

24 E2  
300609



**UNIVERSIDAD LA SALLE**

---

ESCUELA DE DERECHO  
INCORPORADA A LA UNAM

**"LA ACTIVIDAD FIDUCIARIA DE LAS  
INSTITUCIONES DE CREDITO"**

**TESIS PROFESIONAL**  
QUE PARA OBTENER EL TITULO DE  
**LICENCIADO EN DERECHO**  
P R E S E N T A :  
**EDUARDO GARDUÑO GARCIA VILLALOBOS**

ASESOR DE TESIS: LIC. RODOLFO VIDAL GOMEZ ALCALA

MEXICO, D. F.,

MARZO DE 1993

**TESIS CON  
FALLA DE ORIGEN**



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.

## I N D I C E

	Pág.
INTRODUCCION.....	1

### CAPITULO PRIMERO LA BANCA MEXICANA

I.- Epoca Colonial.....	5
II.- Epoca de México independiente.....	9
III.- Epoca revolucionaria.....	17
IV.- Epoca postrevolucionaria.....	21
V.- Epoca actual o contemporánea .....	30
Citas del capítulo primero.....	52

### CAPITULO SEGUNDO EL FIDEICOMISO

I.- Naturaleza jurídica del fideicomiso.....	55
1.- Teorías que lo analizan como "negocio o acto jurídico.....	56
a) Fideicomiso mandato.....	56
b) Fideicomiso como operación bancaria...	65
c) Fideicomiso como negocio fiduciario...	67
d) Fideicomiso como negocio indirecto....	72
2.- Teorías que lo observan en relación a la - situación de los bienes destinados al fidei	

comiso.....	74
a) Fideicomiso como patrimonio sin titular o de afectación.....	74
b) Fideicomiso como desdoblamiento de derechos- de propiedad.....	77
3.- Opinión personal.....	78
II.- Concepto.....	79
III.- La personalidad jurídica y el fideicomiso...	83
IV.- Elementos del fideicomiso.....	86
1.- Elementos personales para la dinámica del. Fideicomiso.....	86
A) Elemento Personal Constitutivo. El fideicomitente.....	87
B) Elementos Personales para la dinámica del Fideicomiso.....	91
a) El fiduciario.....	91
b) El fideicomisario.....	97
2.- Elementos formales.....	100
3.- Elementos reales.....	103
V.- Clases de fideicomiso.....	104
Citas del capítulo segundo.....	113

**CAPITULO TERCERO**  
**LA ACTIVIDAD DE LAS INSTITUCIONES**  
**FIDUCIARIA**

<b>I.- Situación jurídica de los bienes dados en ....</b>	
<b>fideicomiso.....</b>	<b>115</b>
<b>II.- Operaciones fiduciarias.....</b>	<b>135</b>
<b>III.- El delegado fiduciario .....</b>	<b>145</b>
<b>1) Concepto.....</b>	<b>145</b>
<b>2) Naturaleza jurídica.....</b>	<b>146</b>
<b>3) Nombramiento y remoción.....</b>	<b>151</b>
<b>4) Actos del delegado fiduciario. Limitaciones</b>	<b>155</b>
<b>IV.- Delegados Fiduciarios generales.....</b>	<b>158</b>
<b>V.- Delegados Fiduciarios especiales.....</b>	<b>158</b>
<b>VI.- Diferencias entre los Delegados Fiduciarios -</b>	
<b>Generales y los Delegados Fiduciarios Espe---</b>	
<b>ciales.....</b>	<b>163</b>
<b>VII.- Problemas de la representación en los fidei-</b>	
<b>comisos.....</b>	<b>164</b>
<b>VIII.- Honorarios Fiduciarios.....</b>	<b>168</b>
<b>Citas del capítulo tercero.....</b>	<b>171</b>
<b>Conclusiones.....</b>	<b>173</b>
<b>BIBLIOGRAFIA.....</b>	<b>178</b>

## I N T R O D U C C I O N

El fideicomiso es una figura jurídica muy rica dentro del campo del Derecho. A nuestro juicio, fue estructurada por el legislador con mucho esmero y responsabilidad; ello ha tenido como consecuencia su gran valía y positividad.

Los artículos de la Ley General de Títulos y Operaciones de Crédito correspondientes al fideicomiso, contienen una secuencia lógica y congruente, lo que lleva a estructurar a la figura con una técnica jurídica digna de reconocimiento; sus preceptos, lejos de contradecirse o crear duda, se van amalgamando, así como uniendo uno con otro, logrando una armonía y una regulación adecuada y congruente.

El propósito de este trabajo es estudiar el fideicomiso para pretender llegar a plantear cuál es su naturaleza jurídica y qué consecuencias tiene el constituirlo, apoyándonos para ello en la ley y analizando sus posibles aplicaciones dentro del Derecho.

Para ello estudiaremos minuciosamente a la leyes que de alguna u otra forma regulan o contienen disposiciones del fideicomiso y nos ayudaremos, desde luego, de las opiniones que sobre aspectos fundamentales de la figura han dado reconocidos autores, confrontaremos en ocasiones estas opiniones y exteriorizaremos la nuestra cuando lo consideremos oportuno.

Cabe señalar que este estudio será enfocado al fideicomiso privado y a la actividad fiduciaria que de él realizan las instituciones de crédito, excluyendo el análisis del llamado fideicomiso público en la ley, y las actividades fiduciarias realizadas por algunos organismos públicos descentralizados.

El propósito de este trabajo es analizar dos aspectos fundamentales de nuestro fideicomiso. En primer lugar su naturaleza jurídica. En su momento veremos que para nosotros el fideicomiso se constituye por declaración unilateral de voluntad de una persona llamada fideicomitente. El segundo aspecto fundamental a estudiar del fideicomiso es la situación jurídica de los bienes que se dan en fideicomiso, es decir, si la afectación de bienes

en fideicomiso implica o no la transmisión de la propiedad de los mismos.

Para lograr nuestro objetivo dividiremos nuestro trabajo en tres capítulos, al final de cada uno de los cuales el lector encontrará las citas bibliográficas utilizadas en el respectivo capítulo.

El primero de ellos "La Banca Mexicana", hace una recapitulación histórica de la banca en nuestro país, analizando cronológicamente sus leyes bancarias y, desde luego, ubicando al fideicomiso, desde su nacimiento hasta nuestros días. Analizaremos también dentro de este capítulo, los proyectos de Ley que hubo en nuestro país, y que a pesar de que no fueron aprobados, tuvieron importancia para la creación de la figura del fideicomiso en México.

En el segundo capítulo intitulado "El Fideicomiso" haremos un análisis de la figura materia de este trabajo. Para ello veremos cuál es su naturaleza jurídica, estudiando las distintas teorías que han tratado de explicarlo, para después dar una definición. Estudiaremos si el fideicomiso tiene o no personalidad jurídica; así sus elementos

personales, formales y reales y por último veremos los tipos de fideicomiso más utilizados en nuestro sistema jurídico.

En el tercer y último capítulo "La actividad de las instituciones fiduciarias", analizaremos la situación jurídica de los bienes dados en fideicomiso; las operaciones que no siendo propiamente fiduciarias, realizan los departamentos fiduciarios de las instituciones de crédito; qué es el Delegado Fiduciario y el procedimiento para nombrarlo y por último los honorarios fiduciarios.

Terminaremos con las conclusiones a las que habremos de llegar agotada nuestra investigación.

## CAPITULO PRIMERO

## LA BANCA MEXICANA

## I.- EPOCA COLONIAL.-

Al referirnos a los antecedentes históricos de la banca en México, debemos dejar claro la etapa comprendida entre los años 1523 a fines de 1821, es decir la etapa de dominación colonial española en la que, --según comentan ANTONIO MANERO y OCTAVIO A. HERNANDEZ entre otros-- no existieron, en lo que se conoció como Nueva España, bancos o sucursales de bancos españoles que trabajaran en dicho territorio. Durante esta época, en la Nueva España, el crédito se operaba por los comerciantes de las diversas ramas.

Algunas operaciones se realizaban en las alhóndigas o en los pósitos, teniendo el inconveniente de ser operaciones que sólo apoyaban actividades muy especiales y en forma limitada. También las organizaciones

ecleciásticas en algunos casos, prestaban dinero, a plazo y con interés.

Excepción hecha del Monte de Piedad de Animas, organizado por Pedro Romero de Terreros, cuya creación fue autorizada por el Gobierno Español el 2 de junio de 1774 y siendo su principal actividad el otorgar préstamos a las clases pobres, mediante el préstamo prendario.

Comenta ANTONIO MANERO, en su obra "La Revolución Bancaria en México", que al Banco del Monte de Piedad en 1879 se le autorizó operar como institución de emisión, emitiendo certificados por los depósitos confidenciales que recibía, certificados que eran documentos al portador y pagaderos a la vista. En este mismo año el banco transfirió su facultad emisora al Banco de Fomento.

También cabe hacer mención de otra Institución de Crédito que funcionó durante la colonia, el Banco de Avío de Minas, regulado por la Ordenanza de Minas de 1783, su función principal era el otorgamiento de crédito a mineros siendo un verdadero banco refaccionario. Como dice OCTAVIO HERNANDEZ:

- "(1). Recibía la plata a bajo precio;
- (2). No percibía interés;
- (3). Tenía como garantía los fondos de las minas, no la mina misma;
- (4). Dejaba la administración de la mina al minero; y
- (5). Se limitaba a vigilar la inversión de los fondos, nombrando al efecto un interventor." (1)

Entró en funciones en 1784, sin embargo, no cumplió con las expectativas esperadas y como consecuencia de sus escasos resultados desapareció a principios del siglo XIX.

Para RODRIGUEZ Y RODRIGUEZ: "La historia de las casas de banca en la época colonial, está por hacer como lo está la historia económica correspondiente a dicho periodo". (2)

Ubiquémonos ahora en la época independiente de 1821 a la fecha y estudiemos sus características y etapas más importantes:

ACOSTA ROMERO hace la siguiente clasificación didáctica de esta etapa:

"1.- De 1821, consumación de la Independencia, a 1867, restauración de la república. En esta época de graves disturbios y grandes problemas políticos y económicos rigieron 4 Constituciones: la de 1824, la de 1836, la de 1843, la de 1857 y un Código de Comercio de 1854; sin embargo, no hubo actividad bancaria ni tampoco bancos.

2.- De 1867 a 1889, en que se promulgaron los dos primeros Códigos de Comercio, en vigor en la República.

3.- De 1889 a 1897, en que se dió la primera Ley General de Instituciones de Crédito.

4.- De 1897 a 1913, en que se inició el caos financiero, motivado por la revolución.

5.- De 1913 a 1925, en que se liquidó prácticamente el sistema bancario anterior a la revolución y se inició la vigencia de la Constitución actual, de 1917.

6.- De 1925 a 1981, en que el sistema bancario mexicano se consolida y adquiere perfiles propios, convirtiéndose en uno de los más sólidos sistemas bancarios de Latinoamérica." (3)

El mismo en últimas ediciones de su obra ha adicionado esta clasificación, agregándole dos etapas, la etapa de 1982 a 1990; y la última a partir de mayo de 1990.

## II.- EPOCA DE MEXICO INDEPENDIENTE.-

La primera época, identificada como México independiente, 1821-1867, es una época en la que debido a la inestabilidad política por la invasión Francesa, hubo escasa actividad bancaria. En el año de 1824, se estableció en México la primer sucursal bancaria, conocida como Casa Barclay, de Londres.

El gobierno mexicano organizó los primeros bancos de nuestro país, como por ejemplo, el Banco de Avío, creado el 16 de octubre de 1830 por decreto del ejecutivo, banco cuyo objeto era el fomento de la industria nacional, no obstante tuvo una vida efimera, fue disuelto en 1842.

Otro banco creado por el gobierno mexicano fue el Banco de Amortización o Banco Nacional de Amortización de la Moneda del Cobre, creado en 1837. Su objeto era el de amortizar diversas clases de monedas y emitir cédulas, al

igual que el anterior tuvo una corta vida, se disolvió en 1841.

La lucha de los dos partidos imperantes en aquella época en nuestro país, es decir, los liberales y los conservadores y tras la caída de Iturbide, hicieron que cambiara la forma de gobierno de República Federal a Central y se dictaron las Constituciones centralistas, estas Constituciones que no contenían bases legislativas para el surgimiento de un sistema bancario.

Fue en el año de 1854, concretamente el 16 de mayo cuando se expidió el primer Código de Comercio en nuestro país, decretado por Antonio López de Santa Ana, entonces Presidente de la República.

Años más tarde, en 1864, bajo la vigencia de este Código, inició en México sus operaciones el Banco de Londres, México y Sudamérica, cuya matriz estaba en Londres. La concesión correspondiente la otorgó el gobierno de México, a Guillermo Newbold, este banco hasta la fecha existe, tras diversas transformaciones, hoy como Banca Serfin, Sociedad Anónima.

Al respecto anota ACOSTA ROMERO:

"Como puede observarse, durante toda esta etapa no había bases legislativas para el establecimiento de bancos y la regulación de la materia crediticia, pero además, ni la economía del país, ni su situación política, permitía que se institucionalizara esta actividad." (4)

No fue sino hasta la Constitución Federal de 1857, cuando por primera vez se dieron facultades al Congreso de la Unión para establecer bases generales de la legislación mercantil, facultades previstas en la fracción X del artículo 72 de la citada Constitución.

Al no reservar expresamente al Congreso de la Unión la materia bancaria, era facultad de los Estados el legislar sobre dicha materia, ello propició la proliferación de toda clase de bancos en los distintos Estados de la República. Ejemplos de estos bancos locales son en Chihuahua; el Banco de Santa Eulalia y el Banco Minero de Chihuahua.

La mayoría de estos bancos locales se dedicaron a la emisión de billetes, lo que provocó existiera un exceso de dinero circulante en el país con graves consecuencias a la economía nacional.

El Gobierno Federal al darse cuenta de los graves problemas económicos, debido a la proliferación de bancos locales y con el fin de que la legislación de la materia bancaria quedara reservada únicamente al Congreso de la Unión, reformó el artículo 72, fracción X, de la Constitución de 1857, promulgado el 14 de diciembre de 1883, para quedar como sigue:

"Artículo 72.- El Congreso tiene facultad:...  
Fracción X.- Para expedir Códigos obligatorios en toda la República de Minería y comercio, comprendiendo en este último las instituciones bancarias". (5)

En 1881, con capital suscrito en su mayoría por españoles, se constituye el Banco Mercantil.

En 1882 es creado el Banco Nacional Mexicano, como banco de emisión, descuento y depósito. Surge en virtud del

contrato celebrado entre el Gobierno Mexicano y el representante del Banco Franco Egipcio, iniciando sus operaciones el 27 de marzo del citado año.

El 31 de mayo de 1884 y debido a la competencia entre los dos bancos anteriores, es decir, el Banco Mercantil y el Banco Nacional Mexicano, éstos se fusionaron surgiendo así el Banco Nacional de México, Sociedad Anónima que opera hasta nuestros días con la misma denominación.

Tras la reforma comentada del artículo 72 fracción X de la Constitución Federal de 1857, surgió el Código de Comercio de 1884, primera Ley Federal de nuestro país que reguló la materia bancaria:

"El Código de Comercio de 1884, --anota ACOSTA ROMERO -- constituye para nuestro país la primera Ley Federal que reguló la materia bancaria y a partir de entonces el establecimiento de bancos, de cualquier especie, requirió autorización del Gobierno Federal (art. 954) y, además, para ello era necesario que se formaran sociedades anónimas compuestas por lo menos de cinco socios fundadores (art. 957), por lo que, en nuestro país, puede

decirse que a partir de entonces, en México, se requiere que los bancos sean organizados bajo esa forma de sociedad mercantil". (6)

Para MANTILLA MOLINA, las imperfecciones contenidas en este Código no explican que a poco de entrar en vigor se pensara en abrogarlo ya que también tenía, dicho Código, indudables aciertos. (7)

En 1889 surge un nuevo Código de Comercio, el cuál, en su artículo 640 ordenó que mientras se expedía una Ley de Instituciones de Crédito los bancos debían regirse por contratos hechos con el Ejecutivo Federal y aprobados por el Congreso.

Estamos de acuerdo con el maestro Miguel Acosta Romero, en considerar esta práctica de someter a las concesiones otorgadas por el Ejecutivo a la aprobación del Congreso de la Unión, al margen de la Constitución, por las siguientes razones:

"Es de comentar --anota ACOSTA POMERO,-- una práctica muy usual en el siglo pasado, mediante la cual, las

concesiones otorgadas por el Ejecutivo mediante contratos, se sometían a la aprobación del Congreso de la Unión. Creo que esta práctica era francamente, si no anticonstitucional, al margen de la Constitución, ya que, conforme al artículo 72, de la Constitución de 1857, el Congreso de la Unión no tenía facultades para ratificar o aprobar contratos concesiones celebrados por el Ejecutivo y, por otra parte, éste de acuerdo con el artículo 85, de la propia Constitución, tampoco tenía facultades para someter al Congreso, a su aprobación los contratos que celebrara."(8)

A pesar del anuncio de esta nueva Ley en el Código de Comercio de 1889, no fue sino hasta el 30 de noviembre de 1896, cuando el Ejecutivo presentó al Congreso el proyecto de Ley General de Instituciones de Crédito.

"El 30 de noviembre de 1896, -nos dice ANTONIO MANERO - el Ejecutivo presentó al Congreso el proyecto de Ley General de Instituciones de Crédito, que por primera vez fijó en México una base general para la constitución y funcionamiento de esas instituciones, y que debe considerarse como determinante de un nuevo período fundamental en la historia bancaria mexicana". (9)

El 19 de marzo de 1897, se promulgó la primera Ley General de Instituciones de Crédito, que estableció cuatro tipos de instituciones:

- 1.- Bancos de Emisión
- 2.- Bancos Hipotecarios
- 3.- Bancos Refaccionarios
- 4.- Almacenes Generales de Depósito.

OCTAVIO HERNANDEZ; señala las principales características de esta Ley:

"1). Estableció un sistema de pluralidad de bancos que permitió la creación de bancos locales, indispensables para el desarrollo del crédito regional;

"2). Prescribió la intervención estatal en la creación de los bancos;

"3). Estableció un sistema de garantías para el tenedor de billetes emitidos por los bancos autorizados para ello; y

4). Prestó atención inmediata a los bancos de emisión, a los bancos hipotecarios y a los bancos refaccionarios, en tanto que únicamente enuncia a los bancos

agrícolas y a los bancos prendarios a las cajas de ahorro y a los almacenes de depósito." (10)

La emisión de billetes por parte de los bancos fue en aumento hasta volverse anárquica y la administración muchas veces fue insuficiente y de mala fé.

"El 21 de noviembre de 1905, -a decir de BATIZA,- el Secretario de Hacienda, señor Limantour, envió a la Cámara de Diputados del Congreso de la Unión una iniciativa, conocida como proyecto Limantour que facultaba al Ejecutivo para que expidiera la Ley por cuya virtud pudiese constituirse en la República Instituciones comerciales encargadas de desempeñar las funciones de fideicomiso, de la cual era autor el señor Licenciado Jorge Vera Estañol". (11)

A pesar de haber sido turnado este proyecto a las Comisiones respectivas para su discusión, nunca llegó a discutirse, por lo que no adquirió categoría de ley. Sin embargo fue el primer intento legislativo para introducir el fideicomiso en nuestro país.

III.- EPOCA REVOLUCIONARIA.-

En 1910, al iniciar la Revolución, operaban durante la vigencia de la Ley de 1897, veinticuatro bancos de emisión, dos bancos hipotecarios y cinco refaccionarios.

Los bancos de emisión siguieron en aumento sin ningún control ni garantía y como resultado de las luchas revolucionarias, el 15 de septiembre de 1916, se promulgó una Ley que puso en liquidación a los diversos bancos de emisión hasta entonces en operación.

Meses más tarde, la Constitución de 1917, en su texto original del artículo 28, objeto de transcripción a continuación, incorporó un principio en el sentido de que la emisión de billetes y de moneda es facultad del Estado.

"Art. 28. En los Estados Unidos Mexicanos no habrá monopolios, ni estancos de ninguna clase; ni exención de impuestos; ni prohibiciones a título de protección a la industria; exceptuándose únicamente los relativos a la acuñación de moneda, a los correos, telégrafos y radiotelegrafía a la emisión de billetes por medio de un solo banco que controlará el Gobierno Federal, y a los

privilegios que por determinado tiempo se concedan a los autores y artistas para la reproducción de sus obras, y a los que, para el uso exclusivo de sus inventos, se otorguen a los inventores y perfeccionadores de alguna mejora.

En consecuencia, la ley castigará severamente y las autoridades perseguirán con eficacia toda concentración o acaparamiento en una o pocas manos de artículos de consumo necesarios y que tenga por objeto obtener el alza de precios; todo acto o procedimiento que evite o tienda a evitar la libre concurrencia en la producción, industria o comercio, o servicios al público; todo acuerdo o combinación, de cualquiera manera que se haga, de productores, industriales, comerciales y empresarios de transporte o de algún otro servicio, para evitar la competencia entre sí y obligar a los consumidores a pagar precios exagerados; y, en general todo lo que constituya una ventaja exclusiva indebida a favor de una o varias personas determinadas y con perjuicio del público en general, o de alguna clase social.

No constituyen monopolios las asociaciones de trabajadores, formadas para proteger sus propios intereses.

Tampoco constituyen monopolios las asociaciones o sociedades cooperativas de productores para que, en defensa de sus intereses o del interés general, vendan directamente en los mercados extranjeros los productos nacionales o industriales que sean la principal fuente de riqueza de la región en que se produzcan, y que no sean artículos de primera necesidad, siempre que dichas asociaciones estén bajo la vigilancia o amparo del Gobierno Federal o de los Estados, y previa autorización que al efecto se obtenga de las legislaturas respectivas en cada caso. Las mismas legislaturas, por sí o a propuesta del Ejecutivo, podrán derogar, cuando las necesidades públicas así lo exijan, las autorizaciones concedidas para la formación de las asociaciones de que se trata". (12)

Transcurrida la época revolucionaria, el país entró a una nueva etapa. Rodolfo Batiza nos comenta que en la Convención Bancaria celebrada en febrero de 1924, el señor Enrique C. Creel expuso se había iniciado en la República la creación de compañías bancarias de fideicomiso y ahorros y en esta convención dió algunos informes sobre el

funcionamiento de estas compañías en los Estados Unidos de América.

Aún cuando la convención sugirió se recomendaran estas opiniones a la Secretaría de Hacienda, jamás fue sancionada como ley.

#### IV.- EPOCA POSTREVOLUCIONARIA.-

El 7 de enero de 1925 se publicó la Ley General de Instituciones de Crédito y Establecimientos Bancarios, de 24 de diciembre de 1924.

Esta Ley General de Instituciones de Crédito de 1924, estructuró el sistema bancario mexicano, con las siguientes Instituciones: (art.6) el Banco Unico de Emisión y la Comisión Monetaria; los Bancos Hipotecarios, los Refaccionarios, los Agrícolas, los Industriales, los de Depósito y Descuento y los de Fideicomiso.

A mediados de marzo de 1925, el licenciado Jorge Vera Estañol preparó un proyecto de Ley de Compañías

Fideicomisarias y de Ahorro, el cuál fue presentado a la Secretaría de Hacienda.

Este proyecto tampoco fue sancionado como ley, pero fue de gran importancia y junto con las ideas de Alfaro, influyó en el texto de la Ley de Bancos de Fideicomiso de 1926.

El 17 de julio de 1926, fue publicado en el Diario Oficial de la Federación, la Ley de Bancos de Fideicomiso, contenía ochenta y seis artículos distribuidos en cinco capítulos: Objeto y Constitución de los Bancos de Fideicomiso; operaciones de fideicomiso; departamentos de ahorros; operaciones bancarias de depósito y descuento y disposiciones generales. Esta Ley tuvo una vida efimera fue abrogada por la Ley General de Instituciones de Crédito y Establecimientos Bancarios, publicada el 29 de noviembre de 1926 en el Diario Oficial de la Federación.

El 31 de agosto de 1926, se aprobó la Ley General de Instituciones de Crédito y establecimientos bancarios.

Con la expedición de esta Ley, podemos decir la banca mexicana alcanzó su consolidación e inició un período moderno, en el que además de regular a las Instituciones bancarias, regula a organismos auxiliares como el Banco de Emisión y las Compañías de fianzas.

En 1932 apareció la Ley General de Instituciones de Crédito, en ella, se acentúa la intervención Estatal. Esta Ley fue publicada el 28 de junio de 1932 y en su artículo 1, estableció las Instituciones Nacionales de Crédito y las Instituciones de Crédito autorizadas para realizar entre otras las operaciones de fiduciarias.

El 27 de agosto de 1932, se publicó en el Diario Oficial de la Federación, la Ley General de Títulos y Operaciones de Crédito, vigente en la actualidad, cuyo título II, capítulo V (artículos 346-350), regulan el fideicomiso.

El autor del capítulo del fideicomiso en esta Ley, fue el licenciado Pablo Macedo: "Mi estudio consistió -- indica MACEDO -- en proponer el articulado de la Ley de Títulos que habría de convertirse en el Título II, capítulo

**TESIS CON  
FALLA DE ORIGEN**

V, "Del Fideicomiso", que la comisión antes señalada me hizo el honor de aceptar en sus términos pero del que soy único autor y pleno responsable, especialmente en lo que a defectos puedan advertirsele."(13)

El 31 de mayo de 1941, se publicó en el Diario Oficial de la Federación la Ley General de Instituciones de Crédito y Organismos Auxiliares. Entró en vigor en toda la República el 2 de junio de 1941, comprendía 171 artículos divididos en cinco títulos y sus artículos transitorios.

Esta ley, en su artículo 2o., disponía que en ningún caso una sociedad podrá contar con autorización para llevar a cabo más de una de las operaciones que en este artículo se mencionan, a menos de que se trate de operaciones fiduciarias o de operaciones de depósito de ahorro, cuyo ejercicio si era compatible con las demás.

Las operaciones fiduciarias permitidas por la ley a las sociedades que tuvieran la "concesión" respectiva estaban en el artículo 44, el cual transcribimos a continuación:

"Art. 44. Las sociedades o las instituciones de crédito que disfruten de "concesión" para llevar a cabo operaciones fiduciarias estarán autorizadas en los términos de esta Ley:

a) Para practicar las operaciones de fideicomiso a que se refiere la Ley de Títulos y Operaciones de Crédito".

"b) Para intervenir en la emisión de toda clase de títulos de crédito, que realicen instituciones públicas o privadas o sociedades, garantizando la autenticidad de aquéllas, las firmas y la identidad de los otorgantes, encargándose de que las garantías en su caso, queden debidamente constituidas, cuidando de que la inversión de los fondos procedentes de la emisión se haga en los términos pactados, y recibiendo los pagos o las exhibiciones de los suscriptores; para actuar como representantes comunes de los tenedores de títulos; para hacer el servicio de caja o de tesorería relativo a los títulos por cuenta de las instituciones o sociedades emisoras; para tomar a su cargo los libros de registro correspondiente y para presentar a los socios accionistas, acreedores u obligacionistas en juntas o asambleas;

c) Para desempeñar el cargo de comisario o miembros del Consejo de vigilancia de sociedades, aunque no tengan participación en ellas;

d) Para encargarse de llevar contabilidad y libros de actas y de registro de toda clase de sociedades y empresas y para ceder su domicilio para pagos, notificaciones, celebración de juntas o asambleas, domiciliación que tendrá efectos legales siempre que se trate de la misma plaza y sea debidamente dada a conocer en cada caso.

e) Para desempeñar la sindicatura o encargarse de la liquidación judicial o extrajudicial de negociaciones, establecimientos, concursos o herencias;

f) Para desempeñar los cargos de albacea, executor especial, interventor, depositario judicial, representante de ausentes o ignorados, tutor o curador y patrono de instituciones de beneficencia;

g) Para administrar toda clase de bienes inmuebles que sean fincas rústicas, a menos que en este último caso hayan recibido la administración para distribuir el patrimonio entre herederos, legatarios, asociaciones o acreedores, o para pagar una obligación para garantizar su cumplimiento con el valor de la misma finca o de sus

**TESIS CON  
FALLA DE ORIGEN**

productos, y sin que en estos casos la adquisición exceda del plazo de dos años;

h) Para encargarse de hacer avalúos que tendrán la misma fuerza probatoria que las leyes asignan a los hechos por corredores titulados o peritos;

i) Para emitir certificados, haciendo constar la participación de los distintos copropietarios en bienes, títulos o valores que se encuentren en poder de la institución o la participación de acreedores en las liquidaciones en las que la institución fiduciaria tenga el carácter irrevocable de liquidador síndico;

i)bis. También estarán autorizadas para emitir los certificados de vivienda a que se refiere el artículo 228 a, último párrafo, de la Ley General de Títulos y Operaciones de Crédito, sobre bienes inmuebles afectos en fideicomiso.

j) Para recibir en depósito, administración o garantía por cuenta de terceros, toda clase de bienes, muebles, títulos o valores.

k) Y, en general, para llevar a cabo cualquier clase de negocios de fideicomisos y para desempeñar toda clase de mandatos y comisiones; además de aquellas

operaciones necesarias a la administración e inversión de su patrimonio".

Hasta ahora, como hemos visto, todas las leyes bancarias de nuestro país, sólo permitían las operaciones bancarias especializadas, es decir, los bancos únicamente estaban facultados para realizar operaciones bancarias específicas.

Poco a poco, las autoridades bancarias, se fueron dando cuenta de que este sistema de especialización de las operaciones bancarias, no era acorde a las necesidades bancarias, no respondía a las necesidades de la población, ya que una persona para realizar distintas operaciones tenía que visitar dos o más bancos.

Esto originó se reformaran las leyes bancarias para permitir a un sólo banco realizar varias operaciones, es decir, la "banca múltiple", objeto de análisis del siguiente apartado.

La Banca Especializada en nuestro país ha existido desde el siglo pasado y hasta 1974 en que se previó la posibilidad de la Banca Múltiple.

Entendemos por banca especializada, aquella que sólo realiza una actividad bancaria de las permitidas por la Ley.

En México, por razones políticas y de perfeccionamiento en la técnica bancaria, sólo existió la banca especializada pues así lo preveían todas sus leyes bancarias hasta la reforma de 1974. Tal es el caso de la Ley General de Instituciones de Crédito y Establecimientos Bancarios de 31 de agosto de 1926 de la que hablamos líneas atrás y de la Ley General de Instituciones de Crédito de 28 de junio de 1932.

Esta última ley, tras la experiencia de que no era posible que existieran instituciones estrictamente especializadas, permitió a las instituciones practicar operaciones correspondientes a otro tipo de organismos bancarios, adoptando un sistema de especialización real, conforme al cuál una misma institución de crédito podría

practicar diversas operaciones de crédito siempre y cuando los fondos obtenidos por un grupo de operaciones pasivas se invirtieran en operaciones activas del mismo grupo.

V.- EPOCA ACTUAL O CONTEMPORANEA.

El 2 de enero de 1975, mediante publicación en el Diario Oficial de la Federación, se modificaron el artículo 2o. y 8o. en su fracción III de la Ley de Instituciones de Crédito y Organismos Auxiliares, permitiendo fusionar instituciones de crédito que ejercían una o más de las áreas especializadas de la banca, para crear así una Banca Múltiple.

Las "Reglas para el establecimiento y operación de bancos múltiples", publicadas en el Diario Oficial de la Federación del 18 de marzo de 1975, expedidas por la Secretaría de Hacienda y Crédito Público, reguló a la nueva Banca Múltiple.

BAUCHE GARCIA DIEGO nos dice respecto de estas reglas:

"Consideró que las autoridades financieras deben procurar un desarrollo equilibrado del sistema crediticio y una competencia sana entre las instituciones que lo integran.

Advirtió la mayor estabilidad y potencial de desarrollo que pueden tener los bancos múltiples y las instituciones integrantes de grupos financieros, en comparación con instituciones especializadas e independientes, en virtud de que los primeros cuentan o pueden contar con instrumentos diversificados de captación y canalización de recursos, por la mayor flexibilidad que ello implica para adaptarse a las condiciones de los mercados financieros y las demandas de crédito de la economía.

Tuvo en cuenta la situación de numerosas instituciones de crédito independientes y de algunos grupos financieros pequeños, que en las actuales etapas del desarrollo financiero del país afrontan problemas para competir eficientemente con relativamente pocos grupos bancarios de gran dimensión".(14)

Estas "Reglas" ordenaban a las instituciones interesadas en operar como Banca Múltiple, presentar solicitud a la Secretaría de Hacienda y Crédito Público, con copia a la Comisión Nacional Bancaria y de Seguros y al Banco de México, S.A., acompañando los acuerdos sobre fusión de las asambleas de accionistas; plan de fusión de las sociedades respectivas dividido en etapas; estados contables; programas de captación de recursos, otorgamiento de créditos y otros.

En 1978, se adicionó la Ley de Instituciones de Crédito y Organismos Auxiliares, con el capítulo VII, del Título Segundo, "De las Instituciones de Banca Múltiple" artículos 46 bis 1 al 46 bis 10, siéndoles aplicables en lo conducente el Título Primero de "Disposiciones Preliminares".

Por decreto de Reformas y Adiciones a la Ley General de Instituciones de Crédito y Organizaciones Auxiliares publicado en el Diario Oficial de la Federación el 27 de diciembre de 1978 entró en vigor el 1o. de enero de 1979, se reformó en su parte fundamental esta Ley de 1941 entonces vigete.

TESIS CON  
FALLA DE ORIGEN

A continuación analizaremos las reformas más importantes:

a) Reformas Generales.

En su artículo segundo se establecían siete grupos de operaciones de banca y crédito, con la reforma aludida, el citado artículo nos dice que las concesiones son por su propia naturaleza intransmisibles y se referirán a uno o más de los siguientes grupos de operaciones de banca y crédito:

I.- Depósito.

II.- Ahorro.

III.- Financieras.

IV.- Hipotecarias.

V.- Capitalización.

VI.- Fiduciarias y

VII.- Múltiples.

El resto del artículo, en sus siguientes tres párrafos decía: "Para los efectos de esta ley, sólo se considerarán instituciones de crédito las sociedades a las que les haya sido otorgada concesión en los términos de las fracciones anteriores.

Las concesiones para realizar las operaciones a que se refieren las fracciones II y VI, únicamente podrán otorgarse a sociedades concesionadas para llevar a cabo operaciones de las que se especifican en las fracciones I, III, IV y V.

No podrá otorgarse concesión a una misma sociedad, para llevar a cabo más de uno de los grupos de operaciones a que se refieren respectivamente las fracciones III, IV, V y VII."

Al artículo tercero se le agregó que se consideran organizaciones auxiliares de crédito además de los Almacenes Generales de Depósito, las Bolsas de Valores y las Uniones de Crédito.

b) Operaciones de las Instituciones de banca Múltiple.

Las instituciones de Banca Múltiple fueron reguladas en el capítulo VII, artículo 46 bis 1 a 46 bis 10.

La prestación del servicio de la banca, era considerado como un servicio público y por lo mismo, para prestar dicho servicio era necesario contar con la "concesión" del gobierno. Así funcionó nuestro sistema bancario hasta noviembre de 1982, fecha en la que el Ejecutivo Federal, decidió por supuestas razones económicas y políticas, que el servicio de la banca ya no sería concesionado a particulares, y las concesiones otorgadas con anterioridad quedaban revocadas, por lo que la prestación del servicio bancario correspondería, a partir de entonces al Estado, sin posibilidad de otorgar "concesiones".

Las bases para la expedición de la Ley Reglamentaria del Servicio Público de Banca y Crédito de 1983, fueron establecidas por el decreto de 16 de noviembre de 1982, publicado en el Diario Oficial del día siguiente. Este decreto modificó el artículo 73, fracciones X y XVII, y adicionó los artículos 28 y 123, apartado B, de la Constitución.

"Art. 73.- El Congreso tiene facultad:

X.- Para legislar en toda la República sobre Hidrocarburos, minería, industria cinematográfica, comercio, juegos con apuestas y sorteos, servicios de banca y crédito,

energía eléctrica y nuclear, para establecer el Banco de Emisión Unico en los términos del Artículo 28 y para expedir las leyes del trabajo y reglamentaria del artículo 123."

Art. 28 párrafo quinto.- "Se exceptúa también de lo previsto en la primera parte del primer párrafo de este Artículo la prestación del servicio público de banca y crédito. Este servicio será prestado exclusivamente por el Estado en los términos que establezca la correspondiente ley reglamentaria, la que también determinará las garantías que protejan los intereses del público y el funcionamiento de aquellas en apoyo de las políticas de desarrollo nacional. El servicio público de banca y crédito será objeto de concesión a particulares."

"Art. 123, párrafo II.- El Congreso de la Unión, sin contravenir a las bases siguientes, deberá expedir leyes sobre el trabajo, las cuales regirán:

Apartado B, fracción VIII bis.- Las instituciones a que se refiere el párrafo quinto del Artículo 28, regirán sus relaciones laborales con sus trabajadores por lo dispuesto en el presente apartado".

**TESIS CON  
FALLA DE ORIGEN**

Contenia la citada Ley 43 articulos divididos en 3 capitulos: Disposiciones Generales; De las Sociedades Nacionales de Crédito; y de la proteccion de los intereses del Público.

La Ley declaraba ser de orden público y tener por objeto reglamentar el servicio público de Banca y Crédito que en términos del artículo 28 Constitucional, correspondía prestar al Estado. El servicio de la Banca se prestaría por Instituciones de Crédito constituidas por el Estado como Instituciones Nacionales de Crédito. (art. 2o.).

Estas Instituciones Nacionales de Crédito son empresas de participación estatal mayoritaria.

Definia a las Sociedades Nacionales de Crédito como instituciones de Derecho Público creadas por Decreto del Ejecutivo Federal conforme a las bases de la misma Ley, que tendrian personalidad jurídica y patrimonio propio (art. 7o.). Dichas sociedades tendrian duración indefinida y domicilio en el territorio nacional, pudiendo establecer sucursales y agencias en cualquier lugar, previa

autorización de la Secretaría de Hacienda quien a su vez se apoyaría en la opinión del Banco de México y de la Comisión Nacional Bancaria (art. 80.).

Las sociedades contarían con un capital representado por certificados de aportación patrimonial (caps) que deberían ser nominativos (art. 90.).

El 14 de enero de 1985 se publicó en el Diario Oficial de la Federación la Ley Reglamentaria del Servicio Público de Banca y Crédito, de 28 de diciembre de 1984.

Al igual que la ley de 1982, era de orden público y tenía por objeto reglamentar los términos en que el Estado prestaría el servicio público de Banca y Crédito (art. 10.). El servicio público de banca y crédito estaría prestado exclusivamente por instituciones de crédito con el carácter de sociedad nacional de crédito, haciendo una nueva clasificación: I.- Instituciones de banca Múltiple; y II.- Instituciones de Banca de Desarrollo. (artículo 20.).

El actual presidente de la República licenciado Carlos Salinas de Gortari, desde la toma de posesión de su

YESIS CON  
FALLA DE ORIGEN

mandato en el año de 1988, ha manifestado su política de que el Estado se dedique a gobernar y de que las actividades económicas y productivas de la nación deben ser realizadas por los particulares.

Así pues, desde 1988 hasta la fecha, el Gobierno Federal ha ido vendiendo a los particulares las empresas que considera éstos pueden manejar y con el producto de dichas ventas ha sanado, en parte, la economía nacional.

Las sociedades nacionales de crédito no fueron la excepción, y el 2 de mayo de 1990 el Ejecutivo Federal envió al Congreso de la Unión una iniciativa de decreto con el fin de establecer el régimen mixto de la prestación del servicio de banca y crédito.

Esta iniciativa de decreto, posteriormente aprobada por el Congreso de la Unión, derogó el párrafo quinto del Artículo 28 Constitucional, modificó y adicionó el inciso a) de la fracción XXXI del apartado A del artículo 123 para incluir los servicios de banca y crédito y reformó la fracción XIII bis, del apartado B del mismo artículo en el sentido de que las entidades de la Administración

Pública Federal, que forman parte del sistema bancario mexicano regirán las relaciones laborales con sus trabajadores por lo dispuesto en ese apartado.

En los meses de mayo a julio de 1990 se tomó la decisión de volver al sistema mixto de operación de los bancos, se promulgó la nueva Ley de Instituciones de Crédito; se reformaron todas las leyes que regulan el sistema financiero mexicano para cambiar el concepto de concesión por el de autorización y se expidió la Ley para regular los grupos financieros (Ley de Agrupaciones Financieras). También se separó a los Organismos Auxiliares de Crédito de la Ley de Instituciones de Crédito, creando su propia ley.

Como lo mencionamos, la Ley de Instituciones de Crédito en vigor sustituyó el término "concesión" por el de "autorización", es decir que para ejercer el servicio de la banca es necesario obtener la autorización respectiva y ya no la concesión.

Esto es porque ni el decreto de reforma del Ejecutivo Federal de 2 de mayo de 1990, ni la actual Ley de

**TESIS CON  
FALLA DE ORIGEN**

Instituciones de Crédito consideran al servicio de banca y crédito como servicio público.

Recordemos que los servicios públicos son servicios que satisfacen necesidades permanentes de interés colectivo inherentes a las funciones del Estado, mientras que los servicios de interés general también satisfacen necesidades de interés colectivo, pero a diferencia de los servicios públicos, constituyen un derecho de los particulares sujeto en su ejercicio, al cumplimiento de los requisitos que establezca la Ley.

Así pues, cuando los particulares presten servicios públicos, necesitan la correspondiente concesión por parte del Estado, por ser funciones propias de la administración pública. En cambio cuando los particulares presten servicios de interés general necesitan de la autorización respectiva. Si bien tienen el derecho preexistente para dedicarse a prestar dichos servicios necesitan de la mencionada autorización en virtud de que su ejercicio puede afectar inconvenientemente intereses colectivos que el Estado debe salvaguardar.

"En esta materia -- comenta FRANCISCO BORJA MARTINEZ,-- la postura de la actual Ley de Instituciones de Crédito, al considerar la función bancaria servicio de interés público y no servicio público, es adecuada pues como se afirmó la exposición de motivos que presentó al Congreso el Ejecutivo Federal para explicar las causas de la iniciativa atinente a la reforma constitucional en materia de Banca, que entró en vigor el 28 de junio de 1990, la atención de las responsabilidades básicas del Estado requiere una más selectiva propiedad Estatal y una más amplia participación de la sociedad por lo que resulta conveniente un ejercicio moderno de la autoridad del Estado, menos propietario y más efectivo en la conducción y promoción del desarrollo nacional".

"la adopción de una figura u otra (concesión o autorización) tiene importantes consecuencias prácticas".

"A diferencia de la autorización, la concesión es temporal por su propia naturaleza, además, en distintos casos al expirar su plazo o revocarse, el Estado, en virtud del llamado derecho de reversión, pasa a ser propietario de los bienes afectados a la prestación del servicio sin que

deba pagar compensación alguna. Considerando lo anterior, puede afirmarse que en esta materia, la Ley de Instituciones de Crédito otorga a los particulares mayor seguridad jurídica que la que confería la Ley de Instituciones de Crédito y Organizaciones Auxiliares de 1941." (15).

La Ley de Instituciones de Crédito fue aprobada por el Congreso de la Unión, se promulgó el 16 de julio de 1990 y se publicó en el Diario Oficial de la Federación el 18 de julio del mismo año.

La Ley tiene por objeto regular el servicio de la banca y crédito (art. 1o.). El servicio de banca y crédito sólo podrá prestarse por instituciones: I. De Banca Múltiple, y II. De banca de desarrollo. Define el servicio de banca y crédito como la captación de recursos del público en el mercado nacional para su colocación en el público, mediante actos causantes de pasivo directo o contingente, quedando el intermediario obligado a cubrir el principal y en su caso los accesorios financieros de los recursos captados (art. 2o.).

Para operar como Institución de Banca Múltiple se requiere autorización del Gobierno Federal otorgada discrecionalmente por la Secretaría de Hacienda, oyendo la opinión del Banco de México y de la Comisión Nacional Bancaria. Dicha autorización será intransmisible (art. 8o.). Sólo gozarán de autorización las sociedades anónimas de capital fijo, organizadas conforme a la Ley General de Sociedades Mercantiles, y particularmente; I. Tendrán por objeto la prestación de servicio de banca y crédito; II. Su duración será indefinida; III. Deberán contar con el capital social y el mínimo conforme a la Ley; IV. Su domicilio social estará en territorio nacional. (art. 9o.).

Toda persona que cumpla con los requisitos establecidos por la ley para prestar el servicio de banca y crédito, puede prestar dicho servicio previa la autorización correspondiente de la Secretaría de Hacienda y Crédito Público. Esta autorización dice la ley, será otorgado discrecionalmente por dicha Secretaría.

Como vimos el Estado otorga autorizaciones a los particulares cuando estos tienen el derecho preexistente de realizar alguna actividad, de interés general.

Si el particular cumple con los requisitos previstos por la Ley, no encontramos justificación para que la autoridad otorgue discrecionalmente la autorización, ya que además de los requisitos exigidos por la ley, el particular esta sujeto a la buena voluntad de la autoridad de querer otorgar dicha autorización.

Creemos que la facultad discrecional prevista en la Ley de Instituciones de Crédito, es un exceso de facultades de la autoridad hacia el particular, quien sólo debiera estar sujeto a cumplir con los requisitos de ley.

En cuanto a las instituciones de banca de desarrollo, la Ley de Instituciones de Crédito establece que son entidades de la Administración Pública Federal, con personalidad jurídica y patrimonio propios, constituidas, con el carácter de sociedades nacionales de crédito, es decir, son entidades de participación estatal mayoritaria. Su capital social estará representado por títulos de crédito denominados "certificados de aportación patrimonial" que deberán ser nominativos y divididos en dos series: la serie "A", que representará en todo tiempo el 66% del capital, que

sólo podrá ser suscrito por el Gobierno Federal; y la serie "B", que representará el 34% restante. (art. 32).

Las operaciones que pueden realizar las instituciones de crédito, están previstas en el artículo 46, el cuál en su fracción XV, dice "podrán practicar las operaciones de fideicomiso a que se refiere la Ley General de Títulos y Operaciones de Crédito, y llevar a cabo mandatos y comisiones." Cabe aclarar que las fracciones XVI a XXII, inclusive, del artículo 46 de la Ley de Instituciones de Crédito a pesar de estar previstos como operaciones independientes, las realiza por costumbre el departamento fiduciario de las instituciones de crédito ya que en las Leyes anteriores, estas operaciones estaban reservadas a los departamentos fiduciarios.

Las reformas de las leyes que rigen al sistema financiero mexicano, incluyeron la creación de la Ley para Regular las Agrupaciones Financieras.

Esta ley de Agrupaciones Financieras, permite a las instituciones financieras que de alguna u otra forma

otorgan crédito, se agrupan para prestar un servicio financiero completo e integral.

Marca una nueva etapa en el sistema bancario y financiero mexicano y así como en 1976 se creó la banca múltiple, para que un sólo banco realizara distintas operaciones, esta ley, hoy en día, permite a un grupo financiero prestar un servicio financiero integral.

Para Borja Martínez, esta ley presenta las características generales siguientes:

"Señala claramente los objetivos de esas agrupaciones.

Establece, en esta materia, en régimen uniforme para todo el sistema financiero.

Mantiene la posibilidad de que los diferentes tipos de intermediarios actúen en la vertiente relativa a integraciones a través de una sociedad controladora o bien en aquella correspondiente a vinculaciones accionarias directas entre ellos.

Permite a las autoridades regular con la amplitud y flexibilidad necesarias las características que vaya siendo conveniente dar a los grupos financieros para hacer de ellos instrumento eficiente en la procuración de un adecuado desarrollo del sistema financiero en su conjunto .

Fortalece el régimen de garantía tanto a favor del público como de los financiamientos que a las sociedades integrantes del grupo otorgan el Fondo Bancario de protección al Ahorro o al fondo de protección y garantía que, para las casas de bolsa, preve la Ley del Mercado de Valores, y

Determina las competencias que, respecto a las sociedades controladoras, corresponden a las Comisiones Nacionales Bancaria, de Valores y de Seguros y Fianza".(16)

Esta ley fue publicada en el Diario Oficial de la Federación el 18 de julio de 1990, contiene 36 artículos divididos en 5 títulos y 4 artículos transitorios.

Tiene por objeto regular las bases de organización y funcionamiento de los Grupos Financieros; establecer los términos bajo los cuales habrán de operar, así como la protección de los intereses de quienes celebren operaciones con los integrantes de dichos grupos.

Se requiere autorización de la Secretaría de Hacienda para la constitución y funcionamiento de grupos financieros. Estas autorizaciones serán otorgadas discrecionalmente por dicha Secretaría oyendo la opinión del Banco de México y según corresponda de las Comisiones Nacionales Bancaria, de Valores y de Seguros y Fianzas. Por su naturaleza dichas autorizaciones son intransmisibles. (art. 6).

Idéntico comentario al anotado líneas atrás respecto de la facultad discrecional que la ley concede a la Secretaría de Hacienda y Crédito Público al otorgar la "autorización" correspondiente para dedicarse a la prestación del servicio bancario, es aplicable para el otorgamiento de la "autorización" a los grupos que prestan servicios financieros.

Los grupos financieros estarán integrados por una sociedad controladora y por algunas de las entidades financieras siguientes: almacenes generales de depósito, arrendadoras financieras, casas de bolsa, casas de cambio, empresas de factoraje financiero, instituciones de banca múltiple, instituciones de fianzas, instituciones de seguros, así como por sociedades operadoras de sociedades de inversión. Cada grupo contará por lo menos con tres de las entidades financieras antes citadas, que no sean sociedades de inversión. (art. 7o.)

El control de las asambleas generales de accionistas y de la administración de todos los integrantes de cada grupo, deberá tenerlo una misma sociedad anónima controladora. (art. 15)

El consejo de administración estará integrado, a elección de los accionistas de la sociedad, por once o veintidós consejeros, o por múltiples de once. (art. 24).

La designación de consejeros deberá recaer en persona con reconocida honorabilidad que cuente con amplios

conocimientos y experiencia en materia financiera o administrativa. (art. 25).

## CITAS DEL CAPITULO PRIMERO

1) HERNANDEZ, Octavio A, Derecho Bancario Mexicano, Instituto de Investigaciones Jurídicas, Universidad Nacional Autónoma de México, México, 1956, p. 46.

2) RODRIGUEZ Y RODRIGUEZ, Joaquín, Derecho Bancario, 2a. ed., Ed. Porrúa, México, 1964, p. 20 y 8.

3) ACOSTA ROMERO, Miguel, La Banca Múltiple, 1a. ed., Ed. Porrúa, México, 1981, p. 49.

4) Op. cit., p. 52.

5) TENA RAMIREZ, Felipe, Leyes Fundamentales de México, 16a. ed., Ed. Porrúa, México, 1988 p.290

6) ACOSTA ROMERO, Derecho ...cit p. 55.

7) MANTILLA MOLINA, ROBERTO L, Derecho Mercantil, 6a. ed., Ed. Porrúa, México, 1989, p.73.

TESIS CON  
FALLA DE ORIGEN

- 8) ACOSTA ROMERO, Derecho, .cit., p. 56
- 9) MANERO, Antonio, La revolución bancaria en México, Instituto de Investigaciones Jurídicas, Universidad Nacional Autónoma de México, México, p. 19.
- 10) HERNANDEZ, Octavio op. cit., p. 50
- 11) BATIZA, Rodolfo, El Fideicomiso Teoría y Práctica, 5a. ed., Ed. Jus, México, 1991, p. 102.
- 12) TENA RAMIREZ, op. cit., p. 291
- 13) LEPALLE PIERRE, Tratado Teórico y Práctico de los Trusts, Traducción y Estudio sobre El Fideicomiso Mexicano por Pablo Macedo, 1a. ed., Ed. Porrúa, México 1975, p. XXV.
- 14) BAUCHE GAPCIADIEGO, Mario, Operaciones Bancarias Activas, Pasivas y Complementarias, 4a. ed., Ed. Porrúa, México, 1981, p. 441.
- 15) BORJA MARTINEZ, Francisco, El Nuevo Sistema Financiero Mexicano, 1a. ed., Fondo de Cultura Económica. México

1991, p. 113 y s..

16) Op. cit., p. 235.

## CAPITULO SEGUNDO

## EL FIDEICOMISO.

## I.- NATURALEZA JURIDICA DEL FIDEICOMISO.

En este capítulo estudiaremos qué es el fideicomiso, sus elementos y los fideicomisos mas comunmente utilizados.

Es importante analizar cuál es la naturaleza jurídica del fideicomiso, para así poder hacer un estudio con más elementos y apegado a la realidad.

Este tema ha sido muy discutido por la doctrina de nuestro país, encontramos muy diversas opiniones y conclusiones. Los más de los autores han estudiado la naturaleza jurídica del fideicomiso, en relación a la situación que guardan los bienes a él afectos.

A continuación analizaremos teorías que estudian la naturaleza jurídica del fideicomiso, como negocio jurídico e bien en relación a la situación de los bienes a

él destinados, para después dar nuestro punto de vista al respecto.

1.- Teorías que lo analizan como "negocio o acto" jurídico.

a) Fideicomiso-mandato.

En nuestro sistema jurídico, una de las tendencias o doctrinas más aceptadas respecto de la naturaleza jurídica del fideicomiso, es la teoría del fideicomiso-mandato inspirado en la obra del jurista Panameño Ricardo Alfaro quien inspiró a su vez a la legislación de su país y a diversas legislaciones de Latinoamérica.

Este autor, citado por MOLINA PASQUEL, define el fideicomiso de la siguiente forma:

"El fideicomiso es un mandato irrevocable en virtud del cual se transmiten determinados bienes a una persona llamada fiduciario para que disponga de ellos conforme lo ordene el que los transmite, llamado fideicomitente, a beneficio de un tercero llamado fideicomisario". (1)

Así las cosas, nos dice MOLINA PASQUEL, en México, la Ley de Bancos de Fideicomiso de 30 de junio de 1926 entendió al fideicomiso como un "mandato irrevocable" por virtud del cuál "se entregan a un Banco" con el carácter de Fiduciario, ciertos bienes "para que disponga de ellos o de sus productos" según la voluntad del fideicomitente, con un fin lícito y a beneficio del fideicomisario. (art. 1o. y 2o.).

ALFARO, explicando su definición afirma:

"... si lo que hace el fiduciario es en resumidas cuentas desempeñar un encargo del fideicomitente, y si de acuerdo con la jurisprudencia, el contrato de mandato es aquél por medio del cual una persona se obliga a prestar algún servicio o a hacer alguna cosa por cuenta o por encargo de otra, hay que concluir rectamente que el fideicomiso es en substancia un mandato en el cual el fiduciario es el mandatario y el fideicomitente es el mandante". Puesto que "el mandato es revocable por el mandante y por esta razón sería ineficaz para los fines que se persiguen, el

fideicomiso debe ser irrevocable" para que el derecho del fideicomisario no sea ilusorio, ni tampoco lo sean las facultades del fiduciario". (2).

No obstante que el mandato y el fideicomiso coinciden en que tanto el mandatario como el fiduciario se obligan a ejecutar actos jurídicos encargados por el mandante y el fideicomitente respectivamente, creemos no se puede equiparar al fideicomiso con el mandato por las diferencias fundamentales que veremos a continuación:

El Código Civil, en su artículo 2546, define al mandato como un contrato por el que el mandatario se obliga a ejecutar por cuenta del mandante los actos jurídicos que éste le encarga. Por su parte, la Ley General de Títulos y Operaciones de Crédito, en su artículo 346, nos dice que en virtud del fideicomiso, el fideicomitente destina ciertos bienes a un fin lícito determinado, encomendando la realización de ese fin a una institución fiduciaria.

De la comparación de los dos artículos citados en el párrafo anterior, encontramos dos diferencias que creemos

son fundamentales para concluir que el fideicomiso no es un mandato, amén de otras diferencias que también veremos.

En primer lugar, destacamos el hecho de que en el fideicomiso el fideicomitente debe destinar ciertos bienes de su patrimonio para que el fiduciario realice con ellos un fin lícito y determinado encomendado por aquél, es decir, para la existencia del fideicomiso forzosamente deben existir bienes determinados del fideicomitente sobre los que podrá realizar el fin del fideicomiso.

No así en el mandato, ya que el mandatario realiza el encargo de su mandante, por lo general, sin necesidad de que se le destinen bienes.

Esta designación de bienes nos lleva a una segunda diferencia entre estas dos figuras y es que el fiduciario tiene que limitarse a esos bienes para realizar el fin que se le encomendó, mientras que el mandatario tiene una esfera de acción mucho mayor, ya que, por lo general, tiene facultades sobre todo el patrimonio de su mandante.

La realización del encargo en el fideicomiso siempre lo hará una institución fiduciaria, no así el encargo del mandante que lo puede realizar cualquier persona que tenga capacidad de ejercicio.

"...no pueden confundirse o identificarse el fideicomiso y el mandato, -afirma SANCHEZ MEDAL- por estas razones:

1o. El mandante no pierde en ningún caso la legitimación o la posibilidad jurídica de realizar él mismo los actos jurídicos que ha encomendado al mandatario, aunque se trate de un mandato irrevocable o se esté en presencia de un mandato general amplísimo. En cambio, los actos jurídicos que el fiduciario debe realizar en ejecución del fideicomiso y por encargo del fideicomitente, sólo el propio fiduciario y no el fideicomitente está legitimado para llevarlos a cabo por virtud del mismo fideicomiso, de tal suerte que si, como a veces acontece, el citado fiduciario desea que el fideicomitente realice algunos de esos actos jurídicos, es indispensable que el fiduciario devuelva en cierto sentido al fideicomitente las facultades que éste le confirió y le otorgue para ello un mandato al

propio fideicomitente, que es lo que sucede con frecuencia cuando el fiduciario confiere mandato a una persona designada por el fideicomitente para administrar o para pleitos y cobranzas en relación con los bienes fideicomitidos.

2o. En el mandato, el mandatario obra siempre por cuenta del mandante y su actuación es en nombre de éste, cuando se trata del mandato representativo, o en nombre propio cuando se trata del mandato sin representación, pero en este último caso los efectos jurídicos del acto realizado por el mandatario se producen directamente en el patrimonio del propio mandatario: <<Cuando el mandatario obra en su propio nombre, el mandante no tiene acción contra las personas con quienes el mandatario ha contratado, ni éstos tampoco contra el mandante. En este caso, el mandatario es el obligado directamente en favor de la persona con quien ha contratado, como si el asunto fuera personal suyo...>>(art. 2561, Cod. Civ.).

En cambio, la actuación del fiduciario nunca es en representación o en nombre del fideicomitente, ni siquiera por cuenta de éste, puesto que la actuación del fiduciario es siempre en nombre propio y por cuenta

propia, y sin embargo, a pesar de ello, los efectos jurídicos del acto realizado por el fiduciario no se producen en su propio patrimonio, sino que por virtud del fideicomiso todos esos efectos se producen sólo sobre los bienes objeto del fideicomiso, con la única salvedad de las responsabilidades en que pueda incurrir el fiduciario, por su culpa o por su dolo, cuando en su actuación se aparta del encargo que le ha confiado en el fideicomiso.

3o. El radio de acción es mas limitado en el fideicomiso que el campo de aplicación más amplio del contrato de mandato, por que en éste pueden ser materia de él toda clase de actos jurídicos con tal de que sean lícitos y no estrictamente personales del mandate, aun los relativos a los no patrimoniales del derecho de familia e incluso también los referentes a meras obligaciones de hacer, en tanto que el fideicomiso debe tener siempre por objeto actos jurídicos relacionados precisamente con bienes, o sea con los bienes materia del fideicomiso."(3)

En forma categórica, ALVAREZ DE LA TORRE afirma:

"Sería largo y prolijo enumerar las otras diferencias que existen entre el mandato y el fideicomiso. Basta concluir que mandato y transmisión son jurídicamente contradictorios: o bien hay mandato sin transmisión o hay transmisión que por esencia no es mandato".(4)

Para este autor, quien considera en el fideicomiso hay una transmisión de propiedad, no se puede asimilar el fideicomiso al mandato ya que si hay transmisión de propiedad no puede haber mandato. Una persona no puede mandar sobre los bienes de otra.

MOLINA PASQUEL nos dice:

"En resumen: es cierto que existen semejanzas en las relaciones de los sujetos del mandato y los sujetos del fideicomiso; pero es innegable que son mayores las diferencias y que aquéllas no justifican la identificación de ambas instituciones."(5)

Por su parte DOMINGUEZ MARTINEZ, señala en su estudio sobre el tema:

"... con tener en cuenta que la afectación o transmisión de que son objeto los bienes fideicomitidos sin que lo sean aquellos sobre los que recaerán los actos objeto del mandato, es suficiente para determinar que si bien no es ésta la única diferencia entre el primero y el segundo si que es suficiente para determinar que ambas figuras son diversas desde sus cimientos." (5)

Como sabemos el objeto del mandato suele recaer sobre parte o sobre todo el patrimonio de una persona, pero los bienes objeto del mandato no quedan afectos, es decir, no tienen una situación distinta o especial a la de los demás bienes del patrimonio del mandante, por el hecho de ser objeto de un mandato. En cambio los bienes dados en fideicomiso quedan afectos al fin que se destinan y por lo mismo, tienen una situación especial la cuál veremos más adelante.

Es evidente, por las razones comentadas, que el fideicomiso no es una especie de mandato, no obstante que estas dos figuras coinciden en el encargo que una persona hace a otra de la realización de un acto jurídico.

b) Fideicomiso como operación bancaria.

Esta teoría que identifica al fideicomiso como operación bancaria, se fundamenta, en el primer párrafo del artículo 350 de la Ley General de Títulos y Operaciones de Crédito, pues este artículo dispone que sólo pueden ser fiduciarias las instituciones expresamente autorizadas para ello conforme a la Ley General de Instituciones de Crédito, hoy Ley de Instituciones de Crédito.

Por su parte el artículo 2o. de la Ley de Instituciones de Crédito en vigor, nos dice que el servicio de banca y crédito sólo podrá prestarse por instituciones de crédito, que podrán ser: instituciones de banca múltiple e instituciones de banca de desarrollo.

Dentro de las operaciones que pueden realizar las instituciones de crédito está la de practicar las operaciones de fideicomiso a que se refiere la Ley General de Títulos y Operaciones de Crédito y llevar a cabo mandatos y comisiones, según la fracción XV, del artículo 46 de la Ley de Instituciones de Crédito.

Ahora bien, la Ley General de Títulos y Operaciones de Crédito, considera actos de comercio, las operaciones de crédito reglamentadas por dicha ley, de acuerdo con el artículo 10. de la citada ley.

Luego entonces, las operaciones que como fiduciarias realizan las instituciones de crédito, son actos de comercio, por que así lo dispone la ley que regula dichas operaciones.

Estos son los fundamentos legales por los que se considera, no sin razón y desde un punto de vista formal, que el fideicomiso es una operación de crédito bancaria.

Al ser el fideicomiso una operación bancaria y ya que las operaciones bancarias pueden ser: operaciones activas; operaciones pasivas y operaciones de servicio, estimamos que la operación bancaria de fideicomiso es una operación de servicio, en ella, la institución fiduciaria no otorga crédito, ni recibe dinero en custodia, sino que los bienes que se le destinan, son para realizar con ellos un fin lícito y determinado.

Estimamos que esta teoría no es suficiente para explicar la naturaleza jurídica del fideicomiso, únicamente habla de una de sus características, es decir, que es una operación bancaria, pero ello no nos dice nada acerca de su naturaleza jurídica.

c) Fideicomiso como negocio fiduciario.

DOMINGUEZ MARTINEZ define el negocio fiduciario como "...aquél acuerdo mediante el cual un sujeto transmite la propiedad de un bien o la titularidad de un derecho a otra y ésta se obliga a destinar lo transmitido a una finalidad determinada que aquél señaló con lo que corresponderá a la confianza que para ello le tuvo el primero".(7)

Recordemos que hablamos de negocio fiduciario el cual no debemos confundir con fideicomiso.

BARRERA GRAF define el negocio fiduciario de la siguiente manera: "aquél en virtud del cual una persona transmite a otra ciertos bienes o derechos, obligándose ésta

a afectarlos a la realización de una finalidad lícita determinada y, como consecuencia de dicha finalidad a retransmitir dichos bienes o derechos a favor de un tercero o revertirlos a favor del transmitente".(9)

"En conclusión -- sostiene BARRERA GRAF,-- podemos afirmar, como lo sostiene la doctrina mexicana prevaeciente el fideicomiso es un negocio fiduciario:

a) Porque se trata de un negocio que atribuye a alguien un derecho patrimonial en interés de otro (que puede ser el fideicomitente o el fideicomisario), y a nombre propio. Existe, pues, la doble relación: transmisión de bienes o derechos al fiduciario (relación real) y obligación asumida por dicho fiduciario de afectar a una determinada finalidad dichos bienes o derechos (relación obligatoria o personal);

b) De parte del fiduciario --en medida mayor o menor-- existe la potestad de abuso, sin que corresponda al fiduciante o al beneficiario (que en nuestra terminología se llaman fideicomitente y fideicomisario) acción real de reivindicación;

c) Derivando, como deriva el fideicomiso, del trust anglosajón puede aceptarse que éste, ya sea en su origen meramente, a través del "use", e incluso en la actualidad, corresponde al concepto de negocio fiduciario en los sistemas romanistas;

d) Las objeciones de algunos autores de considerar al fideicomiso como negocio fiduciario, son insostenibles, como hemos demostrado antes. En otro estudio hemos tratado de demostrar, por una parte, que no hay impedimento para la adopción de los negocios fiduciarios en México, y por otra parte, que el fideicomiso es precisamente un tipo de negocio fiduciario;

e) De no aceptarse la explicación del negocio fiduciario tendríamos que admitir que el fideicomiso es un negocio sui-generis lo cual no es decir nada, o que él plantea un tipo especial de relación no admitida en nuestro sistema y si en el anglosajón, en cuya virtud se opera un desdoblamiento de la propiedad, o sea, un tipo de propiedad especial que correspondería tanto al fiduciario como al fideicomitente o al fideicomisario; ahora bien, creemos que

tal concepto es totalmente contrario a nuestros principios y está reñido con el carácter absoluto --en cuanto unitario-- del concepto romano de propiedad;

f) El fideicomiso es un negocio fiduciario y lo es tanto el testamentario como el contractual; tanto el fideicomiso estrictamente bilateral (en el que no hay fideicomisario o en el que el fideicomisario es el propio fideicomitente), como aquél en que hay una estipulación a favor de tercero, o sea, el fideicomiso en que no coinciden fiduciante y beneficiario, ya sea que dicho tercero esté constituido por una persona cierta y determinada, o bien por el público. En todas estas formas de fideicomiso se da la traslación de la propiedad y la afectación, es decir, la doble relación; en todas interviene necesariamente el fiduciante y el fiduciario;

g) Por último, en toda forma de fideicomiso se constituye un patrimonio de afectación, destinado exclusivamente al cumplimiento de la finalidad pactada, la cual se impone como obligación --y como limitación-- al fiduciario, dueño de dicho patrimonio."(9)

Pensamos que esta confusión en la doctrina mexicana de ubicar al fideicomiso dentro de los negocios fiduciarios, proviene de la idea de que el fideicomiso implica un transmisión de propiedad, cuando en realidad no existe tal transmisión.

Entendemos por negocio fiduciario el acuerdo de voluntades entre dos personas por el cuál una persona, basándose en la confianza que tiene de otra persona, transmite a esta última la propiedad de un bien, con el fin de que ésta realice un encargo hecho por la primera.

Destacan en este negocio dos elementos, el elemento real (transmisión de bienes) y el elemento personal la confianza que una persona tiene en otra de que esta realizará lo encomendado por la primera.

Estimamos que el fideicomiso no es un negocio fiduciario a pesar de la opinión de algunos tratadistas mexicanos, porque como lo vimos en las definiciones anteriores en el negocio fiduciario si existe la transmisión de bienes, --elemento real del contrato--, para que el fiduciario realice con ellos el fin propuesto por el

fiduciante, en cambio en el fideicomiso no existe la transmisión de bienes, existe la afectación de bienes a un fin determinado. Por otra parte, el fideicomiso sólo requiere de una voluntad para su constitución, en cambio el negocio fiduciario es un contrato consensual que requiere del acuerdo de dos voluntades para su celebración.

Por otro lado el fideicomiso es una figura típica dentro de nuestra legislación y el negocio fiduciario es una figura atípica.

Creemos suficientes estas razones para concluir que el fideicomiso no es un negocio fiduciario, a pesar de las similitud de estas dos figuras.

d) Fideicomiso como negocio indirecto:

La doctrina en general entiende al negocio indirecto como aquél en virtud del cuál las partes celebran un negocio en el que de antemano su intención no es obtener los fines normales de dicho negocio, sino que éste les sirve de medio para obtener otros fines.

ASCARELLI citado por DOMINGUEZ MARTINEZ, considera al negocio indirecto como "aquel en el que las partes recurren a un negocio jurídico determinado, pero el último fin práctico que se proponen no es de hecho el que normalmente se actúa a través del negocio por ellos adoptado si no un fin diverso, frecuentemente análogo al de otro negocio, con mayor frecuencia carente de una determinada forma típica en determinado ordenamiento".(10)

Por su parte REGELSBERGER, citado por MIGUEL ANGEL TEJEDA, define al negocio indirecto como "la desproporción entre el medio jurídico empleado y el fin práctico perseguido por las partes".(11)

Para algunos autores como RODRIGUEZ Y RODRIGUEZ "Los fines del fideicomiso (transmisión de bienes para fines de beneficencia, para pago de rentas, para garantías de obligaciones, para administración, etc.) podrían conseguirse mediante negocios reglamentados por la legislación positiva (compraventa, mandato, comisión, prestación de servicios, hipotecas, etc. etc.,) máxime que a todos estos negocios pueden dárseles las más variadas estructuras, dado la

libertad de contratación que es base de nuestro sistema jurídico privado."(12)

De lo anterior se desprende que el fideicomiso es un negocio indirecto siendo éste solo un elemento de su naturaleza jurídica, ya que ésta es mucho más compleja.

2.- Teorías que lo observan en relación a la situación de los bienes destinados al fideicomiso.

a) Fideicomiso como patrimonio sin titular o de afectación.

La doctrina mexicana en su mayoría admite que el concepto de nuestro fideicomiso está inspirado en la interpretación del "trust" elaborada por el Jurista francés PIERRE LEPAULLE. Este autor define al "trust" como:

"Institución jurídica que consiste en un patrimonio independiente de todo sujeto de derecho y cuya unidad está constituida por una afectación que es libre dentro de los límites de la ley en vigor y del orden público".(13)

LEPAULLE explica que los elementos esenciales del trust son dos: un patrimonio distinto y una afectación. Dicho patrimonio forma un todo distinto y se afirma no es de nadie. Explica que no será del settlor, (fideicomitente) pues constituiría una donación con cargo o estipulación a favor de tercero y tampoco del cestui que trust, (fideicomisario) puesto que la figura central de la afectación se convertiría en un mandatario, administrador, tutor pero nunca será un trustee, (fiduciario).

LANDERECHE OBREGON, citado por ALVAREZ DE LA TORRE, al tratar el fideicomiso mexicano calificó como precisa y acertada la reglamentación de la Ley General de Títulos y Operaciones de Crédito. Partidario de la teoría de Lepaulle aplicada a nuestro fideicomiso, señala que "resulta económica y jurídicamente fundada la formación de un patrimonio autónomo destinado a un fin lícito, sin que necesariamente tenga como requisito la existencia de un propietario determinado, sino como simple condición de un órgano que realice el fin que se persigue".(14)

Creemos que el legislador mexicano se inspiró en Lepaulle al considerar los bienes objeto del fideicomiso destinados y afectos a un fin, pues los artículos 346 y 351 de la Ley General de Títulos y Operaciones de Crédito, hablan respectivamente de destino de bienes a un determinado fin y de que los bienes dados en fideicomiso se consideran afectos al fin que se destinan.

Estamos de acuerdo en que los bienes objeto del fideicomiso son destinados únicamente a conseguir el fin del mismo, pero en nuestro concepto este destino del objeto no implica el nacimiento de un patrimonio autónomo sin titular, ya que el patrimonio, siendo como lo es, un atributo de la personalidad, siempre va unido a una persona, por lo tanto no puede ser aceptada la teoría de un patrimonio autónomo o sin titular.

"Lógica y jurídicamente --nos dice ALVAREZ DE LA TORRE al hablar de la teoría de LEPAULLE-- es inaceptable su teoría del patrimonio sin titular, ya que la afectación del patrimonio deberá requerir de la personalidad jurídica inherente al sujeto de derecho que sea titular del patrimonio. Los bienes no son el centro de imputación

jurídica, sino el objeto de la afectación. La tesis de Lapaulle de pretender que existen derechos sin sujeto, sustentada en la de Brinz y Bakker, cae por tierra ante el argumento lógico que esgrime García Máynez cuando dice: "Todo derecho es a fortiori facultad jurídica de alguien, así como toda obligación necesariamente supone un obligado. Hablar del derecho sin titular es contradecirse. La noción de deber se encuentra ligada inseparablemente al concepto de personas; entre ellos hay una relación del mismo tipo que la que existe entre las ideas de sustancia y atributo".(15)

b) Fideicomiso como desdoblamiento de derechos de propiedad.

Los partidarios de esta tesis entre ellos LIZARDI ALBARRAN en su tesis "Ensayo sobre la naturaleza jurídica del fideicomiso", admiten la posibilidad de que la propiedad del objeto del fideicomiso se desdoble en dos derechos reales, el fiduciario titular de uno y el fideicomisario del otro.

Así, para RODRIGUEZ Y RODRIGUEZ el fiduciario es dueño jurídico pero no económico de los bienes que recibió

en fideicomiso, el fiduciario es quien ejerce las facultades dominicales, pero en provecho ajeno.

Ya hemos visto que el patrimonio debe ser atribuible, por su naturaleza, a una sólo persona y que en este caso los bienes objeto del fideicomiso, son destinados a un fin lícito, pero esto no implica una transmisión de la propiedad, por lo que los derechos sobre los bienes objeto del fideicomiso no sólo no se desdoblán en dos derechos reales de propiedad lo cual es jurídicamente imposible, más bien nunca dejan de ser parte del patrimonio del fideicomitente.

Por otra parte el fideicomisario es titular de derechos de crédito y no de derechos reales.

### 3.- Opinión Personal.

Del análisis de los apartados anteriores de este capítulo que tienden a explicar las teorías más aceptadas de la naturaleza jurídica del fideicomiso, ya sea aquellos que lo observen como negocio jurídico, o ya sea aquellas que lo observan en relación a la situación de los bienes destinados

al fideicomiso, concluimos que la naturaleza jurídica del fideicomiso es que es un negocio jurídico que se constituye mediante la declaración unilateral de voluntad del fideicomitente el cual destina ciertos bienes a un fin lícito y determinado.

En nuestra opinión el fideicomiso es una declaración unilateral de voluntad ya que necesita únicamente de la voluntad de una persona para su constitución. Es un negocio jurídico por que quien lo constituye, al exteriorizar su voluntad, regula como mejor le parece su funcionamiento y alcance. Por último es un acto de disposición pero no de transmisión de bienes, y a consecuencia del fideicomiso los bienes a él destinados quedan afectos a un fin determinado, pero no por ello salen del patrimonio del fideicomitente.

## II.- CONCEPTO.

Después de haber estudiado la naturaleza jurídica del fideicomiso, toca ahora el turno de analizar su concepto y proponer uno propio.

Muchas definiciones se han dado acerca del fideicomiso, incluso hay quien pretende definir el fideicomiso y en realidad define al negocio fiduciario, siendo que como lo vimos en el capítulo anterior, no es la misma figura.

A continuación analizaremos algunas definiciones sobre este tema, para después proponer la nuestra.

La Ley General de Títulos y Operaciones de Crédito, ley que regula esta figura, no contiene una definición del fideicomiso, únicamente se limita a describirlo en su artículo 346 que a la letra dice:

"Art. 346. En virtud del fideicomiso el fideicomitente destina ciertos bienes a un fin lícito determinado, recomendando la realización de ese fin a una institución fiduciaria".

LEPAULLE define al "trust" como "una institución jurídica que consiste en un patrimonio independiente de todo sujeto de derecho y cuya unidad está constituida por una afectación libre, en los límites de las leyes en vigor y del orden público." (16)

Para DE PINA el fideicomiso "es un negocio jurídico en virtud del cual una persona --física o moral-- denominada fideicomitente destina bienes o derechos a la realización de una finalidad lícita y determinada, y encarga la realización de esa finalidad a una institución fiduciaria, que se convierte en titular del patrimonio integrado por aquellos bienes o derechos." (17)

El fideicomiso --apunta CERVANTES AHUMADA --"es un negocio jurídico por medio del cual el fideicomitente constituye un patrimonio autónomo, cuya titularidad se atribuye al fiduciario, para la realización de un fin determinado." (18)

Para DOMINGUEZ MARTINEZ 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, deberá realizarse por la institución fiduciaria que se hubiere obligado contractualmente a ello." (19)

Siguiendo a este último autor, definimos al fideicomiso como un negocio jurídico por medio del cual una persona llamada fideicomitente destina ciertos bienes o derechos a un fin lícito y determinado por medio de una declaración unilateral de voluntad, encargándole la ejecución de ese fin a una institución fiduciaria.

Debemos dejar claro que el fideicomiso se constituye por la declaración unilateral de voluntad de una persona (fideicomitente) en el sentido de querer destinar sus bienes o derechos a un fin lícito y determinado

mientras que la ejecución de ese fin depende del contrato que celebren el fideicomitente y el fiduciario.

De lo anterior se desprende que en el fideicomiso la declaración unilateral de voluntad constituye el negocio y el contrato es el medio para cumplir dicha voluntad, es decir, en la dinámica del fideicomiso encontramos dos actos, el primero de ellos es el acto constitutivo por medio del cual una persona destina ciertos bienes o derechos a un fin lícito y determinado, momento de constitución del fideicomiso. El segundo acto es el contrato, que por regla general celebran el fideicomitente y la institución fiduciaria para ejecutar el fideicomiso. Es el acuerdo de la institución fiduciaria de ejecutar lo encomendado por el fideicomitente en el acto constitutivo del fideicomiso.

### III.- LA PERSONALIDAD JURIDICA Y EL FIDEICOMISO.

Los atributos de la personalidad de las personas físicas son: nombre, domicilio, patrimonio, nacionalidad, estado civil y capacidad.

Por su parte los atributos de las personas morales son: denominación o razón social; domicilio; patrimonio; nacionalidad y capacidad.

Ni el artículo 25 del Código Civil del Distrito Federal, ni alguna otra ley positiva de nuestro país de las que regulan el fideicomiso, le otorgan a ésta personalidad jurídica, por lo que el fideicomiso al no formar ente distinto de la persona que lo crea no tiene ningún atributo de la personalidad y por lo tanto no tiene personalidad jurídica propia.

Para que exista personalidad jurídica, tratándose de personas morales, se necesita el reconocimiento expreso de la ley, no existiendo dicho reconocimiento por parte del

orden jurídico, no puede haber personalidad jurídica propia en el fideicomiso.

"Los derechos y obligaciones del fideicomiso -- ancta ACOSTA ROMERO -- son ejercidos acorde con las leyes y con el acto constitutivo, por la sociedad anónima concesionada por el Gobierno Federal, que actúa como fiduciaria (y que tiene personalidad jurídica propia desde que se organiza, acorde con la Ley General de Sociedades Mercantiles, artículo 2o, primer párrafo) y que es la titular del patrimonio fiduciario y, cuya personalidad no deriva del fideicomiso, ya que exista antes, durante y después, de todos los fideicomisos que pueda realizar." (20)

Consideramos suficientes estos razonamientos para confirmar que el fideicomiso no tiene personalidad jurídica propia.

En conclusión, podemos llegar a los siguientes principios:

1.- De acuerdo con el régimen legal mexicano, el fideicomiso no tiene personalidad jurídica propia, por no atribuírsela ningún cuerpo normativo vigente.

2.- El fideicomiso no reúne los atributos de la personalidad jurídica colectiva, según el análisis hecho; puede afirmarse en consecuencia que no tiene: a) domicilio; b) nacionalidad c) denominación; d) capacidad, y e) patrimonio.

#### IV.- ELEMENTOS DEL FIDEICOMISO.

1 ) Elementos personales para la dinámica del fideicomiso.-

Tres son las personas que pueden participar en la dinámica del fideicomiso: a) el fideicomitente; b) el fiduciario y c) el fideicomisario:

De estas personas el fideicomitente es indispensable, el único necesario, de quien cuya voluntad depende la constitución del fideicomiso. Las demás personas participan en su dinámica, pero jamás en su constitución.

A) Elemento personal constitutivo. El Fideicomitente.

El fideicomitente es la persona que por declaración unilateral de voluntad destina ciertos bienes a un fin lícito determinado. 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. (arts. 346 y 349 de la LGTOC).

"La capacidad requerida para ser fideicomitente, - indica JULIAN BOJALIL -- es la misma requerida para transmitir un derecho o para celebrar un contrato. Lo mismo que pueden ser varias las personas que como fideicomitentes constituyan el fideicomiso." (21)

El fideicomitente tiene derecho a revocar el fideicomiso, si se reserva expresamente este derecho al constituirlo. (art. 357 f.VI LGTDC).

También tiene derecho a exigir a la fiduciaria, al término del fideicomiso, le sean devueltos los bienes que destinó al mismo, si es que no dispuso otra cosa al momento de la constitución del fideicomiso. (art. 358 LGTDC).

RODOLFO BATIZA, habla de categorías de fideicomitentes y hace una crítica al artículo 349 de la ley en comento que, por su importancia, transcribimos a continuación: "Distingue el precepto, así, varias categorías de fideicomitentes: personas físicas y jurídicas, autoridades judiciales y administrativas incurre, empero, en

un error técnico al enunciar los propósitos para los cuales dichas autoridades pueden detentar bienes que, como fideicomitente, se les autoriza para afectar en fideicomiso. Con la única posible salvedad del caso de la enajenación, todos los demás propósitos, o sea la guarda, conservación, administración, liquidación y el reparto son jurídicamente insuficientes para permitir la constitución de un fideicomiso, si se tiene en cuenta que para ello es función indispensable, por producir el fideicomiso una transmisión de bienes a favor del fiduciario, que el fideicomitente goce de facultades de disposición sobre la cosa. Es evidente que en las cinco hipótesis anteriores, con la excepción apuntada, no puede existir dicha facultad." (22)

No compartimos la interpretación del maestro Batiza respecto del artículo 349 de la Ley General de Títulos y Operaciones de Crédito y a contrario de lo que piensa, pensamos que el artículo en cuestión confirma lo ya apuntado en apartados anteriores de nuestro trabajo, en el sentido de que el fideicomiso no implica una transmisión de bienes, sino implica una afectación de bienes a un fin. Estimamos que el legislador no incurrió en un error técnico

al enunciar las facultades de las autoridades para afectar bienes que administran en fideicomiso. Al contrario, creemos que, en este artículo junto con muchos otros del capítulo del fideicomiso en nuestra ley, el legislador deja ver claramente su intención de afectar y no transmitir los bienes destinados al fideicomiso.

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. (art. 350 LGTDC).

Otro de los derechos del fideicomitente es el de designar varios fideicomisarios para recibir simultánea o sucesivamente el provecho del fideicomiso, siempre y cuando los beneficiarios que hayan de substituirse sucesivamente estén concebidos a la muerte del fideicomitente. (art. 348 y 359 fII LGTDC).

El fideicomitente podrá ejercitar los derechos y acciones que expresamente se haya reservado al constituir el fideicomiso y los que para él deriven del fideicomiso. (art. 351 LGTOC).

B) Elementos personales para la dinámica del fideicomiso.

a) El fiduciario.- Es la persona encargada de ejecutar la voluntad del fideicomitente, con los bienes o derechos afectos al fideicomiso.

El fiduciario --define DE PINA -- "es la persona encargada por el fideicomitente para realizar el fin del fideicomiso." (23)

Sólo pueden ser fiduciarios las instituciones expresamente autorizadas para ello conforme a la Ley de Instituciones de Crédito (art. 350 LGTOC). Por su parte, la

fracción XV del artículo 46 de la Ley de Instituciones de Crédito, nos dice que las instituciones de crédito podrán practicar las operaciones de fideicomiso a que se refiere 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 donde estuvieren ubicados los bienes, de entre las instituciones expresamente autorizadas conforme a la ley (art. 350 LGTOC).

Por disposición de la ley, el fideicomiso que se constituye en favor del fiduciario, es nulo, es decir, no se pueden reunir en el fideicomiso, la calidad de fiduciario y de fideicomisario (art. 348 LGTOC).

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. (art. 350 LGTDC).

La institución fiduciaria tendrá todos los derechos y acciones que se requieren 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. (art. 356 LGTDC).

Por su parte, el artículo 84 de la Ley de Instituciones de Crédito establece que cuando la institución de crédito, al ser requerida, no rinda las cuentas de su gestión dentro de un plazo de quince días hábiles, o cuando sea declarada por sentencia ejecutoriada, culpable de pérdidas o menoscabos que sufrán los bienes dados en

fideicomiso o responsable de esas pérdidas o menoscabos por negligencia grave, procederá su remoción como fiduciaria.

La actual Ley de Instituciones de Crédito, es omisa en cuanto a las causas graves por las cuales pueden excusarse o renunciar al desempeño del fideicomiso el fiduciario y deja a criterio del Juez estas causas graves.

De la redacción de los artículos de la Ley General de Títulos y Operaciones de Crédito se deduce que, al otorgarle derecho tanto al fideicomitente como al fideicomisario en su caso, de designar a la institución fiduciaria que deba ejecutar el fideicomiso, pareciere que la institución fiduciaria, estuviere obligada a aceptar la ejecución del mismo. Lo anterior a nuestro juicio no es posible ya que el fiduciario para ejecutar el fideicomiso, se debe obligar contractualmente a ello, y tiene el derecho, si así lo juzga conveniente, a no aceptar dicha ejecución.

CERVANTES AHUMADA nos comenta a este respecto:

"Aunque la ley dice que la excusa para la aceptación sólo podrá basarse en causa grave, también calificado por el juez, creemos que la aceptación es voluntaria y que ningún banco puede ser obligado a aceptar un fideicomiso contra su voluntad". (24)

En el acto constitutivo del fideicomiso o en su reformas, se podrá prever la formación de un comité técnico, dar las reglas para su funcionamiento y fijar sus facultades. Cuando la institución de crédito obre ajustándose a los dictámenes o acuerdos de este comité, estará libre de toda la responsabilidad. (art. 80 LIC).

De acuerdo con lo estipulado en el último párrafo del artículo 80 de la Ley de Instituciones de Crédito en el acto constitutivo del fideicomiso, o en sus reformas, podrá el fideicomitente prever la formación de un comité técnico o de distribución de fondos, dar las reglas para su funcionamiento y fijar sus facultades, y cuándo la

institución fiduciaria obre de acuerdo con los dictámenes de este comité, quedará libre de toda responsabilidad.

Aun cuando no existe límite en la cantidad de personas que deben integrar el Comité, es sin embargo aconsejable que su número no sea muy grande, toda vez que esto podría perjudicar en vez de beneficiar su funcionamiento.

Por no prohibir la ley que el fideicomitente nombre substitutos para aquellos miembros del comité técnico que por cualquier razón dejen de cumplir con su encargo, es deseable que desde el momento de su constitución se haga el señalamiento de las personas que deberán ocupar el puesto de los que por alguna razón no desempeñen sus funciones.

Es importante, para un buen funcionamiento del comité, que en el acto de su creación el fideicomitente deje perfectamente establecidas las reglas de su actuación, señalando la frecuencia con que el comité sesionará, la

manera en que se tomarán las decisiones, la forma en que éstas deban comunicarse al fiduciario, los honorarios que puedan llegar a percibir los miembros del comité, etcétera.

Por último, si bien es cierto que en tanto el fiduciario cumpla las instrucciones del comité técnico dejará de tener responsabilidades, esto no es aplicable en aquellos casos en que tales intrucciones induzcan al fiduciario a ejecutar actos ilícitos, o bien cuando tales instrucciones sean claramente contrarias a los fines del fideicomiso, puesto que en ambos casos y en otros similares, el fiduciario podrá oponerse a cumplir las instrucciones recibidas, y solicitar de la autoridad judicial competente que lo libere de toda responsabilidad.

b) El fideicomisario.- Es la persona que recibe el beneficio que el fideicomiso implica.

Para CERVANTES AHUMADA es "la persona que tiene derecho a recibir los beneficios del fideicomiso". (25)

BOJALIL lo define como la "persona designada en el acto constitutivo del fideicomiso o en el de sus modificaciones para recibir los beneficios de éste". (26)

Pueden ser fideicomisarios las personas físicas o jurídicas que tengan la capacidad necesaria para recibir el provecho que el fideicomiso implica (art. 348 LGTDC). Por lo tanto puede ser fideicomisario el fideicomitente pero no el fiduciario.

Cuando sean dos o más los fideicomisarios y deba consultar su voluntad, en cuanto no este previsto en la constitución en del fideicomiso, las decisiones se tomarán a mayoría de votos computados por representaciones y no por personas (Art. 348 LGTDC).

El fideicomisario tendrá además de los derechos que se le concedan por virtud del acto constitutivo del

fideicomiso, el de exigir su cumplimiento a la institución fiduciaria; el de atacar la validez de los actos que ésta cometa en su perjuicio, de mala fe o en exceso de las facultades que por virtud del acto constitutivo o de la ley le correspondan, y cuando ello sea procedente, el de reivindicar los bienes que a consecuencia de estos actos hayan salido del patrimonio objeto del fideicomiso.

Cuando no exista fideicomisario determinado o cuando éste sea incapaz, los derechos a que se refiere el párrafo anterior corresponderán al que ejerza la patria potestad, al tutor o al Ministerio Público, según el caso. (art. 335 LGTDC).

"La ley dice --anota CERVANTES AHUMADA -- que tiene derecho (el fideicomisario) a reivindicar los bienes que salgan del patrimonio fideicomitado; pero tal afirmación no es técnicamente exacta, porque no se trata de una acción reivindicatoria, sino de una simple acción persecutoria, para que los bienes vuelvan al indicado patrimonio". (27)

La acción reivindicatoria compete al propietario del bien que no tiene la posesión del mismo. Nos unimos a la opinión de Cervantes Ahumada, en el sentido de que no es una acción reivindicatoria sino que es una acción persecutoria, ya que el fideicomisario no tiene la propiedad de los bienes dados en fideicomiso.

"Los derechos del fideicomisario --afirma CERVANTES AHUMADA -- no pueden ser considerados como derechos reales sobre la cosa fideicomitida. Son derechos personales contra el fiduciario para exigir el cumplimiento del fideicomiso contra los terceros detentadores de los bienes fideicomitidos, para hacerlos volver a poder del fiduciario". (28)

## 2.- Elementos Formales.

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 transmisión de los derechos o de la propiedad de las cosas que se den en fideicomiso. (art. 352 LGTDC). Debe advertirse que la redacción "por escrito" no es un elemento esencial sino un requisito de validez. La falta de forma debe estimarse como un elemento para la validez del negocio, que puede ser objeto de convalidación (artículos 1795 fracción IV, 1832, 1232 C. Civ. D.F.)

Además, deben tenerse en cuenta las siguientes disposiciones:

12) El fideicomiso cuyo objeto recaiga en bienes inmuebles, deberá inscribirse en la Sección de la Propiedad del Registro Público del lugar en que los bienes estén ubicados. El fideicomiso surtirá efectos contra tercero, en el caso de este artículo desde la fecha de inscripción en el Registro. (art. 353 LGTDC).

23) El fideicomiso cuyo objeto recaiga en bienes muebles, surtirá efectos contra terceros desde la fecha en que se cumplan los requisitos siguientes:

I.- Si se tratara de un crédito no negociable o de un derecho personal, desde que el fideicomiso fuere notificado al deudor.

II.- Si se tratara de un título nominativo, desde que éste se endose a la institución fiduciaria y se haga constar en los registros del emisor, en su caso.

III.- Si se tratara de cosa corpórea o de títulos al portador, desde que esté en poder de la institución fiduciaria. (art. 354 LGTDC)

En el caso de que se constituya por testamento surtirá sus efectos y empezará a funcionar legalmente después de la muerte del fideicomitente.

Pueden ser objeto del fideicomiso toda clase de bienes y derechos, salvo aquellos que conforme a la ley sean estrictamente personales de su titular. (art. 351 LGTOC)

El fideicomiso constituido en fraude de terceros podrá en todo tiempo ser atacado de nulidad por los interesados mediante la acción pauliana. (art. 351 LGTOC).

### 3.- Elementos Reales.-

Por elementos reales vamos a entender el objeto del negocio del fideicomiso.

El fideicomiso establece siempre obligaciones principales a cargo del fideicomitente para con el fiduciario y del fiduciario para con el fideicomisario. Estas obligaciones tienen a su vez por contenido la afectación de bienes, que son el medio para el cumplimiento del fideicomiso, y los actos que debe ejecutar el fiduciario para la realización de las finalidades supuestas por el cumplimiento del fideicomiso.

a).- Bienes. "Pueden ser objeto del fideicomiso toda clase de bienes y de derechos, salvo aquellos que, conforme a la ley, sean estrictamente personales de su titular.

Los bienes que se den en fideicomiso, se considerarán afectados al fin a que se destinan, y en consecuencia, sólo podrán ejercitarse respecto de 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.

El fideicomiso constituido en fraude de terceros podrá en todo tiempo, ser atacado de nulidad por los interesados" (art. 251 LGTDC.).

b).- Finalidades. Las finalidades del fideicomiso pueden ser todas las que sean imaginables como actividades jurídicas en los límites de la licitud y determinación a que se refiera el artículo 346 de la Ley de Títulos y Operaciones de Crédito.

#### V.- CLASES DE FIDEICOMISO.

El campo de acción del fideicomiso es muy amplio, con él, se puede realizar cualquier acto jurídico siempre que sea lícito y determinado, por lo tanto, su campo es tan amplio como la imaginación del fideicomitente.

La ley sólo prohíbe los fideicomisos en los siguientes casos:

a).- Los fideicomisos secretos. Al prohibir la ley fideicomisos secretos, se refiere al ocultamiento dirigido de un bien o del fin del fideicomiso, que no son conocidos por el fiduciario, ya que va en contra de la naturaleza del fideicomiso de destinar un bien a un fin lícito.

b).- Aquellos en los cuales el beneficio se concede a diversas personas sucesivamente que deban substituirse por muerte de la anterior, salvo el caso de que la substitución se realice en favor de personas que estén vivas o concebidas ya, a la muerte del fideicomitente y;

c).- Aquellos 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, salvo cuando el fin del fideicomiso sea el mantenimiento de museos de carácter científico o artístico que no tenga fines de lucro. (art 359 LGTOC).

Esta prohibición afecta solo a personas jurídicas y por tanto los fideicomisos cuyos fideicomisarios sean personas físicas podrán exceder de treinta años.

El reglamento de la Ley para promover la Inversión Mexicana y Regular la Inversión Extranjera, prevee en su artículo 23, la posibilidad de que los inversionistas extranjeros adquieran en cualquier proporción, mediante fideicomiso y previos los requisitos del propio reglamento, derechos de fideicomisario respecto de acciones de las sociedades que realicen las siguientes actividades económicas: transportes aéreos y marítimos nacionales; distribución de gas, explotación y aprovechamiento de sustancias minerales; productos secundarios de la industria petroquímica; fabricación de componentes de vehículos automotrices y; las que señalen las leyes específicas o las

disposiciones reglamentarias que expida el Ejecutivo Federal.

La autorización que otorgue la Secretaría deberá fijar un término de vigencia o duración no mayor de veinte años.

Algunos autores como Villagordoa, Batiza, Bojalil y Cervantes Ahumada entre otros, han realizado sus propias clasificaciones de fideicomiso, basándose para ello en el constante uso que ha tenido éste para lograr ciertos fines.

Así pues, encontramos los fideicomisos traslativos que son aquellos que tienen como fin que el fiduciario transmita los bienes o derechos fideicomitidos al fideicomisario o a la persona que éste señale, una vez que se hayan reunido los requisitos previamente establecidos.

Los fideicomisos de garantía, que se han utilizado como sustitutivos de la hipoteca. Este tipo de fideicomisos sirven para garantizar la devolución del préstamo en los contratos de mutuo mediante el otorgamiento de facultades de dominio de una finca a una institución fiduciaria para que

si el fideicomitente no cumpliere con su obligación de pago, el fiduciario enajene el bien dado en garantía y con su producto pague al fideicomisario lo que se le adeude evitándose así un juicio hipotecario.

"Creemos que la facultad que se pretende conceder al banco, -- sostiene CERVANTES AHUMADA -- para ejecutar la venta del bien dado en garantía en caso de que el deudor no pague, no se ajusta a nuestro sistema constitucional, ya que se trata de una verdadera atribución jurisdiccional".(29)

Por su parte, VILLAGORDA estima que es un procedimiento convencional que se pacta conforme al artículo 1051 del Código de Comercio y es lícito siempre que se observen las siguientes reglas:

"a).- Para que el fiduciario pueda proceder a la venta del patrimonio fideicomitado, es necesario que exista solicitud previa del fideicomisario acreedor y que se compruebe el incumplimiento de la obligación principal garantizada, con la exhibición de los documentos que acrediten la existencia de la obligación, y de los cuales se

desprenda el vencimiento anterior a la fecha de dicha solicitud;

b).- Que el fiduciario proceda a requerir al deudor del pago de las prestaciones adeudadas, fijándole un plazo razonable para que dicho deudor cumpla con sus obligaciones, pues en caso contrario, el fiduciario procederá a la ejecución de la garantía;

c).- Que se fije en el acto constitutivo del fideicomiso el precio al que se debe realizar la garantía y en su defecto, que se establezcan las bases para fijar ese precio.

Por ejemplo, cuando se trata de bienes inmuebles que se pueden estipular que el precio se fije mediante avalúo que practique alguna institución de crédito, la cual debe ser distinta y ajena a la institución fiduciaria;

d).- Que se determine el procedimiento que deba seguir el fiduciario para la venta de la garantía;

e).- Que se establezca que el deudor tendrá derecho al tanto, quien podrá ejercitarlo en su propio beneficio o en provecho de la persona que señale, y que en todo caso será preferido en igualdad de condiciones, a cualquier tercero que desee adquirir los bienes o derechos fideicomitidos".(30)

Estamos de acuerdo con este último autor, al considerar que el llamado fideicomiso de garantía no esta contra la Constitución, ya que el fiduciario no es un juez que juzga la falta de pago y ordena el remate del bien dado en garantía, sino que el fiduciario se limita a verificar una situación de hecho, o sea la falta de pago, la cual previó el fideicomitente al momento de constituir el fideicomiso, y quien facultó en dicho acto al fiduciario para que en caso de que se verifique el hecho de la falta de pago, éste venda el bien dado en garantía y con su producto pague al fideicomisario.

El llamado fideicomiso de administración que es aquel cuya finalidad es que la fiduciaria maneje o administre el patrimonio fideicomitado, en provecho del fideicomisario.

En virtud de este fideicomiso de administración, la institución fiduciaria, entre otras funciones, se puede encargar de la celebración de los contratos de arrendamiento, del cobro de rentas, de la promoción del juicio de desahucio, del pago de diversos impuestos, etcétera.

El fideicomiso de rentas que es aquel por el cual se destinan ciertos bienes en fideicomiso para asegurar con sus productos, o con su venta, la educación de menores, el pago de pensiones alimenticias, el mantenimiento de inválidos, etcétera.

Fideicomisos de beneficencia, aquellos que se constituyen en favor de beneficiarios designados genéricamente o con fines de utilidad pública.

Por último, los fideicomisos públicos son aquellos constituidos por el Gobierno Federal como fideicomitente y tienen una variedad de aplicaciones en todos los campos de la vida económica y social del país.

Los fideicomisos públicos que forman parte de la administración pública paraestatal son aquellos que el Gobierno Federal o alguna de las demás entidades paraestatales constituyen, con el propósito de auxiliar al Ejecutivo Federal en las atribuciones del estado para impulsar las áreas prioritarias del desarrollo que cuenten con una estructura orgánica análoga a las otras entidades y que tengan Comités Técnicos, y de los cuales, cuando el fideicomiso sea constituido por el Gobierno Federal, el fideicomitente será la Secretaría de Hacienda y Crédito Público.

## CITAS DEL CAPITULO SEGUNDO

- 1) MOLINA PASQUEL, Roberto, Naturaleza Jurídica del Fideicomiso, Revista de Derecho y Ciencias Sociales, T. 13, No. 72, México, 1944, p. 5.
- 2) Op. cit., p. 6.
- 3) SANCHEZ MEDAL, Ramón, De los contratos civiles, 9ª ed., Ed. Porrúa, México, 1988, p. y s.
- 4) ALVAREZ DE LA TORRE, Victor, La Naturaleza Jurídica del Fideicomiso, Revista El Foro, 58. época No. 34, Abril-Junio, México, 1974, p. 39.
- 5) MOLINA PASQUEL, Roberto, Recepción, Evolución y Estado Actual del Fideicomiso en el Derecho Mexicano, Revista Jurídica de Buenos Aires, Universidad de Buenos Aires, Facultad de Derecho y Ciencias Sociales, Argentina, 1958, p. 39.
- 6) DOMINGUEZ MARTINEZ, Jorge Alfredo, El Fideicomiso ante la Teoría General del Negocio Jurídico 3a. ed., Ed. Porrúa México, 1982, p. 148 y s.
- 7) Op. cit., p. 167.
- 8) BARRERA GRAF, JORGE, Estudios de Derecho Mercantil, Ed. Porrúa, México, 1958, p. 317.
- 9) Op. cit., p. 354 y s.s..
- 10) DOMINGUEZ MARTINEZ, El fideicomiso...cit., p. 183.
- 11) TEJEDA, Miguel Angel, El Fideicomiso en México, Revista de Derecho Notarial, año XIX, No. 58, México, 1975, p. 123.
- 12) RODRIGUEZ Y RODRIGUEZ, Joaquin, Curso de Derecho Mercantil, T.II, 11a. ed., México, 1974, p. 120.
- 13) LEPAULLE, Pierre, op. cit., p. 23 y s..
- 14) ALVAREZ DE LA TORRE, op. cit., p. 89.
- 15) Op. cit., p. 90.

- 16) LEPAULLE, Pierre, *op.cit.*, p. 23 y s.
- 17) DE PINA VARA, Rafael, Derecho Mercantil Mexicano, 8a. ed., Ed. Porrúa, México, 1975, p. 299.
- 18) CERVANTES AHUMADA, Radl, Títulos y Operaciones de Crédito, 3a. ed. Ed. Herrero, México, 1961, p. 309.
- 19) DOMINGUEZ MARTINEZ, El ... cit., p. 188.
- 20) ACOSTA ROMERO, Derecho ...., *cit.*, p. 563.
- 21) BOJALIL, JULIAN, Fideicomiso, 1a. ed., Ed Porrúa, México, 1962, p. 67.
- 22) BATIZA, Rodolfo, *op. cit.*, p. 198.
- 23) DE PINA VAPA, *op. cit.*, p. 300.
- 24) CERVANTES AHUMADA, *op.cit.*, p. 314.
- 25) *Op. cit.*, p. 315.
- 26) BOJALIL, *op.cit.*, p. 69.
- 27) CERVANTES AHUMADA, *op.cit.*, p. 315.
- 28) *Ibidem.*
- 29) *Op. cit.*, p. 316.
- 30) VILLAGORDDA LOZANO, José Manuel Doctrina General del Fideicomiso, 2a. ed., Ed. Porrúa, México, 1962, p. 191 y s..

## CAPITULO TERCERO

## LA ACTIVIDAD DE LAS INSTITUCIONES FIDUCIARIAS

## I.- SITUACION JURIDICA DE LOS BIENES DADOS EN FIDEICOMISO.

Muchas son las opiniones acerca de cuál es la situación jurídica de los bienes que se dan en fideicomiso.

A continuación analizaremos distintas posturas de autores que han escrito sobre el tema para concluir con una opinión personal.

Hay quienes sostienen que a consecuencia del fideicomiso, los bienes a él destinados integran un patrimonio autónomo o de afectación, un patrimonio que carece de propietario y que una persona, una vez que afecta sus bienes en fideicomiso son excluidos de su patrimonio, formando un patrimonio independiente, por lo que sus acreedores no podrán exigirle el cumplimiento de sus

obligaciones con dichos bienes, salvo cuando el fideicomiso se constituya en fraude de acreedores.

"Por patrimonio autónomo entendemos --anota CERVANTES AHUMADA -- un patrimonio distinto de otros, y distinto, sobre todo, de los patrimonios propios de quienes intervienen en el fideicomiso."

"Los bienes fideicomitidos salen del patrimonio del fideicomitente para formar el patrimonio autónomo del fideicomiso..." (1)

Pensamos que esta teoría del patrimonio autónomo o de afectación, es inaplicable en nuestro Derecho, ya que, como lo comentamos en el capítulo anterior, es imposible que exista un patrimonio que no sea de una persona, como es imposible que exista un derecho sin que corresponda ejercerlo a alguien o una obligación sin obligado.

BARRERA GRAF categóricamente afirma "...los bienes y derechos fideicomitidos constituyen un patrimonio de afectación o patrimonio autónomo, el cual parece inútil aclararlo, de ninguna manera sería un patrimonio sin titular puesto que propietario o titular de él, es la institución fiduciaria" (2)

Por su parte Rafael de Pina, no deja claro en su opinión, quién es el propietario de los bienes dados en fideicomiso, ya que habla de titularidad de los bienes, pero no de propiedad, asemejando estos dos términos.

"Los bienes y derechos del fideicomiso --nos dice DE PINA,-- salen del patrimonio del fideicomitente; pero para colarse en una situación de patrimonio de afectación, del que será titular el fiduciario, el cual podrá ejercer esa titularidad en la medida del acto constitutivo y de la Ley en cuanto se refiere a la realización de la finalidad prevista".(3)

Para RODRIGUEZ Y RODRIGUEZ, la afectación de bienes en fideicomiso, implica una especie de desdoblamiento de derechos de propiedad ya que distingue entre titular económico y titular jurídico.

La titularidad a la que se refiere la Ley General de Títulos y Operaciones de Crédito, en el capítulo del fideicomiso, no es la misma titularidad, como veremos, de la que nos habla RODRIGUEZ Y RODRIGUEZ ya que él esta equiparando los dos conceptos, propiedad y titularidad.

"El fideicomiso tiene como titular jurídico al fiduciario; pero como titulares económicos al fideicomisario y al fideicomitente. Es titular jurídico el fiduciario por que él, aunque temporal y revocable, es el dueño. Titulares económicos son el fideicomisario y el fideicomitente, por que a ellos van los beneficios de la propiedad y la propiedad misma al concluirse el fideicomiso". (4)

Para ACOSTA ROMERO: "El fideicomiso implica siempre la existencia de un patrimonio que se transmite por el fideicomitente, al fiduciario, para la realización de un fin lícito y que éste se convierte en titular del mismo, con las modalidades y limitaciones que se establezcan en el acto constitutivo."(5)

BATIZA nos dice al respecto: "el efecto traslativo de dominio que produce el fideicomiso no puede asimilarse a la transmisión tradicional de derecho de propiedad...", continúa diciendo:

" En el fideicomiso, por principio, la transmisión de propiedad se realiza para el solo efecto de que el fiduciario pueda cumplir el fin que se le encomienda". (6)

" La afectación y destinación de los bienes objeto del fideicomiso, --señala FUENTES TORRES,-- que regulan los artículos 346 y 351 de la Ley General de Títulos y Operaciones de Crédito en congruencia con la estructura

general de la institución y una interpretación auténtica de los mismos artículos, han llevado doctrinalmente al convencimiento de que por virtud del fideicomiso, la titularidad (o sea la propiedad en el caso de bienes susceptibles de ese derecho, como los inmuebles) queda transmitida del fideicomitente a la institución fiduciaria máxime si así se declara y ratifica". (7)

Nuevamente se entienden titularidad y propiedad como términos sinónimos. En su momento veremos las diferencias entre una y otra.

Expuestas las opiniones de los autores que consideran que la constitución del fideicomiso implica una transmisión de propiedad a la institución fiduciaria o la creación de un patrimonio autónomo, analicemos las opiniones de los autores en el sentido de que no existe dicha transmisión en el fideicomiso.

El licenciado Pablo Macedo, autor de los artículos del fideicomiso que se contienen en la Ley General de Títulos y Operaciones de Crédito, al hacer un comentario acerca de si en nuestro Derecho los bienes fideicomitidos siguen la misma suerte que en el "trust", es decir, que se crea un patrimonio autónomo, nos dice cuál fue su intención al respecto para nuestro fideicomiso:

"¿Se trata de un patrimonio sin propietario? Esa es la conclusión de Lepaulle. Sin llegar a ella, pues no nos atrevimos a adoptar una teoría que no tenía pacífica aceptación, tampoco la rechazamos, pues no acogimos ni quisimos construir un nuevo tipo de propiedad fiduciaria, o hacer un desdoblamiento de la propiedad en legal y económica, por ejemplo. Nos limitamos a conceder al fiduciario la titularidad, sin conferirle empero a este carácter, categoría de propiedad."(B)

Para LUGO FERNANDEZ: "La transmisión o enajenación de esa titularidad no convierte al fiduciario en propietario, en el amplio concepto del Derecho Romano, de

los bienes objeto del fideicomiso, y basta considerar, para llegar a esta conclusión, que el fiduciario no puede actuar en exceso de las funciones que le han sido atribuidas por el fideicomitente, toda vez que el artículo 356 de la Ley de Títulos y Operaciones de Crédito le atribuye tan sólo los derechos y acciones indispensables para el cumplimiento del fideicomiso y lo obliga a cumplirlo conforme al acto constitutivo." (9)

SANCHEZ MEDAL, claramente expone que lo que se transmite a la fiduciaria no es la "propiedad", sino que es la "legitimación".

Distingue dicho autor, entre propiedad y legitimación al definir a la primera como "la situación jurídica de un bien determinado que pertenece a, o forma parte de un cierto patrimonial", en tanto que define a la segunda como "la facultad concedida o reconocida a una persona por la ley para disfrutar y disponer de dicho bien".

(10)

"En suma, concluye SANCHEZ MEDAL, en el fideicomiso mexicano no hay transmisión de bienes a la institución fiduciaria, sino sólo se inviste a ella de la legitimación para ejercitar en forma exclusiva aquellos derechos que necesita para realizar la finalidad del fideicomiso sobre bienes cuyo dominio conserva el fideicomitente. De esta manera la institución fiduciaria, con una legitimación que el acto constitutivo entre vivos del fideicomiso le otorga y que la ley le confirma y reconoce, realiza actos válidos sobre un patrimonio ajeno, esto es, sobre bienes que pertenecen al fideicomitente, pero sin que de tales bienes pueda disponer el citado fideicomitente, ni los acreedores de éste puedan embargarlo o practicar ejecución sobre dichos bienes. Es, pues, el fideicomiso mexicano sólo una nueva especie de gravamen, distinto de la hipoteca y de la prenda, porque brinda mayor seguridad y eficacia que cualquiera de estas dos garantías, pero dentro de la categoría general de los llamados "jura in re aliena". (11)

Por su parte DOMINGUEZ MARTINEZ nos dice:  
" ciertamente la institución fiduciaria es la titular de los

bienes fideicomitidos, éstos continúan siendo propiedad del fideicomitente, con la salvedad de que por la constitución del fideicomiso dichos bienes quedan destinados a la realización de un fin lícito y determinado, que la propia ley protege al establecer que sólo podrán ejercitarse respecto a ellos los derechos y acciones que se refieren a ese fin; de ello se excluye la posibilidad que se realice cualquier acto jurídico cuyo objeto sean esos bienes y que tenga fines extraños a los dispuestos por el propio fideicomitente". (12)

Expuestas las opiniones anteriores, estudiaremos que dice la ley al respecto.

La Ley General de Títulos y Operaciones de Crédito, en sus artículos 346, 349 y 351 utiliza la fórmula de "destinar" bienes a un fin lícito determinado; de afectación de bienes, de dar bienes en fideicomiso y de bienes afectos respectivamente, ni estos artículos, ni algún otro dentro del capítulo de Fideicomiso de la ley, prevén que en el fideicomiso haya transmisión de bienes.

Para mayor claridad transcribimos los artículos citados a continuación:

"Art. 346. En virtud del fideicomiso, el fideicomitente destina ciertos bienes a un fin lícito determinado, encomendando la realización de ese fin a una institución fiduciaria."

"Art. 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."

"Art. 251. Pueden ser objeto del fideicomiso toda clase de bienes y derechos, salvo aquellos que conforme a la ley sean estrictamente personales de su titular.

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 al 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."

Afectación es la acción y efecto de afectar; y este verbo, según la real academia de la Lengua Española, significa empeñar, hipotecar una cosa mueble o inmueble para garantizar el cumplimiento de una obligación.

En opinión de DOMINGUEZ MARTINEZ, el significado que tiene la palabra afectación, es el de destino, el cual es permitido, protegido y sancionado por la ley. (12)

Es oportuno indicar que la Ley al definir o describir el fideicomiso, habla de destinar ciertos bienes a un fin lícito determinado, creemos que si la intención del legislador fuera la transmisión de los bienes, simplemente hubiera sustituido la palabra "destina" por la de "transmite" en el artículo 346 de la Ley General de Títulos y Operaciones de Crédito.

Otro argumento, quizá el más utilizado por la doctrina para considerar que el fideicomiso implica una transmisión de bienes, es el artículo 352 de la Ley General de Títulos y Operaciones de Crédito el cual dice:

"Art. 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 transmisión de los derechos o la transmisión de propiedad de las cosas que se den en fideicomiso."

Hay quienes encuentran en este artículo fundamento para afirmar que existe transmisión de propiedad de los bienes fideicomitidos al constituirse el fideicomiso.

Este artículo únicamente preve como debe constituirse el fideicomiso, cuando a su fin se van a destinar bienes inmuebles, remitiéndonos para ello a la legislación común sobre la transmisión de propiedad. Lo anterior, no quiere decir que existe transmisión de propiedad, sólo nos indica la forma para constituir el fideicomiso.

Idéntica situación contempla el artículo 2917 del Código Civil para el Distrito Federal, al prever que para la constitución de créditos con garantía hipotecaria, se observarán las formalidades establecidas para la transmisión

**TESIS CON  
FALLA DE ORIGEN**

de bienes inmuebles. Como sabemos, la hipoteca es un contrato de garantía, no un contrato traslativo de dominio y no por el hecho de que para su constitución se observen las formas utilizadas para la transmisión de bienes, podemos considerar que hay dicha transmisión.

Ahora bien, el hecho de que se inscriban en el Registro Público de la Propiedad los fideicomisos cuyo bien a él destinado sean bienes inmuebles, tampoco es suficiente para considerar que hay transmisión de bienes, ya que, como anota SANCHEZ MEDAL:

"La necesidad legal (art. 353 de la Ley) de inscribir en el Registro Público de la Propiedad la constitución del fideicomiso sobre un inmueble, en la sección primera de dicho Registro antes de la reforma de 1979 al Código Civil, y ahora después de tal reforma, en la primera parte central del "folio de derechos reales" del mismo Registro, no demuestra que haya transmisión de dominio a favor de la institución fiduciaria, porque nuestro Registro, al igual que su modelo el Registro Español, tiene

TESIS CON  
FALLA DE ORIGEN

como misión principal la de ser instrumento de seguridad en el tráfico de derechos inmobiliarios, de tal manera que sus inscripciones más que declarar la titularidad general como la atribución de un objeto a un sujeto, publica la traducción de estos dos conceptos: a quién compete la legitimación directa o poder para disponer del objeto, y cuál es la extensión de ésta..."(14)

Es cierto que algunas leyes fiscales entienden, que en el fideicomiso hay una enajenación de bienes, tal es el caso de Código Fiscal de la Federación en su artículo 14 fracción V, pero no corresponde a estas leyes el decidir la situación jurídica de los bienes. Si entienden que en el fideicomiso hay enajenación de bienes es por política fiscal, principalmente consideramos que es para impedir el abuso del fideicomiso y así evitar enajenaciones simuladas.

Lo que sí encontramos en la Ley General de Títulos y Operaciones de Crédito en diversos artículos, es que en virtud del fideicomiso, el fideicomitente destina ciertos bienes al fideicomiso, conservando él, la propiedad sobre

**TESIS CON  
FALLA DE ORIGEN**

los mismos y otorgándole a la Institución Fiduciaria la titularidad de ellos.

Por ello, la institución fiduciaria tendrá todos los derechos y acciones que se requieran para el cumplimiento del fideicomiso, salvo las normas o limitaciones (cualquiera) que se establezcan al efecto, al constituirse el mismo (art. 356 LGTDC).

Por otro lado, la fracción V, del artículo 357 de la Ley General de Títulos y Operaciones de Crédito, prevé como causa de extinción del fideicomiso, el convenio expreso entre el fideicomitente y el fideicomisario; y en la fracción VI del mismo artículo, por revocación hecha por el fideicomitente cuando éste se haya reservado expresamente ese derecho al constituir el fideicomiso.

De lo anterior se desprende, que no sólo no es necesaria, sino que jamás se requiere de la voluntad del fiduciario para extinguir el fideicomiso, luego entonces,

¿como es posible que quien supuestamente es propietario de los bienes fideicomitidos, (el fiduciario) no sea tomado en cuenta para decidir la existencia del fideicomiso? ¿en dónde están sus derechos de propietario?, ¿no es esto contundente para considerar que la institución fiduciaria no es propietaria de los bienes dados en fideicomiso?.

Por si fuera poco, el artículo 358 de la Ley General de Títulos y Operaciones de Crédito, nos dice que extinguido el fideicomiso, los bienes a él destinados que quedan en poder de la institución fiduciaria serán devueltos, no retransmitidos, por ella al fideicomitente o a sus herederos. Se devuelve lo ajeno, lo que no es de uno, algo de lo que se tiene la posesión mas no la propiedad.

Esto es similar al contrato de arrendamiento ya que al término de dicho contrato, el arrendatario debe devolver al arrendador el bien objeto del arrendamiento.

Apoyando lo anotado en cuanto a la devolución o restitución de bienes ajenos, la Ley de Quiebras y Suspensión de Pagos, en su sección cuarta, " De la separación en la quiebra", capítulo cuarto, Título Tercero. " De los efectos de la declaración de quiebra", artículo 159, fracción VI, inciso a), preve:

"Art. 159. En consecuencia, podrán separarse de la masa los bienes que se encuentren en las situaciones siguientes o en otras que sean de naturaleza análoga:

VI. Los bienes que el quebrado debe restituir por estar en su poder por alguno de los siguientes conceptos:

a) Depósito, administración, arrendamiento, alquiler, usufructo, fideicomiso..."

El artículo 2011 del Código Civil, del capítulo V, de las obligaciones de dar nos dice:

"Art. 2011.- La prestación de cosa puede consistir:... III.- En la restitución de cosa ajena o pago de cosa debida."

Por lo tanto esta obligación de devolver que tiene la institución fiduciaria, es una obligación de dar, devolviendo el fiduciario al fideicomitente el bien objeto del fideicomiso al extinguirse el mismo, o sea, una cosa ajena como la señala el Código Civil.

Creemos suficientes estos argumentos para considerar que en el fideicomiso, jamás existe una traslación de bienes por parte del fideicomitente al fiduciario, lo que existe es la transmisión de la titularidad de esos bienes, entendiendo ésta, como la atribución de las facultades que el sujeto activo de una relación jurídica otorga a otra persona, por lo que a decir de DOMINGUEZ MARTINEZ "a la institución fiduciaria

corresponde el carácter de sujeto activo de todos los derechos y acciones relacionados con tales bienes". (15)

## II.- OPERACIONES FIDUCIARIAS.

La Ley General de Instituciones de Crédito y Organizaciones Auxiliares de 1941, facultaba a las sociedades o instituciones de crédito que disfrutaran de "concesión" para llevar a cabo operaciones fiduciarias, a realizar otras operaciones que no eran propiamente fiduciarias tales como: desempeñar el cargo de comisarios de sociedades; desempeñar sindicaturas; desempeñar cargos de albacea, interventor, depositario judicial, tutor o curador, etcétera.

Esta disposición estuvo vigente hasta la expedición de la Ley Reglamentaria del Servicio Público de Banca y Crédito de 1994. Ley que, por un lado derogó algunas de las operaciones no fiduciarias que podían realizar los departamentos fiduciarios, y por otro lado las operaciones

que subsistieron, las podría realizar en general la institución de crédito y no sólo el departamento fiduciario como hasta la fecha había sido.

Actualmente la Ley de Instituciones de Crédito al igual que las dos Leyes Reglamentarias del Servicio Público de Banca y Crédito vigente en la década de los ochentas, enumera en forma general las operaciones que pueden realizar las instituciones de crédito y dentro de estas operaciones están las que hasta las reformas de 1983, eran realizadas exclusivamente por el departamento fiduciario de dichas instituciones.

No obstante lo anterior, hoy día, el departamento fiduciario de las instituciones de crédito, creemos que por costumbre o por distribución de funciones, continua realizando estas operaciones.

A continuación analizaremos brevemente las operaciones bancarias, que no siendo operaciones de

fideicomiso, realiza normalmente el departamento fiduciario de las instituciones de crédito.

El artículo 46 de la actual Ley de Instituciones de Crédito, en su parte conducente, dice:

"Art. 46.- Las instituciones de crédito sólo podrán realizar las operaciones siguientes:

"XVI. Recibir depósitos en administración o custodia, o en garantía por cuenta de terceros de títulos o valores y en general de documentos mercantiles".

Esta área ha sido poco explotada por la necesidad de contar con locales adecuados para el depósito de los bienes y por la responsabilidad que siempre tienen los depositarios.

"XVII. Actuar como representante común de los tenedores de títulos de crédito".

En realidad esta fracción al hablar de títulos de crédito, se refiere a tenedores de obligaciones y de certificados de participación inmobiliaria.

"XVIII. Hacer servicio de caja y tesorería relativo a títulos de crédito, por cuenta de las emisoras."

A virtud de los cuales el cliente nombra a la fiduciaria como representante de una empresa, o ante ésta, para que a su nombre otorgue a los accionistas los servicios de pago de dividendos, recepción de fondos para suscribir aumentos de capital, canje de títulos cuando se emiten nuevas acciones o se cancelan anteriores, retención y pago de impuestos, etcétera.

"XIX Llevar la contabilidad y los libros de actas y de registro de sociedades y empresas".

Las fiduciarias pueden prestar el servicio de llevar contabilidades, esto implica la contratación de personal especializado para este efecto y llevar la contabilidad de acuerdo con las técnicas que sean aplicables a cada empresa conforme a los catálogos de cuentas más usuales en la materia, este es un servicio que hasta la fecha parece que no han prestado las instituciones fiduciarias, pero puede ser un renglón de importancia, si se cuenta con el apoyo técnico y los recursos humanos necesarios para prestarlo.

Los libros de la sociedad pueden ser llevados por las fiduciarias, registrando en los mismos las sesiones de esos cuerpos colegiados y cumpliendo con los requisitos que señalan las leyes para ello; estos servicios pueden ser de importancia si se trata de empresas cuyas acciones deban cumplir determinados requisitos.

**"XX. Desempeñar el cargo de albacea".**

El albacea como representante de la sucesión tiene una serie de funciones que pueden resumirse así:

a) Ejecutar lo ordenado por el autor de la herencia en el testamento, hacer el inventario y mandar realizar el avalúo de los bienes de la sucesión.

b) Guardar, conservar y administrar esos bienes.

c) Representar judicial o extrajudicialmente el patrimonio de la sucesión y en general todos los actos que sean necesarios y se encaminen a la liquidación y repartición de los bienes de la sucesión entre herederos y legatarios.

La designación del albacea compete en primer lugar al testador, en segundo lugar a los herederos, en tercer lugar al juez de la sucesión, si se tramita judicialmente y en ciertos casos muy especiales a los legatarios.

Se estima que las instituciones fiduciarias, dada su solvencia y profesionalidad, pueden desempeñar el cargo de albaceas en sucesiones, aun cuando en la práctica han sido poco utilizados estos servicios en nuestro medio.

"XXI. Desempeñar la sindicatura o encargarse de la liquidación judicial o extrajudicial de negociaciones, establecimientos, concursos o herencias."

La sindicatura es una actividad que, en general, no es vista con agrado por las fiduciarias por los problemas que entraña el personal que tiene que dedicarse a atender estos asuntos, lo poco remunerativo de la actividad y la responsabilidad que acarrea, todo esto aunado a lo tardado de los procedimientos de quiebra. En consecuencia no parece

recomendable aceptar sindicaturas y en general es conveniente seguir esta política y sólo aceptarse por excepción y por razones de peso.

Las liquidaciones en que pueden intervenir los fiduciarios, son las siguientes:

a) De comerciantes individuales. El fiduciario proporciona una función de asesoramiento, cuando la liquidación de comerciantes individuales no está motivada por insolvencia y tiene por objeto finiquitar derechos y obligaciones y hacer concordar los activos y pasivos del comerciante.

b) De sociedades. La liquidación de sociedades es una etapa posterior a la disolución de éstas y tiene por objeto finiquitar los negocios pendientes y reducir a dinero todos los bienes de la sociedad para repartirlo entre los socios, si su monto alcanza para ello.

c) De concursos. La liquidación de concursos, es similar al procedimiento que se sigue en la quiebra. El concurso solo se da cuando las deudas son de carácter civil y no mercantil.

d) De herencias. La liquidación de herencias tiene por objeto realizar actos pertinentes encaminados a la liquidación y reparto de los bienes de la sucesión entre legatarios y herederos.

XXII.- Encargarse de hacer avalúos que tendrán la misma fuerza probatoria que las leyes asignen a los hechos, por corredor público o perito.

Las instituciones fiduciarias pueden realizar avalúos de toda clase de bienes, los que tendrán la misma fuerza probatoria que la ley asigna a los que son hechos por corredores titulados o peritos.

En relación con los inmuebles, los avalúos de las fiduciarias pueden tener los siguientes propósitos:

Para efectos fiscales de impuesto sobre la renta, impuesto sobre adquisición de inmuebles y traslación de dominio.

Para que los inmuebles sirvan de garantía y se fije convencionalmente por las partes un valor a los mismos.

Para que las personas puedan conocer el valor comercial actual de algún bien.

Como se indicó, las fiduciarias también pueden realizar avalúos sobre otra clase de bienes, principalmente acciones.

En materia de avalúos, es importante hacer resaltar que este servicio puede ser proporcionado a la clientela en toda la República; se trata de un área cuyo incremento es posible realizar con cierta facilidad, pues son trámites que se requieren constantemente, sobre todo para efectos fiscales.

### III.- EL DELEGADO FIDUCIARIO.

#### 1) Concepto.

El artículo 80 de la Ley de Instituciones de Crédito, nos dice en su primer párrafo:

"Art. 80.- En las operaciones a que se refiere la fracción XV del artículo 45 de esta ley, (operaciones de fideicomiso) las instituciones desempeñaran su cometido y ejercerán sus facultades por medio de sus delegados fiduciarios".

Así, para DAVALOS MEJIA, el delegado fiduciario es: "el encargado directo de llevar a su término el fin de constitución y contratación del fideicomiso." (15)

Para ACOSTA ROMERO, delegado fiduciario: "son uno o más funcionarios que designan las instituciones (por conducto del Consejo de Administración), especialmente para encargarse del desempeño de fideicomisos, comisiones y mandatos fiduciarios y de cuyos actos responderá directa e ilimitadamente la institución, sin perjuicio de las responsabilidades civiles o penales en que incurran ellos personalmente." (17)

Es pues el delegado fiduciario, la persona física por medio de la cual, el departamento fiduciario de las instituciones de crédito, desempeña su cometido y ejercita sus facultades.

## 2) Naturaleza Jurídica.

Estudiamos ahora qué es el delegado fiduciario, para ello, es necesario analizar algunos artículos de diversas disposiciones legales.

Dijimos ya que el cargo de fiduciario lo realiza una institución de crédito.

Conforme al artículo 92. de la Ley de Instituciones de Crédito, sólo gozarán de autorización, para operar como instituciones de crédito, las sociedades anónimas de capital fijo, organizadas de conformidad con lo dispuesto por la Ley General de Sociedades Mercantiles.

Por su parte, como lo vimos anteriormente el Código Civil, en su artículo 25, fracción III, nos dice que son personas morales; las sociedades civiles o mercantiles.

Por otro lado la Ley General de Sociedades Mercantiles dice en su artículo primero.

"Art. 1.- Esta ley reconoce las siguientes especies de sociedades mercantiles:"

"IV.- Sociedad Anónima".

De lo hasta aquí expuesto se desprende:

1.- Que los cargos de fiduciario son ejercidos por instituciones de crédito; y

2.-Que las instituciones de crédito son personas morales constituidas bajo la forma de sociedad anónima o sociedad nacional de crédito.

Es importante la aclaración anterior, ya que nuestra ley reconoce expresamente, como lo veremos más adelante dentro de las personas morales, la teoría de los órganos.

Esta teoría acepta que las personas morales son entes jurídicos ficticios, creados y aceptados por las personas físicas, pero que no son reales ni tangibles, como éstas últimas, por lo que, las personas morales actúan jurídicamente por medio de sus distintos órganos, o dicho de otra forma, manifiestan su voluntad y la exteriorizan al mundo jurídico, por medio de su órgano de administración. Entonces, no es que las personas físicas que forman parte de algún órgano de representación de las personas morales y que pueden obligar a las personas morales con su firma, lo puedan hacer porque son sus representantes, en cualquier forma, sino que pueden obligar a las personas morales por que son el medio para hacerlo, ya que las personas morales por ser persona, y tener capacidad, se pueden obligar; pero al ser imposible hacerlo ellas mismas, ya que son un ente ficticio, lo tienen que hacer por medio de una o varias, personas físicas.

Al respecto DOMINGUEZ MARTINEZ nos dice: "Nos referimos a la teoría de los órganos respecto de las

personas morales. Estas, si bien son una construcción jurídica con irrealidad física pues carecen de un lugar en el espacio, tienen una serie de órganos en su estructura; no son representantes, sino precisamente forman orgánicamente parte de ellas, en ellos están incluidos y son el medio por el que actúa tanto internamente como frente a terceros. Así por ejemplo, es el caso de una asamblea general de una sociedad que no está acordando o decidiendo por ésta; la sociedad misma esta decidiendo por medio de aquélla.. Otro caso es el órgano representativo que no actúa independientemente por cuenta de la persona moral sino más bien, ésta actúa por medio de aquél y es precisamente el órgano de la persona moral que tiene esa función representativa ante y con terceros." (18)

Nuestra legislación en el Código Civil adopta esta teoría, textualmente su artículo 27 nos dice:

"Art. 27.- Las personas morales obran y se obligan por medio de los órganos que las representan sea por disposición de la ley o conforme a las disposiciones

relativas de sus escrituras constitutivas y de sus estatutos."

Recordemos el primer párrafo del artículo 80 de la Ley de Instituciones de Crédito.

"Art. 80.- En las operaciones a que se refiere la fracción XV del artículo 46 de esta ley, las instituciones desempeñarán su cometido y ejercerán sus facultades por medio de sus delegados fiduciarios."

Así pues, en nuestra opinión, el delegado fiduciario es un órgano de representación de las personas morales que operan como instituciones de crédito.

### 3) Nombramiento y remoción.

La circular número 274, de 25 de junio de 1944 de la Comisión Nacional Bancaria y de Seguros, ordena que las instituciones deberán dar aviso a dicha Comisión cuando

pretendan designar un Delegado Fiduciario, enviando un informe que funde su resolución.

Con el escrito en que notifiquen el nombramiento respectivo enviarán los siguientes datos:

0

1.- Su nacionalidad, con indicación precisa de si es mexicano por nacimiento o por naturalización y, en este último caso, cuánto tiempo lleva de radicar en el país, etcétera.

2.- Su edad.

3.- Si es bien conocido y reputado en los círculos financieros y si tiene la experiencia y la aptitud necesaria para la administración de empresas y negocios de cualquier clase, con las explicaciones necesarias sobre los antecedentes del interesado, a fin de fundar esta información.

4.- Sus ingresos aproximados y si puede considerarse que tiene la independencia económica necesaria

para la mayor garantía del eficaz cumplimiento de las comisiones que se le confieran.

5.- Todos los demás datos complementarios y referencias que puedan servir para completar la información requerida.

La designación del Delegado Fiduciario en las instituciones de crédito, compete al Consejo de Administración. Lo anterior se deduce del primer párrafo del artículo 90 de la Ley de Instituciones de Crédito, el cual dice:

"Art.90.- Para acreditar la personalidad y facultades de los funcionarios de las instituciones de crédito, incluyendo a los delegados fiduciarios, bastará exhibir una certificación de su nombramiento, expedida por el secretario o prosecretario del consejo de administración o consejo directivo."

Luego entonces, si la certificación del nombramiento la expide un consejero, debe entenderse que el nombramiento lo hace el consejo de administración.

El nombramiento del delegado fiduciario deberá inscribirse en el Registro Público de Comercio, previa ratificación de firmas, ante fedatario público, del documento auténtico en que conste el nombramiento respectivo. (Art. 91 LIC)

La Comisión Nacional Bancaria tiene la facultad de aprobar o no el nombramiento que de delegado fiduciario hagan las instituciones de crédito. (art. 24 LIC)

También tiene la facultad, dicha Comisión, de remover o suspender, entre otros funcionarios de las instituciones de crédito a los delegados fiduciarios, oyendo previamente al interesado y a la institución de banca múltiple, cuando considere que no cuentan con la suficiente calidad técnica o moral para el desempeño de su función, o

no reúne los requisitos al efecto establecidos; o incurra de manera grave o reiterada en infracciones a la Ley de Instituciones de Crédito o a las disposiciones de carácter general que de ella deriven. En los dos últimos supuestos, la propia Comisión podrá además, inhabilitar a las citadas personas para desempeñar un empleo, cargo o comisión dentro del sistema financiero mexicano, por un período de seis meses a diez años, sin perjuicio de las sanciones que conforme a este u otros ordenamientos legales fueren aplicables. (art. 25 LIC)

Las resoluciones anteriores podrán ser recurridas ante la Secretaría de Hacienda y Crédito Público dentro de los quince días siguientes a la fecha en que se hubieren notificado. La propia Secretaría podrá revocar, modificar o confirmar la resolución recurrida, previa audiencia de las partes. (art. 25 LIC)

4) Actos del Delegado Fiduciario. Limitaciones.

Como vimos, el Delegado Fiduciario es la persona por medio de la cuál, el departamento fiduciario de las instituciones de crédito ejecutan los fideicomisos encargados. El Delegado Fiduciario es quien físicamente ejecuta estos actos.

Ahora bien, los actos que éste funcionario puede realizar y los límites a los que está sujeto, dependen en todo caso de cada fideicomiso, ya que siempre debe observar las instrucciones del fideicomitente quien en el acto constitutivo del fideicomiso señalará los límites, actos y facultades de que gozará el fiduciario, quien a su vez actúa por medio de su Delegado Fiduciario, para el cumplimiento del fin encomendado.

En su oportunidad estudiamos que la institución fiduciaria tendrá todos los derechos y acciones que se requieran para el cumplimiento del fideicomiso, salvo las normas o limitaciones que se establezcan al efecto, al constituirse el mismo. (art. 356 LGTCC).

Igualmente vimos que las instituciones fiduciarias desempeñarán su cometido y ejercerán sus facultades por medio de sus Delegados Fiduciarios. (art. 80 LIC).

De la lectura de estos artículos se desprende que quien físicamente ejecuta el fideicomiso es el Delegado Fiduciario de las instituciones de Crédito; y que éste es facultado por el fideicomitente, en el acto constitutivo del fideicomiso, para realizar un fin determinado, por lo que en dicho acto se le otorgan las facultades que el fideicomitente estime necesarias para el cumplimiento del fin, sin perjuicio de las facultades que la ley le otorga.

En conclusión podemos decir, que el Delegado Fiduciario para el ejercicio de su cargo gozará de todas las facultades necesarias para lograr el fin del fideicomiso, sin perjuicio de las que el fideicomitente le otorgue y que tendrá las limitaciones que éste le imponga en el acto constitutivo del mismo. Esto implica la realización de los

actos necesarios o convenientes para la obtención del fin encomendado por el fideicomitente.

#### IV.- DELEGADOS FIDUCIARIOS GENERALES.

Son aquellos funcionarios de las instituciones de crédito, nombrados por el Consejo de Administración, por medio de los cuales estas últimas ejecutan los fideicomisos que se les encargan. Por ser un órgano de administración su cargo es indelegable, como lo es también, por ejemplo, el de administrador único en una sociedad anónima.

Estos delegados fiduciarios generales, son aquellos que ejecutan, sin excepción, todos los fideicomisos en los que actúa como fiduciaria una institución de banca múltiple.

#### V.- DELEGADOS FIDUCIARIOS ESPECIALES.

En el uso bancario, se han ido conociendo como Delegados Fiduciarios Especiales a aquellas personas que se designan específicamente para actuar como Delegados Fiduciarios, en fondos de fideicomiso que establece el Gobierno Federal como fideicomitente.

En la práctica, desde hace bastantes años, el Gobierno Federal ha utilizado el fideicomiso para muy diversas finalidades y las normas constan frecuentemente en los actos constitutivos respectivos que celebra la Secretaría de Hacienda y Crédito Público, con alguna institución de banca de desarrollo inclusive se prevé la posibilidad de que el Director General del Fideicomiso, sea nombrado directamente por el Presidente de la República.

En muchos fideicomisos públicos, el nombramiento del Delegado Fiduciario Especial, también conocido como Director General, corresponde:

- a) Al Presidente de la República;
- b) Al Secretario de Estado que encabeza el sector respectivo, y

c) Al Comité Técnico del Fideicomiso.

ACOSTA ROMERO comenta al respecto:

"A nuestro modo de ver, estos funcionarios son de carácter político, porque su nombramiento tiene esos matices, acuerdan con el Jefe del Estado o funcionario cabeza de sector, existe relación jerárquica y están agrupados por sectores.

Lo anterior provoca que las instituciones fiduciarias no tengan opción para nombrar a esos Delegados Fiduciarios Especiales, en tales fideicomisos, sino que es propiamente un nombramiento discrecional del Poder Ejecutivo Federal, que recae en una persona determinada, por lo que creemos resulta una excepción a las reglas aplicables a los delegados fiduciarios normales". (19)

Es de comentarse que ni en la doctrina ni en la legislación existe una definición o conceptos que perfilen a

este tipo de funcionarios y sólo en los decretos o leyes que ordenan la creación de fideicomisos o en los actos constitutivos en que el gobierno federal es fideicomitente y son celebrados con las instituciones de crédito, se encuentran algunos precedentes sobre éstos.

ACOSTA ROMERO define al delegado fiduciario especial como "la persona designada por el Presidente de la República, o por el Secretario de Estado que encabece el sector correspondiente, específicamente para actuar como administrador de un fideicomiso constituido por el Gobierno Federal y que en consecuencia, el consejo de Administración de la institución fiduciaria tendrá a su vez que nombrar delegado fiduciario especial y seguir el procedimiento de aprobación ante la Comisión Nacional Bancaria y de Seguros", (20) hoy Comisión Nacional Bancaria.

El artículo 52 de la Ley Orgánica de la Administración Pública Federal textualmente dice:

"Art. 52.- Cuando los nombramientos de Presidente o de miembro de los consejos, junta directivas o equivalentes en las entidades de la administración paraestatal corresponda al Gobierno Federal y sus dependencias, el Presidente de la República podrá designar a los funcionarios que procedan."

Esto ha originado que las instituciones no tengan opción para nombrar a esos delegados fiduciarios especiales, sino que es propiamente un nombramiento discrecional del Poder Ejecutivo Federal que recae en una persona determinada, por lo que creemos que resulta una excepción a las reglas aplicables a los delegados fiduciarios generales.

El artículo 40 de la Ley Federal de Entidades Paraestatales nos dice que los directores generales y comités técnicos de los fideicomisos públicos se ajustarán en cuanto a su integración, facultades y funcionamiento, a las disposiciones que la ley establece para los órganos de gobierno y para los directores generales, en cuanto sea compatible a su naturaleza.

Es decir, que el mismo funcionamiento que establece la ley para los órganos de gobierno y directores generales de las entidades paraestatales será aplicable para los comités técnicos y directores generales de los fideicomisos públicos respectivamente.

#### VI.- DIFERENCIAS ENTRE LOS DELEGADOS FIDUCIARIOS GENERALES Y LOS DELEGADOS FIDUCIARIOS ESPECIALES.

Los delegados fiduciarios que pudiéramos calificar de normales, son aquellos funcionarios que designan las instituciones para encargarse del desempeño de fideicomisos, comisiones y mandatos fiduciarios en general, que puede contratar cualquiera de las instituciones fiduciarias que cuentan con autorización para realizar este tipo de actividades, sin que dichos funcionarios se dediquen con exclusividad, al manejo de una o varias operaciones en particular.

El concepto de delegado fiduciario especial, en nuestra opinión, es derivado de la práctica del Gobierno Federal, en los fideicomisos, en los que a través de la Secretaría de Hacienda y Crédito Público es fideicomitente único y en los actos constitutivos respectivos con las instituciones nacionales de crédito, principalmente ha utilizado la expresión de Delegado Fiduciario Especial, para identificar a aquella persona que prácticamente es designada en los términos de dichos actos y que se encargará única y exclusivamente de ejecutar todas las operaciones realizadas por el fideicomiso de que se trate, y que para ello tendrá que nombrarla también como delegado fiduciario, la institución fiduciaria, de donde el delegado fiduciario especial puede afirmarse que no es un funcionario que realice cualquier operación fiduciaria que pueda desarrollar la institución, sino que su nombramiento obedece exclusivamente a encargarse, con especialidad, de un fideicomiso en particular, constituido por el Gobierno Federal.

VII.- PROBLEMAS DE LA REPRESENTACION EN LOS FIDEICOMISOS.

En este capítulo, expusimos nuestra teoría en el sentido de que el Delegado Fiduciario es un órgano de representación de las instituciones de crédito por medio del cual, éstas, ejecutan los fideicomisos que le son encomendados.

Como lo vimos, esta teoría es aceptada tanto por la legislación bancaria y mercantil como por la legislación civil. Sin embargo ha dado origen a diversas interpretaciones y desafortunadamente, algunas de estas interpretaciones erróneas, han ocasionado problemas al momento de aplicar la Ley.

Analizámos que los Delegados Fiduciarios acreditan su personalidad con la certificación de su nombramiento, expedida por el secretario o prosecretario del consejo de administración o consejo directivo de las instituciones de crédito debidamente ratificado dicho nombramiento ante

fedatario público e inscrito en el Registro Público de Comercio correspondiente.

Esta certificación en donde consta el nombramiento de Delegado Fiduciario, por ser un órgano de representación y no un apoderado, no es necesario que diga textualmente cuáles son las facultades que tendrá dicho funcionario en el ejercicio de su cargo, ya que al ser un órgano se entiende que tiene todas las facultades de un apoderado general, amén de tener las facultades que específicamente le reserva la Ley General de Títulos y Operaciones de Crédito y la Ley de Instituciones de Crédito. Por lo que aunque en su nombramiento no diga de que facultades goza, debe entenderse que son las más amplias facultades pudiendo obligar en cualquier forma a la institución, con su firma.

Como sabemos el delegado fiduciario es un órgano de representación de las instituciones de crédito, y precisamente por ser un órgano y no un apoderado, su cargo es indelegable, es decir, no puede de alguna forma delegar

su cargo a otra persona, ya que su nombramiento depende exclusivamente del consejo de administración.

Esto aunado, a que como vimos, en el nombramiento de dicho funcionario muchas veces no se mencionan sus facultades, ha dado lugar a pensar que estos funcionarios no tienen facultades para otorgar poderes.

Lo anterior es incorrecto. El simple hecho del nombramiento de estos funcionarios por ser un órgano de representación incluye todas las facultades y entre ellas están el otorgar y revocar poderes.

Así el artículo 149 de la Ley General de Sociedades Mercantiles dice:

"Artículo 149. El administrador o el consejo de administración y los gerentes podrán, dentro de sus

respectivas facultades conferir poderes en nombre de la sociedad, los cuales serán revocables en cualquier tiempo".

Por lo que puede interpretarse que los delegados fiduciarios por tener la misma naturaleza jurídica, también pueden conferir y revocar poderes, sobre los poderes que ellos tienen conferidos y siempre y cuando no otorguen facultades decisorias.

La circular número 547 de la Comisión Nacional Bancaria señala que, aunque las instituciones fiduciarias no puedan delegar su cargo, que deben desempeñar por medio de funcionarios especiales como son los delegados fiduciarios, si podrán emplear personas que auxilien a éstos en el desarrollo de sus funciones secundarias.

#### VIII.- HONORARIOS FIDUCIARIOS.

La legislación mexicana carece de una concepción de lo que significan los honorarios fiduciarios; sin embargo, YAREZ RAMIREZ los define como las percepciones o ingresos que reciben las instituciones de crédito cuando realizan un servicio por actividades realizadas con fideicomisos, mandatos o comisiones".(21)

La procedencia de los honorarios fiduciarios se puede encontrar en el artículo 356 de la ley cambiaria que afirma: "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..."

A pesar de que no se mencionan los honorarios, para fines de este trabajo, se puede interpretar como un derecho de la institución fiduciaria el cobro de honorarios y como una de las acciones, la erogación para sufragar la finalidad del negocio fiduciario pactado.

Es conveniente distinguir entre los honorarios de los fiduciarios y los gastos hechos por los fiduciarios.

Los primeros quedaron definidos como una retribución por el servicio prestado; los segundos son aquellos gastos hechos por las instituciones fiduciarias en la operación y administración de un negocio determinado, y cuyo reembolso se pacta al constituirse el mismo.

En ambos casos, puede ser con cargo al fondo fideicomitado, con cargo al fideicomitente o a los fideicomisarios.

Como se mencionó anteriormente, la legislación mexicana no conceptúa ni prevee como fijar las tarifas de los fiduciarios, por lo que existe una evidente anarquía en su tratamiento.

## CITAS DEL CAPITULO TERCERO.

- 1) CERVANTES AHUMADA, *op. cit.*, p. 310 y s.
- 2) BARRERA GRAF, *op. cit.*, p. 363.
- 3) DE PINA, *op. cit.*, p. 304.
- 4) RODRIGUEZ Y RODRIGUEZ Curso ... *op. cit.*, p. 122.
- 5) ACOSTA ROMERO, Derecho ... *op. cit.*, p. 560.
- 6) BATIZA, El Fideicomiso Teoría ... *op. cit.*, p. 157.
- 7) BANCO MEXICANO SOMEX, Las Instituciones Fiduciarias y el Fideicomiso en México, Fomento Cultural de la Organización Somex, México, 1982, México, 1982, p. 191.
- 8) LEPAULLE PIERRE, *op. cit.*, p. XXV.
- 9) LUÑO FERNANDEZ, Felipe, La Naturaleza Jurídica Del Fideicomiso, Universidad Autónoma de Chihuahua, Lecturas Jurídicas 60, México, 1975, p. 18 y s.
- 10) SANCHEZ MEDAL, *op. cit.*, p. 574.
- 11) *Op. cit.*, p. 577.

- 12) DOMINGUEZ MARTINEZ, El Fideicomiso Anta ...cit., p. 213.
- 13) DOMINGUEZ MARTINEZ, op.cit., p. 212.
- 14) SANCHEZ MEDAL, op. cit., p. 583.
- 15) DOMINGUEZ MARTINEZ, El Fideicomiso Anta ...cit., p. 203.
- 16) DAVALOS MEJIA, Carlos, Títulos y Contratos de Crédito, Quiebras, Haria, México, 1984, p. 443.
- 17) BANCO MEXICANO, Las Instituciones ... cit., P. 82.
- 18) DOMINGUEZ MARTINEZ, Jorge Alfredo, Derecho Civil Parte General. Personas, Cosas, Negocio Jurídico e Invalidez, 1a. ed., Ed. Porrúa, México, 1990, p. 292.
- 19) ACCSTA ROMERO, MIGUEL Teoría General de Derecho Administrativo, 9a. ed., Ed. Porrúa, México, 1988, p. 291.
- 20) BANCO MEXICANO SOMEX, Las Instituciones ...cit., p. 86.
- 21) Op. cit., p. 723.

## CONCLUSIONES

1.- Al fideicomiso mexicano no se le puede identificar con otras figuras extranjeras como el "Trust" ya que si bien ambas figuras tienen semejanzas, los sistemas jurídicos que las regulan son totalmente distintos.

2.- Pensamos que es adecuado el régimen de "autorización" al que actualmente están sujetos tanto la prestación del servicio de la banca, como de cualquier servicio financiero, ya que confirma que estos servicios no corresponde prestarlos al Estado, sino que los pueden prestar los particulares a quienes con la "autorización", se les da mayor seguridad jurídica que con la "concesión".

3.- Pensamos que la facultad discrecional que tiene la autoridad para otorgar las "autorizaciones" que permiten a los particulares prestar el servicio de banca y crédito, es desmedida, ya que la prestación del citado servicio no es una actividad que este reservada al Estado sino que pueden prestar los particulares, quienes en caso de querer prestar dicho servicio, están obligados a cumplir ciertos requisitos, por lo que el Estado, al otorgar dicha

"autorización", en virtud de ser una actividad que pueden prestar los particulares, debiera sólo verificar que los requisitos exigidos por la ley, sean cumplidos por quien pretende prestar dicho servicio.

4.- La actual Ley de Agrupaciones Financieras es, lo que en su momento fué, la creación de la banca múltiple, ya que permite que un solo grupo otorgue financiamiento, por cualquiera de las formas que permiten y reconocen las leyes.

5.- En nuestro concepto el fideicomiso es un negocio jurídico por medio del cual una persona llamada fideicomitente destina ciertos bienes o derechos a un fin lícito y determinado por medio de una declaración unilateral de voluntad, encargándole la ejecución de ese fin a una institución fiduciaria.

5.- La constitución del fideicomiso únicamente requiere de una persona, el fideicomitente, quien en el acto constitutivo realizará, dos conductas fundamentales a él exclusivas; el destino de bienes a un fin lícito y determinado; y la encomienda de la realización de ese fin a una institución fiduciaria.

7.- La obligación de ejecutar el fin por parte de la institución fiduciaria, nace de un acto independiente al de la constitución del fideicomiso y dicha obligación se creará, en la mayoría de los casos, mediante un contrato entre el fideicomitante y la institución fiduciaria.

8.- El fideicomiso es válido desde el momento en que el fideicomitante destina ciertos bienes a un fin lícito y determinado, independientemente de que la fiduciaria acepte o no la ejecución de los actos que el fideicomiso implica.

9.- El fideicomiso no tiene personalidad jurídica ya que además de que la Ley no se la reconoce, no tiene atributos de la personalidad.

10.- La capacidad necesaria para ser fideicomitante es la capacidad de ejercicio y en todo caso la persona que constituye el fideicomiso, debe tener las facultades de disposición para su constitución.

11.- La capacidad necesaria para ser fideicomisario es la capacidad de goce.

12.- En el fideicomiso no hay transmisión de bienes. El fideicomitente conserva, en todo caso durante la vigencia del fideicomiso, la propiedad de los bienes que afectó al fideicomiso.

13.- Los bienes dados en fideicomiso se consideran afectos al fin a que se destina, y por lo mismo sólo podrán ejercitarse respecto a ellos, los derechos y acciones que al mencionado fin se refieren.

14.- Lo que transmite el fideicomitente por regla general al fiduciario, es la titularidad que aquél tenía sobre los bienes fideicomitados, es decir, las facultades que tenía sobre dichos bienes.

15.- Las instituciones fiduciarias ejecutan lo encomendado por el fideicomitente por medio de su delegado fiduciario, quien es parte del órgano de representación de las personas morales que operan como instituciones de crédito.

15.- El Delegado Fiduciario no puede delegar su cargo, pero si puede auxiliarse de personas para ejecutar los fideicomisos que le son encomendados al departamento fiduciario de la institución de crédito que representa, otorgándoles para ello los poderes y facultades que crea conveniente y que a su vez dicho funcionario tenga conferidos siempre y cuando no otorgue facultades descisorias.

## B I B L I O G R A F I A

ACOSTA ROMERO, Miguel, La Banca Múltiple, 1ª ed., Ed. Porrúa, México, 1981.

\_\_\_\_\_, Derecho Bancario, 4ª. ed., Ed. Porrúa, México, 1991.

\_\_\_\_\_, Teoría General del Derecho Administrativo, 8ª. ed., Ed. Porrúa, México, 1988.

ALVAREZ DE LA TORRE, Víctor, La naturaleza jurídica del fideicomiso, El Foro, 5ª. época No. 34, Abril-Junio, México 1974.

BANCO MEXICANO SOMEX, Las instituciones fiduciarias y el fideicomiso en México, Fomento Cultural de la Organización Somex, México, 1982.

BARRERA GRAF, Jorge, Estudio de Derecho Mercantil, Ed. Porrúa, México, 1958.

BATIZA, Rodolfo, El fideicomiso teoría y práctica, 5ª ed., Ed. Jus, México, 1991.

\_\_\_\_\_, Principios Básicos del Fideicomiso y de la Administración Fiduciaria, 1ª. ed., Ed. Porrúa, México, 1977.

BAUCHE GARCADIAGO, Mario, Operaciones Bancarias Activas, Pasivas y Complementarias, 4ª. ed., Ed. Porrúa, México, 1981.

BOJALIL, Julian, Fideicomiso, 1ª. ed., Ed., Porrúa, México, 1962.

BORJA MARTINEZ, Francisco, El nuevo sistema financiero mexicano, 1ª. ed., Fondo de Cultura Económica, México, 1991.

CERVANTES AHUMADA, Raúl, Titulos y Operaciones de Crédito, 2ª. ed., Ed. Herrero, México, 1961.

DAVALOS MEJIA, Carlos, Titulos y Contratos de Crédito, Quiebras, Harla, México, 1984.

DE PINA VARA, Rafael, Derecho Mercantil Mexicano, 8ª ed., Ed. Porrúa, México, 1975.

DOMINGUEZ MARTINEZ, Jorge Alfredo, El Fideicomiso ante la teoría general del negocio jurídico, 3ª. ed., Ed. Porrúa, México 1982.

\_\_\_\_\_, Derecho Civil parte general, personas, cosas, negocio jurídico e invalidez, 1ª. ed., Ed. Porrúa, México 1990.

GIORGANA FRUTOS, Victor Manuel, Curso de Derecho Bancario y financiero, Ed. Porrúa, México, 1984.

HERNANDEZ, Octavio A, Derecho Bancario Mexicano, Instituto de Investigaciones Jurídicas, México, 1956.

LEPAULLE, Pierre, Tratado Teórico y Práctico de los Trusts, Traducción y estudio del Fideicomiso Mexicano por Pablo Macedo, 1ª. ed., Ed. Herrero, México, 1975

LUGO FERNANDEZ, Felipe, La Naturaleza Jurídica del Fideicomiso, Universidad Autónoma de Chihuahua, Lecturas Jurídicas 60, México, 1975.

MANERO, Antonio, La revolución bancaria en México, Instituto de Investigaciones Jurídicas.

MANTILLA MOLINA, Roberto L., Derecho Mercantil, 5ª ed., Ed. Porrúa, México, 1989.

MOLINA PASQUEL, Roberto, Naturaleza Jurídica del Fideicomiso, Revista de Derecho y Ciencias Sociales T. 13, No. 72, México, 1944.

\_\_\_\_\_, Recepción, evolución y estado actual del fideicomiso en el Derecho Mexicano, Revista Jurídica de Buenos Aires, Universidad de Buenos Aires, Facultad de Derecho y Ciencias Sociales, Argentina, 1958.

\_\_\_\_\_, Sobre algunos aspectos del fideicomiso, Jus Revista de Derecho y Ciencias Sociales, No. 21, Abril, México, 1940.

\_\_\_\_\_, La institución del fideicomiso, El foro, 4ª época, No. 26-27, Julio-diciembre, México, 1959.

RODRIGUEZ Y RODRIGUEZ, Joaquín, Derecho Bancario, 2ª. ed., Ed. Porrúa, México, 1964.

\_\_\_\_\_, Curso de Derecho Mercantil, T.II, 11 ed. Ed. Porrúa, México, 1974.

SANCHEZ MEDAL, Ramón, De los contratos civiles, 9ª. ed., Ed. Porrúa, México, 1988.

TEJEDA, Miguel Angel, El fideicomiso en México. Revista de Derecho Notarial, año XIX, No. 58, México, 1975

TENA RAMIREZ, Felipe Leves fundamentales de México, 1808-1987 16ª ed., Ed. Porrúa, México, 1991.

VILLAGORDOA LOZANO, Jose Manuel, Doctrina general del fideicomiso, Ed. Porrúa, México, 1982.