenta.

6. LA PROPIEDAD DEL FIDUCIARIO Y LAS FORMAS DE LIMITACIÓN AL DERECHO DE PROPIEDAD

Es incuestionable el hecho que, aún y cuando la propiedad que detenta el fiduciario con motivo del fideicomiso no contravenga ninguno de los principios o características que rigen al derecho de propiedad, esta se encuentra limitada en cuanto a las facultades de uso,

¹⁶⁷ Véase, p. 52-53.

goce y disposición de los bienes con motivo de la realización de los fines encomendados al fiduciario; es por ello que procederemos ahora a confrontar el derecho de propiedad que detenta el fiduciario con las formas en que se puede ver limitado el derecho de propiedad a que hicimos referencia en el capítulo segundo de esta obra, y así establecer a que tipo de limitación se refiere, para posteriormente ser objeto de estudio en los siguientes capítulos.

A) EN RELACIÓN CON LAS LIMITACIONES PROPIAMENTE DICHAS

Ya se comentó que a este tipo de limitaciones se les ha denominado “limitaciones directas al derecho de propiedad”, y en ellas la legislación juega el papel más importante debido a que es ésta la que hace que la propiedad se encuentre subordinada a las normas establecidas por el Estado para regular este derecho; que el derecho de propiedad visto desde este punto de vista, según lo comenta Azúa Reyes siguiendo a O’Callaghan Muñoz, se concibe como un derecho que llega exactamente hasta donde la ley lo permite, de tal suerte que el que tenga interés en que el titular del derecho no traspase esos límites sólo necesita invocar la disposición que los contiene.

Agregamos que esta forma de limitación es impuesta en forma general e igual a todos los propietarios con motivo de que deriva directamente del interés público por encontrarse concisamente en la norma y aplicarse por igual a todos los que se hallen en la misma hipótesis, que se refiere invariablemente a abstenciones y cargas positivas a su titular traducidas principalmente en cómo deben usarse y como no deben usarse los bienes que se tienen en propiedad, que se derivan directa y únicamente de la norma y no en convenciones establecidas por los particulares.¹⁶⁸

Las limitantes que encuentra el fiduciario con motivo del fideicomiso se refieren, principalmente, a tener que destinar los bienes o derechos que le son transmitidos a los fines

¹⁶⁸ Véase, p. 79.

determinados en el fideicomiso, y a que sólo puede ejercitar respecto de dichos bienes los derechos y acciones que al mencionado fin se refieren, restringiéndose de esa forma las facultades de uso, goce y disposición sobre tales bienes.

Ahora bien, si ya anteriormente se dijo que con motivo de la transmisión realizada a favor del fiduciario, éste recibe en un primer momento una propiedad plena con todas las facultades de uso, goce y disposición como cualquier otro propietario, pero que con motivo del fideicomiso acepta limitar sus facultades con motivo de cumplir con los fines del fideicomiso, no podemos considerar que esa limitación se refiera a las limitantes propiamente dichas.

Lo anterior estimamos que es así debido a que las limitaciones con las que cuenta el fiduciario no le son impuestas directa y solamente por la ley como un derecho que llega exactamente hasta donde esta lo permite, sino más bien son el resultado de un acuerdo de voluntades entre el fideicomitente, fiduciario y fideicomisario, con motivo tanto de la constitución del fideicomiso, como de la ley que lo permite, es decir, son establecidas por las partes y llegan hasta donde estas lo permitan al instituir los fines del fideicomiso siempre con anuencia de la ley; es decir, se requiere de la voluntad y de la ley para que estas puedan ser posibles, no sólo de la legislación.

B) EN RELACIÓN CON MODALIDADES DEL DERECHO DE PROPIEDAD

Al referirnos a las modalidades del derecho de propiedad dentro del capítulo segundo de este trabajo estimamos que estas deben entenderse a los modos de ser, maneras o formas especiales o atípicas en que se manifiesta el derecho de propiedad conservando siempre su sustancia; consideramos también que las modalidades atienden a diversos aspectos como el ejercicio del derecho, el objeto visto como la cosa o bien de que se trata, e inclusive ciertas obligaciones.

También establecimos que al hablar de modalidades del derecho de propiedad implica referirnos a una limitación de alguna de las facultades de su titular que hagan del derecho una forma atípica o especial de manifestarse, incluyendo el derecho de libre disposición de la cosa; que son elementos necesarios para que se configure la modalidad en el derecho de propiedad la existencia de una norma jurídica que la imponga o la permita, que introduzca una limitación de alguna de las facultades de su titular que hagan del derecho de propiedad una forma atípica o especial de manifestarse y la voluntad de las partes en el acto jurídico correspondiente por virtud del cual se someten a la hipótesis prevista por la norma la cual impone la modalidad.¹⁶⁹

En relación con la propiedad que le es transmitida al fiduciario con motivo del fideicomiso el autor Luís Muñoz considera que el legislador mexicano al tipificar el fideicomiso le atribuye una función típica, una causa fin que es objetiva, la posibilidad de la existencia en el ordenamiento jurídico de la propiedad fiduciaria como modalidad del derecho de propiedad.¹⁷⁰

Por su parte el autor José Manuel Villagordoa Lozano estima que la limitación que se impone al fiduciario que consiste en la obligación de destinar los bienes al cumplimiento de la finalidad del negocio, no modifica la esencia del derecho de propiedad de tal manera que pueda implicar la creación de un nuevo derecho real, sino únicamente implica una modalidad de dicho derecho de propiedad.¹⁷¹

Otros autores estiman que el fideicomiso se traduce en una modalidad del dominio, que transforma al derecho de propiedad por ser transitorio y subordinado; transitorio debido a que la incorporación al patrimonio del fiduciario conlleva a una ulterior transferencia

¹⁶⁹ Véase, pp. 84 y 87.

¹⁷⁰ Muñoz, Luis, *El fideicomiso*, 2a. ed., México, Cárdenas editor y distribuidor, 2001, p. 17.

¹⁷¹ Villagordoa Lozano, José Manuel, *Doctrina General del fideicomiso*, 4a. ed., México, Porrúa, 2003, p. 73.

durante el plazo del fideicomiso o al momento de extinguirse, y subordinado debido a que el dominio se encuentra a expensas del negocio para el cual fue creado el fideicomiso.¹⁷²

Estimamos que en lo que respecta a la propiedad que le es transmitida al fiduciario con motivo del fideicomiso se cumplen sólo dos de los elementos que consideramos necesarios para referirse a ella como una modalidad del derecho de propiedad.

En efecto, el fiduciario encuentra de entrada una limitación a su derecho de disposición debido a que debe ejercerlo conforme a los fines establecidos en el fideicomiso, así como a su derecho de goce toda vez que es el fideicomisario el que recibe los beneficios de la operación; además, dependiendo del tipo de fideicomiso verá también limitado su derecho de uso; así se cumple con el elemento de que se introduzca una disminución o limitación de alguna de sus facultades al hablar de la modalidad.

Por otra parte también existe el elemento de la voluntad de las partes por virtud del cual se someten a la forma en que habrá de operar el fiduciario en relación con los bienes o derechos que le son transmitidos en propiedad; más sin embargo estimamos que no se cumple con el elemento que se refiere a que exista previsto en la ley como una forma especial o atípica estableciendo sus reglas, como por ejemplo la copropiedad o la propiedad en condominio; es decir, la legislación no establece que se crea un tipo de propiedad específica estableciendo sus reglas, o cómo algunos autores la denominan “propiedad fiduciaria”, sólo se refiere a que se transmite la propiedad a favor del fiduciario, pero las reglas las imponen las partes a través de su voluntad, no son impuestas por la ley.

En conclusión, consideramos que por no reunirse los elementos necesarios para que se configure la modalidad del derecho de propiedad, en específico que se encuentre prevista

¹⁷² Camerini, Marcelo A., et al., *Tratamiento integral del fideicomiso, fideicomiso financiero, fideicomiso y reestructuración de entidades financieras, fideicomiso de garantía, fideicomiso y concurso preventivo, fideicomiso y sus aspectos impositivos*, Argentina, AD-HOC, 2007, p. 235.

por la ley como una forma de propiedad especial estableciendo sus reglas, estimamos que no debe considerarse a la propiedad del fiduciario como una propiedad especial o atípica en nuestro derecho, o que sus limitantes sean causa de una modalidad del derecho de propiedad.

C) EN RELACIÓN CON EL DESMEMBRAMIENTO DEL DERECHO DE PROPIEDAD

Se comentó en el capítulo segundo de este trabajo, siguiendo a Ibarrola, que existe un desmembramiento del derecho de propiedad cuando éste se fracciona como derecho pleno que es, transmitiéndose parte de esa fracción de derecho a otro conservando el propietario solamente un derecho mutilado denominado nuda propiedad; que además de lo anterior, en comentario de Reina Tardié, es necesario que con motivo de dicha transmisión se constituya un derecho real distinto al de propiedad como por ejemplo el derecho real de usufructo, uso o habitación. Se habló también de la existencia de la norma que permita el acto de constitución o creación del derecho real y de la voluntad de los particulares como elemento necesarios para que se de lo antes dicho.

Agregamos también que el derecho de propiedad y nuda propiedad constituidos por este medio son distintos debido a que el primero cuenta con un sujeto pasivo indeterminado, es decir, todo el mundo esta obligado a abstenerse de perturbar su derecho, en cambio el segundo es el sujeto pasivo determinado frente al titular del derecho real constituido con motivo del desmembramiento del primero.¹⁷³

Ahora bien, las limitaciones con las que cuenta el fiduciario con motivo del fideicomiso se refieren principalmente al deber de destinar los bienes o derechos adquiridos a los fines establecidos, restringiéndose de esa manera las facultades de uso, goce y disposición, y

¹⁷³ Véase, pp. 88-89, 94-95.

para que ello sea posible se requiere de la existencia de una norma que permita tal limitante y de un acto de voluntad emitido por las partes dentro del fideicomiso.

Aún y cuando se den estos dos supuestos, el de existencia de una norma y el de la voluntad de los particulares, estimamos que las limitantes con las que cuenta el derecho de propiedad del fiduciario no se refieren a un desmembramiento que sufra tal derecho por las siguientes razones:

a) El fiduciario adquiere la propiedad de los bienes o derechos transmitidos no la nuda propiedad, motivo por el cual no debe hablarse de que exista algún desmembramiento de tal derecho y de esta forma tampoco la creación de algún otro derecho real distinto al de propiedad con motivo del fideicomiso.

Es importante aclarar que esas limitaciones con las que cuenta el derecho de propiedad del fiduciario se refieren al deber o carga de cumplir con los fines del fideicomiso, y que esos fines pueden consistir, dependiendo del tipo de fideicomiso, en que el fiduciario constituya algún derecho real distinto al de propiedad limitando de esa manera su derecho, pero ya en el momento que cumpla con el fin, en un momento posterior; es decir, una cosa es la limitación o limitaciones con las que cuenta el fiduciario después de adquirir la propiedad y otra cosa son los actos que realice con motivo de la realización de dichos fin como puede ser la constitución de algún derecho real.

b) No pasamos desapercibido lo dispuesto en el artículo 386 de la Ley General de Títulos y Operaciones de Crédito en el sentido que el fideicomitente pudiera reservarse algún derecho al momento en que transmite la propiedad al fiduciario con motivo del fideicomiso; en relación a esto manifestamos que el mismo comentario merece tal consideración toda vez que no es posible hablar en ese supuesto de un desmembramiento del derecho de propiedad debido a que la citada ley habla de transmisión de propiedad a favor del fiduciario, no de nuda propiedad ni de derecho real distinto al de propiedad, es decir, el derecho que

pudiera reservarse no constituye un derecho real por tratarse de una transmisión de propiedad, se insiste, no de una nuda propiedad.

D) EN RELACIÓN CON LA CONSTITUCIÓN DE OBLIGACIONES DE CARÁCTER PERSONAL

Comentamos también en el capítulo que antecede que otra de las formas en que se puede limitar o restringir el derecho de propiedad es con motivo de la creación o constitución de obligaciones de carácter personal con motivo de la celebración de un acto jurídico entre el propietario y terceras personas, en donde aquél transmite su facultad de uso o goce de una manera temporal. Agregamos que para que se pueda restringir el derecho de propiedad de esta manera se requiere de una norma que regule, establezca o permita tal posibilidad, así como del acuerdo de voluntades entre las partes que se plasme en el acto jurídico correspondiente.¹⁷⁴

Vemos cómo estos dos requisitos se vierten para que el fiduciario pueda limitar su derecho de propiedad; así, por una parte existe la normatividad que permite o autoriza al fiduciario a adquirir una propiedad para destinarla a los fines estipulados en el fideicomiso, y por otra un acuerdo de voluntades de las partes sobre todo del fiduciario para cumplir con los citados fines.

Hablar de acuerdo de voluntades, y en el caso en particular del acuerdo de voluntades entre el fideicomitente, fiduciario y fideicomisario, implica necesariamente ver, además de un aspecto real del fideicomiso, un aspecto personal, y de esta forma estar en posibilidad de determinar que tipo de obligaciones son las que adquiere el fiduciario que impliquen el hecho que deba cumplir con los fines del fideicomiso, además de ver si estas son las causantes

¹⁷⁴ Véase, p. 97.

realmente de que el fiduciario se vea limitado su derecho de propiedad, actuando, inclusive, como si no lo fuera; cuestiones que serán tratadas en el siguiente capítulo.

SEGUNDA PARTE

CAUSAS QUE LEGITÍMAN LA FORMA DE ACTUAR DE LAS INSTITUCIONES FIDUCIARIAS

CAPÍTULO IV

EL ASPECTO PERSONAL DEL FIDEICOMISO

1. UBICACIÓN Y ENFOQUE DEL TEMA

En el capítulo anterior se estudió el aspecto real del fideicomiso, es decir, la transmisión de propiedad realizada por el fideicomitente a favor del fiduciario y, una vez comparada con cada uno de los principios que rigen al derecho de propiedad, se determinó que no contraviene ninguno de ellos; así mismo estudiamos y analizamos las formas en que el fiduciario, como propietario de los bienes fideicomitados, ve limitado su derecho de propiedad en el uso, goce y disposición y, una vez comparadas con las formas por las cuales es posible limitarlo, se determinó que no se refiere a limitantes propiamente dichas establecidas por la ley, tampoco a alguna de las modalidades del derecho de propiedad, ni a un desmembramiento que de éste pudiera realizarse.

Se comentó que en relación con las obligaciones de carácter contractual como limitantes impuestas voluntariamente por las partes para restringirse sus derechos u obligaciones, serían objeto de estudio en el presente capítulo a la luz de las restricciones con las que cuenta el fiduciario con motivo de su derecho de propiedad, y así de esta forma estar

en aptitud de determinar si tales restricciones se refieren o no a obligaciones impuestas por las partes con motivo de la constitución del fideicomiso.

Lo anterior implica realizar un análisis del aspecto personal, interno o entre partes del fideicomiso, es decir, de los derechos y las obligaciones que se generan para cada una de ellas, pero antes de ello debemos realizar un estudio del origen o fuente de los derechos contractuales que nos sirva de hilo conductor para hacer la identificación correspondiente con los derechos y obligaciones que se derivan del fideicomiso.

Posteriormente realizaremos un análisis de algunas situaciones que ocurren día con día con motivo de la forma de actuar de las instituciones fiduciarias como propietarias de los bienes fideicomitados, y que generan a final de cuentas algunas confusiones y problemas con motivo de lo anterior.

2. EL ASPECTO PERSONAL DEL FIDEICOMISO

El aspecto personal del fideicomiso según María Valentina Aicega, se refiere a su carácter obligacional o interno de las partes que intervienen, a los compromisos adquiridos por ellas para la realización del fin específico establecido, a los efectos *inter partes* que se generan con su constitución.¹⁷⁵

No tenemos objeción alguna en considerar que el aspecto personal se refiere o se traduce en el conjunto de derechos y obligaciones establecidos por las partes que intervienen en el fideicomiso, pero habremos de establecer cómo es que éstos surgen, es decir, que es lo que hace que las partes se vinculen y con ello puedan exigirse tales derechos y obligaciones.

Cuando se hizo referencia a las exigencias de la transmisión del derecho de propiedad comentamos que para algunos tratadistas es la norma jurídica la que permite la transmisión de tal derecho, y para otros es la voluntad de las partes; estimamos que en

algunos casos es la ley la que resulta ser la única causante de la transmisión, pero en otros casos resulta necesario que concurren tanto la legislación como la voluntad de las partes de manera conexa, así por ejemplo, no podríamos concebir una compra venta de un bien si no se da el consentimiento de las partes, el cual debe ir acorde a las disposiciones legales correspondientes, de esta manera la voluntad o consentimiento se vuelve un factor determinante para que la transmisión surta sus efectos, y de esta forma las partes puedan también establecer condiciones o cargas de contenido obligacional que surtan efectos entre las partes.

También establecimos que el medio o modo por virtud del cual se da cumplimiento a lo anterior es a través de la celebración de los actos jurídicos correspondientes, sobre todo los que se realizan a título particular y oneroso en donde se considera pueden entrar la mayoría de los actos traslativos de propiedad en los que el adquirente promete entregar o entrega alguna cosa a cambio, creándose los derechos y las obligaciones correspondientes.¹⁷⁶

Por lo anterior y en base a que el fideicomiso refiere a una transmisión de propiedad del fideicomitente hacia el fiduciario, debe considerarse a aquél como un acto jurídico celebrado entre las partes que en él intervienen, pero consideramos que esto no es suficiente para determinar la causa u origen por la cual se genera el aspecto personal u obligacional del fideicomiso, debido a ello, habremos de realizar un estudio más profundo para determinar, dentro de los actos jurídicos, a que tipo de acto jurídico se refiere, sus elementos y consecuencias a la luz del funcionamiento del fideicomiso.

A) EL ACTO JURÍDICO Y EL CONTRATO

¹⁷⁵ Aicega, María Valentina, *El patrimonio en el contrato de fideicomiso*, Buenos Aires, AD-HOC, 2007, p. 63.

¹⁷⁶ Véase, pp. 62-65.

Para Galindo Garfias por actos jurídicos debe entenderse a los acontecimientos que producen efectos jurídicos en los que interviene la voluntad del hombre dirigida expresa y deliberadamente a producir los efectos previstos en la norma jurídica.¹⁷⁷

Entendemos al acto jurídico como la manifestación de voluntad expresa de una persona que se realiza con el propósito deliberado de producir determinadas consecuencias de derecho que se traducen en derechos y obligaciones contemplados en la norma, creándolos, transmitiéndolos, modificándolos o extinguiéndolos.

Ejemplo típico de los actos jurídicos son los contratos por virtud de los cuales las partes que intervienen deben de realizar un determinado tipo de acuerdo para poder obtener los resultados que la ley le atribuye al contrato que se celebra; esos resultados o efectos previstos por la norma se refieren, en específico, a la creación o transmisión de derechos y obligaciones.

De esta forma, siguiendo a Leopoldo Aguilar, además de la ley, el contrato resulta ser una de las fuentes principales de las obligaciones, se estructura por las partes que en él intervienen mediante un acuerdo de voluntades, y por virtud de este acuerdo se crean o transmiten los derechos y obligaciones correspondientes.¹⁷⁸

Es por ello que los artículos 1792 y 1793 del Código Civil Federal establecen respectivamente que convenio es el acuerdo de dos o más personas para crear, transferir, modificar o extinguir obligaciones, y que los convenios que producen o transfieren las obligaciones y derechos toman el nombre de contratos.

a) ELEMENTOS DEL CONTRATO

¹⁷⁷ Galindo Garfias, Ignacio, *Derecho civil*, 20a. ed., México, Porrúa, 2000, p. 210.

¹⁷⁸ Aguilar C., Leopoldo, *Contratos civiles*, 2a. ed., México, Porrúa, 1977, p. 6, citado por Sanromán Aranda, Roberto, *Las fuentes de las obligaciones*, México, Mc Graw-Hill, 1998, p. 10.

De los conceptos de contrato o acto jurídico establecidos anteriormente se advierte que para que éste exista precisa de dos elementos: El acuerdo de voluntades entre dos o más personas y el objeto.

El acuerdo de dos o más voluntades según criterio de Gutiérrez y González, se realiza en el sentido de crear o transferir efectos de derecho o derechos y obligaciones, a lo cual se le denomina también consentimiento, siendo necesario que ese acuerdo se manifieste de una manera exterior.¹⁷⁹

Agrega el citado autor que el objeto del contrato se refiere a crear o transmitir derechos y obligaciones entre las partes intervinientes, siendo más específico, se refiere a una conducta de dar, hacer o no hacer; esto último es a lo que se le denomina como el objeto de la obligación, y aclara que el objeto directo del contrato es crear una obligación a cargo de cada una de las partes, pero esa obligación, a su vez, tiene un objeto que es un dar, hacer o no hacer.¹⁸⁰

Tenemos entonces estos dos elementos (consentimiento y objeto) los cuales resultan ser necesarios para la realización de cualquier contrato, y la falta de alguno de ellos traería como consecuencia la inexistencia del acto, es decir, no quedarían las partes vinculadas ni se producirían los efectos pretendidos por las mismas.

B) EL FIDEICOMISO COMO CONTRATO

En opinión de Acosta Romero, el fideicomiso es un contrato debido a que es la expresión de voluntad de dos o más personas para crear, transmitir, reconocer y declarar derechos y obligaciones, es una relación jurídica entre dos o más personas puesto que siempre debe haber por lo menos un fideicomitente y una institución fiduciaria, estableciéndose de esa relación los derechos y obligaciones entre las partes, es un contrato

¹⁷⁹ Gutiérrez y González, Ernesto, *Derecho de las obligaciones*, 11a. ed., México, Editorial Porrúa, 1996, p. 249.

¹⁸⁰ *Ibidem*. p. 277.

debido a que se requiere la aceptación del fiduciario para que se transmitan los bienes, es por eso que no puede considerársele como una declaración unilateral de voluntad, es un contrato y requiere la voluntad de todos los que intervienen en él.¹⁸¹

Agrega el citado autor que, además de lo anterior, es importante destacar que el fideicomiso es un acto jurídico porque requiere de la aceptación de la institución fiduciaria para que se le puedan transmitir los bienes, aceptar el fideicomiso no es una obligación sino una potestad del fiduciario.¹⁸²

Por su parte Iturbide Galindo y Velarde Violante consideran que el fideicomiso es un contrato debido a que aglutina un cierto número de derechos y obligaciones a los que quedan sometidos los sujetos que se ubiquen dentro de la hipótesis establecida en la ley, es decir, el fideicomiso no es de los conceptos que manifiestan un simple estado jurídico no esencialmente vinculatorio como por ejemplo la minoría de edad o la personalidad, por el contrario es un concepto que manifiesta relaciones entre dos o más personas con derechos y obligaciones más o menos equivalentes, pero todos concentrados en un solo aspecto, el fideicomiso.¹⁸³

Para Quintana Adriano el fideicomiso es el contrato mediante el cual una persona física o moral transfiere la propiedad sobre parte de sus bienes a una institución fiduciaria para que con ellos se realice un fin lícito, que la propia persona señala en el contrato respectivo.¹⁸⁴

Por otra parte Juan Suayfeta estima que el fideicomiso es un contrato debido a que se ha venido reglamentado desde sus inicios como tal en diversas legislaciones donde se hace

¹⁸¹ Acosta Romero, Miguel y Almazán Alaniz, P. Roberto, *Tratado teórico práctico de fideicomiso*, 4a. ed., México, Porrúa, 2002, pp. 188 y 189.

¹⁸² *Ibidem*. p. 197.

¹⁸³ Iturbide Galindo, Adrián y Velarde Violante, Antonio, *Derecho mercantil, operaciones de crédito*, México, UNAM, 1995, vol. 3, p. 84.

¹⁸⁴ Quintana Adriano, Elvia Arcelia, *Diccionario de derecho mercantil*, México, Porrúa y UNAM, 2001, p. 251.

ver la función fiduciaria, dando por sentado el principio de que el fideicomiso es un contrato; así a manera de ejemplo el citado autor manifiesta que el artículo 45 fracción tercera de la Ley General de Instituciones de Crédito y Organizaciones Auxiliares de 1941 estableció que las instituciones fiduciarias registrarán en su contabilidad y en sus contabilidades especiales que deben abrir por cada contrato de fideicomiso el dinero y demás bienes que se les confíen.

Agrega que la fracción segunda del artículo 46 de la misma legislación fracción segunda prohibía a las instituciones fiduciarias responder a los fideicomitentes, mandantes o comitentes del incumplimiento de los deudores, y ordenaba que en los contratos de fideicomiso, mandato o comisión se insertará en forma notoria dicha fracción, y en la fracción quinta del mismo precepto prohibía además celebrar contratos de fideicomiso que tengan por objeto el pago periódico de primas.

Añade que la extinta Ley Reglamentaria del Servicio Público de Banca y Crédito de 1985 en su artículo 60, y la Ley de Instituciones de Crédito en su artículo 79 establecen en su parte relativa que en las operaciones de fideicomiso las instituciones abrirán contabilidades especiales por cada contrato, debiendo registrar en las mismas y en su propia contabilidad el dinero y demás bienes.

Otro ejemplo del citado autor lo refiere al actual artículo 381 de la Ley de Títulos y Operaciones de Crédito hace que se nos haga evidente que el fideicomiso ha sido siempre y sigue siendo un contrato, un acto jurídico plurilateral, en cuanto que tienen que participar en él cuando menos dos protagonistas: el fideicomitente, que transmite ciertos bienes que le son propios, destinándolos a uno o varios fines determinados, y el fiduciario, que los adquiere para hacerse cargo con ellos del cumplimiento o ejecución de dichos fines. El

fideicomitente actualiza y da vigencia al destino por él decidido respecto de los bienes, al confiar su realización al fiduciario.

Otro ejemplo más a que hace referencia es el artículo 382 que confirma que la existencia y validez del fideicomiso está condicionada a la aceptación por parte del fiduciario, implica la necesidad de que se produzca la coincidencia de voluntades de ambas partes para que la operación pueda consumarse, es decir, requiere la celebración de un contrato.¹⁸⁵

El autor Guillermo Tinti hace ver, inclusive, cuales son las características del fideicomiso como contrato, y al respecto expone lo siguiente:

“Podemos señalar los siguientes caracteres constantes en el contrato para constituir un fideicomiso:

- a) Es consensual, y se concluye con el consentimiento de las partes. Si bien es cierto que el fiduciario debe entregar la cosa objeto del contrato, no es esto un requisito para que quede concluido, sino que hace ya al cumplimiento específico de las obligaciones derivadas de este contrato.
- b) Es bilateral, ya que las partes quedan recíprocamente obligadas con prestaciones a su cargo.
- c) Es oneroso, a consecuencia de lo dicho en el punto anterior; y porque las ventajas que se procura a una de las partes le es concedida por la prestación que la otra ha comprometido;
- d) Es no formal; sin embargo a los fines de oponibilidad frente a terceros se requiere la inscripción prevista en el artículo 13 de la ley 24.441.
- e) Es conmutativo, en tanto que es dado a las partes conocer las ventajas y pérdidas que el contrato les significará, al momento de su celebración.
- f) Es de tracto sucesivo, o de cumplimiento continuado, pues sus efectos se prolongan en el tiempo.”¹⁸⁶

Por su parte la Corte, a través de los Tribunales Colegiados de Circuito, considera al fideicomiso como contrato al emitir los siguientes criterios:

FIDEICOMISOS. LAS ACCIONES EN SU CONTRA DEBEN EJERCITARSE CONTRA LA INSTITUCIÓN FIDUCIARIA.
Una exégesis de los artículos 381 a 393 de la Ley General de Títulos y

¹⁸⁵ Suayfeta O, Juan, *La nueva normatividad fiduciaria, un paso más hacia el caos*, Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM, Revista de Derecho Privado, Cuarta Época, <http://www.juridicas.unam.mx/publica/librev/rev/derpriv/cont/8/dtr/dtr5.pdf>, pp. 173-174.

¹⁸⁶ Tinti, Guillermo, *Op. Cit.*, nota 135, p.11.

Operaciones de Crédito, permite concluir que los fideicomisos, por su propia naturaleza, se traducen en negocios jurídicos por medio de los cuales los fideicomitentes constituyen un patrimonio autónomo distinto del perteneciente a las partes que intervienen en su formación a través del contrato correspondiente, afecto a un fin lícito determinado, teniendo el fiduciario todos los derechos y acciones que se requieran para el cumplimiento de sus fines; sin embargo, cualquier acción en su contra debe ejercitarse contra la institución fiduciaria, la cual para cumplir con las resoluciones que al respecto pronuncien las autoridades competentes afectan, en la medida que sea necesario, los bienes materia del fideicomiso.¹⁸⁷

TERCERA EXCLUYENTE DE DOMINIO. LA FIDUCIARIA TIENE LEGITIMACIÓN PARA PROMOVERLA.

De acuerdo a los artículos 381, 384, 385, 386 y 391 de la Ley General de Títulos y Operaciones de Crédito en vigor se deduce, que el legislador concibió al fideicomiso como un contrato mercantil, por virtud del cual el fideicomitente transmite de buena fe a la fiduciaria, todo o parte de sus bienes o derechos para un fin, consistente en procurar beneficios a favor del fideicomisario. En virtud de esta transmisión, el fideicomitente queda privado de toda acción o derecho de disposición sobre los bienes fideicomitados, cuya titularidad pasa a la institución fiduciaria para el exacto y fiel cumplimiento del fin lícito encomendado y, en consecuencia, ésta cuenta con todos los derechos y acciones para la defensa del patrimonio fideicomitado, frente a quien los altere, obstaculice o imposibilite para el cumplimiento de los fines del fideicomiso. Por tanto, cuando el bien raíz fideicomitado se embarga en un procedimiento judicial, con posterioridad a la constitución del fideicomiso, la fiduciaria está legitimada en la causa, para exigir el levantamiento del gravamen mediante la promoción de la tercera excluyente de dominio.¹⁸⁸

FIDEICOMISO. ES UN NEGOCIO JURIDICO Y NO PERSONA MORAL CORRESPONDIENDO SU REPRESENTACION A LA FIDUCIARIA.

El fideicomiso es un contrato en el que los bienes se encuentran destinados a la finalidad del negocio y la representación en defensa de los intereses corresponde a la fiduciaria atento al contenido del artículo 356 de la Ley General de Títulos y Operaciones de Crédito, máxime cuando se reconoce, por tercera persona, que se trata de un fideicomiso y, partiendo de tal premisa, debe concluirse que con ello prácticamente se debe reconocer la legitimación de la fiduciaria para tener intervención en la controversia natural, sin que obste a lo anterior

¹⁸⁷ Tesis V. 2º. 42 K, *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, Novena Época, t. XXI, enero de 2005, p. 1772.

¹⁸⁸ Tesis I. 4º. C. 127 C, *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, Novena Época, t. XXVI, septiembre de 2007, p. 2671.

la circunstancia de que en el contrato base de la acción intervenga otra persona física en representación del fideicomiso, ya que, por disposición expresa legal, corresponde la debida representación en el juicio a la fiduciaria, siendo menester que se le conceda la garantía de audiencia en esa controversia; por ello es erróneo que se esté en presencia de una empresa o persona moral ya que el fideicomiso es un contrato y como tal no puede ser considerado como una persona jurídica colectiva. ¹⁸⁹

Para Villagordoa Lozano el considerar al fideicomiso como contrato se traduce en un equilibrio de la potencialidad del libre consentimiento con el que cuenta cada una de las partes, dando la seguridad jurídica necesaria debido a que todo contrato se encuentra sujeto también a los principios generales del derecho. ¹⁹⁰

Por nuestra parte consideramos que el principio que da la pauta para considerar de entrada al fideicomiso como un contrato, lo es la primera disposición de la Ley de Títulos y Operaciones de Crédito en relación al fideicomiso.

En efecto, el artículo 381 de la ley en comento establece lo siguiente:

“Artículo 381.- Por virtud del fideicomiso, el fideicomitente transmite a una institución fiduciaria la propiedad o la titularidad de uno o más bienes o derechos, según sea el caso, para ser destinados a fines lícitos y determinados, encomendando la realización de dichos fines a la propia institución fiduciaria.”

El fideicomiso resulta ser definitivamente un contrato debido a que, para que pueda existir una transmisión de propiedad de un bien o la titularidad de un derecho, deberá haber siempre un acuerdo de voluntades entre la persona que transmite y la persona que recibe los bienes o derechos, es decir, un consentimiento, y con ello, como su consecuencia, la creación de determinados derechos y obligaciones entre las partes derivados de esa transmisión; uno se obliga a entregar y otro a recibir lo pactado.

¹⁸⁹ Tesis I. 3º. C. 768 C, *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, Octava Época, t. XV-I, febrero de 1995, p. 187.

¹⁹⁰ Villagordoa Lozano, José Manuel, *Op. Cit.*, nota 166, p. 10.

El fideicomitente manifiesta su voluntad de transmitir la propiedad de determinados bienes o la titularidad de determinados derechos al fiduciario, y este último expresa también su voluntad de recibirlos; el primero se obliga a entregar y el segundo a recibir, existiendo desde luego el consentimiento y el objeto como elementos necesarios para la existencia del contrato; esto independientemente de los demás derechos y obligaciones que se generan o se crean por las partes con motivo del contrato, es decir, no podemos hablar solamente de transmisión de propiedad en el contrato de fideicomiso como más adelante se verá.

Al haber entonces un acuerdo de voluntades de las partes donde se crean y transmiten determinados derechos y obligaciones para cada una de ellas, estimamos que es ahí de donde surgen las características del contrato como el ser consensual, bilateral, oneroso, conmutativo y de tracto sucesivo a que se hizo referencia con anterioridad.

De lo anterior debe concluirse, como lo expone Domínguez Martínez, un aspecto fundamental que se refiere a la transmisión de propiedad, y ello trae como consecuencia también la participación voluntaria de quién adquiere, es decir, el término transmitir requiere de dos conductas, la del sujeto que transmite y la del otro que adquiere, y de ahí la contractualidad habida entre las voluntades del fideicomitente y la institución fiduciaria.¹⁹¹

a) EL CONSENTIMIENTO EN EL CONTRATO DE FIDEICOMISO

Resulta importante dejar en claro que el consentimiento en el contrato de fideicomiso no sólo se refiere a que el fideicomitente manifieste su voluntad de transmitir la propiedad de determinados bienes o la titularidad de determinados derechos al fiduciario, y que este último exprese su voluntad de recibirlo, además de ello se requiere de un acuerdo de voluntades más amplio para poder darle forma definitiva al fideicomiso. El sólo hecho de hablar de transmisión y recepción de bienes o derechos no configuraría por sí sólo un fideicomiso,

¹⁹¹ Domínguez Martínez, Jorge Alfredo, *Op. Cit.*, nota 118, pp. 358 y 359.

requerirá agregar a ese consentimiento determinadas manifestaciones de voluntad por las partes con el objetivo de darle forma de fideicomiso, de no ser así estaríamos hablando de algún otro contrato o figura contractual, pero no de un fideicomiso.

Por lo anterior estimamos trascendente el determinar en que sentido debe manifestarse el consentimiento en el contrato de fideicomiso, debido a que ese acuerdo de voluntades trae como consecuencia la creación de los derechos y obligaciones entre las partes; es ese acuerdo de voluntades lo que vincula a las partes.

I EL CONSENTIMIENTO DEL FIDEICOMITENTE

En lo que cabe al fideicomitente, además de expresar su voluntad en el sentido de transmitir la propiedad de determinados bienes al fiduciario, aquél manifiesta su voluntad en diversos sentidos, según se advierte de la Ley General de Títulos y Operaciones de Crédito, como de la Ley de Instituciones de Crédito como a continuación se detalla:

a) En el sentido que la transmisión que realiza la hace con el objetivo que los bienes o derechos se destinen a los fines determinados en el contrato, es decir, no se refiere a una transmisión lisa y llana (artículo 381 de la Ley General de Títulos y Operaciones de Crédito).

b) En el sentido de designar varios fideicomisarios para que reciban simultáneamente o sucesivamente el provecho del fideicomiso (artículo 383 la Ley General de Títulos y Operaciones de Crédito).

c) En el sentido de reservarse, si así lo desea, determinados derechos en relación con los bienes fideicomitados (artículo 386 la Ley General de Títulos y Operaciones de Crédito).

d) En el sentido de determinar el plazo y las formas por las cuales se extinguirá el fideicomiso, inclusive, de poder revocar el fideicomiso si así lo desea (artículos 392 y 394 la Ley General de Títulos y Operaciones de Crédito).

e) Una vez extinguido, la forma en que deberán de transmitirse los bienes fideicomitados (artículo 393 la Ley General de Títulos y Operaciones de Crédito).

f) En el sentido de designar a un comité técnico y pagar los honorarios al fiduciario (artículo 80 de la Ley de Instituciones de Crédito).

II EL CONSENTIMIENTO DEL FIDUCIARIO

En lo que cabe al fiduciario, éste también expresa su voluntad en diversas maneras como a continuación se detalla:

a) En el sentido de ejercitar respecto de los bienes fideicomitidos los derechos y acciones que se refieran al fin establecido en el contrato, de cumplir con el fideicomiso conforme al acto constitutivo; es decir, no contará con el libre uso, goce y disposición de los bienes o derechos adquiridos (artículos 386 y 391 la Ley General de Títulos y Operaciones de Crédito).

b) En el sentido de registrar contablemente dichos bienes o derechos en forma separada de sus activos libres de disposición (artículo 386 la Ley General de Títulos y Operaciones de Crédito).

c) En el sentido de determinar juntamente con el fideicomitente el plazo y las formas por las cuales se extinguirá el fideicomiso (artículos 392 y 394 la Ley General de Títulos y Operaciones de Crédito).

d) En el sentido de ser responsable de las pérdidas o menoscabos que los bienes sufran por su culpa, e indemnizar al fideicomitente por los actos de mala fe o en exceso de sus facultades realizados por el fiduciario con motivo de la ejecución del fideicomiso en perjuicio de aquél (artículos 391 y 393 la Ley General de Títulos y Operaciones de Crédito).

III EL CONSENTIMIENTO DEL FIDEICOMISARIO

En lo que cabe al fideicomisario, éste deberá expresa su voluntad de la siguiente manera:

a) En el sentido de aceptar los beneficios que se deriven a su favor con motivo de la celebración del fideicomiso (artículo 390 la Ley General de Títulos y Operaciones de Crédito).

b) En el sentido de que atacará la validez de los actos que el fiduciario cometa en perjuicio del fideicomisario, de mala fe o en exceso de las facultades que por virtud del acto constitutivo o de la ley le correspondan al fideicomisario (artículo 390 la Ley General de Títulos y Operaciones de Crédito).

c) En el sentido de reivindicar los bienes que a consecuencia de los actos a que se refiere el inciso anterior hayan salido del patrimonio objeto del fideicomiso (artículo 390 de la Ley General de Títulos y Operaciones de Crédito).

b) EL OBJETO EN EL CONTRATO DE FIDEICOMISO

El objeto en el contrato de fideicomiso como en todo contrato se refiere a crear o transmitir derechos y obligaciones entre las partes que intervienen, a determinadas conductas que deben realizar las partes que pueden consistir en un dar, hacer o no hacer; es un objeto directo, aunque para algunos autores como Omar Olvera de Luna refieren al objeto del fideicomiso enfocado a los bienes y derechos que integran el patrimonio fideicomitado, a todos los bienes y derechos salvo aquéllos que conforme a la ley sean estrictamente personales,¹⁹² pero pensamos más bien que esto último se puede encuadrar en un objeto indirecto debido a que consideramos que lo principal es la creación o transmisión de los derechos y obligaciones, lo accesorio o secundario son los bienes u objetos que serán objeto de esos derechos y obligaciones.

I DERECHOS Y OBLIGACIONES DEL FIDEICOMITENTE

¹⁹² Olvera de Luna, Omar, *Contratos mercantiles*, México, Porrúa, 1982, p. 168.

El fideicomitente con motivo de expresar su voluntad en la forma que se expuso con anterioridad dentro del acto constitutivo del fideicomiso, se le atribuyen los siguientes derechos y obligaciones:

Derechos:

a) Reservarse los derechos que a sus intereses le convengan al momento de constituirse el fideicomiso.

b) Designar a los fideicomisarios para que reciban los beneficios del fideicomiso.

c) Designar a un comité técnico.

d) Determinar el plazo y las formas por las cuales podrá extinguirse el fideicomiso

e) Revocar el acto jurídico que dio origen al fideicomiso si se reservó ese derecho.

f) Exigir al fiduciario el cumplimiento de los fines que le fueron encomendados en acto constitutivo.

f) Que se le transmitan los bienes objeto del fideicomiso una vez extinguido el mismo si así se hubiese pactado.

Obligaciones:

a) La de transmitir la propiedad de los bienes o la titularidad de los derechos objeto del fideicomiso a favor del fiduciario.

b) La de pagar los honorarios del fiduciario si así se hubiese pactado.

II DERECHOS Y OBLIGACIONES DEL FIDUCIARIO

Con motivo de su consentimiento a la institución fiduciaria le son atribuibles los derechos y obligaciones siguientes:

Derechos:

a) A que le sea transmitida la propiedad o la titularidad de los bienes o derechos objeto del fideicomiso.

b) A recibir el pago de los honorarios correspondientes del fideicomitente si así se hubiese pactado.

c) A determinar juntamente con el fideicomitente el plazo y las formas por las cuales se extinguirá el fideicomiso.

Al respecto Acosta Romero considera que es una facultad o derecho el del fiduciario el aceptar el fideicomiso, es potestativo como todo contrato, pero dado su consentimiento tendrá que acatar las obligaciones que se deriven o que asuma con motivo del contrato.¹⁹³

Obligaciones:

a) Ejercitar respecto de los bienes fideicomitados los derechos y acciones que se refieran al fin establecido en el contrato.

b) Cumplir con los fines del fideicomiso conforme al acto constitutivo.

Estimamos que estas dos obligaciones son las más importantes que se deben de generar y sobre todo cumplir por parte del fiduciario, debido a que sobre ellas recae el eje principal del fideicomiso, sin ellas éste no podría funcionar, es lo que le da sentido; la sola transmisión de propiedad del fideicomitente al fiduciario sin el establecimiento de estas obligaciones no generaría un fideicomiso, tal vez otro contrato traslativo de propiedad pero no un fideicomiso.

En este sentido Francisco de P. Morales establece que es la finalidad del contrato de fideicomiso lo que en definitiva debe considerarse como el corazón de todo fideicomiso;¹⁹⁴ la ejecución de esa finalidad o los fines del fideicomiso, según Suayfeta, es uno de los

¹⁹³ Acosta Romero, Miguel, *Nuevo derecho bancario*, 5a. ed., México, Porrúa, 1995, p. 453.

¹⁹⁴ De P. Morales, Francisco, *Derecho notarial mexicano*, México, Editorial Asociación Nacional del Notariado Mexicano, 2002, pp. 168-169.

elementos fundamentales o de esencia del contrato que se traduce en una obligación a cargo del fiduciario como parte del contrato que es.¹⁹⁵

De esta forma el negocio que se pretenda llevar a cabo con motivo de la constitución del fideicomiso funciona en base a las instrucciones dadas al fiduciario por el fideicomitente para que el primero les dé un determinado destino a los bienes, o bien, realice sobre ellos determinados actos.

A lo anterior es importante agregar el comentario de Carvallo Yáñez en el sentido de que si bien es cierto que las instrucciones las recibe el fiduciario del fideicomitente desde el momento en que se crea el contrato con motivo del establecimiento de los fines del fideicomiso, también lo es el hecho de que se crea en la mayoría de los casos un comité técnico formado normalmente por el fideicomitente y fideicomisario que cumplen también con este cometido dando las instrucciones correspondientes;¹⁹⁶ con tal motivo, agrega Ordóñez González, es de considerarse que los actos realizados por la institución fiduciaria debido a las instrucciones dadas por el comité, libera a esta última de cualquier responsabilidad frente a las partes.¹⁹⁷

Por su parte el autor Alfredo Gómez Aguirre al referirse al comité técnico formado en el fideicomiso expresa lo siguiente:

“Como es de su conocimiento, el comité técnico tiene las mismas funciones similares a las del consejo de administración en las sociedades anónimas, con la diferencia de que el comité técnico no tiene facultades para actuar en representación de la fiduciaria, situación que es la esencia del consejo de administración; es decir, la facultad de representación. Lo que si tiene plenamente el comité técnico es la facultad de decisión, respecto de aquellos asuntos que expresamente le encomienda el fideicomitente o, en su caso, conjuntamente con el

¹⁹⁵ Suayfeta Ozaeta, Juan, *La institución jurídica del fideicomiso en caída libre, en proceso nuevas reformas a las leyes que lo regulan*, Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de investigaciones Jurídicas de la UNAM, <http://www.juridicas.unam.mx/publica/librev/rev/derpriv/cont/6/dtr/dtr4.pdf>, p. 90.

¹⁹⁶ Carvallo Yáñez, Erick, *Nuevo derecho bancario y bursátil mexicano, teoría y práctica jurídica de las agrupaciones financieras, las instituciones de crédito y las casas de bolsa*, 4a. ed., México, Porrúa, 1999, pp. 137-138.

¹⁹⁷ Ordóñez González, Juan A., *Derecho mercantil*, México, Porrúa, 2008, p. 72.

fideicomisario en el contrato constitutivo o sus reformas, lo cual constituye una limitación a la actividad de la institución fiduciaria, y de acuerdo con los usos y prácticas bancarias que son fuente de derecho en materia de operaciones de crédito, la mayoría de las instituciones importantes de banca múltiple y, desde luego, la banca de desarrollo, tienen previsto en sus contratos para el desarrollo de grandes proyectos, que el comité técnico tenga la facultad de decidir sobre todos aquellos aspectos sustantivos del fideicomiso, tales como son los contratos a celebrar, con todas sus condiciones, desde luego, precios, formas de pago, plazos, penas convencionales, y otros de su esencia; en su caso, la contratación de créditos, ya sea a favor o a cargo del fideicomiso; en aquellos que tienen por objeto la realización de obras, son estos comités los que establecen la aprobación de la contratación de profesionistas que van a realizar los estudios, proyectos y, desde luego, van a determinar las especificaciones, ruta crítica y demás elementos que se utilizan en este tipo de fideicomisos; situación que restringe la actividad del fiduciario, ya que es una reserva expresamente pactada en el contrato de fideicomiso, responsabilidades que quedan a cargo del comité técnico y, por consecuencia, de las personas que este contrate.¹⁹⁸

Consideramos que esta figura, a pesar de que es una limitante más a las funciones o facultades del fiduciario, no hace de ninguna forma que éste pierda su facultad de disposición que debe tener de los bienes, esto debido a que a final de cuentas es la institución fiduciaria la que realiza o materializa los actos correspondientes a los fines del fideicomiso, así por ejemplo si se debe transmitir la propiedad de determinados bienes por instrucciones del comité técnico, tales instrucciones no deben contravenir los fines del fideicomiso y será siempre el fiduciario quién transmita la propiedad por ser el titular de ese derecho.

Estimamos que lo anterior, además de darle sentido al negocio, también da seguridad al fideicomitente y al fideicomisario como beneficiario, debido a que el fiduciario dará a los bienes o derechos el uso o destino estipulado y no otro; es decir, el hecho de que el

¹⁹⁸ Gómez Aguirre, Alfredo, *El fideicomiso y los proyectos de la infraestructura, el fiduciario, alcances y responsabilidades de su Intervención en proyectos de infraestructura*, Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM, <http://biblio.juridicas.unam.mx/libros/1/167/4.pdf>, pp. 35-36.

fiduciario realice sobre los bienes únicamente lo que se le encomienda en el fin del fideicomiso, le da sentido a éste y seguridad a las partes.

Además de lo anterior debe agregarse el comentario de Domínguez en el sentido que el destino que se le dé a los bienes con motivo del fideicomiso, además de ser un destino aceptado y permitido por la ley, es un destino protegido por ésta, lo que hace la legislación es reconocerle legalidad y juridicidad con efectos traslativos a ese destino, inclusive con efectos reales por la transmisión de propiedad; agrega el autor que en la vida diaria todos destinamos nuestros bienes a algo, llegamos por ejemplo a determinados lugares en vehículo, o bien los frutos que percibimos con motivo de la renta de un inmueble lo destinamos a satisfacer diversas necesidades, pero el destino que se le da a los bienes fideicomitados es un destino oponible a terceros, hace que esos bienes tengan un tratamiento legal especial.¹⁹⁹

Añade el autor que esa situación jurídica de los bienes fideicomitados siempre es la misma independientemente del tipo de fideicomiso de que se trate; el tipo de fideicomiso hace sólo que varíe el fin del fideicomiso, no la situación jurídica de los bienes; así en un fideicomiso traslativo de dominio el fiduciario transmitirá determinados bienes en propiedad a terceras personas, en un fideicomiso de garantía garantizará una obligación principal, pero siempre será un destino protegido y permitido por la ley.²⁰⁰

Creemos que es precisamente esa protección que otorga la legislación al fin o destino que se les dé a los bienes lo que le viene a dar la seguridad y confianza al celebrar este tipo de contratos, además estimamos que es una consecuencia lógica de la transmisión de propiedad que se realiza del fideicomitente al fiduciario; si el fideicomitente transmite la

¹⁹⁹ Domínguez, Jorge Alfredo, *Op. Cit.*, nota 162, p. 19.

²⁰⁰ *Ídem.*

propiedad al fiduciario es para que éste último cumpla con sus obligaciones con relación a lo pactado en el fideicomiso, no para que se sirva o aproveche de lo que le fue transmitido.

c) Registrar contablemente los bienes o derechos que le son transmitidos en forma separada de sus activos libres de disposición.

En relación con esta obligación creemos importante hacer notar que los bienes transmitidos son considerados como activos, lo que viene a hacer a un lado los criterios y teorías que estimaban a los bienes fideicomitados como un patrimonio especial, independiente, autónomo o en transición. Estos bienes o derechos que adquiere el fiduciario son activos que forman parte del patrimonio del fiduciario pero que contablemente deben separarse de los demás activos que forman su patrimonio libre de disposición; no puede decirse que hay tal patrimonio independiente, autónomo o en transición, son sólo activos.

Al respecto Giacomo Rojas Elgueta explica lo que él denomina la doctrina de independencia de activos, en donde un sujeto puede operar como propietario de varios fondos comprometidos a diversos grupos de acreedores sin tener que crear una nueva entidad legal (patrimonio), de esta forma lo que era individual e indivisible ya no es el patrimonio sino el derecho a tener un patrimonio; agrega el autor que la existencia de un fideicomiso facilita la aceptación de este principio de partición de activos, es decir, dividir un patrimonio en conjunto de activos o en varios activos. Conceptualmente es más fácil, según el autor, concebir la partición de activos cuando se transfieren estos en una entidad diferente como en un fideicomiso, que cuando se logra en el mismo patrimonio.²⁰¹

Por su parte Dante Figueroa manifiesta que estos activos están imposibilitados de mezclarse con los activos de la institución fiduciaria, ésta tiene prohibido disponer de esos

²⁰¹ *Divergences and convergences of Common Law and Civil Law traditions on asset partitioning: A functional analysis*, University of Pennsylvania School, University of Pennsylvania Journal of Business Law, [http://www.law.upenn.edu/journals/jbl/articles/volume12/issue2/Elgueta12U.Pa.J.Bus.L.517/2010\).pdf](http://www.law.upenn.edu/journals/jbl/articles/volume12/issue2/Elgueta12U.Pa.J.Bus.L.517/2010).pdf)

activos como si fuesen de su propiedad personal, ese es precisamente el propósito de la separación de activos; agrega que con esta separación se protege la propiedad fiduciaria de terceros, especialmente de los acreedores del fiduciario y del beneficiario o fideicomisario.²⁰²

Cabe añadir por nuestra parte que esto es otra causa que viene a darle seguridad a las partes en el fideicomiso, sobre todo al fideicomitente y al fideicomisario; también le da seguridad al negocio mismo que se celebra con motivo del contrato de fideicomiso.

d) Es responsable de las pérdidas o menoscabos que los bienes sufran por su culpa.

e) Indemnizar al fideicomitente por los actos de mala fe o en exceso de sus facultades realizados por el fiduciario con motivo de la ejecución del fideicomiso en perjuicio de aquél.

Es hasta este punto de la investigación donde podemos apreciar de una manera más clara el hecho de que con motivo del fideicomiso el fideicomitente efectivamente realiza una transmisión de su derecho de propiedad hacia el fiduciario, es decir, al hablar ahora del consentimiento del fideicomitente en transmitir la propiedad o derechos de determinados bienes, así como el consentimiento del fiduciario para recibirlos, se aprecia mejor la transmisión del derecho de propiedad; de esta manera consideramos se cumplen con los elementos de la definición de transmisión de propiedad a que se refiere el capítulo primero de este trabajo, debido a que esta transmisión se da a través de un acto jurídico o contrato a una persona en particular como es el fiduciario, quién recibe las cualidades esenciales del derecho de propiedad convirtiéndose de esta forma en sujeto activo titular del derecho, independientemente que con motivo de cumplir con los fines del fideicomiso tenga que limitar su derecho.

-- LA RELACIÓN CON LAS LIMITACIONES DEL FIDUCIARIO

²⁰² *Civil Law Trusts in Latin America: Is the lack of trusts an impediment for expanding business opportunities in Latin America?*, Arizona Board of Regents, Arizona Journal of International and Comparative Law, <http://www.ajicl.org/AJICL2007/4.%20Figueroa%209x6.pdf>

Con anterioridad hicimos referencia a que el dominio con el que cuenta el fiduciario sobre los bienes es temporal debido al plazo establecido en el contrato, y que no cuenta con la libre disposición de los mismos ni con la facultad de disfrutarlos, esto debido a que los beneficios que resulten de la realización del fin recaen en la persona del fideicomisario como beneficiario; por otra parte, difícilmente conservará la facultad de uso de los citados bienes o derechos, ello con motivo del fin o destino previsto también en el fideicomiso;²⁰³ a final de cuentas todas estas cuestiones se traducen en límites al derecho del fiduciario o propietario de los bienes fideicomitados que le impiden actuar libremente como cualquier otro propietario.

Ahora bien, una vez analizado hasta esta parte el aspecto personal del fideicomiso podemos apreciar de una manera clara las causas que originan esas limitaciones con las que cuenta el fiduciario; en efecto, el hecho que el fiduciario no pueda usar, disfrutar o disponer libremente de los bienes o derechos que le son transmitidos, y que su derecho sea temporal por el plazo establecido en el contrato, es consecuencia de las obligaciones contractuales asumidas por la institución fiduciaria consistentes en cumplir con los fines del fideicomiso, en destinar esos bienes o derechos al mencionado fin, es decir, es el fiduciario el que conviene y se vincula con las partes dentro del contrato de fideicomiso a cumplir con determinadas obligaciones encaminadas a destinar los bienes a una finalidad, a seguir instrucciones en relación con los bienes por el destino ya establecido.

Cabe agregar que esas obligaciones asumidas por el fiduciario encuentran su fundamento original en el principio de abstracción del derecho de propiedad, el cual, se ha dicho, se refiere a que el propietario separe y transmita sus facultades conservando siempre su facultad de dominio como mínimo; es por ello que consideramos que la causa por la cual el fiduciario limita su derecho de propiedad se refiere a obligaciones de carácter contractual

²⁰³ Véase, p. 121.

perfectamente establecidas por las partes en el contrato de fideicomiso con motivo del principio de abstracción con el que cuenta todo propietario.

Vemos de esta manera como hasta el término “propiedad fiduciaria” le es inclusive impropio para referirnos a la propiedad con la que cuentan las instituciones fiduciarias sobre los bienes que reciben con motivo del contrato de fideicomiso, esto debido a que, como ha quedado apuntado con anterioridad, no se trata de una propiedad especial o una modalidad del derecho de propiedad; hay transmisión de propiedad a favor del fiduciario pero ésta, a pesar de ser plena, no persigue los resultados propios de la misma, sino que éstos dependen de la voluntad de las partes establecida en el contrato, es por ello que establecemos que recibe la propiedad en forma plena pero limita sus facultades de disposición a cumplir con los fines del fideicomiso.

A pesar de lo anterior estimamos que aunque no se trate de una propiedad especial o una modalidad del derecho de propiedad por las circunstancias que la caracterizan, debe merecer una denominación distintiva, meramente determinativa como “propiedad fiduciaria”, y así ubicarla con su sola mención como un derecho de propiedad cuyos bienes o derechos se encuentran destinados a una finalidad establecida en un contrato con motivo de las obligaciones creadas por las partes.

-- CAUSAS DE LAS OBLIGACIONES CONTRACTUALES QUE LIMITAN AL FIDUCIARIO

En el capítulo segundo de este trabajo se hicieron ver dos de las causas por las cuales se limita el derecho de propiedad, nos referimos al interés particular y a la seguridad de los negocios.

En relación al interés particular establecimos que una parte de éste se refiere a que el derecho de propiedad puede ser gravado por la voluntad del dueño, limitando así su facultad de disposición, es decir, que el propietario de un bien puede limitar por un acto voluntario

cualquiera de las facultades contenidas en su derecho, puede a través de las cláusulas propuestas en los contratos, limitar, gravar, transferir o comprometer sus facultades de uso, goce o disposición.

Agregamos que en este supuesto la norma es un factor determinante para establecer la forma en que los particulares puedan voluntariamente restringir su derecho de propiedad, es decir, la voluntad de los particulares debe regirse por las normas establecidas para cada caso en particular dependiendo el derecho o gravamen que se pretenda constituir, y así evitar que una voluntad sana y juiciosa se convierta en un capricho arbitrario del titular del derecho.²⁰⁴

En relación con la seguridad de los negocios se dijo que esta causa de limitación al derecho de propiedad se da con motivo de garantizar a las partes que intervienen el acto jurídico que se cumplan los efectos del mismo; que también en este supuesto la voluntad de los particulares debe regirse por las normas establecidas para cada caso en particular, y de esta forma poder darle al contrato los alcances requeridos.²⁰⁵

En el caso específico sabemos que el fiduciario expresa su voluntad en el sentido de obligarse a destinar los bienes que le son transmitidos a los fines marcados en el contrato de fideicomiso, limitando de esta forma su derecho de propiedad en cuanto a uso, goce y disposición, pero tal acto de voluntad no lo exterioriza de una manera caprichosa, es decir, su voluntad se encuentra regulada por la norma que permite al fiduciario obligarse de esa forma; hay una correlación entre voluntad y la norma que lo permite.

Por otra parte, el hecho que el fiduciario se obligue de manera contractual a destinar los bienes o derechos únicamente a los fines establecidos en el contrato, garantiza tanto al

²⁰⁴ Véase, pp. 75-76.

²⁰⁵ Véase, pp. 76-77.

fideicomitente como al fideicomisario que el negocio por el cual se creó el contrato se va a realizar, es decir, que los efectos del contrato se van a cumplir.

Así de lo antes expuesto deducimos que las obligaciones contractuales por las cuales el fiduciario limita su derecho de propiedad se enfocan tanto al interés particular, como a la seguridad de los negocios.

-- OTRAS CAUSAS DE LAS OBLIGACIONES CONTRACTUALES QUE LIMITAN AL FIDUCIARIO

Además del interés particular y de la seguridad de los negocios estimamos que la confianza del fideicomitente y fideicomisario, los daños y perjuicios que se deriven del incumplimiento, y la autonomía de la voluntad, son tres causas que en el caso en particular del fideicomiso se aprecian como justificante a los límites impuestos al fiduciario con motivo de su propiedad como a continuación se detalla:

a) La confianza del fideicomitente y fideicomisario:

El hecho que el fiduciario se obligue a destinar los bienes o derechos que le son transmitidos por el fideicomitente únicamente a los fines establecidos en el contrato, y que la Ley General de Títulos y Operaciones de Crédito establezca en su artículo 386 que las instituciones fiduciarias deben registrar contablemente dichos bienes o derechos en forma separada de sus activos libres de disposición, sin lugar a dudas da la confianza tanto al fideicomitente como al fideicomisario, que el patrimonio fideicomitado se encuentra seguro y en posición de realizarse sobre él los actos establecidos al mencionado fin, siendo ello una causa para que el fideicomitente transmita al fiduciario la propiedad de los bienes.

Obviamente esta confianza no se compara a la que se tenía en el derecho romano y anglosajón en los orígenes del fideicomiso, ya que la transmisión de propiedad que se otorgaba al fiduciario en aquellas épocas se hacía en un pacto adjunto con absoluta libertad de forma, y encontraba originalmente su base en la buena fe del fiduciario sin contar con

sanciones jurídicas, es decir, la confianza se depositaba en el fiduciario; hoy en día estimamos que esa confianza se deposita en las obligaciones contraídas por el fiduciario, en las sanciones jurídicas aplicables en caso de incumplimiento, y en la legislación mercantil que establece los parámetros en que debe actuar el fiduciario en relación con la finalidad del fideicomiso.

b) Los daños y perjuicios que se deriven del incumplimiento del fiduciario:

Ya en el inciso anterior comentamos que en caso de incumplimiento existen sanciones aplicables al fiduciario; esto se refiere a que en toda relación contractual el incumplimiento de las obligaciones trae como consecuencia el pago de los daños y perjuicios correspondientes a favor de la parte afectada, por lo que si el fiduciario destina los bienes o derechos que le son transmitidos a otros fines distintos a los establecidos en el fideicomiso deberá cubrir los daños y perjuicios que le genere su actuar al fideicomitente y fideicomisario; otra causa más para que el fiduciario decida transmitir la propiedad al fiduciario y este último constreñir su derecho a los fines establecidos.

c) La autonomía de la voluntad o libertad contractual:

El acuerdo de voluntades que da origen a la formación de los contratos se ha caracterizado siempre por la libertad con la que cuentan las partes para expresar su voluntad, y con ello, vincularse una parte con la otra.

De ahí el principio de la autonomía de la voluntad a que se refiere Borja Soriano que rige en materia de contratos, el cual, según el citado autor, se refiere a que las partes son libres para celebrarlos o no celebrarlos, y que al celebrarlos obran libremente y sobre un pie de igualdad, poniéndose de acuerdo unos con otros, fijando los términos del contrato y determinando su objeto sin más limitación que el orden público.²⁰⁶

²⁰⁶ Borja Soriano, Manuel, *Teoría general de las obligaciones*, 2a. ed., México, Porrúa, 1953, p. 143.

De esta forma tanto el Código Civil Federal en los artículos 1832 y 1839, como el Código de Comercio en el artículo 78 fundamentan este principio como a continuación se expone:

“Artículo 1832.- En los contratos civiles cada uno se obliga en la manera y términos que aparezca que quiso obligarse, sin que para la validez del contrato se requieran formalidades determinadas, fuera de los casos expresamente designados por la ley.”

“Artículo 1839.- Los contratantes pueden poner las cláusulas que crean convenientes; pero las que se refieran a requisitos esenciales del contrato o sean consecuencias de su naturaleza ordinaria, se tendrán por puestas aunque no se expresen, a no ser que las segundas sean renunciadas en los casos y términos permitidos por la ley.”

“Artículo 78.- En las convenciones mercantiles cada uno se obliga en la manera y términos que aparezca que quiso obligarse, sin que para la validez del acto comercial dependa de la observancia de formalidades o requisitos determinados.”

En relación a la igualdad a que se refiere este principio, a criterio de Bejarano Sánchez, se han formulado algunas críticas al respecto, mismas que se refieren a que la libertad contractual es libertad ciertamente para aquél que posee el poder de contratación, pero en cambio, es impotencia para aquél contra quien se dirige; así por ejemplo, agrega el autor, el propietario puede esperar hasta que el trabajador se le dirija aceptando el salario que le ha ofrecido, o bien el arrendador puede aguardar hasta que el arrendatario se conforme con las condiciones que quiere imponerle.²⁰⁷

Lo anterior resulta ser el motivo por el cual la legislación interviene para regular y en su caso limitar este principio de libertad contractual que rige en materia de contratos; así el artículo 6 de nuestro Código Civil Federal establece lo siguiente:

“Artículo 6.- La voluntad de los particulares no puede eximir de la observancia de la ley, ni alterarla o modificarla. Sólo pueden renunciarse los derechos privados que no afecten directamente al interés público, cuando la renuncia no perjudique derechos de tercero.”

²⁰⁷ Bejarano Sánchez, Manuel, *Obligaciones civiles*, 3a. ed., México, Harla, 1984, p. 54.

Esto quiere decir que los particulares pueden convenir en sus contratos todo lo que no sea contrario a la ley y que no perjudique derechos de terceras personas.

De este modo el autor francés G. Marty estima que no debe exagerarse el valor del principio de la autonomía de la voluntad, así como desde el punto de vista de la forma no puede llegarse a una supresión total del formalismo, desde el punto de vista del fondo no puede establecerse, sin llegar a abusos, el principio de la autonomía absoluta de la voluntad, y concluye manifestando que no puede dejarse a los hombres una libertad completa para crear mediante sus convenciones todas las obligaciones que quieran.²⁰⁸

En el caso en particular dentro del fideicomiso, como todo contrato, se destaca el principio de la autonomía de la voluntad, así las partes establecen libremente su voluntad para constituir los derechos y las obligaciones que más les convenga para cada una de ellas, más en específico, el fiduciario por su propia y libre voluntad se obliga a destinar los bienes o derechos que le son transmitidos a los fines del fideicomiso.

Debemos hacer énfasis en que la voluntad o acuerdo de voluntades de las partes en el fideicomiso no debe ir en contra de la legislación y tampoco debe causar perjuicios a terceras personas, es por ello que la Ley General de Títulos y Operaciones de Crédito hace referencia en el artículo 381 que el fideicomiso deberá ser siempre lícito.

Es entonces la libertad contractual o autonomía de la voluntad una causante más que origina las limitantes al derecho de propiedad con el que cuenta el fiduciario con motivo de la constitución del fideicomiso.

III DERECHOS Y OBLIGACIONES DEL FIDEICOMISARIO

²⁰⁸ Marty, G., *Derecho civil, Teoría general de las obligaciones*, trad. de José M. Cajica Jr, México, Editorial Cajica, 1952, vol. I, p. 31.

Con lo que respecta al fideicomisario le son atribuidos los siguientes derechos y obligaciones dentro del contrato de fideicomiso:

Derechos:

a) Aceptar los beneficios que se deriven a su favor con motivo de la celebración del fideicomiso.

b) Atacar la validez de los actos que el fiduciario cometa en perjuicio del fideicomisario, de mala fe o en exceso de las facultades.

c) Reivindicar los bienes que, a consecuencia de los actos a que se refiere el inciso anterior, hayan salido del patrimonio objeto del fideicomiso.

d) A exigir el cumplimiento del contrato al fiduciario y las cuentas correspondientes en relación con el fideicomiso.

Obligaciones:

A pesar de ser el beneficiario del fideicomiso, al fideicomisario le pueden recaer determinadas obligaciones expresamente determinadas en el contrato dependiendo el fin del fideicomiso y sobre todo el beneficio que le corresponde; así por ejemplo, algunas veces se obliga a cubrir los honorarios del fiduciario, o bien a cubrir determinados impuestos con motivo de la transmisión de la propiedad de determinados bienes o derechos que recibe con motivo de la realización del fin establecido.

3. SITUACIONES QUE OCURREN DIARIAMENTE POR EL ACTUAR DE LAS INSTITUCIONES FIDUCIARIAS CON MOTIVO DE SUS LIMITANTES

En este apartado procederemos a analizar algunas situaciones que ocurren cotidianamente en relación con el actuar del fiduciario, es decir, el hecho de actuar como si no fuese el propietario de los bienes o derechos que le son transmitidos con motivo de las limitantes con las que cuenta, y que a final de cuentas causan confusiones y en algunos

casos problemas para terceras personas, para posteriormente determinar las causas que legitiman al fiduciario para actuar de esa forma.

En efecto, el hecho de que se considere que el fiduciario no actúe como propietario de los bienes que le son transmitidos lo es porque cuenta con numerosas limitantes al ejercicio de su derecho en cuanto al uso, goce y disposición de los citados bienes; este actuar trae, como se ha dicho, algunos problemas que debemos exponer y resolver.

Además de lo anterior, otra cuestión que ocurre en relación con el actuar de las instituciones fiduciarias, se refiere a que éstas no asumen determinadas cargas u obligaciones que deberían tomar por ser las propietarias del patrimonio fideicomitado.

Los casos en concreto que estimamos son los más comunes que se refieren a lo anterior y que procederemos a analizar, son el saneamiento por causa de evicción y vicios o defectos ocultos, los fideicomisos por virtud de los cuales el fideicomitente trasmite al fiduciario todo su patrimonio quedando insolvente, y los fideicomisos en los cuales se transmite a extranjeros inmuebles dentro de la zona restringida.

A) EL SANEAMIENTO POR CAUSA DE EVICCIÓN Y VICIOS OCULTOS

Ordinariamente se celebran un sinnúmero de fideicomisos con el fin de constituir fraccionamientos o desarrollos habitacionales, cuya estructura se compone de la siguiente manera:

Como fideicomitente “A” y fideicomisario “A” comparece una persona que es la que aporta al fideicomiso un bien inmueble determinado.

Como fideicomitente “B” y fideicomisario “B” comparece una empresa que se obliga a aportar las licencias, permisos y autorizaciones, así como las obras y construcciones de urbanización sobre el inmueble aportado al fideicomiso.

Como fiduciario comparece una institución de crédito la cual recibe en propiedad los bienes que aportan los fideicomitentes “A” y “B” y se obliga a destinarlos a los fines establecidos en el fideicomiso y a las instrucciones dadas por el comité técnico.

El comité técnico se integra por el fideicomitente y fideicomisario “A” y por el fideicomitente y fideicomisario “B”, o bien un representante de cada uno de ellos.

La finalidad del fideicomiso es que se constituya un fraccionamiento o desarrollo habitacional con las aportaciones de cada uno de los fideicomitentes, y con el producto de las ventas de los lotes de terreno ya urbanizados la institución fiduciaria garantice el reparto de las utilidades a los fideicomisarios “A” y “B” en la forma o porcentaje establecido en el contrato.

Para poder estar en posibilidad de transmitir el dominio a terceras personas de los lotes de terreno en el fideicomiso en comento, el fiduciario debe recibir previamente el importe del precio del mismo y una carta de instrucción expedida por el comité técnico que ordena al fiduciario otorgue la escritura a la persona que haya comprado o cubierto el precio del lote. De esta manera se firma una escritura de transmisión de propiedad en extinción parcial del contrato de fideicomiso, la cual es otorgada por el fiduciario como propietario del inmueble objeto de la transmisión a favor de la persona que compró el lote de terreno.

En la escritura de transmisión de dominio a que hacemos referencia el fiduciario transmite al adquirente o comprador la propiedad del lote de terreno, pero no se obliga o se le exime de responder para el caso de evicción y los vicios ocultos que pudieran existir en el inmueble; es decir, el adquirente debe hacer una manifestación por virtud de la cual está de acuerdo en que el fiduciario no responderá al saneamiento, y no se reserva ninguna acción o derecho alguno en su contra al respecto; por su parte la institución fiduciaria manifiesta que esa obligación le corresponde al fideicomitente que aportó el terreno al fideicomiso y es así

aceptada por el adquirente, quedando así constituida la obligación con cargo al fideicomitente y no con cargo al fiduciario.

Lo anterior ha causado algunas confusiones y dilemas debido a que si el adquirente llega a tener algún problema con el terreno que le fue transmitido, no puede enderezar sus acciones directamente en contra de la persona que le transmitió la propiedad del citado inmueble, siendo que es el fiduciario, como propietario, el que debe responder en términos de lo que disponen los artículos 2126, 2127 y 2142 del Código Civil federal como más adelante se indica.

Las obligaciones de referencia, es decir, la de responder por causa de evicción y vicios ocultos, son de esa forma debido a que el que transmite una cosa no cumple su obligación con el solo hecho de entregar la cosa, sino que debe proporcionar una tenencia tranquila y rentable; ahora bien, si en vez de ello sufre la pérdida de la cosa adquirida, la cual es recogida por orden judicial, o bien la cosa no sirve para la finalidad para la cual fue creada, el adquirente tiene derecho a ser indemnizado por los daños que estas situaciones le causen por tratarse de hechos ilícitos que se traducen en una responsabilidad civil para el enajenante.

El fundamento de lo antes expuesto lo encontramos en lo que disponen los artículos 1910 y 2104 del Código Civil Federal que establecen lo siguiente:

“Artículo 1910.- El que obrando ilícitamente o contra las buenas costumbres cause daño a otro, está obligado a repararlo, a menos que demuestre que el daño se produjo como consecuencia de culpa o negligencia inexcusable de la víctima.”

“Artículo 2104.- El que estuviere obligado a prestar un hecho y dejare de prestarlo, o no lo prestare conforme a lo convenido, será responsable de los daños y perjuicios en los términos siguientes:

I. Si la obligación fuere a plazo, comenzará la responsabilidad desde el vencimiento de éste; y

II. Si la obligación no dependiere de plazo cierto, se observará lo dispuesto en la parte final del artículo 2080.

El que contraviene una obligación de no hacer pagará daños y perjuicios por el solo hecho de la contravención.”

De esta forma, siguiendo a Bejarano, la manera de responder en materia civil (responsabilidad civil) es mediante la reparación del daño; la responsabilidad civil es la necesidad de reparar los daños y perjuicios causados a otro por un hecho ilícito o por la creación de un riesgo; es el nombre que se le da a la obligación de indemnizar los daños y perjuicios causados por un hecho ilícito o por un riesgo creado.²⁰⁹ Esa indemnización, en el caso en específico que nos ocupa, toma el nombre de saneamiento por causa de evicción y saneamiento por vicios ocultos.

La evicción se presenta cuando el adquirente es privado en todo o en parte de la cosa enajenada con motivo de una sentencia que cause ejecutoria, la cual reconozca un derecho de tercera persona anterior a la adquisición, así lo expresa el artículo 2119 de la legislación en comento, y cuando esto ocurre, el enajenante debe indemnizar al adquirente dependiendo si este obró de buena o de mala fe.

Si el enajenante obró de buena fe deberá entregar al adquirente que sufrió la evicción el precio íntegro que recibió por la cosa, los gastos causados en el contrato si fueron satisfechos por el adquirente, los causados en el pleito de evicción y saneamiento, y el valor de las mejoras útiles y necesarias; así lo dispone el artículo 2126 del Código Civil Federal.

Si el enajenante obró de mala fe cubrirá las obligaciones expuestas en el párrafo anterior con las agravaciones consistentes en que devolverá al adquirente, a su elección, el precio que la cosa tenía al tiempo de la adquisición, o el que tenga al tiempo en que sufra la evicción; satisfará además el importe de las mejoras voluntarias y de mero placer que haya hecho en la cosa y pagará los daños y perjuicios, tal y como lo dispone el artículo 2127 del mismo código.

A fin de ilustrar mejor lo antes expuesto nos permitimos transcribir los artículos del Código Civil Federal en cuestión:

“Artículo 2119.- Habrá evicción cuando el que adquirió alguna cosa fuere privado del todo o parte de ella por sentencia que causa ejecutoria, en razón de algún derecho anterior a la adquisición.”

“Artículo 2126.- Si el que enajenó hubiere procedido de buena fe, estará obligado a entregar al que sufrió la evicción:

- I. El precio íntegro que recibió por la cosa;
- II. Los gastos causados en el contrato, si fueren satisfechos por el adquirente;
- III. Los causados en el pleito de evicción y en el de saneamiento; y
- IV. El valor de las mejoras útiles y necesarias, siempre que en la sentencia no se determine que el vendedor satisfaga su importe.”

“Artículo 2127.- Si el que enajena hubiere procedido de mala fe, tendrá las obligaciones que expresa el artículo anterior, con las agravaciones siguientes:

- I. Devolverá, a elección del adquirente, el precio que la cosa tenía al tiempo de la adquisición, o el que tenga al tiempo en que sufra la evicción;
- II. Satisfará al adquirente el importe de las mejoras voluntarias y de mero placer que haya hecho en la cosa; y
- III. Pagará los daños y perjuicios.”

Además de la evicción, el enajenante también está obligado al saneamiento por los vicios o defectos ocultos frente al adquirente cuando la cosa enajenada haya resultado ser impropia para los usos para los cuales fue destinada, o bien, que se disminuya de tal modo el uso que de haberlo conocido el adquirente, no hubiere hecho la adquisición o habría dado menos precio por la cosa; así se advierte de lo dispuesto en el artículo 2142 del Código Civil Federal:

“Artículo 2142.- En los contratos conmutativos, el enajenante está obligado al saneamiento por los defectos ocultos de la cosa enajenada que la haga impropia para los usos a que se le destina, o que disminuyan de tal modo este uso, que al haberlo conocido el adquirente no hubiere hecho la adquisición o habría dado menos precio por la cosa.”

²⁰⁹ Bejarano Sánchez, Manuel, *Op. Cit.*, nota 202, pp. 262 y 263.

Ahora bien, así como existen estas dos obligaciones de saneamiento que le asisten a todo propietario que transmite su derecho a un tercero por disposición legal, también es importante agregar que es posible que las partes al celebrar un contrato o acto jurídico pacten la exención de la responsabilidad de una de ellas en el caso que se produjeran daños, ello con motivo de lo que se ha denominado autonomía de la voluntad o libertad contractual; de esta manera las partes pueden desligarse o hacer a un lado cualquier responsabilidad que se les pudiese imputar con motivo de la realización de un daño a la otra parte.²¹⁰

Este tipo de estipulaciones deben realizarse en términos claros, que no deje duda sobre tal renuncia, y siempre con el acuerdo de voluntades de ambas partes correspondiente y las limitantes a que se refiere el artículo 6 del Código Civil Federal, es decir, que la renuncia o exención es válida siempre y cuando no se viole el interés público y derechos de terceras personas; es de esta manera como puede constituirse una verdadera cláusula de no responsabilidad.

En el caso que nos ocupa, es decir, en relación con la evicción y defectos ocultos de la cosa, nuestra legislación permite particularmente la renuncia o exención al saneamiento previo el consentimiento de las partes; así se puede advertir de lo dispuesto por los artículos 2140 fracción primera y 2158 del Código Civil Federal que establecen, respectivamente, lo siguiente:

“Artículo 2140.- El que enajena no responde por la evicción: I.- Si así se hubiere convenido . . .”

“Artículo 2158.- Las partes pueden restringir, renunciar o ampliar su responsabilidad por los vicios redhibitorios, siempre que no haya mala fe.”

²¹⁰ Anteriormente se explicó cómo opera el principio de libertad contractual dentro del contrato de fideicomiso, y que es una de las causas por las cuales el fiduciario limita su derecho de propiedad.

Visto lo anterior, y ahora con relación al fideicomiso que también nos ocupa, podemos establecer que el hecho que el fiduciario no se obligue a responder en caso de evicción o por vicios ocultos del inmueble que transmite, se refiere, sin lugar a dudas, a una excluyente de responsabilidad derivada de los acuerdos u obligaciones contractuales establecidas por el fiduciario y el adquirente del predio al celebrar el contrato de transmisión de dominio en ejecución parcial del fideicomiso.

Pero estimamos que esta excluyente de responsabilidad contractual es válida y deberá surtir sus efectos plenamente entre las partes, siempre y cuando se otorgue como un acuerdo o consenso entre ellos y no se violente el interés público, es decir, que la renuncia se trate de derechos privados y que no perjudique derechos de terceras personas; en síntesis, tal excluyente debe realizarse dentro de los parámetros de lo que dispone el artículo 6 del Código Civil Federal, numeral el cual, como se ha dicho, es la limitante necesaria para regular la libertad o autonomía de la voluntad con la que cuentan las partes al celebrar un contrato.

Por otra parte cabe decir que independientemente de que se demande en juicio al fiduciario para responder de la evicción, se haya desligado o no de la obligación de responder al saneamiento en el contrato de fideicomiso, deberá el fiduciario siempre por obligación llamar a juicio al fideicomitente para que la sentencia le depara perjuicios a éste; esto es así ya que el enajenante debe llamar a la persona de quién adquirió la propiedad como una obligación para que al enajenante le pueda deparar perjuicios la resolución que se dicte, así se puede apreciar también de los siguientes criterios emitidos por la primera sala del Tribunal Superior de Justicia de la Nación y los Tribunales Colegiados de Circuito que se transcriben a continuación:

EVICCIÓN. PARA LA CONDENA AL SANEAMIENTO POR DICHA HIPÓTESIS, BASTARÁ DEMOSTRAR QUE MEDIANTE RESOLUCIÓN

EL ADQUIRENTE DE UN BIEN O DERECHO LO PERDIÓ TOTAL O PARCIALMENTE POR LA DECLARATORIA DE EXISTENCIA DE UN MEJOR DERECHO QUE EL SUYO (LEGISLACIONES DE LOS ESTADOS DE MÉXICO Y JALISCO).

De los artículos 1948 al 1969 del Código Civil para el Estado de México promulgado el veintinueve de diciembre de mil novecientos cincuenta y seis (abrogado el siete de junio de dos mil dos); y 1622 a 1645 del ordenamiento estatal del mismo nombre pero para el Estado de Jalisco, se desprende que la condena al saneamiento en el caso específico de la evicción y en agravio del transferente de un bien o derecho, procederá cuando el adquirente sufra su pérdida total o parcial mediante una declaratoria de existencia de un mejor derecho que el suyo y de persona ajena, y a pesar de que el bien o derecho se hubiera transmitido de buena fe mediante contrato de compraventa, permuta, arrendamiento y, en general, por cualquier acto traslativo de dominio o de uso, pero siempre que esa declaración se encuentre en sentencia y en la cual se contenga el reconocimiento de la existencia de un mejor derecho que supere al invocado por éste, trayendo como resultado dicha pérdida total o parcial.²¹¹

EVICCIÓN, DEBE LLAMARSE A JUICIO AL TERCERO OBLIGADO A LA.

El artículo 657 del Código de Procedimientos Civiles para el Distrito Federal establece la obligación del demandado de llamar a juicio al tercero obligado a la evicción; la omisión de hacerlo, trae como consecuencia que dicho obligado quede liberado del saneamiento de esa obligación, atento lo dispuesto en el artículo 2124, en relación con la fracción V del artículo 2140 del Código Civil para el Distrito Federal, lo que implica que el demandado podrá perder la cosa enajenada y el precio pagado por ella. Por tanto, el tercero obligado a la evicción y saneamiento, al contestar la demanda, adquiere el carácter de demandado principal y el demandado de codemandado. Además, el llamamiento al tercero obligado se justifica en la medida de la existencia del titular de un derecho anterior sobre un bien en el que se ejercita una acción real en contra de quien lo adquirió de otra persona, quien a su vez debe solicitar que se llame a su causante, para que responda por el saneamiento derivado del hecho de que había otra persona con derechos anteriores sobre ese bien. Igualmente puede actualizarse ese llamamiento cuando el comprador ejercita la acción personal redhibitoria o disminutoria en contra del vendedor por virtud de un vicio oculto de la cosa; caso en que el demandado podrá solicitar que se llame a juicio a quien a su vez le enajenó, cuando aduzca que el

²¹¹ Tesis 1ª./J. 41/2010, *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, Novena Época, t. XXXI, mayo de 2010, p. 464.

vicio oculto en realidad es atribuible a su causante.²¹²

REIVINDICACION. LEGITIMACION DEL VENDEDOR DE UN INMUEBLE PARA DEMANDARLA.

Aunque el vendedor de un inmueble lo haya enajenado, sí tiene interés y legitimación para deducir las acciones reivindicatoria y de nulidad, puesto que es responsable del saneamiento y la evicción respecto al comprador, y nada se opone a que sea declarado propietario, si con anterioridad lo fue su causante, pues la declaración de propiedad a su favor y la entrega de la posesión que se le hiciera, le permitirían convalidar la venta efectuada.²¹³

Con motivo de lo anterior consideramos que la causa que legitima al fiduciario para no responder al saneamiento para el caso de evicción y vicios ocultos, se refiere a una excluyente de responsabilidad establecida por las partes al celebrar el contrato de transmisión de dominio correspondiente, derivada de la autonomía de la voluntad con la que cuentan las partes al contratar o libertad contractual; es decir, la causa de la legitimación son las obligaciones contractuales establecidas en el contrato mismo de fideicomiso.

B) ACTOS POR VIRTUD DE LOS CUALES EL FIDEICOMITENTE TRASMITE AL FIDUCIARIO TODO SU PATRIMONIO PARA QUEDAR INSOLVENTE

Ordinariamente se llevan a cabo numerosos fideicomisos en los cuales el fideicomitente transmite determinados bienes o derechos a favor del fiduciario para que éste cumpla con realizar determinados actos con ellos, siendo el mismo fideicomitente el que se designa, por acuerdo entre las partes, como beneficiario o fideicomisario; es decir, el fideicomitente transmite al fiduciario la propiedad de determinados bienes o derechos para que se realicen con ellos determinados actos por el fiduciario, y es el mismo fideicomitente el que obtiene los beneficios o utilidades que se generen en su calidad de fideicomisario.

²¹² Tesis I. 3º. C. 291 C, *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, Novena Época, t. XV, abril de 2002, p. 1261.

²¹³ Tesis, *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, Octava Época, t. XIV, julio de 1994, p. 777.

Aparentemente no parece haber ningún problema con el esquema o ejemplo mencionado, pero la situación se torna distinta si los bienes que transmitió el fideicomitente eran los únicos que le permitían hacer frente a sus deudas con los acreedores, es decir, que el fideicomitente con motivo de la transmisión de propiedad realizada al fiduciario no tiene con que garantizar a sus acreedores el cumplimiento de sus obligaciones por haber quedado insolvente.

Se ha considerado que el actuar de esta forma por parte del fideicomitente y el fiduciario perjudica derechos de terceras personas, en específico, a los acreedores del primero, ya que se estima que el mecanismo es una argucia para evadir una ejecución contra el fideicomitente por parte de sus acreedores con motivo del incumplimiento de sus obligaciones, creando problemas a los citados acreedores.

Lo anterior no es una conclusión gratuita, se basa en el actuar de ambas partes en donde se pone de manifiesto lo siguiente:

a) Que el fideicomitente muchas veces con conocimiento de causa transmite la propiedad de sus bienes al fiduciario, así de esta forma salen de su patrimonio y no pueden ser objeto de ejecución por sus acreedores.

b) Que el fiduciario con motivo de que no actúa como si fuese el propietario por verse limitado en sus facultades de uso, goce y disposición, y de tener que acatar las instrucciones del fideicomitente, quién actúa también como fideicomisario o beneficiario, provoca que a final de cuentas este último tenga el control de los bienes y de los beneficios o utilidades que se generen por el fideicomiso.

Para comenzar debemos ver si realmente esta situación puede encuadrarse dentro de los actos considerados como realizados en fraude de acreedores, es decir, cuales son los requisitos que se marcan en nuestra legislación para ello, y de ser así, que tipo de acciones

se pueden ejercitar al respecto para combatirlos, y después compararlos a la luz del mecanismo del fideicomiso para tomar determinaciones.

Con motivo de lo anterior, los artículos 2163, 2164 y 2166 del Código Civil Federal establecen lo siguiente:

“Artículo 2163.- Los actos celebrados por un deudor en perjuicio de su acreedor pueden anularse, a petición de éste, si de esos actos resulta la insolvencia del deudor, y el crédito en virtud del cual se intenta la acción es anterior a ellos.”

“Artículo 2164.- Si el acto fuere oneroso, la nulidad sólo podrá tener lugar en el caso y términos que expresa el artículo anterior cuando haya mala fe, tanto por parte del deudor, como del tercero que contrató con él.”

“Artículo 2166.- Hay insolvencia cuando la suma de los bienes y créditos del deudor, estimados en su justo precio, no iguala al importe de sus deudas. La mala fe, en este caso, consiste en el conocimiento de ese déficit.”

Por su parte la Suprema Corte de Justicia, a través de los Tribunales Colegiados de Circuito, ha emitido los siguientes criterios al respecto:

ACCIÓN PAULIANA, NATURALEZA, FINALIDAD Y PRESUPUESTOS DE PROCEDENCIA DE LA (CÓDIGO CIVIL PARA EL DISTRITO FEDERAL).

El análisis sistemático y armónico del contenido de los artículos 2163, 2164, 2166, 2174, 2178, 2179 y 2964, todos del Código Civil para el Distrito Federal, lleva a establecer que la acción pauliana o revocatoria tiene su fundamento principal en la garantía patrimonial que tienen los acreedores sobre los bienes del deudor y que se traduce en una obligación de respeto de la expectativa de satisfacción de los acreedores, aunque también se basa en razones de justicia y equidad que exigen reparar el daño que se ha causado a otro. Por tanto, son presupuestos para que los acreedores impugnen un acto de enajenación celebrado por su deudor, los siguientes: a) Que el deudor realice un acto que no sea simplemente material, sino jurídico, puesto que está sujeto a ser anulado; b) Que de la celebración del acto de enajenación resulte o se agrave como consecuencia la insolvencia del deudor, por lo que mientras el deudor no sufra estado de insolvencia y la garantía de los acreedores sea suficiente, carecen de interés para impugnar los actos jurídicos realizados por su deudor, aunque impliquen una disminución patrimonial; y, c) Que la celebración del acto perjudique a los acreedores, en razón de que si no hay perjuicio no

tendría el acreedor ningún interés en ejercitar la acción pauliana. Asimismo, debe tenerse en cuenta que si el acto de enajenación es posterior a una sentencia condenatoria o a la expedición de un mandamiento de embargo de bienes, se presume que la enajenación a título oneroso es fraudulenta. De modo que la acción pauliana tiene por objeto nulificar los actos y contratos celebrados por el deudor en fraude de sus acreedores, es decir, se ejercita con la finalidad de reconstruir el patrimonio del deudor, para que vuelvan a figurar en él los bienes que hayan salido del mismo por virtud del acto indebido que ha producido la insolvencia total o parcial del propio deudor.²¹⁴

ACCIÓN PAULIANA. PRESUNCIÓN DE FRAUDE INOPERANTE (LEGISLACIÓN DEL ESTADO DE NUEVO LEÓN).

Con el propósito de facilitar el ejercicio de la acción pauliana, invirtiendo la carga de la prueba, el artículo 2073 del Código Civil de Nuevo León, idéntico al 2179 del Código Civil para el Distrito Federal, establece que se presumen fraudulentas las enajenaciones a título oneroso hechas por aquellas personas contra quienes se hubiese pronunciado antes sentencia condenatoria en cualquier instancia o expedido mandamiento de embargo de bienes, cuando estas enajenaciones perjudican los derechos de sus acreedores. Ahora bien, aparte de que el texto de esta disposición, tomado en su literalidad, no autoriza a extender a los terceros la presunción que consagra, si se atiende a que la expresión: "enajenaciones hechas por aquellas personas contra quienes se hubiese pronunciado ... o expedido ...", no puede aludir sino al deudor que enajena y no al adquirente con quien aquél contrate, la interpretación jurídica del precepto lleva a la misma conclusión. En efecto, la presunción legal no es otra cosa que un juicio lógico del legislador por virtud del cual considera como cierto un hecho, apoyándose en la experiencia que le indica cuál es el modo regular como suceden las cosas. En este sentido, es claro que la citada presunción no puede fundarse sino en el conocimiento que se atribuye al deudor acerca de las acciones emprendidas en su contra, por ser normal que, sabedor de su propia situación económica, esté al tanto de esas acciones y tienda a realizar actos nocivos para sus acreedores; lo que no sucede respecto de los terceros con quienes haya contratado el deudor, ya que, por su misma condición, racionalmente no cabe que a priori se les suponga enterados del estado patrimonial del deudor y de las sentencias o mandamientos de embargo en su contra pronunciados, y menos que se infiera que realizaron la operación sabedores de que, como resultado de la misma, quedaba insolvente el enajenante y se causaba necesariamente un perjuicio a sus acreedores. Consecuentemente, el hecho de haberse realizado la transmisión del dominio, concurriendo las circunstancias a que alude la mencionada disposición, no hace operante dicha presunción con

²¹⁴ Tesis I. 3º. C. 399 C, *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, Novena Época, t. XVII, mayo de 2003, p. 1196.

ACCIÓN PAULIANA. LA PRESUNCIÓN LEGAL QUE ESTABLECE EN FAVOR DEL ACREEDOR EL ARTÍCULO 2179 DEL CÓDIGO CIVIL PARA EL DISTRITO FEDERAL, SÓLO ES APLICABLE AL DEUDOR VENDEDOR Y NO AL TERCERO QUE CONTRATÓ CON ÉL.

Los artículos 2163 y 2164 del Código Civil para el Distrito Federal establecen, entre otros elementos de la acción pauliana o revocatoria, la exigencia de demostrar que en la enajenación cuya revocación se demanda hubo mala fe, tanto por parte del deudor vendedor, como del tercero que contrató con él. Esa es la regla general, misma que encuentra un caso de excepción, o regla especial, prevista en el artículo 2179 del Código Civil para el Distrito Federal, conforme a la cual el actor queda relevado de la carga de demostrar la mala fe del deudor vendedor, ante la presunción legal de enajenación fraudulenta que opera en su favor, y queda entonces a cargo del deudor vendedor y demandado, destruir la presunción legal de referencia. No obstante lo anterior, la presunción legal en cuestión no alcanza ni afecta al tercero adquirente, respecto del cual el actor no queda relevado de la carga de demostrar que actuó de mala fe en la enajenación. Lo anterior debe ser así, en atención a que el hecho conocido que da base a la presunción legal en cuestión, consiste en que existe en contra del deudor vendedor una sentencia de condena en cualquier instancia o un mandamiento de embargo, y el hecho desconocido consiste en averiguar si en el acto oneroso que realizó actuó de mala fe, a lo que la ley establece una consecuencia en forma expresa que deriva en considerar fraudulentas las enajenaciones a título oneroso, hechas por aquellas personas (deudor) contra quienes se hubiera pronunciado antes sentencia condenatoria en cualquier instancia, o expedido mandamiento de embargo de bienes, cuando estas enajenaciones perjudiquen los derechos de sus acreedores, lo cual es explicable si se toma en cuenta que la presunción legal en comento trata de reducir las dificultades que en la práctica se presentan para demostrar la mala fe con la que se condujo la parte vendedora, partiendo de una base objetiva, consistente en la existencia de una sentencia de condena en cualquier instancia o de un mandamiento de embargo, anteriores a la realización del acto oneroso, así como porque la lógica conduce a establecer que el deudor, conocedor de su propia situación económica, está al tanto de las acciones legales que se hayan efectuado en su contra, y ante la existencia de una sentencia de condena en su contra o de un mandamiento de embargo, puede tender a proteger sus intereses y efectuar actos onerosos de manera fraudulenta en perjuicio de sus acreedores, pero no sucede lo mismo con el tercero adquirente, porque la sentencia o el mandamiento de embargo no fueron dictados en su contra, y porque por su condición, en principio, de persona ajena a la controversia en la que se dictó la sentencia o el mandamiento de

²¹⁵ Tesis IV. 1o. P. C. 8 C, *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, Novena Época, t. X, julio de 1999, p. 831.

embargo, cuya existencia previa al acto oneroso da base a la presunción legal referida, no es racional que se le considere a priori, enterado del estado patrimonial del deudor y de las sentencias o mandamientos de embargo que hubieran sido dictados en su contra y, en consecuencia, los efectos de esa presunción legal no deben hacersele extensivos, sino que el actor seguirá teniendo la carga de probar, por medios distintos a esa presunción legal, que el tercero que contrató con el deudor vendedor actuó de mala fe.²¹⁶

Del análisis de los artículos y criterios de la Corte transcritos advertimos que la acción que tiene el acreedor para combatir los actos fraudulentos se refiere a una acción de nulidad, en específico la acción pauliana que se ejerce a fin de dejar sin efecto el acto de enajenación o transmisión, y que los supuestos que se deben acreditar son los siguientes:

a) Que con motivo de los actos realizados por el deudor éste quede insolvente; además que el crédito sea de fecha anterior a los actos realizados por el deudor.

b) Deberá acreditarse la mala fe del deudor y del tercero con quién se contrata si el acto fuere oneroso.

Ahora bien, en el caso que nos ocupa cabe decir que independientemente que se llegare a justificar la insolvencia del fideicomitente y su mala fe con motivo de la transmisión de sus bienes al fiduciario, deberá justificarse también la mala fe por parte del fiduciario debido a que el fideicomiso resulta ser un contrato oneroso ya que el fiduciario sí recibe una contraprestación con motivo de la transmisión, y de la forma en que se obliga a actuar en relación con los bienes adquiridos en beneficio del fideicomisario; esa contraprestación son los honorarios que percibe la institución fiduciaria.

Ahora, el hecho que la institución fiduciaria actúe como se ha dicho, es decir, como si no fuese propietaria de los bienes con motivo de sus limitantes, ello no significa que actúe de mala fe, debido a que, como ha quedado apuntado anteriormente, sus limitantes se refieren

²¹⁶ Tesis I. 13o. C. 7 C, *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, Novena Época, t. XIV, diciembre de 2001, p. 1666.

a obligaciones de carácter contractual que debe de cumplir bajo pena de indemnizar a las partes por los daños y perjuicios que se les causen, derivadas del acuerdo de voluntades entre las partes, o autonomía de la voluntad.

El hecho de no justificarse la mala fe por parte del fiduciario, que como ya se dijo no debe actuar de esa manera, hace improcedente la acción de nulidad correspondiente (pauliana), así lo ha resuelto la Corte al emitir los criterios que a continuación se transcriben:

ACCIÓN PAULIANA. ES IMPROCEDENTE SI NO SE REÚNE UNO DE SUS ELEMENTOS.

De conformidad con lo dispuesto por los artículos 2163 al 2166 del Código Civil del Distrito Federal, se colige que los elementos de la acción pauliana son: 1o. Que de un acto resulte la insolvencia del deudor; 2o. Que como consecuencia de la insolvencia se cause un perjuicio al acreedor; 3o. Que el crédito en virtud del cual se intenta la acción sea anterior a ello; y 4o. Que si el acto o contrato fuere oneroso, haya mala fe tanto en el deudor como en el tercero que contrató con él; por lo que si se entabló esa acción en virtud de que los demandados donaron en favor de terceros un bien inmueble, pero el actor no acreditó que con ese acto resultara la insolvencia del deudor, es legal que la autoridad responsable decrete la improcedencia de la acción, por no reunirse uno de sus elementos.²¹⁷

ACCION PAULIANA O REVOCATORIA, ELEMENTOS QUE SE REQUIEREN PARA LA PROCEDENCIA DE LA. (LEGISLACION DEL ESTADO DE CHIAPAS).

Para la procedencia de la acción pauliana o revocatoria, se requiere en términos del artículo 2137 del Código Civil para el Estado de Chiapas, la satisfacción de los elementos siguientes: a).-Que el deudor realice un acto que no sea simplemente material, sino jurídico, puesto que está sujeto a ser anulado; b).-Que de la celebración del acto resulte o se agrave como consecuencia la insolvencia del deudor; c).-Que la celebración del acto perjudique a los acreedores; y, d).-Que el crédito sea anterior al acto impugnado; y, además conforme a lo dispuesto por el numeral 2138 del ordenamiento legal citado, la nulidad sólo podrá tener lugar cuando haya mala fe tanto en el deudor, como en el tercero que contrató con él.²¹⁸

²¹⁷ Tesis I. 8o. C. 201 C, *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, Novena Época, t. IX, abril de 1999, p. 484.

²¹⁸ Tesis XX. 336 C, *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, Octava Época, t. XIII, marzo de 1994, p. 298.

Es por eso que estimamos que los fideicomisos celebrados de esta forma no pueden ser considerados en fraude de acreedores, el fiduciario no actúa de mala fe, pero por otra parte, el hecho de que el acreedor no pueda ejercer la acción de nulidad correspondiente por no justificar los supuestos necesarios para su ejercicio, no implica de modo alguno que se le cause algún perjuicio debido a que puede hacer efectivo su crédito en los derechos que le corresponden a su deudor como fideicomisario o beneficiario dentro del contrato de fideicomiso, y así de esa forma recibir en pago las utilidades o beneficios que se deriven del contrato y que le corresponderían a este último.

En relación con este punto también la Corte se ha pronunciado al respecto como a continuación se transcribe:

IMPROCEDENCIA DEL AMPARO PROMOVIDO POR LAS INSTITUCIONES FIDUCIARIAS CONTRA EL EMBARGO SOBRE DERECHOS DERIVADOS DE UN FIDEICOMISO.

Cuando el embargo se decreta sobre los derechos que están dentro del patrimonio de los fideicomisarios y demandados en diverso juicio ejecutivo mercantil, y toda vez que el patrimonio fiduciario constituye un derecho real oponible a un embargo derivado de un crédito quirografario, luego entonces no son los bienes que pertenecen a la fiduciaria los que se embargan, sino los derechos derivados del fideicomiso a favor de los fideicomisarios, de ahí que, al no resentir la institución fiduciaria un agravio directo en su esfera de derechos jurídicamente tutelados, debe concluirse que carece de interés jurídico debidamente protegido para combatir los actos que reclama y, por ende, resulta improcedente el juicio de garantías que al efecto se promueva, conforme a la fracción V del artículo 73 de la Ley de Amparo.²¹⁹

FIDEICOMISO. LA EXTINCION DEL. Y ENAJENACION DEL INMUEBLE FIDEICOMITIDO A PERSONA AJENA AL CITADO CONTRATO, HACE IMPROCEDENTE QUE EL EMBARGO QUE PESE SOBRE LOS DERECHOS DEL FIDEICOMISARIO, DERIVADOS DEL FIDEICOMISO, SE TRADUZCA EN UN EMBARGO EFECTIVO SOBRE EL DERECHO DE PROPIEDAD QUE LOS FIDEICOMISARIOS NO TIENEN RESPECTO DEL INMUEBLE.

²¹⁹ Tesis V. 2º. 21 C, *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, Novena Época, t. III, enero de 1996, p. 297.

Es incorrecto que el juez responsable, a petición de la parte actora, haya emitido acuerdo en el sentido de declarar la subsistencia del embargo haciéndolo recaer sobre la propiedad del inmueble que había sido objeto del fideicomiso extinguido, con el argumento de que, como de autos se desprendía de manera plena la extinción del fideicomiso, cuyos derechos se encontraban embargados a los demandados fideicomisarios en el juicio ejecutivo mercantil, y de que, el adquirente del inmueble a través del contrato de enajenación del inmueble y ejecución de fideicomiso, de manera expresa hubiese aceptado aquella circunstancia, y por ello a juicio de la responsable hacía suyo el gravamen que pesaba sobre la propiedad que había adquirido; pues en primer término, él no era parte dentro del citado juicio ejecutivo mercantil lo cual bastaba para no emitir el acuerdo reclamado de inconstitucionalidad, ya que, una cosa es el derecho de propiedad sobre el inmueble que adquirió el quejoso al comprarlo, y otra los derechos que los fideicomisarios tenían sobre el inmueble; derivados del fideicomiso. De lo cual se puede concluir de manera cierta e incuestionable, que los fideicomisarios jamás pudieron tener el derecho de propiedad sobre el inmueble en atención a la naturaleza jurídica del contrato de fideicomiso. Así que, si en un momento dado, estando vigente tal fideicomiso, pudo señalarse para embargo los derechos que aquéllos tenían como fideicomisarios, por estar dentro de su patrimonio, no sucede lo mismo con el derecho de propiedad del bien inmueble objeto del fideicomiso, cuya titularidad por disposición expresa de la ley se reserva la institución fiduciaria en este caso, quien legalmente le transmitió al quejoso, el referido derecho de propiedad.²²⁰

TERCERIA EXCLUYENTE DE DOMINIO. EMBARGO DE LOS DERECHOS DEL FIDEICOMISARIO. ES IMPROCEDENTE LA PROMOVIDA POR EL FIDUCIARIO.

Atento a que la tercería excluyente de dominio tiene como finalidad el levantamiento del embargo practicado en bienes de terceros, para su procedencia es indispensable que el accionante pruebe el dominio del bien que ha sido embargado por el ejecutante en un juicio al que aquél es ajeno. De tal manera que si el embargo no se trabó sobre los bienes fideicomitidos, cuya titularidad se atribuye al fiduciario tercerista, sino sobre los derechos del fideicomisario, debe considerarse que el tercerista no justificó los elementos de la acción, porque no le corresponde la titularidad de los derechos que haya adquirido el fideicomisario por virtud del acto constitutivo del fideicomiso.²²¹

²²⁰ Tesis V. 1º. 42 C, *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, Octava Época, t. XIV, diciembre de 1994, p. 381.

²²¹ Tesis XII. 2º. 19 L, *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, Octava Época, t. XIV, septiembre de 1994, p. 449.

Luego entonces, el actuar del fiduciario con motivo de la participación en este tipo de fideicomisos no se debe considerar como realizados en perjuicio de terceras personas en fraude de acreedores, ya que su legitimación la encontramos, se insiste, en las obligaciones de carácter contractual que contrae y que debe acatar derivadas del libre acuerdo de voluntades o autonomía de la voluntad al celebrar el fideicomiso, además de contar el acreedor con otras opciones para hacer efectivo su crédito como lo son los derechos del fideicomisario.

C) FIDEICOMISOS EN LOS CUALES SE TRANSMITE A EXTRANJEROS INMUEBLES DENTRO DE LA FRANJA RESTRINGIDA

También es usual en la práctica que se celebren fideicomisos para que extranjeros puedan disfrutar, como si fuesen propietarios, de determinados bienes ubicados en la zona restringida, es decir, inmuebles en donde por mandato constitucional no pueden ser adquiridos por extranjeros.

Con motivo de lo anterior se celebran ordinariamente diversos contratos de fideicomiso de acuerdo al siguiente esquema:

Como fideicomitente comparece una persona de nacionalidad mexicana que aporta al fideicomiso un bien inmueble determinado de su propiedad ubicado dentro de la zona restringida.

Como fideicomisario comparece una persona física de nacionalidad extranjera que es quién recibirá los beneficios de usar y aprovechar el inmueble por un tiempo determinado establecido en el fideicomiso.

Como fiduciario comparece una institución de crédito la cual recibe en propiedad el bien inmueble y se obliga a destinarlo a los fines establecidos en el fideicomiso.

Se establece por las partes como finalidad del fideicomiso que se permita al fideicomisario extranjero la utilización y aprovechamiento de determinado inmueble ubicado

en la zona restringida, hasta por un plazo de cincuenta años, susceptible de prorrogarse a solicitud del interesado, e inclusive, realice cesión de sus derechos que como fideicomisario le corresponden a cualquier persona, pudiendo ser extranjero.

De esta forma un extranjero está en posibilidad de usar y aprovechar el inmueble objeto del fideicomiso, pudiendo inclusive obtener los frutos, productos y cualquier rendimiento que resulte de la operación y explotación lucrativa del citado bien inmueble; es decir, como si fuese el propietario del mismo.

Se ha considerado que este tipo de fideicomiso es una forma de violentar la prohibición expresa de nuestra Constitución, la cual se refiere a que ningún extranjero podrá adquirir bienes inmuebles que se ubiquen dentro de la zona restringida; al respecto, el citado cuerpo de leyes en el artículo veintisiete fracción primera establece lo siguiente:

“Artículo 27.- La propiedad de las tierras y aguas comprendidas dentro de los límites del territorio nacional, corresponde originariamente a la Nación, la cual ha tenido y tiene el derecho de transmitir el dominio de ellas a los particulares, constituyendo la propiedad privada. La capacidad para adquirir el dominio de las tierras y aguas de la Nación, se regirá por las siguientes prescripciones:

I. Sólo los mexicanos por nacimiento o por naturalización y las sociedades mexicanas tienen derecho para adquirir el dominio de las tierras, aguas y sus accesiones o para obtener concesiones de explotación de minas o aguas. El Estado podrá conceder el mismo derecho a los extranjeros, siempre que convengan ante la Secretaría de Relaciones en considerarse como nacionales respecto de dichos bienes y en no invocar por lo mismo la protección de sus gobiernos por lo que se refiere a aquéllos; bajo la pena, en caso de faltar al convenio, de perder en beneficio de la Nación, los bienes que hubieren adquirido en virtud del mismo. En una faja de cien kilómetros a lo largo de las fronteras y de cincuenta en las playas, por ningún motivo podrán los extranjeros adquirir el dominio directo sobre tierras y aguas . . .”

Por su arte la fracción sexta del artículo segundo de la Ley de Inversión Extranjera define la zona restringida al indicar lo siguiente:

“Artículo 2.- Para los efectos de esta Ley, se entenderá por: . . .VI. Zona Restringida: la faja del territorio nacional de cien kilómetros a lo largo de las fronteras y de cincuenta a lo largo de las playas, a que

hace referencia la fracción I del artículo 27 de la Constitución Política de los estados Unidos Mexicanos . . .”

Lo anterior, a criterio de Villarreal Corrales, ha hecho pensar que con este tipo de fideicomisos se contravenga o evada la prohibición establecida en la Constitución utilizándolos como un recurso legal para tal fin, esto debido a que el fiduciario no actúa como si fuese propietario, es decir, no cuenta con las facultades de uso y goce del inmueble, y su dominio es restringido debido a que no lo puede transmitir; es el fideicomisario o beneficiario extranjero el que usa y disfruta el bien percibiendo los frutos y productos que éste genere, puede construirlo, demolerlo, modificarlo, rentarlo como cualquier ciudadano mexicano por un período de hasta cincuenta años, pudiendo transmitir o ceder su derecho como fideicomisario a terceras personas o ampliar el plazo con la seguridad que el fiduciario no transmitirá el inmueble a ninguna persona realiza.²²².

En lo personal creemos que con la situación expuesta anteriormente no se violenta o se evade lo dispuesto por la fracción primera del artículo veintisiete de nuestra Constitución por las siguientes consideraciones:

a) Ya anteriormente se ha establecido que el actuar del fiduciario en los fideicomisos en donde no usa ni disfruta los bienes que le son transmitidos se refiere a obligaciones de carácter personal creadas con motivo de la celebración del contrato de fideicomiso, las cuales tienen su origen en la voluntad de las partes o lo que se denomina libertad contractual o autonomía de la voluntad.

b) Esa libertad contractual por virtud de la cual se celebra el contrato no viola derechos de terceras personas ni se violentan normas de orden público, en específico, la prohibición a que se refiere la fracción primera del artículo veintisiete constitucional debido a

que, independientemente que el fideicomisario extranjero posea el uso y disfrute del inmueble, es el fiduciario el único y verdadero propietario del mismo, es decir, el extranjero nunca adquiere la propiedad del multicitado inmueble que se ubica en la zona restringida.

c) Este tipo de fideicomisos no autorizan un dominio inmediato de los inmuebles respecto de los extranjeros, dicho de otra manera, el extranjero no adquiere el dominio directo (es el fiduciario quién lo adquiere) y que es a final de cuentas lo que la Constitución prohíbe, además que el fideicomiso es una institución jurídica utilizada para que la inversión extranjera filtre en esa zona, es una institución jurídica adaptada a este tipo de situaciones con la finalidad de que los extranjeros inviertan y tener una garantía de que van a tener su uso y disfrute con motivo de la inversión que realiza.

De esta forma cabe agregar lo que expresa Gutiérrez Dávila en el sentido que en este tipo de fideicomisos el fiduciario está obligado no solo a cumplir con los fines del fideicomiso, sino también a cuidar y vigilar los citados fines, además de verificar que éstos sean lícitos y determinados.²²³

Además de lo anterior debe decirse que este tipo de fideicomisos son vigilados y se encuentran sujetos a autorizaciones emitidas por la Secretaría de Relaciones Exteriores, debiendo las instituciones fiduciarias obtener previamente el permiso correspondiente, así como presentar ante tal dependencia en el mes de abril de cada año un informe sobre los fideicomisos autorizados en caso de sustitución fiduciaria, fideicomisarios sustitutos o cesión de derechos fideicomisarios a favor de personas físicas o morales extranjeras; por otra parte el contrato de fideicomiso deberá establecer que, durante la vigencia de éste, el fiduciario

²²² Villarreal Corrales, Lucinda, *El turismo y la inversión extranjera en la zona restringida*, Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM, <http://biblio.juridicas.unam.mx/libros/6/2722/15.pdf>, pp. 192-193-206.

²²³ Gutiérrez Dávila, Javier, *Vigencia de fideicomisos en zonas restringidas*, Revista Digital de Derecho. Colegio de Notarios de Jalisco, México, <http://www.revistanotarios.com/?q=node/350>

sea el único titular o propietario del inmueble fideicomitado sin que se pueda conceder derechos reales a favor de los fideicomisarios, entre otras cuestiones.

Así se advierte de lo dispuesto por los artículos once y trece de la Ley de Inversión Extranjera, así como lo prevenido en el artículo once del Reglamento de la Ley de Inversión Extranjera y del Registro Nacional de Inversiones Extranjeras como a continuación se transcribe respectivamente:

“Artículo 11.- Se requiere permiso de la Secretaría de Relaciones Exteriores para que instituciones de crédito adquieran como fiduciarias, derechos sobre bienes inmuebles ubicados dentro de la zona restringida, cuando el objeto del fideicomiso sea permitir la utilización y el aprovechamiento de tales bienes sin constituir derechos reales sobre ellos, y los fideicomisarios sean:

- I. Sociedades mexicanas sin cláusula de exclusión de extranjeros en el caso previsto en la fracción II del artículo 10 de esta Ley, y
- II. Personas físicas o morales extranjeras . . .”

“Artículo 13.- La duración de los fideicomisos a que este capítulo se refiere, será por un período máximo de 50 años, mismo que podrá prorrogarse a solicitud del interesado.

La Secretaría de Relaciones Exteriores podrá verificar en cualquier tiempo el cumplimiento de las condiciones bajo las cuales se otorguen los permisos previstos en el presente título, así como la presentación y veracidad del contenido de los avisos dispuestos en el mismo.”

“Artículo 11.- Los contratos de fideicomiso que se constituyen al amparo de los permisos previstos en el artículo 11 de la Ley deben sujetarse a las siguientes condiciones:

- I. Que el instrumento público respectivo establezca que los fideicomisarios extranjeros convienen en considerarse como mexicanos respecto de sus derechos como fideicomisarios y a no invocar, por lo mismo, la protección de sus gobiernos, bajo la pena, en caso contrario, de perder dichos derechos en beneficio de la Nación;
- II. Que durante toda la vigencia del fideicomiso la institución fiduciaria conserve la titularidad del bien inmueble fideicomitado sin conceder derechos reales a los fideicomisarios;
- III. Que la institución fiduciaria presente ante la Secretaría de Relaciones Exteriores, a más tardar en abril de cada año, un informe sobre los fideicomisos autorizados en caso de sustitución fiduciaria, así como de designación de fideicomisarios sustitutos o cesión de derechos fideicomisarios a favor de personas físicas o morales extranjeras, o de sociedades mexicanas con cláusula de admisión de extranjeros, tratándose de inmuebles adquiridos para fines residenciales;

IV. Que los fideicomisarios se obligan a informar a la institución fiduciaria sobre el cumplimiento de los fines del fideicomiso, y que ésta última se obliga a informar a la Secretaría de Relaciones Exteriores sobre el particular, cuando se requiera para ello, siempre que existan motivos que hagan suponer el incumplimiento de las condiciones bajo las cuales fue otorgado el permiso.

En caso de incumplimiento o violación a cualquiera de las condiciones establecidas en el permiso correspondiente, la institución fiduciaria contará con un plazo de 60 días hábiles para subsanarlas o corregirlas, contados a partir de la fecha de notificación por parte de la Secretaría de Relaciones Exteriores de dichas irregularidades; en caso contrario, se procederá en los términos de la fracción VII del presente artículo;

V. Que la institución fiduciaria obtenga permiso previo de la Secretaría de Relaciones Exteriores tratándose de ampliación de la materia y cambio de los fines del fideicomiso;

VI. Que la institución fiduciaria se comprometa a notificar la extinción del fideicomiso a la Secretaría de Relaciones Exteriores, dentro de los 40 días hábiles siguientes a su fecha de extinción, y

VII. Que las partes en el contrato se comprometan a extinguir el fideicomiso a petición de la Secretaría de Relaciones Exteriores, dentro de un plazo de 180 días contados a partir de la fecha de notificación del requerimiento, en caso de incumplimiento o violación a cualquiera de las condiciones establecidas en el permiso correspondiente.

Los permisos a que se refiere el artículo 11 de la Ley no eximen del cumplimiento de los planes y programas de desarrollo urbano y ordenamiento ecológico de la localidad en la que se ubique el inmueble, ni de los criterios de sustentabilidad de la política ambiental.”

Seguimos concluyendo de nueva cuenta que, en el caso en particular, el actuar del fiduciario con motivo de la participación en este tipo de fideicomisos encuentra su legitimación en las obligaciones de carácter contractual que contrae, derivadas del libre acuerdo de voluntades al celebrar el contrato correspondiente, y que con motivo de que conserva la propiedad de los bienes que le son transmitidos no se violenta de modo alguno la fracción primera del artículo veintisiete de nuestra Constitución.

4. DUALIDAD DE RELACIONES Y UNIDAD DEL NEGOCIO EN EL FIDEICOMISO

Siguiendo a Mauricio Boreto debe decirse que la estructura del contrato de fideicomiso se forma de un aspecto real que indica la transmisión de propiedad de

determinados bienes o derechos a favor del fiduciario, así como de un aspecto personal que refiere al conjunto de derechos y obligaciones establecidos por las partes por virtud de los cuales quedan vinculados;²²⁴ obligaciones de las cuales estimamos habrá que destacar la que se refiere a cumplir con el fin establecido y la de destinar esos bienes o derechos a tales fines, que es lo que viene a final de cuentas, a nuestro juicio, a darle sentido al fideicomiso.

En relación con lo anterior, algunos tratadistas se han manifestado también al respecto; así el autor Jorge Alfredo Domínguez Martínez afirma que la generalidad de la doctrina estima que la estructura del negocio fiduciario está compuesta por dos diversas relaciones, una de naturaleza real y externa representada por la enajenación efectuada del fideicomitente al fiduciario, y otra de carácter obligacional e interno, que se refiere al compromiso adquirido por éste ante aquél de destinar los bienes que le fueron transmitidos para la realización de un fin específico.²²⁵

Por su parte el autor Joaquín Rodríguez y Rodríguez aún antes de las reformas a la Ley General de Títulos y Operaciones de Crédito en las cuales no se hablaba de una transmisión de propiedad de los bienes sino de una afectación, ya consideraba al fideicomiso por su doble aspecto real y personal al establecer lo siguiente:

“De ese modo, se advierte que en los negocios fiduciarios existe un aspecto real, traslativo de dominio, que opera frente a terceros, y un aspecto interno, de naturaleza obligatoria, que restringe los alcances de la transmisión anterior, pero sólo con efectos inter partes. Por eso, es evidente que el fideicomiso debe considerarse como un negocio fiduciario en cuanto se trata de un negocio jurídico en virtud del cual se atribuye al fiduciario la titularidad dominical sobre ciertos bienes con la limitación, de carácter obligatorio, de realizar sólo aquellos actos exigidos por el cumplimiento del fin para la realización del cual se destinan.”²²⁶

²²⁴ Boreto, Mauricio, *Concurso, fideicomiso de garantía, cesión de créditos en garantía y descuento bancario*, Argentina, Editorial AD-HOC, 2005, pp. 41-42.

²²⁵ Domínguez Martínez, Jorge Alfredo, *Op. Cit.*, nota 121, p. 172.

²²⁶ Rodríguez y Rodríguez, *Op. Cit.*, nota 145, p. 119.

Al referirse al negocio fiduciario el autor José Manuel Villagordoa Lozano expresa lo siguiente:

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

Ferrara sostiene que son dos contratos:

- a) Un contrato real positivo que produce la transferencia de la propiedad o del crédito y que se realiza de modo perfecto e irrevocable; y
- b) Un contrato obligatorio negativo o sea la obligación del fiduciario de usar tan sólo de una cierta forma el derecho adquirido, para restituirlo después al transferente o a un tercero.

No es aceptable esta tesis porque aisladamente no pueden existir dos contratos en forma autónoma. Sino que la relación real está subordinada a la relación obligatoria, pues esta última limita, hace que el derecho transmitido en la relación real, siempre de carácter potestativo, invierte su naturaleza a uno de ejercicio obligatorio a efecto de que el fiduciario pueda realizar los fines señalados y después retransmitir al fiduciante los bienes o derechos recibidos, o bien transmitirlos a un tercero, según sea lo estipulado en el contrato mismo.”²²⁷

Al respecto reiteramos nuestra postura en el sentido de que no se puede hablar de dos contratos por separado debido a que por sí sólo el hecho de transmitir la propiedad de ciertos bienes o derechos del fideicomitente hacia el fideicomisario daría lugar a ser cualquier otro contrato traslativo y no a un fideicomiso, tiene que forzosamente esta transmisión que subordinarse con el aspecto obligacional en el cual el fiduciario se obligue a cumplir con los fines del fideicomiso para que le otorgue un sentido o naturaleza de fideicomiso al contrato.

En efecto, ambas relaciones, tanto la real como la personal, no se deben concebir en forma aislada, es decir, cada una por separado, de lo contrario, como se ha dicho, no se lograría configurar el fideicomiso sino cualquier otro contrato traslativo de dominio liso y llano

²²⁷ Villagordoa Lozano, José Manuel, *Op. Cit.*, nota 149, pp. 8-9.

como por ejemplo una compra venta; es decir, ambas relaciones resultan ser necesarias en su conjunto para crear la finalidad, el contrato deseado y, a final de cuentas, la figura prevista por la ley, y así de esa forma garantizar a los contratantes sus efectos, los cuales por separado pudieran generar algún acto jurídico determinado pero no un fideicomiso, o se confundirían con otros negocios traslativos típicos.

Debemos agregar a lo antes expuesto que las relaciones reales y personales derivadas del contrato de fideicomiso dependen una de la otra, es decir, no pueden existir separadamente, deben de guardar una relación íntima entre ellas (que una dependa de la otra) para que se pueda conformar un fideicomiso y no otra figura jurídica distinta o contrato previsto por la legislación; además que deben otorgarse dentro de un mismo y único acto jurídico o contrato, de ahí que podamos hablar que el fideicomiso refiere a una dualidad de relaciones y una unidad en el negocio.

En este mismo sentido la Corte, a través de los Tribunales Colegiados de Circuito, se ha manifestado en el sentido que la voluntad de los contratantes debe encuadrarse en alguna figura contemplada en la legislación como a continuación se detalla:

CONTRATOS. SE RIGEN POR LA LEY SUSTANTIVA VIGENTE CUANDO SE CELEBRAN.

El artículo 1793 del Código Civil para el Distrito Federal dispone que los convenios que producen o transfieren obligaciones y derechos toman el nombre de contratos. Por su parte, el artículo 1796 señala que desde que los contratos se perfeccionan obligan a las partes no sólo al cumplimiento de lo expresamente pactado, sino también a las consecuencias que según su naturaleza sean conformes a lo establecido por la ley. Finalmente, el numeral 1839 prevé que en un contrato, los concertantes pueden poner todas las cláusulas que estimen convenientes, pero las que se refieran a requisitos esenciales del contrato de que se trate, o sean consecuencia de su naturaleza ordinaria, se tendrán por puestas, aunque no se expresen, con la salvedad establecida en la última parte del propio precepto. Del contenido de las disposiciones mencionadas, se colige que las relaciones contractuales se rigen por las normas que provienen tanto de las cláusulas convenidas expresamente por las partes, como de la ley vigente en el momento en que se perfecciona el contrato, puesto que al llevarse a cabo tal perfeccionamiento se entiende que las partes

han tomado el contenido de la ley vigente, que es la que indica qué tipo de relación jurídica se crea (arrendamiento, compraventa, permuta, etcétera); la que suple la voluntad de los contratantes en los puntos que no hubieran sido materia expresa de la convención y que, sin embargo, son necesarios para el cumplimiento y ejecución del contrato, y la que pone límites a la libertad contractual. Lo expuesto pone de manifiesto la existencia de un principio de no retroactividad de las leyes en materia contractual, pues los contratos se rigen por la ley en vigor el momento de celebrarse. No pasa inadvertido el hecho de que las leyes son obligatorias desde su entrada en vigor, pero en materia contractual esto implica que la nueva ley se aplicará a los convenios que se perfeccionan durante su vigencia, y no a los celebrados con anterioridad a ella, pues de lo contrario se le daría efecto retroactivo en perjuicio de alguno de los contratantes, lo cual está prohibido expresamente en el artículo 14 constitucional.²²⁸

CONTRATOS. PARA SU INTERPRETACIÓN CUANDO NO SE ADVIERTA DE MANERA EXPRESA LA VOLUNTAD DE LAS PARTES, DEBE ATENDERSE A LA INTENCIÓN DE ELLAS AL CONTRATAR.

De acuerdo a lo dispuesto en los artículos 78 del Código de Comercio y 1851 a 1857 del Código Civil Federal, cuando los términos en los que las partes pactaron las obligaciones no son claros, se debe entender a los factores objetivos que se deduzcan de la conducta desplegada por las partes contratantes antes, durante y en la ejecución del contrato, con la finalidad de determinar la verdadera intención de los sujetos, para encuadrar su intención en alguna figura de las previstas en la ley, pues ello permitirá establecer las obligaciones y derechos de cada una de las partes, lo que a la postre, va a determinar la procedencia de la acción intentada o en su caso de las excepciones que se hagan valer, con la finalidad de dar certeza jurídica a los contratantes, sin que ello atente contra la autonomía de la voluntad, pues al contrario la complementa a fin de dar seguridad a las partes del contrato, pues la naturaleza de los contratos no depende de la designación que éstas hagan de ellos, sino de los hechos y actos ejecutados por ellas, que es lo que permite apreciar la verdadera intención que tuvieron al contratar.²²⁹

²²⁸ Tesis I. 4º. C. J/2, *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, Novena Época, t. II, agosto de 1995, p. 319.

²²⁹ Tesis I. 3º. C. 718 C, *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, Novena Época, t. XXIX, febrero de 2009, p. 1839.

CAPÍTULO V

EL MODO COMO FORMA DE ACTUAR DE LAS INSTITUCIONES FIDUCIARIAS

1. ASPECTO GENERAL

En el capítulo anterior estudiamos el aspecto personal del fideicomiso y con ello realizamos un análisis de su aspecto interno, en específico, de los derechos y las obligaciones establecidas por las partes que intervienen.

De esta forma y dentro del contenido de las obligaciones asumidas por las instituciones fiduciarias instituimos como principales las que se refieren a ejercitar respecto de los bienes fideicomitidos únicamente los derechos y acciones que se refieran al fin establecido, así como cumplir con los fines conforme al acto constitutivo del fideicomiso.

Hicimos notar que estas dos obligaciones son las más importantes que deben crearse en el acto constitutivo del fideicomiso, las cuales deberán ser cumplidas por la institución fiduciaria debido a que sobre ellas recae el eje principal del contrato, sin ellas no podría funcionar, es lo que le da sentido al fideicomiso; por otra parte esto le da seguridad al fideicomitente y fideicomisario debido a que el fiduciario le dará a los bienes el uso o destino estipulado, no otro.

Concluimos que las causas que originan las limitaciones con las que cuentan las instituciones fiduciarias y que se refieren a no usar, no disfrutar y no disponer libremente de los bienes o derechos que le son transmitidos, así como que su derecho sea temporal por el

plazo establecido, son precisamente obligaciones contractuales perfectamente establecidas en el contrato de fideicomiso enfocadas a que el fiduciario cumpla con los fines del fideicomiso, en destinar esos bienes o derechos al fin estipulado; y que es en esas obligaciones donde encontramos la legitimación de las instituciones fiduciarias para actuar como si no fuesen propietarias de los bienes fideicomitados.²³⁰

Independientemente que con lo anterior hayamos resuelto el problema planteado que se refiere a conocer si existe causa que legitime al fiduciario para actuar como si no fuese el propietario de los bienes que le son transmitidos con motivo de sus limitantes, estimamos que ello no es suficiente para terminar nuestra investigación ya que consideramos necesario conocer a que tipo de obligaciones se refiere, así como si estas se encuentran reguladas dentro de nuestra legislación.

Con motivo de lo anterior, el presente capítulo se enfocará a determinar a que tipo de obligaciones de carácter contractual se refieren las que asumen las instituciones fiduciarias con motivo de su participación en los contratos de fideicomiso, en específico, las que se refieren a destinar los bienes o derechos a un fin determinado, y en el supuesto de que no se encuentren contempladas por nuestra legislación, proponer las reformas o adiciones correspondientes.

2. EFECTOS DEL ACTO JURÍDICO

En el capítulo que antecede establecimos que el acto jurídico se refiere a la manifestación de voluntad que expresa una persona con el propósito deliberado de producir determinadas consecuencias de derecho que se traducen en derechos y obligaciones contemplados en la norma, creándolos, transmitiéndolos, modificándolos o extinguiéndolos;

²³⁰ Véase, pp. 162, 163, 165 y 169.

que los efectos en los contratos se refieren, según criterio de Leopoldo Aguilar, a la creación o transmisión de derechos y obligaciones, y de esta forma resulta ser una de las fuentes principales de las obligaciones.²³¹

Luego entonces esos efectos del contrato, es decir, ese conjunto de derechos y obligaciones que se crean con motivo de su celebración, vienen a ser consecuencia del acuerdo de voluntades de las partes que en él intervienen, pudiendo de esta manera cada una de ellas expresar su voluntad en determinada forma para que los efectos del contrato surtan sus efectos entre las partes sin ninguna restricción, o bien, estableciendo alguna que impida que el contrato surta sus efectos hasta determinado momento o en alguna forma determinada.

Es así como, según sus efectos, los actos jurídicos se pueden clasificar en actos puros y simples y actos sujetos a una modalidad como a continuación se explica.

A) ACTOS PUROS Y SIMPLES

A criterio de Trinidad García, por lo general el acto jurídico produce sus efectos de inmediato, en forma definitiva y sin estar sujeto a restricciones especiales; de esta manera la voluntad como elemento esencial se manifiesta en forma común sin ninguna dependencia de hechos o circunstancias que restrinjan esos efectos, así estos últimos no tienen limitaciones en cuanto al tiempo de su nacimiento o de su extinción, ni en cuanto al modo en que habrán de realizarse.²³²

De esta forma la voluntad creadora del acto jurídico como elemento esencial nunca se ve limitada o restringida, por el contrario, se encuentra libre de cualquier circunstancia extraordinaria o sentido que pudiera afectar o influir en los efectos del contrato que se crea,

²³¹ Véase, p. 150.

²³² García, Trinidad, *Apuntes de introducción al estudio del derecho*, 33a. ed., México, Porrúa, 2008, p. 195.

es decir, el acto así visto es considerado como puro y simple, produce sus efectos de manera normal u ordinaria establecida por las partes.

B) ACTOS SUJETOS A UNA MODALIDAD

En el inciso que antecede establecimos que los efectos del acto puro y simple no tiene limitaciones o restricciones de ninguna especie, pero puede ocurrir, como lo indica Efraín Moto Salazar, que la voluntad creadora del acto se haya expresado en un sentido que sus efectos no se obtengan sino sólo en el caso de que se realicen determinadas circunstancias, es decir, la voluntad de las partes puede expresarse en determinada forma que los efectos del acto no se produzcan o se extingan al ocurrir determinados acontecimientos, o bien, que se produzcan de determinada manera. A estas limitaciones en cuanto al tiempo de su nacimiento, a su extinción o al modo de realizar el acto, según el citado autor, se les denomina modalidades del acto jurídico.²³³

Estimamos importante destacar que no es la voluntad de las partes la que se ve limitada sino los efectos del acto jurídico, es decir, los derechos y las obligaciones creadas; es el sentido en que se manifiesta la voluntad la que determina la forma en que han de producirse los efectos del acto, y a final de cuentas, lo que se limita son los efectos de tal acto, nunca la voluntad de las partes.

Al respecto agrega Galindo Garfias que las modalidades no son elementos de esencia del acto jurídico, tampoco lo acompañan habitualmente, no van incluidos en la naturaleza de tal acto, sino más bien son incorporan por la voluntad de las partes. En tanto el autor del acto no introduzca una modalidad como elemento accidental que es, el acto o negocio será puro y simple, por ello las modalidades modifican los efectos normales del negocio que se

²³³ Moto Salazar, Efraín, *Elementos de derecho*, 50a. ed., México, Editorial Porrúa, 2007, p. 31.

producirían de inmediato si no se sujetaran a esas modalidades, de las cuales las partes han hecho depender el nacimiento de la relación jurídica o sus efectos.²³⁴

Estas modalidades derivadas de la manifestación de voluntad de las partes que hacen que los efectos del acto jurídico no se produzcan, se extingan, o se produzcan de determinada manera, se refieren al término, la condición y al modo; y para efectos de la presente investigación entraremos al estudio únicamente de este último ya que creemos que es este tipo de modalidad la que opera con motivo de las principales obligaciones contraídas por las instituciones fiduciarias a que hemos hecho referencia como se vera a continuación.

a) EL MODO

El modo como modalidad de los actos jurídicos, según Trinidad García, se refiere a una declaración accesoria de la voluntad que se traduce en una carga al agraciado con una liberalidad; agrega el autor que esta carga puede consistir en usar la cosa objeto del acto jurídico de determinada manera o en darle un destino determinado, y puede también consistir en una prestación por parte del beneficiado de la liberalidad a favor del autor del acto de liberalidad o bien de un tercero.²³⁵

Añade Galindo Garfias que el beneficiado recibe la liberalidad y con ella la carga con motivo de la voluntad de quién la otorga para destinarla en todo o parte a la realización de cierto fin señalado, que puede quedar establecido a favor del disponente o bien de un tercero; por medio del modo el disponente busca un fin accesorio o adjunto que se añade al fin principal y que actúa como móvil ulterior al acto de liberalidad.²³⁶

Vemos como el modo se refiere a una obligación a cargo de la persona que recibe determinados bienes o derechos para utilizarlos de determinada manera, o bien, en darles

²³⁴ Galindo Garfias, Ignacio, *Op Cit.*, nota 172, p. 272.

²³⁵ García, Trinidad, *Op. Cit.*, nota 227, p. 210.

²³⁶ Galindo Garfias, Ignacio, *Op. Cit.*, nota 172, p. 280.

un destino determinado por voluntad de quien los transmite a favor de éste o de un tercero; el disponente manifiesta su voluntad en el sentido de transmitir ciertos bienes o derechos al beneficiado para que éste cumpla con ciertas cargas impuestas por el primero; así por ejemplo se puede estipular que uno done su casa a otro y este último con motivo de ello se obligue a sostener la educación del hijo del primero.

Alguna parte de la doctrina mexicana estima que el modo como obligación excepcional sólo tiene lugar en los actos de liberalidad refiriéndose a éstos como los actos celebrados a título gratuito, como herencias, legados o donaciones, y es a través de la carga impuesta que implica el modo la forma en como se ve limitada la liberalidad en el heredero, legatario o donatario; así quien recibe un regalo, una liberalidad, el beneficiario de un acto gratuito no tiene normalmente obligación alguna de cumplir con una carga, los contratos o actos gratuitos sólo obligan al que realiza el beneficio y regularmente no crean compromiso alguno a quien lo recibe, por ello suelen ser también unilaterales, sin embargo, por excepción, y en ello estriba la razón de que el modo sea una modalidad o forma de ser de las obligaciones, el modo se impone al adquirente favorecido con una prestación a su cargo, o mejor dicho, una contraprestación cuyo valor no es equivalente al valor de la que recibe, misma que debe cumplir y es exigible coactivamente.²³⁷

Como se dijo anteriormente algunos autores consideran que el modo tiene lugar únicamente en los actos celebrados a título gratuito, esto debido a que nuestra legislación hace alusión a esta figura únicamente en materia de sucesiones y de donación; a criterio de Treviño García, nuestro legislador nos da a entender en algunos artículos que el modo se puede plasmar en determinados actos jurídicos como el testamento o la donación, pero no lo define ni establece sus reglas, tampoco la forma, o si se puede pactar en otro tipo de actos

²³⁷ Bejarano Sánchez, Manuel, *Op. Cit.*, nota 202, p. 549.

independientemente que sean de carácter gratuito u oneroso;²³⁸ así se advierte de nuestro Código Civil Federal como más adelante se verá.

Por otra parte algunos otros autores estiman que el modo como declaración accesoria a la voluntad puede manifestarse en actos tanto de carácter gratuito como de carácter conmutativo, pero siempre deberán contener un mínimo o una mezcla de liberalidad, como por ejemplo una venta por un precio inferior al justo, “te vendo a mitad de precio mi terreno pero tú recoges la cosecha de Juan en otro predio”.²³⁹

En relación con lo antes expuesto creemos que nada impide que el modo visto como obligación excepcional pueda manifestarse en cualquier tipo de contrato, esto debido a la libertad contractual o autonomía de la voluntad que existe y con la que cuentan las partes, éstas fijan los términos del contrato y determinan su objeto sin más limitación que el orden público en términos de lo que disponen los artículos 1832 y 1839 del Código Civil Federal, así como el artículo 78 del Código de Comercio, que establecen lo siguiente:

“Artículo 1832.- En los contratos civiles cada uno se obliga en la manera y términos que aparezca que quiso obligarse, sin que para la validez del contrato se requieran formalidades determinadas, fuera de los casos expresamente designados por la ley.”

“Artículo 1839.- Los contratantes pueden poner las cláusulas que crean convenientes; pero las que se refieran a requisitos esenciales del contrato o sean consecuencias de su naturaleza ordinaria, se tendrán por puestas aunque no se expresen, a no ser que las segundas sean renunciadas en los casos y términos permitidos por la ley.”

“Artículo 78.- En las convenciones mercantiles cada uno se obliga en la manera y términos que aparezca que quiso obligarse, sin que la validez del acto comercial dependa de la observancia de formalidades o requisitos determinados.”

²³⁸ Treviño García, Ricardo, *Teoría general de las obligaciones*, México, Mc Graw Hill, 2004, p. 529.

²³⁹ Pulliam, Erik, *et al.*, *Derecho civil notarial, obligaciones*, México, Editorial UNAM, 1995, t. 4, p. 137.

De esta forma no se limita a las partes a establecer sus obligaciones de tal o cual manera o en determinados actos, por el contrario, cuentan con la más amplia libertad de hacerlo dentro del marco de la legalidad; además, es importante hacer notar que son las obligaciones creadas de determinada forma o en forma muy especial por las partes, las que muchas veces son las que le dan sentido al acto jurídico o contrato celebrado, y es por esta razón por la cual estamos seguros que efectivamente surtirán los efectos deseados por los interesados.

I CARACTERÍSTICAS DEL MODO

Una vez expuesto lo anterior y a fin de precisar un poco más sobre el tema, estimamos que el modo, como modalidad de las obligaciones, presenta las siguientes características:

a) El modo debe ser general, es decir, que puede aplicarse a cualquier acto jurídico o contrato.

b) Deriva de la voluntad las partes, sobre todo de la parte que transmite a otra determinados bienes o derechos; el que transmite expresa su consentimiento en el sentido de transmitir con determinadas cargas, por su parte el que adquiere expresa su voluntad en recibir con las cargas impuestas obligándose a cumplirlas.

c) No modifica la sustancia esencial del acto jurídico, por el contrario, en ciertos casos le da sentido al acto.

d) Debe ir siempre acorde al orden público, es decir, debe ser viable y legal.

II SU INSERCIÓN EN CÓDIGO CIVIL FEDERAL

Anteriormente se dijo que la razón por la cual parte de la doctrina considera que el modo es de uso exclusivo en los actos de carácter gratuito, se refiere a que nuestra legislación en materia federal lo regula únicamente al referirse a las sucesiones y a la

donación; así lo podemos advertir de lo dispuesto por los artículos 1418, 1419, 1420, 2334, 2336, 2337, 2353 y 2368 del Código Civil Federal que se transcriben a continuación:

En materia de sucesiones establece lo siguiente:

“Artículo 1418.- Si el heredero o legatario renunciare a la sucesión, la carga que se les haya impuesto se pagará solamente con la cantidad a que tiene derecho el que renunció.”

“Artículo 1419.- Si la carga consiste en la ejecución de un hecho, el heredero o legatario que acepte la sucesión queda obligado a prestarlo.”

“Artículo 1420.- Si el legatario a quien se impuso algún gravamen no recibe todo el legado, se reducirá la carga proporcionalmente, y si sufre evicción, podrá repetir lo que haya pagado.”

En materia de donación se estipula lo siguiente:

“Artículo 2334.- La donación puede ser pura, condicional, onerosa o remuneratoria.”

“Artículo 2336.- Es onerosa la donación que se hace imponiendo algunos gravámenes, y remuneratoria la que se hace en atención a servicios recibidos por el donante y que éste no tenga obligación de pagar.”

“Artículo 2337.- Cuando la donación sea onerosa, sólo se considera donado el exceso que hubiere en el precio de la cosa, deducidas de él las cargas.”

“Artículo 2353.- Si la donación se hace con la carga de pagar las deudas del donante, sólo se entenderán comprendidas las que existan con fecha auténtica al tiempo de la donación.”

“Artículo 2368.- El donatario responde sólo del cumplimiento de las cargas que se le imponen con la cosa donada, y no está obligado personalmente con sus bienes. Puede sustraerse a la ejecución de las cargas abandonando la cosa donada, y si ésta perece por caso fortuito, queda libre de toda obligación.”

Vemos como el legislador no define ni establece propiamente una reglamentación del modo, menos aún se refiere a éste como una figura jurídica que exista dentro de las modalidades de las obligaciones, pero si debemos suponer su existencia con motivo de que

se le considera dentro de la regulación que se hace en materia de sucesiones y de la donación; así, el título segundo del libro cuarto del Código Civil Federal que es el que se refiere a las modalidades de las obligaciones no incluye al modo, únicamente se refiere al término, a la condición, a las obligaciones conjuntivas y alternativas, a las obligaciones mancomunadas, y las obligaciones de dar, hacer o no hacer.

Independientemente de lo anterior consideramos que aún así se dan en la legislación civil en comento las características propias del modo como a continuación se detalla:

a) El modo se puede incluir o formar parte de los actos jurídicos ya que deriva de la voluntad de las partes; así el testador o el donante expresan su voluntad de transmitir a determinada persona con la carga de que esta última deba de realizar determinados actos.

b) La persona a quién va dirigida debe aceptar la carga junto con la liberalidad que le es transmitida para que pueda quedar obligada a cumplir con los gravámenes impuestos; de esta forma el legatario y el donatario que acepten la liberalidad aceptan también la carga que les es impuesta quedando obligados a cumplirla.

c) No modifica la sustancia esencial del acto jurídico, por el contrario en ciertos casos le da sentido; así el legado sigue siendo legado y la donación sigue siendo donación, y dependiendo de la carga, es ésta la que le viene a dar sentido a estos actos, así por ejemplo, el testador transmite en legado a favor del Estado la propiedad de un inmueble que ha servido para museo, estableciéndole la carga de seguir destinando el citado inmueble para museo por ejemplo.

d) Debe ir siempre acorde al orden público, es decir, debe ser lícito y posible, de otra forma no podría surtir sus efectos.

III CONSECUENCIAS DEL MODO

Una vez analizado lo anterior debemos concluir que el modo se refiere a una modalidad de las obligaciones, se traduce en una carga para quién recibe una liberalidad en

cualquier acto jurídico para realizar determinados actos como usar la cosa objeto de la transmisión de determinada forma, o darle un determinado destino a favor del transmitente o de un tercero, constriñe y obliga al aceptante a cumplir con los gravámenes impuestos.

No suspende ni resuelve el vínculo contractual, tampoco modifica su esencia, por el contrario, en algunos de los casos viene a ser lo que da sentido a los efectos del acto jurídico.

Es precisamente lo anterior lo que hace diferente al modo del término y la condición, ya que estos dos últimos si bien no modifican la esencia del acto, si suspenden o resuelven los efectos del mismo dependiendo del tipo de término o condición de que se trate; así por ejemplo, cuando se establece una condición suspensiva los efectos del acto jurídico estarán suspendidos hasta en tanto no se de la condición, o si se trata de una condición resolutoria el acto surte sus efectos desde luego, pero dejaran de surtirlos definitivamente al momento en que se cumpla la condición.

3. EL MODO EN LAS OBLIGACIONES CONTRAIDAS POR EL FIDUCIARIO

Cuando se hizo referencia al fideicomiso como contrato, en opinión de diversos autores, se dijo que efectivamente lo es debido a que se manifiesta como la expresión de voluntad del fideicomitente, fiduciario y fideicomisario para crear, transmitir, reconocer y declarar derechos y obligaciones; de esta manera debe haber siempre un acuerdo de voluntades o consentimiento entre la persona que transmite los bienes o derechos fideicomitados y la persona que recibe, y con ello, la creación de determinados derechos y obligaciones entre las partes derivados de esa transmisión.

Así de esta manera se comentó que el fideicomitente, entre otras formas, expresa su voluntad en el sentido de transmitir la propiedad de determinados bienes o derechos al fiduciario, que dichos bienes o derechos se destinen a los fines determinados en el contrato,

y en designar varios fideicomisarios para que reciban simultáneamente o sucesivamente el provecho del fideicomiso.

Que el fiduciario expresa su voluntad, entre otras formas, en el sentido de ejercitar respecto de los bienes fideicomitidos los derechos y acciones que se refieran al fin establecido en el contrato, de hacerse responsable de las pérdidas o menoscabos que los bienes sufran por su culpa, e indemnizar al fideicomitente por los actos que realice de mala fe o en exceso de sus facultades.

Por último, en lo que cabe al fideicomisario, éste expresa su voluntad en el sentido de aceptar los beneficios que se deriven a su favor con motivo de la celebración del fideicomiso.²⁴⁰

Se hizo notar también que con motivo del consentimiento o acuerdo de voluntades entre las partes, el fiduciario, entre otras obligaciones, cuenta con las siguientes:

a) Ejercitar respecto de los bienes o derechos fideicomitidos los derechos y acciones que se refieran al fin establecido en el contrato.

b) Cumplir con los fines del fideicomiso conforme al acto constitutivo.

Que estas dos obligaciones son las más importantes que se generan debido a que sobre ellas recae el eje principal del fideicomiso, sin ellas éste no podría funcionar, es lo que le da sentido; de esta forma el negocio que se pretenda llevar a cabo con motivo de la constitución del fideicomiso funciona en base a las instrucciones dadas al fiduciario por el fideicomitente.²⁴¹

Por otra parte establecimos que el hecho que el fiduciario no pueda usar, disfrutar o disponer libremente de los bienes o derechos que le son transmitidos, es consecuencia de las obligaciones contractuales que asumió consistentes en cumplir con los fines del

²⁴⁰ Véase, pp. 151-152, 158-160.

²⁴¹ Véase, p. 163.

fideicomiso, en destinar esos bienes o derechos al mencionado fin; es decir, que la causa por la cual el fiduciario limita su derecho de propiedad se refiere a obligaciones de carácter contractual perfectamente establecidas por las partes en el contrato de fideicomiso.²⁴²

En efecto, el fideicomitente expresa su voluntad de transmitir la propiedad de determinados bienes o derechos a favor del fiduciario para que este último realice sobre ellos únicamente los actos que sirvan para realizar el fin establecido en el fideicomiso; es decir, la voluntad expresada de esa forma por el fideicomitente no se refiere a una voluntad ordinaria, por el contrario, se encuentra limitada o restringida a determinadas circunstancias que influyen en los efectos de los derechos y las obligaciones derivadas de la transmisión y por lo tanto del contrato, se refiere a una voluntad expresada en determinada forma para que los efectos del acto se produzcan de determinada manera.

Por su parte, el fiduciario expresa su voluntad de recibir o aceptar la propiedad de los bienes o derechos para realizar sobre ellos únicamente los actos que sirvan para realizar el fin establecido en el fideicomiso; es decir, aquí también la voluntad expresada por el fiduciario no se refiere a una voluntad ordinaria, se encuentra limitada o restringida a determinadas circunstancias que influyen en los efectos de los derechos y obligaciones derivados de la transmisión y del contrato.

Una vez expresada la voluntad de ambas partes en la forma y términos en que se ha expuesto, se crea para la institución fiduciaria la obligación de realizar sobre los bienes transmitidos únicamente los actos y acciones que se refieran al fin establecido, dándole de esa forma un efecto especial o determinado a los derechos y las obligaciones que como propietaria adquiere la referida institución.

²⁴² Véase, p. 169.

De esta forma se transmite al fiduciario un derecho de propiedad pleno porque cuenta con sus facultades de uso, goce y disposición, pero que deberán verse limitados con motivo de los efectos que se producen en ellas derivados de la forma en que ambas partes expresan su voluntad, es decir, que debe cumplir con los fines del fideicomiso.

Realizando un análisis más minucioso en relación con los efectos que se crean en los derechos y obligaciones del fiduciario, estimamos que el consentimiento expresado por parte del fideicomitente se refiere a una declaración accesoria de la voluntad que se traduce en una carga para el fiduciario agraciado con una liberalidad (de haber recibido la propiedad de ciertos bienes); carga que consiste en usar la cosa objeto de la transmisión de determinada manera, en darle un destino determinado en el contrato de fideicomiso, o bien, en una prestación por parte del fiduciario a favor del mismo fideicomitente o de un tercero denominado fideicomisario.

El fiduciario recibe la liberalidad y con ella la carga derivada de la voluntad del fideicomitente consistente en destinar los bienes a la realización de cierto fin señalado, que puede quedar establecido a favor del mismo fideicomitente o bien del fideicomisario. Por medio del modo (carga) el fideicomitente busca un fin accesorio que se añade al fin principal (transmisión de propiedad) y que actúa como móvil ulterior a éste acto.

Vemos de esta manera como las obligaciones asumidas por las instituciones fiduciarias consistentes en realizar sobre los bienes o derechos fideicomitados los actos que se refieran al fin establecido en el contrato, o en destinar los citados bienes a un determinado fin limitándola en su actuar como propietaria, son consecuencia del modo u obligación modal derivada de la voluntad de las partes en el contrato de fideicomiso.

Así, cuando nos referimos con anterioridad a las características del modo establecimos que:

a) El modo debe ser general, es decir, que puede aplicarse a cualquier acto jurídico o contrato, motivo por el cual nada impide que se pueda aplicar al contrato de fideicomiso.

b) Deriva de la voluntad las partes, el que transmite expresa su consentimiento en el sentido de transmitir con determinadas cargas, y por su parte el que adquiere expresa su voluntad en recibir con las cargas impuestas obligándose a cumplirlas; en el caso específico, el fideicomitente expresa su voluntad de transmitir con la carga de destinar los bienes a un determinado fin y el fiduciario expresa su voluntad de recibir de esa forma y obligarse a cumplir con las cargas.

c) No modifica la sustancia esencial del acto jurídico, por el contrario, en ciertos casos le da sentido; así, el acto por el cual se transmite la propiedad al fiduciario no pierde su naturaleza con motivo del modo debido a que tal transmisión se realiza en forma plena, es decir, con todas sus facultades, pero no podríamos concebir al fideicomiso con la pura transmisión, se necesita forzosamente el modo para que pueda tener sentido, se requiere que el fiduciario se obligue a cumplir con los fines del contrato para poder completar, junto con la transmisión de propiedad, la sustancia esencial del fideicomiso.

Ya anteriormente se dijo, a comentario de diversos autores, que la estructura del contrato de fideicomiso se forma de un aspecto real que indica la transmisión de propiedad de determinados bienes o derechos a favor del fiduciario, así como de un aspecto personal que refiere al conjunto de derechos y obligaciones establecidos por las partes por virtud de los cuales quedan vinculados.

Establecimos también que ambas relaciones, tanto la real como la personal, no se deben concebir en forma aislada, es decir, cada una por separado, de lo contrario no se lograría configurar el fideicomiso sino cualquier otro contrato traslativo de dominio liso y llano, como por ejemplo, una compra venta; que ambas relaciones resultan ser necesarias en su conjunto para crear la finalidad, el contrato deseado y la figura prevista por la ley, y así

de esa forma garantizar a los contratantes sus efectos; además que deben otorgarse dentro de un mismo y único acto jurídico o contrato, de ahí que podamos hablar que el fideicomiso refiere a una dualidad de relaciones y una unidad en el negocio.²⁴³

d) Debe ir siempre acorde al orden público, es decir, debe ser viable y legal; de esta forma, siendo el modo la finalidad del fideicomiso por referirse al destino que debe dársele a los bienes o derechos transmitidos al fiduciario, deberá ser siempre lícito, tal y como lo dispone el artículo 381 de la Ley de Títulos y Operaciones de Crédito.

Visto lo antes expuesto debemos concluir que el tipo de obligaciones de carácter contractual que asumen las instituciones fiduciarias con motivo de su participación en los contratos de fideicomiso, en específico las que se refieren a destinar los bienes o derechos a un fin determinado, y a realizar única y exclusivamente los actos de acuerdo al mencionado fin, se refieren a una modalidad de las obligaciones, en específico al modo u obligación modal.

4. OTRAS LEGISLACIONES QUE REGULAN AL MODO

En este apartado realizaremos un estudio de diversas legislaciones que efectivamente regulan el modo, es decir, legislaciones que le dedican un apartado especial dentro de su articulado y que nos pueden aportar algo con la finalidad de estar en posibilidad de plantear una adición a nuestro Código Civil Federal, el cual, a final de cuentas, es el que debe de servir de base en los contratos mercantiles como el fideicomiso, tal y como se verá en el último punto de este capítulo.

A) CÓDIGOS CIVILES DE LOS ESTADOS DE COAHUILA Y GUERRERO

²⁴³ Véase, pp. 201-203.

A pesar de que el modo no se encuentra propiamente reglamentado por nuestro Código Civil Federal, los Códigos Civiles de los Estados de Coahuila y Guerrero son los únicos que lo regulan de entre todas las demás entidades federales de nuestro país; así de esta forma el Código Civil para el Estado de Coahuila lo estatuye dentro del capítulo de las modalidades de los negocios jurídicos, y dentro del capítulo de las modalidades de las obligaciones; por su parte el Código Civil del Estado de Guerrero lo regula únicamente al referirse a las modalidades de las obligaciones como se determina a continuación.

El Código Civil de Coahuila en su parte conducente establece lo siguiente:

“LIBRO QUINTO De los hechos, los actos y los negocios jurídicos . . .
TÍTULO TERCERO De los negocios jurídicos . . . Capítulo IX.- De las modalidades de los negocios jurídicos . . . Sección Tercera.- Del modo.

Artículo 2117.- El modo o condición modal es una declaración accesoria de la voluntad, por la que el autor de una liberalidad le impone al agraciado con ella una carga, que puede consistir en usar de determinada manera el bien objeto del negocio jurídico sujeto a modo, o en darle un determinado destino.

Artículo 2118.- La carga en el modo puede también consistir en una prestación por parte del beneficiario con la liberalidad, a favor del autor de ésta o de un tercero.

Artículo 2119.- La obligación consistente en la carga a que se refiere el artículo anterior nace, salvo acuerdo en contrario, desde que se celebra el negocio si éste es contractual, o desde que el testamento produce sus efectos si la carga es testamentaria.

Artículo 2120.- El incumplimiento de la obligación modal da derecho a quien la impuso, y en su caso a sus herederos, para demandar la revocación de la liberalidad.

Artículo 2121.- Todo interesado puede exigir el cumplimiento de la carga y también puede exigirlo el Ministerio Público si el modo entraña un interés social. . . . LIBRO SEXTO De las obligaciones . . . TÍTULO QUINTO De las modalidades de las obligaciones.

Artículo 2389.- Son aplicables, en lo conducente, a las obligaciones sujetas a término, a condición o a modo, las disposiciones contenidas, respectivamente, en las tres diversas secciones del Capítulo IX del Título Tercero del Libro Quinto de este código.”

Por su parte el Código Civil del Estado de Guerrero en su parte conducente establece

lo siguiente:

“LIBRO QUINTO De las obligaciones PRIMERA PARTE De las obligaciones en general . . . TÍTULO TERCERO De las modalidades de las obligaciones . . . Capítulo III Del Modo

Artículo 1826.- El modo o condición modal será una declaración accesoria de la voluntad, por la que el autor de una liberalidad le impone al agraciado con ella una carga, que puede consistir en usar de determinada manera el bien objeto del negocio jurídico sujeto a modo, o en darle un destino señalado.

Artículo 1827.- La carga en el modo podrá también consistir en una prestación por parte del beneficiario con la liberalidad, a favor del autor de ésta o de un tercero.

Artículo 1828.- La obligación consistente en la carga a que se refiere el artículo anterior nacerá, salvo acuerdo en contrario, desde que se celebre el negocio, si éste es contractual, o desde que el testamento produzca efectos, si la carga fuere testamentaria.

Artículo 1829.- El incumplimiento de la obligación modal da derecho a quien la impuso, y en su caso a sus herederos, para demandar la revocación de la liberalidad.

Artículo 1830.- Todo interesado podrá exigir el cumplimiento de la carga y también podrá exigirlo el Ministerio Público si el modo entraña un interés social.”

Una vez realizado un análisis de las citadas legislaciones se puede advertir lo siguiente:

a) Ambas legislaciones son prácticamente iguales, es decir, regulan de la misma forma al modo, únicamente se diferencian debido a que el Código Civil de Coahuila lo regula dentro de los negocios jurídicos y dentro de las modalidades de las obligaciones, por su parte el Código Civil de Guerrero lo refiere dentro del capítulo de las modalidades de las obligaciones.

b) Proporcionan una definición del modo al establecer que es una declaración accesoria de la voluntad impuesta por el autor de una liberalidad al agraciado, y que se

refiere a una carga consistente en usar de determinada manera el bien objeto del negocio jurídico sujeto a modo, en darle un determinado destino, o en una prestación por parte del beneficiario con la liberalidad a favor del autor de ésta o de un tercero.

Estimamos que esta definición es correcta debido a que reúne los elementos necesarios para poder configurar una definición del modo, tales como que es una declaración accesoria de la voluntad, que se traduce en una carga, en que puede consistir esa carga, y que se da dentro de los negocios jurídicos.

Es importante aclarar que el Código Civil de Coahuila entiende por negocio jurídico el acto lícito y normativo realizado con el propósito deliberado y fundamental de producir, conservar, modificar, transmitir o extinguir derechos y obligaciones o determinadas situaciones jurídicas; es decir, se refiere propiamente a los convenios y contratos.

Lo único que estimamos debe criticarse a la definición del modo a que aluden las citadas legislaciones es que ambas se refieren al modo como una condición, hablan de “modo o condición modal” lo cual no podemos aceptar debido a que el modo no suspende ni resuelve el vínculo contractual como la condición, ésta, dependiendo si es suspensiva o resolutoria suspende o resuelve los efectos de un contrato; así por ejemplo la condición reza “te doy en donación mi casa, si tú”, en cambio el modo refiere a “te doy en donación mi casa, pero tú”.

c) Ambas legislaciones se refieren a las características propias del modo como a continuación se expone:

1.- Establecimos que el modo debe ser general, es decir, que puede aplicarse a cualquier acto jurídico o contrato.

Esta característica se desprende de ambas legislaciones al establecerse que la carga derivada del modo nace desde que se celebra el negocio si éste es contractual, es decir, no especifica que deba darse en determinados actos jurídicos o contratos; por otra parte ambas

legislaciones lo contemplan dentro del libro de las obligaciones sin hacer distinción en relación a sobre que tipo de actos jurídicos deba darse.

2.- Una segunda característica la enfocamos a que el modo deriva de la voluntad de las partes, sobre todo, de la parte que transmite a otra determinados bienes o derechos; el que transmite expresa su consentimiento en el sentido de transmitir con determinadas cargas, y por su parte el que adquiere expresa su voluntad en recibir con las cargas impuestas obligándose a cumplirlas; la voluntad de las partes se expresa en determinada forma para que los efectos del acto se produzcan de determinada manera, así son los derechos y las obligaciones los que en un momento dado se ven limitados, no la voluntad de los que intervienen.

Así se puede apreciar de las legislaciones en comento cuando se refieren en la definición a que el modo es una declaración accesoria de la voluntad, deriva de la voluntad de las partes, una que lo impone y el otro que lo acepta queda de esta forma obligado a realizar la carga.

3.- Una tercera característica se refiere a que el modo no modifica la sustancia esencial del acto jurídico, por el contrario, en ciertos casos le da sentido al acto.

Como las legislaciones se refieren a que la carga puede consistir en usar de determinada manera el bien objeto del negocio jurídico sujeto a modo, en darle un determinado destino, o en una prestación por parte del beneficiario con la liberalidad a favor del autor de ésta o de un tercero, no cabe la posibilidad que con ello remodifique la sustancia esencial del acto jurídico; la carga recae en los efectos del acto únicamente.

4.- La característica consistente en que debe el modo ir siempre acorde al orden público, es decir, debe ser posible y lícito, deviene incluida no sólo en las legislaciones en comento, sino en cualquier otra que estatuya al modo, ya que de no ser posible la realización

de la carga, o ser ilícita, no podría producir sus efectos entre las partes; las obligaciones y el cumplimiento de éstas deben ser siempre posibles y lícitos.

Además de lo anterior, por tratarse la carga de una obligación para el que la acepta, éste deberá cumplirla en términos de lo que disponen los artículos 2121 y 1830 de los Códigos Civiles de Coahuila y Guerrero respectivamente, y en el supuesto de incumplimiento se podrá por el que la impuso revocar la liberalidad o lo que se le haya transmitido con motivo del contrato.

B) CÓDIGO CIVIL ARGENTINO

Otra legislación que regula a esta figura del modo los es el Código Civil de Argentina, refiriéndose a ella como una carga impuesta para la adquisición o resolución de los derechos; así se puede apreciar del capítulo cuarto, título quinto, sección primera, libro segundo de la citada legislación como a continuación se transcribe:

“Libro Segundo.- De los Derechos Personales en las relaciones civiles. Sección Primera. Parte Primera. De las obligaciones en general . . . Título V. De las obligaciones condicionales . . . Capítulo IV. De los cargos impuestos para la adquisición o resolución de los derechos.

Artículo 558.- Los cargos impuestos no impiden la adquisición del derecho, ni su ejercicio, si no fueren impuestos como condición suspensiva. En caso de duda se juzgará que no importan una condición.

Artículo 559.- Si hubiere condición resolutoria por falta de cumplimiento de los cargos impuestos, será necesaria la sentencia del juez para que el beneficiado pierda el derecho adquirido.

Artículo 560.- Si no hubiere condición resolutoria por falta de cumplimiento de los cargos, no se incurrirá en la pérdida de los bienes adquiridos; y quedará a salvo a los interesados el derecho de compeler judicialmente al adquirente a cumplir los cargos impuestos.

Artículo 561.- Si no hubiere plazo para cumplir los cargos, deberán cumplirse en el plazo que el juez señale.

Artículo 562.- La obligación de cumplir los cargos impuestos para la adquisición de los derechos, pasa a los herederos del que fuese gravado con ellos, a no ser que sólo pudiesen ser cumplidos por él,

como inherentes a su persona. Si el gravado falleciere sin cumplirlos, la adquisición del derecho queda sin ningún efecto, volviendo los bienes al imponente de los cargos, o a sus herederos legítimos.

Artículo 563.- La reversión no tendrá efecto respecto de terceros, sino en los casos en que puede tenerlo la condición resolutoria.

Artículo 564.- Si el hecho que constituye el cargo fuere imposible, ilícito o inmoral, no valdrá el acto en que el cargo fuese impuesto.

Artículo 565.- Si el hecho no fuere absolutamente imposible, pero llegase a serlo después sin culpa del adquirente, la adquisición subsistirá, y los bienes quedarán adquiridos sin cargo alguno.”

Estimamos importante realizar un análisis de esta legislación en relación con el objeto de este capítulo debido a que, si bien es cierto no aporta una definición de lo que hemos denominado “modo” como modalidad de las obligaciones, si aporta elementos para poder comprender mejor esta figura como a continuación se determina:

a) De los artículos transcritos de la legislación en comento se advierte que las partes cuentan con la libertad de pactar, dentro de sus relaciones civiles, llámense contratos, los cargos o cargas que estimen convenientes; es decir, es la libertad contractual o autonomía de la voluntad la que permite este tipo de modalidad en las obligaciones convenidas por las partes.

b) Estos cargos impuestos por las partes no impedirán de manera alguna la adquisición de los derechos creados por las partes o la adquisición de bienes, a menos que se hayan impuesto como condición suspensiva; es decir, la parte a quién se ha impuesto la carga adquiere su derecho debiendo cumplir con ésta si no se dijo o condicionó nada al respecto, pero pueden también las partes establecer la carga bajo la condición de que quedarán en suspenso los efectos del acto hasta en tanto no se cumplan con los cargos impuestos; de esta manera los derechos y las obligaciones de las partes no surtirán sus efectos entre ellas hasta en tanto no se realicen los cargos.

c) Por otra parte la legislación en comento establece que los efectos del acto quedarán sin efecto o resueltos si se imponen los cargos como condición resolutoria, es decir, se puede pactar que el hecho de no cumplir con los cargos trae como consecuencia la resolución del acto, y por lo tanto, la reversión de los bienes o derechos adquiridos para el transmitente.

Esta legislación permite entonces pactar los cargos en los contratos, incluso como parte de una condición sea suspensiva o resolutoria, lo que no se prevé en los Códigos Civiles de Coahuila y Guerrero comentados anteriormente.

d) También apreciamos como el Código Civil Argentino prevé situaciones tales como si no se fijó plazo para el cumplimiento de los cargos, supuesto en el cual es el juzgador el que deberá establecerlo, o bien en el caso de que el cargo resultare imposible, ilícito o inmoral, supuesto en que no será válido el acto en que el cargo fuese impuesto, así como el supuesto de que el hecho llegare a ser imposible sin culpa del adquirente, supuesto en el que la adquisición subsistirá y los bienes quedarán adquiridos sin cargo alguno.

A fin de cuentas si bien no se da una definición de lo que es el modo como modalidad de las obligaciones contraídas por las partes, esta legislación si nos deja en claro que se refiere a una carga impuesta por las partes dentro de los contratos, convenciones o relaciones civiles, es decir, es general; que la carga debe cumplirse y que puede pactarse, inclusive, como una condición para que los efectos del acto se suspendan, o en su caso, se resuelvan por la realización o no de la carga; además que deriva de la voluntad de las partes por tratarse de cargas impuestas por las partes, no modifica la sustancia del acto, sólo sus efectos o la forma en que éstos han de producirse con motivo del gravamen, y debe ir acorde al orden social por referirse, a final de cuentas, a una obligación para quién recibe el derecho o los bienes.

A diferencia de las demás legislaciones estimamos que la legislación argentina aporta el hecho que el modo puede constituirse como una carga lisa y llana impuesta y aceptada por las partes en los contratos, o bien constituirse como una carga que forma parte de una condición suspensiva o resolutoria, es decir, una combinación de carga-condición.

C) CÓDIGO CIVIL DE CHILE

El Código Civil de Chile regula la figura del modo cuando se refiere a las asignaciones modales testamentarias en materia de sucesiones y, posteriormente, cuando se refiere a las obligaciones condicionales y modales; establece que las disposiciones que se refieran a las asignaciones modales en materia de sucesiones serán aplicables también en materia de convenciones.

Para comprender y analizar lo anterior nos permitimos transcribir en lo conducente los artículos del Código Civil de Chile:

“Libro Tercero. De las asignaciones testamentarias . . . Título IV. De las asignaciones modales.

Artículo 1089.- Si se asigna algo a una persona para que lo tenga por suyo con la obligación de aplicarlo a un fin especial, como el de hacer ciertas obras o sujetarse a ciertas cargas, esta aplicación es un modo y no una condición suspensiva. El modo por consiguiente, no suspende la adquisición de la cosa asignada.

Artículo 1090.- En las asignaciones modales se llama cláusula resolutoria la que impone la obligación de restituir la cosa y los frutos, si no se cumple el modo.

No se entenderá que envuelven cláusula resolutoria cuando el testador no la expresa.

Artículo 1091.- Para que la cosa asignada modalmente se adquiera, no es necesario prestar fianza o caución de restitución para el caso de no cumplirse el modo.

Artículo 1092.- Si el modo es en el beneficio del asignatario exclusivamente, no impone obligación alguna, salvo que lleve cláusula resolutoria.

Artículo 1093.- Si el modo es por su naturaleza imposible, o inductivo a hecho ilegal o inmoral, o concebido en términos ininteligibles, no valdrá la disposición.

Si el modo, sin hecho o culpa del asignatario, es solamente imposible en la forma especial prescrita por el testador, podrá cumplirse en otra análoga que no altere la substancia de la disposición, y que en este concepto sea aprobada por el juez con citación de los interesados.

Si el modo, sin hecho o culpa del asignatario, se hace enteramente imposible, subsistirá la asignación sin el gravamen.

Artículo 1094.- Si el testador no determinare suficientemente el tiempo o la forma especial en que ha de cumplirse el modo, podrá el juez determinarlos, consultando en lo posible la voluntad de aquél, y dejando al asignatario modal un beneficio que ascienda por lo menos a la quinta parte del valor de la cosa asignada.

Artículo 1095.- Si el modo consiste en un hecho tal, que para el fin que el testador se haya propuesto sea indiferente la persona que lo ejecute, es transmisible a los herederos del asignatario.

Artículo 1096.- Siempre que haya de llevarse a efecto la cláusula resolutoria, se entregará a la persona en cuyo favor se ha constituido el modo una suma proporcionada al objeto, y el resto del valor de la cosa asignada acrecerá a la herencia, si el testador no hubiere ordenado otra cosa.

El asignatario a quien se ha impuesto el modo no gozará del beneficio que pudiera resultarle de la disposición precedente. . . . Libro IV. De las obligaciones . . . Título IV. De las obligaciones condicionales y modales. . . . Artículo 1493.- Las disposiciones del Título IV del Libro III sobre las asignaciones testamentarias condicionales o modales, se aplican a las convenciones en lo que no pugne con lo dispuesto en los artículos precedentes.”

Vemos como esta legislación reglamenta el modo dentro de la materia de sucesiones, específicamente al referirse a las asignaciones testamentarias, lo que en nuestro derecho mexicano conocemos como la institución de heredero, en este caso el legislador Chileno las denomina asignaciones modales.

Además de lo anterior creemos conveniente hacer notar las siguientes aportaciones que nos ofrece la citada legislación como a continuación se detalla:

a) Se refiere al modo como una transmisión de un derecho o un bien con la obligación, para quién lo recibe, de aplicarlo a una finalidad determinada como realizar ciertos actos o sujetarse a ciertas cargas; así se infiere también de las demás legislaciones

que hemos venido comentando, y que van acorde, en términos generales, con la definición doctrinal que también se ha comentado con anterioridad.

b) Se habla de una cláusula resolutoria que se da en el supuesto que no se cumpla con la carga por parte del asignado; es decir, si no se cumple con la carga impuesta deberá el asignatario restituir la cosa y sus frutos, de esta forma quedará resuelto el acto.

En este caso se habla de una cláusula resolutoria, pero estimamos que es lo mismo a lo que se denomina “el modo como condición resolutoria” en la legislación Argentina; a final de cuentas, en ambos supuestos el hecho de no cumplir con los cargos trae como consecuencia la resolución del acto, y por lo tanto, la reversión de los bienes o derechos adquiridos para el transmitente.

Por otra parte en la legislación de Chile no se habla como en la legislación Argentina del hecho de que pueda constituirse con el modo una cláusula suspensiva, es decir, que los efectos del acto quedarán en suspenso hasta en tanto no se cumplan con los cargos impuestos. Consideramos que nada impide que pudiera establecerse, aún siendo una asignación testamentaria, que el testador pueda asegurarse que el heredero no reciba hasta en tanto cumpla con la carga impuesta.

c) Es importante hacer ver que tratándose de una carga o modo que por su naturaleza sea imposible, o se hiciese sin culpa del asignatario (heredero), no será válida la disposición o el gravamen subsistiendo la asignación o transmisión sin la carga; así también en términos generales se advierte de la legislación de Argentina que hemos comentado anteriormente.

d) Otra cuestión no menos importante que se advierte de la legislación Chilena se refiere a que esta figura del modo se incluye dentro del título de las obligaciones del citado código civil, el cual se designa como “de las obligaciones condicionales y modales”, haciendo referencia a que se aplican a las convenciones lo referente a las asignaciones modales que hemos comentado.

Estimamos que lo anterior es una cuestión importante debido a que ello, y como también se dijo al comentar la legislación de Coahuila, marca la pauta de poder incluir el modo en cualquier tipo de contrato o acto jurídico, no solamente en los actos que importen o refieran a una liberalidad o sean de carácter gratuito.

Con todo esto estimamos que esta legislación también cumple con las características del modo a que hemos hecho referencia anteriormente, consistentes en que es general ya que puede aplicarse a cualquier tipo de contrato o acto jurídico, deriva indiscutiblemente de la voluntad de las partes, no modifica la sustancia del acto y debe ir acorde al orden social, o ser lícito y posible.

5. LA INCLUSIÓN DEL MODO EN NUESTRA LEGISLACIÓN (ADICIÓN AL CÓDIGO CIVIL FEDERAL)

Ya se dijo que la forma de actuar de las instituciones fiduciarias se refiere al modo u obligación modal que se traduce en una carga para ellas de realizar determinados actos sobre los bienes o derechos que le son transmitidos, o bien, en destinarlos única y exclusivamente al fin estipulado en el contrato de fideicomiso.

Esta figura del modo u obligación modal no se encuentra regulada dentro de la Ley General de Títulos y Operaciones de Crédito, sólo podemos intuirlo haciendo el estudio que se ha venido realizando con motivo de las obligaciones impuestas al fiduciario en el contrato de fideicomiso; es decir, el legislador no nos concede una definición ni una reglamentación de esta figura. Esto sucede también en la Ley de Instituciones de Crédito como en el Código de Comercio.

Siendo el modo una figura jurídica que se utiliza en los actos mercantiles y es permitida en la Ley General de Títulos y Operaciones de Crédito, por lo menos dentro del contrato de fideicomiso, y siendo además una figura que por su naturaleza debe

encuadrarse dentro de las modalidades de las obligaciones derivadas de cualquier acto jurídico, estimamos que debe ser regulada por el derecho común, es decir, por el Código Civil Federal.

Lo anterior debido a que la legislación civil es la que regula en términos generales todo lo relativo a los contratos o convenciones, desde sus elementos esenciales como el consentimiento y el objeto, hasta los elementos de validez como la capacidad, licitud en el objeto, ausencia de vicios del consentimiento y la forma, sin hacer aun lado, por supuesto, todo lo referente al derecho de las obligaciones de las partes.

También anteriormente se hizo el comentario en el sentido de que nuestro Código Civil Federal no regula propiamente la figura del modo, sólo se refiere a ella en algunos artículos aislados en materia de sucesiones.

Siendo el modo una figura esencialmente de carácter civil, debe aplicarse también en materia mercantil con motivo de la celebración de cualquier contrato de naturaleza comercial en el que se pretenda utilizarla como en el caso del fideicomiso, en términos de lo que disponen los artículos 1° y 2° de la Ley General de Títulos y Operaciones de Crédito, artículo 2° del Código de Comercio y artículo 6° de la Ley de Instituciones de Crédito; es decir, en el caso específico nuestra legislación civil federal debe contar con una regulación del modo u obligación modal que sirva de fundamento de la forma en que actúan las instituciones fiduciarias con motivo de su encargo, así como de cualquier otro contrato en donde se pretenda utilizar esta modalidad de las obligaciones.

Es de esta forma como el derecho civil también llamado derecho común entra a complementar la materia mercantil estableciendo las bases de derecho que deben imperar en todo contrato; así por ejemplo hablamos de consentimiento, de objeto, de ausencia de vicios en la voluntad, etcétera, y que son elementos de derecho que rigen en toda clase de

contratos y que se encuentran reglamentados en el código civil, no debiendo ser el modo u obligación modal la excepción.

Así de esta forma los artículos primero y segundo de la Ley General de Títulos y Operaciones de Crédito establecen lo siguiente:

“Artículo 1.- Son cosas mercantiles los títulos de crédito. Su emisión, expedición, endoso, aval o aceptación, y las demás operaciones que en ellos se consignent, son actos de comercio. Los derechos y obligaciones derivados de los actos o contratos que hayan dado lugar a la emisión o transmisión de títulos de crédito, o se hayan practicado con éstos, se rigen por las normas enumeradas en el artículo 2º, cuando no se puedan ejercitar o cumplir separadamente del título, y por la ley que corresponda a la naturaleza civil o mercantil de tales actos o contratos, en los demás casos.”

“Artículo 2.- Los actos y las operaciones a que se refiere el artículo anterior, se rigen:

I Por lo dispuesto en esta ley, y en la demás leyes especiales relativas; en su defecto:

II Por la legislación mercantil general; en su defecto:

III Por los usos bancarios y mercantiles y, en defecto de éstos:

IV Por el derecho común, declarándose aplicable en toda la República, para los fines de esta ley, el Código Civil del Distrito Federal.”

Por su parte el artículo 2 del Código de Comercio establece lo siguiente:

“Artículo 2.- A falta de disposiciones de este ordenamiento y las demás leyes mercantiles, serán aplicables a los actos de comercio las del derecho común contenidas en el Código Civil aplicable en materia federal.”

El artículo 6 de la Ley de Instituciones de Crédito establece lo siguiente:

“Artículo 6.- En lo no previsto por la presente Ley y por La Ley Orgánica del Banco de México, a las instituciones de banca múltiple se les aplicarán en el orden siguiente:

I La legislación mercantil;

II Los usos y prácticas bancarios y mercantiles, y

III El Código Civil para el Distrito Federal.

IV El Código Fiscal de la Federación, para efectos de las notificaciones y los recursos a que se refieren los artículos 25 y 110 de esta Ley.

Las instituciones de banca de desarrollo, se regirán por su respectiva ley orgánica y, en su defecto, por lo dispuesto en este artículo.”

Es por lo anterior por lo que consideramos debe realizarse una reforma al Código Civil Federal, específicamente dentro del título segundo, del libro cuarto, que se refiere a las modalidades de las obligaciones, agregándose un capítulo donde se incluya al modo como una modalidad de las obligaciones, que reúna las características del modo que hemos expuesto anteriormente, y tomando en consideración lo que se ha distinguido de las diversas legislaciones que regulan esta figura que también hemos ilustrado.

De la recopilación y análisis que hemos realizado de lo que es el modo, sus características, consecuencias, así como de las legislaciones antes comentadas, proponemos su regulación como una adición dentro de nuestro Código Civil Federal de la siguiente manera:

LIBRO CUARTO. De las obligaciones. PRIMERA PARTE De las obligaciones en general . . . TÍTULO SEGUNDO. De las modalidades de las obligaciones . . . Capítulo VII. Del Modo

Artículo 2029.- El modo es una declaración accesoria de la voluntad, por la que el autor de una liberalidad le impone al agraciado con ella una carga, que puede consistir en usar de determinada manera el bien objeto del negocio jurídico sujeto a modo, o en darle un determinado destino. La carga en el modo puede también consistir en una prestación por parte del beneficiario con la liberalidad, a favor del autor de ésta o de un tercero.

Artículo 2030.- El modo no altera ni modifica la sustancia del acto jurídico o contrato, sólo la forma en que se producirán los efectos que se deriven de tales actos o contratos.

Artículo 2031.- La obligación consistente en la carga a que se refiere el artículo anterior nace, salvo acuerdo en contrario, desde que se celebra el negocio si éste es contractual, o desde que el testamento produce sus efectos si la carga es testamentaria.

Artículo 2032.- Podrán las partes pactar que los efectos del contrato no surtan efecto alguno entre las partes, o bien queden resueltos, hasta en tanto no se cumpla la carga impuesta.

Artículo 2033.- Si no hubiere plazo para cumplir la carga, deberá cumplirse en el plazo que el juez señale.

Artículo 2034.- Si el modo es por su naturaleza imposible, o inductivo a hecho ilegal o inmoral, no tendrá valor alguno.
Si el modo, se vuelve imposible sin hecho o culpa del obligado a cumplirlo, subsistirá la liberalidad o transmisión sin la carga.

Artículo 2035.- La obligación de cumplir la carga impuesta para la adquisición de los derechos o de los bienes, pasa a los herederos del que fuese gravado con ella, a no ser que sólo pudiesen ser cumplidos por él, como inherentes a su persona.

Artículo 2036.- El incumplimiento de la obligación modal da derecho a quien la impuso, y en su caso a sus herederos, para demandar la revocación de la liberalidad.

Artículo 2037.- Todo interesado puede exigir el cumplimiento de la carga y también puede exigirlo el Ministerio Público si el modo entraña un interés social . . . TÍTULO TERCERO. De la transmisión de las obligaciones. CAPÍTULO I. De la cesión de derechos. Artículo 2038.- Habrá cesión de derechos . . .

De esta forma se cuenta con un argumento, un fundamento de la forma en que actúan las instituciones fiduciarias con motivo de su encargo al cumplir con sus derechos y obligaciones, así como de cualquier otro contrato de naturaleza mercantil de donde se pretenda utilizar esta figura (el modo) como modalidad de las obligaciones contractuales.

CONCLUSIONES

1. La transmisión de bienes o derechos a favor de las instituciones fiduciarias realizada con motivo de la celebración de un contrato de fideicomiso, no contraviene ninguno de los principios o características que rigen al derecho de propiedad.

2. La causa que legitima a las instituciones fiduciarias para actuar como si no fuesen propietarias de los bienes o derechos fideicomitados con motivo de las limitantes con las que cuenta, se refiere a que las instituciones de referencia se ven comprometidas por las obligaciones de carácter contractual perfectamente establecidas en el contrato de fideicomiso a su cargo, creadas principalmente por el interés particular, seguridad de los negocios y la autonomía de la voluntad que ejercen las partes.

BIBLIOGRAFÍA

ACOSTA ROMERO, Miguel, *Nuevo derecho bancario*, 5a. ed., México, Editorial Porrúa, 1995.

ACOSTA ROMERO, Miguel y ALMAZÁN ALANÍS P., Roberto, *Tratado teórico práctico de fideicomiso*, 4a. ed., México, Editorial Porrúa, 2002.

AICEGA, María Valentina, *El patrimonio en el contrato de fideicomiso*, Buenos Aires, Editorial AD-HOC, 2007.

ALESSIO ROBLES, Miguel, *Temas de derechos reales*, 2a ed., México, Editorial Porrúa, 2006.

ÁLVAREZ LEDEZMA, Mario I., *Conceptos jurídicos fundamentales*, México, Editorial Mc Graw Hill, 2008.

ARCE Y CERVANTES, José, *De los bienes*, 7a. ed., México, Editorial Porrúa, 2008.

AZÚA REYES, Sergio T., *Los derechos reales*, México, Editorial Porrúa, 2004.

BAUCHE GARCÍADIEGO, Mario, *Derecho bancario*, México, Editorial Porrúa, 1995.

BEJARANO SÁNCHEZ, Manuel, *Obligaciones civiles*, 3a. ed., México, Editorial Harla, 1984.

BIAGIO, Brugi, *Instituciones de derecho civil*, trad. de Jaime Simo Bofarull, México, Editorial Oxford, 2001, vol. 4.

BONNECASE Julien, *Tratado elemental de derecho civil*, trad. de Enrique Figueroa Alfonso, México, Editorial Harla, 1997, Biblioteca Clásicos del Derecho, vol. 1.

BORETO Mauricio, *Concurso, fideicomiso de garantía, cesión de créditos en garantía y descuento bancario*, Argentina, Editorial AD-HOC, 2005.

BORJA SORIANO, Manuel, *Teoría general de las obligaciones*, 2a. ed., México, Editorial Porrúa, 1953.

CALVO MARROQUÍN, Octavio y PUENTE Y FLORES, Arturo, *Derecho mercantil*, 48a. ed., México, Editorial Limusa Editores, 2007.

CAMERINI Marcelo A., et al., *Tratamiento integral del fideicomiso, fideicomiso financiero, fideicomiso y reestructuración de entidades financieras, fideicomiso de garantía, fideicomiso y concurso preventivo, fideicomiso y sus aspectos impositivos*, Argentina, Editorial AD-HOC, 2007.

CARVALLO YÁÑEZ, Erick, *Nuevo derecho bancario y bursátil mexicano, teoría y práctica jurídica de las agrupaciones financieras, las instituciones de crédito y las casas de bolsa*, 4a. ed., México, Editorial Porrúa, 1999.

CERVANTES AUMADA, Raúl, *Títulos y operaciones de crédito*, 10a. ed., México, Editorial Herrero, 1978.

DOMÍNGUEZ MARTÍNEZ, Jorge Alfredo, *Dos aspectos de la esencia del fideicomiso mexicano*, 2a. ed., México, Editorial Porrúa, 1996.

-----, *El fideicomiso*, 11a. ed., México, Editorial Porrúa, 2006.

FLORESGOMEZ GONZÁLEZ, Fernando, *Introducción al estudio del derecho y derecho civil*, 10a. ed., México, Editorial Porrúa, 2004.

GALINDO GARFIAS, Ignacio, *Derecho civil*, 20a. ed., México, Editorial Porrúa, 2000.

-----, *Derechos reales y sucesiones*, 2a. ed., México, Editorial Porrúa, 2004.

GALINDO SIFUENTES, Ernesto, *Derecho mercantil, comerciantes, comercio electrónico, contratos mercantiles y sociedades mercantiles*, 2ª Edición, Editorial Porrúa, México 2007.

GALLEGOS ALCÁNTARA, Eridiani, *Bienes y derechos reales*, México, Editorial IURE, 2004.

GARCÍA MAYNEZ, Eduardo, *Introducción al estudio del derecho*, 42a. ed., México, Editorial Porrúa, 1991.

GARCÍA, Trinidad, *Apuntes de Introducción al estudio del derecho*, 33a. ed., México, Editorial Porrúa, 2008.

GORDILLO MONTESINOS, Roberto Héctor, *Derecho privado romano*, México, Editorial Porrúa, 2004.

GUTIERREZ Y GONZÁLEZ, Ernesto, *Derecho de las obligaciones*, 11a. ed., México, Editorial Porrúa, 1996.

-----, *El patrimonio*, 8a. ed., México, Editorial Porrúa, 2004.

HAYLUS, Jorge Roberto, *Fideicomiso, finalidades en los ámbitos familiar y de negocios, funciones del fiduciario, patrimonios separados, protección de los beneficiarios, administración*, 2a. ed., Argentina, Editorial Astrea, 2004.

DE IBARROLA, Antonio, *Cosas y sucesiones*, 6a. ed., México, Editorial Porrúa, 1986.

ITURBIDE GALINDO, Adrián y VELARDE VIOLANTE, Antonio, *Derecho mercantil, operaciones de crédito*, México, Editorial UNAM, 1995.

KIPER, Claudio M. y LISOPRAWSKI, Silvio V., *Tratado de fideicomiso*, 2a. ed., Argentina, Editorial Depalma, 2002.

KIPER, Claudio Marcelo y MALIZIA, Roberto, *Derechos reales, casos para su aprendizaje*, Argentina, Editorial Astrea, 2005.

LUNA RAMOS, Daniel, et al., *Derecho civil notarial, bienes y derechos reales*, México, Editorial UNAM, 1995, t. II.

MAGALLÓN IBARRA, Jorge Mario, *Instituciones de derecho civil*, 2a. ed., México, Editorial Porrúa, 2001.

MALAGÓN, Jaime F., *Fideicomiso y concesión, ensayo sobre estructuras financieras para obras y servicios públicos en Latinoamérica*, México, Editorial Porrúa, 2002.

MARIANI DE VIDAL, Mariana, *Curso de derechos reales*, 6a. ed., Argentina, Editorial Zavalía, 2000, t. I.

-----, *Curso de derechos reales*, 6a. ed., Argentina, Editorial Zavalía, 2000, t. II.

MARTY, G., *Derecho civil, Teoría general de las obligaciones*, trad. José M. Cajica Jr, México, Editorial Cajica, 1952, vol. 1.

DE LA MATA PIZAÑA, Felipe y GARZÓN JIMÉNEZ, Roberto, *Bienes y derechos reales*, 2a. ed., México, Editorial Porrúa, 2007.

DE P. MORALES, Francisco, *Derecho notarial mexicano*, México, Editorial Asociación Nacional del Notariado Mexicano, 2002.

MORINEAU, Oscar, *El estudio del derecho*, México, Editorial Porrúa, 2005.

-----, *Los derechos reales y el subsuelo en México*, 2a. ed., México, Editorial Fondo de Cultura Económica, 1999.

MOTO SALAZAR, Efraín, *Elementos de derecho*, 50a. ed., México, Editorial Porrúa, 2007.

MUÑOZ, Luís, *El fideicomiso*, 2a. ed., México, Editorial Cárdenas Editor y Distribuidor, 2001.

MUÑOZ, Luís y CASTRO ZAVALA, Salvador, *Comentarios al código civil*, 2a. ed., México, Editorial Cárdenas, 1983, t. 1.

OLVERA DE LUNA, Omar, *Contratos mercantiles*, México, Editorial Porrúa, 1982.

ORDOÑEZ GONZÁLEZ, Juan A., *Derecho mercantil*, México, Editorial Porrúa, 2008.

ORIZABA MONROY, Salvador, *El derecho civil, los bienes, derechos reales y sucesiones*, México, Editorial Sista, 2007.

ORTÍZ SOLTERO, Sergio Monserrit, *El fideicomiso mexicano*, 3a. ed., México, Editorial Porrúa, 2006.

PAPAÑO J. Ricardo, et al., *Derecho civil, derechos reales*, 2a. ed., Buenos Aires, Editorial Astrea, 2004, t. I.

PENICHE LÓPEZ, Edgardo, *Introducción al derecho y lecciones de derecho civil*, 28a. ed., México, Editorial Porrúa, 2003.

PETIT Eugene, *Tratado elemental de derecho romano*, 22a. ed., México, Editorial Porrúa, 2006.

DE PINA VARA, Rafael, *Derecho mercantil mexicano*, 4a. ed., México, Editorial Porrúa, 1970.

-----, *Diccionario de derecho*, 32a. ed., México, Editorial Porrúa, 2003.

PLANIOL, Marcel y RIPERT, Georges, *Derecho civil*, trad. de Leonel Pereznieta Castro, México, Editorial Harla, 1997.

PULLÍAM, Erik, et al., *Derecho civil notarial, obligaciones*, México, Editorial UNAM, 1995.

QUEVEDO CORONADO, Ignacio, *Derecho mercantil*, 2a. ed., México, Editorial Pearson Educación, 2004.

QUINTANA ADRIANO, Elvia Arcelia, *Diccionario de derecho mercantil*, México, Editorial Porrúa y UNAM, 2001.

DE REINA TARTIÉRE, Gabriel, *Sistema de derechos reales, derechos reales de goce*, Argentina, Editorial Ad-Hoc, 2005.

-----, *Sistema de derechos reales, parte general*, Argentina, Editorial Ad-Hoc, 2005.

RODRÍGUEZ RODRÍGUEZ, Joaquín, *Derecho mercantil*, 17a. ed., México, Editorial Porrúa, 1983, t. II.

ROGINA VILLEGAS, Rafael, *Compendio de derecho civil, bienes, derechos reales y sucesiones*, 10a ed., tomo II, Editorial Porrúa, México 1978.

RUIZ CÁRDENAS, Alberto, *Nuevo diccionario de sinónimos y palabras afines*, México, Editorial Publicaciones Indoamérica, 1956.

SANROMÁN ARANDA, Roberto, *Las fuentes de las obligaciones*, México, Editorial McGraw Hill, 1998.

SOTO PÉREZ, Ricardo, *Nociones de derecho positivo mexicano*, 33a. ed., México, Editorial Esfinge, 2005.

TAPIA RAMÍREZ, Javier, *Bienes, derechos reales, derechos de autor y registro público de la propiedad*, 2ª Edición, Editorial Porrúa, México 2007.

TREVIÑO GARCÍA, Ricardo, *Teoría general de las obligaciones*, México, Editorial McGraw Hill, 2004.

VÁSQUEZ DEL MERCADO, Oscar, *Contratos mercantiles*, 10a. ed., México, Editorial Porrúa, 2004.

VILLAGORDOA LOZANO, José Manuel, *Doctrina general del fideicomiso*, 4a. ed., México, Editorial Porrúa, 2003.

WITKER, Jorge y LARIOS, Rogelio, *Metodología jurídica*, México, Editorial Mc Graw Hill, 2002.

LEGISLACIÓN

Código Civil de Argentina.

Código Civil de Chile.

Código Civil Federal.

Código Civil para el Estado de Coahuila de Zaragoza.

Código Civil para el Estado de Guerrero.

Código de Comercio.

Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos.

Ley de Instituciones de Crédito.

Ley de Inversión Extranjera.

Ley General de Títulos y Operaciones de Crédito.

Reglamento de la Ley de Inversión Extranjera y del Registro Nacional de Inversión Extranjera.

TESIS DE LA SUPREMA CORTE DE JUSTICIA DE LA NACIÓN

Tesis I. 3º. C. J/53, *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, Novena Época, t. XXIX, enero de 2009, p. 2565.

Tesis I. 4º. C. 84 C, *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, Novena Época, t. XXI, mayo de 2005, p. 1502.

Tesis 1a/J. 91/2005, *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, Novena Época, t. XXII, agosto de 2005, p. 86.

Tesis VI. 2º. C. 391 C, *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, Novena Época, t. XX, agosto de 2004, p. 1655.

Tesis VII. 2º. C. 16 C, *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, Novena Época, t. III, febrero 1996, p. 493.

Tesis P./J. 39/2006, *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, Novena Época, t. XXIII, marzo de 2006, p. 1412.

Tesis 1ª. XLI/2000, *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, Novena Época, t. XII, diciembre de 2000, p. 257.

Tesis II. 1o. C. 163 C, *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, Novena Época, t. VII, junio de 1998, p. 667.

Tesis VII. 1o. C. 34 C, *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, Novena Época, t. IX, enero de 1999, p. 934.

Tesis P. XXIII/2008, *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, Novena Época, t. XXVII, febrero de 2008, p. 16.

Tesis I. 4º. C. 127 C, *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, Novena Época, t. XXVI, septiembre de 2007, p. 2671.

Tesis V. 2º. 42 K, *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, Novena Época, t. XXI, enero de 2005, p. 1772.

Tesis, *Semanario Judicial de la Federación*, Octava Época, t. XII, julio de 1993, p. 216.

Tesis, *Semanario Judicial de la Federación*, Octava Época, t. X, julio de 1992, p. 362.

Tesis, *Semanario Judicial de la Federación*, Octava Época, t. V, Segunda Parte-1, enero a junio de 1990, p. 497.

Tesis I. 3º. C. 768 C, *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, Octava Época, t. XV-I, febrero de 1995, p. 187.

Tesis 1ª./J. 41/2010, *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, Novena Época, t. XXXI, mayo de 2010, p. 464.

Tesis I. 3º. C. 291 C, *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, Novena Época, t. XV, abril de 2002, p. 1261.

Tesis, *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, Octava Época, t. XIV, julio de 1994, p. 777.

Tesis I. 3º. C. 399 C, *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, Novena Época, t. XVII, mayo de 2003, p. 1196.

Tesis IV. 1o. P. C. 8 C, *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, Novena Época, t. X, julio de 1999, p. 831.

Tesis I. 13o. C. 7 C, *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, Novena Época, t. XIV, diciembre de 2001, p. 1666.

Tesis I. 8o. C. 201 C, *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, Novena Época, t. IX, abril de 1999, p. 484.

Tesis XX. 336 C, *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, Octava Época, t. XIII, marzo de 1994, p. 298.

Tesis V. 2º. 21 C, *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, Novena Época, t. III, enero de 1996, p. 297.

Tesis V. 1º. 42 C, *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, Octava Época, t. XIV, diciembre de 1994, p. 381.

Tesis XII. 2º. 19 L, *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, Octava Época, t. XIV, septiembre de 1994, p. 449.

Tesis I. 4º. C. J/2, *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, Novena Época, t. II, agosto de 1995, p. 319.

Tesis I. 3º. C. 718 C, *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, Novena Época, t. XXIX, febrero de 2009, p. 1839.

OTRAS FUENTES

BATIZA Rodolfo, *Tres Estudios sobre el Fideicomiso*, Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM, Biblioteca Jurídica Virtual, <http://biblio.juridicas.unam.mx/libros/2/800/5.pdf>

DOMINGEZ Martínez Jorge Alfredo, *El fideicomiso y los proyectos de la infraestructura, efectos patrimoniales del destino de ciertos bienes en fideicomiso, para la realización de un fin, con respecto al fiduciario y al fideicomitente, Tesis del Patrimonio de Afectación sin Sujeto Titular del Dominio*, Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM, <http://www.biblio.juridicas.unam.mx/libros/1/167/3.pdf>

FIGUEROA, Dante, *Civil law trusts in Latin America: Is the lack of trusts an impediment for expanding business opportunities in Latin America?*, Arizona Board of Regents, Arizona Journal of International and Comparative Law, <http://www.ajicl.org/AJICL2007/4.%20Figueroa%209x6.pdf>

GÓMEZ Aguirre Alfredo, *El Fideicomiso y los Proyectos de la Infraestructura, El Fiduciario, Alcances y Responsabilidades de su Intervención en Proyectos de Infraestructura*, Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de investigaciones Jurídicas de la UNAM, <http://biblio.juridicas.unam.mx/libros/1/167/4.pdf>

GUTIÉRREZ Dávila Javier, *Vigencia de Fideicomisos en Zonas Restringidas*, Revista Digital de Derecho. Colegio de Notarios de Jalisco, México, <http://www.revistanotarios.com/?q=node/350>

MOISSET de Espanés Luis e HIRUELA María del Pilar, *Algunos Lineamientos Generales del Fideicomiso de la ley 24.441*, Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM, <http://www.acaderc.org.ar/doctrina/articulos/artalgunoslineamientosgeneralesdelfideicomiso>

ROJAS ELGUETA, Giacomo, *Divergences and convergences of common law and civil law traditions on asset partitioning: A functional analysis*, University of Pennsylvania School, University of Pennsylvania Journal of Business Law, [http://www.law.upenn.edu/journals/jbl/articles/volume12/issue2/Elgueta12U.Pa.J.Bus.L.517/2010\).pdf](http://www.law.upenn.edu/journals/jbl/articles/volume12/issue2/Elgueta12U.Pa.J.Bus.L.517/2010).pdf)

SUAYFETA Ozaeta Juan, *La Institución Jurídica del Fideicomiso en caída libre. En proceso nuevas reformas a las leyes que lo regulan*, Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM, <http://www.juridicas.unam.mx/publica/librev/rev/derpriv/cont/6/dtr/dtr4.pdf>

-----, *La Nueva Normatividad Fiduciaria, Un paso más hacia el caos*, Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM, Revista de Derecho Privado, Cuarta Época, <http://www.juridicas.unam.mx/publica/librev/rev/derpriv/cont/8/dtr/dtr5.pdf>

-----, *Reformas vs reformas. Hacia una restauración del fideicomiso*, Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM, Revista de Derecho Privado, Cuarta Época, <http://www.juridicas.unam.mx/publica/rev/derpriv/cont/4/dtr/dtr4.htm>

TINTI Guillermo, *El fideicomiso, Regulación en el Derecho Argentino*, Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM, <http://www.acaderc.org.ar/doctrina/articulos/el-fideicomiso.-regulacion-en-el-decho-argentino/>

VILLAGORDOA Lozano Manuel, *El Fideicomiso en México*, Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM, <http://biblio.juridicas.unam.mx/libros/3/1209/2.pdf>

VILLARREAL Corrales Lucinda, *El Turismo y la Inversión Extranjera en la Zona Restringida*, Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de investigaciones Jurídicas de la UNAM, <http://biblio.juridicas.unam.mx/libros/6/2722/15.pdf>