

221
2Ej



UNIVERSIDAD NACIONAL AUTONOMA
DE MEXICO

FACULTAD DE DERECHO

"LAS CASAS DE BOLSA COMO FIDUCIARIAS.
MARCO JURIDICO Y EFECTOS ECONOMICOS"

FACULTAD DE DERECHO
SECRETARIA DE EDUCACION PUBLICA
EXAMENES PROFESIONALES

T E S I S

QUE PARA OBTENER EL TITULO DE
LICENCIADO EN DERECHO
P R E S E N T A
MA. ESTHER DIEZ PEÑALOZA

FALLA DE ORIGEN

MEXICO, D. F.

1995



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 esta 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.



FACULTAD DE DERECHO
SEMINARIO DE
ESTUDIOS JURIDICO-ECONOMICOS

C. DIRECTOR DE SERVICIOS
ESCOLARES DE LA UNIVERSIDAD
NACIONAL AUTONOMA DE MEXICO
P R E S E N T E .

La pasante MA. ESTHER DIEZ PEÑALOZA, con número de cuenta 8634403-6, elaboró su tesis profesional en este Seminario bajo la dirección del Lic. José Antonio Almazán Alanís, intitulada "LAS CASAS DE BOLSA COMO FIDUCIARIAS. MARCO JURIDICO Y EFECTOS ECONOMICOS".

La pasante MA. ESTHER DIEZ PEÑALOZA, ha concluido la tesis de referencia, la cual llena los requisitos exigidos para este tipo de trabajo, por lo que me permito otorgarle la -- APROBACION, para todos los efectos académicos.

Me es grato hacerle presente mi consideración.

A T E N T A M E N T E
"POR MI RAZA HABLARA EL ESPIRITU"
Ciudad Universitaria, D.F., a 27 de abril de 1995.
EL DIRECTOR DEL SEMINARIO



LIC. AGUSTIN ARIAS LAZO.

cle.



UNIVERSIDAD NACIONAL
AUTÓNOMA DE
MÉXICO

SEÑOR LICENCIADO
DON AGUSTIN ARIAS LAZO
DIRECTOR DEL SEMINARIO
DE ESTUDIOS JURIDICO-ECONOMICOS
DE LA FACULTAD DE DERECHO
DE LA UNIVERSIDAD NACIONAL AUTONOMA DE MEXICO.
P R E S E N T E

FACULTAD DE DERECHO

Muy distinguido Maestro:

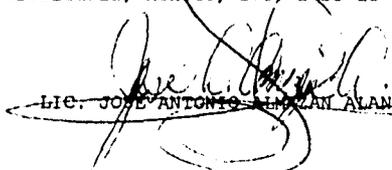
La alumna MA. ESTHER DIEZ PEÑALOZA, con número de cuenta de esta Casa de Estudios 8634403-6, ha concluido bajo la asesoría del suscrito la investigación de Tesis Profesional intitulada "Las Casas de Bolsa como Fiduciarias. Marco Jurídico y Efectos Económicos", que ha elaborado para ser admitida a sustentar el correspondiente examen profesional de la Licenciatura en Derecho.

La monografía en cuestión aborda un tema de singular interés, dada la importante facultad que fue conferida por la ley a las casas de bolsa para realizar operaciones fiduciarias. En el capítulo primero se exponen una serie de nociones generales relacionadas con los antecedentes del fideicomiso, su evolución y definición en nuestra legislación vigente. En el capítulo segundo se analiza la naturaleza jurídica del contrato de fideicomiso y las partes que en él intervienen. En el capítulo tercero se aborda la importante función que desempeña el fideicomiso en el Mercado de Valores y la trascendencia que éste tiene en el desarrollo económico nacional. Por último, el capítulo cuarto se dedica a una serie de importantes consideraciones sobre las casas de bolsa como fiduciarias, analizando y comentando las reformas legislativas que las autorizan para actuar con tal carácter y los efectos económicos de las mismas.

Cabe señalar que la alumna Ma. Esther Diez Peñaloza demostró durante el desarrollo de su investigación, dedicación, estudio, trabajo y esfuerzo, por lo que estimo que el trabajo en cuestión satisface los requisitos que merecen este tipo de trabajos recepcionales.

Aprovecho la oportunidad para enviarle un cordial saludo, quedando a su disposición para cualquier comentario o aclaración al respecto, protestando a usted las seguridades de mi más amplia y distinguida consideración.

A T E N T A M E N T E
POR MI RAZA HABLARA EL ESPIRITU
Cd. Universitaria, México, D.F. a 25 de abril de 1995


LIC. JOSÉ ANTONIO LEMUZÁN ALANIZ

A mis padres, Ma. Esther Peñaloza de Diez y Alfonso Diez García, con todo mi amor, por su confianza, apoyo y amor incondicionales.

A mis hermanas Tania Diez Peñaloza y Claudia Diez Peñaloza, por hacerme sentir en todo momento muy orgullosa de ellas.

A toda mi familia y a mis amigos, con mucho cariño.

Al Lic. Juan Suayfeta Ozaeta, por sus valiosos consejos.

A mi director de tesis, Lic. José Antonio Almazán Alaniz, con mi gratitud por su asesoría y compromiso.

A Luis Felipe Aguilar Rico, por haberme motivado a iniciar este trabajo.

Y de una manera muy especial, agradezco y dedico la presente a Erika C., Marisol G., Carolina F., Lizette E. y Julieta P., por haber estado tan cerca de mí.

INDICE GENERAL

INDICE DE ABREVIATURAS UTILIZADAS	iii
INTRODUCCION	iv
CAPITULO I	
1. ANTECEDENTES DEL FIDEICOMISO EN MEXICO	1
1.1. FIDEICOMISO EN EL DERECHO ROMANO	2
1.1.1. FIDEICOMMISSUM	3
1.1.2. PACTUM FIDUCIAE	4
1.2. FIDEICOMISO EN LA EDAD MEDIA	6
1.3. TRUST ANGLOSAJON	7
1.4. ADOPCION DEL FIDEICOMISO EN MEXICO	13
1.4.1. DEFINICION DEL FIDEICOMISO EN LA LEGISLACION VIGENTE	19
CAPITULO II	
2. NATURALEZA JURIDICA DEL FIDEICOMISO Y PARTES QUE INTERVIENEN	25
2.1. NATURALEZA JURIDICA DEL FIDEICOMISO	25
2.1.1. EL FIDEICOMISO COMO NEGOCIO FIDUCIARIO	25
2.1.2. EL FIDEICOMISO COMO UN CONTRATO	33
2.2. PARTES QUE INTERVIENEN EN EL FIDEICOMISO	35
2.2.1. FIDEICOMITENTE	36
2.2.1.1. DERECHOS	37
2.2.1.2. OBLIGACIONES	39
2.2.2. FIDUCIARIO	40
2.2.2.1. FACULTADES Y DERECHOS	41
2.2.2.2. OBLIGACIONES	44
2.2.3. FIDEICOMISARIO	50
2.2.3.1. DERECHOS	52
2.2.3.2. OBLIGACIONES	54
2.2.4. COMITE TECNICO	55

CAPITULO III

3. EL FIDEICOMISO Y EL MERCADO DE VALORES	57
3.1. ¿QUE ES EL MERCADO DE VALORES?	57
3.2. RELACION DEL FIDEICOMISO CON EL MERCADO DE VALORES	68
3.3. INTERMEDIARIOS EN EL MERCADO DE VALORES	71
3.3.1. CASAS DE BOLSA	72

CAPITULO IV

4. ALGUNAS CONSIDERACIONES SOBRE LAS CASAS DE BOLSA COMO FIDUCIARIAS	77
4.1. REFORMAS LEGISLATIVAS QUE AUTORIZAN A LAS CASAS DE BOLSA COMO FIDUCIARIAS (COMENTARIOS)	77
4.2. EFECTOS ECONOMICOS DERIVADOS DE LAS FACULTADES Y LIMITACIONES DE LAS CASAS DE BOLSA PARA SER FIDUCIARIAS (COMENTARIOS)	91
CONCLUSIONES	98
BIBLIOGRAFIA	103

INDICE DE ABREVIATURAS UTILIZADAS

BIBS	Bonos de Indemnización Bancaria
BMV	Bolsa Mexicana de Valores
BONDES	Bonos de Desarrollo
BORES	Bonos de Renovación Urbana
CETES	Certificados de la Tesorería de la Federación
CNB	Comisión Nacional Bancaria
CNV	Comisión Nacional de Valores
INDEVAL	Instituto para el Depósito de Valores
LGTyOC	Ley General de Títulos y Operaciones de Crédito
LIC	Ley de Instituciones de Crédito
LIE	Ley de Inversión Extranjera
LMV	Ley del Mercado de Valores
SHyCP	Secretaría de Hacienda y Crédito Público

INTRODUCCION

La figura jurídica denominada fideicomiso es en nuestro país un negocio al que se acude con suma frecuencia para dar cumplimiento a fines muy diversos que de otra manera, a través de instituciones civiles o de otras mercantiles, no podrían conseguirse.

Aunque contempla entre sus antecedentes instituciones como la del "fideicommissum" y el "pactum fiduciae" de la época de los romanos, o la del "mayorazgo" que prevaleció durante la Edad Media, realmente sus bases descansan sobre la figura del "trust anglosajón", pero sus características y aplicaciones son muy particulares.

El elemento en común que ha dado origen, a través de los años, a la constitución de fideicomisos, tanto en Roma, como en los países anglosajones y en México, ha sido el de la confianza, al encomendar una persona sus bienes en manos de otra separándolos de su patrimonio para su custodia y administración.

Los primeros vestigios de legislación formal sobre el fideicomiso en México los encontramos en el año de 1925, al ser publicada la Ley General de Instituciones de Crédito y Establecimientos Bancarios.

Luego de varios años de reformas, adiciones y de diversos intentos de compilación normativa, fue creada en 1932 la Ley General de Títulos y Operaciones de Crédito, que rige en la actualidad; y en 1990 se sumó a dicho ordenamiento la Ley de Instituciones de Crédito, también vigente en nuestros días.

Sin embargo, ni la doctrina ni la legislación coinciden al respecto de la naturaleza jurídica del fideicomiso. Hay divergencias y ambigüedades cuando se le trata de clasificar dentro de algún tipo legal específico, lo cual trae como consecuencia confusiones constantes y prácticas aventuradas en el curso de su operación.

La facultad de desempeñar el cargo de fiduciario era privativa de las instituciones de crédito hasta 1993, año en que, por virtud de una serie de reformas y adiciones a diversas leyes, fueron autorizadas para realizar la actividad fiduciaria las Casas de Bolsa, las Aseguradoras y las Afianzadoras.

El caso específico de las Casas de Bolsa nos llama especialmente la atención debido a que éstas son en la actualidad instrumento importante del sistema financiero mexicano, pues su función de intermediarios entre quienes quieren vender valores y quienes desean adquirirlos, como un medio de financiamiento, ha colocado al mercado de valores en un nivel, que aunque dista de ser de liderazgo, sí es de reconocimiento internacional.

Lograr la inversión de los nacionales y la captación de fondos del extranjero en dicho mercado no es tarea fácil, pero sí trascendente en el crecimiento económico de cualquier nación. Desafortunadamente, el nuestro es un mercado estrechamente vinculado y directamente afectado por la situación política y social del país, que a últimas fechas muestra una gran inestabilidad. A pesar de ello, el mercado de valores tiene grandes perspectivas de expansión, y en esta dinámica las Casas de Bolsa juegan un papel preponderante.

El hecho de que constantemente sean canalizados al mercado de valores los recursos que constituyen los fideicomisos para hacerlos más productivos, hace necesaria la intervención de las Casas de Bolsa, únicas autorizadas para operar en ese mercado, y qué

mejor que ahora puedan hacerlo directamente, ya que de esa manera se agilizan y se tornan más confiables los negocios de fideicomisos, en lo que a valores bursátiles se refiere.

La finalidad del presente trabajo es poner de manifiesto que hay una necesidad de profundizar sobre el tema del fideicomiso, de definir con precisión y claridad su naturaleza, sus características, sus alcances, en una palabra, su verdadera "identidad".

Ahora la responsabilidad y el riesgo que implica la tarea de operar fideicomisos ya no son exclusivos de las instituciones de crédito, sino que se han extendido a las Casas de Bolsa, a las Afianzadoras y a las Aseguradoras, razón suficiente para no soslayar la importancia de reglamentar ampliamente al respecto y de mantener un permanente control y vigilancia sobre las instituciones fiduciarias a través de las autoridades correspondientes.

CAPITULO I

ANTECEDENTES DEL FIDEICOMISO EN MEXICO

Antes de abordar el tema central de la presente investigación nos referiremos a los orígenes de la institución del fideicomiso, remontándonos a sus antecedentes en distintas épocas y regiones, en virtud de que constituyen la base de esta figura tan recurrente en la actualidad en nuestro país.

"La palabra fideicomiso proviene del latín "fideicommissum", de "fides", fe, fidelidad o lealtad, y "commissus", comisión o encargo. La "fides" se apoya en una propiedad moral que, atribuida a una persona, da lugar a la confianza de otra. La raíz del negocio fiduciario está precisamente en la confianza que el transmitente deposita en la palabra empeñada por el adquirente y el obrar conforme al fin propuesto.¹

En México, el fideicomiso comienza a ser regulado y a utilizarse como figura jurídica a principios de 1925, al promulgarse la Ley General de Instituciones de Crédito y Establecimientos Bancarios²; pero los antecedentes de dicha institución son ajenos a nuestro sistema jurídico, es decir, es una institución de importación, según lo reconoce nuestro propio legislador.³

¹SERRANO TRASVIÑA, JORGE. Aportación al Fideicomiso, UNAM, México, 1950, pp.88, 89

²Publicación en el Diario Oficial de la Federación el 16 de enero de 1925

³SERRANO TRASVIÑA, JORGE, Ob.cit., p.99

Para hablar del fideicomiso en México y de sus antecedentes es necesario remontarnos al fideicomiso en el Derecho Romano, en la Edad Media, y al que prevalece en el Derecho Anglosajón.

1.1. Fideicomiso en el Derecho Romano

El fideicomiso romano se origina por la tendencia de los testadores a imponer su voluntad más allá de su vida respecto a los bienes que transmiten a sus herederos, utilizando esta figura como medio jurídico de evadir las numerosas incapacidades para suceder por testamento, que establecía la legislación romana. "Llegó a convertirse en la única forma posible para lograr que heredaran las personas incapacitadas por la Ley Romana, como los "peregrinus" (extranjeros ciudadanos de una ciudad distinta a Roma, pero residentes en ella), los libertos, los pobres, los hijos póstumos, los casados sin hijos, los esclavos, los solteros, las mujeres -de conformidad con ciertas prohibiciones de aquella época-, etc. y entonces el testador, para lograr beneficiar a quien por ley no podía heredar, buscaba un heredero o legatario aparente, y en mortis causa le suplicaba que los bienes que con motivo de su fallecimiento le iban a ser transmitidos, los entregase posteriormente y en forma adecuada a quien efectivamente debía ser su beneficiario"⁴

Como los incapacitados para heredar adolecían de "testamendi factio pasiva", capacidad necesaria para ser considerado heredero; o bien, carecían de "ius capiendi", facultad para poder beneficiarse recibiendo una herencia o legado, la solución era que el testador heredara sus bienes a un heredero aparente u hombre de confianza, quien moralmente quedaba obligado a cumplir la voluntad del testador. De esta manera surgieron las figuras del Fideicommissum y del Pactum Fiduciae en el Derecho Romano.

⁴Idem, p.100

1.1.1. Fideicommissum

"Es la liberalidad por causa de muerte, y surge como un encargo dado a una persona para que transmita parte o la totalidad de los bienes que integran la sucesión de quien hace el encargo a favor de un tercero (fideicomisarius), cuyo cumplimiento depende únicamente de la buena voluntad de la persona que recibe la sucesión gravada por el fideicomiso (fiduciarius)"⁵

Puede observarse en el Derecho Romano un rígido formalismo que niega toda validez jurídica a aquellos actos no apegados estrictamente a las formas o solemnidad requeridas por la ley; asimismo, es claro el sin fin de limitaciones que se imponía en aquella época a la capacidad de ciertas personas. Por ende, pueden tomarse estas dos como razones o causas suficientes para dar origen al fideicommissum.

Este mecanismo, que no obligaba de manera formal o legal alguna al heredero aparente a cumplir con lo solicitado por el testador, desencadenó en algunas ocasiones la incorrecta administración de los bienes del fideicommissum por parte del supuesto hombre de confianza, en su propio beneficio, defraudando este último al heredero incapaz y privándolo de sus bienes lo cual originó que, no obstante la conciencia jurídico-formalista de los romanos, se dictaran disposiciones encaminadas a proteger al heredero incapaz despojado, y que, posteriormente, se creara un funcionario especial llamado Pretor Fideicomisario, con la finalidad de obligar al heredero aparente deshonesto a cumplir con lo solicitado por el testador. Al mismo tiempo, se le otorgó al heredero aparente el derecho a retener para sí la cuarta parte de la herencia al ser transmitida al incapaz.

⁵Idem, p.101

Floris Margadant⁶ apunta que la forma normal que tomó el fideicomiso en el Derecho Romano fue la de fideicomiso "mortis causa", en el cual el fideicomitente era el autor de la herencia; el fiduciario, el heredero o legatario; y el fideicomisario, un tercero. Agrega también⁷ que dicho fideicomiso se realizaba "verbis precativis", con absoluta libertad de forma; y que servía, como ya se dijo anteriormente, para favorecer "post mortem" al incapacitado para heredar o para burlar la "Lex Falcidia", que establecía la obligación para el testador de reservar una cuarta parte de sus bienes al heredero que tenía derecho a retenerla, conservando el derecho de disponer únicamente de las tres cuartas partes de sus bienes.

1.1.2. Pactum Fiduciae

Figura relacionada con la del fideicommissum; era un negocio entre vivos en el que una o las dos partes que lo celebraban tenían interés; y de la misma manera que el fideicommissum, éste se apoyaba en la confianza.

Había dos clases de pactum fiduciae:

- a) Pactum fiduciae cum amico, y
- b) Pactum fiduciae cum creditore.

"Pactum fiduciae cum amico es un negocio fiduciario en cuya virtud una persona transmite a otra, en quien deposita su confianza, la propiedad de una cosa, a fin de que la devuelva al transmitente o la transmita a tercero, al primer requerimiento que el transmitente le haga, al vencerse el término fijado o al cumplirse la condición consignada"⁸

⁶MARGADANT S., GUILLERMO F. Derecho Romano, 16a. edición, Editorial Esfinge, México, 1989, p.280

⁷Idem, p.285

⁸SERRANO TRASVIÑA, JORGE. Ob.cit., p.120

"Pactum fiduciae cum creditore es un negocio jurídico celebrado entre deudor y acreedor, en cuya virtud aquél transfiere a éste la propiedad de una cosa que da en garantía del cumplimiento de una obligación, en tanto que el acreedor se obliga a retransmitir la propiedad de la cosa cuando la deuda que garantiza haya sido satisfecha"⁹

El pactum fiduciae cum amico libraba a su propietario de ciertas obligaciones, en tanto las resguardaba su amigo de confianza. Así se protegían de riesgos como el de ser confiscados, por ejemplo.

Por su parte, el pactum fiduciae cum creditore era un medio de protegerse contra penas corporales derivadas de incumplimiento de obligaciones civiles, a través de la entrega de los bienes como garantía al cumplimiento de la obligación de que se tratara.

Finalmente, este sistema de fideicomiso en Roma, incluyendo las figuras del Fideicommissum y la del Pactum Fiduciae, degeneró en el sistema de sustituciones fiduciarias, "por medio de las cuales se vinculaba la propiedad a perpetuidad, en una serie de herederos sucesivos instituidos por los mismos testadores; lo que determinó por fin la supresión definitiva de la institución, en Francia por el Código de Napoleón, en su artículo 896; en España por las Leyes del 27 de septiembre de 1820 y las del treinta de agosto de 1836; en Italia por su primer Código Civil, y en los demás países, inclusive en México, por sus leyes derivadas de esas mismas fuentes"¹⁰

Señala Rabasa que en México, antes de la Independencia, las Cortes Españolas por decreto del 27 de septiembre de 1820 suprimieron los fideicomisos y toda especie de

⁹Idem, p.125

¹⁰BOJALIL, JULIAN. Fideicomiso, Porrúa, México, 1962, p.13

vinculaciones de bienes muebles e inmuebles. Posteriormente, en el Código Civil de 1870 se prohibieron definitivamente cualesquiera de las sustituciones fideicomisarias romanas, ocurriendo lo mismo en el Código de 1884. El último Código Civil de 1928, vigente en la actualidad, prohíbe todas las sustituciones fideicomisarias y de cualquier otro tipo, permitiendo únicamente la llamada vulgar, en donde el testador puede sustituir al heredero o herederos instituidos para el caso de que mueran antes que él, o de que por cualquier razón no acepten la herencia.

Como en México sólo se encontraba el fideicomiso romano vinculado a disposiciones testamentarias, los legisladores tuvieron que importar, como ya se dijo en un principio, el trust anglosajón, aunque en forma restringida, en vista de que únicamente se transplantó a nuestro régimen jurídico el trust expreso.

1.2. Fideicomiso en la Edad Media

La figura de la sustitución fideicomisaria que floreció en Roma se manifestó durante la Edad Media bajo el nombre de "Mayorazgo". Esta institución fue utilizada como el medio para mantener intactos los bienes de los señores feudales después de morir, heredando únicamente al hijo primogénito e imponiéndole a éste la obligación de hacer lo mismo con su descendencia. Sólo así, perpetuando sus propiedades en su descendencia familiar, podrían los señores feudales conservar la unidad de sus señoríos.

Si bien esta figura tiene una gran semejanza con el fideicomiso que prevalece en nuestros días, pues tal como la fiduciaria recibe ciertos bienes para destinarlos a un determinado fin, lo mismo en el Mayorazgo, el primogénito recibía los bienes obligándose a conservarlos y a realizar un fin, el de transmitirlos, a su vez, a su primogénito; encontramos

una serie de diferencias que radican básicamente en que este último se alejaba de los principios de equidad, mientras el fideicomiso supone regirse por ellos.

El Mayorazgo llegó a convertirse en una especie de sustitución fideicomisaria de la época de los romanos, al vincular bienes y patrimonios en determinadas familias, estableciendo así un orden de sucesión por tiempo indefinido.

Con la Revolución Francesa vino el rechazo a ese sistema injusto de monopolio de los bienes en poder de unos cuantos, y por ende, de estancamiento de capitales. Se inició un movimiento para liquidar el sistema de las vinculaciones familiares que ya había cobrado un gran auge. Prohibido durante algún tiempo; restablecido posteriormente durante la época napoleónica; fue finalmente abolido en 1849, primero por Francia y posteriormente por todos los países civilizados.

El fideicomiso de la época moderna, a diferencia del de la Edad Media, no impone la condición ni la restricción de destinar los bienes a un sólo fin o tipo de personas preestablecidos de manera general. Aún cuando supone la existencia de un fin predeterminado, no es limitativo en la elección de ese fin último; otorga plena libertad para el uso y destino de estos bienes, siempre y cuando los fines no sean ilícitos o ilegales.

1.3. Trust Anglosajón

Nuestro fideicomiso encuentra también sus antecedentes en el trust anglosajón. Al respecto Jorge Serrano nos dice que "trust es una relación fiduciaria con respecto a determinados bienes, por la cual la persona que los posee (trustee) está obligada en derecho

y equidad a manejarlos en beneficio de un tercero (cestui que trust). Este negocio surge como resultado de un acto volitivo expreso de la persona que crea el trust (settlor)".¹¹

Se deduce de lo anterior que la relación fiduciaria implica una entera confianza por parte del beneficiario hacia el fiduciario (trustee), obligándose este último a ejecutar y alcanzar los fines que se le encomendaron. Ciertamente también es que diversos autores anglosajones reconocen otros tipos de estas relaciones, tales como la tutela, el albaceazgo y el mandato. Por tanto, puede concluirse que los autores anglosajones "llaman relaciones fiduciarias a las que en Derecho Romano se llamaban *intuite personae*, que también suponen confianza entre las partes, pero que están específicamente tipificadas en el sistema objetivo"¹²

Aún en otra definición que habla de separar un conjunto de bienes, sean muebles, inmuebles, créditos, etc., de su dueño (settlor) y confiarlos a una persona llamada trustee para que ésta haga uso de ellos, según lo establecido previamente, en favor de un tercero (cestui que trust), se observa la coincidencia indiscutible con el carácter de confianza involucrado en la relación fiduciaria.

Las personas que intervienen en el trust son: el **settlor o fideicomitente**, quien crea el trust expresamente, razón por la cual es llamado también creador o trustor. Esta persona desaparece una vez que se ha constituido el trust, a menos que se reserve el derecho de revocar el trust, alterarlo o enmendarlo, o bien, el de dirigir al trustee instrucciones en materia de inversiones, y el de vigilar los actos que él mismo decida.

¹¹Ob.cit., p.28

¹²BOJALIL, JULIAN. Ob.cit., p.13

El carácter de settlor lo puede tener cualquier persona que tenga la capacidad de hacer testamento, de contratar, de gozar y ejercitar sus derechos patrimoniales, esto es, que sea sujeto de derecho (sui juris).

La otra parte integrante del trust es el trustee, que se convierte en el titular legal del bien o derecho que se fideicomite. Y sólo adquiere tal carácter quien tiene la capacidad de gozar de los bienes y derechos que constituyen su materia, pero de la misma forma, la de ejercitar tales derechos.

Cabe mencionar que el trust anglosajón permite al settlor válidamente nombrar a cualquiera como trustee, con excepción de que éste sea el Estado, en virtud de que no puede ser demandado. Asimismo, pueden coincidir en una misma persona el settlor y el trustee, cuando el primero se nombra a sí mismo trustee, con la premisa de ser lo suficientemente capaz de transmitir los bienes o derechos materia del trust a un tercero. Lo que ocurre en este caso es una separación, y no una transmisión, de los bienes o derechos dentro del patrimonio personal del settlor trustee, al momento de ser creado el patrimonio propio del trust.

Lo que no está permitido es que coincidan los caracteres de trustee y beneficiario en un mismo trust, aunque la excepción es el caso en que un grupo de personas es designado trustee y beneficiario a la vez "... pues en este caso no existe precisamente una fusión que anula el trust como tal. Lo anterior se explica en función de que habiendo varios trustee-cestuis, los derechos que corresponden a los mismos individuos en uno y otro carácter son esencial y recíprocamente diferentes"¹³

¹³Idem, p.15

En los casos en que el settlor no designare trustee al momento de la celebración del trust, o bien, que este último no aceptase cumplir con el cargo conferido por el settlor por falta de capacidad o de voluntad, el nombramiento lo hará el tribunal competente de acuerdo con el principio que dice: "La equidad no permitirá que un trust se frustre por falta de trustee"¹⁴

Con respecto a las **facultades y deberes del trustee** en el trust anglosajón diremos, en primer término, que sus facultades pueden ser expresas si se desprenden del contenido mismo del acta constitutiva o de la ley; o bien, implícitas en el momento en que las circunstancias o el fin mismo del trust lo requieran.

Otra clasificación puede ser la de discrecionales o taxativas, determinada en relación directa con la libertad del trustee para ejercer y decidir, o con la imposición de ciertas condiciones a éste.

Con respecto a las obligaciones que adquiere el trustee al aceptar dicho cargo, habrá que mencionar las siguientes en forma enunciativa más no limitativa:

- Ante todo deberá proteger el negocio y defender su existencia y consecución contra toda clase de ataques provenientes de tercero, del beneficiario y aún del settlor; y si en el camino tuviere que recurrir a la vía judicial, deberá seguir el procedimiento en todas sus instancias hasta la terminación correspondiente.¹⁵

- Debe tomar posesión inmediata, una vez constituido el negocio, de los bienes fideicomitidos, salvo disposición en contrario al momento de celebrar el acto constitutivo del fideicomiso.

¹⁴MARGADANT S., GUILLERMO F. Ob.cit., p.288

¹⁵Idem, p.289

- Desde que toma posesión del cargo deberá proceder al registro de los bienes fideicomitidos, haciendo constar la existencia del trust y el carácter que se le otorga.¹⁶

- Estará obligado también a cuidar de la seguridad de los bienes fideicomitidos, lo cual significa que deberá pagar los impuestos, derechos o intereses de todo tipo que grave el patrimonio del trust; y asegurar los bienes inmuebles.

- En ningún caso está autorizada la fusión del patrimonio del trust con el personal del trustee, para evitr el riesgo que el primero pudiera correr en perjuicio de los beneficiarios, siendo aquél responsable con sus bienes personales del daño sufrido por los últimos, en caso de contravención.¹⁷

- En los casos de inversión, el trustee puede recurrir a un consejo técnico que le gire instrucciones sobre el tipo de inversión que deba hacerse y el plazo al que deba invertirse, sin olvidar sus fines que siempre serán cuidar los intereses del o los beneficiarios y los futuros, así como la seguridad del capital.

Por otro lado, en relación a sus facultades, éstas serán las de "ejercicio obligatorio, aún aquéllas que la doctrina sajona llama discrecionales, en donde lo único dejado al arbitrio de su titular es la forma o medio de ejercitarlas; pues son taxativas en cuanto se hagan indispensables para la consecución del negocio"¹⁸

Finalmente, nos referiremos al *cestui que trust*, y al respecto diremos que es la persona a quien se pretende favorecer con el trust, y que, al igual que en nuestro derecho, puede tratarse del mismo settlor o fideicomitente.

¹⁶BOJALIL, JULIAN. Ob.cit., 15

¹⁷Idem, p.15

¹⁸RABASA, OSCAR. El Derecho Angloamericano, Porrúa, México, 1982, p.441

Una vez que hemos mencionado las características del trust anglosajón, su conformación y sus partes integrantes, hemos de anotar también que las causas de extinción de los trusts son las que se enuncian a continuación:¹⁹

1. Por cesión del título legal de propiedad que haga el trustee al cestui que trust.
2. Por liberación del cestui que trust al trustee.
3. Por cesión de derechos hecha por el trustee y por el cestui que trust a una tercera persona.
4. Si el cestui que trust hereda el título legal de trustee, o bien, si este último hereda el interés en equidad del cestui que trust.
5. Por revocación, donde por términos de la creación del trust, la facultad de revocación se ha reservado para el settlor.
6. Por estatuto, donde los fines del trust se hayan cumplido y éste se torne árido o pasivo, transmitiendo el título de trustee al cestui que trust.

No debe confundirse la terminación de un trust con la terminación de los deberes de un trustee. Por causa suficiente, tal como enfermedad, o remoción de la jurisdicción, o por consentimiento de las partes, un trustee puede ser relevado del cumplimiento de deberes impuestos en conexión con la ejecución de un trust. Pero aún sin trustees, un trust continuaría existiendo, y es facultad de una corte de equidad nombrar nuevos trustees o substituir a un trustee, quien ha sido relevado por otra persona competente y calificada para actuar.

Es importante señalar una característica importante y diferencia sustancial entre el trust anglosajón y el fideicomiso mexicano, a saber, dentro del derecho anglosajón el settlor puede ser trustee a la vez, mientras en nuestra legislación tal proceder está prohibido;

¹⁹VILLAGORDOA LOZANO, JOSE M. Doctrina General del Fideicomiso, 2a. edición, Porrúa, México, 1982, p.36

aclarando que sí coinciden en cuanto a que ni la figura del trust anglosajón ni la del fideicomiso permiten que un mismo individuo reúna las características de fideicomitente, fiduciario y fideicomisario a la vez.

Podemos concluir, al referirnos al trust en el derecho anglosajón, que al derecho real del trustee, considerado como único propietario "Common Law", se contraponen el derecho real del beneficiario, tutelado "at Equity"; por tanto, el carácter fundamental del trust es la separación de la propiedad o, cuando menos, la coexistencia de dos derechos reales sobre el objeto del trust.

A decir de don Raúl Cervantes Ahumada²⁰ "...la relación fiduciaria o de equidad ha sido utilizada en Inglaterra y en Estados Unidos para los más diversos fines; y en los Estados Unidos su aplicación se ha incrementado en el último siglo, principalmente en la práctica bancaria. Se utiliza para formar fundaciones de caridad, para administrar bienes con una finalidad determinada (las personas que desean retirarse de los negocios ponen sus propiedades en trust); para evitar juicios sucesorios, para formar patrimonios que sirvan de garantía a la creación de valores mobiliarios, etc."

1.4. Adopción del fideicomiso en México

El fideicomiso en nuestro país, en comparación con el trust del derecho anglosajón, es de reciente adopción. Su regulación en nuestro derecho es deficiente; básicamente sus principios han sido normados, no tanto por las autoridades legislativas o judiciales, como por un órgano administrativo, la Comisión Nacional Bancaria.

²⁰Titulos y Operaciones de Crédito, Editorial Herrero, México, 1984, p.287

Dicha Comisión, de acuerdo con la ley, está investida de facultades de inspección y vigilancia sobre las instituciones de crédito, y haciendo uso de ellas ha dictado resoluciones sobre la interpretación y aplicación de las leyes y reglamentos bancarios, al igual que ha expedido circulares e instrucciones de carácter general dirigidas a las instituciones de crédito del país.²¹

Pero debido a la evolución y desarrollo que ha alcanzado el fideicomiso en nuestros días, se hace necesaria una nueva estructura legal que soporte la realidad práctica de esta institución en la vida económica del país.

El camino que hubo de recorrer el fideicomiso antes de llegar a su concepción moderna, se fue enriqueciendo con diversas experiencias de proyectos de jurisprudencias mexicanos y extranjeros. Paulatinamente vino transformándose y alejándose de la figura del fideicomiso de los romanos, y adaptándose del "trust" angloamericano.

"Aún cuando no estaba todavía incorporado el negocio jurídico del fideicomiso en nuestra legislación, se hizo uso del "trust deed", y la Ley sobre Ferrocarriles del 29 de abril de 1899 permitió que dicho "trust deed", aún cuando otorgado en el extranjero, pudiera surtir efectos jurídicos conforme a las leyes mexicanas"²²

Las primeras señales del trust en México las encontramos en el año de 1908, cuando el gobierno y las empresas ferrocarrileras de México celebraron un trust con instituciones fiduciarias norteamericanas, para financiar la construcción de Ferrocarriles Nacionales de México, gravando bienes raíces y muebles ubicados dentro del país, a favor de los

²¹Legislación Bancaria, Ley de Instituciones de Crédito, art. 125, 42a. edición, Porrúa, México, 1994, p.47

²²BAUCHE GARCIADIEGO, MARIO. Operaciones Bancarias Activas, Pasivas y Complementarias, 4a. edición, Porrúa, México, 1984, p.370

fiduciarios, como acreedores hipotecarios y en beneficio de los tenedores de las obligaciones emitidas.

Señala Batiza²³ que en 1905, el Secretario de Hacienda, José Y. Limantour, envió a la Cámara de Diputados del Congreso de la Unión una iniciativa facultando al Ejecutivo para expedir la ley por cuya virtud pudieran constituirse en la república instituciones comerciales encargadas de desempeñar las funciones de fideicomisarios - a esta iniciativa se le conoce como Proyecto Limantour-. "Aunque dicho proyecto nunca llegó a discutirse en la Cámara de Diputados, y no adquirió categoría de ley, tiene el mérito de constituir el primer intento legislativo en el mundo para adaptar el trust a un sistema de tradición romanista"²⁴

Hacia 1923, al celebrarse la Convención Nacional Bancaria, se propuso la expedición de una ley que regulase las Compañías Bancarias de Fideicomiso y Ahorro, instituciones de crédito conocidas en Estados Unidos como Trust & Saving Banks. Es de observarse que este proyecto ya no habla de instituciones fideicomisarias, sino de Compañías Bancarias de Fideicomiso y Ahorro.

Un año más tarde, durante la Convención Bancaria de 1924, el señor Enrique C. Creel sometió a la consideración pública un proyecto, conocido como Proyecto Creel, regulador de las compañías bancarias de fideicomiso y ahorro, conocidas en Estados Unidos como "trust companies". Si bien dicha propuesta no adquirió el carácter de ley, sentó ciertas bases y tuvo cierta influencia en la legislación que posteriormente había de crearse.

En 1925 se regulan ya de manera específica las instituciones fiduciarias en la Ley General de Instituciones de Crédito y Establecimientos Bancarios, publicada en el Diario

²³El Fideicomiso, 3a. edición, Porrúa, México, 1976, p.94

²⁴Idem, p.98

Oficial de la Federación el 16 de enero de 1925. Esta ley conceptualizaba a los bancos de fideicomiso y establecía sus funciones, puntualizando que debían ser las de servir al público en diversas formas, pero principalmente administrando los capitales que se les confiaran e interviniendo con la representación de los suscriptores de bonos hipotecarios.

La ley a la que hacemos referencia fue deficiente en cuanto a que no definió al fideicomiso como figura jurídica particular, ni sus características especiales, ni sus efectos. Hubo que reformarla para subsanar sus deficiencias, encomendando el estudio de los bancos de fideicomiso a la Comisión Permanente de la Convención Nacional Bancaria. Dicha Comisión realizó un profundo estudio, el cual sería aprobado y elevado al rango de ley, dando origen a la Ley de Bancos de Fideicomiso de 1926, que reglamentaba al fideicomiso en 17 artículos y definía la operación de crédito fiduciaria como "la que se realiza por cuenta ajena y en favor de terceros sobre una base de confianza y buena fe"(artículo 1o.); y concebía al fideicomiso como "un mandato irrevocable en virtud del cual se entregan al banco con carácter de fiduciario determinados bienes para que disponga de ellos o de sus productos, según la voluntad del que los entrega, llamado fideicomitente, a beneficio de un tercero, llamado fideicomisario"(artículo 6o.)

A esta ley habría que añadirse lo que la práctica le fuese exigiendo, pues su concepción del fideicomiso se alejaba de las diversas formas que presentaban las operaciones fiduciarias en la realidad.

En noviembre del mismo año de 1926 fue abrogada dicha ley por la Ley General de Instituciones de Crédito y Establecimientos Bancarios, en la que se incorporó íntegramente el texto de aquélla, y se suprimieron las disposiciones de la ley de 1925 en torno a considerar las actividades de administración y representación como propias de los bancos de fideicomiso, estableciendo que el objeto principal de estas instituciones era la celebración de operaciones por cuenta ajena y en favor de terceros, confiándose en la honradez y buena fe

de sus actos. Otro rasgo distintivo de esta ley fue el de considerar a los bienes y derechos entregados en fideicomiso, como salidos del patrimonio del fideicomitente, en cuanto fuere necesario para la ejecución del fideicomiso, o por lo menos, gravados a favor del fideicomisario.

Seis años más tarde, el 29 de junio de 1932, se promulgó la Ley General de Instituciones de Crédito, en donde se resolvía la confusión creada en la ley de 1926 entre el fideicomiso y los actos de administración o de representación de terceros, definiendo expresamente las características y efectos del fideicomiso, pero facultando, sin embargo, a las instituciones fiduciarias para aceptar y desempeñar mandatos y comisiones de cualquier tipo, así como albaceazgos, sindicaturas y tutelas, además de otro tipo de operaciones.

La ley de 1932 tuvo tan poca relevancia que a un mes de su promulgación hubo otra que la sustituyó, la Ley General de Títulos y Operaciones de Crédito -vigente en la actualidad-, que reglamenta en forma sustantiva al fideicomiso.

A la Ley de Títulos de 1932 se suma la Ley General de Instituciones de Crédito y Organizaciones Auxiliares, publicada el 31 de mayo de 1941 en el Diario Oficial de la Federación, para ir conformando poco a poco un marco jurídico más completo en torno a la institución que nos ocupa en el presente trabajo.

En la Exposición de Motivos de la ley de 1941 se declara que "el capítulo dedicado a las instituciones fiduciarias apenas si sufre modificaciones, como no sean añadir a la enumeración de sus cometidos algunos que pueden resultar propios de estas instituciones, y ciertas normas nuevas por las cuales deben regirse las operaciones de inversión que realice la institución en ejercicio de fideicomiso, mandato o comisión, cuando la naturaleza de éstos o de las instrucciones recibidas no resulten indicaciones suficientemente precisas"

La legislación a la que hemos hecho referencia estaría vigente hasta 1982, año en que se promulgó la Ley Reglamentaria del Servicio Público de Banca y Crédito, cuyo objetivo fue el de reordenar las disposiciones bancarias en general y establecer un marco jurídico más apropiado a la figura del fideicomiso, que ya para esa época había cobrado un mayor auge en la práctica. Cabe aclarar que esta ley no abrogó la de Instituciones de Crédito y Organizaciones Auxiliares, sino que rigieron simultáneamente; y fue hasta el año de 1990 en que ambas dejaron de tener vigencia, pues ya no se adecuaban a la nueva estructura de la banca nacionalizada en 1982.

Hacia 1984 fue expedida la Ley Reglamentaria del Servicio Público de Banca y Crédito, publicada en el Diario Oficial el 14 de enero de 1985. En ella se reconocían únicamente dos instituciones de crédito: las identificadas como instituciones de crédito de banca múltiple y las llamadas banca de desarrollo; asimismo, se autorizaba a las dos para realizar operaciones de fideicomiso.

Finalmente, el 18 de julio de 1990 fue publicada en el Diario Oficial la nueva Ley de Instituciones de Crédito -vigente en la actualidad-, abrogando definitivamente a la Ley General de Instituciones de Crédito y Organizaciones Auxiliares. La razón fundamental de esta última ley fue la de regular a las Instituciones de Crédito en base a su transformación de Sociedades Nacionales de Crédito en Sociedades Anónimas.

En dicha ley se trata a la institución del fideicomiso con mucho mayor descuido que en la anterior, pues no sólo se hizo caso omiso de las lagunas existentes en relación con su regulación, sino que además se suprimieron una serie de artículos que hoy en día continúan siguiéndose al pie de la letra pues constituyen un buen precedente para el correcto

desempeño de los fideicomisos, sólo que ahora han dejado de ser obligatorios, derivando en constantes confusiones y desacuerdos con respecto a la administración de los fideicomisos.

Para concluir, se puede decir que el fideicomiso en nuestro país no es una institución inventada, sino inspiración de instituciones como el Fideicomiso Romano y el Trust Anglosajón, básicamente, pero en una versión modificada y adecuada a la evolución de esta figura en la práctica. Sin embargo, la regulación en torno a ella no es suficiente, pues el fideicomiso se ha desenvuelto a través de los años con tanta variedad como se lo ha permitido la imaginación del ser humano; por ende, en ocasiones subsisten fideicomisos con características tan especiales y particulares que no podrían encuadrarse en algún tipo específico regulado por la ley, sino que van desarrollándose de manera única, propia, sin antecedentes directos; aunque ello no los exime de la obligación -para ser negocios permitidos- de ser lícitos, de no contrariar a la ley.

1.4.1. Definición del fideicomiso en la legislación vigente

Como hemos visto, el fideicomiso no es una institución fácil de comprender debido a la falta de precisión en su concepción jurídica a lo largo de su evolución histórica. "Es difícil encontrar una compilación de todas sus características y sus efectos bien delimitados, pues se trata de una figura *sui generis* en cada una de las diferentes regiones en donde prevalece, y por tanto, no sería poco común encontrarlos con lagunas en su regulación"²⁵

Sin embargo, "sí puede hallarse uniformidad en esta figura jurídica cuando se dice que por virtud de ella se establece una relación confidencial que implica imparcialidad,

²⁵BRAUDO JEAN-PAUL. Les Trust Anglo-Saxons et le Droit Français, París, 1992, p.1

fidelidad, sinceridad, lealtad y buena fe, pues un fiduciario deberá actuar siempre bajo los más estrictos principios de moralidad, como buen padre de familia"²⁶

El fideicomiso en nuestro país se encuentra regulado fundamentalmente en dos leyes: la Ley General de Títulos y Operaciones de Crédito y la Ley de Instituciones de Crédito.

La Ley General de Títulos y Operaciones de Crédito²⁷ en su capítulo V establece lo siguiente:

Artículo 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.

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

Artículo 348. Pueden ser fideicomisarios las personas físicas o jurídicas que tengan la capacidad necesaria para recibir el provecho que el fideicomiso implica.

El fideicomitente puede designar varios fideicomisarios para que reciban simultánea o sucesivamente el provecho del fideicomiso, salvo el caso de la fracción II del artículo 359.

Cuando sean dos o más los fideicomisarios y deba consultarse su voluntad, en cuanlo no esté previsto en la constitución del fideicomiso, las decisiones se tomarán por mayoría de votos computados por representaciones y no por personas. En caso de empate, decidirá el juez de primera instancia del lugar del domicilio del fiduciario.

Es nulo el fideicomiso que se constituye en favor del fiduciario.

Artículo 349. Sólo pueden ser fideicomitentes las personas físicas o jurídicas que tengan la capacidad necesaria para hacer la afectación de bienes que el fideicomiso implica, y las autoridades judiciales o administrativas competentes, cuando se trate de bienes cuya guarda, conservación, administración, liquidación, reparto o enajenación corresponda a dichas autoridades o a las personas que éstas designen.

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

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

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

²⁶Idem, p. 10

²⁷Ley General de Títulos y Operaciones de Crédito, 41a. edición, Porrúa, México, 1994.

Artículo 351. Pueden ser objeto del fideicomiso toda clase de bienes y derechos, salvo aquéllos 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 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.

Artículo 352. El fideicomiso puede ser constituido por acto entre vivos o por testamento. La constitución del fideicomiso deberá siempre constar por escrito y ajustarse a los términos de la legislación común sobre transmisión de los derechos o la transmisión de propiedad de las cosas que se den en fideicomiso.

Artículo 353. 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.

Artículo 354. El fideicomiso cuyo objeto recaiga en bienes muebles, surtirá efectos contra tercero desde la fecha en que se cumplan los requisitos siguientes:

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

II. Si se tratare 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 tratare de cosa corpórea o de títulos al portador, desde que estén en poder de la institución fiduciaria.

Artículo 355. 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.

Artículo 356. La institución fiduciaria tendrá todos los derechos y acciones que se requieran para el cumplimiento del fideicomiso, salvo las normas o limitaciones que se establezcan al efecto, al constituirse el mismo; estará obligada a cumplir dicho fideicomiso conforme el 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 buen padre de familia, siendo responsable de las pérdidas o menoscabos que los bienes sufran por su culpa.

Artículo 357. El fideicomiso se extingue:

- I. Por la realización del fin para el cual fue constituido;
- II. Por hacerse éste imposible;

- III. Por hacerse imposible el cumplimiento de la condición suspensiva de que dependa, o no haberse verificado dentro del término señalado al constituirse el fideicomiso o, en su defecto, dentro del plazo de veinte años siguientes a su constitución;
- IV. Por haberse cumplido la condición resolutoria a que haya quedado sujeto;
- V. Por convenio expreso entre el fideicomitente y el fideicomisario;
- VI. Por revocación hecha por el fideicomitente cuando éste se haya reservado expresamente ese derecho al constituir el fideicomiso; y
- VII. En el caso del párrafo final del artículo 350.

Artículo 358. Extinguido el fideicomiso, los bienes a él destinados que queden en poder de la institución fiduciaria serán devueltos por ella al fideicomitente o a sus herederos. Para que esta devolución surta efectos tratándose de inmuebles o de derechos reales impuestos sobre ellos, bastará que la institución fiduciaria así lo asiente en el documento constitutivo del fideicomiso y que esta declaración se inscriba en el Registro de la Propiedad en que aquél hubiere sido inscrito.

Artículo 359. Quedan prohibidos:

- I. Los fideicomisos secretos;
- II. Aquéllos en los cuales el beneficio se conceda a diversas personas sucesivamente que deban sustituirse por muerte de la anterior, salvo el caso de que la sustitución se realice en favor de personas que estén vivas o concebidas ya, a la muerte del fideicomitente; y
- III. Aquéllos cuya duración sea mayor de treinta años, cuando se designe como beneficiario a una persona jurídica que no sea de orden público o institución de beneficencia. Sin embargo, pueden constituirse con duración mayor de treinta años cuando el fin del fideicomiso sea el mantenimiento de museos de carácter científico o artístico que no tengan fines de lucro.

Asimismo, "tratándose de fideicomisos para la adquisición de bienes inmuebles en zona restringida por parte de extranjeros, la nueva LIE les concede un plazo de 50 años, con opción de ser prorrogado en su oportunidad, a solicitud del interesado"²⁸

Por su parte, la **Ley de Instituciones de Crédito**²⁹, en lo que se refiere a fideicomisos, establece que:

Artículo 46. Las instituciones de crédito sólo podrán realizar las operaciones siguientes:

...XV. 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.

Artículo 79. En las operaciones de fideicomiso, mandato, comisión y administración o custodia, las instituciones abrirán contabilidades especiales por cada contrato, debiendo registrar en las mismas y en su propia contabilidad el dinero y demás bienes, valores o derechos que se les confíen, así como los incrementos o disminuciones, por los productos o gastos respectivos. Invariablemente deberán coincidir los saldos de las cuentas controladas de la contabilidad de la institución de crédito, con los de las contabilidades especiales.

²⁸ AGUILAR RICO, LUIS FELIPE. Tesis Profesional: Marco Jurídico de la Inversión Extranjera en México, UNAM, México, 1994, p.54

²⁹ Legislación Bancaria, Porrúa, México, 1994

En ningún caso estos bienes estarán afectos a otras responsabilidades que las derivadas del fideicomiso mismo, mandato, comisión o custodia, o las que contra ellos correspondan a terceros de acuerdo con la ley.

Artículo 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.

La institución responderá civilmente por los daños y perjuicios que se causen por la falta de cumplimiento en las condiciones o términos señalados en el fideicomiso, mandato o comisión, o la ley.

En el acto constitutivo del fideicomiso o en sus 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 responsabilidad.

Artículo 81. Las operaciones con valores que realicen las instituciones de crédito en cumplimiento de fideicomisos, mandatos, comisiones y contratos de administración, se realizarán en términos de las disposiciones de esta ley y de la Ley del Mercado de Valores, así como de conformidad con las reglas generales que, en su caso, emita el Banco de México oyendo la opinión de la Comisión Nacional de Valores, con vistas a procurar el desarrollo ordenado del mercado de valores.

Artículo 82. El personal que las instituciones de crédito utilicen directa o exclusivamente para la realización de fideicomisos, no formará parte del personal de la institución, sino que, según los casos, se considerará al servicio del patrimonio dado en fideicomiso. Sin embargo, cualesquier derechos que asistan a esas personas conforme a la ley, los ejercerán contra la institución de crédito, la que, en su caso, para cumplir con las resoluciones que la autoridad competente dicte afectará, en la medida que sea necesaria, los bienes materia del fideicomiso.

Artículo 83. A falta de procedimiento convenido en forma expresa por las partes en el acto constitutivo de los fideicomisos que tengan por objeto garantizar el cumplimiento de obligaciones, se aplicará el procedimiento establecido en los dos primeros párrafos del artículo 341 de la Ley General de Títulos y Operaciones de Crédito, a petición del fiduciario.

Si el deudor no se opone conforme a lo previsto en dicho artículo, el juez mandará que se dé cumplimiento a lo establecido en el acto constitutivo del fideicomiso o sus modificaciones.

Artículo 84. 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 las pérdidas o menoscabos que sufran los bienes dados en fideicomiso, o responsable de esas pérdidas o menoscabos por negligencia grave, procederá su remoción como fiduciaria.

Las acciones para pedir cuentas, para exigir la responsabilidad de las instituciones de crédito y para pedir la remoción, corresponderán al fideicomisario o a sus representantes legales, y a falta de éstos al ministerio público, sin perjuicio de poder el fideicomitente reservarse en el acto constitutivo del fideicomiso o en sus modificaciones, el derecho para ejercitar esta acción.

En caso de renuncia o remoción, se estará a lo dispuesto en el párrafo final del artículo 350 de la Ley General de Títulos y Operaciones de Crédito.

Artículo 85. Cuando se trate de operaciones de fideicomiso que constituya el Gobierno Federal o que el mismo, para los efectos de este artículo, declare de interés

público a través de la Secretaría de Hacienda y Crédito Público, no será aplicable el plazo que establece la fracción III del artículo 359 de la Ley General de Títulos y Operaciones de Crédito.

Artículo 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.

... Los nombramientos de los funcionarios bancarios deberán inscribirse en el Registro Público de Comercio, previa ratificación de firmas, ante fedatario público, del documento auténtico en que conste el nombramiento respectivo.

Artículo 106. A las instituciones de crédito les estará prohibido:

... XVII. Otorgar créditos o préstamos con garantía de:

b) Derechos sobre fideicomisos, mandatos o comisiones que, a su vez, tengan por objeto los pasivos a que se refieren las fracciones I, incisos b), c) y d) y II a IV del artículo 46 de esta ley;

XIX. En la realización de las operaciones a que se refiere la fracción XV del artículo 46 de esta ley:

a) Celebrar operaciones con la propia institución en el cumplimiento de fideicomisos, mandatos o comisiones. El Banco de México podrá autorizar, mediante disposiciones de carácter general, la realización de determinadas operaciones cuando no impliquen un conflicto de intereses;

b) Responder a los fideicomitentes, mandantes o comitentes, del incumplimiento de los deudores, por los créditos que se otorguen o de los emisores, por los valores que se adquieran, salvo que sea por su culpa, según lo dispuesto en la parte final del artículo 356 de la Ley General de Títulos y Operaciones de Crédito, o garantizar la percepción de rendimientos por los fondos cuya inversión se les encomiende.

Si al término del fideicomiso, mandato o comisión constituidos para el otorgamiento de créditos, éstos no hubieren sido liquidados por los deudores, la institución deberá transferirlos al fideicomitente o fideicomisario, según el caso, o al mandante o comitente, absteniéndose de cubrir su importe.

... En los contratos de fideicomiso, mandato o comisión se insertarán en forma notoria los párrafos anteriores de este inciso y una declaración de la fiduciaria en el sentido de que hizo saber inequívocamente su contenido a las personas de quienes haya recibido bienes para su inversión;

c) Utilizar fondos o valores de los fideicomisos, mandatos o comisiones destinados al otorgamiento de créditos, en que la fiduciaria tenga la facultad discrecional, en el otorgamiento de los mismos para realizar operaciones en virtud de las cuales resulten o puedan resultar deudores sus delegados fiduciarios; los miembros del consejo de administración o consejo directivo, según corresponda, tanto propietarios como suplentes, estén o no en funciones; los empleados y funcionarios de la institución; los comisarios propietarios o suplentes, estén o no en funciones; los auditores externos de la institución; los miembros del comité técnico del fideicomiso respectivo; los ascendientes o descendientes en primer grado o cónyuges de las personas citadas, las sociedades en cuyas asambleas tengan mayoría dichas personas o las mismas instituciones; asimismo aquellas personas que el Banco de México determine mediante disposiciones de carácter general.

CAPITULO II

NATURALEZA JURIDICA DEL FIDEICOMISO Y PARTES QUE INTERVIENEN

2.1. Naturaleza jurídica del fideicomiso

2.1.1. El fideicomiso como negocio fiduciario

En el presente capítulo se define, en principio, el negocio jurídico citando a Pugliatti³⁰, que al respecto nos dice "el negocio jurídico es un hecho jurídico que debe clasificarse en la categoría de los actos libres, en los cuales se manifiesta la plena autonomía del sujeto. El hecho jurídico es cualquier acontecimiento que produce consecuencias jurídicas."

En las palabras de Ruggiero³¹ el negocio jurídico es un acto de voluntad libre que tiende a un fin práctico tutelado por el ordenamiento jurídico y que produce como consecuencia de tal tutela determinados efectos jurídicos.

Según se ha mencionado, mediante el fideicomiso una persona física o jurídico-colectiva destina sus bienes o derechos a la realización de una finalidad lícita y determinada, encomendando a una institución fiduciaria el llevar a cabo esa finalidad, en beneficio propio o de otra persona. Podemos afirmar entonces, basándonos en esta concepción del

³⁰PUGLIATTI, SALVADOR. Introducción al Estudio del Derecho Civil, traducción española a la 2a. edición, Porrúa, México, 1943, p.12

³¹RUGGIERO, ROBERTO DE. Instituciones de Derecho Civil, Editorial Reus, Madrid, 1929, p.248

fideicomiso, que al decir que una persona física o jurídico-colectiva destina sus bienes o derechos a la realización de un fin lícito y posible, se cumple con lo que apunta Pugliatti en cuanto a que el negocio jurídico comprende los actos en los que se manifiesta la plena autonomía del sujeto, y de igual forma, con la afirmación de Ruggiero en cuanto a que el negocio jurídico tiende a un fin práctico tutelado por el ordenamiento jurídico y que produce determinados efectos jurídicos, que serían en este caso los beneficios propios del fideicomiso.

Al respecto, se concluye que el fideicomiso, por las características que presenta, puede considerarse como un negocio jurídico.

Así, por virtud de este negocio jurídico, los bienes o derechos salen de la esfera patrimonial de quien lo constituye -fideicomitente- convirtiéndose en titularidad de la institución fiduciaria, pero de manera limitada, pues solamente puede disponer de ellos de acuerdo con las instrucciones y para los fines que haya determinado el autor del fideicomiso.³²

De la insuficiencia de la legislación para preveer y reglamentar todas las formas contractuales que las personas emplean en sus relaciones surge el empleo de negocios atípicos e innominados y, muy especialmente, de negocios fiduciarios. Estas atípicas formas contractuales van siendo poco a poco materia de una reglamentación especial: el empleo de estas nuevas formas contractuales va desplazando a las formas tradicionales por insuficientes y complicadas. Este fenómeno se repite constantemente en la historia, como un símbolo del carácter cultural del derecho, ya que se trata de una elaboración humana que no es ajena a los adelantos del progreso y de la civilización.³³

³²BAUCHE GARCIADIEGO, MARIO. Ob.cit., p.376

³³BARRERA GRAF, JORGE. "Los Negocios Fiduciarios", Revista de Derecho y Ciencias Sociales, Tomo XXIV, No. 144, Julio-Septiembre, 1950, p.440

Cabe aclarar que la doctrina considera atípicos aquellos negocios cuya causa o finalidad económico social no esté reconocida específicamente por el derecho (el problema de ellos es la licitud de la finalidad perseguida); y habla de negocios innominados como aquéllos que practican los particulares y no tienen un nomen, un calificativo, una reglamentación especial en el derecho positivo, independientemente de que se funden en un ordenamiento determinado.³⁴

El derecho positivo mexicano ha dado reconocimiento y reglamentación al fideicomiso -como una forma de negocio fiduciario-, mientras que el derecho tradicional desconoce estas nuevas formas contractuales. Si bien el fideicomiso, en su origen fue un negocio atípico e innominado, la utilización de éste en la práctica ha obligado a legislar sobre él, aunque, desde nuestro punto de vista, su evolución en la ley no ha sido paralela con su desarrollo en la práctica.

Al respecto, Barrera Graf³⁵ dice que a los negocios fiduciarios, conocidos desde el derecho romano, se puede llegar por medio de un procedimiento indirecto, en cuanto ellos constituyen, precisamente, negocios indirectos, formados por causas o finalidades propias de diferentes contratos típicos.

Diremos, entonces, que los negocios fiduciarios son aquéllos a los que se acude para conseguir fines diversos (excesivos respecto a los negocios típicos que podrían aplicarse), mediante transmisiones nominales o reales de bienes y/o derechos, las cuales, definitivamente, en ningún caso favorecen a los adquirentes inmediatos.

³⁴Idem, p.456

³⁵Estudios de Derecho Mercantil, Derecho Bancario y Derecho Industrial, Porrúa, México, 1958, p.314

Por otra parte, Garriguez Díaz Cañabate³⁶ apunta que "Si la confianza corre a lo largo de todo el Derecho de las Obligaciones, hay ciertos contratos en que el elemento psicológico de la confianza adquiere un rango predominante, hasta el punto de que la mera desconfianza o la conducta desleal del deudor, aunque no llegue a ser antijurídica, es motivo suficiente para resolver el contrato... En este concepto, serían negocios fiduciarios todas aquellas relaciones en las que destaca un deber de lealtad hacia alguien."

Continúa el mismo autor afirmando que la característica del negocio fiduciario reside en la potestad de abuso por parte de la persona en quien se confía, derivada de la transmisión que se hace a esta última de resortes jurídicos que puede utilizar o en interés del fiduciante -que es lo que debe hacer- o en interés propio -que es lo que no debe, pero puede hacer-.

Y justamente para frenar los poderes con los deberes, el negocio fiduciario se muestra como un negocio complejo, como una combinación entre un negocio real de transmisión plena, unido a un negocio obligacional que tiende a moderar los efectos de aquella transmisión (al obligarse el fiduciario a devolver los bienes o derechos fideicomitidos a aquél que los entregó o a quien éste haya designado, y no utilizarlos en beneficio propio).

Coincidimos con Villagordo Lozano³⁷ al apuntar que el fideicomiso y el negocio fiduciario son negocios de un mismo género, pues ambos parten de la confianza que una persona deposita en otra al transmitirle bienes o derechos para su custodia y posterior retransmisión, pero con diferencias específicas que los distinguen, o "pequeñas diferencias accidentales" -en las palabras de Serrano Trasviña-.

³⁶Los Negocios Fiduciarios en Derecho Mercantil, Impresora Viuda de Galo Sáez, Madrid, 1955, p.16

³⁷Ob.cit., p.83

Podemos establecer como primera diferencia que el negocio fiduciario es secreto, mientras que el fideicomiso no lo es, pues todo complejo de relaciones entre fideicomitente, fiduciario y fideicomisario es público y conocido por los terceros; el negocio fiduciario - como hemos visto- no está reglamentado por el derecho positivo, en tanto el fideicomiso sí lo está; y finalmente, en el negocio fiduciario puede participar cualquier persona, en tanto en el fideicomiso está limitada la participación del fiduciario a personas con características particulares que más adelante describiremos.

"El dueño fiduciario tiene un dominio limitado, ya que es dueño del patrimonio, pero dueño fiduciario, lo cual quiere decir que es dueño en función del fin que debe cumplir, normalmente temporal. En resumen, puede decirse que el fiduciario es dueño jurídico, más no económico de los bienes que recibe en fideicomiso; dicho de otro modo, el fiduciario ejerce las facultades dominicales, pero en provecho ajeno."³⁸

Cabe mencionar que en el ámbito del Derecho Mercantil -materia que nos ocupa- el calificativo de fiduciario se emplea muchas veces para caracterizar contratos y operaciones que, a lo sumo, implican una mera relación de confianza. Tal como ocurre con el empleo del vocablo inglés "trust" en el sector de las sociedades mercantiles.

Pero, si bien, como apunta Alfaro,³⁹ el trust anglosajón por su ductilidad característica y por prestarse para llevar a cabo diversas transacciones por medio de un sólo acto o instrumento, es una institución sin par en cuanto a eficacia y utilidad, tanto que reemplaza con ventaja los contratos de mandato, de usufructo, de constitución de renta vitalicia, de depósito, de comodato, de prenda, de hipoteca y de venta con pacto de retroventa, fundamentalmente; y sustituye con amplias garantías y facilita los procedimientos

³⁸RODRIGUEZ Y RODRIGUEZ, J. Curso de Derecho Mercantil, Tomo II, 1a. edición, Porrúa, México, 1983, p.531

³⁹GARRIGUEZ DIAZ CAÑABATE, JOAQUIN. Ob.cit., p.77

judiciales relativos al pago de pensiones alimenticias, cesión de bienes y concurso de acreedores, así como el albaceazgo, la tutela testamentaria y la constitución de fundaciones de interés público; y desde luego no tiene rival para la contratación de empréstitos públicos mediante la emisión de bonos, cédulas u otros valores bursátiles y con la intervención de un fiduciario responsable; no creemos que dicha figura, así como la concibe el derecho anglosajón, pueda transportarse a otros países con las mismas características y usos que le son inherentes, pues coincidiendo con Oscar Rabasa⁴⁰, el trust angloamericano sólo puede existir, en su forma auténtica, en donde está vigente el sistema dual de derecho (common law y equity) y de dos especies de dominio y de propietarios, peculiar de la organización jurídica angloamericana denominada "common law". De ahí que los esfuerzos que se han hecho en países como México, con bases en el régimen jurídico romano, para implantar el trust resulten improcedentes en su totalidad. Prueba de ello es la figura del fideicomiso como se concibe en nuestro país en la actualidad, luego de una serie de adaptaciones a lo largo de la historia, que termina siendo una institución distinta al modelo que quiso adoptarse, con características propias derivadas de las exigencias y peculiaridades de nuestro país.

Las leyes mercantiles especiales que han introducido en México la institución de referencia, le atribuyen la función propia del negocio traslativo, en el que, sin embargo, junto a la relación real de enajenación a favor del fiduciario, existe un vínculo obligatorio, que se traduce en la obligación en que éste incurre de afectar el bien o el derecho objeto del fideicomiso a la finalidad señalada por el fideicomitente en el acto constitutivo; ya que este último no pretende perder dicho bien o derecho afectados.

Consideramos de suma importancia hacer notar que dentro de nuestro sistema jurídico el derecho de propiedad es absoluto e indivisible en cuanto que sus efectos no pueden atribuirse a distintos titulares. Por ello, los tratadistas discuten si puede admitirse una

⁴⁰Ob.cit., p.470

figura atípica en un sistema jurídico en el que los negocios y los contratos traslativos están limitados y en donde todos los actos de transmisión están referidos a contratos reglamentados, como son la compraventa, la donación, el mutuo, etc. Y, según Barrera Graf⁴¹, para dar solución a esta controversia debe hablarse de una forma abstracta de transmisión. O bien, de acuerdo con Grasseti, hablar de una transmisión temporal, limitada solamente al cumplimiento de la finalidad prescrita, sin que el bien objeto de la transmisión acrezca el patrimonio del fiduciario.

No comparto a este respecto los planteamientos de Barrera Graf y de Grasseti, ya que, a mi juicio, no existe en realidad por virtud del fideicomiso una transmisión plena. Sin embargo, podemos hablar de otorgarle al fiduciario ciertas atribuciones sobre el conjunto de bienes, valores o derechos que se le encomiendan, ya que no adquiere sobre ellos el derecho de propiedad que, como hemos visto, es absoluto, pues su actividad y sus derechos sobre dicho patrimonio están limitados a las instrucciones que el fideicomitente le gire al respecto, y en el momento en que el fiduciario actúe a su libre albedrío, sin satisfacer las necesidades o las exigencias del fideicomitente, o de los fideicomisarios, en su caso, si éstos lo requieren, tendrá que devolver aquéllo que le fue encargado. De igual forma, en el momento en que le son retribuidos económicamente al fiduciario sus servicios de administración, guarda y custodia, entendemos que se le paga por atender y hacer producir algo que no es suyo, algo que no es de su propiedad, algo que únicamente le fue encomendado y que en algún momento dado, tarde o temprano, deberá devolver a su dueño o a quien éste le indique.

Y como fundamento de lo anterior, cabe hacer mención de lo que establece el artículo 830 del Código Civil "El propietario de una cosa (entiéndanse bienes, valores o

⁴¹Ob.cit., p.321

derechos) puede gozar y disponer de ella con las limitaciones y modalidades que fijen las leyes."⁴²

De todo lo antes expuesto, se puede concluir lo siguiente:

- El fideicomiso es un negocio jurídico, nominado y típico (pues su finalidad está bien delimitada)

- No podemos considerarlo como un negocio traslativo, pues los bienes, valores o derechos que le son encomendados al fiduciario están afectados por el cumplimiento de cierta finalidad, y sólo con ese propósito y bajo esa condición le pertenecen.

- El fiduciario, en virtud de las limitaciones que le son impuestas, adquiere un derecho patrimonial a nombre propio, pero en interés de otro.

- Por último, si bien el fideicomiso presenta, como punto de partida, una característica propia de los negocios fiduciarios, al establecerse sobre la confianza que una parte deposita en la otra, y, a su vez, en el deber de lealtad de esta última hacia la primera; presenta también una gran diferencia con dichos negocios fiduciarios, tal como se apuntó al inicio del presente capítulo: está reglamentado por el derecho positivo, en tanto los negocios fiduciarios no lo están; de igual forma, mientras en el negocio fiduciario puede participar cualquier persona, la participación del fiduciario en el fideicomiso está limitada a personas con características particulares. Por tanto, desde nuestro punto de vista, no puede considerarse al fideicomiso como un negocio fiduciario en sentido estricto, pues si bien al hablar del fondo del mismo, o de su origen, si lo es -en sentido amplio-, deja de serlo en el momento de convertirse en un negocio nominado y típico.

⁴²Código Civil para el Distrito y Territorios Federales, 63a. edición Porrúa, México, 1994, p.193

derechos) puede gozar y disponer de ella con las limitaciones y modalidades que fijen las leyes."⁴²

De todo lo antes expuesto, se puede concluir lo siguiente:

- El fideicomiso es un negocio jurídico, nominado y típico (pues su finalidad está bien delimitada)

- No podemos considerarlo como un negocio traslativo, pues los bienes, valores o derechos que le son encomendados al fiduciario están afectados por el cumplimiento de cierta finalidad, y sólo con ese propósito y bajo esa condición le pertenecen.

- El fiduciario, en virtud de las limitaciones que le son impuestas, adquiere un derecho patrimonial a nombre propio, pero en interés de otro.

- Por último, si bien el fideicomiso presenta, como punto de partida, una característica propia de los negocios fiduciarios, al establecerse sobre la confianza que una parte deposita en la otra, y, a su vez, en el deber de lealtad de esta última hacia la primera; presenta también una gran diferencia con dichos negocios fiduciarios, tal como se apuntó al inicio del presente capítulo: está reglamentado por el derecho positivo, en tanto los negocios fiduciarios no lo están; de igual forma, mientras en el negocio fiduciario puede participar cualquier persona, la participación del fiduciario en el fideicomiso está limitada a personas con características particulares. Por tanto, desde nuestro punto de vista, no puede considerarse al fideicomiso como un negocio fiduciario en sentido estricto, pues si bien al hablar del fondo del mismo, o de su origen, sí lo es -en sentido amplio-, deja de serlo en el momento de convertirse en un negocio nominado y típico.

⁴²Código Civil para el Distrito y Territorios Federales, 63a. edición Porrúa, México, 1994, p.193

2.1.2. El fideicomiso como un contrato

A lo largo del presente trabajo se ha expuesto que el fideicomiso es un negocio en cuya constitución intervienen, invariablemente, dos partes; una, el fideicomitente, es quien manifiesta su voluntad de que otra persona distinta a ella se convierta en titular -temporal- de sus bienes o derechos fideicomitados, bajo la condición de destinarlos a una finalidad determinada; la otra, el fiduciario, al aceptar dicho cargo, se obliga a cumplir con lo que la primera le ha encomendado.

Podemos observar, en la afirmación anterior, que existe una doble manifestación de la voluntad. Por un lado una parte delega cierta responsabilidad a la otra, y, por otro, esta segunda manifiesta su aceptación ante tal encargo. Nace entonces la relación fiduciaria con el consentimiento que el fiduciario expresa de actuar como tal, ya sea expreso o tácito.

Y remontándonos a lo que el Código Civil para el Distrito y Territorios Federales⁴³ establece en sus artículos 1794.-"Para la existencia del contrato se requiere: 1. Consentimiento.", 1803.-"El consentimiento puede ser expreso o tácito...", 2224.-"El acto jurídico inexistente por la falta de consentimiento o de objeto que pueda ser materia de él, no producirá efecto legal alguno... su inexistencia puede invocarse por todo interesado.", se puede afirmar que el fideicomiso en nuestro país es una figura contractual.

Al respecto, Rodolfo Batiza⁴⁴ apunta que la manifestación de la voluntad del fiduciario para aceptar el cargo, unida a la previa declaración del fideicomitente, viene a perfeccionar un convenio que produce y transfiere obligaciones y derechos, esto es, un contrato. Desde el momento mismo de crearse la relación, ambas partes adquieren derechos

⁴³Ob.cit., p.p.325, 327, 389

⁴⁴Tres Estudios sobre el Fideicomiso, Imprenta Universitaria, México, 1954, p.76

y obligaciones correlativos: el desempeño del cargo por lo que hace al fiduciario, el pago de sus honorarios por cuanto al fideicomitente, reduciendo tales derechos y obligaciones a su expresión más simple. Aún en aquellas situaciones en que la obligación del fideicomitente ha quedado limitada a un mínimo de pasividad, como cuando se pacta que el fiduciario deducirá sus honorarios de los productos del patrimonio fideicomitado, la obligación sigue siendo personal. Sólo en sentido figurado podría admitirse que es a cargo del patrimonio.

Aunque algunos autores se han propuesto defender la unilateralidad del fideicomiso sobre el supuesto de que una institución fiduciaria poseedora de un conjunto de bienes, valores o derechos pueda declararse a sí misma fiduciaria de los mismos, nos parece muy acertada la refutación que hace Batiza al observar que según lo dispuesto por la Ley de Instituciones de Crédito en su artículo 106.-"A las instituciones de crédito les estará prohibido celebrar operaciones con la propia institución en el cumplimiento de fideicomisos, mandatos o comisiones. El Banco de México podrá autorizar, mediante disposiciones de carácter general, la realización de determinadas operaciones cuando no impliquen conflicto de intereses..."⁴⁵

Asimismo, no se suscribe la posición basada en que la sola declaración del fideicomitente expresada en un acto intervivos irrevocable crea un fideicomiso, ya que la adhesión del fiduciario es sólo condición jurídica de ejecución y no de su perfección jurídica, pues, desde nuestro punto de vista, es indispensable que el fiduciario manifieste su aceptación para que exista realmente el negocio.

Finalmente, se concluye con la afirmación que sobre este tema hace Batiza: "el fideicomiso es un contrato bilateral o sinalagmático perfecto, pues sólo en los contratos bilaterales opera la condición resolutoria tácita en virtud de la cual, si uno de los

⁴⁵Legislación Bancaria, 42a. edición, Porrúa, México, 1994, p.38

contratantes falta a su propia obligación, puede el otro pedir la resolución del contrato o el constreñimiento al cumplimiento... cada contratante tiene el derecho a rehusar su propia prestación si el otro la reclama sin haber cumplido la suya."⁴⁶

Así lo dispone la Ley de Instituciones de Crédito, en su artículo 84⁴⁷, señalando que cuando la institución de crédito, al ser requerida, no rinda las cuentas de su gestión dentro del plazo legal, o si es judicialmente declarada de las pérdidas o menoscabos que sufran los bienes fideicomitados, el fideicomisario, sus representantes legales, o el fideicomitente si se ha reservado ese derecho, podrán pedir su remoción. (Este era el texto del artículo 137 de la anterior Ley General de Instituciones de Crédito y Organizaciones Auxiliares, que además establecía que el fiduciario podía renunciar al desempeño de su cargo si el fideicomitente, sus causahabientes o el fideicomisario, se negasen a pagar las compensaciones estipuladas a su favor, o si los bienes dados en fideicomiso no rindiesen productos suficientes para cubrirlas.)

2.2. Partes que intervienen en el fideicomiso

La constitución del fideicomiso da origen a una relación jurídica compleja por la diversidad de elementos de carácter muy particular que intervienen en ella, tales como las partes que la integran, el contenido y duración cambiantes de los derechos y obligaciones que se les atribuyan, la diferente naturaleza de los bienes que pueden constituir su objeto, la amplitud y multiplicidad de los fines cuyo logro se ofrece a través de la institución.⁴⁸

⁴⁶Ob.cit., p.78

⁴⁷Legislación Bancaria, Ob.cit., p.32

⁴⁸BATIZA, RODOLFO. Principios Básicos del Fideicomiso y de la Administración Fiduciaria, Porrúa, México, 1977, p.186

Los derechos y obligaciones que entran en juego en la relación fiduciaria son esenciales para el buen funcionamiento de este mecanismo jurídico con vistas a la realización de un propósito preestablecido.

De esta manera, según se desprende del análisis que hemos hecho hasta este momento, los sujetos que intervienen en la relación fiduciaria son: el fideicomitente, el fideicomisario, el fiduciario y, en ocasiones, el comité técnico (que no es figura esencial en el fideicomiso).

2.2.1. Fideicomitente

En las palabras del Dr. Acosta Romero, "el fideicomitente es la persona titular de los bienes o derechos, que trasmite a la fiduciaria para el cumplimiento de una finalidad lícita, y, desde luego, debe tener la capacidad jurídica para obligarse y para disponer de los bienes."⁴⁹

El artículo 349 de la L.G.T.O.C. establece que "Sólo pueden ser fideicomitentes las personas físicas o jurídicas que tengan la capacidad necesaria para hacer la afectación de bienes que el fideicomiso implica..."⁵⁰

Quien adquiere la calidad de fideicomitente dentro del negocio que nos ocupa, adquiere los derechos que señalaremos a continuación.

⁴⁹ACOSTA ROMERO, MIGUEL. Teoría General del Derecho Administrativo, 9a. edición, Porrúa, México, 1990, p.430

⁵⁰Ley General de Títulos y Operaciones de Crédito, 41a. edición, Porrúa, México, 1994, p. 123

2.2.1.1. Derechos del fideicomitente

a) Reservarse los derechos que estime pertinentes en el acto constitutivo. Refiriéndose a los bienes dados en fideicomiso, la ley sustantiva dice que "... se considerarán afectos al fin que se destinan y, en consecuencia, sólo podrán ejercitarse respecto a ellos los derechos y acciones que al mencionado fin se refieran, salvo los que expresamente se reserve el fideicomitente..."(art. 351, segundo párrafo)⁵¹

Lo anterior, vemos que obliga a la institución fiduciaria a ajustarse a las instrucciones del fideicomitente. Y al respecto, la L.I.C. concede en forma facultativa al fideicomitente el derecho de exigir al fiduciario el exacto cumplimiento de su cometido, y en su caso, pedir su remoción.

b) Designar a uno o varios fideicomisarios. La ley sustantiva dispone en el artículo 348 que "el fideicomitente puede designar varios fideicomisarios para que reciban simultánea o sucesivamente el provecho del fideicomiso, salvo el caso de la fracción II del artículo 359"⁵², que a la letra dice: "Quedan prohibidos: II. Aquellos fideicomisos en los cuales el beneficio se conceda a diversas personas sucesivamente que deban sustituirse por muerte de la anterior, salvo el caso de que la sustitución se realice en favor de personas que estén vivas o concebidas ya, a la muerte del fideicomitente."⁵³

Cabe aclarar que el fideicomitente puede conjugar a su vez el carácter de fideicomisario, sin embargo, es aquella calidad la que provoca que su actividad sea la más importante durante la etapa de constitución del fideicomiso.⁵⁴

⁵¹Ob.cit., p.24

⁵²Ley General de Títulos y Operaciones de Crédito, Ob.cit., p.123

⁵³Ob.cit., p.126

⁵⁴KRIEGER, EMILIO. Manual del Fideicomiso Mexicano, 1a. edición, Editorial Dimensión, México, 1976, p.36

c) Designar al fiduciario. Será facultad del fideicomitente nombrar a la institución fiduciaria que se responsabilizará de la guarda y custodia de sus bienes o derechos y del cumplimiento de los fines establecidos en el acto de transmisión de dichos bienes o derechos. El artículo 350 de la L.G.T.O.C. establece que "...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 sustituirse. 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"⁵⁵

d) Supervisar el fideicomiso. Este derecho puede ejercitarse en forma directa por él, o a través del comité técnico previsto por el artículo 80, tercer párrafo, de la ley bancaria.⁵⁶

e) Requerir cuentas al fiduciario. Aún cuando las acciones para pedir cuentas corresponderán al fideicomisario, esto no será en perjuicio de que el fideicomitente pueda reservarse en el acto constitutivo del fideicomiso, o en las modificaciones del mismo, el derecho para ejercitar esta acción.

f) Transmitir sus derechos de fideicomitente. La legislación especial carece de disposiciones que en forma expresa establezcan que los derechos del fideicomitente (los que para él deriven del fideicomiso o que se reserve) se transmiten a sus herederos. No obstante, es incuestionable que si los derechos no son de aquéllos que se extinguen por la muerte, pasan a sus herederos en los términos del artículo 1281 del Código Civil: "Herencia es la sucesión en todos los bienes del difunto y en todos sus derechos y obligaciones que no se extinguen por la muerte."⁵⁷

⁵⁵Ley General de Títulos y Operaciones de Crédito, Ob.cit., p.124

⁵⁶BATIZA, RODOLFO. Ob.cit., p. 188

⁵⁷Ob.cit., p.249

g) Modificar el fideicomiso. Existe la posibilidad legal para el fideicomitente de reformar o modificar el acto constitutivo, con sujeción a las limitaciones indicadas en el derecho común. Así lo estipula la ley bancaria en su artículo 80.

h) Revocar o terminar el fideicomiso, si se reservó ese derecho. La L.G.T.O.C. establece en su artículo 357 que el fideicomitente tendrá el derecho de revocar y dar por terminado anticipadamente el fideicomiso, si así se prevé en el acto constitutivo⁵⁸.

i) Derecho a que le sean devueltos los bienes o derechos otorgado en fideicomiso, en caso de imposibilidad de ejecución, o que se le entreguen los remanentes, una vez ejecutado el fideicomiso.⁵⁹

2.2.1.2. Obligaciones del fideicomitente

La principal obligación a cargo del fideicomitente consiste en transmitir al fiduciario los bienes y derechos materia del fideicomiso. Esta obligación se funda en el artículo 351 de la L.G.T.O.C., que obliga también al fideicomitente al cumplimiento de las obligaciones recíprocas de los derechos que se reserve.⁶⁰

Una vez hecho lo anterior, el fideicomitente estará obligado a:⁶¹

a) Pagar los gastos que origine la constitución y el manejo del fideicomiso. Reembolsar al fiduciario los gastos hechos en la administración del fideicomiso.

⁵⁸Ob.cit., p.125

⁵⁹ACOSTA ROMERO, MIGUEL. Ob.cit., p.432

⁶⁰VILLAGORDOA LOZANO, JOSE M. Ob.cit., p.164

⁶¹ACOSTA ROMERO, MIGUEL. Ob.cit., p.432

b) Pagar las compensaciones u honorarios estipulados a favor de la institución fiduciaria.

c) En caso de que se transmitan bienes inmuebles, estará obligado al saneamiento para el caso de evicción, en los términos del artículo 2120 del Código Civil "Todo el que enajena está obligado a responder de la evicción, aunque nada se haya expresado en el contrato."⁶²

d) Colaborar con el fiduciario para el cumplimiento del fin, cuando para ello sea necesaria dicha colaboración.

2.2.2. Fiduciario

Es la persona que tiene la titularidad de los bienes o derechos fideicomitidos y que se encarga de la realización de los fines del fideicomiso. El fiduciario lleva a efecto la realización o cumplimiento de los fines a través del ejercicio obligatorio de los derechos que le ha transmitido el fideicomitente.⁶³

De conformidad con lo establecido en el artículo 350 de la L.G.T.O.C.⁶⁴, la facultad de desempeñar el cargo de fiduciario es privativa de las instituciones expresamente autorizadas por la Ley de Instituciones de Crédito, la cual, por virtud del título que le da nombre, únicamente contempla a las instituciones de crédito, de donde se deduce que sólo se autoriza a estas últimas para ser fiduciarias (aunque en la actualidad la facultad para ser fiduciaria ha sido extendida a las Casas de Bolsa, Afianzadoras y Aseguradoras, tema que trataremos más adelante). Asimismo, dicha ley señala que las instituciones fiduciarias están autorizadas para practicar las operaciones de fideicomiso a que se refiere la L.G.T.O.C.

⁶²Ob.cit., p.374

⁶³SERRANO TRASVIÑA, JORGE. Ob.cit., p.369

⁶⁴Ley General de Títulos y Operaciones de Crédito, Ob.cit., p.123

Cabe agregar que se requiere, además, que el fiduciario tenga la capacidad suficiente para que se le puedan transmitir los bienes o derechos materia del fideicomiso.

2.2.2.1. Facultades y derechos del fiduciario

Nos dice Rodríguez y Rodríguez⁶⁵ que si la razón de la existencia del fiduciario en este negocio es la realización de determinado encargo sobre bienes o derechos que le han sido encomendados, su primer derecho esencial será el de adquirir el dominio de los bienes o derechos sobre los que se constituye el fideicomiso, llegando a ser titular de un derecho de dominio con más o menos limitaciones, según se haya fijado en el acto constitutivo, limitaciones que sólo tienen eficacia obligatoria, puesto que el fiduciario como dueño puede disponer de dichos bienes.

Coincidimos de alguna manera con él en cuanto a que el fiduciario deba tener como primer derecho el de adquirir -en ocasiones sólo en sentido figurado- los bienes o derechos materia del fideicomiso; sin embargo, estamos absolutamente en contra de considerarlo como dueño del patrimonio fideicomitado, con derecho a disponer de él libremente, ya que debe sujetarse en todo momento a lo estipulado en el acto constitutivo del fideicomiso. Actúa bajo las instrucciones de un tercero con el propósito de lograr los fines previamente establecidos por éste; además, el patrimonio fideicomitado de ninguna manera se suma al patrimonio del fiduciario.

El fiduciario tendrá las facultades que se le señalen en el acto constitutivo y que pueden ser para realizar actos de dominio, para enajenar, permutar, transferir propiedad,

⁶⁵RODRIGUEZ Y RODRIGUEZ, JOAQUIN, Ob.cit., p.537

administrar u obtener créditos y gravar, en su caso, arrendar y realizar reparaciones y mejoras.⁶⁶

Al respecto, dice el artículo 356 de la L.G.T.O.C. que el fiduciario deberá cumplir el fideicomiso conforme al acto constitutivo, obrando siempre como buen padre de familia, adquiriendo todos los derechos y acciones para la conservación del patrimonio. Asimismo, podrá actuar en los juicios relativos al fideicomiso, en defensa de los intereses del patrimonio de afectación fideicomitido, y otorgar en ellos mandatos para pleitos y cobranzas.⁶⁷

Otra de sus facultades será la de cobrar sus honorarios y la de exigir el reembolso de los gastos realizados en la administración del fideicomiso, siempre que sean necesarios y útiles, pues según el Código Civil (art. 565), aplicándolo por analogía a este caso concreto, "Para todos los gastos extraordinarios que no sean de conservación o de reparación, necesita el tutor ser autorizado por el juez"⁶⁸

Por otro lado, es importante mencionar sobre el fiduciario que al igual que cuenta con facultades para realizar determinados actos, en el cumplimiento de lo que le ha sido encomendado, adquiriendo para ello los derechos que ya hemos mencionado, también rigen su comportamiento ciertas prohibiciones, tal como lo establece la Ley de Instituciones de Crédito en su artículo 106 que prohíbe, en principio, a las instituciones fiduciarias, abstenerse de aceptar el desempeño de fideicomisos, mandatos o comisiones, mediante los cuales reciban fondos destinados al otorgamiento de créditos que no se ajusten a las disposiciones de carácter general que al efecto dicte el Banco de México, y de los que tengan por objeto la adquisición de valores, cuando éstos no sean de los aprobados para ese

⁶⁶ACOSTA ROMERO, MIGUEL. Ob.cit., p.432

⁶⁷Ob.cit., p.125

⁶⁸Ob.cit., p.148

fin por la Comisión Nacional de Valores, o de los emitidos o garantizados por el Gobierno Federal o las instituciones nacionales de crédito.⁶⁹

Otra prohibición es la de efectuar operaciones con otros departamentos de la misma institución, facultando exclusivamente al Banco de México para autorizar, mediante disposiciones de carácter general, la realización de determinadas operaciones cuando no impliquen un conflicto de intereses. Sin embargo, no existe fundamento alguno al respecto de esta prohibición, que, en nuestra opinión, más que ser positiva puede significar un obstáculo para la adecuada y ágil administración del fideicomiso.

Está prohibido también a los departamentos fiduciarios llevar a cabo cualquier clase de operaciones por cuenta propia, salvo las que realicen con su capital y reservas, en virtud de ser intermediarios entre las partes interesadas.

La ley bancaria prohíbe, además: "Utilizar fondos o valores de los fideicomisos, mandatos o comisiones (de inversión), para realizar operaciones en virtud de las cuales resulten o puedan resultar deudores sus delegados fiduciarios; los miembros de su consejo de administración, tanto propietarios como suplentes, estén o no en funciones; el accionista o accionistas que posean la mayoría en las asambleas de la institución o que la gobiernen; los directores generales o gerentes generales; los comisarios propietarios o suplentes, estén o no en funciones; los auditores externos de la institución; los miembros del comité técnico del fideicomiso respectivo; los ascendientes o descendientes en primer grado o cónyuges de todas las personas citadas, o las sociedades en cuyas asambleas tengan mayoría dichas personas o las mismas instituciones, asimismo aquellas personas que el Banco de México determine mediante disposiciones de carácter general"(artículo 106, fracc. XIX, inciso c)⁷⁰.

⁶⁹Legislación Bancaria, Ob.cit., p.37

⁷⁰Ob.cit., p.39

Finalmente, si bien el fiduciario tiene la facultad de excusarse de la administración del fideicomiso y de renunciar a su encargo, la L.G.T.O.C. dispone que "La institución fiduciaria... no podrá excusarse o renunciar su encargo sino por causas graves a juicio de un juez de primera instancia del lugar de su domicilio..."(art. 356).⁷¹

Al respecto, el artículo 137 de la anterior Ley de Instituciones de Crédito y Organizaciones Auxiliares establecía que sólo se estimarían como causas graves para admitir la renuncia de la institución fiduciaria al desempeño de su cargo en un fideicomiso: a) Que el fideicomisario no pudiera recibir o se negase a recibir las prestaciones o bienes de acuerdo con el acto constitutivo del fideicomiso; b) Que el fideicomitente, sus causahabientes o el fideicomisario, en su caso, se negasen a pagar las compensaciones estipuladas a favor de la institución fiduciaria, y c) Que los bienes o derechos dados en fideicomiso, en su caso, no rindiesen productos suficientes para cubrir estas compensaciones.

Dicho texto fue derogado, dejando una laguna todavía mayor a la que prevalecía al respecto de los casos de renuncia de la institución fiduciaria. No obstante, su desaparición de la ley no ha afectado la permanencia de esa manera de proceder en la práctica.

2.2.2.2. Obligaciones del fiduciario

El cumplimiento de las obligaciones del fiduciario es correlativo al ejercicio de sus derechos, pues está obligado a ejercitarlos para lograr los fines del fideicomiso. Las obligaciones del fiduciario pueden ser: de hacer, de dar y de no hacer. Dentro de las obligaciones de hacer se encuentra primordialmente la de ejecutar los fines del fideicomiso,

⁷¹Ob.cit., p.125

por lo que se refiere a las obligaciones de dar, pueden consistir en pagar al o a los fideicomisarios los beneficios del fideicomiso; y, por último, las obligaciones de no hacer comprenden las de abstenerse, de no hacer mal uso de los derechos transmitidos y de no excederse en el ejercicio de las facultades que se le confieren.⁷²

En materia legislativa, es realmente poco lo que se puede encontrar al respecto de las obligaciones del fiduciario. Como vimos anteriormente, el artículo 356 de la L.G.T.O.C. establece que "La institución fiduciaria... estará obligada a cumplir dicho fideicomiso conforme al acto constitutivo... y deberá obrar siempre como buen padre de familia, siendo responsable de las pérdidas o menoscabos que los bienes sufran por su culpa."⁷³

El fiduciario tiene deberes frente al fideicomiso, al fideicomisario y al fideicomitente de manera subsidiaria, respecto a los herederos de éste, y ante determinadas autoridades, sobre todo la Comisión Nacional Bancaria y el fisco.⁷⁴

Rodríguez y Rodríguez⁷⁵ resume las reglas generales para el desempeño del cargo por parte del fiduciario de la siguiente forma:

1a. El fiduciario asume una serie de obligaciones de hacer, cuyo alcance depende de la clase de fideicomiso de que se trate.

2a. El desempeño del cargo es obligatorio, una vez que ha sido aceptado. Sus obligaciones y facultades son indelegables. El fiduciario atiende al desempeño del fideicomiso por medio de uno o más funcionarios (delegados fiduciarios), de cuyo nombramiento debe informarse a la Comisión Nacional Bancaria, y de cuyos actos responde

⁷²VILLAGORDOA LOZANO, JOSE M. Ob.cit., p.166

⁷³Ob.cit., p.125

⁷⁴MUÑOZ, LUIS. El Fideicomiso, 2a. edición, Cárdenas Editor y Distribuidor, México, 1980, p.454

⁷⁵Ob.cit., p.538

directa e ilimitadamente la institución, sin perjuicio de las responsabilidades civiles y penales en que pueda haber incurrido el delegado.

3a. El fiduciario asume la obligación de conservar los bienes y derechos recibidos en su integridad material.

La ley impone a la institución fiduciaria el deber de llevar una contabilidad especial para cada fideicomiso. El artículo 79 de la Ley de Instituciones de Crédito establece que las instituciones fiduciarias registrarán en su contabilidad y en contabilidades especiales que deban abrir por cada contrato de fideicomiso, mandato, comisión, administración o custodia, el dinero y demás bienes y valores o derechos que se les confíen, así como los incrementos o disminuciones por los productos o gastos, debiendo coincidir, invariablemente, los saldos de las cuentas controladoras de la contabilidad de la institución con los de las contabilidades especiales. Añade que en ningún caso estos bienes están afectados a otras responsabilidades que las derivadas del fideicomiso mismo, mandato, comisión o custodia, o las que contra ellos correspondan a terceros de acuerdo con la ley.⁷⁶

Por otro lado, si bien el artículo 45 de la Ley General de Instituciones de Crédito y Organizaciones Auxiliares imponía al fiduciario los deberes de dar avisos, notificaciones, suministrar informes, rendir cuentas y observar el secreto profesional o sigilo bancario, en relación con las otras partes negociales del fideicomiso; y establecía también que "...de toda percepción de rentas, frutos o productos de liquidación que realice la institución en cumplimiento de su cometido, dará aviso al beneficiario en el término de las cuarenta y ocho horas siguientes a su cobro; igualmente, notificará toda operación de inversión, adquisición o sustitución de bienes, dentro del mismo plazo, comunicando el detalle necesario para la identificación de los bienes adquiridos. En caso de que por la naturaleza del fideicomiso o por disposición expresa del fideicomitente, comitente o mandante deba suprimirse esta

⁷⁶Legislación Bancaria, Ob.cit., p.31

notificación, la institución deberá, dentro de igual plazo, inscribir la operación con el detalle anteriormente indicado en un registro especial, foliado y sellado, que llevará la institución con carácter rigurosamente secreto"; la nueva LIC, incurriendo en una grave omisión, únicamente contempla al respecto, la autorización a las instituciones de crédito de dar noticias o información de los depósitos o cualquier operación, exclusivamente al depositante, deudor, titular o beneficiario que corresponda...salvo cuando las pidieren la autoridad judicial... y las autoridades hacendarias federales por conducto de la CNB, para fines fiscales...

En relación con el secreto profesional diremos que los servicios de la institución fiduciaria son de naturaleza confidencial, ya que siendo el fideicomiso un cargo de confianza que deposita el fideicomitente, jamás se deberán divulgar los términos y condiciones de los fideicomisos, a no ser a los directamente interesados.⁷⁷

En cuanto a los informes, por un lado, y al sigilo bancario, por otro, debe recordarse lo que dispone el artículo 118: "Con la salvedad de toda clase de información que sea solicitada por la Comisión Nacional Bancaria, la violación del secreto propio de esta clase de operaciones, incluso ante las autoridades o tribunales en juicios o reclamaciones que no sean entablados por el fideicomitente o fideicomisario, comitente o mandante, contra la institución o viceversa, constituirá a ésta en responsabilidad civil por los daños y perjuicios ocasionados, sin perjuicio de las responsabilidades penales procedentes."⁷⁸

Debido a que la legislación sustantiva actual no preve específicamente la obligación del fiduciario de hacer productivos los bienes dados en fideicomiso y de las adquisiciones que deba hacer el fiduciario, podemos guiarnos con lo que escuetamente establece la LIC en

⁷⁷BOJALIL, JULIAN. Ob.cit., p.109

⁷⁸Legislación Bancaria, Ley de Instituciones de Crédito, Ob.cit., p.44

su artículo 81, "Las operaciones con valores que realicen las instituciones de crédito en cumplimiento de fideicomisos, mandatos, comisiones y contratos de administración, se realizarán en términos de las disposiciones de esta ley y de la Ley del Mercado de Valores, así como de conformidad con las reglas generales que emita el Banco de México oyendo la opinión de la Comisión Nacional de Valores, con vistas a procurar el desarrollo ordenado del Mercado de Valores."⁷⁹

En materia fiscal, el Código Financiero del Distrito Federal, en su artículo 56, fracc. XIV, dispone que son responsables solidarios del pago de los créditos fiscales las sociedades nacionales de crédito, instituciones de crédito y cualquier otra persona autorizada por la ley para llevar a cabo operaciones fiduciarias, respecto de los créditos fiscales que hubieren causado por las operaciones derivadas de la actividad objeto del fideicomiso hasta por el valor de los bienes fideicomitidos.⁸⁰

Y al respecto de las acciones judiciales, el fiduciario tendrá la obligación de oponerse a las acciones que se promuevan contra el patrimonio del fideicomiso. La norma que rige su conducta está en el sentido de que debe hacer lo que sea razonable en el caso. En general deberá comparecer en los juicios que se promuevan. La obligación del fiduciario de promover y defender acciones judiciales, no prevista en la legislación especial, debe, sin embargo, considerarse existente desde el momento en que se le transmite el dominio de los bienes; además, se aplica por analogía lo dispuesto en el Código Civil en el caso de albaceas y tutores: El albacea debe deducir todas las acciones que pertenezcan a la herencia (art. 1705); entre sus demás obligaciones figuran la de defensa en juicio y fuera de él, así de la herencia como de la validez del testamento, y la de representar a la sucesión en todos los juicios que hubieren de promoverse en su nombre o que se promovieren contra ella (art.

⁷⁹Ob.cit., p.31

⁸⁰Publicación en el Diario Oficial de la Federación el 31 de diciembre de 1994.

1706, fracs. VII y VIII). Por su parte, el tutor es responsable de los créditos activos si dentro de sesenta días, contados desde el vencimiento de su plazo, no ha obtenido su pago o garantía que asegure éste, o no ha pedido judicialmente el uno o la otra (art. 593)⁸¹

Es importante también hacer mención a que cuando la complejidad de los fines del fideicomiso hace necesaria la intervención de un cuerpo colegiado que tome las decisiones correspondientes en cuanto a la inversión y administración del patrimonio fideicomitado, el fideicomitente nombra un comité técnico, y al presentarse dentro del fideicomiso esta situación, el fiduciario actúa sujetándose a las decisiones tomadas por dicho comité técnico, y queda libre, por ese hecho, de toda responsabilidad. De esta figura llamada comité técnico hablaremos más adelante.

Hemos tratado sólo algunas de las obligaciones impuestas al fiduciario, ya que tanto sus derechos como sus obligaciones suelen precisarse en cada caso concreto teniendo en cuenta, por una parte, la naturaleza jurídica de los bienes y derechos que constituyen la materia del fideicomiso, y por la otra, los fines que se persigan con dicha operación. No son las mismas facultades y obligaciones del fiduciario cuando la materia del fideicomiso la forman bienes inmuebles, que cuando únicamente se afectan derechos personales del fideicomitente; tampoco asume las mismas obligaciones el fiduciario en un fideicomiso de garantía, que en un fideicomiso que tenga como fin liquidar el pasivo de una persona determinada, por citar sólo algunos ejemplos.⁸²

Es acertada la aclaración de Villagordoa Lozano⁸³ al decir que por ser tan amplia y variada la existencia de tipos y formas de fideicomisos, no se puede establecer un catálogo concreto de las obligaciones y de los derechos del fiduciario que comprenda todos los

⁸¹BOJALIL, JULIAN, Ob.cit., p.103

⁸²VILLAGORDOA LOZANO, JOSE M. Ob.cit., p.167

⁸³Idem, p.168

fideicomisos posibles, pues habrá que ir estableciendo dichos derechos y obligaciones adecuándose al contenido y fines de cada fideicomiso específico.

Sin embargo, cuando son tantas las omisiones o lagunas, y cuando se procede en tantas ocasiones por analogía con otras figuras afines, no se puede hablar de una figura jurídica bien precisada y bien delimitada, y valdría la pena que el legislador atendiera las lagunas existentes.

Finalmente, cabe resaltar que la actividad de las instituciones fiduciarias está debidamente vigilada, con fundamento en el artículo 123 de la Ley de Instituciones de Crédito que confía la inspección y vigilancia a la Comisión Nacional Bancaria; y al tenor de la fracción II del artículo 125 serán facultades y deberes de dicha Comisión: "...fungir como órgano de consulta de la Secretaría de Hacienda y Crédito Público en los casos y términos que la ley determine..."⁸⁴

2.2.3. Fideicomisario

El fideicomisario es la persona física o jurídica que recibe el beneficio, o la que recibe los remanentes una vez cumplida la finalidad (este sujeto no siempre existe como tal, pues puede ser que el mismo fideicomitente o fideicomitentes sean a su vez los beneficiarios.)

La L.G.T.O.C. en su artículo 348 dispone que "Pueden ser fideicomisarios las personas físicas o jurídicas que tengan la capacidad necesaria para recibir el provecho que el fideicomiso implica". Y al decir "capacidad necesaria" debe entenderse únicamente la

⁸⁴Legislación Bancaria, Ob.cit., p.47

ausencia de alguna incapacidad especial derivada de la ley, ya que el fideicomiso puede constituirse a favor de personas incapacitadas y aún de no nacidas, pero concebidas.⁸⁵

Villagordoa Lozano⁸⁶ apunta al respecto que en general son pocas las excepciones existentes en cuanto a la capacidad para ser fideicomisarios, y cita como ejemplo el hecho de que un extranjero no pueda ser fideicomisario cuando el fin del fideicomiso consista en transmitirle estrictamente la propiedad de un inmueble ubicado en la zona prohibida (50 km a lo largo de las playas y 100 a lo largo de las fronteras). O bien, la declaración de nulidad que la ley hace al fideicomiso que se constituye en favor del fiduciario.

El mismo artículo 348 de la mencionada ley establece también que "Cuando sean dos o más los fideicomisarios y deba consultarse su voluntad, en cuanto no esté previsto en la constitución del fideicomiso, las decisiones se tomarán por mayoría de votos computados por representaciones y no por personas. En caso de empate, decidirá el juez de primera instancia del lugar del domicilio del fiduciario."⁸⁷

En el supuesto de que existiesen fideicomisarios sucesivos, el artículo 359 de la L.G.T.O.C. prohíbe la constitución de fideicomisos en los cuales el beneficio se conceda a diversas personas sucesivamente y que deban substituirse por muerte de la anterior, salvo en el caso de que la substitución se realice en favor de personas que estén vivas o concebidas ya, a la muerte del fideicomitente.⁸⁸

Sin embargo, lo que sí cabe perfectamente es la posibilidad de que exista un fideicomiso sin fideicomisario, en los términos del artículo 347 de la citada ley, que permite

⁸⁵Ob.cit., p.123

⁸⁶Ob.cit., p.169

⁸⁷Ley General de Títulos y Operaciones de Crédito, Ob.cit., p.123

⁸⁸Ob.cit., p.126

y considera válido el fideicomiso que se constituya sin señalar fideicomisario, siempre que su fin sea lícito y determinado.⁸⁹

En el caso anterior, a pesar de no haber designación expresa de fideicomisario, no dejaría de haber un beneficiario, pues lo lógico sería pensar -y así lo demuestra la práctica- que el propio fideicomitente será beneficiado personalmente con la ejecución de los fines del fideicomiso. Por ello, al decir la ley que puede existir un fideicomiso sin fideicomisario, es obvio que no se refiere a un beneficiario, pues siempre habrá alguien que resulte favorecido o beneficiado con el fideicomiso; se refiere únicamente al nombramiento de persona distinta al fideicomitente, pues este último lleva implícito el carácter de fideicomisario cuando no se designa otro en su lugar.

2.2.3.1. Derechos del fideicomisario

Por ser el fideicomisario la persona sobre quien recae el beneficio último del fideicomiso, en principio tendrá el derecho de exigir al fiduciario el exacto cumplimiento del fideicomiso, requerir cuentas al mismo, y, en su caso, removerlo de su cargo. Así lo dispone la ley bancaria en su artículo 84, que a la letra dice: "Cuando la institución de crédito, al ser requerida, no rinda las cuentas de su gestión dentro de un plazo de quince días, o cuando sea declarada, por sentencia ejecutoria, culpable de las pérdidas o menoscabos que sufran los bienes dados en fideicomiso, o responsable de estas pérdidas o menoscabos por negligencia grave, procederá su remoción como fiduciaria. Las acciones para pedir cuentas, para exigir la responsabilidad de las instituciones fiduciarias y para pedir la remoción, corresponderán al fideicomisario o a sus representantes legales, y a falta de éstos al Ministerio Público..."⁹⁰

⁸⁹Ob.cit., p.123

⁹⁰Legislación Bancaria, Ley de Instituciones de Crédito, Ob.cit., p.32

La L.G.T.O.C., por su parte, establece que "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..." (artículo 355).⁹¹

La misma ley establece que "en caso de que al constituirse el fideicomiso no se designe nominalmente a la institución fiduciaria, se tendrá por designada la que elija el fideicomisario o, en su defecto, el juez de primera instancia del lugar en que estuvieren ubicados los bienes, de entre las instituciones expresamente autorizadas conforme a la ley." (artículo 350, segundo párrafo).⁹²

En virtud de no encontrar legislación aplicable al respecto de la transmisión de los derechos del fideicomisario, por analogía con otros contratos similares, tales como el usufructo, la doctrina considera que, al igual que el fideicomitente, el fideicomisario tendrá la prerrogativa de transmitir sus derechos, si éstos no son de aquéllos que se extinguen por la muerte, a sus herederos, en los términos del artículo 1281 del Código Civil, que señalamos con anterioridad.

El fideicomisario tendrá también el derecho a modificar el fideicomiso, si fuere irrevocable por parte del fideicomitente; y en relación con la revocación y terminación anticipada del fideicomiso nos limitaremos a señalar que, según la doctrina y la L.G.T. y

⁹¹Ob.cit., p.125

⁹²Ob.cit., p.123

O.C., el fideicomisario tendrá estos derechos implícitos únicamente en los casos de renuncia, pues esta sería causa de extinción del fideicomiso, o por convenio expreso con el fideicomitente.

Concluimos con lo que apunta el Dr. Acosta Romero⁹³ considerando como el más importante de los derechos del fideicomisario, el de recibir los rendimientos, beneficios o productos del fideicomiso, o bien, los remanentes que queden a la extinción del fideicomiso, salvo pacto en contrario.

2.2.3.2. Obligaciones del fideicomisario

En la práctica, la primera obligación que se impone al fideicomisario, en forma subsidiaria, puesto que corresponde en primer término al fideicomitente o a sus causahabientes, consiste en pagar a la institución fiduciaria las compensaciones estipuladas a su favor, tal como lo disponía el artículo 137 de la Ley General de Instituciones de Crédito y Organizaciones Auxiliares: "Sólo se estimarán como causas graves para admitir la renuncia de la institución fiduciaria al desempeño de su cargo en un fideicomiso: Que... el fideicomisario, en su caso, se niegue a pagar las compensaciones estipuladas a favor de la institución fiduciaria", que aunque fue derogado en la nueva LIC, continúa rigiendo en el desempeño de los fideicomisos.

En forma también subsidiaria, el fideicomisario debe reembolsar los gastos que el fiduciario hubiere hecho en la administración del fideicomiso; así como pagar los impuestos, derechos y multas que se causen con la ejecución del fideicomiso.⁹⁴

⁹³Ob.cit., p.432

⁹⁴Idem, p.433

2.2.4. Comité Técnico

Una de las figuras típicas del fideicomiso mexicano, que se ha ido perfilando a través de la práctica en nuestro país, es la del Comité Técnico de los fideicomisos.

El Dr. Miguel Acosta Romero define al Comité Técnico como "un órgano colegiado que se designa en el acto constitutivo del fideicomiso, o en sus reformas, si es que el fideicomitente se reservó esas facultades, y cuyo objeto, a primera vista, sería el coadyuvar con el fiduciario en el desempeño del fideicomiso, y determinar la distribución de los fondos conforme a las reglas y facultades que en el acto constitutivo del fideicomiso se señalaron para el Comité."⁹⁵

Por su parte, Julián Bojalil establece que "...el Comité Técnico se ha conformado de acuerdo con la costumbre bancaria, como un cuerpo colegiado representativo de los intereses involucrados, auxiliar en aspectos técnicos, en los cuales muchas veces se incorporan representantes o asesores de otras áreas del propio banco, en donde algunas veces figura el propio fiduciario como miembro del mismo."⁹⁶

No existen antecedentes en nuestro país de cuerpos colegiados similares al del Comité Técnico. El legislador pudo haberse inspirado en la doctrina norteamericana de las Trust Companies que, para efectos de responsabilidad, utilizan la formación de comités o cuerpos colegiados, formados generalmente por personas conocedoras en ciertas áreas y que los auxilian a tomar las decisiones acerca de las conveniencias de invertir en tal o cual sector o en determinados valores; en fin, personas expertas que ayudan al fiduciario a tomar una decisión.⁹⁷

⁹⁵Ob.cit., p.462

⁹⁶Ob.cit., p.34

⁹⁷Idem, p.462

El origen del Comité Técnico en nuestra ley es desconocido. Su estructuración en la práctica, como órgano del fideicomiso, según aparece en diversos contratos, por su organización, facultades y funcionamiento, lo hacen asemejarse a los consejos de vigilancia y de administración de las sociedades anónimas.⁹⁸

La única disposición legal que hace mención sobre la constitución del Comité Técnico es el artículo 80 de la Ley de Instituciones de Crédito, que establece: "En el acto constitutivo del fideicomiso, o en sus reformas, podrán los fideicomitentes 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 responsabilidad"⁹⁹

La ley no dice nada al respecto de la composición y función del Comité Técnico. Las reglas para su funcionamiento, sesiones, fechas, convocatorias y demás, se preven en el acto constitutivo del fideicomiso concreto de que se trate, al igual que su integración, de acuerdo a lo convenido por las partes.

El Comité Técnico no es de ninguna manera parte sustancial en la relación fiduciaria; es, como lo hemos visto, un órgano auxiliar para el buen desempeño de los fines del fideicomiso. Sin embargo, por ser una figura recurrente en la práctica, se le ha incluido en el presente capítulo, pues sus funciones y decisiones son, en muchas ocasiones, trascendentes en el curso del fideicomiso, a tal grado que ha llegado a "despojar" al fiduciario de sus atribuciones, lo cual puede desvirtuar el concepto de la figura del fideicomiso y lo que la relación fiduciaria implica.

⁹⁸BATIZA, RODOLFO. Ob.cit., p.51

⁹⁹Legislación Bancaria, Ob.cit., p.31

CAPITULO III

EL FIDEICOMISO Y EL MERCADO DE VALORES

3.1. ¿Qué es el Mercado de Valores?

El ahorro constituye el pilar básico en el proceso de formación de capital, factor determinante para lograr un crecimiento económico. Es en el Mercado de Valores donde las empresas encuentran la fuente natural de captación de capital de riesgo, colocando sus acciones entre el gran público ahorrador.¹⁰⁰

El Mercado de Valores es el conjunto de mecanismos que permiten realizar la emisión, colocación y distribución de los valores, es decir, las acciones, obligaciones y demás títulos de crédito que se emitan en serie o en masa y que sean objeto de oferta pública o de intermediación, mismos que deberán estar inscritos en el Registro Nacional de Valores e Intermediarios, previa autorización de la Comisión Nacional de Valores, para su cotización en la Bolsa Mexicana de Valores, S.A. de C.V., una vez que ésta permite la operación de registro.¹⁰¹

Como en todo mercado, existe un componente de oferta y demanda. En este caso, la oferta está representada por los fondos disponibles para su inversión, procedentes de personas físicas o jurídico-colectivas, que constituyen el objeto de intercambio de este

¹⁰⁰Asociación Mexicana de Casas de Bolsa. Las Sociedades de Inversión: Experiencia Mexicana e Internacional, México, 1985, p.13

¹⁰¹Asociación Mexicana de Casas de Bolsa. El Mercado de Valores Mexicano, México, 1989, p.1

mercado. Los demandantes de estos recursos, tanto el sector público como el sector privado, utilizan los valores con objeto de poder obtener los fondos que se ofrecen para el financiamiento de sus necesidades.¹⁰²

El Mercado de Valores es parte del Sistema Financiero Mexicano. Este último es el conjunto orgánico de instituciones que generan, recogen, administran, orientan y dirigen tanto el ahorro como la inversión dentro de una unidad político-económica, constituyendo el gran mercado donde se ponen en contacto oferentes y demandantes de recursos monetarios.¹⁰³ Lo conforman tres grandes bloques identificados como: organizaciones bancarias, organizaciones bursátiles y organizaciones de seguros y fianzas, supervisadas por la Comisión Nacional Bancaria, la Comisión Nacional de Valores y la Comisión Nacional de Seguros y Fianzas, respectivamente.

Dentro del primer bloque, las instituciones de Banca Múltiple captan la mayor parte de los recursos del sistema y se constituyen así en la principal fuente de financiamiento. Por su parte, la Banca de Desarrollo se dedica a apoyar los programas prioritarios de interés nacional.

Los otros dos bloques incluyen diversos tipos de instituciones, como son: Organismos Bursátiles, Aseguradoras y Afianzadoras, entre otros; entidades que proveen a los sectores público y privado de los recursos necesarios para apoyar sus programas de inversión, integrándose a los esfuerzos de la Banca.

En forma simplificada, el mercado tiene un mecanismo operativo general que se inicia con la emisión de valores por parte de las empresas que solicitan financiamiento;

¹⁰²Idem, p.1

¹⁰³Asociación Mexicana de Intermediarios Bursátiles. Operación del Mercado de Valores en México, México, 1993, p. 11

continúa con la colocación de los valores entre los inversionistas a través de la intermediación autorizada (mercado primario), y finaliza con la obtención de utilidades por parte de los tenedores de títulos. Posteriormente se efectúan negociaciones ulteriores (mercado secundario), que implican la compra-venta de valores colocados previamente.¹⁰⁴

La colocación primaria de los valores del emisor se efectúa por la venta inicial de éstos entre el gran público inversionista a través del área de Financiamiento Corporativo de la Casa de Bolsa que apoyó a dicha empresa en los trámites de autorización del instrumento ante la CNV y la BMV.

En el mercado secundario, los inversionistas se indican dos veces para enfatizar la doble posición de comprador y vendedor, situación que puede ser total o parcial; es decir, un inversionista puede vender algunos de sus valores y con el dinero recuperado, adquirir otros valores, o puede vender su cartera completa, o bien incrementar la que ya tenía. En este mercado, el flujo de valores y fondos es muy dinámico y en ambas direcciones.¹⁰⁵

En el esquema esencial de operación del Mercado de Valores, destaca la participación de los emisores, los inversionistas y los intermediarios bursátiles, así como de instituciones reguladoras y de apoyo.

Los **emisores** son el sector demandante de recursos financieros en este mercado. La demanda se realiza a través de la emisión de títulos-valor, mismos que se traducirán en financiamiento con plazos, términos y costos adecuados para satisfacer las necesidades que quiere cubrir el emisor.

¹⁰⁴Asociación Mexicana de Casas de Bolsa. Ob.cit., p.3

¹⁰⁵Idem, p.4

Generalmente, los emisores son instituciones gubernamentales y empresas, tanto paraestatales como privadas, que ponen en circulación títulos-valor con el fin de obtener recursos financieros para su funcionamiento. Teóricamente cualquier empresa puede emitir títulos-valor, siempre y cuando cumpla con los siguientes requisitos fundamentales:¹⁰⁶

- Estar inscrita en el Registro Nacional de Valores e Intermediarios de la Comisión Nacional de Valores.
- Acreditar solvencia, así como liquidez y ofrecer un rendimiento razonable.
- Obtener autorización por parte del Consejo de Administración de la Bolsa Mexicana de Valores.
- Cubrir las cuotas correspondientes por derecho de inscripción.

Por su parte, los inversionistas son las personas físicas o jurídico-colectivas u organismos (cajas de ahorro, fondos de pensiones, fondos de jubilaciones, fideicomisos) sin personalidad jurídica que, teniendo excedentes monetarios, los ofrecen a instituciones y empresas demandantes de esos recursos, a cambio de títulos-valor, con la intención de obtener una ganancia o beneficio. El inversionista constituye un elemento fundamental en el crecimiento de los diversos sectores de la economía a través del financiamiento que proporcionan.¹⁰⁷

Finalmente, los intermediarios bursátiles ponen en contacto a oferentes y demandantes, ya que los últimos no pueden realizar transacciones directamente, sino que deben hacerlo a través de agentes especiales del mercado bursátil. Las transacciones bursátiles están reservadas para ejecutarse por personal autorizado por la CNV y la BMV,

¹⁰⁶ Asociación Mexicana de Intermediarios Bursátiles. Inducción al Mercado de Valores, México, 1994, pp. 59-60

¹⁰⁷ Idem, p.64

bajo la reglamentación indicada por la Ley del Mercado de Valores y del Reglamento Interior de la Bolsa.¹⁰⁸

Entre las **entidades reguladoras** podemos mencionar a la Secretaría de Hacienda y Crédito Público, el Banco de México, la Comisión Nacional de Valores y la Comisión Nacional Bancaria; y entre las **instituciones de apoyo** citaremos a la Bolsa Mexicana de Valores, la Asociación Mexicana de Casas de Bolsa, el Instituto Mexicano del Mercado de Capitales, la Academia Mexicana de Derecho Bursátil, el Fondo de Contingencia y el Instituto para el Depósito de Valores.

La Secretaría de Hacienda y Crédito Público es el organismo del Gobierno Federal encargado de regular, coordinar y vigilar el Sistema Financiero e impulsar las políticas monetarias y crediticias, orientando la evolución del mercado financiero y bursátil y la actuación de sus participantes.¹⁰⁹

El Banco de México, por su parte, se encarga de la regulación monetaria y de la emisión de instrumentos crediticios gubernamentales, así como de los criterios generales a que deben sujetarse los participantes en el Mercado de Dinero.¹¹⁰

La Comisión Nacional de Valores es una dependencia de la Secretaría de Hacienda y Crédito Público, creada por decreto presidencial de acuerdo con lo establecido por la Ley del Mercado de Valores, con el objetivo de regular y controlar el cumplimiento de las disposiciones legales, así como de mantener el Registro Nacional de Valores e Intermediarios.¹¹¹

¹⁰⁸Idem, p.64

¹⁰⁹Asociación Mexicana de Casas de Bolsa. El Mercado de Valores Mexicano, Ob.cit., p.2

¹¹⁰Idem, p.2

¹¹¹Idem, p.2

La Bolsa Mexicana de Valores, núcleo operativo de este mercado, es un organismo privado que provee las instalaciones y servicios necesarios para la transacción, compensación y liquidación de valores; controla y administra las operaciones y difunde la información correspondiente; además de verificar que los intermediarios y emisoras se ajusten a las normas vigentes y a las sanas prácticas del mercado.¹¹²

La Asociación Mexicana de Casas de Bolsa es una institución que representa a sus asociados y coordina sus recursos técnico-profesionales en comités destinados a dar asesoría y contribuir al desarrollo del Mercado de Valores.¹¹³

El Instituto Mexicano del Mercado de Capitales sirve de soporte técnico y académico al sector bursátil. Asume la planeación de nuevas modalidades de captación y financiamiento; efectúa los análisis técnico-estadísticos; publica estadísticas e investigaciones acerca del comportamiento y evolución del mercado y de sectores relacionados; además de promover y difundir la cultura bursátil.¹¹⁴

El Instituto para el Depósito de Valores, INDEVAL, es un organismo privado, cuya principal función es brindar los servicios de custodia, administración compensación y transferencia de valores.¹¹⁵

La Academia Mexicana de Derecho Bursátil y el Fondo de Contingencia cumplen también funciones de apoyo en sus respectivas especialidades.

¹¹²Idem, p.2

¹¹³Idem, p.7

¹¹⁴Idem, p.7

¹¹⁵Idem, p.7

- c) Conforme a la tenencia: Nominativos
Al portador
- d) Atendiendo a la forma de emisión: Seriados o de masa
Individuales, singulares o no seriados
- e) Según su rendimiento: De renta fija
De renta variable

Nacionales. Aquéllos cuyas emisoras se encuentran constituidas jurídicamente y domiciliadas en territorio nacional.

Extranjeros. Aquéllos cuyas emisoras están establecidas fuera del territorio nacional.

Públicos. Los emitidos por los gobiernos municipal, estatal o federal.

Privados. Los emitidos por personas físicas o morales con carácter particular.

Nominativos. Aquéllos registrados a nombre de personas físicas o morales, cuya transferencia se hace mediante endoso.

Al portador. Los títulos cuya tenencia no requiere del registro del poseedor, y la transferencia se realiza mediante la simple entrega del título.

Seriados. Los que en su expresión unitaria otorgan los mismos derechos a su tenedor, por tanto, representan una parte alícuota del capital de la emisora.

Individuales, singulares o no seriados. Por diferir en sus características esenciales (plazo, monto, rendimiento, etc.) no otorgan los mismos derechos a su tenedor.

Valores de renta variable y valores de renta fija. Esta es la más común de las clasificaciones de los diferentes valores cotizados en la Bolsa Mexicana de Valores que define sus características de rendimiento. Los primeros, no garantizan un rendimiento fijo a su tenedor, sino que lo condicionan a la

situación económica de la empresa y del mercado. Los segundos, que representan en realidad un crédito colectivo en favor de la emisora, otorgan a su poseedor un interés fijo y su pago es en forma periódica.

Los clásicos valores de renta variable son las acciones, definidas como títulos-valor que representan una parte alícuota del capital social de una empresa. Esto significa que el propietario de una acción es socio de la empresa en la parte proporcional que representa su acción.¹¹⁹

De lo anterior se desprende que ambos tipos de valores difieren en cuanto a los derechos conferidos al tenedor, y son:¹²⁰

Derechos de los accionistas:

I. Sobre la dirección de la empresa:

- a) A elegir directores
- b) A inspeccionar los libros

II. Sobre el patrimonio de la empresa:

- a) A recibir dividendos
- b) A recibir la parte proporcional del patrimonio de la empresa, cuando ésta sea liquidada, vendida o permutada

III. Respecto a la constitución original de la empresa:

- a) Aprobar cambios en los objetivos de la compañía; modificaciones a la escritura constitutiva y a los estatutos y reglamentos.
- b) Suscribir proporcionalmente las emisiones subsecuentes de acciones.

Derechos de los tenedores de valores de renta fija:

- I. Recibir pagos de intereses fijos periódicamente
- II. Al pago del capital, llegado el vencimiento de los valores
- III. Cobrar anticipadamente el capital, en caso de liquidación o quiebra

¹¹⁹Idem, p.66

¹²⁰CARRERA C., FRANCISCO. Ob.cit., p.p.33-34

Finalmente, ha de mencionarse que tradicionalmente se ha clasificado al Mercado de Valores Mexicano en: Mercado de Dinero y Mercado de Capitales, siguiendo la costumbre vigente en casi todos los países del mundo. Esta clasificación obedece fundamentalmente a una diferenciación en los plazos de los instrumentos, de acuerdo a la práctica contable generalmente aceptada.¹²¹

El Mercado de Dinero es aquél en el que se comercian valores de realización inmediata (entendiéndose por inmediata un plazo menor a un año). Por lo general se trata de instrumentos de deuda de bajo riesgo y alto grado de liquidez. Actualmente el Mercado de Dinero incluye los siguientes instrumentos:

- Certificados de la Tesorería de la Federación (CETES)
- Aceptaciones Bancarias
- Papel Comercial Bursátil
- Pagaré Empresarial Bursátil
- Bonos de Desarrollo (BONDES)
- Bonos de la Tesorería (Tesobonos)
- Bonos Ajustables (Ajustabonos)

El Mercado de Dinero se desarrolló fundamentalmente al inicio de la década de los 80's, teniendo como causas principales la clara preferencia de los ahorradores hacia la canalización de sus recursos a instrumentos de corto plazo, motivada por la inestabilidad económica y la inflación, la decisión gubernamental por el financiamiento del déficit a través del Mercado de Valores, el constante desplazamiento de las empresas privadas del mercado financiero tradicional (bancario) y la reestructuración del sistema bursátil.¹²²

¹²¹Asociación Mexicana de Casas de Bolsa. El Mercado de Valores Mexicano, Ob.cit., p.29

¹²²Idem, p.p. 30,37

Por otro lado, el Mercado de Capitales es aquél en el que se negocian instrumentos a largo plazo. Tradicionalmente se clasifica en :

- Mercado de Renta Fija
- Mercado de Renta Variable

Los instrumentos del Mercado de Capitales que se clasifican como de renta fija son:¹²³

- Bonos de Renovación Urbana (BORES)
- Bonos Bancarios de Desarrollo
- Obligaciones Corporativas
- Obligaciones Subordinadas Convertibles
- Certificados de Participación Inmobiliarios

Por su parte, el mercado de renta variable que comprende a las acciones mide su desarrollo a través del Índice de la Bolsa Mexicana de Valores. Dicho índice está elaborado actualmente con base en el desempeño de las acciones más representativas del mercado conforme a los siguientes criterios: mayor número de días operados, mayor número de operaciones, mayor razón monto operado sobre monto inscrito, menor variación en el precio de un movimiento a otro.¹²⁴

El rendimiento de las acciones, tradicionalmente proporcionado por los dividendos que pagan, varía por dos motivos importantes. En primer lugar, las utilidades de una empresa pueden variar; en segundo lugar, los dividendos que se decretan en base a las utilidades netas generadas también pueden variar porque dependen de la decisión de la

¹²³Idem, p.39

¹²⁴Idem, p.46

asamblea de accionistas. A su vez, el plazo no está determinado porque la duración de tenencia de una acción no está limitada por el vencimiento del instrumento (como en el caso de renta fija), sino por la decisión del mismo propietario de retenerla o venderla, en su caso.¹²⁵

La necesidad de contar con un Mercado de Valores sólido es a todas luces evidente. Un Mercado de Valores puede ser una vía para lograr estabilidad en el sistema financiero y en la economía de un país. La importancia del financiamiento vía capital radica en que provee una fuente de financiamiento permanente no sujeto a pagos contractuales, en contraste con los usuales créditos bancarios.¹²⁶

Se ha establecido un marco general de lo que es el Mercado de Valores y de los productos que se negocian en él. Vayamos ahora a analizar la relación que guarda la figura del fideicomiso con el Mercado de Valores.

3.2. Relación del fideicomiso con el Mercado de Valores

En el Mercado de Valores encontramos los siguientes participantes: las Casas de Bolsa, las Instituciones Bancarias, las Bolsas de Valores (en el caso de México, una sola, la Bolsa Mexicana de Valores, S.A. de C.V.), los emisores de valores, el público inversionista y los valores con los que se comercia. Así mismo, las sociedades de inversión, en su doble papel de emisores e inversionistas.¹²⁷

¹²⁵HEYMAN, TIMOTHY. *Inversión contra Inflación*, Editorial Milenio, México, 1992, p.125

¹²⁶Asociación Mexicana de Casas de Bolsa. *Las Sociedades de Inversión: Experiencia Mexicana e Internacional*, Ob.cit., p.5

¹²⁷BERNAL MOLINA, JULIAN. *Práctica y Teoría Jurídica del Fideicomiso*, Porrúa, México, 1988, p.135

Una función muy importante que se realiza en el Mercado de Valores, como se ha señalado, es la de ofrecer o canalizar recursos (ahorro o capitales) a los demandantes, sean particulares, empresarios o el Estado.

Por otro lado, el fideicomiso es una forma jurídica y, a la vez, es un mecanismo de contenido económico, en la medida que siempre implica una "encomienda" de bienes o derechos, que se dice no son personalísimos, o sea, que están en el comercio y son susceptibles de una valuación monetaria. En muchos casos, el fideicomiso tiene por objeto y fin la aplicación de sumas de dinero a lo que es la finalidad del fideicomiso, y en ese sentido, a una inversión productiva que normalmente se materializa en valores.¹²⁸

La relación del fideicomiso con el Mercado de Valores es evidente. Cuantiosas sumas de dinero y en varias formas de fideicomisos son canalizadas al Mercado de Valores, utilizando la intermediación bursátil, o sea, las Casas de Bolsa, para efectuar compras, ventas y otras operaciones propias de ese mercado.

Sólo por enumerar algunos casos, los fideicomisos de administración o de simple inversión, los de garantía para fines diversos, privados o públicos, de beneficencia, previsión social, etc., casi siempre suponen la inversión de los recursos que se afectan precisamente a la inversión en valores, siendo, en unos casos específicos, a la inversión en valores, y en otros, atendiendo sólo al emisor o a los rendimientos.¹²⁹

De esta manera, el fideicomiso no sólo ha sido un mecanismo para captar fondos y llevarlos al Mercado de Valores y adquirir éstos, sino que también ha servido para emitir

¹²⁸Idem, p.136

¹²⁹Idem, p.136

títulos que se negocian en el mercado, como es el caso de los certificados de participación. En esta posición, unas veces el fideicomiso resulta inversionista, y otras emisor.¹³⁰

Podemos decir que, en general, el fideicomiso de inversión en valores supone la obligación de custodia y administración de los valores. Esta obligación la cumple el fiduciario por sí mismo o mediante el depósito que haga en el Instituto para el Depósito de Valores, INDEVAL.

Es importante hacer notar, para concluir, que la estrecha relación entre el fideicomiso y la intermediación bursátil ha planteado la necesidad de extender las facultades para ser fiduciarios a aquellas instituciones distintas a los bancos en aquellos casos en que se afecten recursos o en negocios directamente vinculados con las actividades que les son propias.¹³¹

Este es el caso de la Casas de Bolsa, las Aseguradoras y las Afianzadoras, que en el mes de julio de 1993 fueron autorizadas, a través de reformas y adiciones a las leyes correspondientes, para actuar como fiduciarias, aunque no se les otorgó la misma libertad de acción con que cuentan los bancos, sino se les impusieron ciertas limitantes, de las cuales hablaremos en el capítulo IV del presente trabajo.

Uno de los propósitos del presente trabajo es hacer un estudio particularmente de las facultades y limitaciones de las Casas de Bolsa para actuar como fiduciarias, razón por la cual, antes de abordar dicho análisis, daremos una definición de lo que son las Casas de Bolsa, de sus características y de sus principales actividades.

¹³⁰Idem, p.136

¹³¹CASILLAS VELEZ, CARLOS. "El Fideicomiso Operado por Aseguradoras y Casas de Bolsa". Revista Ejecutivos de Finanzas, No.8, 1994, p.32

3.3. Intermediarios en el Mercado de Valores

Como se ha dicho, los intermediarios ponen en contacto a oferentes y demandantes, ya que los últimos no pueden realizar transacciones directamente, sino que deben hacerlo a través de agentes especiales del mercado bursátil. Las transacciones bursátiles están reservadas para ejecutarse por personal autorizado por la CNV y la BMV, bajo la reglamentación indicada por la Ley del Mercado de Valores y del Reglamento Interior de la Bolsa.¹³²

Según puede desprenderse de la LMV, en su artículo 4o., los intermediarios son aquellas personas físicas o morales que se dedican habitualmente a la realización de:¹³³

- a) Operaciones de correduría, de comisión u otras tendientes a poner en contacto la oferta y la demanda de valores.
- b) Operaciones por cuenta propia con valores emitidos o garantizados por terceros, respecto de las cuales se haga oferta pública.
- c) Administración y manejo de carteras de valores propiedad de terceros.

La intermediación bursátil está regulada por la Ley del Mercado de Valores. Originalmente esta función era desempeñada por agentes de valores personas físicas, pero con la finalidad de lograr mayor eficiencia y seguridad, así como para promover el crecimiento del mercado, la ley estimula la organización de los agentes de valores como sociedades anónimas, eliminando paralelamente la posibilidad de otorgar nuevas autorizaciones para agentes de valores personas físicas.¹³⁴

Actualmente, los intermediarios bursátiles por excelencia son las Casas de Bolsa.

¹³²Asociación Mexicana de Intermediarios Bursátiles. Inducción al Mercado de Valores, Ob.cit., p.64

¹³³Legislación Bancaria, Ley del Mercado de Valores, 42a. edición, Porrúa, 1994, p.522

¹³⁴Asociación Mexicana de Intermediarios Bursátiles. Inducción al Mercado de Valores, Ob.cit., p.65

3.3.1. Casas de Bolsa

Una Casa de Bolsa es el agente de valores, persona moral, autorizado para actuar como intermediario en el Mercado de Valores (artículo 22 de la Ley del Mercado de Valores).¹³⁵

Las Casas de Bolsa deben constituirse como sociedades anónimas y pueden optar el régimen de capital variable. Al cumplir con los requisitos de la ley, son autorizadas e inscritas en el Registro Nacional de Valores e Intermediarios, quedando bajo la regulación y la vigilancia de la Comisión Nacional de Valores y de la Bolsa Mexicana de Valores, S.A. de C.V.

Las Casas de Bolsa como instituciones estructuradas han ayudado a constituir un Mercado de Valores eficiente. Actualmente las Casas de Bolsa superan en gran medida lo realizado previamente por los agentes de valores, personas físicas.¹³⁶

Para cumplir adecuadamente con sus objetivos, las Casas de Bolsa han creado diversas estructuras administrativas que les permiten atender la demanda de servicios de acuerdo a características particulares. Dadas las diferencias estructurales entre las distintas Casas de Bolsa, hablaremos de manera general de las áreas fundamentales:¹³⁷

Promoción:

Está compuesta por los promotores de valores o apoderados para celebrar operaciones con el público.

¹³⁵Legislación Bancaria, Ley del Mercado de Valores, Ob.cit., p.537

¹³⁶Asociación Mexicana de Casas de Bolsa. El Mercado de Valores Mexicano, Ob.cit., p.49

¹³⁷Asociación Mexicana de Intermediarios Bursátiles. Inducción al Mercado de Valores, Ob.cit., p.p.69,70,71

Es el área responsable de establecer contacto y atender a los inversionistas para captar su interés y sus recursos para promover el desarrollo del mercado y sus servicios.

Operación:

Es el área dedicada a realizar las transacciones con los títulos-valor. Las operaciones bursátiles se efectúan en el Piso de Remates de la Bolsa de Valores y son realizadas por los Operadores de Piso que cumplen con las órdenes de los inversionistas, mismas que les son transmitidas desde el área ubicada en la Casa de Bolsa.

Análisis:

La toma de decisiones en el Mercado Bursátil está orientada por la información resultante de estudios y análisis que se efectúan en esta área.

Los análisis que se realizan son de tres tipos:

a) Económico. Estudia el comportamiento de los principales indicadores nacionales e internacionales para poder pronosticar los acontecimientos que afectan en alguna forma las diferentes alternativas de inversión o financiamiento.

b) Fundamental. Se dedica al estudio continuo y cuidadoso de la información financiera de las empresas que participan en el mercado accionario, con la finalidad de elaborar pronósticos confiables de sus utilidades esperadas, para fines de inversión a largo plazo y determinar los riesgos de inversión por emisora.

c) Técnico. Tiene la función de analizar el comportamiento y cambios de tendencias en los precios y volúmenes de los diferentes instrumentos del Mercado de Valores negociados, a través del análisis de la oferta y demanda de los valores, con objeto de determinar el momento adecuado para invertir.

Administración:

Por su conducto se llevan los registros diarios de las operaciones efectuadas, lo cual permite controlar saldos y posiciones para generar la información necesaria.

Jurídica:

Esta es el área responsable de vigilar el apego a la normatividad que en términos jurídicos emite la CNV, así como la coordinación de las auditorías legales, básicamente.

Por otro lado, con respecto a sus actividades, de acuerdo al artículo 22 de la Ley del Mercado de Valores¹³⁸, las Casas de Bolsa pueden realizar las siguientes:

I. Actuar como intermediarios en el Mercado de Valores, sujetándose a las disposiciones de carácter general que dicte la Comisión Nacional de Valores.

II. Recibir fondos por concepto de las operaciones con valores que se les encomienden. Cuando, por cualquier circunstancia no puedan aplicar esos fondos al fin correspondiente, el mismo día de su recibo deberán, si persiste impedimento para su aplicación, depositarlos en institución de crédito a más tardar el día hábil siguiente, en cuenta distinta de las que deben formar parte de su activo.

III. Prestar asesoría en materia de valores.

IV. Con sujeción a las disposiciones de carácter general que dicte el Banco de México:

a) Recibir préstamos o créditos de instituciones de crédito o de organismos oficiales de apoyo al Mercado de Valores, para la realización de las actividades que les son propias.

b) Conceder préstamos o créditos para la admisión de valores con garantía de éstos.

c) Celebrar reportos y préstamos sobre valores.

d) Actuar como fiduciarias en negocios directamente vinculados con las actividades que les sean propias, sin que sea aplicable en este caso el primer párrafo del artículo 350 de la Ley General de Títulos y Operaciones de Crédito.

¹³⁸Legislación Bancaria, Ley del Mercado de Valores, Ob.cit., p.p.537-538

V. De conformidad con las disposiciones de carácter general que dicte la Comisión Nacional de Valores:

a) Realizar operaciones por cuenta propia que faciliten la colocación de valores o que coadyuven a dar mayor estabilidad a los precios de éstos y a reducir los márgenes entre cotizaciones de compra y de venta de los propios títulos, o bien, que procuren mejorar las condiciones de liquidez en el mercado, así como una mayor diversificación de las transacciones.

b) Proporcionar servicios de guarda y administración de valores, depositando los títulos en una institución para el depósito de valores, o, en su caso, depositándolos en la institución que señale la CNV cuando se trate de títulos que, por su naturaleza, no puedan ser depositados en las instituciones primeramente señaladas.

c) Realizar operaciones con cargo a su capital pagado y reservas de capital.

d) Realizar operaciones con valores con sus accionistas, miembros del consejo de administración, directivos y empleados.

e) Llevar a cabo actividades que les son propias a través de oficinas, sucursales o agencias de instituciones de crédito.

f) Invertir en acciones de otras sociedades que les presten servicios o cuyo objeto sea auxiliar o complementario de las actividades que realicen estas Casas de Bolsa, que señale la propia Comisión. Dichas sociedades estarán sujetas a las disposiciones de carácter general que expida la CNV, así como a la inspección y vigilancia de la misma.

g) Actuar como especialistas bursátiles, sujetándose en la realización de las operaciones que efectúen con este carácter a lo dispuesto por el artículo 22 Bis-1 de esta ley.

VI. Actuar como representantes comunes de obligacionistas y tenedores de otros valores, títulos o documentos a que sea aplicable el régimen de esta ley.

VII. Administrar las reservas para fondos de pensiones o jubilaciones del personal, complementarias a las que establece la Ley del Seguro Social y de Primas de Antigüedad, conforme a lo dispuesto por la Ley de Impuesto sobre la Renta.

VIII. Adquirir las acciones representativas de su capital social, de conformidad con lo dispuesto por el artículo 14 Bis, fracción I de esta ley.

IX. Invertir en títulos representativos del capital social en entidades financieras del exterior, con arreglo a lo señalado por el artículo 22 Bis-2 de esta ley.

X. Las análogas o complementarias de las anteriores, que les sean autorizadas por la Secretaría de Hacienda y Crédito Público, oyendo a la Comisión Nacional de Valores, mediante disposiciones de carácter general que podrán referirse a determinados tipos de operaciones.

Apoyándose en esta última fracción, las Casas de Bolsa pueden realizar entre otras operaciones las de:

a) Prestación de servicios como sociedades operadoras de sociedades de inversión.

b) Auxilio a las Sociedades Nacionales de Crédito en sus operaciones pasivas (Ley Reglamentaria del Servicio Público de Banca y Crédito, art. 70)¹³⁹

c) Compra-venta y cambio de divisas.

d) Intermediación con papel comercial.

Como se puede observar, la función y actividad de las Casas de Bolsa resulta trascendente para configurar un Mercado de Valores eficiente. Tienen ante sí la gran responsabilidad de satisfacer las demandas de un mercado creciente y cambiante.

¹³⁹Legislación Bancaria, Ob.cit., p. 78

CAPITULO IV

ALGUNAS CONSIDERACIONES SOBRE LAS CASAS DE BOLSA COMO FIDUCIARIAS

4.1. Reformas legislativas que autorizan a las Casas de Bolsa como fiduciarias

Desde la aparición del fideicomiso en México sólo las instituciones bancarias habían tenido autorización para desempeñarse como fiduciarias. A partir de julio de 1993 se permite que instituciones distintas a los bancos, como Casas de Bolsa, Aseguradoras y Afianzadoras, puedan participar con el carácter de fiduciarias en aquellos casos en que se afecten recursos o en negocios directamente vinculados con las actividades que les son propias. Estas operaciones se marcan como excepción a lo dispuesto en el primer párrafo del artículo 350 de la Ley General de Títulos y Operaciones de Crédito.

El 23 de julio de 1993 se publicó en el Diario Oficial de la Federación un decreto mediante el cual se reformaron y adicionaron diversas disposiciones de la Ley del Mercado de Valores, mismas que entraron en vigor al día siguiente. En principio, el artículo 22, fracción IV, inciso d), autoriza a las Casas de Bolsa a actuar como fiduciarias en negocios directamente vinculados con las actividades que les son propias. En segundo lugar, se adiciona un nuevo artículo, el 103, en donde se establecen los requisitos que deberán observarse, y las disposiciones resultan similares a las que se aplican a las instituciones de crédito cuando actúan con el carácter de fiduciarias.

Es importante destacar una característica en común entre el fideicomiso, visto como un negocio de confianza derivado de la fe que se le tiene a alguien, y el Mercado de Valores, en donde se realizan operaciones fundadas en la confianza que debe prevalecer entre sus participantes.

El artículo 22, fracción IV, inciso d), de la LMV, que autoriza a las Casas de Bolsa a "actuar como fiduciarias en negocios directamente vinculados con las actividades que les sean propias..."¹⁴⁰, deberá sujetarse en todo momento a las reglas que señala el artículo 103 de la misma ley.

Dicho artículo establece a la letra lo siguiente: "Los fideicomisos en los que intervengan las Casas de Bolsa en los términos del artículo 22, fracción IV, inciso d) de esta ley, se registrarán en lo conducente por lo dispuesto en el Capítulo V del Título Segundo de la L.G.T. y O.C., debiéndose observar en todo caso lo siguiente:¹⁴¹

I. Sólo podrán afectarse en estos fideicomisos los valores sujetos al régimen de la presente ley, o el efectivo destinado a la adquisición de tales valores."

Al respecto, los valores objeto de los fideicomisos podrán ser todos los señalados por el artículo 3o. de la misma ley, también reformado, que señala como tales a las acciones, obligaciones y demás títulos de crédito que se emitan en serie o en masa. Y agrega que el régimen que se establece en la ley para los valores y las actividades realizadas con ellos, también será aplicable a los títulos de crédito y a otros documentos que otorguen a sus titulares derechos de crédito, de propiedad o de participación en el capital de personas morales, que sean objeto de oferta pública o de intermediación en el Mercado de Valores, incluyendo los emitidos en el extranjero.

¹⁴⁰Legislación Bancaria, Ley del Mercado de Valores, Ob.cit., p.537

¹⁴¹Ob.cit., p.579

Como se ha dicho, también podrá afectarse en fideicomiso el efectivo destinado a la adquisición de los valores antes mencionados, esto es, para compra de acciones, obligaciones, papel comercial, acciones de sociedades de inversión, etc., por lo que "no se podrá recibir efectivo que tenga por objeto un destino diferente al señalado, verbigracia, la adquisición de una casa habitación, o el aseguramiento del pago de los estudios profesionales de los hijos del fideicomitente, etc."¹⁴²

De momento, no se aclara si el fiduciario podrá llevar a cabo adquisiciones o enajenaciones de valores fuera de Bolsa, cuestión que deberá aclararse ya sea mediante reglas que emita el Banco de México, o mediante adiciones a esta fracción.¹⁴³

Se observa en esta fracción primera una distinción esencial con respecto a los fideicomisos constituidos en instituciones de crédito; esto es, mientras los fideicomisos bancarios pueden tener como materia, según el artículo 351 de la L.G.T. y O.C., toda clase de bienes o derechos, salvo aquéllos que conforme a la ley sean estrictamente personales de su titular, en el fideicomiso bursátil sólo podrán afectarse valores o efectivo.

II. "Las Casas de Bolsa desempeñarán su cometido y ejercerán sus facultades por medio de delegados fiduciarios."

Aunque esta disposición hace omisión sobre la manera en que han de ser elegidos dichos delegados, encontramos una regla al respecto en la circular No. 65/94 emitida por el Banco de México, de la cual se hablará más adelante.

¹⁴²OCAMPO, MARTIN. Apuntes personales, Multibanco Mercantil Probusa, S.A.

¹⁴³Idem

III. "Las Casas de Bolsa responderán civilmente por los daños y perjuicios que se causen por la falta de cumplimiento de las condiciones y términos señalados en el fideicomiso o en la ley."

Esta fracción está directamente relacionada con el artículo 356 de la L.G.T. y O.C. que establece que las instituciones fiduciarias deben actuar siempre como "un buen padre de familia"; dicha expresión implica que serán responsables aún de culpa leve y, en consecuencia, de las pérdidas o menoscabos que los bienes sufran por su actuación.

De ahí la importancia que deberá dársele a la elección de los delegados fiduciarios, en principio, y a la adecuada capacitación y profesionalismo tanto de ellos como del personal a su cargo, para el correcto desempeño de sus funciones, pues una inadecuada actuación de su parte puede derivar en sanciones de tipo administrativo, civil e inclusive penal.¹⁴⁴

IV. "En el acto constitutivo del fideicomiso o en sus reformas se podrá prever la formación de un Comité Técnico, establecer las reglas para su funcionamiento y fijar sus facultades. Cuando la fiduciaria, en los términos del fideicomiso, obre ajustándose a los dictámenes y acuerdos de este Comité, estará libre de toda responsabilidad."

Esta disposición es facultativa y no obligatoria. Para la fiduciaria, contar con dicho Comité, reduce su responsabilidad civil, siempre y cuando se niegue a seguir instrucciones del Comité Técnico que vayan en contra de lo establecido por la(s) persona(s) que le otorgó(arón) su confianza.

Como se observa también, esta fracción no precisa la naturaleza de este organismo, como tampoco lo hacen los ordenamientos que regulan los fideicomisos en instituciones fiduciarias, ni se menciona el alcance de su intervención o sus facultades. Tal imprecisión

¹⁴⁴FLORES SALINAS, JORGE A. Tesis: Funciones y Responsabilidades del Delegado Fiduciario en el Fideicomiso Mexicano, UNAM, México, 1993, p. 165

puede dar lugar a que en la práctica, como ocurre en el fideicomiso bancario, se le atribuyan al comité funciones tan amplias que lleguen a convertirlo en la autoridad máxima del fideicomiso, lo cual le resta atribuciones al fiduciario, y, por ende, desvirtúa el concepto mismo del negocio y la función del fiduciario como están concebidos en el artículo 346 de la Ley Cambiaria, al decir que "En virtud del fideicomiso el fideicomitente destina ciertos bienes a un fin lícito determinado, encomendando la realización de este fin a una institución fiduciaria"¹⁴⁵

V. "El personal que las Casas de Bolsa utilicen directa o exclusivamente para la realización de fideicomisos, no formará parte del personal de las mismas, sino que, según los casos, se considerará al servicio del patrimonio dado en fideicomiso. Sin embargo, cualquier derecho que asista a dicho personal conforme a la ley, lo ejercerán contra la Casa de Bolsa, la que, en su caso, y para cumplir con las resoluciones que la autoridad competente dicte, afectará en la medida que sea necesario el patrimonio fiduciario."

La expresión "al servicio del patrimonio dado en fideicomiso" es inexacta, ya que los patrimonios no tienen personalidad jurídica, sino que son "patrimonios de afectación", por lo cual, parecería más correcto afirmar que el personal se considera al servicio de la institución fiduciaria, obligándose a cumplir con las instrucciones que gire el fideicomitente, según el fideicomiso de que se trate.

VI. "A falta de procedimiento convenido en forma expresa por las partes en el acto constitutivo de los fideicomisos que tengan por objeto garantizar el cumplimiento de obligaciones, se aplicará el procedimiento establecido en los dos primeros párrafos del artículo 341 de la L.G.T. y O.C., a petición de la fiduciaria.

Si el deudor no se opone conforme a lo previsto en dicho artículo, el juez mandará que se dé cumplimiento a lo establecido en el acto constitutivo del fideicomiso o sus modificaciones." El artículo 341 de la citada ley señala que el acreedor podrá pedir al juez que autorice la

¹⁴⁵Ley General de Títulos y Operaciones de Crédito. Ob.cit., p.122

venta de los bienes o títulos dados en prenda cuando se venza la obligación garantizada.

Al examinar los dos párrafos de esta fracción nos preguntamos cómo es que si se recurre al 341 de la Ley Cambiaria,¹⁴⁶ precisamente por no preveer un procedimiento en el contrato, se diga después que el juez ordenará el cumplimiento de lo establecido en el acto constitutivo del fideicomiso.

Definitivamente, hay una deficiencia en la redacción que trae como consecuencia que si se incurrió en la omisión de no considerar el procedimiento de ejecución, el fiduciario queda imposibilitado para llevarlo a cabo, a pesar del mandato del juez, resultando así inoperante el fideicomiso.

VII. "Cuando la Casa de Bolsa, al ser requerida, no rinda las cuentas de su gestión dentro de un plazo de 15 días hábiles, o cuando sea declarada por sentencia ejecutoriada, culpable de las pérdidas o menoscabos que sufran los bienes dados en fideicomiso o responsable de esas pérdidas o menoscabos, procederá su remoción como fiduciaria.

Las acciones para pedir cuentas, para exigir la responsabilidad de las Casas de Bolsa y para pedir la remoción, corresponderán al fideicomisario o a sus representante legales, y, a falta de éstos, al ministerio público, sin perjuicio de poder el fideicomitente reservarse en el acto constitutivo del fideicomiso o en las modificaciones del mismo, el derecho para ejercitar esta acción.

En caso de renuncia o remoción se estará a lo dispuesto en el párrafo final del artículo 350 de la L.G.T.yO.C." Este artículo señala que deberá nombrarse otro fiduciario que sustituya al primero, y si no fuere posible tal substitución, cesará el fideicomiso.

VIII. "Cuando se trate de fideicomisos que constituya el Gobierno Federal o que él mismo, para los efectos de este artículo, declare de interés público, no será aplicable el plazo que establece la fracción III del artículo 359 de la L.G.T y O.C."

¹⁴⁶Ley General de Títulos y Operaciones de Crédito. Ob.cit., p.121

Al respecto, la L.G.T. y O.C. señala que "Quedan prohibidos: ... Aquéllos fideicomisos cuya duración sea mayor de treinta años, cuando se designe como beneficiario a una persona jurídica que no sea de orden público o institución de beneficencia..."¹⁴⁷

Dicha excepción sin duda obedece a que los fines de un fideicomiso público serán siempre, de manera general, los de satisfacer mejor las necesidades colectivas, optimizar la actividad de la Administración Pública y tender a una mayor eficacia.¹⁴⁸

IX. "En los contratos de fideicomiso y en la ejecución de los mismos, a los que se refiere el presente artículo, a las Casas de Bolsa les estará prohibido:

a) Utilizar fondos o valores de los fideicomisos para la realización de operaciones en virtud de las cuales resulten o puedan resultar deudores o beneficiarios sus delegados fiduciarios; los miembros de su consejo de administración propietarios o suplentes, estén o no en funciones; sus directivos o empleados; sus comisarios propietarios o suplentes, estén o no en funciones; sus auditores externos; los miembros del Comité Técnico del fideicomiso respectivo; los ascendientes o descendientes en primer grado o cónyuges de las personas citadas; las sociedades en cuyas asambleas tengan mayoría dichas personas o las mismas Casas de Bolsa, así como aquellas personas que el Banco de México determine mediante disposiciones de carácter general."

La Ley de Instituciones de Crédito establece esta prohibición para los fideicomisos bancarios, únicamente en aquéllos que estén destinados al otorgamiento de créditos y en los que la institución tenga facultad discrecional en el otorgamiento de los mismos.

Por otro lado, en lo concerniente a la limitante de que no pueden resultar deudores o beneficiarios los miembros del Comité Técnico del fideicomiso de que se trate, vale la pena mencionar que usualmente son los propios fideicomisarios quienes integran dichos comités,

¹⁴⁷Ob.cit., p.126

¹⁴⁸ACOSTA ROMERO, MIGUEL. Teoría General del Derecho Administrativo, Ob cit., p.441

por lo que en el supuesto de que tuvieran que venderse los valores objeto del patrimonio y el producto resultante se entregase a los fideicomisarios, se estaría hablando de un acto prohibido, según este precepto, que en la práctica es común.

b) "Celebrar operaciones por cuenta propia, salvo las autorizadas por el Banco de México, mediante disposiciones de carácter general, cuando no impliquen conflicto de intereses."

En relación con este inciso, coincidimos con el Lic. Suayfeta¹⁴⁹ al apuntar que hay un aspecto que merece especial consideración: la idea de que entre las operaciones que las Casas de Bolsa deben tener interés en realizar, está la emisión de certificados de participación que tengan como fondo valores bursátiles; sin embargo, esta adición no será suficiente para dejarlas en aptitud legal de llevarlas a cabo, o cuando menos es discutible que estén facultadas para hacerlo, si nos atenemos a lo dispuesto por el artículo 228 b de la L.G.T. y O.C que dice a la letra: "...Sólo las instituciones de crédito autorizadas en los términos de la ley respectiva para practicar operaciones fiduciarias podrán emitir estos títulos de crédito."¹⁵⁰

c) "Responder a los fideicomitentes o fideicomisarios del incumplimiento de los emisores por los valores que se adquieran, salvo que sea por su culpa, según lo dispuesto en la parte final del artículo 356 de la L.G.T. y O.C., o garantizar la percepción de rendimientos por los fondos cuya inversión se les encomiende.

Si al término del fideicomiso, los valores no hubieren sido liquidados por los deudores, la fiduciaria deberá transferirlos, junto con el efectivo que constituya el patrimonio fiduciario al fideicomitente o fideicomisario, según sea el caso, absteniéndose de cubrir su importe.

En los contratos de fideicomiso se insertarán en forma notoria los párrafos anteriores de este inciso y una declaración de la fiduciaria en el sentido de que hizo saber inequívocamente su contenido a las personas de quienes haya recibido bienes para su inversión.

¹⁴⁹SUAYFETA, JUAN. Apuntes personales, Multibanco Mercantil Probursa, S.A.

¹⁵⁰Ob.cit., p.84

Cualquier pacto en contrario a lo dispuesto en esta fracción, no producirá efecto legal alguno."

d) "Emitir cualquier clase de valores, títulos o documentos a los que es aplicable el régimen de la presente ley, cuando no se realice oferta pública de los mismos".

X. "En las operaciones de fideicomiso, las Casas de Bolsa abrirán contabilidades especiales por cada contrato, debiendo registrar en las mismas y en su propia contabilidad el efectivo y los valores que se les confíen, así como los incrementos o disminuciones, por los productos o gastos respectivos. Invariablemente deberán coincidir los saldos de las cuentas controladas de la contabilidad de las casas de bolsa, con los de las contabilidades especiales.

En ningún caso el efectivo y los valores estarán afectos a otras responsabilidades que las derivadas del fideicomiso mismo, o las que contra éste corresponda a terceros de acuerdo con la ley."

Se ha mencionado que los fideicomisos bursátiles se regirán en lo conducente, por el capítulo V del Título Segundo, de la L.G.T. y O.C., lo cual se explica y, hasta cierto punto, se justifica, por la necesidad de mantener un criterio uniforme en ambos ordenamientos, al estar referidos a una misma institución jurídica, pero como no se tomó en consideración que tanto el articulado de la L.G.T. y O.C. como el de la Ley de Instituciones de Crédito, en relación con el fideicomiso, contienen algunas imprecisiones y contradicciones, que aunque no han sido obstáculo insuperable para el desarrollo y utilización de ese servicio prestado por la Banca, sí han sembrado confusión en la doctrina y hasta en la práctica operativa misma, no sería extraño que en la práctica del fideicomiso bursátil se puedan padecer los mismos problemas e inconvenientes que se han sufrido en el bancario.

Es evidente que la introducción de la actividad fiduciaria a las Casas de Bolsa es una respuesta a la preocupación de desarrollar y modernizar nuestro Mercado de Valores. Este es sólo un intento; habrá que adecuar y precisar con exactitud esta nueva figura en la ley, en relación directa con su desenvolvimiento en la práctica, partiendo de las dificultades y

lagunas con que seguramente se toparán las Casas de Bolsa en el desempeño de esta nueva actividad.

Se ha hecho referencia a lo establecido en la LMV sobre el tema que nos ocupa, y tal como dicha ley, en su artículo 103, fracción IX, inciso b), lo señala, las Casas de Bolsa deberán sujetarse a las disposiciones emitidas por el Banco de México.

Al respecto, la circular No.65/94 del Banco de México, de fecha 8 de junio de 1994, con fundamento en lo dispuesto por los artículos 26 y 28 de la Ley que lo regula, y 22, fracción IV, inciso d), y el citado artículo 103 de la LMV, establece una serie de reglas a las que deberán someterse las Casas de Bolsa en el desempeño de fideicomisos.

En dicha circular se menciona la necesidad de precisar el contenido y alcance de la actividad fiduciaria, toda vez que ésta deberá ser acorde con la naturaleza de la intermediación bursátil. Asimismo, el afán de regular dicha actividad en congruencia con el régimen aplicable a operaciones fiduciarias similares que realicen instituciones de crédito; y la inconveniencia de que las Casas de Bolsa actúen como fiduciarias en fideicomisos que tengan por objeto la captación de recursos destinados al otorgamiento de créditos.

Con base en lo anterior, las reglas sobresalientes que deberán observarse son las siguientes:

1. Sólo podrán ser fiduciarias en fideicomisos de inversión, administración y garantía sobre valores inscritos en la Sección de Valores del Registro Nacional de Valores e Intermediarios que lleva la Comisión Nacional de Valores, o bien, efectivo destinado a la adquisición de tales valores.

2. Los recursos otorgados en fideicomiso deberán invertirse en los valores previstos en el contrato de fideicomiso el mismo día de su recepción. Si no ocurriere así, deberán depositarse dichos fondos en una institución de crédito, a más tardar el día hábil siguiente, o bien adquirir con ellos valores gubernamentales o acciones representativas del capital de alguna sociedad de inversión en instrumentos de deuda.

3. Deberán estar plenamente identificados los fideicomitentes y fideicomisarios al momento de constituirse el fideicomiso, pues no se permitirá la adhesión de terceros habiéndose constituido.

4. Las inversiones de los fondos podrán realizarse a discreción de la fiduciaria o en los términos que expresamente señale el fideicomitente; debiendo sujetarse invariablemente, en lo conducente, a lo previsto en los artículos 91, 93 y 96 de la LMV.

Aún cuando las Casas de Bolsa tengan facultades discrecionales para invertir, no podrán hacerlo en valores emitidos por la misma Casa de Bolsa, por la sociedad controladora del grupo financiero al que pertenezca la fiduciaria, o por las sociedades que, directa o indirectamente, controle la referida sociedad controladora, o la propia sociedad fiduciaria.

5. En los fideicomisos de inversión, las Casas de Bolsa no podrán (i) obtener diferenciales de rendimientos a su favor; (ii) realizar actos que no se ajusten a las instrucciones previamente establecidas por los fideicomitentes; (iii) cargar al patrimonio fideicomitado precios distintos a los pagados por la propia Casa de Bolsa al efectuar la adquisición de los valores respectivos;

garantizar la percepción de rendimientos de los fondos fideicomitidos (pactando tasas a priori); (iv) realizar operaciones con valores, precios o rendimientos diferentes a los que ofrece el mercado en general; (v) ofrecer por cualquier medio la adhesión a los fideicomisos respectivos; y (vi) celebrar operaciones de compraventa de valores con ellas mismas.

6. Deberán abstenerse de actuar como fiduciarias en fideicomisos que impliquen la realización de operaciones que contravengan normas jurídicas.

7. Podrán actuar como fiduciarias en fideicomisos que se constituyan con el objeto de garantizar el cumplimiento de operaciones que celebren las propias Casas de Bolsa con o por cuenta de sus clientes.

Tratándose de fideicomisos de garantía cuyo objeto sea garantizar el pago de valores objeto de oferta pública e intermediación en el país o en el extranjero, deberá notificarse dicho acto al Banco de México y a los inversionistas.

8. En casos excepcionales, el Banco de México podrá autorizar la constitución de fideicomisos cuyas características no se ajusten estrictamente a las establecidas, siempre que tengan por objeto valores o efectivo destinado a su adquisición.

9. Cuando las operaciones fiduciarias de las Casas de Bolsa no se apeguen estrictamente a lo previsto, deberán dar por terminada la encomienda. En tanto eso sucede, deberán depositar en efectivo y sin interés el 50% de los fondos recibidos en dichos fideicomisos, en una cuenta especial que al efecto les lleve el Banco de México.

10. Deberán registrar sus operaciones fiduciarias de conformidad con lo que al efecto disponga la CNV.

11. Los delegados fiduciarios serán nombrados por el consejo de administración de la Casa de Bolsa fiduciaria de que se trate, debiendo informar dichos nombramientos a la CNV, así como su renuncia o remoción, dado el caso.

También deberán informar las Casas de Bolsa a su público los nombres de las personas designadas como delegados fiduciarios.

Sobre este último punto, se observa que ni las reglas emitidas por el Banco de México ni la LMV establecen los requisitos que han de cumplir los delegados fiduciarios para el desempeño de su cargo, a no ser los de solvencia moral, capacidad técnica -no definida expresamente- y el de no incurrir en violaciones graves a la mencionada LMV.

Más acertado sería contemplar y exigir una preparación adecuada, una formación integral, no limitada, y una amplia experiencia en ese campo. "Su preparación deberá incluir conocimientos legales, cultura general y sólidas bases en aspectos relacionados con la administración, las finanzas y la mercadotecnia, que les permitan el manejo eficiente de los negocios fiduciarios que tienen bajo su responsabilidad."¹⁵¹

Finalmente, resumiremos como obligaciones importantes impuestas a las Casas de Bolsa en su desempeño como fiduciarias las siguientes:

¹⁵¹FLORES SALINAS, JORGE A. Ob.cit., p.185

1. Apegarse a las prácticas fiduciarias de las instituciones de crédito, para lo cual las autoridades correspondientes han de fijar con precisión características y limitaciones a los fideicomisos que se establezcan con base en las leyes mencionadas, buscando propiciar la seguridad de los mismos y la adecuada atención de los servicios que de ellos se deriven.

2. Tomar en cuenta los siguientes puntos y sugerencias administrativas:

a) Hacer un extracto que contenga los datos más importantes del negocio, tales como tipo de contrato, fecha de firma, nombres de fideicomitentes y fideicomisarios, descripción de los bienes o derechos materia del fideicomiso, valor de los mismos, obligaciones de las partes, funciones del comité técnico -cuando esté previsto- principales obligaciones del fiduciario, honorarios, entre otros.

b) Llevar una agenda cronológica de las obligaciones y eventos en los que el fiduciario deberá intervenir para cumplir con los fines del fideicomiso en casos tales como cobro de intereses, cobro de dividendos, inversiones, reinversiones, entrega de productos a los fideicomisarios, pago de impuestos, aplicación de honorarios y emisión de reportes o informes, entre otros.

c) Disponer de manuales de organización y funciones en los cuales se establezca el control interno de los negocios fiduciarios, tanto por parte del personal encargado de su administración como de los delegados fiduciarios.

d) Delegar en un área especial la responsabilidad de evaluar los proyectos de fideicomisos, con el fin de determinar su conveniencia, riesgo, costo, responsabilidad para el fiduciario, etc., antes de ser aceptados y transmitidos al área de administración, rechazando aquellos negocios que impliquen riesgo excesivo o imposibilidad en el cumplimiento de sus fines.

e) Capacitar al personal que preste sus servicios en el campo de los negocios fiduciarios, así como a aquellos funcionarios de las áreas de promoción, quienes tendrán a su cargo la captación de este tipo de negocios

f) Llevar contabilidad individual por cada uno de los negocios fiduciarios que administren.

g) Rendir cuentas periódicamente a los fideicomitentes y fideicomisarios del estado que guarde el patrimonio del fideicomiso.

h) Cumplir con las obligaciones fiscales.

i) Cumplir especialmente con la obligación de guardar el secreto fiduciario.

A partir de los antecedentes y desarrollo del fideicomiso en el mundo, desde la figura de la fiducia en el derecho romano, no hay razón para sostener que la actividad fiduciaria debe ser desempeñada sólo por las instituciones de crédito, señalando que se trata de una actividad bancaria, ya que en sus orígenes no lo fue. No se trata de servicios que, en sentido estricto, obedezcan al concepto de función bancaria. Por tanto, desde el punto de vista doctrinal, se concluye que no es elemento esencial del fideicomiso que el fiduciario sea una institución de crédito.¹⁵²

4.2. Efectos económicos derivados de las facultades y limitaciones de las Casas de Bolsa para ser fiduciarias

Se ha dicho que desde la aparición del fideicomiso en nuestro país, la actividad fiduciaria había estado reservada únicamente a las instituciones de crédito. Pero ¿cuáles han sido las razones que se han esgrimido para que todo nuestro sistema sobre fideicomiso se haya cimentado sobre esas bases?

Una, es que la función fiduciaria, como su propia denominación lo indica, requiere un alto grado de confianza, lo que obliga a procurar que tenga seguridad, protección y buen

¹⁵²CASILLAS VELEZ, CARLOS. Ob.cit., p.36

éxito, y que sólo la estabilidad, la probidad, la permanencia y la solvencia económica y profesional de las instituciones de crédito podían garantizarla.¹⁵³ Sin embargo, esto no significa que la naturaleza de la operación fiduciaria impusiera la necesidad de vincularla a la actividad propiamente bancaria.

Otra es que las operaciones de fideicomiso encomendadas imprudentemente a manos impreparadas o deshonestas desprestigiarían la institución y frustrarían su ulterior desarrollo.¹⁵⁴

Por último, que el fideicomiso, encomendado a otras personas o entidades podría dar lugar a sustituciones fideicomisarias indebidas o al establecimiento de patrimonios alejados del comercio jurídico normal o a la reaparición de nuevos mayorazgos o de bienes de manos muertas.¹⁵⁵

Lo anterior se explica por el hecho de que el Estado Mexicano ha mostrado especial celo en que el sistema bancario en general, sea una garantía de solidez, estabilidad, solvencia, probidad y profesionalismo, lo que ha permitido que la propia ley considere a las instituciones que lo forman, de acreditada solvencia.

Sin embargo, resulta evidente la capacidad, estabilidad y profesionalismo con que cuentan las Casas de Bolsa hoy en día en México, baste decir que gracias a su labor el Mercado de Valores, joven aún, se ha mantenido y se ha convertido en parte medular del sistema financiero del país.

¹⁵³ Academia Mexicana de Derecho Bursátil. Las Casas de Bolsa como Fiduciarias en la Actividad Bursátil, 1ª edición, México, 1982, p.7

¹⁵⁴ Idem, p.7

¹⁵⁵ Idem, p.7

La razón de la exclusividad fiduciaria otorgada con anterioridad a las instituciones de crédito se desprende de los antecedentes legales, o sea, de permitir la actuación como fiduciarias a las instituciones controladas por el Estado. Actualmente, las Casas de Bolsa están sometidas a la inspección y vigilancia de la CNV, esto es, a un rígido control estatal, lo cual no ocurría cuando se creó el fideicomiso en México, puesto que ni siquiera estaban sujetas a regulación legal.¹⁵⁶

Asimismo, el elemento de la confianza que caracteriza a la relación que deriva de la constitución de fideicomisos, es la misma que siempre ha caracterizado a la relación establecida entre los emisores, inversionistas e intermediarios (Casas de Bolsa) que conforman el Mercado de Valores.

Según se ha señalado, con las reformas a la LMV las Casas de Bolsa adquieren la aptitud legal para intervenir como fiduciarias en operaciones de fideicomiso cuyo objeto o materia lo constituyan valores bursátiles.

Lo anterior, se considera muy acertado en virtud de que las Casas de Bolsa están tanto o más calificadas que las instituciones de crédito para desempeñar ese cargo, cuando los negocios se refieran a valores, cuya materia conocen y manejan mejor, como lo demuestra la circunstancia de que cuando las instituciones de crédito tienen que realizar operaciones con valores recurren a la intervención y asesoría de las primeras.

Este paso dado por el legislador no debe quedar estático. Será necesaria la constante y permanente adaptación de la figura regulada en la ley con la que se desarrolle en la práctica.

¹⁵⁶Idem, p.25

Cabe mencionar que, si bien la reglamentación del fideicomiso operado por las instituciones de crédito dista de ser perfecta, padece deficiencias e imprecisiones, y dichas normas a través del tiempo han venido ajustándose a las necesidades prácticas, no sería ilógico pensar que las nuevas leyes que autorizan a las Casas de Bolsa para operar fideicomisos, también estén lejos de ser perfectas, pues no cuentan con un antecedente sólido y bien definido.

Por otro lado, los argumentos en contra de las reformas a la LMV con respecto al tema que nos ocupa, han sido que basta con que las Casas de Bolsa estén facultadas para celebrar contratos de comisión o mandato para cumplir su cometido, esto es, que a través de dichos contratos pueden ejecutar los mismos fines que pueden cumplir las instituciones fiduciarias por medio de contratos de fideicomiso, cuando éstos los son sobre efectivo o valores.¹⁵⁷

En torno a dicha opinión, recordemos que el Código Civil, en su artículo 2546,¹⁵⁸ define al mandato como el contrato por virtud del cual el mandatario se obliga a ejecutar por cuenta del mandante los actos jurídicos que éste le encarga.

Aún cuando el fideicomiso había sido considerado como un mandato irrevocable (Proyecto Alfaro, doctrina francesa), se encontró una gran diferencia entre ambos que llevó a considerar al fideicomiso como un contrato muy particular. A través del mandato, los bienes encomendados por el mandante al mandatario no salen de la esfera jurídica de su patrimonio; mientras que por virtud del fideicomiso los bienes fideicomitados salen del patrimonio del fideicomitente, sin llegar a confundirse con el propio de la institución fiduciaria o del fideicomisario, que puede no existir, formando un "patrimonio de afectación"

¹⁵⁷Idem, p. 10

¹⁵⁸Ob.cit., p.442

que se sustrae a la posible acción de sus acreedores. Dicho de otra manera, "surge el patrimonio sin propietario, que tiene simplemente lo que la Suprema Corte ha denominado un "titular", no un "propietario"; entendiendo por titularidad la medida del derecho que se puede ejercitar sobre una cosa."¹⁵⁹

Por lo anterior, la aptitud jurídica otorgada a las Casas de Bolsa para desempeñar fideicomisos, y su posterior perfeccionamiento, debe estar bien cimentada y tomar en cuenta aspectos importantes como los que se mencionan a continuación:

1. En qué medida y en qué campos la facultad de desempeñar fideicomisos facilita la actividad propia de las Casas de Bolsa o les permite llevar a cabo operaciones conexas con dicha actividad, mejorando la eficiencia de sus servicios, en beneficio tanto de los propios agentes de valores como del público inversionista.

2. Hasta dónde estos objetivos pueden lograrse mediante el uso de otras instituciones jurídicas que permitan realizar, por cuenta de terceros, la administración de valores y la inversión de capitales en el mercado bursátil. Sobre el particular, cabe tener presente que, como lo afirma la exposición de motivos de la L.G.T. y O.C., el fideicomiso no debe ser empleado para sustituir otros negocios jurídicos típicos (llámense compraventa, mandato, préstamo, prenda, arrendamiento, etc.) ni para eludir, a través de él, requisitos aplicables a estos últimos, tales como disposiciones de carácter fiscal.

3. Tomar en cuenta que el desempeño de fideicomisos debe ir acompañado de un régimen que distinga con claridad las operaciones por cuenta ajena, materia de los mismos, de aquéllas que por cuenta propia lleve a cabo en otros campos la institución, para asegurar que no se presenten conflictos de intereses en detrimento de una sana administración del patrimonio dado en fideicomiso y de los derechos de los fideicomisarios.

¹⁵⁹Academia Mexicana de Derecho Bursátil. Las Casas de Bolsa como Fiduciarias en la Actividad Bursátil, Ob.cit., p.29

Cabe añadir que durante la vida del fideicomiso en México, efectivamente la solvencia económica y moral de las instituciones de crédito ha evitado el abuso; sin embargo, se ha abusado del fideicomiso, pues es común que se acuda a él en una serie de circunstancias y respecto a una serie de finalidades, en las que no debería aplicarse esa figura, porque esas circunstancias y dichos fines se podrían alcanzar con los contratos propios de nuestro sistema, que se encuentran reglamentados en la legislación mercantil o en el Código Civil.¹⁶⁰

Es evidente que será necesario un uso cauteloso respecto de la figura que nos ocupa en las operaciones que realizan las Casas de Bolsa, pues el hecho de haberse convertido en un negocio tan recurrente en la práctica lo coloca en un lugar riesgoso, debido a que puede desvirtuarse su verdadero origen y fines lícitos prácticos.

Las reformas a la ley, que autorizan a las Casas de Bolsa para ser fiduciarias en la actividad bursátil, pueden resultar muy atractivas para el inversionista o el emisor, debido a que a través de la figura del fideicomiso podrán encomendar valores o efectivo a instituciones altamente capacitadas y especializadas en el estudio de los mercados con el fin de lograr inversiones adecuadas, en el momento adecuado, en el instrumento más apropiado, que garanticen seguridad y buen rendimiento. Asimismo, puede significar una entrada adicional de recursos para las Casas de Bolsa, en virtud de que será otra vía de captación de negocios.

Si bien, lo anterior se escucha ventajoso y alentador, puede no serlo si no se llegase a definir con precisión esta figura en la ley, y se hiciera uso de ella indiscriminadamente, sin argumentos válidos y sin lineamientos claros y precisos a los cuales apegarse, pues, como se ha mencionado a lo largo del presente trabajo, el fideicomiso en México ha sido un negocio demasiado flexible, al grado que podría llegar a considerarse como una figura atípica, sin

¹⁶⁰SUAYFETA, JUAN. Apuntes personales, Multibanco Mercantil Probursa, S.A.

serlo, pues está reconocida por la ley, pero de una manera muy simple, imprecisa y limitada, dando oportunidad de que se constituyan tantos tipos de fideicomisos como capacidad imaginativa y necesidades tenga el hombre.

Esto no es de ninguna manera positivo, ya que en diversas ocasiones las partes no quedan debidamente protegidas y el fideicomiso se va desarrollando de manera anárquica y cambiante, según las exigencias o conveniencias de cualquiera de las partes que lo integran, lo cual puede significar la pérdida de credibilidad en dicha figura, olvidando el elemento de la confianza sobre el cual se constituyó.

CONCLUSIONES

1) Se ha visto a lo largo del presente trabajo que el fideicomiso mexicano no es una figura inventada por nuestros propios legisladores, sino una adaptación fundamentalmente del trust anglosajón, pues a pesar de ser el nuestro un sistema jurídico de ascendencia romana, en este caso apenas se deja ver cierta influencia de la institución del fideicomiso entre los romanos, o para ser más precisos, constituye más bien un antecedente remoto, en virtud de que en Roma el fideicomiso se encontraba vinculado únicamente a disposiciones testamentarias.

2) El fideicomiso es una adaptación y no una copia, y como tal presenta características muy particulares y diferencias específicas con las instituciones que le antecedieron.

A pesar de sus antecedentes tan antiguos, es una figura joven dentro de nuestro régimen jurídico, pero también muy recurrente en la práctica debido a su flexibilidad para adaptarse, o ser adaptada, a fines muy diversos, y también para ser operada de muy distintas maneras.

3) Su evolución en la práctica no ha ido de la mano de su necesario perfeccionamiento en la ley, pues existe un verdadero rezago en cuestiones normativas al respecto de esta institución.

Desde sus inicios no fue regulada con precisión. Los primeros vestigios legislativos presentaron lagunas, omisiones, y lo que es peor, contradicciones; y a pesar de reformas y actualizaciones a las leyes sustantivas, el fideicomiso ha venido heredando en su reglamentación los errores de las primeras compilaciones normativas.

La consecuencia lógica de todo lo anterior son las constantes confusiones para su constitución entre los usuarios, entre el personal de las instituciones fiduciarias para su administración y operación, y entre los propios tribunales cuando se trata de dirimir controversias derivadas de la constitución de un fideicomiso.

4) Con respecto a su naturaleza jurídica, se concluye que:

- El fideicomiso es un contrato por virtud del cual una persona llamada fideicomitente destina ciertos bienes, valores o derechos a un fin lícito determinado, encomendando la realización de ese fin a una institución fiduciaria, la cual deberá actuar siempre en beneficio de un tercero llamado fideicomisario -que podrá ser al mismo tiempo el fideicomitente-, y en donde la relación que se establece entre las partes implica confianza, imparcialidad, fidelidad y buena fé.

- Decimos que es un contrato en virtud de que toda figura contractual requiere para su existencia de consentimiento, y en el fideicomiso no basta con la sola manifestación de la voluntad por parte de quien lo constituye, sino es imprescindible la aceptación o consentimiento del fiduciario para el desempeño del fideicomiso.

A pesar de que suelen constituirse fideicomisos testamentarios, en donde el testador -fideicomitente- expresa su voluntad en vida, que ha de atenderse hasta su muerte, si el fiduciario no acepta el cargo y la encomienda del "de cuius", el fideicomiso, a pesar de haber sido constituido, no podrá ser operado ni perfeccionado sin la aceptación de la institución

fiduciaria. La alternativa es, entonces, la sustitución del fiduciario por otro que sí acepte el negocio o la extinción del mismo, que en realidad, en estricto sentido, nunca existió.

- No se le considera como un negocio traslativo de dominio, ya que el fiduciario recibe un patrimonio afectado por el cumplimiento de ciertos fines específicos, y está impedido para actuar sobre dicho patrimonio como dueño, a su libre albedrío; mientras que el propietario de una cosa (bienes, valores o derechos) puede gozar y disponer de ella libremente. Por tanto, el fiduciario se convierte en "titular" y no en "propietario" del patrimonio fideicomitado, pues los bienes salen efectivamente de la esfera jurídica del fideicomitente pero no se adhieren al patrimonio de la institución fiduciaria, lo cual resulta muy atractivo para los usuarios y es una razón de la existencia del fideicomiso.

4) En relación con las reformas y adiciones a la Ley del Mercado de Valores, mediante las cuales se autoriza a las Casas de Bolsa a actuar como fiduciarias en negocios directamente vinculados con sus actividades, consideramos que ha sido un acierto en virtud de que no existía un razonamiento lógico para limitar la práctica de la constitución de fideicomisos a las instituciones de crédito, a no ser el estricto control por parte del Estado a que las instituciones fiduciarias deben someterse, lo cual en el caso de las Casas de Bolsa no es impedimento pues están sometidas en todo momento al control y vigilancia de la Comisión Nacional de Valores.

Además, obedecen al afán de ofrecer un servicio especializado y mayormente capacitado para el desempeño de los negocios de fideicomiso, con el objeto de lograr una administración y una operación más acertadas de dichos negocios cuando se refieran a valores o efectivo destinado a la adquisición de éstos. Asimismo, estas reformas ofrecen a las Casas de Bolsa la oportunidad de captar otro tipo de negocios, extendiendo el ámbito de acción del mercado bursátil con expectativas de fortalecer el sistema financiero mexicano.

Sin embargo, no todo está hecho ni dicho al respecto. Por el contrario, falta mucho por definir, por precisar y por reglamentar sobre esta nueva actividad que realizarán o que apenas comienzan a realizar las Casas de Bolsa.

5) A pesar de que ha pasado más de un año de que las Casas de Bolsa consiguieron dicha autorización -luego de más de una década de propugnar por ella- no se tiene conocimiento de fideicomisos operados por esas instituciones ni de departamentos denominados específicamente "fiduciarios" que se avoquen a la tarea de promover y atender de manera exclusiva tales negocios. Ello demuestra que aún no existe una estructura legal bien fundada y delimitada que respalde y vaya marcando el camino que han de seguir los fideicomisos que se constituyan con Casas de Bolsa.

6) Las Casas de Bolsa son en la actualidad parte importante del sistema financiero mexicano, pues su desempeño a través de los años ha derivado en un mercado de valores, joven aún, pero creciente y eficaz, debido a que han actuado con profesionalismo y respondiendo a las necesidades del público inversionista; no obstante, tal situación no ha sido suficiente para que se atrevan a operar el fideicomiso ofreciendo confiabilidad -como en el caso de las demás actividades que realizan-.

Por un lado, las Casas de Bolsa deberán apegarse a la tradición fiduciaria de las instituciones de crédito, y por otro, deberán innovar en su campo, pero sin contradecir disposiciones y prácticas ya existentes que lleguen a constituirse en actividades ilícitas.

7) Es tarea del legislador y de las autoridades correspondientes ofrecer un marco legal adecuado, preciso y claro a las Casas de Bolsa para que puedan dar pasos firmes en la constitución de fideicomisos, y no aventurarse en su desempeño arriesgándose a defraudar al

público inversionista, a poner en duda su profesionalismo y su capacidad, y en consecuencia, al mercado de valores que va en ascenso.

Será necesario, para ello, no sólo atender a la Ley del Mercado de Valores, sino también a los cuerpos legislativos que regulan la actividad de las instituciones de crédito en las operaciones de fideicomiso, ya que éstos son antecedente y fuente para el desempeño de los fideicomisos en las Casas de Bolsa, y como se ha señalado a lo largo del presente trabajo son confusos, incompletos e indiferentes al desarrollo acelerado de esta figura en últimas fechas y a sus exigencias de lineamientos estrictos y objetivos a los cuales apegarse.

BIBLIOGRAFIA

Academia Mexicana de Derecho Bursátil, A.C. Las Casas de Bolsa como Fiduciarias en la Actividad Bursátil, 1a. edición, México, 1982.

Acosta Romero, Miguel. Derecho Bancario. 4a. edición, Porrúa, México, 1991.

Acosta Romero, Miguel. La Banca Múltiple. Porrúa, México, 1981.

Acosta Romero, Miguel. Teoría General del Derecho Administrativo. 9a. edición, Porrúa, México, 1990.

Aguilar Rico, Luis Felipe. Tesis: Marco Jurídico de la Inversión Extranjera en México, UNAM, México, 1994.

Asociación Mexicana de Casas de Bolsa, A.C. El Mercado de Valores Mexicano, México, 1989.

Asociación Mexicana de Casas de Bolsa, A.C. Las Sociedades de Inversión: Experiencia Mexicana e Internacional, México, 1985.

Asociación Mexicana de Intermediarios Bursátiles, A.C. Inducción al Mercado de Valores, México, 1994

Asociación Mexicana de Intermediarios Bursátiles, A.C. Operación del Mercado de Valores en México, México, 1993.

Barrera Graf, Jorge. Estudios de Derecho Mercantil, Derecho Bancario y Derecho Industrial. Porrúa, México, 1958

Batiza, Rodolfo. El Fideicomiso. 3a. edición, Porrúa, México, 1976.

Batiza, Rodolfo. Principios Básicos del Fideicomiso y de la Administración Fiduciaria. Porrúa, México, 1977.

Batiza, Rodolfo. Tres Estudios sobre el Fideicomiso. Imprenta Universitaria, México, 1954.

Bauche Garciadiego, Mario. Operaciones Bancarias Activas, Pasivas y Complementarias, 4a. edición, Porrúa, México, 1981.

Bernal Molina, Julián. *Práctica y Teoría Jurídica del Fideicomiso*. Porrúa, México, 1988.

Bojalil, Julián. *Fideicomiso*. Porrúa, México, 1962.

Braudo, Jean-Paul. *Les Trusts Anglo-Saxons et le Droit Francais*. Paris: L.G.D.J., 1992.

Carrera C., Francisco. *Cómo, Cuándo y Por qué Invertir en la Bolsa*, 1a. edición, Editorial Diana, México, 1990.

Cervantes Ahumada, Raúl. *Títulos y Operaciones de Crédito*, Editorial Herrero, S.A., México, 1984.

Chávez Ruiz, Esteban y Rodríguez Larrondo, Héctor. *Bases para la Inversión en Bolsa*, Carisma Ediciones, S.A. de C.V., México, 1988.

Dávalos Mejía, Carlos. *Títulos y Contratos de Crédito; Quiebras*. Editorial Harla Harper and Row Latinoamericana, México, 1984.

Domínguez Martínez, Jorge Alfredo. *El Fideicomiso ante la Teoría General del Negocio Jurídico*. 2a. edición, Porrúa, México, 1975.

Flores Salinas, Jorge A. *Tesis: Funciones y Responsabilidades del Delegado Fiduciario en el Fideicomiso Mexicano*, UNAM, México, 1993.

Garriguez Díaz Cañabate, Joaquín. *Los Negocios Fiduciarios en Derecho Mercantil*. Impresora Viuda de Galo Sáez, Madrid, 1955.

González Martínez, Eduardo. *Tesis: El Fideicomiso y la Propiedad Fiduciaria en México*. Universidad Iberoamericana. México, 1975.

Hernández Bazaldua, Reynaldo y Mercado Sánchez Luis Enrique. *El Mercado de Valores, una Opción de Financiamiento e Inversión*, 1a. edición, Editorial Loera Chávez Hnos., Cía., S.A., México, D.F.

Heyman, Timothy. *Inversión contra Inflación*, Editorial Milenio, S.A. de C.V., México, 1992.

Krieger, Emilio. *Manual del Fideicomiso Mexicano*, 1a. edición, Editorial Dimensión, S.A., México, 1976.

Lepaulle, Pierre. *Tratado Teórico y Práctico de los Trusts en Derecho Interno, Derecho Fiscal, y Derecho Internacional; Tratado y Estudio sobre el Fideicomiso Mexicano por Pablo Macedo*, Porrúa, México, 1975.

Mansell Carstens, Catherine. *Las Nuevas Finanzas en México*, ITAM-IMEF, México, 1992.

Margadant S. Guillermo F. *El Derecho Romano*, 16a. edición, Editorial Esfinge, México, 1989.

Marmolejo González, Martín. *Inversiones, Práctica, Metodología, Estrategia y Filosofía*. Publicaciones IMEF, México, D.F., 1985.

Muñoz, Luis. *El Fideicomiso*, 2a. edición, Cárdenas Editor y Distribuidor, México, 1980.

Ocampo, Martín. *Apuntes personales*, Multibanco Mercantil Probusa, S.A.

Piña Medina, Jorge. *Las Instituciones Fiduciarias y el Fideicomiso en México*. Prólogo por Mario Ramón Beteta. Banco Mexicano Somex, México, 1982.

Pugliatti, Salvador. *Introducción al Estudio del Derecho Civil*, traducción española a la 2a. edición, Porrúa, México, 1943.

Rabasa, Oscar. *El Derecho Angloamericano*, Editorial Porrúa, México, 1982.

Rodríguez y Rodríguez, Joaquín. *Curso de Derecho Mercantil, Tomo II*, 1a. edición, Porrúa, México, 1983.

Ruggiero, Roberto de. *Instituciones de Derecho Civil*, Editorial Reus, Madrid, 1929.

Serrano Carpio, René. *Tesis: Algunas Consideraciones sobre el Concepto de la Propiedad Fiduciaria en México*. Universidad Iberoamericana. México, 1976.

Serrano Trasviña, Jorge. *Aportación al Fideicomiso*, UNAM, México, 1950.

Suayfeta Ozaeta, Juan. *Apuntes personales*, Multibanco Mercantil Probusa, S.A.

Vásquez del Mercado, Oscar. *Contratos Mercantiles*. 4a. edición, Porrúa, México, 1992.

Villagordoa Lozano, José M. *Doctrina General del Fideicomiso*. 2a. edición, Porrúa, México, 1982.

HEMEROGRAFIA

Barrera Graf, Jorge. "Los Negocios Fiduciarios" en Revista de Derecho y Ciencias Sociales, Tomo XXIV, No.144, Julio-Septiembre, 1950.

Casillas Vélez, Carlos. "El Fideicomiso Operado por Aseguradoras y Casas de Bolsa" en Ejecutivos de Finanzas, No. 8, año XXIII, 1994, p.p.32-36

LEYES Y CIRCULARES

Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos

Código Civil para el Distrito y Territorios Federales (D.O.F. 1928)

Ley General de Títulos y Operaciones de Crédito (D.O.F. 1932)

Ley del Mercado de Valores (D.O.F. 1975))

Ley Reglamentaria del Servicio Público de Banca y Crédito (D.O.F. 1985)

Ley de Instituciones de Crédito (D.O.F. 1990)

Circular No. 65/94 emitida por el Banco de México (8 de junio de 1994)

Circular No. 2008-94 emitida por el Banco de México (17 de febrero de 1994)

