

308909

18  
2ej.



UNIVERSIDAD PANAMERICANA

ESCUELA DE DERECHO

con estudios incorporados a la U. N. A. M.

**EL FIDEICOMISO DE INVERSION Y EL DEPOSITO A LA VISTA EN LAS TARJETAS DE CREDITO**

**TESIS CON  
FALLA EN ORIGEN**

**T E S I S**

**Q U E P R E S E N T A  
E L A L U M N O**

**PABLO IGARTUA MENDEZ-PADILLA  
PARA OPTAR POR EL TITULO DE:  
LICENCIADO EN DERECHO**

**DIRECTOR DE TESIS**

**LIC. NELSON MONZALVO LAGUNA**



Universidad Nacional  
Autónoma de México



## **UNAM – Dirección General de Bibliotecas Tesis Digitales Restricciones de uso**

### **DERECHOS RESERVADOS © PROHIBIDA SU REPRODUCCIÓN TOTAL O PARCIAL**

Todo el material contenido en esta tesis está protegido por la Ley Federal del Derecho de Autor (LFDA) de los Estados Unidos Mexicanos (México).

El uso de imágenes, fragmentos de videos, y demás material que sea objeto de protección de los derechos de autor, será exclusivamente para fines educativos e informativos y deberá citar la fuente donde la obtuvo mencionando el autor o autores. Cualquier uso distinto como el lucro, reproducción, edición o modificación, será perseguido y sancionado por el respectivo titular de los Derechos de Autor.

## INDICE

INTRODUCCION.....	Pág. 2
<b>CAPITULO PRIMERO.....</b>	<b>Págs. 5 a 28</b>
<b>ANTECEDENTES Y NATURALEZA JURIDICA DEL FIDEICOMISO</b>	
1.- ANTECEDENTES HISTORICOS DEL FIDEICOMISO.....	Pág. 5
1.1 Antecedentes del Fideicomiso en Roma.....	Pág. 5
1.2 El Fideicomiso en el Derecho Inglés.....	Pág. 7
1.3 Antecedentes Angloamericanos.....	Pág. 8
2.- ANTECEDENTES HISTORICOS DEL FIDEICOMISO EN MEXICO..	Pág. 11
3.- EL ACTO JURIDICO.....	Pág. 13
4.- TEORIA DEL NEGOCIO JURIDICO.....	Pág. 15
5.- LA DOCTRINA DEL NEGOCIO FIDUCIARIO.....	Pág. 18
6.- EL FIDEICOMISO Y LA MANIFESTACION UNILATERAL DE VOLUNTAD.....	Pág. 19
7.- NATURALEZA JURIDICA DEL FIDEICOMISO EN MEXICO.....	Pág. 22
NOTAS AL CAPITULO PRIMERO.....	Pág. 26

**CAPITULO SEGUNDO.....Págs. 30 a 58**

**PARTES Y CLASES DEL FIDEICOMISO**

1.- EL FIDEICOMITENTE.....	Pág. 30
1.1.- Concepto.....	Pág. 30
1.2.- Clasificación.....	Pág. 32
1.3.- Capacidad.....	Pág. 33
1.4.- Derechos.....	Pág. 34
1.5.- Obligaciones.....	Pág. 36
2.- EL FIDUCIARIO.....	Pág. 38
2.1.- Concepto.....	Pág. 38
2.2.- Requisitos para su ejercicio.....	Pág. 39
2.3.- Designación.....	Pág. 40
2.4.- Derechos del fiduciario.....	Pág. 42
2.5.- Obligaciones del fiduciario.....	Pág. 44
3.- EL FIDEICOMISARIO.....	Pág. 48
3.1.- Concepto.....	Pág. 48
3.2.- Capacidad.....	Pág. 49
3.3.- Designación.....	Pág. 50
3.4.- Derechos del Fideicomisario.....	Pág. 51
4.- CLASES DE FIDEICOMISO.....	Pág. 52
NOTAS AL CAPITULO SEGUNDO.....	Pág. 57

**CAPITULO TERCERO.....Págs. 60 a 88**  
**EL DEPOSITO BANCARIO A LA VISTA Y EL CONTRATO DE APERTURA DE**  
**CREDITO EN CUENTA CORRIENTE**

1.-	EL DEPOSITO BANCARIO A LA VISTA.....	Pág. 60
1.1.-	Concepto general de depósito.....	Pág. 60
1.2.-	Naturaleza Jurídica.....	Pág. 63
1.3.-	Concepto de depósito bancario.....	Pág. 64
1.4.-	Clases de depósitos bancarios.....	Pág. 65
1.5.-	Depósitos de dinero en cuenta corriente, en cuenta de cheques y en tarjeta de crédito.....	Pág. 69
2.-	APERTURA DE CREDITO EN CUENTA CORRIENTE.....	Pág. 71
2.1.-	Concepto de Apertura de Crédito.....	Pág. 71
2.2.-	Aplicación práctica de la Apertura de Crédito.....	Pág. 73
2.3.-	Concepto de Cuenta Corriente.....	Pág. 74
2.4.-	Objeto del Contrato de Cuenta Corriente.....	Pág. 77
2.5.-	Efectos del Contrato de Cuenta Corriente.....	Pág. 79
2.6.-	Concepto de Apertura de Crédito en Cuenta Corriente.....	Pág. 83
2.7.-	Diferencias entre el Contrato de Cuenta Corriente y el Contrato de Apertura de Crédito.....	Pág. 84
	NOTAS AL CAPITULO TERCERO.....	Pág. 86

**CAPITULO CUARTO.....Págs. 90 a 117**  
**EL FIDEICOMISO DE INVERSION Y EL DEPOSITO A LA VISTA EN LAS**  
**TARJETAS DE CREDITO.**

1.-	CONCEPTO DE OPERACION BANCARIA.....	Pág. 90
2.-	EL FIDEICOMISO DE INVERSION EN LAS TARJETAS DE CREDITO.....	Pág. 95
2.1.-	Concepto.....	Pág. 95
2.2.-	Características del Fideicomiso de Inversión.....	Pág. 96
2.3.-	Derechos y Obligaciones del Fideicomitente.....	Pág. 100
2.4.-	Derechos y Obligaciones del Fiduciario.....	Pág. 104
3.-	DEPOSITO A LA VISTA EN LAS TARJETAS DE CREDITO.....	Pág. 108
4.-	DIFERENCIAS Y SIMILITUDES ENTRE EL FIDEICOMISO DE INVERSION Y EL DEPOSITO A LA VISTA APLICADOS A LAS TARJETAS DE CREDITO.....	Pág. 109
4.1.-	Diferencias.....	Pág. 109
4.2.-	Similitudes.....	Pág. 110
5.-	REGULACION.....	Pág. 111
5.1.-	Circular-Telefax 103/88.....	Pág. 111
5.2.-	Circular-Telefax 34/91.....	Pág. 115
5.3.-	Circular-Telefax 19/35.....	Pág. 115
	NOTAS AL CAPITULO CUARTO.....	Pág. 116

<b>CONCLUSIONES.....</b>	<b>Pág. 119 a 122.</b>
<b>BIBLIOGRAFIA.....</b>	<b>Págs. 123 a 129</b>
<b>LEGISILACION CONSULTADA.....</b>	<b>Pág. 130</b>

## INTRODUCCION

## INTRODUCCION

La globalización de la economía implica redefinir las estrategias de las Instituciones de Crédito ante mercados más amplios y diversificados. Esto afecta las formas tradicionales de hacer las cosas dentro de las Instituciones de Crédito, los aspectos administrativos están cambiando y las prioridades se están redefiniendo en términos de las nuevas condiciones de la economía.

Las Instituciones de Crédito se están orientando, fundamentalmente, en términos de las estrategias que se tendrán que definir en función de los nuevos mercados globales, poniendo especial atención en el cliente, el producto y el servicio; pero en forma diferente, ya que la volatilidad y la intensidad de la competencia en estos mercados hacen que no baste para el éxito de dichas Instituciones poner énfasis en el servicio al cliente y el producto, sino en el desarrollo de una capacidad de respuesta ágil ante los cambios de estos mercados. Lo anterior representa una reducción en los parámetros de tiempo que se tienen que manejar para el proceso de decisiones orientadas a lograr una ventaja competitiva en su posicionamiento del mercado.

Nuestro trabajo en primer lugar se enfoca a una figura jurídica que en su momento tuvo un doble fin: otorgar intereses atractivos al público inversionista mediante instrumentos que a su vez dieran liquidez inmediata y seguridad; y por otra la captación de recursos por parte del público inversionista para el autofinanciamiento de las Instituciones de Crédito. Nos referimos al Fideicomiso de Inversión aplicado a las Tarjetas de Crédito, figura que es producto de la incertidumbre en la economía, la alta inflación y la depresión que vivió nuestro país durante la segunda mitad de la década de los ochentas, por lo que el inversionista no institucional se orientó a figuras

cuyo objetivo no eran las utilidades ni el crecimiento, sino sobrevivir mientras las condiciones mejoraban. Así las Instituciones de Crédito se enfocaron a mantener, en relación a factores reales, los recursos de los inversionistas, dándole prioridad sobre las utilidades y el crecimiento.

El enfoque financiero se volvió prioritario y ante la visión de corto plazo para sobrevivir, los recursos se destinaron a inversiones financieras, en lugar de inversiones orientadas a nuevos productos.

En los últimos dos años nuestro país ha iniciado una profunda transformación que lo pone frente al desafío de lograr un desarrollo económico acelerado y permanente. El saneamiento de las finanzas públicas, con el consecuente control del proceso inflacionario, la calidad conceptual y práctica con la que el Estado ha definido su participación en el proceso económico, la veloz incorporación de México dentro de las corrientes internacionales de producción y comercio, y el nuevo ambiente de confianza y el reto que impera, son factores que han influido en la creación de nuevos instrumentos, de los cuales no todos son acertados, como es el Depósito a la vista en las Tarjeta de Crédito, el cual es objeto de la segunda parte de nuestro estudio, siendo éste, como se analizará en el transcurso del mismo, un instrumento que contraviene los principios económicos-financieros fundamentales que se han ostentados durante los últimos años.

Por otra parte, durante el transcurso del desarrollo de los diferentes capítulos que conforman este trabajo, veremos como figuras jurídicas se han ido aplicando a la práctica financiera y cómo las mismas se han ido transformando, elaborando al final una serie de conclusiones con las que pretendemos dar una visión de conjunto, global y sistematizada de las figuras objeto del mismo dentro de campo financiero.

## CAPITULO PRIMERO

## CAPITULO I

### ANTECEDENTES Y NATURALEZA JURIDICA DEL FIDEICOMISO

#### 1.- ANTECEDENTES HISTORICOS DEL FIDEICOMISO.

Los estudiosos de las instituciones jurídicas se remontan con frecuencia a épocas muy antiguas en busca de los trazos de la mismas. El fideicomiso mexicano, como veremos, es una institución inspirada en el "Trust" del derecho inglés y estadounidense; sin embargo, casi todos los autores tratan de ubicar sus antecedentes en el derecho romano, por razón de que es en ese derecho donde se utilizó la palabra "Fideicomissum", que para algunos es el antecedente más remoto de la institución que tratamos.

La mayor parte de los autores estudian figuras afines al fideicomiso con el objeto de considerar la institución desde la perspectiva de un punto de vista muy genérico; es así como siempre que existe afectación de bienes por parte de una persona que los entrega a otra para que ésta realice un finalidad lícita, se remiten al derecho romano, al mayorazgo, a la capellanías, a la sustitución fideicomisaria, al treuhand del derecho germánico, a los "uses" y "trusts del derecho inglés.

#### 1.1.- Antecedentes del fideicomiso en Roma.

"En Roma se dieron lugar dos instituciones jurídicas que son antecedentes del fideicomiso actual, siendo éstas la fiducia y los fideicomisos testamentarios".(1)

El primero se dió en el campo de las obligaciones y consistía en que una persona transfería a otra bienes de su propiedad con el fin de que el adquirente de éstos los empleara para un fin determinado, en base a un pacto celebrado entre ambos en el cual el adquirente se obligaba a ejercer el derecho en la forma convenida, la cual era transitoria ya que se obligaba a devolver los bienes al cumplimiento del fin pactado. Este fideicomiso se realizaba en forma verbal, con absoluta libertad y la base del mismo era la buena fe del fiduciario, la ausencia de la cual, no tenía sanciones jurídicas.

Posteriormente, con la autoridad pretoriana, y con la finalidad de dar una mayor seguridad jurídica, se comenzaron a aplicar principios basados en la equidad, concediéndose al enajenante una acción de hecho que posteriormente se convirtió en una acción de derecho y al adquirente una acción para resarcirse de los daños que le hubiere ocasionado la tenencia de la cosa.

"En la última etapa del derecho romano cuando cayeron en deshuso las formas tradicionales de transmitir la propiedad como son la Mancipatio y la In iure Cessio por lo que el empleo de la fiducia se fue substituyendo por otros contratos reales, que por el desarrollo que se dio en esa época adoptaron formas más perfeccionadas como fue el comodato, prenda o hipoteca".(2)

En cuanto al segundo, el fideicomiso testamentario, encontró su fundamento en el deseo de los testadores de imponer su voluntad más allá de su muerte y así eludir las numerosas incapacidades que existían para que los herederos fueran designados como tales. En un principio el encargo quedaba en manos del supuesto heredero, lo cual dejaba en un estado de indefensión al beneficiario; situación que cambio posteriormente al ser designados funcionarios especiales encargados de vigilar el cumplimiento de los

fideicomisos con las facultades de reclamar el cumplimiento de los mismos y exigir sus derechos.

En los fideicomisos testamentarios y aún de una forma más directa en la fiducia encontramos los antecedentes más remotos del fideicomiso moderno, pero como ya señalamos el fideicomiso mexicano por sus características deriva fundamentalmente de la figura del "Trust" en el derecho inglés y del derecho angloamericano.

## 1.2.- El Fideicomiso en el Derecho Inglés.

Dos instituciones del derecho inglés han constituido los antecedentes más importantes de nuestro fideicomiso: el antiguo "Use" y el moderno "Trust", siendo éste el último antecedente más próximo de nuestro fideicomiso.

El "Use" fue creado originalmente como un instrumento para que el propietario de tierras pudiera transferir parte de éstas a sus sirvientes o vasallos en forma de compensación; posteriormente se desvirtuó esta figura empleándose para prácticas fraudulentas como son las transmisiones en uso para defraudar acreedores y burlar acciones reivindicatorias, estas prácticas se enfatizaron cuando en el año de 1217, el parlamento británico aprobó el "Statute of Mortmains" (Estatuto de Manos Muertas) que prohibía a las corporaciones religiosas poseer tierras; así estas corporaciones evadían la ley transfiriéndoles los bienes a una persona que les permitía seguir gozando de los beneficios de éstos, al margen de la ley y sin ninguna protección legal para una situación derivada de un acto simulado y la obligación del prestanombres se reducía a un carácter meramente moral con probables sanciones de carácter religioso.

Las prácticas mencionadas anteriormente se generalizaron especialmente para evadir el pago de impuestos feudales o delegar bienes que las instituciones feudales impedían legar, provocando así una situación de inseguridad en lo relativo a la propiedad inmobiliaria, fundamento del sistema político feudal.

Para evitar estas situaciones fuera de la ley, el parlamento británico en el año de 1534 expidió el "Statute of Uses", que no consideraba como nulos o ilegales los usos establecidos, sino que éstos debían ser ejecutados, transfiriendo la plena propiedad al beneficiario y borrando de esta manera al intermediario una vez que se ejecutaba el fin querido por quien enajenaba sus bienes, es decir, desaparece la figura del intermediario o prestanombres.

De esta forma el "Use" pasó a denominarse "Trust". Así el "Trust" ha evolucionado siendo un negocio regulado y sistematizado por el derecho, aunque en esencia no ha sufrido cambios, y ha sido esta figura la que ha dado las bases para la creación del fideicomiso.

### 1.3.- Antecedentes Angloamericanos.

Estados Unidos heredó de Inglaterra su sistema jurídico y con él aparejado las bases y estructura del "Trust" americano, aunque en la actualidad el desenvolvimiento ha sido notablemente distinto.

En opinión de Scott el sistema de equidad fue aceptado en la mayor parte de las colonias inglesas de América; sin embargo, fue visto con cierta desconfianza porque al

igual que en Inglaterra durante alguna época, la equidad fue considerada con recelo en razón de su relación con las prerrogativas del rey, por lo cual provocaba sospechas en los habitantes de algunas colonias. La equidad era administrada por los gobernadores reales; esto acentuaba la sospecha acerca del resultado y del desarrollo de la equidad; éste fue muy lento; no obstante el sistema de equidad fue aceptado poco a poco, sobre todo en la primera mitad del siglo XIX, por la generalidad de los colonizadores de Norteamérica.

Simultáneamente con la aceptación general de la equidad, en Estados Unidos de Norteamérica se fue adoptando la práctica del "Trust". Se sabe que el "Trust" era ya conocido en la época de la colonia, pero según Scott, no fue utilizado tan frecuentemente como en Inglaterra.

La gran contribución hecha por Norteamérica a favor del desarrollo del "Trust" es el empleo del "Trustee Corporativo": en Inglaterra, todavía hacía 1743, el procurador general argumentaba que ninguna corporación podía actuar como "Trustee", el lord canciller Hardwike, sin embargo, contestó al procurador general que no había cuestión tan clara como que las corporaciones podían ser "Trustee".

El resultado ha sido que en Estados Unidos el "Trustee" tiende a ser profesional, en cambio en Inglaterra el "Trustee" es individual y no recibe compensación por su trabajo a menos que así se pacte en el instrumento creador del "Trust"; en tanto que en Estados Unidos si recibe compensación. Las "Trust Companies" y los bancos que tienen la facultad para actuar como "Trustees" son profesionales y actúan en el campo de los negocios de administración de "Trust"; una consecuencia de ello es que buscan o solicitan activamente esta clase de negocios.

"Así pues, podemos decir que la vida del "Trust" americano está íntimamente vinculada con el crecimiento industrial y financiero del país, las grandes empresas aseguradoras al igual que las instituciones bancarias lo acogen, y en general ha sido útil instrumento jurídico para las grandes operaciones financieras".(3)

El incremento de los departamentos fiduciarios empezó realmente después de la guerra de secesión y alcanzó grandes proporciones, especialmente en la práctica bancaria y financiera de los Estados Unidos a fines del siglo pasado y hasta nuestros días. En el mismo orden de ideas y por su importancia en la vida jurídica norteamericana resulta oportuno hacer referencia a cuatro formas, que si bien no son las únicas, nos dan una visión a groso modo del "Trust", utilizadas para establecer un manejo de bienes de significación corporativa, mismos que desempeñan funciones análogas a las de las sociedades mercantiles mexicanas, demostrando así la estrecha relación entre el fideicomiso mexicano y el "Trust" anglosajón:

- a) En el "Investmet Trust" (Trust de Inversión), por medio del cual varias personas aportan bienes para un fin determinado y cuya administración se encomienda a una "Trust Company" (Compañía Fiduciaria).
- b) En el "Voting Trust" (Trust de voto), por medio del cual un grupo de accionistas o participantes en una empresa encomiendan a una compañía fiduciaria que los represente en común.
- c) El "Holding Trust" es aquel por medio del cual una compañía fiduciaria recibe aportaciones de personas físicas o morales en forma individual o colectiva dedicadas a actividades similares, para la realización de un fin económico común.

- d) Por último cabe mencionar el "Trust" establecido con fines de garantía, en donde se emite un empréstito colocándose a la venta bonos o certificados que están garantizados por los bienes de la empresa emisora que ésta entrega a una compañía fiduciaria para que con su producto se paguen los intereses y se redima paulatinamente la inversión.

De estas consideraciones podemos concluir que el "Trust" Norteamericano es un negocio bancario en su forma más típica, por el cual una institución fiduciaria maneja bienes que le son encomendados para que ésta realice un determinado fin en relación a ciertos beneficiarios del mismo, situación que nos lleva a considerar al "Trust" angloamericano como el antecedente más cercano de nuestro fideicomiso.

## 2.- ANTECEDENTES HISTORICOS DEL FIDEICOMISO EN MEXICO.

En México, se dió una adopción del "Trust" norteamericano por primera vez sin haberse adoptado legislativamente en nuestro país, esto sucedió cuando se utilizaron instrumentos de garantía en emisión de bonos destinados a financiar la construcción de ferrocarriles. El entonces Código Civil vigente de 1884 y la ley sobre ferrocarriles de 1899 permitieron la existencia del "Trust Deed" el cual aún cuando fuera otorgado en el extranjero pudiera surtir efectos en México y conforme a las leyes mexicanas, "así pues se consideró que esta forma de "Trust" descompuesta en sus varios elementos correspondía a los contratos de préstamo, mandato e hipoteca".(4)

Posteriormente, el 21 de noviembre de 1905, fué enviada a la cámara de diputados del Congreso de la Unión, una iniciativa que facultaba al ejecutivo para expedir una ley

por cuya virtud pudiera constituirse en México instituciones comerciales que fungieran como agentes fiduciarios, dicha iniciativa fué presentada por el entonces Secretario de Hacienda, Sr. José Ives Limantour, siendo el autor de la misma el Lic. Jorge Vera Estañol. Dicho proyecto acogía en su mayoría muchos aspectos de las instituciones fiduciarias Norteamericanas conocidas como "Trust Companies", cuya función fundamental consistía en ejecutar actos y operaciones en los cuales no tuvieran interés directo, sino que obraban como simples intermediarios ejecutando los actos y operaciones en beneficio de las partes interesadas o de terceras personas, lo que hacía necesaria en nuestro país una reglamentación especial, cuyo objeto fuera garantizar y proteger los intereses confiados a dichas instituciones. A pesar de que se presentó el proyecto en la Cámara de Diputados, el mismo nunca llegó a discutirse.

"Aunque el Proyecto Limantour no haya adquirido categoría de Ley, tiene el mérito singular de constituir el primer intento legislativo en el mundo para adaptar el "Trust" a un sistema de tradición romanista".(5)

En 1924 se revive el movimiento iniciado por el Proyecto Limantour, bajo el nombre de Proyecto Creel, con la diferencia de que éste sí pasó a formar ley; en este proyecto no se hizo referencia al fideicomiso como una operación de crédito, sino que solamente se describían las funciones de los bancos de fideicomiso, estableciendo en su artículo 73 lo siguiente:

"Los bancos de fideicomiso sirven los intereses del público en varias formas, y particularmente administrando los capitales que se le confían con la representación común de los suscriptores o tenedores de bonos hipotecarios al ser emitidos éstos durante el tiempo de su tenencia".(6)

En 1926 se presentó una nueva ley denominada "Ley de Bancos de Fideicomiso", misma que amplió notablemente las funciones propias de estas instituciones de crédito, presentando asimismo una fusión de dos corrientes; una de ellas, la corriente pragmática norteamericana que atendía al órgano más que al negocio. La otra doctrina que estaba encabezada por el señor Ricardo J. Alfaro, la cual buscaba construir una moción jurídica del fideicomiso. Así, el artículo 6to. de dicha ley definía al fideicomiso como: " Un mandato irrevocable en virtud del cual se entrega al banco con el carácter de fiduciario, determinados bienes para que disponga de ellos o de sus productos, según la voluntad del que los entrega, llamado fideicomitente, a beneficio de un tercero llamado fideicomisario o beneficiario".

En el año de 1932 se publicaron dos leyes: La Ley General de Títulos y Operaciones de Crédito, en vigor actualmente, y la Ley General de Instituciones de Crédito, en la cual se establecen las normas relativas a las operaciones fiduciarias. Estas dos leyes por primera vez demarcan a nuestro fideicomiso y lo dotan de una precisión técnica.

A partir de entonces, la ley substancial para el estudio del fideicomiso es la Ley General de Títulos y Operaciones de Crédito, sin menospreciar las leyes relativas a las instituciones de crédito.

### 3.- EL ACTO JURIDICO.

Así como el hecho en sentido estricto y el acto jurídico son especies de hecho jurídico lato sensu, el acto cuenta también con dos especies a saber: acto jurídico, en su acepción limitada y negocio jurídico.

Contrariamente a la noción de acto jurídico producto de la corriente tradicional que sostiene que es toda manifestación de voluntad para dar lugar al nacimiento de consecuencias de derecho, sin distinguir los actos en sus diversas especies existentes según el papel que en ellos juega la voluntad, las doctrinas más recientes si admiten esa distinción en subespecies de actos.

Así, se entiende por acto jurídico strictu sensu, en oposición a negocio, toda manifestación de voluntad que tiende a la realización de un acontecimiento, al cual el ordenamiento legal ya ha señalado las consecuencias "de jure" que por su verificación se actualizaran. Como se desprende de la noción anterior, el autor de un acto simplemente se limita a realizarlo y basta la plena intervención de su voluntad en dicha realización para que la ley le atribuya los efectos jurídicos preestablecidos en ella.

En otras palabras, la conducta del sujeto se limita a someterse consientemente a una serie de consecuencias jurídicas ya fijadas en las disposiciones legales y con la verificación del acto nacen "ipso iure" esas consecuencias, siendo irrelevante para la Ley que la voluntad de quién lo otorga coincida con ellas, las haya querido parcialmente, o inclusive, se encuentre en total inconformidad con las mismas.

Como puede observarse, la intervención de la voluntad en la celebración del acto jurídico se encuentra limitada sólo a su realización, sin estar facultado el autor a agregar ciertas cláusulas adicionales como modalidades, renunciar, repudiar o evitar los derechos y obligaciones a que respectivamente diera lugar su celebración.

#### 4.- TEORIA DEL NEGOCIO JURIDICO.

La teoría de negocio jurídico está íntimamente relacionada con los hechos o fenómenos jurídicos y su clasificación.

La palabra negocio en el uso común del lenguaje corriente, implica ocupación, actividad, tarea, empleo, gestión lucrativa, acción o efecto de negociar o comerciar, es esta la idea que se tiene de negocio.

Ahora bien, su uso en la teoría jurídica es una pretendida innovación de la doctrina, como lo apunta Cabanellas: "Es un concepto que trata de ser innovador, de importación germánica e italiana, tal vez, para substituir al nombre más clásico o anticuando para los innovadores, que utiliza la tradición jurídica francesa y de los países que la siguen".(7)

Para Castan, el negocio jurídico es: "Un acto integrado por una o varias declaraciones de voluntad privada dirigidas a la producción de un determinado efecto jurídico y a las que el derecho reconoce como base del mismo, cumplidos los requisitos y dentro de los límites que el propio ordenamiento establece".(8)

En México los principales defensores de la doctrina del negocio jurídico puede decirse que son los doctores Raúl Ortiz Urquidí y Miguel Villoro Toranzo; para el primero el vocablo "negotium" se encontraba en los textos romanos y en los del antiguo derecho español, pero usado con tanta variedad de sentidos que parecía inservible para el lenguaje técnico jurídico. Por ello, no se introduce directamente en la ciencia jurídica sino después de haber dado especial relevancia al término de acto jurídico, entonces se empleará la frase de negocio jurídico para nombrar un tipo especial de actos jurídicos.

El doctor Ortiz Urquidí en cuanto a las bases para la distinción entre acto y negocio jurídico precisa lo siguiente: "Hemos pensado que para distinguir pulcramente entre hechos, actos y negocio jurídico no hay sino tomar en cuenta la intervención de la voluntad -presencia o ausencia de ella- en los siguientes momentos:

- a) En la realización del acontecimiento en que el hecho, el acto o el negocio pueden consistir.
  
- b) En la producción de las consecuencias jurídicas.

En el hecho, no interviene la voluntad en la realización del acontecimiento ni en la producción de las consecuencias. En el acto la voluntad interviene sólo en la realización del acontecimiento, más no en la producción de efectos no obstante lo cual éstos se producen.

En cambio, en el negocio, la voluntad interviene en los dos citados momentos: en la realización del acontecimiento y en la producción de las consecuencias jurídicas. El ejemplo típico es el contrato, pues voluntariamente lo realizan quienes lo celebran y aceptan sus consecuencias jurídicas".(9)

Nuestro Código Civil en su artículo 1859 señala: "Las disposiciones legales sobre contratos serán aplicables a todos los convenios y a otros actos jurídicos, en lo que no se opongan a la naturaleza de éste o a disposiciones especiales de la ley sobre los mismos". No obstante lo que dice nuestra ley, es evidente que no se puede dar el mismo tratamiento al acto jurídico propiamente dicho y al negocio jurídico.

Así, puede afirmarse que los tratadistas que reconocen el concepto de negocio jurídico lo definen como un hecho consistente en una manifestación de voluntad, para producir efectos reconocidos por el orden jurídico y además lícitos. En contraposición con la doctrina del negocio jurídico, está toda la teoría derivada del sistema francés que clasifica los hechos en naturales y del hombre, y a éstos últimos, en hechos en estricto sentido y actos jurídicos.

En este sentido es casi unánime la doctrina francesa y gran parte de la doctrina mexicana, ya que considera el acto jurídico como un hecho del hombre, consistente en una manifestación de voluntad que tiene la intención de crear efectos de derecho así como transmitir, modificar, declarar o extinguir derechos y obligaciones.

Una vez expuesto el concepto de negocio jurídico, analizaremos la cuestión de si al fideicomiso se le puede considerar de esta forma.

Autores como Octavio Hernández, Jorge Alfredo Domínguez y José M. Villagordoa Lozano coinciden en afirmar que el fideicomiso es un negocio jurídico.

Villagordoa sostiene: " En nuestro derecho se ha reconocido y reglamentado el fideicomiso, que es una especie de negocio fiduciario; es así como el derecho positivo mexicano va comprendiendo dentro de su ámbito, las nuevas formas contractuales, desconocidas por su derecho tradicional".(10)

Para Jorge Alfredo Domínguez, el fideicomiso es un negocio jurídico por la diversidad tan grande de fines que pueden perseguirse en el mismo, el campo tan amplio en el que actúa la autonomía de la voluntad y por las múltiples posibilidades que ofrece

esta figura, y por ello, afirma contundentemente que el fideicomiso debe considerarse como una especie de los negocios jurídicos, que a su vez está compuesto de dos diversos negocios, uno, el constitutivo que es una declaración unilateral por que el fideicomitente manifiesta su voluntad en el sentido de destinar ciertos bienes a la realización de un fin lícito y determinado, y otro denominado contrato de ejecución de fideicomiso, por el que la fiduciaria se obliga, con quien lo celebra a llevar a cabo todos los actos tendientes a la realización de ese fin.

Para Octavio Hernández, el fideicomiso también es un negocio jurídico.

Como se deriva de las opiniones de los autores citados hay cierta unificación de criterios al considerar al fideicomiso como un negocio jurídico, pero ninguno de los autores citados a excepción del doctor Domínguez explican el porque de tal consideración. En nuestra opinión consideramos al fideicomiso como un negocio jurídico, toda vez que el fideicomitente al manifestar su voluntad al constituir el fideicomiso, quiere y acepta las consecuencias de derecho las cuales son expresión de su voluntad.

#### 5.- LA DOCTRINA DEL NEGOCIO FIDUCIARIO.

En la doctrina, sobre todo en la extranjera y en aquellos países en los cuales no se ha introducido todavía el "Trust" anglosajón, ni el fideicomiso, ni una figura equivalente, se ha desarrollado toda una corriente para definir lo que llaman negocio fiduciario y consiste en aquél acto celebrado por particulares no previsto expresamente por la ley, y que consiste en que una de las partes entrega bienes a otra para que ésta última cumpla con ellos una finalidad, y que ésta, solo será efectiva si aquél que recibe los bienes, obra con estricta buena fe y cumple moral y jurídicamente su obligación.

En los países en donde está reconocido el "Trust" o en su caso el fideicomiso, estas figuras llenan el vacío existente en otros ámbitos, mediante un instrumento jurídico por el cual una persona puede entregar a otra determinados bienes para cumplir ciertos fines lícitos.

Domínguez Martínez habla de negocio fiduciario y lo concibe como "Aquel acuerdo mediante el cual un sujeto transmite la propiedad de un bien o la titularidad de un derecho a otro, y éste se obliga a destinar lo transmitido a una finalidad determinada que aquel le señaló, y que corresponderá a la confianza que para ello le tuvo el primero".

Derivado de lo anterior podemos señalar que en los países en donde está reconocido el "Trust" o en su caso el fideicomiso, el llamado negocio fiduciario resulta un concepto exótico que tiene íntima relación con la simulación de actos jurídicos. La doctrina del negocio fiduciario ilícito, atípico, simulado creemos que no tiene ninguna relación con el fideicomiso, pues mediante éste, el fideicomitente destina ciertos bienes a un fin lícito determinado, encomendando la realización de ese fin a una institución fiduciaria, con los efectos, modalidades, límites y consecuencias que el régimen jurídico establece. Por lo tanto, el fideicomiso es una figura típica, lícita, legal y perfectamente reglamentada, y en consecuencia, no parece lógico compararla con actos simulados ni con figuras que pueden presentarse teórica y prácticamente en otros países, en los cuales no se ha adoptado legalmente una institución similar al "Trust" o al fideicomiso.

## 6.- EL FIDEICOMISO Y LA MANIFESTACION UNILATERAL DE VOLUNTAD.

Para algunos doctrinarios mexicanos el fideicomiso puede ser constituido por un acto unilateral de voluntad y sostienen que el fideicomiso es un negocio jurídico que se

constituye mediante declaración unilateral de voluntad de un sujeto llamado fideicomitente por virtud de la cual éste destina ciertos bienes o derechos a un fin lícito y determinado y la ejecución de los actos que tiendan al logro de ese fin deberán realizarse por la institución fiduciaria que se hubiere obligado contractualmente a ello. El fideicomiso en general está compuesto de dos diversos negocios: a) el constitutivo que es una declaración unilateral por la que el fideicomitente manifiesta su voluntad en el sentido de destinar ciertos bienes a la realización de un fin lícito determinado, y b) por la ejecución del negocio propiamente dicho en relación al fin perseguido al constituir el fideicomiso.

La confusión sobre la naturaleza del acto que crea el fideicomiso, creemos que se deriva de la redacción que tienen los artículos 350 y 352 de la Ley de Títulos y Operaciones de Crédito, que a la letra dicen:

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

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

El fideicomitente podrá designar varias instituciones fiduciarias para que conjunta o sucesivamente desempeñen el fideicomiso, estableciendo el orden y las condiciones en

que hayan de substituirse. Salvo lo dispuesto en el acto constitutivo del fideicomiso, cuando la institución fiduciaria no acepte , o por renuncia o remoción o cese en el desempeño de su cargo, deberá nombrarse otra para que la substituya. Si no fuese posible esta substitución, cesará el fideicomiso".

"Artículo 352.-

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

En lo referente a la cuestión de que si el fideicomiso puede constituirse por acto unilateral de voluntad, los autores son poco claros al afirmar que existe fideicomiso por el hecho de que el fideicomitente lo constituya, aunque la fiduciaria no lo haya aceptado. Particularmente pensamos que el fideicomiso no puede ser constituido por acto unilateral de voluntad ya que se necesita la voluntad expresa del fideicomitente que destina ciertos bienes para la realización de un fin determinado, del fiduciario que acepta llevar a cabo el fin encomendado por el fideicomitente, y por último del fideicomisario ya que aunque no es un requisito de existencia para que haya fideicomiso, se necesita su aprobación en el sentido que esta de acuerdo con los derechos y obligaciones del fideicomiso establecidos en su favor.

## 7.- NATURALEZA JURIDICA DEL FIDEICOMISO EN MEXICO.

En torno a la naturaleza jurídica del fideicomiso, se han sustentado diferentes criterios. Los Lic. Rodríguez y Rodríguez y Krieger Vázquez conciben al fideicomiso como un negocio fiduciario(11). Molina Pasquel, habla de una declaración unilateral de voluntad (12). Arrechea Alvarez, lo concibe como un acto libre constitutivo que es engendrado por la voluntad unilateral (13). Pintado Rivero (14) y Sanabria conciben al fideicomiso como una declaración unilateral de voluntad.

No es posible negar que el concepto legal del fideicomiso mexicano se inspira en lo esencial en la idea del patrimonio de afectación a un fin, sin embargo, el maestro Rodolfo Batiza establece que el concepto de afectación patrimonial es insuficiente para determinar la naturaleza jurídica del fideicomiso y que es preciso encuadrarlo, más que en elaboraciones doctrinarias, dentro de las categorías reconocidas por el derecho positivo.

De la lectura de la ley sustantiva, se desprende que la constitución del fideicomiso resulta un vínculo, en una relación legal que liga a las partes entre sí y de las cuales derivan derechos y obligaciones recíprocas, por lo que jurídicamente, el fideicomiso es una obligación. Aunque el Código Civil se abstenga de dar el concepto de obligación, establece un capítulo titulado " De las obligaciones " en donde encontramos las siguientes definiciones:

"Artículo 1792.- Convenio es el acuerdo de dos o más personas para crear, transferir, modificar o extinguir obligaciones".

"Artículo 1973.- Los convenios que producen o transfieren las obligaciones y derechos toman el nombre de contratos".

De lo anterior, podemos concluir que el fideicomiso constituido por acto entre vivos es la obligación jurídica resultante de un contrato.

Por otro lado, la primera parte del artículo 352 de la Ley de Títulos y Operaciones de Crédito establece que: "El fideicomiso puede ser constituido por acto entre vivos o por testamento"; disposición que fue copiada de una forma casi literal del Proyecto de Alfaro, que en su artículo 18 establece : "El fideicomiso puede ser constituido por testamento para que tenga efecto después de la muerte del fideicomitente o por acto entre vivos".

Alfaro, al explicar la naturaleza jurídica de la institución que había adoptado, indicó: "El fideicomiso, según el espíritu del proyecto, es ni más ni menos un contrato tripartito cuya consumación depende del consentimiento que a su debido tiempo debe de dar cada una de las partes; es claro que se trata de un convenio Sui Generis que tiene diferencias notables con la mayoría de los contratos sinalagmáticos, definidos por el Código Civil; más si la característica esencial de los contratos es producir entre las partes derechos y obligaciones recíprocos, esta característica no falta en el fideicomiso constituido, del cual surgen tales derechos y obligaciones entre el fiduciario y el fideicomisario o el fideicomitente o ambos ". (15)

"Cuando la fuente de una disposición legal puede, como en este caso, identificarse en forma indubitable, y cuando además la norma que le sirvió de modelo fue objeto de la interpretación auténtica del legislador, la especulación doctrinaria ensayada en el vacío es no sólo enternamente ociosa, sino perjudicial por desorientadora". (16)

Hay otro aspecto en cuanto a la naturaleza jurídica que merece la pena examinarse. El fideicomiso fue introducido en México primero en la legislación bancaria y luego en la Ley de Títulos y Operaciones de Crédito, dando lugar a que en forma automática éste se convirtiera en un acto de comercio. Aparte de ser técnicamente un acto de comercio, se ha sostenido además que el fideicomiso es un acto absolutamente mercantil. Esta posición se fundamenta en el artículo 1050 del Código de Comercio que a la letra dice:

"Artículo 1050.- Cuando conforme a las disposiciones mercantiles para una de las partes que intervienen en un acto, éste tenga naturaleza comercial y para la otra tenga naturaleza civil la controversia que del mismo se derive se regirá conforme a las leyes mercantiles".

Sin embargo, la práctica bancaria demuestra que con frecuencia el fideicomiso constituye un acto mixto, ya que se trata de un contrato civil para el fideicomitente y mercantil para el fiduciario, en virtud de la calidad de Institución Bancaria; inclusive puede ser un acto administrativo tratándose de fideicomisos oficiales.

Por otro lado, cabe mencionar que se han sustentado diversas teorías doctrinarias sobre el patrimonio afecto a un fideicomiso, pero a fin de no entrar a un análisis doctrinal y para efectos prácticos, basados en derecho positivo, la Suprema Corte de Justicia ha establecido a través de su jurisprudencia lo siguiente: "El fideicomitente constituye un patrimonio fiduciario autónomo, cuya titularidad se concede a la institución fiduciaria, para la realización de un fin autónomo, con ello se señala particularmente que es diverso de los patrimonios propios de las partes que intervienen en el fideicomiso, o sea, distinto

de los patrimonios del fideicomitente, del fiduciario y del fideicomisario. Es un patrimonio autónomo afectado a un cierto fin bajo la titularidad y ejecución del fiduciario, quién se ha provisto de todos los derechos y acciones conducentes al cumplimiento del fideicomiso..."(17)

En relación a lo antes señalado se desprende que el fideicomiso tiene un patrimonio propio, por lo que a forma de conclusión podemos encuadrar al fideicomiso en cuanto a su naturaleza jurídica como un contrato "Sui Generis", de carácter mixto y con un patrimonio propio.

**NOTAS AL CAPITULO PRIMERO**

- 1.- VILLAGORDOA Lozano José Manuel,  
"Breve Estudio sobre el Fideicomiso",  
Publicación del Seminario de Derecho Mercantil y Bancario de la Facultad  
de Derecho de la Universidad Autónoma de México,  
México, P. 110.
- 2.- IDEM P. 113.
- 3.- KRIERGER Emilio,  
"Manual del Fideicomiso Mexicano",  
Banco Nacional de Obras y Servicios Públicos, S.A.,  
México, 1976, P. 17.
- 4.- BATIZA Rodolfo,  
"El Fideicomiso",  
Ed. Porrúa,  
México, 1988, PP. 97 Y SIG.
- 5.- IBIDEM P 101.
- 6.- IDEM P 102.

- 7.- GARCIA Maines Eduardo,  
"Introducción al Estudio del Derecho",  
Ed. Porrúa,  
México, 1987, P. 31.
- 8.- IBIDEM.
- 9.- IDEM P. 32
- 10.- VILLAGORDOA Lozano José Manuel,  
"Doctrina General del Fideicomiso",  
Ed. Asociación de Banqueros de México,  
México, 1976, P 65.
- 11.- RODRIGUEZ y Rodríguez Joaquín,  
"El Fideicomiso y la Separación de la Quiebra",  
Escuela Nacional de Jurisprudencia,  
Tomo II Num 7 Y 8.  
México, 1940, PP. 353 Y SIG.
- 12.- MOLINA Pasquel,  
"Derechos sobre el Fideicomiso",  
Ed. Jus,  
México, 1946, P. 139.

- 13.- ARRECHEA Alvarez, .  
"Los Negocios Fiduciarios y el Fideicomiso",  
Tesis UNAM,  
México, 1945.  
P. 115.
- 14.-\* PINTADO Rivero José,  
"Derechos y Obligaciones del Fideicomiso",  
Ed. UNAM.  
México, 1952, P. 55.
- 15.- BATIZA Rodolfo,  
"Principios Básicos del Fideicomiso y la Administración Fiduciaria",  
Ed. Porrúa,  
México, 1987, P. 36.
- 16.- IBIDEM. P. 37.
- 17.- IDEM.

CAPITULO SEGUNDO

## CAPITULO II

### PARTES Y CLASES DEL FIDEICOMISO

#### 1.- EL FIDEICOMITENTE.

##### 1.1.- Concepto.

Luis Muñoz conceptua al fideicomitente de la siguiente manera: "Es el fideicomitente la parte negocial que mediante declaración unilateral de contenido volutivo que no es negocio autónomo, sino fracción de negocio, presta su asentimiento a las cláusulas generales y condiciones iuris del fideicomiso, constituyendo un patrimonio separado en propiedad fiduciaria, cuando el fiduciario presta su aceptación negocial; el fideicomitente invita al fideicomisario a negociar, salvo que el propio fideicomitente sea también fideicomisario".(1)

De dicho concepto Muñoz deduce que el fideicomiso gira alrededor de una propuesta de negocio la cual es la oferta revocable, en tanto no sea aceptada, en forma verbal o escrita, que debe contener todos los elementos del negocio, o al menos los constitutivos para que se considere completa, mediante la cual un sujeto llamado oferente se dirige a otro denominado destinatario para que la examine, y a su arbitrio para que lo acepte o rechace, o haga caso omiso de él, porque ni la oferta en principio es vinculante para el oferente, ni antes de la aceptación el destinatario tiene el deber jurídico de tomar la propuesta en consideración.

Villagordoa Lozano define al fideicomitente como: "La persona que constituye el fideicomiso y destina los bienes o derechos necesarios para el cumplimiento de sus fines, transmitiendo su titularidad al fiduciario".(2)

Fideicomitente según Rafael de Pina es: "La persona física o moral que constituye un fideicomiso, para destinar ciertos bienes o derechos a la realización de un fin lícito y determinado y encarga dicha realización a una institución fiduciaria".(3)

Para Batiza fideicomitente es: "La persona que constituye un fideicomiso por manifestación expresa de su voluntad".(4)

Acosta Romero señala que fideicomitente es: "La persona titular de los bienes o derechos que transmite a la fiduciaria, para el cumplimiento de una finalidad lícita y desde luego, debe tener capacidad jurídica para obligarse y para disponer de los bienes".(5)

En lo personal pensamos que el fideicomitente es la persona física o moral, que voluntariamente y con capacidad legal suficiente, afecta la propiedad de un determinado bien o conjunto de bienes en favor de una institución fiduciaria, constituyendo un fideicomiso para que mediante él se realicen los fines previamente señalados por el fideicomitente.

La Ley General de Títulos y Operaciones de Crédito en su artículo 349 señala:

"Artículo 349.- Sólo pueden ser fideicomitentes las personas físicas o jurídicas que tengan la capacidad necesaria para hacer la afectación de bienes que el fideicomiso implica, y las autoridades judiciales o administrativas competentes, cuando se trate de bienes cuya-

guarda, conservación, administración, liquidación, reparto o enajenación corresponda a dichas autoridades o a las personas que éstas designen".

## 1.2.- Clasificación.

Conviene analizar primeramente lo señalado en el artículo 349 de la Ley General de Títulos y Operaciones de Crédito, el cual inicia diciendo que: " Sólo pueden ser fideicomitentes las personas físicas o jurídicas..."; en forma general, persona es "Todo ente capaz de tener facultades y derechos".(6)

Este es el concepto jurídico general de persona, pero debe señalarse que existen dos clases distintas de personas para el derecho, y son: Personas Físicas y Personas Morales.

La Persona Física puede conceptuarse como la expresión unitaria e individual de los derechos y deberes de un hombre. Así, la persona física no es otra cosa que el hombre individualmente considerado, el ser humano por el simple hecho de serlo.

La Persona Moral como tal no es tan fácil de conceptuarse, toda vez que el término moral no hace referencia a un ente físico, sino a un ser creado por la unión de varias personas físicas, las cuales tienen como presupuesto básico una misma finalidad; la persona moral surge de la necesidad jurídica de imputar un serie de conductas de ciertos hombres, no a los sujetos físicos que las efectúan, sino a otro sujeto conceptual, constituido por la norma legal. Así el derecho ha creado una ficción jurídica que comunmente se denomina persona moral o persona jurídica colectiva.

El artículo 25 del Código Civil para el Distrito Federal determina quienes son personas morales para el derecho mexicano, y a la letra dice:

"Artículo 25.- Son personas morales:

- La Nación, los Estados y los Municipios;
- Las demás Corporaciones de carácter público reconocidas por la ley;
- Las sociedades Civiles y Mercantiles;
- Los sindicatos, las asociaciones profesionales y las demás a que se refiere la fracción XVI del artículo 123 de la Constitución Federal;
- Las sociedades cooperativas y mutualistas, y
- Las asociaciones distintas de las enumeradas que se propongan fines políticos, científicos, artísticos, de recreo o cualquier otro fin lícito, siempre que no fueren desconocidos por la ley".

Se concluye que la persona moral requiere de dos requisitos básicos para existir:

- Que surja como un ente distinto e independiente de los individuos que la componen, y
- Que el Estado reconozca a dicho ente la facultad de ejercer derechos y obligaciones de carácter patrimonial, que sean distintos de los derechos y obligaciones de cada uno de los elementos personales que forman el ente jurídico.

### 1.3.- Capacidad.

La Ley General de Títulos y Operaciones de Crédito vigente, en su artículo 349 se señala que: "Sólo pueden ser fideicomitentes las personas físicas o jurídicas que tengan

la capacidad necesaria para hacer la afectación de bienes que el fideicomiso implica...". "Este artículo no tiene antecedentes en las leyes que procedieron a la actual; pero sería innecesario esforzarse en buscarle un origen concreto y determinado, ya que se limita a reconocer principios básicos admitidos con respecto a la capacidad de las personas físicas y morales contenidas en el Código Civil para el Distrito Federal".(7)

#### 1.4.- Derechos.

El Fideicomitente al constituir un fideicomiso puede reservarse diversos derechos, así lo establece el segundo párrafo del artículo 351 de la Ley de Títulos y Operaciones de Crédito. Esta reserva se vuelve de suma importancia en aquellos fideicomisos en los cuales, el fideicomisario es una persona distinta del fideicomitente, puesto que mediante la reserva que éste haga, continúa vinculado con el fideicomiso, dependiendo de los alcances de los derechos que se reserve.

El artículo 347 de la Ley General de Títulos y Operaciones de Crédito establece que:

"Artículo 347.- El Fideicomiso será válido aunque se constituya sin señalar fideicomisario, siempre que su fin sea lícito y determinado".

Este artículo estableció la facultad para el fideicomitente de constituir un fideicomiso sin tener obligación en ese momento de señalar quién será el beneficiario del mismo; facultad que da al fideicomitente la posibilidad de transmitir al fiduciario una parte o la totalidad de sus bienes, aprovechando así en un momento dado una situación que para él pueda resultar provechosa sin tener que señalar específicamente quién será el beneficiario de esa transmisión.

El segundo párrafo del artículo 348 de la Ley General de Títulos y Operaciones de Crédito antes citada señala que: "El fideicomitente puede designar varios fideicomisarios para que reciban simultánea o sucesivamente el provecho del fideicomiso, salvo el caso de la fracción II del artículo 359". Esta fracción, a que alude el artículo 348 antes citado, prescribe que quedan prohibidos aquellos fideicomisos en los cuales el beneficiario concede a diversas personas sucesivamente, las cuales deban substituirse por muerte de la anterior, salvo en el caso de que la substitución se realice en favor de personas que estén vivas o concebidas ya, a la muerte del fideicomitente.

El artículo 350 de la Ley General de Títulos y Operaciones de Crédito señala: "El Fideicomitente podrá designar varias instituciones fiduciarias para que conjunta o sucesivamente desempeñen el fideicomiso, estableciendo el orden y las condiciones en que hayan de substituirse..."; la citada ley no limita el número de fiduciarios que pueden ser designados por el fideicomitente, es sólo la práctica la que determina tal número, ya que sería muy impráctico designar un número excesivo de fiduciarios que afecten con tal carácter en un mismo fideicomiso.

El fideicomitente tiene el derecho de supervisar el fideicomiso y la buena marcha del mismo, así como de cerciorarse que las instrucciones que él estableció efectivamente se han cumplido. Este es uno de los derechos que el fideicomitente puede reservarse al constituir el fideicomiso.

Otro de los derechos que puede reservarse el fideicomitente en el acto constitutivo del fideicomiso o en modificaciones posteriores que de él se hagan, consiste en la facultad del fideicomitente de solicitar que el fiduciario le de cuentas de su gestión. La reserva que haga el fideicomitente para ejercitar este derecho debe ser expresa,-----

conforme a lo estipulado en la Ley de Instituciones de Crédito que señala: "Las acciones para pedir cuentas corresponderán al fideicomisario sin perjuicio de poder el fideicomitente reservarse en el acto constitutivo del fideicomiso, o en las modificaciones del mismo, el derecho para ejercitar esta acción".

El fideicomitente tiene la facultad de remover al fiduciario cuando no rinde las cuentas de su gestión dentro de un plazo de 15 días; si es declarada por sentencia ejecutoria, culpable de las pérdidas o menoscabo que sufran los bienes dados en fideicomiso, o responsable de tales pérdidas o menoscabos por negligencia grave. El artículo 84 de la Ley de Instituciones de Crédito establece que podrá el fideicomitente reservarse en el acto constitutivo del fideicomiso o en sus modificaciones el derecho para ejercitar la acción correspondiente.

#### 1.5.- Obligaciones

Como hemos señalado anteriormente, en el derecho inglés el desempeño del cargo de "Trust" es esencialmente gratuito y sólo por convenio expreso la regla sufre excepción; que, por el contrario, en nuestro derecho el cargo es fundamentalmente remunerado.

Es obligación del fideicomitente pagar los honorarios del fiduciario, dicha obligación puede determinarse por convenio con éste o los beneficiarios y, por regla general, dichos honorarios se hacen efectivos con cargo a estos últimos deduciéndolos de los fondos en poder del fiduciario. La ley bancaria de 1932, establecía la obligación del fideicomitente de pagar las compensaciones estipuladas a favor de la institución fiduciaria, que subsidiariamente quedaba a cargo de sus causahabientes o del-----

beneficiario; dicha obligación también se incluía entre las causas de renuncia del fiduciario al desempeño del fideicomiso.

La Ley de Instituciones de Crédito expedida el 18 de julio de 1990 reproduce el mismo sistema, estableciendo que sólo se estimarán como causas graves para admitir la renuncia de la institución fiduciaria al desempeño de su cargo en un fideicomiso, que el fideicomitente, sus causahabientes o el fideicomisario, en su caso, se nieguen a pagar las compensaciones estipuladas a su favor.

Al respecto, algunos autores sostienen que el fideicomitente está obligado a reembolsar los gastos hechos por el fiduciario en la administración del fideicomiso, no teniendo el fiduciario la obligación de pagar ingresos, ni pagar el capital, sin deducir la compensación a que tiene derecho con respecto a éste. Si no hay suficiente efectivo en el patrimonio para pagar al fiduciario la cantidad que se debe, y los beneficiarios no le pagan en lo personal, el tribunal podrá ordenar la venta de los bienes fideicomitados en la medida necesaria y suficiente para cubrir lo adeudado al fiduciario.

Debe también indemnizar al fiduciario de todos los daños y perjuicios que le haya causado el cumplimiento del fideicomiso, siempre que los daños no sean causados por el propio fiduciario.

Otra obligación del fideicomitente es responder del saneamiento para el caso de evicción sobre los bienes fideicomitados toda vez que la constitución del fideicomiso implica un acto traslativo de dominio; cabe señalar que es importante distinguir si el fideicomiso es oneroso o gratuito, ya que en éste último, siguiendo la regla paralela de la donación, el fideicomitente sólo sería responsable de la evicción de la cosa si expresamente se hubiera obligado a prestarla.

## 2.- EL FIDUCIARIO.

### 2.1.- Concepto.

El Lic. de Pina define a el fiduciario como: "La persona encargada por el fideicomitente de realizar los fines del fideicomiso".(8)

Cervantes Ahumada, por su parte, lo define como: "La persona a quien se encomienda la realización del fin establecido en el acto constitutivo del fideicomiso y se atribuye la titularidad de los bienes fideicomitados"(9)

Derivado de las definiciones anteriores podemos decir, que la función del fiduciario consiste en la realización del fin del fideicomiso que se le encomienda, estando sus facultades integramente subordinadas al cumplimiento de sus obligaciones y éstas son en número mayor y de naturaleza más variada que aquellas.

En un principio, el legislador adopto la actitud conservadora de no otorgar al fiduciario facultades muy amplias de administración y control, en tanto que la tendencia actual es opuesta, orientada a extender su esfera de acción. En ocasiones se autoriza al fiduciario para realizar ciertos actos a condición de que ocurra un determinado acontecimiento; en otras, por el contrario, se le concede el poder discrecional de ejercitar o no alguna facultad o, cuando menos, el de escoger el tiempo y modo de su ejercicio, en la medida en que el fiduciario goce de facultades discrecionales y mientras no traspase los límites que le fueron impuestos.

A partir de el proyecto Limantour, se ha exigido que el fiduciario sea una persona moral. Los Proyectos Creel y Vera Estaño, así como las diversas leyes, han impuesto que el fiduciario sea una institución de crédito autorizada.

## 2.2.- Requisitos para su ejercicio.

La Ley de Instituciones de Crédito de 1926 disponía que el Banco fiduciario podría ejercitar en cuanto a los bienes fideicomitidos todas las acciones y derechos inherentes al dominio, aún cuando no se expresaran en el título constitutivo del fideicomiso.

El artículo 350 de la Ley de Títulos y Operaciones de Crédito en vigor señala:

"Sólo pueden ser fiduciarias las instituciones expresamente autorizadas para ello conforme a la Ley de Instituciones de Crédito".

De lo antes expuesto resulta que el fideicomiso como ha quedado estructurado en la legislación mexicana, tiene una característica peculiar que lo separa de figuras jurídicas como el mandato, la comisión mercantil, la hipoteca o la prenda, en las cuales no resulta imprescindible la presencia de instituciones bancarias.

Las Instituciones de Crédito, a partir de la Ley de Instituciones de Crédito de 1990, dejan de ser Sociedades Nacionales de Crédito para convertirse nuevamente en Sociedades Anónimas de capital fijo, organizadas de conformidad con lo dispuesto por la Ley General de Sociedades Mercantiles.

La Ley de Instituciones de Crédito en su artículo segundo establece que para dedicarse al ejercicio de la banca y del crédito se requiere concesión del Gobierno Federal, que compete otorgar discrecionalmente a la Secretaría de Hacienda y Crédito Público, oyendo la opinión de la Comisión Nacional Bancaria .

La ley de Títulos y Operaciones de Crédito en su artículo 356 establece:

"Artículo 356.- La institución fiduciaria tendrá todos los derechos y acciones que se requieran para el cumplimiento del fideicomiso, salvo las normas o limitaciones que se establezcan al efecto, al constituirse el mismo, estará obligada a cumplir dicho fideicomiso conforme al acto constitutivo, no podrá excusarse o renunciar su encargo sino por causas graves a juicio de un juez de primera instancia del lugar de su domicilio y deberá obrar siempre como un buen padre de familia, siendo responsable de las pérdidas o menoscabos que los bienes sufran por su culpa".

Algunos autores sostienen que la adhesión del fiduciario es sólo condición jurídica de ejecución y no de perfección jurídica negocial. La pretendida obligatoriedad legal para las instituciones fiduciarias de aceptar los fideicomisos que se les encomienda, aparte de ser contrarias a principios consagrados de nuestro derecho constitucional, no impide la posibilidad de excusa. De ahí que se imponga la naturaleza contractual de la institución haciendo que la aceptación del fiduciario sea un elemento esencial para la existencia del fideicomiso.

### 2.3.- Designación.

La designación del fiduciario es hecha por el fideicomitente al constituir el fideicomiso o en las reformas posteriores al mismo, no obstante, de acuerdo con lo señalado por el artículo 350 de la Ley General de Títulos y Operaciones de Crédito, en caso de que al constituirse el fideicomiso no se designe nominalmente la institución

fiduciaria, se tendrá por designada la que elija el fideicomisario; o, en su defecto, el juez de primera instancia del lugar en que estuviesen ubicados los bienes, de entre las instituciones expresamente autorizadas conforme a la ley. El Fiduciario a quien se le encomienda la fusión del fideicomiso, debe ser un banco debidamente autorizado para actuar como fiduciario.

Como ya hemos señalado, el artículo 356 de la Ley de Títulos y Operaciones de Crédito establece que la institución fiduciaria no puede excusarse de aceptar el encargo o renunciar a él, sino por causas graves a juicio del juez de primera instancia del lugar de su domicilio. Esto hace suponer que en el caso de que la designación del fiduciario sea sin el consentimiento previo de éste, a pesar de lo cual el fiduciario está obligado a desempeñar el cargo.

Por otro lado, el artículo 350 de la Ley General de Títulos y Operaciones del Crédito ya mencionado, en su párrafo final establece:

..."El fideicomitente podrá designar varias instituciones fiduciarias para que conjunta o sucesivamente desempeñen el fideicomiso, estableciendo el orden y las condiciones en que hayan de substituirse. Salvo lo dispuesto en el acto constitutivo del fideicomiso, cuando la institución fiduciaria no acepte, o por renuncia o remoción, cese en el desempeño de su cargo, deberá nombrarse otra para que la substituya. Si no fuere posible esta substitución cesará el fideicomiso".

Respecto a la posibilidad de designar varios fiduciarios, Batiza hace el siguiente comentario: "Esta posibilidad, más apropiada en relación con fiduciarios personas físicas, resulta inútil tratándose de fiduciarios institucionales, vista la supervisión oficial a que

están sometidos y a su duración indefinida, hasta donde llega nuestro conocimiento, no se ha utilizado en la práctica"(10).

En relación a lo comentado por Batiza, pensamos que las personas físicas no tienen la capacidad ni organizativa, ni administrativa para fungir como fiduciarias, por otra parte por disposición de la ley en nuestro país la figura de fiduciario únicamente es desempeñada por Instituciones de Crédito. Por lo cual, creemos que la razón para designar a varios, es cuando el fin del fideicomiso no sea posible ser desarrollado por un solo fiduciario.

#### 2.4.- Derechos del fiduciario.

##### a) Derecho de ejercer actos de dominio.

Si bien es cierto que la Ley General de Títulos y Operaciones de Crédito no señala específicamente los actos o facultades que el fiduciario puede celebrar o ejercer, claramente se entiende que el fiduciario deberá seguir las instrucciones que al efecto reciba del fideicomitente o del fideicomisario, pudiendo hacerlo mediante compraventa, permuta, donación o cualquier otro acto que implique translación de dominio.

##### b) Facultad de gravar.

Puede decirse que el fiduciario tendrá la facultad de gravar los bienes que forman el patrimonio del fideicomiso, si al constituirse éste se estableció para el fiduciario tal facultad.

##### c) Facultad de transigir, comprometer en árbitros y desistirse.

Para que el fiduciario esté en aptitud de cumplir con los fines para los que se constituyó el fideicomiso, es necesario que pueda, en caso de urgencia, contar con facultades de transigir, comprometer en árbitro y desistirse.

d) Reparación y mejoras.

Nuestra legislación especial no tiene normas sobre este particular, de ahí que la regla prevista en el Código Civil podría llenar la omisión al establecer que "Para todos los gastos extraordinarios que no sean de conservación ni reparación, necesita el autor ser autorizado por el Juez".

e) Facultad de administrar.

La administración de bienes se compone de un variado número de actos como son la facultad de arrendar, el empleo de auxiliares y la facultad de hacer erogaciones.

f) Pleitos y cobranzas.

No obstante que las leyes especiales no contienen ninguna norma al respecto, se piensa que el fiduciario tiene la facultad de deducir todas las acciones que se deriven del desempeño de su cargo relacionadas con el patrimonio fideicomitido, puesto que de otra manera y al no defender tal patrimonio, en caso de conflicto se faltaría al cumplimiento de su obligación, de actuar como buen padre de familia.

g) Honorarios.

La Ley de Instituciones de Crédito establece como causa grave para que la institución fiduciaria renuncie al desempeño de su cargo, el que el fideicomitente, sus causahabientes o el fideicomisario, en su caso, se niegen a pagar las compensaciones a favor de la institución fiduciaria. El Banco de México está facultado para fijar el máximo de las percepciones que las Instituciones de Crédito reciban como fiduciarias.

#### h) Publicidad de servicios.

No obstante que la legislación no contempla el derecho de las instituciones fiduciarias para utilizar los medios publicitarios a fin de ofrecer los servicios de fideicomiso, debe entenderse que tales instituciones cuentan con esta facultad, toda vez que son empresas mercantiles.

En tal entendido, mediante la circular 304 del 26 de noviembre de 1947, la Comisión Nacional Bancaria determinó que todas las Instituciones de Crédito y organizaciones auxiliares quedaban obligadas a someter a la previa aprobación de la Comisión cualquier clase de propaganda relacionada con sus operaciones con la obligación de hacer mención en la misma, del oficio de autorización así como de su número y fecha.

El decreto del 31 de diciembre de 1973, publicado en el Diario Oficial de la Federación del 3 de enero de 1974, confirmó esa situación.

### 2.5.- Obligaciones del Fiduciario.

#### a) Aceptación del fideicomiso.

Como ya hemos señalado el artículo 356 de la Ley General de Títulos y Operaciones de Crédito señala que, el fiduciario está obligado a aceptar el fideicomiso, y que no puede excusarse o renunciar a su cargo, sino por causas graves a juicio de un juez de primera instancia del lugar de su domicilio.

En relación a lo sostenido por el artículo antes citado, la mayoría de los autores y con los cuales coincidimos sostienen que en la práctica esto no es operante,

y así por ejemplo, Cervantes Ahumada señala que: "Aunque la Ley dice que la excusa para la aceptación solo podrá basarse en causa grave, también calificada por el juez, creemos que la aceptación es voluntaria y que ningún banco puede ser obligado a aceptar un fideicomiso contra su voluntad"(11).

**b) Cumplir fielmente las instrucciones.**

La obligación primordial del fiduciario consiste, conforme a lo estipulado en el artículo 356 de la Ley General de Títulos y Operaciones de Crédito en cumplir el fideicomiso conforme al acto constitutivo.

Krieger sostiene que sólo en dos casos puede el fiduciario apartarse de las instrucciones del fideicomitente:

- 1.- Cuando siendo ilícito el fin, los mecanismos de ejecución sean contrarios a derecho, ya porque violen, desde un principio, normas jurídicas existentes o porque se conviertan en ilegales por variación posterior de las normas jurídicas aplicables.
- 2.- Cuando las instrucciones del fideicomitente respecto a las normas de cumplimiento sean o se vuelvan manifiestamente inadecuadas o aun opuestas al cumplimiento del fin del fideicomiso. (12)

**c) Acatar las órdenes del comité técnico.**

Al constituirse el fideicomiso, o en las reformas al mismo, el fideicomitente puede prever la formación de un comité técnico o de distribución de fondos, dar las reglas para su funcionamiento y fijar sus facultades.

El fiduciario tiene la obligación de cumplir fielmente las instrucciones que reciba del tal comité, en la medida de las facultades que él mismo posea; la institución fiduciaria deberá ajustarse a los dictámenes o acuerdos de este comité, y con ello estará libre de toda responsabilidad.

d) Inscripciones y avisos.

Quando en un fideicomiso, la totalidad o parte del patrimonio fideicomitado esté constituido por bienes inmuebles, se deberá inscribir el documento en que se haga constar la aportación en el Registro Público de la Propiedad y del Comercio del lugar en que se hallen ubicados los bienes.

e) Registros contables.

Conforme a la circular número 480 de la Comisión Nacional Bancaria, las instituciones fiduciarias registrarán en su contabilidad y en una contabilidad especial que deben abrir para cada contrato de fideicomiso, el dinero y demás bienes, valores o derechos que se les confíen, así como los incrementos o disminuciones por los productos o gastos.

f) Conservación del patrimonio.

El artículo 356 de la Ley General de Títulos y Operaciones de Crédito dispone que la institución fiduciaria será responsable de las pérdidas o menoscabos que los bienes sufran por su culpa. De esta manera, la Ley impone al fiduciario la obligación de vigilar que los bienes dados en fideicomiso no sufran daño o menoscabo.

Si tales bienes se pierden, destruyen o disminuyen su valor, solo será responsable el fiduciario en el caso en que el daño sufrido se deba a su negligencia en el cumplimiento de su obligación.

**g) No delegar funciones.**

La función encomendada al fiduciario a virtud del fideicomiso es indelegable; principio que no se rompe por el hecho de que existan delegados fiduciarios cuya existencia esta prevista por la Ley de Instituciones de Crédito.

**h) Avisos y notificaciones.**

De toda percepción de rentas, frutos o productos de liquidación que realice la institución fiduciaria en el cumplimiento de su cometido, dará aviso al beneficiario. Igualmente notificará toda operación de inversión, adquisición o sustitución de bienes, comunicando en detalle lo necesario para la identificación de los bienes adquiridos. En el caso de que por la naturaleza del fideicomiso o por disposición expresa del fideicomitente, deba suprimirse esta notificación, la institución deberá inscribir la operación con el detalle anteriormente indicado, en un registro especial foliado y sellado que llevará la institución con carácter rigurosamente secreto.

Es importante señalar que, en la práctica, se ha vuelto muy común omitir el cumplimiento de esta obligación por parte del fiduciario.

**i) Secreto profesional.**

Con la salvedad de toda clase de información que sea solicitada por la Comisión Nacional Bancaria, la violación del secreto propio de esta clase de operaciones, incluso ante las autoridades o tribunales en juicios o reclamaciones que no sean aquellos entablados por el fideicomitente o fideicomisario, contra la institución o viceversa, constituirá a ésta en responsabilidad civil por los daños y perjuicios ocasionados, sin perjuicios de las responsabilidades penales precedentes.

j) Derecho de voto.

En aquellos casos en que existan acciones de sociedades como parte de la totalidad del patrimonio fideicomitado, la institución fiduciaria está obligada a ejercitar el derecho de voto a que tales acciones den derecho; ello derivado del supuesto de que, al constituirse el fideicomiso, el fiduciario habría adquirido la totalidad de tales acciones.

k) Estados mensuales.

Batiza dice que todas las Instituciones de Crédito tienen la obligación de publicar el estado mensual de sus operaciones y su balance general anual, según el modelo establecido por la Comisión Nacional Bancaria.

### 3.- EL FIDEICOMISARIO.

#### 3.1.- Concepto.

Rafael de Pina dice que fideicomisario "Es la persona física o moral que recibe el beneficio derivado de un fideicomiso" (13).

Para Miguel Acosta: "Fideicomisario, es la persona que recibe el beneficio del fideicomiso, o la que recibe los remanentes una vez cumplida la finalidad"(14).

Conforme a lo señalado en el artículo 348 de la Ley General de Títulos y Operaciones de Crédito "Pueden ser fideicomisarios las personas físicas o jurídicas que tengan la capacidad necesaria para recibir el provecho que el fideicomiso implica".

En relación a lo sostenido por los autores anteriores podemos señalar que solamente pueden ser considerados como fideicomisarios aquellas personas a quienes

el fideicomitente, en el acto constitutivo o en un momento ulterior, si se ha reservado el derecho de hacerlo posteriormente, designa como fideicomisarios y, en consecuencia, los legitima para hacer valer los derechos y acciones que integran la situación jurídica del fideicomisario.

### 3.2.- Capacidad

En nuestro derecho positivo, para ser fideicomisario se requiere ser una persona física o moral con capacidad jurídica plena, es decir, capacidad de goce ( aptitud de ser titular de derechos y obligaciones) y capacidad de ejercicio ( facultad de ejercer los derechos y cumplir con las obligaciones). En este sentido hacemos referencia a lo prescrito por el segundo párrafo del artículo 355 de la Ley General de Títulos y Operaciones de Crédito, que señala que cuando el fideicomisario es incapaz, los derechos a que se refiere el primer párrafo del mismo artículo, corresponderán al que ejerza la patria potestad, al tutor o al ministerio público según el caso.

Al respecto Batiza señala que, al exigir capacidad a los fideicomisarios, el artículo 348 de la Ley General de Títulos y Operaciones de Crédito debe interpretarse en el sentido, no de aludir a la capacidad activa para ser fideicomitente, sino más bien a la ausencia de alguna incapacidad especial derivada de la ley, puesto que el fideicomiso puede constituirse a favor de incapacitados y aún de no nacidos.

Respecto de la capacidad es pertinente mencionar algunas de las excepciones a la misma que imposibilitan a determinadas personas para ser fideicomisarias. Al respecto, un extranjero podrá ser fideicomisario dentro de la esfera en donde la ley le permita válidamente actuar.

En este orden de ideas, para que un extranjero pueda ser fideicomisario hay que atender analógicamente a lo dispuesto en el artículo 1327 del Código Civil para el Distrito Federal, en el cual se establece que los extranjeros y las personas morales son capaces de adquirir bienes por testamento o por intestado; pero su capacidad tiene limitaciones establecidas en la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos y en las respectivas leyes reglamentarias de los artículos constitucionales.

Y el artículo siguiente del mismo ordenamiento establece que por falta de reciprocidad internacional, son incapaces de heredar por testamento o por intestado, a los habitantes del Distrito Federal, los extranjeros que, según las leyes de su país, no pueden testar o dejar por intestado sus bienes a favor de los mexicanos.

Ahora bien, según lo dispuesto por el artículo 347 de la Ley General de Títulos y Operaciones de Crédito el fideicomiso será válido aunque se constituya sin señalar fideicomisario, siempre que su fin sea lícito y determinado.

### 3.3.- Designación.

La aceptación del fideicomisario es un acto unilateral de voluntad, que nunca llega a confundirse con la voluntad del fideicomitente, para integrar el consenso, al acuerdo de voluntad esencial en la figura contractual.

Cabe mencionar que la Ley General de Títulos y Operaciones de Crédito atribuye al Ministerio Público el ejercicio de los derechos que el artículo 355 de la propia ley, otorga al fideicomisario cuando no existe fideicomisario determinado.

### 3.4.- Derechos del Fideicomisario.

El fideicomisario tiene los derechos que se le concedan en el acto constitutivo del fideicomiso; pero además, y como lo establece el artículo 355 de la Ley de Títulos y Operaciones de Crédito, tiene el de exigir a la institución fiduciaria el cumplimiento del negocio jurídico.

Un derecho importante que tiene el fideicomisario es el de atacar la validez de los actos que la institución fiduciaria cometa en su perjuicio, de mala fe o en exceso de las facultades que por virtud del acto constitutivo o de la ley le correspondan. Tiene también el derecho de reivindicar los bienes que, a consecuencia de actos que la institución fiduciaria haya cometido en su perjuicio, de mala fe o en exceso de sus facultades, hayan salido del patrimonio fideicomitado.

El fideicomisario tiene derecho a que la institución fiduciaria le rinda cuentas, puede exigir la responsabilidad de la misma y pedir la remoción, como vemos en los párrafos primero y segundo del artículo 84 de la Ley de Instituciones de Crédito, que dicen : " Cuando la institución fiduciaria, al ser requerida, no rinda las cuentas de su gestión dentro de un plazo de quince días, o cuando sea declarada, por sentencia ejecutoria, culpable de las pérdidas o menoscabo que sufran los bienes dados en fideicomiso o responsable de esas pérdidas y menoscabos por negligencia grave, procederá su remoción".

Si el fideicomiso se constituyó como irrevocable por el fideicomitente, podrá el fideicomisario efectuar las modificaciones que estime pertinentes, excepción hecha de aquellos fideicomisos en los cuales en forma expresa se hubiera asentado prohibición

en tal sentido o cuando las modificaciones pudieran atentar contra los fines para los cuales el fideicomiso se constituyó.

#### 4.- CLASES DE FIDEICOMISO

Las clases del fideicomiso mexicano reflejan variedad de puntos de partida atendiendo al derecho positivo y a la práctica bancaria como puede ser la forma en que surgen sus modalidades y la diversidad de finalidades que persiguen.

Realizar una clasificación del fideicomiso presenta dificultades, ya que ésta figura jurídica puede asumir tantas formas como realizar tan diversas funciones, que aún en algunos casos no han cristalizado todavía categorías definidas.

Considerando lo anterior y con un fin meramente didáctico, presentaremos los criterios de mayor importancia:

- a) En cuanto a la forma de creación de los fideicomisos, se pueden clasificar en fideicomisos constituidos por actos entre vivos y fideicomisos testamentarios.
- b) Fideicomisos expreso e implícito, nuestra ley admite únicamente el fideicomiso expreso ya que el mismo se constituye por la manifestación exteriorizada de la voluntad de una persona, sea por acto entre vivos o por testamento. ( Artículos 346, 349 y 352 de la Ley de Títulos y Operaciones de Crédito).

- c) Fideicomiso condicional, secreto y sucesivo. El Fideicomiso condicional incorpora una de las modalidades de las obligaciones, que consiste en que una obligación es condicional cuando su existencia o su resolución dependen de un acontecimiento futuro e incierto. (Artículo 1939 Código Civil para el Distrito Federal).

En los artículos 1344 y 1345 del mismo ordenamiento, se dispone que el testador es libre para establecer condiciones al disponer de sus bienes.

El artículo 359 fracción primera de la Ley General de Títulos y Operaciones de Crédito señala que los fideicomisos secretos se encuentran prohibidos en nuestro derecho positivo; en este sentido el artículo 1484 del Código Civil para el Distrito Federal señala que es nula la institución de heredero o legatario hecha en memorias o comunicados secretos, prohibición que a nuestro criterio se encuentra plenamente justificada, ya que al no conocerse en forma expresa la voluntad del decuyus, se puede manipular la misma a conveniencia de los herederos.

Por lo que se refiere a los fideicomisos sucesivos, el Código Civil para el Distrito Federal en sus artículos 1472 y 1473 establece que quedan prohibidas las sustituciones fideicomisarias, sea cual fuere la forma de que se las revista, y cualquiera otra diversa de aquella en que el testador substituya una o más personas al heredero o herederos instituidos para el caso en que mueran o no quieran aceptar la herencia. Por otro lado, la Ley de Títulos y Operaciones de Crédito hace una salvedad a la prohibición de

los fideicomisos sucesivos, al establecer en su artículo 359 fracción II que "De la sustitución que se realice en favor de personas que estén vivas o concebidas ya, a la muerte del fideicomitente". A este respecto y de acuerdo a la opinión de Rodolfo Batiza no es que en estricto sentido, el precepto de la ley sustantiva derogue al derecho común sino que, más bien cree una excepción limitada al ámbito del fideicomiso.

- d) Fideicomiso oneroso y gratuito. Esta clasificación no se encuentra expresamente contenida en la ley, pero la podemos incorporar como clasificación, ya que basados en el artículo 2334 del Código Civil para el Distrito Federal podemos afirmar que el fideicomiso puede representar una liberalidad para el fideicomisario.
  
- e) Fideicomisos de beneficencia. La Ley de Títulos y Operaciones de Crédito en su artículo 359 fracción II dispone: "Quedan prohibidos aquellos fideicomisos cuya duración sea mayor de treinta años, cuando se designe como beneficiario a una persona jurídica que no sea de orden público o institución de beneficencia. Sin embargo, pueden constituirse con duración mayor de treinta años cuando el fin del fideicomiso sea el mantenimiento de museos de carácter científico o artístico que no tengan fines de lucro".
  
- f) Fideicomiso revocable e irrevocable. La base para esta distinción la encontramos en el artículo 357 fracción VI de la Ley General de Títulos y Operaciones de Crédito que establece: "El fideicomiso se extingue: por revocación hecha por el fideicomitente cuando éste se haya reservado expresamente ese derecho al constituir el fideicomiso".

El precepto legal transcrito anteriormente no requiere mayor abundamiento, cabe únicamente señalar que no será procedente en los casos de fideicomisos de garantía mientras la obligación principal no se cumpla por el deudor fideicomitente.

- g) Fideicomiso de inversión, administración y garantía. Esta clasificación tripartita se debe a la práctica bancaria que ha sido reconocida parcialmente legislativa y administrativamente.

Por el fideicomiso de inversión entendemos aquel en que el fideicomitente le encarga al fiduciario determinada cantidad de dinero con la finalidad de que éste los invierta en los instrumentos más adecuados para obtener los mayores rendimientos posibles, cabe mencionar que esta clase de fideicomisos está sujeta a varias prohibiciones y restricciones que la misma ley le señala.

El fideicomiso de administración es aquel en que el fideicomitente entrega determinados bienes al fiduciario para que éste se encargue de administrarlos y de realizar los diversos actos que de él mismo resulten, conforme a lo practicado en el mismo contrato de fideicomiso.

El fideicomiso de garantía ha venido a sustituir con ventaja a la prenda y a la hipoteca, haciendo más seguro y flexible el manejo del crédito.

En estos fideicomisos, las instituciones fiduciarias asumen la responsabilidad para determinar el incumplimiento a cargo de los deudores

y para vender, realizar o liquidar los bienes dados en garantía, haciendo pago con su producto a los acreedores, siempre que las instituciones fiduciarias observaren el procedimiento y las formalidades señaladas en la legislación mercantil y la legislación bancaria.

- h) Fideicomisos sobre inmuebles en zonas prohibidas. Esta clase de fideicomiso es el resultado de la prohibición constitucional consagrada en la fracción primera del artículo veintisiete constitucional para que los extranjeros adquieran bienes inmuebles en una faja de 100 Km. a lo largo de las fronteras y 50 Km a lo largo de las costas, prohibición que fué reglamentada y regulada para el sostenimiento y aceleración del desarrollo industrial y turístico del país, por diversos decretos presidenciales y posteriormente por la Ley para Promover la Inversión Mexicana y regular la Inversión Extranjera y el reglamento de dicha Ley, resaltando así la figura jurídica del fideicomiso como la única vía legal para que los extranjeros gocen de la utilización y aprovechamiento de dichos bienes sin constituir derechos reales sobre ellos.

**NOTAS AL CAPITULO SEGUNDO**

- 1.- MUÑOZ Luis,  
"El Fideicomiso Mexicano"  
Ed. Cardenas, Editor y Distribuidor,  
México, 1973, P. 195.
  
- 2.- VILLAGORDOA Lozano José,  
"Doctrina General del Fideicomiso",  
Ed. Asociación de Banqueros de México, A.C.  
México, 1976.  
P. 172.
  
- 3.- PINA Rafael De,  
"Direccionario de Derecho" 5ta. Ed,  
Ed. Porrúa,  
México, 1976, P. 220.
  
- 4.- BATIZA Rodolfo, Op. Cit. P. 37.
  
- 5.- ACOSTA Romero Miguel,  
"Derecho Bancario" 1er. Ed,  
Ed. Porrúa,  
México, 1978, P. 337.

- 6.- GARCIA Maines Eduardo, Op. Cit. P. 271.
- 7.- BATIZA Rodolfo, Op. Cit. P. 300.
- 8.- PINA Rafael De, Op. Cit P. 220.
- 9.- CERVANTES Ahumada Raúl,  
"Títulos y Operaciones de Crédito", 8va. Ed.,  
Ed. Herrero  
México, 1973, P. 292.
- 10.- BATIZA Rodolfo, Op. Cit. P. 280.
- 11.- CERVANTES Ahumada Raúl, Op. Cit. P. 293.
- 12.- PINA Rafael De, Op. Cit. P. 219.
- 13.- IDEM P. 219.
- 14.- ACOSTA Romero Miguel, Op. Cit. P. 337.

CAPITULO TERCERO

### CAPITULO III

## EL DEPOSITO BANCARIO A LA VISTA Y EL CONTRATO DE APERTURA DE CREDITO EN CUENTA CORRIENTE

### 1.- EL DEPOSITO BANCARIO A LA VISTA

#### 1.1.- Concepto general de depósito.

Debemos examinar la definición de depósito para fijar si la custodia es elemento esencial en los depósitos en general, y en los bancarios, en particular.

Ulpiano decía que la característica del depósito era la buena fe de la persona que recibe la cosa.

Partiendo del artículo 2516 del Código Civil para el Distrito Federal, en el que "el depósito es un contrato por el cual el depositario se obliga hacia el depositante a recibir una cosa, mueble o inmueble, que aquél le confía, y a guardarla para restituirla cuando lo pida el depositante", podemos decir que en el depósito la custodia es la causa negocial típica, esto es, la finalidad legal del contrato.

La obligación de restituir la cosa a petición del depositante completa la fisonomía del depósito; dicha obligación esta enunciada en el artículo 335 de Código de Comercio, en el 267 de la Ley de Títulos y Operaciones de Crédito, y en el 2522 del Código Civil para el Distrito Federal. Esta no puede configurarse como una simple obligación de dar, porque según el artículo 2011 del Código Civil para el Distrito Federal, la prestación de cosa puede ser translativa de dominio o de enajenación temporal de su uso o de restitución, y justamente esta última modalidad es la que tiene aquí aplicación con algunas peculiaridades que tienen trascendencia, por ejemplo, en la quiebra del depositario, al reconocerse a favor de depositantes, como titulares de una acción especial de separación, un derecho de exclusión de la masa de los bienes objeto del depósito.

La restitución exige que la cosa sea normalmente indisponible por el depositario, para que pueda atender en todo momento la exigencia del depositante a fin de que éste obtenga la devolución de la cosa. Por eso, se dice que el depósito se hace en interés del depositante; pues, aunque el depositario pueda resultar beneficiado, el interés definitivo, en consideración al cual se perfecciona el negocio es el del depositante. De aquí resulta que la restitución debe operarse a voluntad del depositante, aún cuando se haya establecido un plazo y éste no haya llegado. Por lo cual, podemos decir que el depositario es un poseedor derivado y el depositante es el poseedor directo.

La restitución requiere la indisponibilidad de la cosa, lo cual viene a prohibir el uso de ésta, de manera que, en principio, el depositario no puede usar la cosa depositada, aunque no hay ningún precepto del ordenamiento civil en donde expresamente se diga, pero sí encontramos alguna referencia en el artículo 338 del Código de Comercio, a que a la letra dice:

"Artículo 338.- Siempre que con asentimiento del depositante dispusiere el depositario de las cosas que fuesen objeto del depósito, ya para sí o sus negocios, ya para operaciones que aquél le encomendare, cesarán los derechos y obligaciones propios del depositante y del depositario, surgiendo los del contrato que se celebre."

No obstante el artículo 338 antes citado habla del uso de la cosa por el depositario, el artículo 267 de la Ley de Títulos y Operaciones de Crédito, afirma que el depósito bancario de dinero "transfiere la propiedad al depositario y lo obliga a restituir la suma determinada en la misma especie"; el artículo 276 de la ley antes citada, prevé un caso de depósito de títulos-valores con transmisión de propiedad al depositario.

En estos supuestos, encontramos tres notas comunes:

- a) Se opera una transmisión del dominio de la cosa depositada, a favor del depositario, en contraste con el depósito ordinario en el que esta propiedad se mantiene siempre en el depositante;
- b) La conservación de la cosa no consiste en el mantenimiento de la substancia de la misma, sino en el de un tanto equivalente;
- c) La obligación de restitución se cumple, no devolviendo la misma cosa depositada, siendo entregado al depositante otro tanto de la misma especie y calidad.

## 1.2.- Naturaleza Jurídica.

La custodia es el elemento común entre el contrato de depósito y algunas otras operaciones jurídicas bancarias, y consiste en la conservación jurídica y física de la cosa.

Se dice conservación jurídica, porque la custodia supone la defensa de la cosa contra las usurpaciones de los extraños; conservación física, porque implica, al mismo tiempo, el mantenimiento de la integridad cuantitativa y cualitativa de la cosa contra toda causa de alteración, salvo naturalmente el caso fortuito o la fuerza mayor.

La custodia de una cosa es la defensa de la misma contra acontecimientos que, de cualquier modo, la deprecien o la substraigan a aquél para el cual debe conservarse. La custodia por sí sola no obliga sino a mantener la cosa y en los casos que veremos, a conservar otro tanto de la misma especie y calidad; pero, no obliga a hacer productiva la cosa. En otras palabras, la custodia no supone administración; así se deduce del artículo 277 del la Ley de Títulos y Operaciones de Crédito, el cual señala los siguiente:

"Artículo 277.- Si no se transfiere la propiedad al depositario, éste queda obligado a la simple conservación material de los títulos, a menos que, por convenio expreso, se haya constituido el depósito en administración."

El artículo 335 del Código de Comercio señala que el depositario está obligado a conservar la cosa objeto del depósito, según la reciba.

### 1.3.- Concepto de depósito bancario.

Octavio A. Hernández define al depósito bancario de la siguiente manera: " Es aquél emanado de un contrato por cuya virtud el depositante entrega una cosa a una institución de crédito, para su guarda y custodia, o bien le transmite la propiedad de la cosa que la institución se obliga a restituir en la misma especie". (1)

Arturo Fuentes y Octavio Calvo señalan los siguiente: " El deposito bancario es un contrato por el cual el depositante entrega una suma de dinero o títulos a una institución de crédito para su guarda y custodia, transmitiéndole la propiedad con obligación del depositario de restituir la suma depositada en la misma especie". (2)

Joaquín Rodríguez Rodríguez sostiene que: " Los depósitos, son depósitos de dinero y de títulos de crédito efecutados en instituciones bancarias legalmente autorizadas y en los límites de la respectiva autorización. Los depósitos hechos en instituciones no autorizadas se registrarán por las reglas del derecho común". (3)

Desde el punto de vista económico la operación bancaria de depósito es la más importante entre todas las operaciones pasivas. Constituyen estos depósitos el llamado dinero bancario y forman por mucho la mayor parte de la oferta monetaria en los países más desarrollados.

Cabe señalar, que los depósitos bancarios, junto con el ahorro representado por las diversas formas del seguro, representan la inmensa mayoría del ahorro nacional de cualquier país. En estas condiciones, la protección de ese ahorro no es una simple medida aconsejada por la tutela de los intereses privados, para la defensa del capital de

los depositantes, sino una exigencia de la economía nacional, ya que la evaporización de tales capitales, por malos manejos bancarios o a consecuencia de un pánico financiero, no repercute sólo sobre las diversas economías privadas, sino que, dado el número de éstas es, en la práctica, un daño catastrófico para la economía nacional.

La protección de los depósitos puede conseguirse o mediante la obligación de conservar en efectivo el total de los mismos, o consintiendo su movilización por los bancos depositarios, pero estableciendo amplias normas para la protección del ahorro.

En ese sentido se ha hablado de una tutela preventiva encaminada "a fin de conseguir una gestión tal de los fondos del banco que se eviten crisis y desistimientos"(4) y de una tutela posterior "encaminada al fin de garantizar el reembolso de los depósitos, ocurrido el desistimiento".(5)

Prohibir la inversión de los depósitos, por los bancos depositarios, equivaldría a prohibirles la propia existencia; por el contrario, el establecimiento de normas de tutela preventiva y de normas de tutela posterior, se ha generalizado.

#### 1.4.- Clases de depósitos bancarios.

Desde un punto de vista jurídico la más importante de las divisiones de los depósitos bancarios es la que se hace entre depósitos regulares y depósitos irregulares.

Los depósitos regulares, que, desde el punto de vista de la práctica bancaria, son de muy escasa significación, son aquellos en los que el banco se obliga a la custodia y restitución de la misma cosa de que se hace entrega por el depositante.

Los depósitos irregulares, que son los que tienen mucha importancia en el campo bancario, son aquellos en los que el banco depositario sólo restituye otro tanto igual de las cosas o valores recibidos del depositante.

Los depósitos irregulares pueden ser, como los regulares, depósitos de dinero o de títulosvalores. En la práctica, los depósitos de mayor significación para los bancos son los depósitos irregulares de dinero. Estos depósitos pueden perseguir una de estas dos finalidades: o se trata de separar del patrimonio normalmente manejado una parte del mismo, que se considera innecesaria de momento, con el deseo de constituir un fondo de previsión para futuras y eventuales necesidades o para necesidades previas y aplazadas por una u otra circunstancia; o bien, se trata de evitar las dificultades o inconvenientes de un manejo de fondos, en metálico o en billetes y para ello se quieren utilizar las ventajas que ciertos depósitos bancarios ofrecen. En el primer caso, hablamos de depósitos de ahorro; en el segundo, de depósitos de disposición o depósitos en cuenta de cheques o en tarjeta de crédito. Los primeros tratan de obtener un interés; los segundos pueden también conseguirlo, pero la inmensa mayoría de los casos son gratuitos, excepción hecha de la cuenta maestra y en las tarjetas de crédito en donde si se paga un interés.

Los depósitos bancarios irregulares en cuanto al tiempo para ser retirado por el depositante puede ser a la vista, a plazo o con previo aviso.

Al respecto Octavio Hernández, Arturo Fuente y Flores y Octavio Calvo Marroquin, conceptúan los términos para depósito bancario de la siguiente manera:

- " Depósito bancario a la vista es aquél en cuyo contrato se estipula que la institución depositaria se obliga a restituir la suma depositada en el momento en el que lo pida el depositante ".

- " Depósito bancario a plazo es aquél en cuyo contrato se estipula que el depositante no podrá retirar la suma depositada sino después de transcurrido un plazo determinado o hasta fecha prefijada ".
- " Depósito bancario con previo aviso es aquel en cuyo contrato se estipula que, el depositante no podrá disponer de la suma depositada sino hasta que haya transcurrido cierto tiempo a partir de la notificación que el propio depositante haga a la institución depositaria. Por lo tanto si en este tipo de depósito no se señala plazo a partir de la notificación para realizar el retiro, se entiende que el depósito es retirable al día siguiente a aquél en el que se de aviso a la institución depositaria."(6)(7)

Los depósitos bancarios a la vista se caracterizan por su práctica en masa, son miles y miles de operaciones iguales, las que cada banco realiza. Este carácter masivo de los depósitos bancarios a la vista tiene trascendencia, no sólo en cuanto a la especial conformación normativa de los mismos, sino que, además, permite su estudio a través de estadísticas. Es sabido que los acontecimientos sociales y humanos aisladamente considerados, parecen no sujetos a ley alguna, con un devenir imprevisible, que sólo depende del arbitrio, del capricho o del azar, y solo vistos en grandes cantidades, permiten el establecimiento de normas exactas sobre su desarrollo; leyes tanto más exactas, cuando mayor sea el número de fenómenos sociales tomados en consideración. Pongamos por ejemplo, el de la duración de la vida de un hombre, que si se estima en relación con la del individuo "A", jamás podrá ser fijada con exactitud; pero si se mide en el promedio de los millones de individuos que, en un momento determinado, tienen la misma edad que "A", permitirá decir, con absoluta precisión, que el individuo "A", en cuanto parte de ese grupo tiene una vida promedio de tantos años y tantos meses. Esta

previsión se cumple matemáticamente en lo que se refiere al grupo en su conjunto. Del mismo modo, un depósito de dinero a la vista, si se considera como operación aislada, no permite prever ni su duración ni las circunstancias de disposición sobre el mismo; en cambio, si se consideran los miles de depósitos que practica una Institución de Crédito y además el conjunto de Instituciones de Crédito del país, podrán señalarse, muy aproximadamente, las leyes que regirán la duración y el retiro de dichos depósitos. De este modo, una Institución de Crédito puede determinar que, de los depósitos en dinero a la vista que ha recibido, un tanto por ciento, será exigido dentro de equis plazo y, por consiguiente, puede disponer del resto, sin tenerlo en efectivo en caja, y una parte invertirlo en instrumentos de inmediata liquidación para atender el caso extraordinario y anómalo, pero previsible, de circunstancias que obliguen a devoluciones mayores que las ordinarias y, otro porcentaje invertirlo en instrumentos a largo plazo que den una mayor plusvalía.

En otro orden de ideas, y partiendo que toda la construcción del depósito irregular, como depósito, se hace desde el derecho romano hasta nuestros días sobre la base de que el depositante podrá obtener, en el acto, la inmediata restitución de otro tanto de la especie depositada sin retribución alguna, advertimos que el depósito en derecho mexicano supera de modo definitivo tal polémica, ya que el depositante es normalmente retribuido; es decir, es lógico que el depositario tenga derecho a obtener una remuneración por el servicio que hace al depositante; pero en los depósitos bancarios a la vista existe una retribución, pero no en favor del depositario, sino a favor del depositante, por lo que podríamos señalar que éste asume externamente una posición jurídica similar a la del prestamista.

Al respecto, hay que atender a la voluntad de las partes contratantes, toda vez que partiendo de que la cuantía de los intereses en los depósitos a la vista es muy pequeña, y en comparación con los intereses que devengan las inversiones comerciales y financieras, se demuestra que no es el ánimo de las partes, invertir el dinero en depósitos para percibir intereses, sino para que sean custodiados, a diferencia del préstamo en que el interés es de tal importancia económica que justifica el riesgo que corre el prestamista.

1.5.- Depósitos de dinero en cuenta corriente, en cuenta de cheques y en tarjeta de crédito.

Los depósitos de dinero en cuenta de cheques y/o en tarjeta de crédito es la forma corriente en que se realizan los depósitos a la vista, por la comodidad de su manejo bien sea a través de una chequera o mediante la tarjeta de crédito, y por la seguridad que implica para el depositante.

El maestro Joaquín Rodríguez y Rodríguez define al depósito en cuenta de cheques de la siguiente manera: " Es un depósito irregular de dinero caracterizado por el hecho de que el depositante está autorizado para hacer abonos sucesivos en su cuenta y para efectuar retiradas parciales de dinero, que se realizarán precisamente mediante el giro de cheques a cargo del banco depositario".(8)

En nuestra consideración, esta definición también se aplicaría a los depósitos en tarjeta de crédito, en donde los depósitos y las disposiciones se realizan a través de la propia tarjeta. Los elementos de tal definición son los siguientes: depósito bancario; de dinero; a la vista; en cuenta corriente; disposición mediante cheques y/o tarjeta de crédito.

Como esta cuenta admite abonos y cargos sucesivos, desde el punto de vista de su estructura contable, puede aparecer como un cuadro de cuenta corriente que más adelante explicaremos.

Por otra parte la Ley de Títulos y Operaciones de Crédito, ha establecido un sistema de tal naturaleza que, salvo expresa manifestación de voluntad, todo depósito de dinero en un banco, se supone hecho en cuenta de cheques. Al respecto el artículo 271 del citado ordenamiento dice que el depósito que se constituye "sin mención especial de plazo, se entenderá retirable a la vista" y el artículo 269 afirma que " los depósitos de dinero, constituidos a la vista en Instituciones de Crédito, se entenderán entregados en cuenta de cheques, salvo convenio en contrario", como podría ser el caso de los depósitos a la vista en tarjeta de crédito.

El depósito en cuenta de cheques requiere un depósito a la vista y además la posibilidad de disponer del mismo mediante la expedición de cheques. Lo primero es un acto del beneficiario o de cualquiera otra persona; lo segundo, sólo puede hacerse una vez que el beneficiario se identifica y hace reconocer su firma.

Por lo que se refiere al depósito en tarjeta de crédito, se requiere un depósito a la vista, pudiendo depositar tanto el beneficiario como cualquier otra persona; en relación a la disponibilidad de los recursos depositados en la cuenta de la tarjeta de crédito, ésta se efectuará mediante el uso de la tarjeta en el propio banco en donde se tiene abierta la cuenta y que expide ésta, o bien en cualquiera de los establecimientos afiliados a dicha institución y acepten el pago mediante el uso de la tarjeta, en donde el titular de la cuenta firmará un pagaré que se cobrará contra lo que exista depositado en la cuenta, y si no fuere suficiente el saldo pasará a formar parte de la línea de crédito que tiene abierta con el propio banco.

## 2.- APERTURA DE CREDITO EN CUENTA CORRIENTE.

En relación a este punto, trataremos en forma breve el contrato de apertura de crédito, posteriormente el contrato de cuenta corriente y concluiremos con el contrato de apertura de crédito en cuenta corriente, mismo que es base sobre la cual se fundamenta el uso de las tarjetas de crédito.

### 2.1.- Concepto de Apertura de Crédito.

La apertura de crédito es un contrato mediante el cual una persona ( el acreditante, banco o particular ) se obliga con otra ( el acreditado ) a poner a su disposición una cantidad de dinero determinada, o a emplear su crédito en beneficio de aquél.

El artículo 291 de la Ley de Títulos y Operaciones de Crédito lo define de la siguiente manera:

" Artículo 291.- En virtud de la apertura de crédito, el acreditante se obliga a poner una suma de dinero a disposición del acreditado, o a contraer por cuenta de éste una obligación, para que el mismo haga uso del crédito concedido en la forma y en los términos y condiciones convenidos, quedando obligado el acreditado a restituir al acreditante las sumas de que disponga, o a cubrirlo oportunamente por el importe de la

obligación que contrajo, y en todo caso a pagarle los intereses, prestaciones, gastos y comisiones que se estipulen."

De la anterior definición se desprende que, el contrato de apertura de crédito puede tener dos variantes:

a) El acreditante se obliga a poner a disposición del acreditado una suma de dinero para que éste disponga de ella en la forma, términos y condiciones convenidos, y el acreditado se obliga a restituir las sumas de que disponga y a pagar los intereses y demás prestaciones que se estipulen. El acreditado puede disponer a la vista de la suma objeto del contrato, salvo pacto en contrario. En consecuencia, si el acreditante es una Institución de Crédito, puede estipularse que el acreditado haga uso del crédito mediante cheques que expida a cargo de aquélla.

b) El acreditante se obliga a contraer una obligación por cuenta del acreditado en la forma, términos y condiciones convenidos y el acreditado, a cubrir al acreditante oportunamente el importe de la obligación que contrajo y pagarle las prestaciones estipuladas. Así por ejemplo, el acreditante puede obligarse a aceptar u otorgar letras de cambio, a suscribir pagarés, a prestar su aval y, en general a aparecer como endosante o signatario de un título de crédito por cuenta del acreditado. En tal caso, y salvo convenio en contrario, el acreditado queda obligado a constituir en poder del acreditante la provisión de fondos suficientes a más tardar el día hábil anterior a la fecha en que el documento aceptado, otorgado o suscrito deba hacerse efectivo.

La aceptación, el endoso, el aval o la suscripción del documento, así como la ejecución del acto de que resulte la obligación que contraiga el acreditante por cuenta del acreditado, disminuyen desde luego el saldo del crédito, a menos que se estipule otra cosa; el acreditado sólo está obligado a devolver las cantidades que realmente supla el acreditante al pagar las obligaciones que así hubiere contraído, y a cubrirle únicamente los intereses que corresponden a tales sumas.

## 2.2.- Aplicación práctica de la Apertura de Crédito.

La apertura de crédito en que el acreditante se obliga a poner una suma de dinero a disposición del acreditado es de uso frecuente en aquellos casos en los cuales un comerciante o industrial necesita dinero para hacer frente a las necesidades de su empresa, pero no conoce exactamente el monto de las cantidades que necesitará, ni la fecha precisa en que tendrá que efectuar ciertos pagos o en los que, conociendo exactamente el monto y fecha de las obligaciones a su cargo, desea tener la seguridad de que en su oportunidad contará con los fondos necesarios para hacer el pago.

Cabe mencionar que ese comerciante o industrial podrían solicitar un préstamo mercantil, pero eso los obligaría a pagar intereses desde el día que recibieran la cantidad prestada, aunque esa cantidad estuviera inmovilizada en sus cajas durante todo el tiempo que transcurriera hasta la fecha en que tuvieran que disponer de las cantidades recibidas. " En la apertura de crédito los intereses sólo se causan sobre las cantidades que el acreditado vaya retirando y a partir de la fecha de disposición. Si el acreditado no se ve en el caso de tener que hacer uso del crédito, no pagará un sólo centavo como interés, siendo a su cargo solamente la cantidad que exija el acreditante como comisión

por el servicio que prestó al acreditado al tener a su disposición una suma de dinero de la que, en último extremo, no llegó a hacerse uso, pero que el acreditado pudo haber retirado de haberle sido necesaria".(9)

### 2.3.- Concepto de Cuenta Corriente

Carnelutti dice que: " El contrato de cuenta corriente es aquél por el que las partes se obligan a anotar en una cuenta los créditos derivados de recíprocas remesas, considerándolos inexigibles e indisponibles hasta el cierre de la cuenta". (10)

Agustín V. Gella sostiene que: " Cuando dos personas se hallan en continuas relaciones de negocios, comerciales o civiles, de tal modo que exista posibilidad de que tanto la una como la otra se encuentren eventualmente en situación acreedora o deudora respectivamente; en lugar de exigir los créditos particulares en el momento de su formación, las partes pueden tener interés, para ahorrarse tiempo y movimiento de fondos, en convenir quede aplazada recíprocamente la exigibilidad de los créditos que eventualmente surjan entre sí a un vencimiento determinado, en que deudas y créditos, bajo la forma de dos masas indivisibles y contrapuestas, se eliminen recíprocamente, quedando sólo la diferencia como líquida y exigible."(11)

Arturo Fuente y Flores y Octavio Calvo Marroquín señalan que: " El contrato de cuenta corriente es un convenio por el cual las dos partes que lo celebran, que reciben el nombre de cuentacorrientistas, se obligan a anotar los créditos derivados de sus remesas recíprocas como partidas de abono o de cargo en una cuenta y estipulan que sólo el saldo que resulte a la clausura de la cuenta constituirá un crédito exigible y disponible." (12)

La Ley de Títulos y Operaciones de Crédito en su artículo 302 establece:

"Artículo 302.- En virtud del contrato de cuenta corriente, los créditos derivados de las remesas recíprocas de las partes se anotan como partidas de abono o de cargo en una cuenta, y sólo el saldo que resulte a la clausura de la cuenta constituye un crédito exigible y disponible."

El contrato de cuenta corriente como ha quedado definido en la Ley antes referida, es un contrato sui géneris, con sustantividad propia, que se caracteriza por los siguientes elementos esenciales:

- a) Las remesas deben ser recíprocas.- Para que haya un contrato de cuenta corriente se requiere que exista la posibilidad de que ambos cuentacorrentistas se hagan remesas recíprocas, aunque pueda darse el caso de que sólo uno de los cuentacorrentistas hagan remesas en virtud de que el otro cuentacorrentista no se haya visto en la necesidad de hacerlas.
- b) Sólo el saldo constituye un crédito exigible y disponible.- Los créditos que nacen de las remesas se anotan como partidas de abono o de cargo en la cuenta, pero no son exigibles aisladamente, sino que tiene que esperarse a la época de la clausura de la cuenta para que, sumado el importe de las remesas hechas y el de las remesas recibidas, se obtenga el saldo que será el crédito exigible y disponible.

El contrato de cuenta corriente es consensual, pues se perfecciona por el sólo consentimiento de los cuentacorrentistas.

Si se analiza el contenido del contrato se observa que por él las partes -que están, o presumen estar en el futuro, en continuas y repetidas relaciones de negocios- se obligan a diferir la exigibilidad de los respectivos créditos que surgirán de aquellas relaciones y a considerarlos hasta el vencimiento convenido indisponibles, esto es, sustraídos tanto al poder de disposición del acreedor, como al poder de agresión de sus acreedores, donde el primero no puede disponer y los segundos no pueden proceder más que contra el saldo. La inexigibilidad y la indisponibilidad de los créditos incluidos en la cuenta son queridos como medios a través de los cuales se ha de hacer posible la reunión en una de las varias, sucesivas y eventuales relaciones de crédito y deuda entre las partes, mediante una liquidación por diferencia diferida, es decir, mediante la compensación entre los varios créditos y deudas, constituyendo la diferencia resultante - el llamado saldo- el crédito líquido y exigible de una de las partes y, respectivamente, la deuda de la otra.

El fin del contrato es por ello doble, porque las partes no tienden sólo a la liquidación por diferencias de sus propias relaciones, sino al diferimiento de aquellas a vencimientos prefijados o al término de sus relaciones de negocios.

De esta forma las partes evitan que se tenga que llevar a cabo repetidos pagos de una a otra y adquieren, por una parte, la seguridad de que no se les obligará a pagar antes del plazo convenido, y de otra, la facultad de efectuar remesas de dinero o valores al otro contratante en el momento y en la medida que les sea más conveniente.

Cada una de las partes, además, en virtud de la obligatoriedad de la inclusión en cuenta de los créditos contra ella y en favor de la otra, con la consiguiente inexigibilidad e indisponibilidad de los mismos, obtiene una garantía para los propios, a la vez que

recibe una compensación por la dilación concedida, en los intereses que, salvo pacto en contrario, los mismos devengan.

#### 2.4.- Objeto del Contrato de Cuenta Corriente.

El principal objeto de nuestro estudio en este punto, es el que versa sobre la recíproca concesión de crédito. Dicha concesión da al deudor una dilación en el pago de sus deudas, que de otro modo serían exigibles inmediatamente o en un plazo más breve, y que es, como hemos dicho, uno de los efectos del contrato de cuenta corriente, supone indudablemente, al menos bajo el aspecto económico, una concesión de crédito. De aquí que algunos autores como Carnelutti afirmen que el objeto del contrato de cuenta corriente es una recíproca concesión de crédito.

Calificación que no puede considerarse jurídicamente errónea, si se admite una categoría amplia de contratos de crédito, no limitada sólo al clásico y tradicional contrato de mutuo.

La objeción formulada por algunos autores es que en el contrato de cuenta corriente la concesión de crédito puede no tener en el momento de su estipulación ningún contenido concreto, en cuanto depende de las futuras y eventuales remesas, no tiene mucha importancia porque no pasaría a desnaturalizar el contrato el hecho de que el crédito concedido sea meramente potencial y no actual.

Lo cierto es que esta recíproca concesión de crédito no agota el contenido contractual, que, como se ha visto, es mucho más complejo. Las partes, en realidad, no

quieren solamente diferir el pago de los respectivos créditos, sino también proceder a éste mediante una liquidación por diferencia, sea con objeto de suprimir repetidas y frecuentes transferencias de dinero en los dos sentidos, sea, quizás primordialmente, con objeto de efectuar los pagos en el momento que les sea más conveniente.

Antes de pasar más adelante será oportuno precisar el significado del término remesa.

Remesa es el acto del que deriva el crédito por anotar en cuenta corriente, acto que puede tener la naturaleza y el objeto más diversos, siendo único requisito el de dar lugar al nacimiento de un crédito pecuniario.

Este acto puede consistir en la transmisión de valores, pero no exclusivamente en ésta. Un cuentacorrentista puede remitir al otro una suma de dinero, para que se anote en la cuenta, a su favor, el crédito equivalente; puede remitirle por el contrario una partida de mercancías en ejecución de un contrato de compraventa, anotando en la cuenta el crédito del precio debido, o bien para que el receptor venda aquellas mercancías y cobre el precio, anotando en la cuenta el crédito del precio cobrado.

Remitente es aquél a favor de quien nace el crédito; receptor, aquél a cuyo cargo surge la deuda correlativa.

El término remesa es adoptado, pues, no en su significado literal, sino en sentido figurado, por lo que carece de fundamento la teoría que pretende que la remesa no es la operación o el negocio jurídico del que nace el crédito, sino más bien el mismo crédito que de ellos resulta, contradiciendo la letra de la ley, que precisa cómo "los créditos derivados de las remesas", no siendo éstas más que su causa o fuente.

## 2.5.- Efectos del Contrato de Cuenta Corriente.

A continuación desarrollamos los efectos que a nuestro criterio son los más importantes del contrato de cuenta corriente:

- a) Transformación de las remesas en asientos contables.- Este es el efecto más típico del contrato de cuenta corriente y constituye un dato esencial en la estructura del mismo. Se indica en el artículo 302 de la Ley de Títulos y Operaciones de Crédito, cuando se dice que "los créditos derivados de las remesas recíprocas de las partes, se anotan como partidas de abono o de cargo de la cuenta". De no existir el contrato de cuenta corriente las remesas tendrían la consideración de pagos o anticipos, dependiendo de quien hiciere las mismas fuese o no deudor de su corresponsal.

La remesa implica, como ya hemos señalado, el traspaso de la propiedad de los bienes al que los recibe, pero ese traspaso de la propiedad debe estimarse no un efecto de la cuenta corriente, sino la causa del mismo. Si no hubiese traspaso de la propiedad, no habría cuenta corriente.

El paso de propiedad se hace, no obstante, con garantía por ambas partes y así "la inscripción de un crédito en la cuenta corriente, no excluye las acciones o excepciones relativas a la validez de los actos o contratos de que procede la remesa, salvo pacto en contrario". "Si el acto o el contrato son anulados, la partida correspondiente se cancela en la cuenta". (13)

"La inscripción en cuenta de un crédito contra tercero, se entiende definitiva y a riesgo de quien recibe la remesa, salvo reserva expresa para el caso de insolvencia del deudor. A falta de pacto expreso, la remesa de títulos de crédito se entiende siempre hecha "salvo buen cobro". Si el crédito no es pagado a su vencimiento, y existe la cláusula "salvo buen cobro", expresa o subentendida, el que recibió el crédito podrá a su elección asentar en la cuenta la contrapartida correspondiente restituyendo el título, o ejercitar las acciones que de éste se deriven". (14)

b) **Novación.**- El hecho de que las remesas se transformen en partidas de la cuenta, supone que se ha producido el fenómeno de la novación, tal como queda definido en el artículo 2213 del Código Civil del Distrito Federal. Tal efecto produce las siguientes consecuencias:

- La remesa se convierte en partida de la cuenta, y por consiguiente los créditos pierden su carácter civil o mercantil para adquirir el que tenga la cuenta. Estos créditos dejan de ser individualmente exigibles, puesto que sólo lo será el saldo que resulte a la clausura de la cuenta.

- La prescripción de cada crédito se transforma en la prescripción general del saldo.

- La garantía de cada crédito no se extingue.

c) **Indivisibilidad de la cuenta corriente.**- Otro concepto clásico sometido a revisión es el de la indivisibilidad en la cuenta. Su formulación y consecuencias más importantes son las siguientes:

- Cada partida del debe y haber es inseparable. No hay afectaciones especiales ni cabe aplicar las normas sobre la imputación de pagos. (Artículo 2092 y 2093 del Código Civil para el Distrito Federal).

- Todas las partidas constituyen un solo todo, y por lo tanto ninguna puede ser separada ni es posible detener la cuenta, mientras dure el funcionamiento normal del contrato.

Este último punto suscita un importante problema, que es el de la llamada inembargabilidad de la cuenta corriente; viejo problema que ha dado lugar a muchas discusiones y a soluciones legislativas muy diversas.

En la legislación mexicana, la Ley de Títulos y Operaciones de Crédito en su artículo 307 dice que:

"Artículo 307: El acreedor de un cuentacorrentista puede pedir el aseguramiento y la adjudicación del saldo eventual de la cuenta corriente. En este caso, no podrán tomarse en consideración con respecto al embargante, desde la fecha del aseguramiento, las partidas de cargo correspondientes a operaciones nuevas. No se considerarán como operaciones nuevas las que resulten de un derecho del otro cuentacorrentista, ya existente en el momento del aseguramiento, aún cuando todavía no se hubieran hecho las anotaciones respectivas en la cuenta. El cuentacorrentista contra el que se hubiere dictado el aseguramiento, debe notificarlo al otro cuentacorrentista, y éste tendrá el derecho a pedir luego la terminación de la cuenta."

Derivado del artículo antes transcrito, es evidente que puede practicarse el embargo, pero éste no detiene el funcionamiento de la cuenta, ya que sólo puede practicarse sobre el saldo eventual. El embargo sería totalmente ineficaz si los cuentacorrentistas quedasen en plena libertad para seguir operando, por eso establece la ley que no podrán tomarse en consideración, con respecto al embargante, las partidas de cargo correspondientes a operaciones nuevas.

También es otra excepción, la consideración como operaciones anteriores, de aquellas que resultan del derecho del otro cuentacorrentista, ya existente en el momento del aseguramiento con independencia de que dicho derecho se hubiere reflejado en las correspondientes anotaciones en cuenta.

d) Productividad de intereses. En el derecho mexicano, las remesas no producen intereses, salvo pacto expreso, sino una vez que se ha determinado el saldo de la cuenta. Si se han pactado los intereses y el saldo pasa a una nueva cuenta, devengará los intereses convenidos. Pero si no se pactaron los intereses, el saldo al ser incluido en la nueva cuenta, devengará el interés legal.

e) Otras partidas de la cuenta corriente. "las comisiones y los gastos por los negocios a que la cuenta se refiere, se incluirán en ésta, salvo convenio en contrario". (15)

Cabe señalar dentro de los efectos del contrato de cuenta corriente, que la clausura de la cuenta para la liquidación del saldo, se opera cada seis meses, salvo pacto o uso en contrario. El crédito por el saldo, es un crédito líquido y exigible a la vista

o en los términos del contrato correspondiente. Si el saldo es llevado a una cuenta nueva, causa interés al tipo de cambio convenido para las otras remesas y, en caso contrario, al tipo legal. No debe confundirse la clausura de la cuenta con la extinción del contrato; la primera tiene por objeto compensar las partidas de abono y de cargo para obtener el saldo, y la liquidación se hace periódicamente mientras el contrato está en vigor, la segunda tiene como fin dar por terminado el contrato por alguna de las causas que mencionamos en el punto siguiente.

## 2.6.- Concepto de Apertura de Crédito en Cuenta Corriente

Podemos concluir que la apertura de crédito es en cuenta corriente cuando el acreditado tiene derecho para hacer remesas, antes de la fecha fijada para la liquidación, en reembolso parcial o total de las disposiciones que previamente haya hecho, quedando facultado, mientras el contrato no concluya, para disponer, en la forma pactada, del saldo que resulte a su favor.

El contrato de apertura de crédito en cuenta corriente es un medio por el cual el acreditado tiene la facilidad de disponer de una línea de crédito que le otorga el acreditante, y de disponer de la misma según la vaya necesitando hasta el límite autorizado, pero tiene la ventaja de que puede hacer pagos parciales y en la medida que los haga puede disponer de crédito.

Toda vez que las características del contrato de apertura de crédito en cuenta corriente ya las hemos desarrollado a lo largo de este capítulo sería ocioso repetir las, por lo que pasaremos a otro punto.

## 2.7.- Diferencias entre el Contrato de Cuenta Corriente y el Contrato de Apertura de Crédito.

El contrato de cuenta corriente y el contrato de apertura de crédito ofrecen las siguientes diferencias:

a) En la cuenta corriente debe existir la posibilidad de que ambos cuentacorrentistas resulten acreditados recíprocamente; en la apertura de crédito es sólo el acreditante el que abre el crédito al acreditado.

b) En la cuenta corriente los cuentacorrentistas no están obligados a celebrar aquellas operaciones de las que pueda surgir el crédito objeto de la cuenta.

"Puede presentarse el caso de que uno de los contratantes remita valores o efectúe operaciones con persona distinta de su cuentacorrentista y que se halle en la misma plaza que éste; el cuentacorrentista que resulta olvidado en tal supuesto no puede pedir resarcimiento de daños y perjuicios, precisamente, porque aun teniendo derecho, a quedar acreditado, una vez que el crédito quede constituido, no tiene en cambio derecho alguno a que se realice la operación de la que dicho crédito hubiera de surgir, y por otra parte, porque le queda la posibilidad de hacer objeto de igual trato a su contratante, dada la reciprocidad de sus respectivas posiciones". (19)

En cambio, en la apertura de crédito, el acreditante está obligado a entregar al acreditado la suma que puso a su disposición, salvo su derecho para denunciar el contrato si así se estipuló.

c) En la apertura de crédito el importe del crédito tiene un límite, ya sea el que expresamente se estipule, el que resulte del destino que se dará a los fondos o, en último extremo, el que fije el acreditante. En la cuenta corriente, no es necesario un límite puesto que las operaciones entre los cuentacorrentistas son facultativas.

d) En la cuenta corriente necesita llegarse a la clausura de la cuenta para determinar cual de los cuentacorrentistas es acreedor y cual deudor. En la apertura de crédito se sabe en cualquier momento quién es el acreedor y quién el deudor.

e) El contrato de cuenta corriente también se diferencia de la apertura de crédito en cuenta corriente. Aunque el nombre se presta a confusiones, la apertura de crédito en cuentacorrente no es sino una apertura de crédito combinada con la cuenta corriente como método de contabilidad, en virtud del derecho que se da al acreditado para hacer remesas en reembolso de las disposiciones que haya hecho y para disponer del saldo mientras no termine el plazo para el uso del crédito. Por tanto, son exactamente aplicables al caso las diferencias señaladas respecto de la apertura de crédito simple. Especialmente se insiste en que, en la cuenta corriente, debe existir la posibilidad de que los dos cuentacorrentistas se abran crédito recíprocamente, mientras que, en la apertura de crédito en cuenta corriente, sólo una de las partes, el acreditado, es el que obtiene crédito.

**NOTAS AL CAPITULO TERCERO**

- 1.- OCTAVIO A. Hernandez,  
"Derecho Bancario Mexicano",  
Tomo I,  
Ed. Asociación Mexicana de Investigaciones Administrativas,  
México 1956, P. 161.
  
- 2.- FUENTES y Flores Arturo y CALVO Octavio,  
"Derecho Mercantil",  
Ed. Banca y Comercio,  
México 1972, P. 295.
  
- 3.- RODRIGUEZ y Rodríguez Joaquín,  
"Derecho Mercantil",  
Tomo II  
Ed. Porrúa, S.A.  
México 1988, P. 58
  
- 4.- GRECO Conso,  
"Di Diritto Bancario"  
Padua, Italia 1936.
  
- 5.- IDEM.

- 6.- OCTAVIO A. Hernandez, Op. Cit. PP. 164 a 165
- 7.- FUENTES y Flores Arturo y CALVO Octavio, Op. Cit. P. 297
- 8.- RODRIGUEZ y Rodríguez Joaquín,  
"Derecho Bancario",  
Ed. Porrúa,  
México 1973, P. 55.
- 9.- FUENTES y Flores Arturo y CALVO Octavio, Op. Cit. P. 311 a 328
- 10.- CARNELUTTI  
"Notte Sulla Funzione Del Conto Corriente en Studi"  
Ed. José María Bosch  
Roma 1917, PP. 265 Y SIG.
- 11.- GELLA V. Agustín.  
"El Contrato de Cuenta Corriente"  
Ed. Revista de Derecho Privado  
Madrid 1933, P. 7.
- 12.- FUENTES y Flores Arturo y CALVO Octavio, Op. Cit. P. 337.

- 13.- Ley de Títulos Operaciones de Crédito,  
Artículo 304
- 14.- IBIDEM.  
Artículo 306.
- 15.- IDEM.  
Artículo 303.
16. MORANDO Agustín,  
"El Contrato de Cuenta Corriente",  
P. 15

**CAPITULO CUARTO**

## CAPITULO IV

### EL FIDEICOMISO DE INVERSION Y EL DEPOSITO A LA VISTA EN LAS TARJETAS DE CREDITO

#### 1.- CONCEPTO DE OPERACION BANCARIA

Con la finalidad de explicar el papel que juega el fideicomiso de inversión a través del contrato de apertura de crédito, nos parece importante, analizar el concepto y la esencia de la operación bancaria.

El calificativo que de bancario se dé a una operación, no puede derivar del elemento subjetivo puesto que, como sabemos, los bancos celebran muchas operaciones que le permiten la realización de su objeto social, sin que impliquen el ejercicio de la actividad bancaria.

Esto es, no podríamos calificar de bancario el contrato de compra-venta o de arrendamiento de un bien destinado a las instalaciones indispensables para una Institución de Crédito, ni tantas otras operaciones que con el fin de prepararse para la realización de su función celebran estas instituciones.

Si bien la historia de las operaciones que han celebrado los bancos puede ayudarnos, no es un criterio determinante, pues siempre podríamos revisar si lo que han hecho responde o no a la naturaleza de la actividad bancaria.

Por otra parte, se afirma que los "bancos se caracterizan por ser empresarios cuya actividad está dirigida a ser intermediarios en el crédito y los contratos en que se concreta esa actividad reciben la calificación de bancarios" (1). En el mismo sentido Rodríguez y Rodríguez afirma que "los bancos tienden a constituirse como intermediadores en el crédito y las operaciones de banco a ser actos de intermediación en el crédito". (2)

De manera sencilla podríamos decir que, operación de crédito es aquella que consiste en la transmisión actual de propiedad por el acreedor en favor del deudor, para que la contrapartida del deudor al acreedor, se efectúe posteriormente, esto es, una operación en la que una de las prestaciones se realiza en el presente y la contrapartida se efectúa en un momento posterior. Otra nota característica de la operación de crédito es el que no cabe que sea gratuita, porque de no existir contrapartida, no podría haber operación de crédito.

El tiempo como ya mencionamos, es importante en toda operación de crédito, sin embargo, debemos señalar que "aún cuando toda operación de crédito es una operación a término, no toda operación a término es operación de crédito".(3)

En nuestra Ley de Títulos y Operaciones de Crédito se regulan, bajo el nombre de operaciones de crédito varios contratos con diferentes características; por una parte en algunos existe el crédito, en otros no aparece, algunos son celebrados de manera exclusiva por los bancos. en tantos que otros se celebran principalmente por este tipo de instituciones y por Organismos Auxiliares del Crédito. Por otra parte, la ley se ocupa como señala su Exposición de Motivos, no de todas las operaciones de crédito, sino de las más típicas.

La Ley de Instituciones de Crédito en su artículo 46 hace un listado enunciativo de las operaciones que pueden realizar los bancos, que si bien nos ayuda en la búsqueda del concepto que nos ocupa, comprende operaciones que no son exclusivamente bancarias y que se incluyen obedeciendo al momento histórico, político y económico, lo que significa que hay operaciones que se califican de bancarias no porque respondan estrictamente a la naturaleza de la función sino por la estructura, solvencia, organización y muchas otras razones que hacen al legislador atribuir estas actividades a la banca.

Las bancos están en medio de una doble corriente de capitales, esto es "la misión fundamental de las Instituciones de Crédito es actuar como intermediarias en el crédito, centralizando primero los capitales dispersos que se encuentran disponibles y redistribuyéndolos luego en operaciones de crédito en favor de quienes necesitan el auxilio del capital para producir" (4) lo que ha llevado a la mayoría de los autores a la tradicional clasificación de las operaciones bancarias, en activas y pasivas, atendiendo al carácter de acreedor o de deudor que asume la Institución de Crédito en su relación con la clientela.

Se consideran operaciones pasivas aquellas por las cuales el banco capta recursos de su cliente, convirtiéndose en deudor del mismo y formando estos parte de sus pasivos contables.

Son operaciones activas todas aquellas por las cuales el banco pone recursos a disposición de sus clientes, convirtiéndose en acreedor de los mismos y representando estos sus activos contables.

Esto es, los "bancos es cierto que practican diversas operaciones de crédito; pero, en definitiva, todas aquellas se condensan en el siguiente esquema: recoger dinero, realizando operaciones pasivas y proporcionar dinero, mediante diversas operaciones activas. Pero tanto para recoger dinero, como para entregarlo, realizan contratos en serie, actos en masa" (5) existiendo otra serie de operaciones por las cuales el banco ni canaliza ni capta recursos, no son operaciones de intermediación en el crédito y se le llama de mediación, neutrales, intermedias o servicios bancarios y que reciben el calificativo de bancarios por ser practicados por un banco.

Manuel Broseta Pont dice de las operaciones neutras o de mediación "son contratos por los que el banco ni recibe ni concede crédito, sino que se limita a prestar determinados servicios de muy variado contenido y naturaleza. Algunos de ellos le procura escasos beneficios directos, pero se prestan por el afán de ofrecer servicios que directa o indirectamente ayudan a retener o a obtener depósitos de dinero".(6)

Ascarelli considera este grupo de operaciones bancarias como accesorias o subsidiarias y dice "no entran en la función económica propia de los bancos y que ordinariamente se ejercitan por ellos como manifestación ulterior de su actividad y que están aconsejadas por la misma organización del personal y las especiales exigencias de la clientela" y agrega, "que en estas operaciones se incluyen aquellas que representan negocios que pueden ser organizados y gestionados por particulares y que toman la etiqueta de operaciones bancarias sólo porque de hecho se practican por los bancos. Así el servicio de cajas de seguridad, que en Inglaterra y en América se practica por instituciones especiales ad hoc".(7)

Para Staub "son operaciones de banco, las que satisfacen necesidades de tráfico para la obtención y enajenación de dinero y de títulos valores".(8)

Arcangelli considera como operación bancaria la "adquisición de capitales a crédito, esto es, con la obligación de restituir, con la intención de enajenarlos nuevamente, y la consecución de crédito, es decir, con el derecho a la recuperación de los capitales adquiridos"; y "este concepto se completa con la afirmación de que la operación bancaria es tal en cuanto debe configurarse como operación de la empresa bancaria".(9)

El fideicomiso ha sido considerado en México desde sus orígenes, como una operación bancaria; dentro de éstas, como una operación neutra o de intermediación, no de crédito, sino una operación por la cual se ofrece al público permanencia, discreción, seguridad y responsabilidad, y en otro aspecto, transparencia en el manejo de los fondos, prestación de diversos servicios, ect. En este orden de ideas, el fideicomiso de inversión abrió, en su momento, nuevos campos de acción mediante el cual el banco dejaba de ser un mero prestador de servicios, que realizaba, de hecho, operaciones pasivas al captar recursos de que se depositan en un fideicomiso, mismos que se invierten en instrumentos de renta fija dando al fideicomitente-inversionista nuevas opciones en el manejo de sus recursos a través de la utilización de su tarjeta de crédito, obteniendo a la vez altos rendimientos.

A partir de diciembre de 1991, Banco de México estableció, mediante la circular 34/91, que los fideicomisos abiertos de inversión debían mantener un depósito de efectivo sin interés en el propio Banco de México, equivalente al 51 por ciento de los recursos que captaran, lo cual provocó que algunas Instituciones de Crédito buscaran otros caminos, utilizando figuras como el depósito a la vista, la cual fue poco aceptada por los inversionistas, mismos que en su mayoría han dejado de utilizar estas figuras, toda vez que se tornan poco rentables como más adelante comentaremos.

## 2.- EL FIDEICOMISO DE INVERSION EN LAS TARJETAS DE CREDITO.

### 2.1.- Concepto.

El Lic. Fernando Treviño Lozano define al fideicomiso de inversión de la siguiente manera: " Es aquel contrato por el cual el fiduciario recibe en propiedad de uno o varios fideicomitentes que a la vez reúnen la calidad de fideicomisarios, determinado capital con la finalidad de que lo administre e invierta en los instrumentos de renta fija en los porcentajes señalados por Banco de México".

Hasta finales de 1991, en la mayoría de los contratos de apertura de crédito en cuenta corriente para uso de tarjeta de crédito, incluía un contrato de adhesión a un fideicomiso de inversión abierto; actualmente según lo determine cada Institución de Crédito, incluye en sustitución al de fideicomiso un contrato de depósito a la vista.

La adhesión al fideicomiso se da en la medida en que el fiduciario-banco tiene celebrado con sus clientes un contrato de apertura de crédito en cuenta corriente para uso de tarjeta de crédito, y dichos clientes entregan al banco cantidades en exceso a lo adeudado en el saldo de su tarjeta de crédito, adhiriéndose en forma inmediata a un fideicomiso que se celebra con la división fiduciaria del mismo banco, en donde dichas cantidades pasan al patrimonio fideicomitado, pero a su vez este podrá ser aplicado, en cuanto alcance, a cubrir al propio banco las cantidades que le adeude derivados del contrato de crédito mencionado, siendo el fideicomisario, en este tipo de contratos el propio fideicomitente. Los abonos hechos en exceso constituyen la aceptación tácita del tarjetahabiente de adherirse al contrato de fideicomiso y a adquirir respecto de éste, la calidad de fideicomitente.

El fin del fideicomiso es la creación de un patrimonio autónomo a disposición, en cualquier tiempo, del tarjetahabiente-fideicomitente, y que al ocurrir su fallecimiento dicho patrimonio será puesto a disposición de las personas designadas por el propio fideicomitente para recibir dicho saldo que en el momento de su fallecimiento tenga a su favor.

## 2.2.- Características del Fideicomiso de Inversión

- a) **Negocio Jurídico.-** Es un negocio jurídico compuesto a su vez de dos negocios, uno, el constitutivo que es una declaración de voluntad mediante la cual el tarjetahabiente- fideicomitente manifiesta su voluntad en el sentido de adherirse al fideicomiso de inversión, dicha voluntad se actualiza en el momento en que tiene saldos a favor en la cuenta de su tarjeta de crédito; y otro denominado contrato de ejecución de fideicomiso, por el que el fiduciario se obliga con el cliente a celebrar los actos tendientes a invertir de la mejor manera los recursos que le han sido depositados.
  
- b) **Prestación de un servicio.-** Las operaciones que realiza el banco en su carácter de fiduciario, son operaciones que se catalogan como un servicio, ya que no son operaciones activas, toda vez que el banco no pone a disposición del cliente recurso alguno, aunque hay que señalar que las operaciones derivadas del contrato de apertura de crédito en cuenta corriente si se consideran operaciones activas. Por otra parte tampoco

realiza operaciones pasivas ya que los depósitos que recibe el banco pasan a formar un patrimonio por separado y del cual sólo pueden disponer las personas autorizadas para ello, que son generalmente los tarjetahabientes.

- c) Fideicomiso abierto.- Se le denomina abierto toda vez que se prevé la posibilidad de adhesión de terceros en cualquier tiempo, los cuales entregan sus recursos en moneda nacional a la institución fiduciaria para que, a su vez, esta los invierta discrecionalmente en un fondo común.

Al respecto coincidimos con el Lic. Nelson Monzalvo Laguna, el cual señala que "podría discutirse la validez de esta estipulación si atendemos al criterio de que el fideicomitente debe de ser "PARTE" en el momento de constitución del fideicomiso; indudablemente que todo fideicomiso debe tener un fideicomitente para que nazca el contrato y surtan sus efectos".(10)

- d) Implica contrato de adhesión.- El Fideicomiso de Inversión implica un contrato de adhesión, por el cual el tarjetahabiente que tiene celebrado un contrato de apertura de crédito en cuenta corriente con una Institución de Crédito, en el momento en que tiene saldo a favor en su cuenta se adhiere en forma inmediata al fideicomiso. Al respecto, cabe señalar que la voluntad del tarjetahabiente es manifiesta en el momento en que hace depósitos en exceso en la cuenta de su tarjeta de crédito, no obstante que sólo el Fiduciario haya establecido todos los derechos, obligaciones, prestaciones y demás circunstancias de la contratación.

- e) Los depósitos son irregulares.- Los depósitos que realiza el cliente en su cuenta son depósitos irregulares ya que no se devuelven los mismos bienes que deposita el cliente, es decir, al ser el dinero un bien fungible no pueden devolverse los mismos billetes y monedas, lo cual no significa que el fiduciario tenga la libre disposición de los bienes que le han sido entregados, sino que debe destinarlos de conformidad con las instrucciones que reciba del Banco de México, las cuales conoce y acepta el tarjetahabiente-fiduciario.

El fiduciario se obliga a restituir una suma igual a la depositada en la misma especie, consistiendo la obligación de conservación en la devolución de un tanto equivalente, más los intereses correspondientes.

- f) Revocabilidad.- El fideicomiso de inversión es revocable en cualquier tiempo, toda vez que el fideicomitente puede disponer de la totalidad de sus recursos depositados en su tarjeta de crédito y que a la vez forman parte del patrimonio fideicomitado en cualquier momento.
- g) Cobertura inmediata al acreditante.- El acreditante, que a su vez es el banco que actúa como fiduciario, puede, en cualquier tiempo cubrir con las cantidades que formen el patrimonio fideicomitado cualquier erogación que se genere, producto del crédito que el fideicomitente tiene abierto por la misma Institución a su favor en la medida que alcance.

Al respecto creemos que no opera la compensación, ni la confusión en la relación banco-acreditante, banco-fiduciario con el cliente, ya que los títulos de los cuales se derivan las obligaciones son distintos.

En relación con lo anterior, el artículo 2185 del Código Civil para el Distrito Federal, a la letra dice:

"Artículo 2185.- Tiene lugar la compensación cuando dos personas reúnen la calidad de deudores y acreedores recíprocamente y por su propio derecho".

Por su parte, la fracción IV del artículo 2192 del ordenamiento antes citado señala:

"Artículo 2192.- La compensación no tendrá lugar:

VI. Si la deuda fuere de cosa que no puede ser compensada, ya sea por disposición de la ley o por el título de que procede, a no ser que ambas fueren privilegiadas".

En este mismo orden de ideas, el penúltimo párrafo del artículo 351 de la Ley de Títulos y Operaciones de Crédito establece:

"Artículo 351.- ...Los bienes que se den en fideicomiso se considerarán afectos al fin a que se destinan y, en consecuencia, sólo podrán ejercitarse respecto a ellos los derechos y acciones que al mencionado fin se refieran, salvo los que expresamente se reserve el fideicomitente, los que para él deriven del fideicomiso mismo o los adquiridos legalmente respecto de tales bienes, con anterioridad a la constitución del fideicomiso por el fideicomisario o por terceros".

De los preceptos antes citados se desprende que el banco, por su carácter de fiduciario no puede disponer de los bienes que forman parte del fideicomiso para cubrir las erogaciones producto del crédito que el fideicomitente tiene a su favor, toda vez que es un patrimonio del cual no tiene la plena disposición. Por otra parte los títulos de los cuales se derivan las obligaciones conducentes son distintos, el adeudo es producto de un crédito y los bienes que son parte del fideicomiso forman un patrimonio autónomo, propiedad del fiduciario pero a disposición del fideicomitente.

De lo expuesto, podemos concluir que las Instituciones de Crédito contravienen el espíritu de la Ley, al establecer en sus contratos la posibilidad de compensar con lo que hubiere en el patrimonio fideicomitado lo adeudado en función del crédito.

- h) Los recursos que forman parte del patrimonio fideicomitado están reflejados en las cuentas de orden dentro del balance de los bancos.

### 2.3.- Derechos y Obligaciones del Fideicomitente.

- a) Derechos.

- El Fideicomitente podrá incrementar o disminuir el patrimonio fideicomitado en cualquier tiempo, y en caso de que retire la totalidad de sus recursos del fideicomiso, ello implicará la revocación del mismo como ya hemos señalado.

- Corresponde a cada fideicomitente el total de sus aportaciones y rendimientos netos generados por ellas, menos las disposiciones que

hubiere efectuado él o las personas que hubiere autorizado para hacer uso de la tarjeta de crédito, las cantidades que se encuentren en tránsito según los registros del sistema de autorizaciones y el importe de los honorarios y las comisiones que se hubiere pactado conforme al contrato de fideicomiso y al de apertura de crédito en cuenta corriente que el fideicomitente tiene celebrado para el uso de la tarjeta de crédito respectivamente.

- Todos los fideicomitentes que participen del fideicomiso tienen derecho a ser tratados de igual manera y la participación de cada uno de ellos en el mismo será en proporción a sus aportaciones.

- Como ya hemos comentado, el fideicomitente reúne a la vez la calidad de fideicomisario, no obstante lo anterior, el fideicomitente puede designar fideicomisarios en segundo lugar que serán las personas designadas por él para recibir el saldo al momento de su fallecimiento.

En relación a lo expuesto, cabe señalar que en el momento en que se acredite al fiduciario, mediante la presentación del acta de defunción correspondiente, el fallecimiento del fideicomitente, el fiduciario procederá a entregar a los fideicomisarios el saldo a favor que el fideicomitente hubiese tenido a su favor.

Por otra parte, en el caso de que el fideicomitente haya autorizado a otras personas para hacer uso de la tarjeta de crédito, y a disponer del saldo

existente que le corresponde en términos del contrato de fideicomiso, dicha autorización quedará sin efectos al momento del fallecimiento de aquel, y todas las operaciones que dichas personas hagan antes de la notificación al fiduciario del fallecimiento del fideicomitente serán de la exclusiva responsabilidad de ellas.

Si los fideicomisarios en segundo lugar son menores de edad recibirán la parte del patrimonio fideicomitado que les corresponda por conducto de su representante legal, o bien, éste se conservará fideicomitado hasta que cumpla la mayoría de edad, de acuerdo a la opción que elija el fideicomitente.

- El fideicomitente tiene derecho a que se le rindan cuentas mensualmente, lo cual hará el fiduciario mediante un estado de cuenta en el que aparecerán todos los movimientos efectuados en la parte que le corresponda del patrimonio del fideicomiso durante ese lapso; su saldo disponible; el saldo promedio diario mensual, el rendimiento obtenido en el fondo fideicomitado, expresado en por ciento una vez hecha la deducción de honorarios del fiduciario e impuestos que deban retenerse por el emisor de los títulos en que se encuentre invertido el patrimonio fideicomitado; el rendimiento que corresponde al causahabiente por sus inversiones expresado en cantidad.

El fideicomitente podrá hacer observaciones dentro de los quince días naturales siguientes a la fecha de corte de cada estado de cuenta, considerándose aprobado dicho estado si no la hubiere durante ese plazo.

En la práctica, los movimientos efectuados en el patrimonio fideicomitado, así como los realizados producto del crédito que el cliente tiene a su favor, se reflejan en un sólo estado de cuenta.

- Tiene derecho a que se le notifique con 15 días de anticipación cualquier incremento en los honorarios o modificación al contrato respectivo, entendiéndose que el fideicomitente está de acuerdo con éstas por el simple hecho de mantener cantidades en exceso al saldo deudor que tenga en su tarjeta de crédito.

- El fideicomitente y las personas que éste hubiere autorizado para hacer uso del crédito a través de la tarjeta de crédito, podrán realizar retiros hasta por el saldo disponible que les corresponda, mediante el pago de bienes y servicios afiliados al sistema de tarjetas de crédito del banco emisor o mediante disposiciones en efectivo en cajeros automáticos o en oficinas del propio banco. El importe de las disposiciones en efectivo que se aplique directamente al fondo fideicomitado no quedará sujeto a pago de comisión y se hará en la misma fecha en que se contabilicen los adeudos a cargo de cada fideicomitente derivados del citado crédito en cuenta corriente para el uso de tarjeta de crédito.

b) Obligaciones.

- El fideicomitente se obliga a cubrir al fiduciario por sus servicios los honorarios que tenga derecho a percibir, dichos honorarios se cobran generalmente por mensualidades vencidas en base a un porcentaje anual sobre saldos promedios diarios mensuales del patrimonio del fideicomiso.

- El fideicomitente tendrá obligación de avisar por escrito al fiduciario de cualquier situación que pudiere afectar al fideicomiso, así como de nombrar a una persona que se encargue de ejercitar los derechos derivados del mismo, o que proceda a su defensa, en cuyo caso, el fiduciario no responderá de la actuación de la persona designada, siendo su única obligación proporcionarle los poderes y documentos que al efecto necesite.

En caso de urgencia el fiduciario deberá llevar a cabo los actos indispensables para conservar el patrimonio del fideicomiso y los derechos derivados de éste, sin perjuicio de la obligación que tiene el fideicomitente de designar a la brevedad posible el apoderado a que se refiere el párrafo anterior.

- El fideicomitente deberá notificar al fiduciario por escrito cualquier cambio de domicilio que tuviere, en caso de no hacerlo, los avisos que dirija el fiduciario al último domicilio indicado surtirán todos sus efectos legales.

#### 2.4.- Derechos y Obligaciones del Fiduciario.

##### a) Derechos.

- Podrá fijar políticas de carácter general respecto de las cantidades mínimas para ser aportadas al fideicomiso, en el entendido de que las cantidades que se encuentran por debajo de esos mínimos no serán objeto de aportación al fideicomiso.

- Está facultado para realizar la venta de valores en cantidad suficiente para hacer frente a los retiros hechos por el fideicomitente o persona autorizada para ello, la venta de valores estará sujeta a la disposición y liquidez de los mismos, así como a las demás condiciones del mercado existentes en ese momento.

En ningún caso el fiduciario estará obligado a entregar físicamente los títulos que forman parte de la inversión del patrimonio fideicomitado.

Cuando a juicio del fiduciario, obrando como buen padre de familia, éste no estime conveniente la venta de los instrumentos en los cuales se encuentran invertidos los recursos del patrimonio fideicomitado, en atención a la liquidez y demás condiciones del mercado; éste se reserva el derecho para establecer políticas de carácter general conducentes a evitar el deterioro del patrimonio fideicomitado. En este caso, el importe de las disposiciones se cargará al citado crédito en cuenta corriente para el uso de tarjeta de crédito. En este sentido cuando el saldo disponible no fuere suficiente para cubrir las disposiciones ejecutadas por el fideicomitente o persona autorizada para ello, el importe de las disposiciones que excedan de dicho saldo disponible se realizarán con cargo al referido crédito en cuenta corriente.

- Por los servicios que presta el fiduciario tendrá derecho a percibir un honorario equivalente a un tanto por ciento anual sobre los saldos promedios diarios mensuales del patrimonio del fideicomiso.

- El fiduciario está facultado para revisar periódicamente los honorarios a que tiene derecho por la prestación de sus servicios, así como para modificar los términos y condiciones del contrato de fideicomiso, notificándolo a los fideicomitentes con 15 días de anticipación.

b) Obligaciones

- Se obliga a invertir en los instrumentos previamente señalados por Banco de México, mismos que se contienen en la circular 103/88 que más adelante comentaremos, emitida por esa Institución, las cantidades que el cliente abone en exceso del saldo a su cargo en la tarjeta de crédito a más tardar el día siguiente a aquel en que los mismos le sean entregados.

- Deberá hacer del conocimiento del fideicomitente sobre el establecimiento de cantidades mínimas que deberá tener en exceso en su saldo de la tarjeta de crédito para que las mismas sean aportadas al fideicomiso.

- Enviar al fideicomitente un estado de cuenta mensual en el que aparezcan todos los movimientos efectuados en la parte que corresponde al patrimonio fideicomitado.

- Otorgar los poderes necesarios, así como los documentos que al efecto necesite, a la persona que designe el fideicomitente para defender los derechos derivados del fideicomiso.

En relación a lo expuesto el artículo 48 de la Ley de Instituciones de Crédito a la letra dice:

"Artículo 48.- Las tasas de interés, comisiones, premios, descuentos, u otros conceptos análogos, montos, plazos y demás características de las operaciones activas, pasivas, y de servicios, así como las operaciones con oro, plata y divisas, que realicen las instituciones de crédito y la inversión obligatoria de su pasivo exigible, se sujetarán a lo dispuesto por La Ley Orgánica del Banco de México, con el propósito de atender necesidades de regulación monetaria y crediticia.

En todo caso, las medidas que dicte el Banco de México se apegarán a las disposiciones legales aplicables y a las directrices de política monetaria y crediticia que determine la Secretaría de Hacienda y Crédito Público en el ejercicio de las atribuciones que le asignan las leyes respecto a la dirección de dicha política, así como para planear, coordinar, evaluar y vigilar el Sistema Bancario Mexicano".

Con fundamento en el artículo antes transcrito, el Banco de México emitió la circular 34/91 de fecha 11 de septiembre de 1991, en la cual a fin de obtener mayores porcentajes de liquidez de parte de las Instituciones de Crédito en relación con los recursos que las mismas captan, estableció en nuestra opinión en forma equívoca, que las Instituciones de Crédito con los recursos que se reciban o hayan recibido en los fideicomisos que formen parte de las Cuentas Maestras, así como en los demás fideicomisos abiertos de inversión en valores, que deberán constituir y mantener un depósito de efectivo sin interés en el Banco de México, equivalente al 51 por ciento de tales recursos, autorizando con el objeto de facilitar la incorporación de la captación realizada a través de tales fideicomisos a sus cuentas de balance, a pagar anticipadamente los pasivos a su cargo contraídos en favor de sus fideicomisos de inversión en valores.

Esta medida ha provocado que las Instituciones de Crédito ya no utilicen los fideicomisos de inversión abiertos como medio para captar inversiones del público ofreciendo rendimientos atractivos, cabe aclarar que esta figura no ha sido suprimida, lo que sucede es que al estar obligadas las Instituciones de Crédito a depositar el 51 por ciento de los recursos que captan a través de los fideicomisos en Banco de México, es poco atractivo tanto para las propias Instituciones de Crédito como para el público inversionista.

Al efecto el Banco de México dió como alternativa el depósito a la vista aplicado a las tarjetas de crédito, pero esta solución ha sido poco atractiva toda vez que los recursos captados también están sujetos a un coeficiente de liquidez y los rendimientos obtenidos se basan en tasas preestablecidas, poco competitivas con otras opciones como son las Sociedades de Inversión, las cuales han tenido gran auge durante los últimos meses, toda vez que ofrecen tasas reales más atractivas.

### 3.- DEPOSITO A LA VISTA EN LAS TARJETAS DE CREDITO.

En virtud del depósito a la vista en las tarjetas de crédito el banco acepta recibir como depósitos, cualquier cantidad que el cliente haya depositado y que exceda el saldo a su cargo, derivado del uso del crédito, utilizando el mismo mecanismo que en el fideicomiso de inversión, en el caso de que el saldo disponible de los depósitos no fuere suficiente para cubrir el importe producto del crédito, el importe que exceda de dicho saldo disponible se cargara al crédito que el cliente tiene abierta a su favor.

El banco pagará al cliente, un rendimiento sobre el saldo promedio mensual del período de que se trate, a la tasa de interés anual que determine el propio banco, y que hará del conocimiento del cliente en el estado de cuenta mensual, reservándose el banco el derecho de revisar y ajustar la tasa de interés a devengarse. Los intereses serán pagados mensualmente y pasarán a formar parte del principal de que se trate.

Los recursos depositados son reflejados en el balance de las Instituciones de Créditos dentro de las Cuentas de Pasivos

En otro orden de ideas resultaría ocioso transcribir los derechos y obligaciones de el depositario y del depositante, toda vez que las mismas fueron comentadas en el depósito a la vista, el cual fue analizado en el Capítulo III de éste trabajo.

#### 4.- DIFERENCIAS Y SIMILITUDES ENTRE EL FIDEICOMISO DE INVERSION Y EL DEPOSITO A LA VISTA APLICADOS A LAS TARJETAS DE CREDITO.

##### 4.1.- Diferencias.

- a) - El fideicomiso implica la prestación de un servicio por parte de una Institución de Crédito.
- El depósito es una operación pasiva para una Institución de Crédito.
- b) - El fiduciario no puede disponer completamente del patrimonio fideicomitado, tiene que seguir las instrucciones y porcentajes del Banco de México.
- El depositario tiene plena disposición de los recursos objeto del depósito.

- c) - En el fideicomiso los intereses varían dependiendo de los rendimientos que den los instrumentos en que el fiduciario invirtió los recursos del Fideicomiso.
- En el depósito la Institución de Crédito, que a la vez es depositaria, fija una tasa de interés anual con relación a los saldos diarios promedios mensuales por el período de que se trate.
- d) - Los recursos del patrimonio fideicomitado se ven reflejados en las Cuentas de Orden dentro del balance de las Instituciones de Crédito.
- Los recursos entregados en depósito a una Institución de Crédito se ven reflejados dentro de las Cuentas de Pasivo de la propia Institución.

#### 4.2.- Similitudes.

- a) - Tanto el fideicomiso como el depósito implican un contrato de adhesión por parte del cliente.
- b) - Son negocios jurídicos compuestos por un acto constitutivo que implica una declaración de voluntad, y por un acto ejecutivo basado en la actuación de la Institución de Crédito.
- c) - El fideicomiso implica un depósito irregular toda vez que no se devuelven los mismos bienes que deposita el fideicomitente.
- d) - En el fideicomiso el patrimonio fideicomitado es un patrimonio autónomo, propiedad del fiduciario.
- En el depósito el patrimonio pasa a ser propiedad de el depositario.
- e) - Son contratos que se pueden revocar en cualquier tiempo.

- f) - En ambos casos opera la compensación para cubrir, con el producto del patrimonio fideicomitado, o en su caso del depósito, lo adeudado en virtud del crédito.
- g) - En el fideicomiso el beneficiario, es decir, el fideicomisario del patrimonio fideicomitado es el propio fideicomitente.
  - En el depósito el depositario es beneficiario de los recursos depositados.

## 5.- REGULACION

### 5.1.- Circular-Telefax 103/88.

Esta circular fué emitida por el Banco de México el 23 de diciembre de 1988, y en ella se crea el concepto de "La Cuenta Mestra", mediante la cual, se faculta a las Instituciones de Crédito a prestar un servicio que consiste en ofrecer, de manera integral y bajo un mismo número de cuenta, diversas operaciones bancarias como son servicios de inversión, depósito en cuenta de cheques, disposición a la vista de su dinero, ante terceros y ante el propio banco. Al respecto, cabe señalar que no abundaremos más en la figura de "La Cuenta Maestra", toda vez que no es materia fundamental de nuestro estudio.

En esta misma circular se crea el fideicomiso de inversión para tarjetas de crédito, figura mediante la cual el cliente deposita recursos en exceso de los saldos a cargo del cuentahabiente que registre su tarjeta de crédito. Tales abonos podrán realizarse mediante entregas directas en ventanilla utilizando los formularios que para tal efecto

proporcione la institución, o bien mediante abonos a través de equipos y sistemas automatizados y en general, cualquier otra transferencia de cuentas distintas.

Los recursos deberán abonarse al fideicomiso de inversión a más tardar el segundo día hábil inmediato siguiente a aquél en que la institución los reciba. En tanto los mismos no se integren al patrimonio fideicomitado, deberán registrarse en una cuenta que al efecto determine el Banco de México.

Por otra parte, la circular señalaba que: "los recursos que se reciban en el fideicomiso deberán invertirse, en su totalidad, de la manera siguiente:

- Hasta el 90 por ciento, en certificados y/o pagarés de la tesorería de la federación;
- Hasta el 50 por ciento, en aceptaciones bancarias en moneda nacional;
- Hasta el 60 por ciento, en instrumentos de captación bancarias a la vista o a plazo no mayor de seis meses, inscritos en el registro nacional de valores e intermediarios, pudiendo invertirse hasta el 50 por ciento de este renglón en instrumentos de los antes mencionados no inscritos en el registro citado, siempre y cuando los mismos sean a plazo no mayor de tres meses;  
En este renglón no se incluye a las aceptaciones bancarias ni al papel comercial con aval bancario;

- Hasta el 15 por ciento, en certificados de participación ordinarios amortizables denominados petrobonos; bonos de desarrollo de gobierno federal (Bondes); bonos del gobierno federal para el pago de la indemnización bancaria, 1982; bonos de renovación urbana del distrito federal ( Bores-D.F.); así como bonos bancarios y obligaciones subordinadas bancarias, en moneda nacional. En el evento de que las citadas obligaciones sean convertibles en certificados de aportación patrimonial serie "B";
- Hasta el 8 por ciento en bonos bancarios para la vivienda;
- Hasta el 50 por ciento en acciones de sociedades de inversión de renta fija".(11)

Establece que los rendimientos se calcularán con base en el saldo diario mensual que cada cuentahabiente mantenga en el fideicomiso, pasando a formar dichos rendimientos en forma mensual parte del saldo que le corresponde. Al efecto la fiduciaria deberá informar oportunamente al cuentahabiente el día del mes en que se lleve a cabo el abono antes referido, no procediendo efectuar dicho abono en fecha distinta.

El saldo disponible a favor del cuentahabiente será el que mantenga en la cuenta, después de restar las cantidades en tránsito a su cargo según los registros de la institución, así como el importe de comisiones y honorarios que, en su caso, se originen por el manejo de la cuenta. El cuentahabiente podrá retirar el saldo disponible a su favor mediante retiros de efectivo en ventanilla utilizando los formularios que para tal efecto

proporcione la institución o en su caso, mediante el uso de la tarjeta de crédito en los distintos establecimientos afiliados al sistema de tarjetas de crédito, o bien, a través de equipos y sistemas automatizados y, en general, cualquier otra transferencia a cuentas distintas.

Los retiros que realicen los cuentahabientes serán a la vista, con cargo a las inversiones del fideicomiso, por lo que la fiduciaria deberá proceder a vender o a cobrar dichas inversiones para atender tales retiros. El Banco de México podrá autorizar formas de retiro a las antes señalada. Los retiros se cargarán al saldo disponible de cada cuentahabiente el mismo día en que se efectúen.

Cuando a juicio de la institución fiduciaria, obrando como buen padre de familia, no se estime conveniente la venta de los instrumentos en los cuales se encuentren invertidos los recursos, en atención a la liquidez y demás condiciones del mercado, la propia institución podrá establecer las políticas de carácter general conducentes a evitar el deterioro del patrimonio fideicomitado, como sería el abstenerse de seguir realizando valores en el mercado.

En el evento de que se presente el supuesto señalado en el párrafo anterior, la institución podrá otorgar al cuentahabiente un crédito, en términos de los artículo 293 y 294 de la Ley General de Títulos y Operaciones de Crédito y del artículo 84 fracción VI de la Ley Reglamentaria del Servicio Público de Banca y Crédito, para cubrir el importe de los retiros del propio cuenta habiente, hasta por su saldo disponible.

En los contratos que las instituciones suscriban con los cuentahabientes deberá insertarse en forma notoria lo dispuesto en los párrafos anteriores.

### 5.2.- Circular Telefax 34/91

Esta circular es emitida por Banco de México con fecha 11 de septiembre de 1991, y a través de ella desaparece el encaje legal y establece el coeficiente de liquidez por el cual se establece a las Instituciones de Banca Múltiple, así como al Citibank, N.A., la obligación de mantener en certificados, pagarés y Bonos de la Tesorería de la Federación, así como Bonos de Desarrollo del Gobierno Federal, "la cantidad equivalente al 25 por ciento del saldo promedio diario mensual, de los pasivos considerados como captación del público y de otras cuentas por una plazo de diez años" (12).

En esta misma circular se establece que a partir del primero de diciembre de 1991, con los recursos que se reciban o hayan recibido en los fideicomisos abiertos de inversión en valores, esas instituciones deberán constituir y mantener en depósito de efectivo sin interés en el Banco de México, equivalente al 51 por ciento de tales recursos. Por lo cual dichas instituciones que podrán incorporar a sus cuentas de balance la captación de que se trata, para tal efecto se autorizó a las mismas a pagar anticipadamente los pasivos a su cargo contraídos en favor de sus fideicomisos abiertos de inversión.

### 5.3.- Circular-Telefax 19/35.

También emitida por Banco de México, en la cual se establece que en los depósitos a la vista en cuenta de cheques como en tarjeta de crédito, las instituciones de crédito podrán pactar libremente las tasas de interés que devenguen los mismos, las cuales podrán ser distintas para cada cuentahabiente, reservándose el derecho de ajustar diariamente la tasa pactada.

**NOTAS AL CAPITULO CUARTO**

- 1.- SANCHES Calero Fernando,  
"Instituciones de Derecho Privado",  
Ed. Revista de Derecho Privado,  
México, P. 424.
- 2.- RODRIGUEZ y Rodríguez Joaquín, Op. Cit. P. 259
- 3.- IDEM.
- 4.- BOUCHE García Diego Mario,  
"Operaciones Bancarias",  
Ed. Porrúa,  
México 1988, P. 32.
- 5.- RODRIGUEZ y Rodríguez Joaquín, Op. Cit. P. 260
- 6.- BROSETA Pont Manuel,  
"Manual de Derecho Mercantil",  
Ed. Tecnos,  
Madrid 1975, P. 448.
- 7.- Cit. Por BOUCHE García Diego Mario, P. 32.
- 8.- Cit. Por RODRIGUEZ y Rodríguez Joaquín, P. 261.

9.- IDEM

10.- NELSON Monzalvo Laguna,  
"El Contrato de Cuenta Maestra",  
Boletín Jurídico,  
Comisión de Análisis Legislativo del Consejo Coordinador Empresarial.  
No. 22, México Febrero 1989, P. 5.

11.- Circular Telefax "103/88",  
Banco de México,  
23 de diciembre de 1988.

12.- Circular Telefax "34/91",  
Banco de México,  
11 de septiembre de 1991.

**CONCLUSIONES**

## CONCLUSIONES

Hemos considerado conveniente para utilizar como sistema en el desarrollo de las presentes conclusiones, el elaborarlas siguiendo el orden de los capítulos de este trabajo.

A continuación las exponemos como fruto de nuestras investigaciones, así como de aportaciones de algunos doctrinarios y catedráticos que se han interesado en éste estudio, mezclándolas con aportaciones propias basadas en nuestro criterio personal, que, en todo momento, es susceptible de diferir con el pensamiento del lector, que de antemano consideramos tan válido y respetable como el nuestro:

- 1.- Sin duda el fideicomiso surge a partir de necesidades humanas tolerables y comprensibles, tales como el deseo de asegurar el futuro económico de la familia en base a la sucesión de bienes, o de permitir a una persona el uso de una propiedad, etc.

A lo largo de la historia, esta institución ha ido encuadrando, poco a poco, dentro de los moldes legales, hasta la actualidad donde no sólo se contiene dentro del marco jurídico de nuestro sistema de derecho, sino que ostenta un lugar de suma importancia dentro de la vida económica del país, debido a la gran versatilidad que nos ofrece.

- 2.- De los orígenes y evolución del fideicomiso en el mundo, no podemos encontrar razón alguna para que la función fiduciaria sea exclusivamente bancaria, pues no lo fue en sus orígenes, ni en su evolución y actualmente no lo es en algunos países como Estados Unidos, Inglaterra y Canadá.
  
- 3.- Actualmente, tras un desenvolvimiento legislativo más o menos abundante, el fideicomiso está básicamente regulado por la Ley General de Títulos y Operaciones de Crédito de 1932. Asimismo, paralelo a este ordenamiento tenemos la Ley de Instituciones de Crédito de Julio de 1990, que regula el funcionamiento de las Instituciones de Crédito actuantes como fiduciarios en los fideicomisos.
  
- 4.- La naturaleza jurídica del fideicomiso se explica perfectamente en dos partes:
  - a) Una afectación patrimonial a un fin lícito.
  - b) Un encargo de confianza.
  
- 5.- En los fideicomisos de inversión abiertos producto de un contrato de apertura de crédito en cuenta corriente, no debe operar la cobertura inmediata por parte del acreditante, toda vez que no hay lugar ni a la compensación, ni a la confusión, ya que, como explicamos, los títulos de los cuales derivan las obligaciones en virtud del contrato de apertura de crédito en cuenta corriente y del contrato de fideicomiso son distintos. En

este sentido las Instituciones de Crédito se toman atributos que no les corresponden, pasando por alto el espíritu de la Ley.

- 6.- A través de los fideicomisos de inversión abiertos aplicados a las tarjetas de crédito, el banco como institución fiduciaria, deja de ser un mero prestador de servicios, al realizar operaciones que de hecho son pasivas captando recursos del público a través de la tarjeta de crédito, mismos que pasan a formar parte del patrimonio fideicomitado e invertidos en instrumentos de renta fija, dando, en su momento, nuevas opciones al inversionista en el manejo de sus recursos.
- 7.- A partir de la circular 34/91 emitida por el Banco de México se establece que las Instituciones de Crédito con los recursos que reciban o hayan recibido en los fideicomisos que formen parte de las Cuentas Maestras, así como en los demás fideicomisos de inversión abiertos en valores, deberán constituir un depósito de efectivo sin interés en el Banco de México, equivalente al 51 por ciento de tales recursos, provocando con ello que las Instituciones de Crédito busquen otras opciones para captar los recursos del público en inversionista.
- 8.- El depósito a la vista en las tarjetas de crédito, como figura que sustituye a los fideicomisos de inversión abiertos, es poco atractiva para los-----

inversionistas como para las propias Instituciones de Crédito, toda vez que los recursos captados también están sujetos a un coeficiente de liquidez y los rendimientos obtenidos se basan en tasas preestablecidas poco atractivas.

- 9.- Los recursos que forman parte del patrimonio fideicomitado, están reflejados como cuentas de orden dentro del balance de los bancos, constituyendo un patrimonio autónomo del cual no puede disponer la Institución de Crédito. El hecho de que estos recursos pasen a formar parte del pasivo de los bancos, en el momento en que los mismos pasan de un fideicomiso de inversión abierto a un depósito a la vista constituye una violación a los derechos de los fideicomitentes, implicando una disposición de bienes ajenos.

**BIBLIOGRAFIA**

- 1.- ACOSTA Romero Miguel,  
"Derecho Bancario",  
Ed. Porrúa,  
México 1978.
  
- 2.- ARRACHEA Álvarez,  
"Los Negocios Fiduciarios y el Fideicomiso",  
Tesis UNAM,  
México 1945.
  
- 3.- BATIZA Rodolfo,  
"El Fideicomiso",  
Ed. Porrúa,  
México 1976.
  
- 4.- BATIZA Rodolfo,  
"Principios Básicos del Fideicomiso y la Administración Fiduciaria",  
Ed. Porrúa,  
México 1982.

- 5.- BOUCHE García Diego Mario,  
"Operaciones Bancarias",  
Ed. Porrúa,  
México 1988.
  
- 6.- BROSETA Pons Manuel,  
"Manual de Derecho Mercantil",  
Ed. Tecnos,  
Madrid.
  
- 7.- BANCO Mexicano Somex,  
"El Fideicomiso",  
Ed. Libros de México,  
México 1982.
  
- 8.- CARNELUTTI  
"Notte Sulla Funzione Del Conto Corrienti en Studi",  
Ed. José María Bosch,  
Roma 1917.
  
- 9.- CERVANTES Ahumada Raúl,  
"Títulos y Operaciones de Crédito",  
Ed. Herrero,  
México 1973.

- 10.- ESTASENI Pedro,  
"Instituciones de Derecho Mercantil",  
Ed. Reus,  
Madrid 1923.
  
- 11.- FUENTES y Flores Arturo y CALVO Octavio,  
"Derecho Mercantil",  
Ed. Banca y Comercio,  
México 1972.
  
- 12.- GARCIA Manies Eduardo,  
"Introducción al Estudio del Derecho",  
Ed. Porrúa,  
México 1980.
  
- 13.- GELLA V. Agustín,  
"El Contrato de Cuenta Corriente",  
Ed. Revista de Derecho Privado,  
Madrid 1933.
  
- 14.- GRECO Conso,  
"Di Diritto Bancario",  
Padua, Italia 1936.

- 15.- GUYNOT Jean Pierre,  
"Los Grupos de Interés Económico",  
Ed. Jurídicos Europa-América,  
Buenos Aires 1973.
  
- 16.- HERNANDEZ Octavio A.,  
"Derecho Bancario Mexicano",  
Tomo I,  
Ed. Asociación Mexicana de Investigaciones Administrativas,  
México 1956.
  
- 17.- KRIERGER Emilio,  
"Manual del Fideicomiso Mexicano",  
Banco Nacional de Obras y Servicios Públicos, S.A.  
México 1976.
  
- 18.- MANTILLA Molina Roberto,  
"Derecho Mercantil",  
Ed. Porrúa,  
México 1959.

- 19.- MOLINA Pasquel Roberto,  
"Derecho sobre el Fideicomiso",  
Ed. Jus,  
México 1946.
  
- 20.- MORANDO A.,  
"El Contrato de Cuenta Corriente",
  
- 21.- MUÑOZ Luis,  
"El Fideicomiso Mexicano",  
Ed. Cardenas, Editor y Distribuidor,  
México, 1973
  
- 22.- PINA Rafael De,  
"Diccionario de Derecho",  
Ed. Porrúa,  
México 1976.
  
- 23.- PINTADO Rivero José,  
"Derechos y Obligaciones del Fideicomiso",  
Ed. UNAM,  
México 1952.

- 24.- RODRIGUEZ y Rodríguez Joaquín,  
"El Fideicomiso y la Separación de la Quiebra",  
Ed. Escuela Nacional de Jurisprudencia,  
Tomo II Num 7 Y 8  
México 1940.
- 25.- RODRIGUEZ y Rodríguez Joaquín  
"Derecho Mercantil",  
Tomo II,  
Ed. Porrúa,  
México 1988.
- 26.- RODRIGUEZ y Rodríguez Joaquín,  
Derecho Bancario,  
Ed. Porrúa,  
México 1973.
- 27.- SANCHES Calero Fernando,  
"Instituciones de Derecho Privado",  
Ed. Revista de Derecho Privado,  
MEXICO.

- 28.- TENA Ramírez Felipe,  
"Derecho Mercantil",  
Ed. Porrúa,  
México 1922.
- 29.- VILLAGORDOA Lozano José Manuel,  
"Breve Estudio sobre el Fideicomiso",  
Publicación del Seminario de Derecho Mercantil y Bancario de la Facultad  
de Derecho de la Universidad Autónoma de México.
- 30.- VILLAGORDOA Lozano José Manuel,  
" Doctrina General del Fideicomiso",  
Ed. Asociación de Banqueros de México,  
México 1976.

**LEGISLACION CONSULTADA**

- 1.- Ley General de Títulos y Operaciones de Crédito.
- 2.- Ley de Instituciones de Crédito.
- 3.- Código de Comercio.
- 4.- Código Civil para el Distrito Federal.
- 5.- Circular Telefax "103/88"  
Banco de México  
23/Dic/88
- 6.- Circular Telefax "34/91"  
Banco de México  
11/Sep/91