

881309



UNIVERSIDAD DEL VALLE DE MEXICO

PLANTEL LOMAS VERDES

CON ESTUDIOS INCORPORADOS A LA
UNIVERSIDAD NACIONAL AUTONOMA DE MEXICO
NUMERO DE INCORPORACION 8813-09

9
209

"EL MANDATO COMO NEGOCIO JURIDICO APLICADO
A OPERACIONES BANCARIAS COMO FIDEICOMISO"

T E S I S
QUE PARA OBTENER EL TITULO DE:
LICENCIADO EN DERECHO
P R E S E N T A
FIDEL ESTRADA PALMA

DIRECTOR DE LA TESIS: LIC. JUAN ARTURO GALARZA
REVISOR DE LA TESIS: LIC. MIGUEL ANGEL ACOSTA ABARCA.

NAUCALPAN, ESTADO DE MEXICO

1995.

FALLA DE ORIGEN



Universidad Nacional
Autónoma de México



UNAM – Dirección General de Bibliotecas Tesis Digitales Restricciones de uso

DERECHOS RESERVADOS © PROHIBIDA SU REPRODUCCIÓN TOTAL O PARCIAL

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

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

AGRADECIMIENTOS

AL SEÑOR Y A LA VIDA : Que me han dado una oportunidad mas; que me permitieron seguir caminando y terminar por fin una historia, y continuar con otra. Que empieza el día en que nacemos y que nunca sabemos cuando concluirá.

A MIS PADRES, SEÑORES DE MI VIDA : Quienes con esfuerzo, espíritu de lucha, sacrificios y privaciones construyeron un futuro mejor para ellos y sus hijos.

Los padres quienes a base de constancia y disciplina, señalan el camino de una juventud anhelante de aprender todo lo bueno y lo malo que en su loco andar se desvía de los objetivos y las personas realmente importantes. Ellos quien con mano dura o suave, siempre en vigilia; nos demuestran que la verdad está en sus labios y que si nos equivocamos es por no considerar la sabiduría que gratuita y desinteresadamente nos obsequian.

Quienes te dejan caminar por la vida y enfrentar los obstaculos; siempre pendientes de como te levantas cuando los vientos te azotan ; con la sana esperanza que cuando no esten más, hayas aprendido a afrontar y superar los peligros que la vida siempre reserva. A mis padres **FIDEL Y LUCRECIA**; por todo el cariño, la comprensión, el tiempo, el dinero , dedicación y demás cosas que me han dado siempre y que nunca han sido, ni podran ser retribuidos con justicia. Sobre todo por soportar mis insolencias y desvelos. Por eso muchas gracias y dentro de lo posible, una pequeña retribución .

A MIS HERMANAS GRANDES : Tania y Miriam; que ocupadas siempre con sus propios problemas nunca me han negado un espacio en su vida, un tiempo y una amistad sincera. Ellas que adversarias en todas las batallas infantiles y juveniles, me han perdonado (por lo menos lo parece) las grocerías y malos momentos que les he propinado y se convirtieron en la mas y mejor fuente de comprensión y ayuda; socias y complices de todas las idioteces que a veces se pueden cometer; y que siempre ayudan, yá a cometerlas, yá a solucionarlas. Encubridoras de causas absurdas, tambien elocuentes en el regaño y corrección. A ellas muchas gracias, sobre todo por las veces que han abierto la puerta de sus casas en las madrugadás. Gracias por su experiencia, consejos y regaños, son de lo mejor que la vida me ha dado.

A MIS HERMANAS LAS CHICAS : Lorena, Rebeca y Ana Luisa; por que gracias a ellas he sentido y podido renovar mi espritu y volver a ser joven, adolescente y niño . Por la ilusión que dan a mi vida día tras día y sentir que tiene sentido la lucha y el esfuerzo del que a veces (muchas) dan ganas de desistirse. Por sus risas francas, desinteresadas y candidas; que animan a seguir jugando y olvidar la maldad y corrupción que existen en el mundo. Gracias por que sin ustedes seguramente mi vida sería mas oscura y sombría, por que son la ilusión de continuar, la fuerza para velar, la constancia de vivir, la emoción de crecer juntos, vivir juntos y disfrutar juntos la luz.

A MIS CUNADOS : Ruben e Ignacio; por que en ustedes he encontrado los hermanos que nunca tuve; siempre

siempre alcahuetes y compañeros de francachelas; siempre socios y amigos, "tapaderas" con la familia; siempre sonrientes y tolerantes. Gracias por el auxilio dado, por la nueva familia, por la ayuda, por la amistad, por la hermandad en la cual confío y pueden ustedes confiar.

A GLORIA ORTIZ : Quien me instigó, me ayudo, me apoyo, incluso me presionó para empezar y seguir adelante con este trabajo, por su amistad invaluable, consejos y guía; gracias por que a lo mejor sin ti, esto no hubiera sido posible.

A LA COMPUTADORA : y quienes me enseñaron a usarla , Gloria Ortiz y Tania Estrada; por que sin este valioso apoyo, probablemente me hubiera tardado otros cinco años.

A DON SALOMON SADOVITCH DEVOYAKIN Y FAMILIA : A Quienes considero como un segundo padre y una segunda familia. Por toda la confianza que existe. Por que Don Salomon, ha sido y es mi angel protector, por que gracias a él y su apoyo me inicié formal e independientemente en la apasionante carrera del litigio; y me dió la mas grande oportunidad de empezar de nueva cuenta, a aprender el otro lado del derecho, poner en práctica los conocimientos adquiridos y aprender otros desconocidos e inexistentes en los libros del derecho.

A LA UNIVERSIDAD DEL VALLE DE MEXICO Y CUERPO DE CATEDRATICOS : Por la formación profesional, la disciplina adquirida y la oportunidad de darme cabida.

AL LITIGIO : Por ser la mas maravillosa expresi3n de la Justicia, que aunque ut3pica; siempre tiene la intenci3n de llegar a perfeccionarse ; por la amplitud de criterio que otorga al trabajar d3a con d3a, por la satisfacci3n que proporciona de emplearse en lo que se ha estudiado.

AL DIRECTOR Y AL REVISOR DE LA TESIS : Lic. Juan Arturo Galarza y Lic. Miguel Angel Acosta Abarca (respectivamente); por su ejemplo de de honestidad intelectual, por su persistente inter3s en lograr la excelencia jur3dica, y3 en ellos, y3 en sus alumnos. Por la ayuda desinteresada y sus sabios y gratuitos consejos. Quienes han sabido brillar con luz propia para ensear a muchas generaciones el camino honesto y recto del derecho. A Ustedes que han demostrado la invariabilidad de su estimaci3n y el tiempo cedido; muchas gracias.

A MIS AMIGOS, MIS AMIGAS Y NOVIAS : Por la compaia en estos caminos de la vida, por las enseanzas y la sabiduria, por los encuentros y desencuentros; por compartir, por las traiciones de que todos somos objeto, por aguantarnos mutuamente. Por la huella que todos vamos dejandonos en reciprocidad para el resto de la vida.

A LAS MUSAS : Por la inspiraci3n que me provocan.

Denisse :

Por que tienes el "don" de el trato mas suave y refinado que he conocido, por tu amabilidad y franca sonrisa.

Nicole :

Por la franqueza, de tu mirada ojiverde y de tu expresión cuando echas "diablos".

Liliana :

Por tus ojos que me inspiran, por tu mirada discreta que me motiva.

Cinthia Prida :

Por la más bella ilusión y engaño en que me hiciste caer durante tanto tiempo.

A MIS SOCIOS : Miguel Sadovitch, Enrique Sadovitch, y Servando Soberanes; Que me han demostrado que en esta vida existe una mejor forma de hacer las cosas y que hay una técnica para lograrlo; me han enseñado un nuevo horizonte y que para alcanzarlo solo hay que soñar y trabajar para llegar ahí.

A MIS TUTORES MORALES :

Lic. Miguel Angel Acosta Abarca; y

Lic. Jaime Ramirez Elizalde,

Extraordinarios abogados, extraordinarios guías, y extraordinarios maestros y amigos. Quienes con tesón, y experiencia iluminan el camino de las aulas universitarias de los alumnos que cruzan por ellas. Que en lo personal me descubrieron el conocimiento y entendimiento del derecho y su aplicación práctica.

I N D I C E

EL MADATO COMO NEGOCIO JURIDICO APLICADO A OPERACIONES BANCARIAS COMO FIDEICOMISO.

CAPITULO I EL MANDATO

| | |
|--|-----------|
| 1.1 ANTECEDENTES HISTORICOS | 1 |
| 1.2 ASPECTOS GENERALES..... | 7 |
| 1.3 DEFINICION | 13 |
| 1.4 ELEMENTOS DEL MANDATO..... | 22 |

CAPITULO II EL FIDEICOMISO

| | |
|---|-----------|
| 2.1 ANTECEDENTES HISTORICOS..... | 37 |
| 2.2 ASPECTOS GENERALES..... | 51 |
| 2.3 DEFINICION | 61 |
| 2.4 ELEMENTOS DEL MANDATO..... | 71 |

**CAPITULO III SIMILITUDES Y DIFERENCIAS ENTRE MANDATO Y
FIDEICOMISO**

| | |
|---|------------|
| 3.1 ASPECTOS SIMILARES..... | 91 |
| 3.2 ASPECTOS DIFERENCIALES..... | 101 |
| 3.3 FUSION Y CONFUSION DE AMBOS..... | 108 |

**CAPITULO IV. CLASIFICACION Y CARACTERISTICAS DEL
FIDEICOMISO**

| | |
|---|------------|
| 4.1 FIDEICOMISO PUBLICO..... | 114 |
| 4.2 FIDEICOMISO PRIVADO..... | 115 |
| 4.3 FIDEICOMISO ABIERTO..... | 116 |
| 4.4 FIDEICOMISO CERRADO | 116 |
| 4.5 FIDEICOMISO TRADICIONAL | 117 |
| 4.6 FIDEICOMISO Y MANDATO DE BANCA DE INVERSION..... | 118 |

**CAPITULO V. ESQUEMA DE DIVERSOS FIDEICOMISOS
Y MANDATOS DE BANCA**

| | |
|---|------------|
| 5.1 FIDEICOMISO DE GARANTIA..... | 120 |
|---|------------|

| | |
|---|-----|
| 5.2 FIDEICOMISO PARA EL DESARROLLO DE CONDOMINIOS, CONJUNTOS TURISTICOS Y FRACCIONAMIENTOS | 120 |
| 5.3 FIDEICOMISO DE PREVISION SOCIAL..... | 121 |
| 5.4 FIDEICOMISO DE INVERSION EXTRANJERA..... | 122 |
| 5.5 FIDEICOMISO DE INVERSION..... | 123 |
| 5.6 FIDEICOMISO DE CUENTA MAESTRA PARA PERSONAS FISICAS..... | 124 |
| 5.7 FIDEICOMISO DE FONDO DE COBERTURA CAMBIARIA... | 127 |
| 5.8 FIDEICOMISO DE RENTA FIJA PARA PERSONAS FISICAS..... | 127 |
| 5.9 FIDEICOMISO EMPRESARIAL PARA PERSONAS MORALES..... | 128 |
| 5.10 FIDEICOMISO DE TITULOS DE RENTA VARIABLE PARA PERSONAS FISICAS Y MORALES..... | 128 |
| 5.11 FIDEICOMISO DE INVERSION EN MONEDA EXTRANJERA..... | 129 |

**CAPITULO VI NORMATIVIDAD Y REGLAMENTACION LEGAL
ESPECIAL A FIDEICOMISOS.**

| | |
|---|-----|
| 6.1 LEGISLACION APLICABLE..... | 131 |
| 6.2 CIRCULARES DEL BANCO DE MEXICO..... | 141 |

CONCLUSIONES GENERALES 149

BIBLIOGRAFIA 160

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

En el presente trabajo de investigación, que consta de seis capítulos, iremos descubriendo capítulo a capítulo, la constitución de las diferentes figuras jurídicas que integran este trabajo; destacando la importancia de llevar a cabo dicha profundización en la correspondiente figura jurídica a tratar en virtud de poder así comprender, en amplio sentido de que estaremos hablando. Constará la presente investigación del estudio comparativo entre las figuras de el mandato y el fideicomiso , respectivamente . Así como la aplicación de ambas figuras a las operaciones bancarias y que en capítulos relativos se analizaran con el debido detenimiento; capítulos en los que paso a paso, comenzando desde los orígenes históricos de cada figura, y su naturaleza jurídica ; iremos descubriendo las definiciones correspondientes; así como los diferentes elementos y requisitos legales que cada una de ellas imponen para ser válidas jurídicamente y que produzcan sus efectos ante terceros y ante la sociedad en la que se interactúa.

Así mismo y dada la estructura medular de esta investigación, en el capítulo tercero de esta investigación se realiza un estudio comparativo entre ambas figuras jurídicas; así como sus aspectos similares, los aspectos que las diferencian básicamente y lo que puede presentarse como la ficción jurídica de la fusión y o confusión entre ambas figuras.

De tal forma que a partir de dicho capítulo y de los lineamientos que se establecen, entramos de lleno a analizar cualitativamente y cuantitativamente las diferentes modalidades del fideicomiso; entrando en primera instancia por clasificaciones generales y posteriormente por clasificaciones particulares o más específicas de dicha figura ; así como fideicomisos específicos y de gran uso en el ámbito bancario.

De ahí la importancia de la figura del fideicomiso; importancia que podremos analizar desde aspectos bien importantes , ya desde el punto de vista jurídico, desde luego, ya desde puntos de vista económicos y sociales.

De manera que, concluyendo la lectura de la presente investigación y las conclusiones correspondientes, podamos distinguir fácilmente ambas figuras y tener una visión clara y concreta de los beneficios de su aplicación en la vida práctica, así como los múltiples beneficios de la utilización de dichas figuras para efectos prácticos en la vida y realización de actos jurídicos de cada persona.

CAPITULO I

EL MANDATO.

1.1.-ANTECEDENTES HISTORICOS

El mandato nace en Roma, distinguiendose de la procura(1) en virtud de que el primero era un contrato consensual de Derecho Civil(2) . no sujeto a forma alguna y por el que el mandatario prometía efectuar gratuitamente la gestión encomendada por el mandator; dado que su origen fundamental se basaba en la amistad, por lo que obligatoriamente era gratuito, sin embargo no dispensaba el pago de los gastos realizados por la procura. Para tiempos de Justiniano (siglo VI D.C.), se tenía que el contrato de mandato hacía surgir la figura de la representación implícita, llegando esa postura a ser la más aceptada por juristas de la época.

Lo que , como se comenta; en un principio no era aceptado, y se tenía que el mandato sin ser representativo únicamente confería al mandante la *actio mandati*, que

(1) MUÑOZ, LUIS; CASTRO SALVADOR. Comentarios al Código Civil II. Edit. Cárdenas, editor y distribuidor, México, 1974. Pág. 1239.

(2) IDEM

significaba la facultad de exigir al mandatario el cumplimiento del encargo que se le hubo conferido; y a su vez, el mandatario tenía a su favor la *actio mandati contraria* consistente en la facultad de exigir el pago de aquello que hubiera gastado en virtud de la procura o la gestión del negocio.

Conceptos a partir de los que, posteriormente en el derecho helénico, se consideró que efectivamente el mandato engendraba la figura de la representación, en virtud de significarse tal cual literalmente puede entenderse:

"Representación: El acto de representar o hacer presente una cosa, (*representatio*), subrogarse en los derechos bienes o autoridad de otro, como si fuera la misma persona". (3)

Lo que concretamente es, que una persona ejecuta actos jurídicos, por otra encargados; y que en verdad los efectos y consecuencias de dichos actos, surten efectos sobre aquél que se los encargo y no sobre el que los ejecuta, puesto que el último actúo no en nombre propio

(3) Nuevo Diccionario de la lengua Castellana, Academia Española, Pág. 943, Ed. Academia Española, ed. 3a., Méjico (sic). 1852.

sino del representado. A partir de tales conceptos del derecho helénico se tejió una invisible red entre las dos figuras que no permite vislumbrar a simple vista los límites que dividen a una (mandato) de otra (representación), lo que más adelante trataremos de dilucidar.

Distinciones que trataron de señalar adecuadamente y separar, diversos juristas en distintos tiempos y lugares y/o naciones, y aunque se pudiera producir confusión, no deben desvalorarse como aportaciones a la ciencia jurídica.

Y como ejemplos y antecedentes de estos conceptos; me permito señalar los más destacados, como en Alemania, donde señalan los autores que no podía someterse el concepto de amistad, como elemento básico del mandato, puesto que había diferencia en los tiempos y socialmente no era justificable que el mandato fuera gratuito.(4), llegando a clasificarse en dos divisiones básicas, el gratuito y el no gratuito, siendo el primero mandato en sentido propio y el segundo un contrato de locación de obra cuando se trata de profesiones no liberales.

(4)Opus cit. pag. 1240.

Y por tradición se ha aceptado la acertada concepción de que el mandato deriva de *manum dare*, (5) puesto que ello implica reconocer que el origen de dicha voz significa : Confiar algo, dar un encargo.

Siendo que para 1794, en Alemania se consagró en un solo orden de ideas, el mandato y representación implícita en el mismo; bajo el ideal de que en todos los negocios privados, sería posible la actuación de alguna persona autorizada, y realizar negocios personales a nombre de otro. Y que dicha declaración de la voluntad que se da a otro el derecho y la facultad de efectuar un negocio por él, se llamaría MANDATO ó PROCURACION; puesto que derechos y obligaciones pueden adquirirse mediante los actos de un tercero.

En España, destaca la doctrina consistente en que el mandato es un contrato previo para la celebración de otros contratos. Postura que desde luego el nosotros criticamos en virtud de ser incompleta, ya que actualmente no es requisito indispensable que exista el "Contrato

(5) Ob. Cit. pag. 1239.

Preparatorio de Mandato" para poder realizar actos a nombre de otro.

Además que entendiéndose literalmente la celebración del mandato no es preparatoria necesariamente de otros contratos, sino un instrumento por él que el poderdante se obliga y adquiere derechos sin la necesidad de estar presente físicamente; en el acto, aunque legalmente, se da la ficción jurídica de que esta presente.

Los tratadistas italianos consideraron al mandato como acto de confianza *fiducia*.

En el derecho canónico y en virtud del profundo cambio social-ideológico que el cristianismo provoca en la humanidad, se da valor jurídico a los actos interiores y espirituales, en lógica consecuencia; una persona podía actuar en nombre de otra; y sus actos afectarían directamente el patrimonio de aquellas, quien quedaba obligada con el tercero.

Llegándose incluso a aceptar y hacer de ello una práctica generalizada, el hecho de otorgar investidura a un clérigo ausente, mediante otra persona que le sustituyera

en el acto de la investidura, y si previo no existía el mandato correspondiente, dicha investidura se otorgaba a resultas de que el investido (y representado) ratificaría la adquisición .

1.2.-ASPECTOS GENERALES

La figura de la que nos ocupamos el mandato, es un acto consensual, que nace como una necesidad de la sociedad y de las personas para poder ejecutar actos sin necesidad de estar presentes físicamente, es decir, mediante un tercero debidamente facultado.

Este puede ejecutar actos que le son encargados por el mandante, dichos actos se tienen por como si fueran realizados por el mandante. y es aquí donde se impone hablar de la ya discutida figura de la representación (6) son varias las teorías que tratan de explicar la naturaleza jurídica de la representación,(7) a saber:

TEORIA DE LA FICCION: Teoría francesa por excelencia que sostiene que en virtud de una ficción, se refuta como hecho por el representado (persona

(6) BORJA SORIANO MANUEL.- Teoría General de las Obligaciones, Edit. PORRUA, S.A. Méx, 1989. Pág. 244

(7) ORTIZ URQUIDI RAUL.- Derecho Civil. Edit. PORRUA, S.A.; Méx. 1988. Pág. 255

físicamente ausente de la realización) lo realizado por el representante.

TEORIA DEL NUNCIO: Teoría cuyo promotor es SAVIGNY, para quien el representante (mandatario o apoderado) es un simple mensajero, "un nuncio"; que lleva la palabra del representado.

TEORIA DE LA COOPERACION: Según la que el representante y representado, cooperan voluntariamente a la formación de un negocio.

TEORIA DE LA SUSTITUCION REAL DE LA PERSONALIDAD DEL REPRESENTADO POR LA DEL REPRESENTANTE: Según la que es la voluntad del representante la que substituye a la del representado y la que participa directamente en la formación de un negocio y que produce efectos en el representado.

Según el maestro Manuel Borja Soriano, existe la representación: "Cuando una persona a nombre y por cuenta de otro realiza un contrato (o en general un acto jurídico), de manera que sus efectos se producen directa

o indirectamente en la persona y en el patrimonio del representado, como si él mismo hubiera celebrado el contrato (o ejecutado el acto)"...(8)

De acuerdo con Raúl Ortiz Urquidí, existe la representación en amplio sentido, cuando se actúa en nombre de otro, y estrictamente: " El que celebra materialmente el negocio, es el representante, y aquél en cuya persona o patrimonio repercuten los efectos del negocio celebrado en su nombre, es el representado..."(9)

Teorías citadas de las cuales podemos obtener la propia definición de la representación como: "El acto que celebramos por encargo de otro y cuyas consecuencias serán resentedas por el que nos encarga la realización de dicho acto..."

Podemos distinguir legalmente en la figura de la representación, tres clases distintas de la misma.

LA VOLUNTARIA: Que es señalada en el artículo 2546 del Código Civil para el Distrito Federal (que mas

(8) BORJA SORIANO MANUEL.- Opus Cit. pag. 244.

(9) ORTIZ URQUIDI RAUL.- Idem.

adelante transcribiremos) y que consiste en la celebración del contrato de Mandato; en que ambas partes otorgan su voluntad como requisito indispensable y dicho contrato se perfecciona.(10)

LA LEGAL: Es la situación jurídica, en la que una persona se ve obligada por la ley a realizar actos jurídicos cuyas consecuencias afectan a terceros que la misma ley señala, por ejemplo, la representación de menores de edad; que como "sabemos" son incapaces jurídicamente y necesitan forzosamente que alguien con facultad (que le confiere la ley) vigile sus derechos y ejercite las acciones que a ellos competen.

LA OFICIOSA: Función que recae sobre una persona, que no es ni representante legal ni tampoco voluntario (mandatario) de otro que es dueño del negocio y que el Código Civil en cita denomina como: "Mandato oficioso o de gestión de negocios" (que en realidad y desde nuestro punto de vista habría de llamarse gestión judicial al primero y al segundo gestor judicial) y que como se menciona, ni la ley lo obliga, ni le ha sido conferido un

(10) ORTIZ URQUIDI RAUL.- Derecho Civil. Ed. PORRUA, Méx. 1986. Págs. 256-258

mandato expreso y que actúa en virtud de que el afectado (representado) se encuentra ausente o impedido de atender sus negocios propios.

Gestor que actuará, como si fuera el propio dueño de el negocio.

Y para garantizar tal circunstancia, el gestor judicial deberá otorgar una caución; para el caso de que al enterarse el dueño del negocio y no ratifique lo actuado por el gestor, el último responda de gastos y costos. Lo que en nuestro concepto, es la llamada Gestión de Negocios contenida en el Código Civil en cita.

Sin embargo nosotros somos de diferente opinion, puesto que; desde el punto de vista de la calificación anterior, solo una de las calses de representación es "LEGAL" y ello no es válido. Nosotros somos de la opinión de que todas las clasificaciones anteriores son legales, puesto que estan previstas en la ley y en consecuencia en la legislación vigente.

Proponemos, que la calificación de la representación sea en dos clases, a saber :

LA REPRESENTACION JUDICIAL NECESARIA : Y que necesariamente obliga a ciertas personas a ser representantes de los derechos de otros, ya en juicio, ya en cualquier acto de caracter juridico, por que la lye los obliga. Vgr. el art. 450 del Código Civil para el Distrito Federal.

LA OFICIOSA Y VOLUNTARIA : Que se da mediante una representación judicial no necesaria y no obligatoria, pero que la toma alguna persona "por cuenta propia" mientras el presunto mandante se encuentra imposibilitado de acatar algun proceso o acto juridico que le atafe directamente.

1.3.-DEFINICION DE "MANDATO"

Podemos y debemos discutir como principal la definición que nos da el Código Civil del D.F. que como sabemos sirve de base a todos los demás de los estado de la república, así; en su artículo 2546 ya citado, a continuación se transcribirá , señala el mismo a la letra:

.

"El madato es un contrato por el que el mandatario se obliga a ejecutar por cuenta del mandante los actos jurídicos que este le encarga".

Así mismo, Rafael de Pina señala:

"Mandato. Contrato por el cual el mandatario se obliga a ejecutar los actos jurídicos que este le encarga (Código Civil, Artículo 2546-2584).// Orden dada en el ejercicio de un cargo de autoridad o en cumplimiento de uno de caracter particular, legalmente justificada.// Precepto o disposición.// Comisión o encargo.// Duración de un cargo electivo."(11)

(11)DE PINA, RAFAEL. Diccionario de Derecho, pág. 196, Edit. PORRUA, S.A., ed. 1985. México.

Según el diccionario de la lengua castellana, se dice que es una palabra que proviene del Latín Mandatum, significandose:

"Orden o precepto del superior.// Ceremonia eclesiástica que se ejecuta el jueves santo lavando los pies a doce personas.// Sermón que con este motivo se predica.// Contrato por el que una de las partes confía a otro la gestión, o desempeño de uno o mas negocios."(12)

Y que como mencionamos tomaremos como principal la definición que nos señala el Código Civil, sin embargo no podemos dejar de considerar los diversos aspectos que se encuentran accesorios a la definición puesto que ellos nos van a ampliar y a ilustrar respecto al total de la figura jurídica a que nos referimos.

Siendo como es el mandato un contrato, lleva implícito todas las características generales de los contratos; básicamente tiene como objeto obligaciones de hacer consistentes en la celebración de actos jurídicos;

(12) Diccionario Hispánico Universal, Tomo I, Pág. 914. Ed W.M Jackson, Inc.México, D.F.

recordemos que acto jurídico es donde interviene la voluntad del ser humano con el fin de crear consecuencias jurídicas.

En virtud del contrato se requiere la existencia de el consentimiento y el objeto de que pueda ser materia del contrato, esto es; el acuerdo de voluntades necesariamente bilateral aún cuando intervengan mas de dos personas en este acto y el encargo que hábe una parte denominada mandante a otra denominada mandatario, entratandose del mandato. Así nuestro Código Civil (13) en su artículo 1800 nos abre la puerta para el ejercicio de la figura de la representación, señalando que el que es hábil para contratar lo puede hacer por sí o por otro legalmente autorizado.

Analizando los elementos esenciales que nos señala el artículo 1794 que se transcribe :

"...Para la existencia del contrato se requiere :

I. Consentimiento

II. Objeto que pueda ser materia del contrato"...

En primer termino tenemos que el mismo cuerpo legal, nos señala que el consentimiento puede ser tácito o expreso. Expreso es cuando se manifiesta verbalmente, por escrito o por signos inequívocos. Tácito cuando resulten de hechos o actos que los presupongan o autoricen a presumirlo; excepto en los casos en los que la ley señale lo contrario. Además que el cuerpo legal en cita, en su artículo 1800 claramente nos manifiesta que cualquiera que tenga capacidad para contratar, en su nombre lo puede hacer así o por medio de otro legalmente autorizado. Para la validez del contrato de mandato, en lo que al consentimiento se refiere, el mismo puede otorgarse por escrito o verbalmente, sin embargo es menester señalar que el mandato verbal resulta ineficaz parcialmente, dado que el mismo debe ratificarse por el mandante. Además que en la época actual solo puede otorgarse en negocios que no excedan de doscientos pesos. Por lo que tenemos que; el mandato verbal es una figura obsoleta y letra muerta, e ineficaz prácticamente hablando.

Este contrato de mandato, se reputa perfecto por la aceptación del mandatario, que como dijimos puede ser tácita o expresa, en dicha inteligencia podemos y debemos

● analizar diferencias que existen entre el contrato de mandato, el poder y la prestación de servicios.

La diferencia entre el mandato y el poder es muy significativa, dado que el mandato es un contrato bilateral y el poder una declaración unilateral de la voluntad. Avocandonos a la práctica jurídica tenemos que generalmente se equivocan las figuras y los notarios tiran los poderes, como si fueran mandatos, ya que unilateralmente y a petición de cualquier interesado expiden testimonio notarial de mandato; sin que exista la voluntad o la aceptación de el mandatario, y con la grave irregularidad, de no mandar notificarlo por un medio indubitable para que este en posibilidad de rechazar la obligación relativa.

Otra diferencia es que el poder tiene como objeto obligaciones de hacer consistentes en la realización y ejercicio de la representación o sea actuar a nombre de otra persona y que los efectos jurídicos recaen sobre el representado, de tal manera que la relación jurídica vincula directa e inmediatamente al representante con el representado. Por su parte el mandato no es representativo, sin embargo, puede serlo si va unido con

el otorgamiento de un poder, es decir, el mandato siempre requiere del poder para ser representativo y surta efectos entre mandante y tercero.

En cuanto a la diferencia entre el mandato y la prestación de servicios se refiere; aún cuando son de gran similitud pues ambos se refieren a la prestación de un servicio valga la redundancia; en el primero de los nombrados se refiere a la realización de actos jurídicos y el segundo a la ejecución de trabajos que para su desempeño requieren una preparación técnica y en ocasiones un título profesional.

En segundo término tenemos que el objeto del contrato de mandato es una obligación de hacer (FACERE), que debe ser posible y lícita.

CARACTERISTICAS DEL MANDATO

El mandato es un contrato principal, bilateral y oneroso, con forma restringida, intuitu personae.

(14)

(14) PEREZ FERNANDEZ DEL CASTILLO, BERNARDO.- Contratos Civiles. Ed. PORRUA. Méx. 1994. Págs.18-19.

Principal:

Existe el contrato del mandato por si solo y tiene como objeto propio la realización de actos jurídicos que encarga el mandante al mandatario.

Bilateral:

En razón de que se obligan y contratan ambas partes, el mandante se obliga a entregar expensas necesarias, honorarios y gastos; el mandatario a realizar los actos jurídicos encomendados y a rendir cuentas.

Oneroso:

Porque el desempeño del cargo requiere el pago de honorarios, aún cuando excepcionalmente se puede pactar que sea gratuito.

Con forma restringida:

- Es consensual, cuando el negocio no excede de doscientos pesos, pero requiere para su perfeccionamiento ratificarse por escrito.

- Cuando el negocio excede de doscientos pesos pero que no llegue a cinco mil, puede otorgarse en escrito privado ante dos testigos, sin necesidad de ratificar firmas. A este documento se le denomina carta poder. (15)

- Se otorgara en escritura pública o en carta poder firmada ante dos testigos y ratificadas las firmas ante notario, juez o autoridad administrativa cuando se trate de:

a) mandato general

b) cuando el negocio sea de cinco mil pesos o mayor.

c) cuando el ejercicio del mandato, exija que el mandatario celebre un acto que conste en escritura pública.

Intuitu personae:

Es un contrato que se celebra en calidad de la persona del mandatario, por eso se termina con su muerte,

(15) Ob. Cit. pág. 228

pues la realización de los actos jurídicos tiene que llevarse a cabo personalmente por el mandatario. Existe la excepción cuando se faculta al mandatario a sustituirlo o a otorgar nuevos poderes.

De acuerdo con el artículo 2560 del código civil del D.F. podemos distinguir dos clases de mandato, el representativo y el no representativo de acuerdo con el texto siguiente:

El mandatario salvo convenio celebrado entre él y el mandante, podrá desempeñar el mandato tratando en su propio nombre (mandato no representativo) o en el del mandante (mandato representativo).

En dicha inteligencia, en el mandato representativo, el mandatario actúa y obra frente a terceros en nombre y por cuenta del mandante.

Por el mandato no representativo, el mandatario obra solo por cuenta del poderdante, mas no en su nombre, dado que actúa frente a los terceros como si el negocio fuera propio del mandatario.

1.4.-ELEMENTOS DEL MANDATO

Para considerar lo que se llama elementos del mandato, previamente nos vamos a referir al significado literal de la palabra elementos. Vocablo que proviene del latín *elementum* y que significa, entre otras cosas: (16)

-Principio que entra en la composición de los cuerpos.

-Fundamento, móvil o parte integrante de una cosa.

-Fundamentos y primeros principios de las ciencias y artes.

Lo que es decir, que no avocaremos minuciosamente a encontrar de que se compone estructuralmente la figura jurídica denominada MANDATO.

Y para ello debemos distinguir dos clases de elementos, a saber:

A- ELEMENTOS DE EXISTENCIA.

B- ELEMENTOS DE VALIDEZ.

(16) DICCIONARIO HISPANICO UNIVERSAL.- Ed. W.M. JACKSON, INS. Méx. 1964. Pág. 532

A. - ELEMENTOS DE EXISTENCIA:

Son los mismos elementos que los de cualquier contrato: Objeto y consentimiento. Art 1794 c.c. (17)

El objeto: El mandato es un contrato que origina y obliga a los contratantes a las denominadas... "Obligaciones de hacer", el art. 2548 del Código Civil establece que pueden ser objeto del mandato todos los actos lícitos para los que la ley no exige la intervención personal del interesado. (18)

En consecuencia, el objeto necesariamente será:

- 1.-Realizar actos jurídicos.
- 2.-La licitud de los actos
- 3.-Que todo ello sea posible jurídicamente.

1 El contenido de la conducta deberá ser la consumación de uno o más actos jurídicos, a diferencia

(17) CODIGO CIVIL DEL DISTRITO FEDERAL.- Ed. PORRUA. Méx. 1986. Pág. 325

(18) PEREZ FERNANDEZ DEL CASTILLO.- Contratos Civiles. Ed. PORRUA. Méx. 1994. Pág 228.

del Código Napoleónico de 1884 (mismo que vimos en los antecedentes), están excluidos la realización de hechos materiales.

2.- Deben de ser lícitos. En virtud de que son ilícitos los actos que van encaminados contra las leyes o el orden público, y/o las buenas costumbres. (Como atinadamente lo señala el art. 1830 del Código Civil)

3.- La posibilidad jurídica . Por que así lo dispone la ley, existen actos que son jurídicamente imposibles, cuando se trata de actos personalísimos, como sería la redacción del testamento. O la emisión del voto.

El consentimiento : Como vimos, el mandante expresa su voluntad de contratar y posteriormente, el mandatario manifiesta su aceptación en forma yá expresa, yá tácita.

B.- ELEMENTOS DE VALIDEZ.- Capacidad. Ausencia de vicio, objeto lícito, que la voluntad de las partes se exteriorice con las formalidades de la ley (19)

Los elementos de validez, son los mismos que requieren los contratos en general; y en ello encontramos los siguientes :

Capacidad del mandante: Que quiere decir, que quien puede realizar un contrato por sus propios medios, es decir que goza la capacidad legalmente necesaria, la capacidad de ejercicio; puede realizar operaciones jurídicas por sí o por otro legalmente autorizado, tal y como lo refiere el artículo 1800 del Código Civil para el D.F.

Para la realización del contrato de mandato se requiere de la capacidad general, que es la de la mayoría de edad, lo que significa que el contratante debe tener por lo menos diez y ocho años cumplidos al momento de realizar el contrato y que no se trate de un enajenado mental, ebrio consuetudinario o que haga uso de drogas y

(19) PEREZ FERNANDEZ DEL CASTILLO.- Contratos Civiles. Ed. PORRUA. Méx. 1994. Pág. 27.

enervantes, que no sea sordomudo o que no sepa hablar y/o escribir.

Existe una prohibición expresa en el artículo 174 (20) , para la celebración del contrato de mandato entre marido y mujer, cuando se trate de un mandato especial o general para actos de dominio. Y para poderlo así hacer , necesariamente necesitan autorización judicial:

Capacidad del mandatario: El mandatario al igual que el mandante, también requiere tener capacidad general y especial. Especial, según el acto de que se trate. Existen diversas prohibiciones a los mandatarios, vgr. la consignada en el artículo 2280, fracc. II, que dispone que los mandatarios no pueden comprar los bienes de cuya venta o administración se hallen encargados.

Incluso pudiera suceder que legalmente el mandatario no tenga capacidad para realizar un acto en nombre propio, pero que sí tenga dicha capacidad para realizar dicho acto a nombre y representación de un tercero, vgr. Un extranjero no puede comprar en

territorio Nacional (México) en la franja costera, denominada "Zona Prohibida" para sí mismo, pero sí lo podría hacer a nombre y por cuenta de un nacional. (21)

Vicios del Consentimiento : Como en todo contrato, en el mandato no deben de existir los vicios del consentimiento y que son : dolo, mala fé, violencia ni lesión.

Formalidades : En principio existe la libertad de la forma del contrato de mandato, es decir que el mismo, ya que puede ser escrito o verbal.

No obstante que se permite que sea verbal el contrato de mandato, las disposiciones legales establecen mayormente que la forma ha de ser por escrito, y a que incluso el mandato verbal ha de ratificarse antes de que termine el negocio para el cual fué dado.

De acuerdo con el artículo 2551 del Código Civil (22) (26) el mandato escrito ha de observar alguna de las siguientes formas:

I.- En escritura Pública.

II.- En escrito privado firmado por el otorgante (mandante) y dos testigos y ratificadas las firmas ante Notario Publico, Juez de Primera Instancia, jueces menores o de Paz, o ante el correspondiente funcionario o empleado administrativo.

III.- En carta poder, sin ratificación de firmas.

Cuando se realiza en escritura pública ante Notario forzosamente ha de reproducirse el texto del artículo 2554 del Código Civil del D.F. en el Distrito Federal y el correlativo cuando se haga en cualquier estado del interior de la república y que el Código Civil correspondiente decreta dicho ordenamiento. A saber el contenido de dicho precepto legal, que es el siguiente :

"ART. 2554 : En todos los poderes generales para pleitos y cobranzas bastará que se diga que se otorga con

(22) Idem. pág.1443.

todas las facultades generales y las especiales que requieran clausula especial conforme a la ley, para que se entiendan conferidos sin limitación alguna.

En los poderes generales para administrar bienes, bastará expresar que se dan con ese caracter para que el apoderado tenga toda clase de facultades administrativas.

En los poderes generales, para ejercer actos de dominio, bastará que se den con ese caracter para que el apoderado tenga todas las facultades de dueño, tanto en lo relativo a los bienes, como para hacer toda clase de gestione a fin de defenderlos.

Cuando se quisieren limitar en los tres casos antes mencionados, las facultades de los apoderados, se consignarán las limitaciones o los poderes serán especiales.

Los notarios insertarán este artículo en los testimonios de los poderes que otorguen."

El poder o mandato necesariamente ha de otorgarse en escritura pública o ratificadas las firmas en los siguientes casos :

I.- Cuando el mandato sea general.

II.- Cuando el interés del negocio para que se confiere llegue a cinco mil pesos o exceda de dicha cantidad, y

III.- Cuando en virtud de que el haya de ejecutar el mandatario a nombre del mandante , alguna acto que conforma a la ley haya de constar en escritura pública.

La omisión de observar las formas mencionadas para los casos mencionados, deja nulo el mandato y solo quedarán subsistentes las obligaciones contraídas entre el tercero que haya procedido de buena fé y el mandatario, tal y como si este hubiera procedido en nombre propio. Pero cuando mandante, mandatario y/o tercero que haya convenio con ellos , proceden de mala fé; ninguno de ellos tiene derecho a hacer valer la falta de forma del mandato.

Licitud: Ultimo elemento de validez para la existencia del contrato de mandato, lo es que los actos jurídicos que se realizen en el ejercicio del mandato, sean lícitos. El art. 8 del Código Civil define como ilícitos :

"Los actos ejecutados contra el tenor de las leyes prohibitivas o de interés público serán nulos, excepto en los casos en que la ley ordene lo contrario."

Así mismo el art. 1830 del cuerpo legal en cita dispone :

"Es ilícito el hecho que es contrario a las leyes de orden público o a las buenas costumbres."

Para concluir este capítulo es indispensable revisar la figura específica denominada el mandato judicial:

El mandato judicial consiste en la celebración de un contrato de prestación de servicios profesionales, otorgado a un licenciado en derecho con cédula profesional o abogado. Se confiere siempre unido a un poder, por lo que es representativo. La mayoría de la doctrina lo define como el contrato por el cual una persona llamada mandataria, se obliga a ejecutar actos jurídicos procesales en nombre y por cuenta del mandante.

El Código Civil contiene un capítulo especial para el tratamiento de esta figura que la denomina también

procuración. Respecto a dicha acepción. Planiol y Ripert (23) comentan que la palabra poder (procuration) se emplea como sinónimo al documento -el contiene- en el que consta el mandato -el contenido.

El artículo 265 de la Ley Reglamentaria de los artículos 4o y 5o constitucionales (Ley de Profesiones), lo determinaba de la siguiente forma:

Las autoridades judiciales y las que conozcan de asuntos contenciosos-administrativos, rechazarán la intervención en calidad de patrones y asesores técnicos, del o los interesados, de persona que no tenga título profesional registrado. El mandato para asunto judicial o contencioso-administrativo determinado, solo podrá ser otorgado en favor de profesionistas con título debidamente registrado en los términos de esta ley. Se exceptúan los casos de los gestores en asuntos obreros, agrarios o cooperativos y en el caso de amparos en materia penal a que se refieren los artículos 27 y 28 de esta Ley.

(23) PEREZ FERNANDEZ DEL CASTILLO. Cita en su obra a Planiol. Contratos Civiles. Edit. PORRUA, S.A. México 1994. Pág.247.

El Código Penal establece como delito de usurpación de profesiones, el atribuirse el carácter de profesionista sin serlo .

El mandato judicial tiene como defensa en juicio de los intereses del mandante, así como el ejercicio de las acciones que le competan.

El procurador tiene además de las obligaciones y derechos del mandatario especial para delitos y cobranzas, los siguientes deberes especiales:

a) Tramitar el asunto judicialmente en todas sus instancias (2588, fracc. I) y sin abandonarlo (2591, 1a. parte), ya sea siguiendo las instrucciones del mandante o las que en forma personal le dicte su razonamiento en relación con sus conocimientos (2588, frac. III). Si necesita abandonarlo por impedimento o conveniencia del procurador, debe sustituirlo si tiene facultades para ello, o avisar al mandante para que designe un nuevo procurador (2591).

b) Pagar los gastos necesarios para la tramitación del procedimiento (2588, frac. II).

c) No asesorar representar o revelar secretos al colitigante, sea dentro del procedimiento o posterior a éste, incluso aún renunciando a la procuración (2589 y 2590).

la Ley penal sanciona con penas pecuniarias y proprivativas de libertad, al mandatario que realice cualquiera de los supuestos mencionados (Arts. 232, 210 y 211 del Código Penal). La sustitución del mandato se debe hacer con las mismas formalidades de su otorgamiento.

Tienen impedimento para ser procuradores: los incapaces, jueces, magistrados, funcionarios y empleados del Poder Judicial, dentro de sus límites jurisdiccionales; los empleados de la hacienda pública, en los asuntos en que intervengan de oficio dentro de sus límites de sus distritos (2585).

El procurador con un mandato general para pleitos y cobranzas, necesita facultades especiales para el ejercicio de ciertos actos procesales, los cuales están enumerados en el artículo 2587 que dice:

El procurador no necesita poder o cláusula especial, sino en los casos siguientes:

- I. Para desistirse;
- II. Para transigir;
- III. Para comprometer en árbitros;
- IV. Para absolver y articular posiciones;
- V. Para hacer cesión de bienes;
- VI. Para recusar;
- VII. Para recibir pagos;
- VIII. Para los demás actos que expresamente determine la ley.

Cuando en los poderes generales se desee conferir alguna o algunas de las facultades acabadas de enumerar, se observará lo dispuesto en el párrafo primero del artículo 2554.

El requisito de esta cláusula especial se debe a que las facultades ennumeradas por este artículo traen implícitas facultades de dominio.

Para que el poder especial para pleitos y cobranzas pueda ser aceptado por los jueces, es necesario

que se otorgue a licenciados en derecho, pues se considera que en el fondo se trata de una prestación de servicios profesionales. sin embargo, se puede otorgar un poder para pleitos y cobranzas a cualquier persona sin que se entienda que se va a llevar a cabo procedimientos judiciales o administrativos, pues normalmente no tiene como causa o motivo la celebración de un contrato de prestación de servicios profesionales.

Además de las causas que dan por terminado el mandato general, el judicial concluye cuando:

- a) El poderdante se separa de la acción de oposición formulada.
- b) Se determina la personalidad del poderdante.
- c) El poderdante cede los derechos litigiosos.
Dicha cesión debe notificarse y constar en autos.
- d) El mandante nombra a otro procurador en el mismo juicio.

CAPITULO II

2.1.- ANTECEDENTES DEL FIDEICOMISO

2.1.1.- EN ROMA:

La figura del fideicomiso tiene sus antecedentes mas remotos en la época de los romanos (24),. Y el ejercicio del mismo se podía dar de dos formas distintas, a saber :

- **FIDEICOMMISSUM** (de Fides - fé. y committere- encomendar.) : Cuyo objetivo principal era el de evitar obstaculos legales existentes en la institución del heredero. Quien era incapaz para recibir por testamento de extranjeros, libertos, personas inciertas, etc.(25). En la cual se entendía al Fideicomiso como la herencia que el testador dejaba al heredero para que la transmitiera a otro que salvaba así los obstaculos . Esto

(24)PEREZ FERNANDEZ DEL CASTILLO.- Representación Poder y Mandato. Ed. PORRUA. Méx. 1989,. Pág 7

(25)BATIZA RODOLFO. El fideicomiso, teoría y práctica. Ed. Jus. Méx. 1993. Pág. 34

se daba por el deseo de los testadores, de imponer su voluntad sobre sus bienes, más allá de su muerte.

La primera, se daba en el campo hereditario, con la finalidad de eludir las incapacidades que existían para ser herederos, transmitiendo por testamento a una persona capaz, la cual, se encargaba posteriormente de transmitirle a otra persona, derivándose de lo anterior el nombre de Fideicomiso que etimológicamente significa: "Encargado de confianza".

- LA FIDUCIA : La segunda "Pacto Fiduciario" surgió entre personas vivas como un negocio fiduciario, que se utilizaba como un esquema en que se concedía un poder jurídico al fiduciario para que éste lograra fines precisos (26).

2.1.2.- EN EL DERECHO NORTEAMERICANO:

Partiendo de la base que el "Trust" o fideicomiso Norteamericano es el antecedente más cercano del

(26) OSCAR VASQUEZ DEL MERCADO.- Contratos mercantiles. Ed. PORRUA. Méx. 1984. Pág. 514. Que cita a Toribio Esquivel Obregon y otros.

Fideicomiso Mexicano (27), a continuación se expone brevemente su desarrollo histórico.

Así pues en el año de 1818, se estableció el primer departamento fiduciario y con ello el primer fideicomiso en los Estados Unidos, creado por la "Massachusetts Hospital Life Insurance Co"., y cuatro años más tarde, lo hizo también la "Farmer's First Insurance and Loan Co"., creandose otro departamento fiduciario.

Los fideicomisos de mayor aplicación en el derecho norteamericano son:

1. TRUST DE INVERSION
2. TRUST DE VOTO
3. TRUST HOLDING
4. TRUST DE GARANTIA

EL TRUST DE INVERSION, es aquel en que varias personas aportan bienes para constituir un fondo común de

inversión que lo manejaba una compañía llamada "TRUST COMPANY".

En cuanto al TRUST DE VOTO: se trataba un grupo de accionistas de una empresa que encomendaba a una compañía fiduciaria, que los representara. De esta manera se consolidaba una mayoría de votos que imprime su voluntad en forma permanente.

El llamado TRUST HOLDING: creado con la finalidad principal de formar monopolios, constituyéndose cuando una compañía fiduciaria recibe aportaciones de personas individuales o colectivas, dedicadas a actividades similares y manejando empresas distintas, para la realización de un fin económico común.

Por último, el intitulado TRUST DE GARANTIA: constituido por el Sistema Ferroviario para superar el estado de postración financiera en el que se encontraba el siglo pasado, emitiendo bonos certificados que se encontraban garantizados por los bienes de la empresa emisora, misma que entrega a una persona o compañía fiduciaria para que con su producto se paguen los intereses y se redima la emisión.

En conclusión, el TRUST NORTEAMERICANO no tiene un largo proceso histórico, puesto que, el negocio jurídico es adoptado en un considerable grado de evolución. Para terminar, mencionaré que el TRUST NORTEAMERICANO es un negocio de Derecho Bancario, en el cual una Institución de Crédito maneja bienes para el beneficio de otras personas, considerándolo como el antecedente más cercano y directo del Fideicomiso Mexicano.

2.1.3.- EL FIDEICOMISO EN MEXICO:

Con la intención de ubicar de manera general y sistemática antecedentes de la figura central de esta investigación, en lo que constriñe a nuestra Sociedad, citaré ideas que se relacionan con el devenir de la historia en relación a la institución que nos ocupa.

Toda vez que se dice que en México solo se encontraba el fideicomiso Romano vinculado a disposiciones testamentarias, los legisladores tuvieron que importar el Trust anglosajón, que recordemos es la base de trust norteamericano aunque en forma restringida,

en vista de que únicamente se transplantó a nuestro régimen jurídico el trust expreso.

Una de las finales expresiones del fideicomiso en México se da en septiembre de 1932, con cierta congruencia, homogeneidad y personalidad propia en la Ley General de Títulos y Operaciones de Crédito, en su capítulo llamado "FIDEICOMISO".

Examinado en sentido amplio, se desprende que el fideicomiso, en nuestro régimen jurídico, comienza a figurar en el año de 1925 (28) cuando se empleó esta misma institución en los arreglos de la deuda pública exterior de México, y, como ejemplo tenemos la emisión de obligaciones para la consolidación de la deuda de los ferrocarriles nacionales, varios años antes de que nuestra legislación diera cabida al fideicomiso, como una típica operación de crédito.

Dicha utilización, era una variedad del trust Norteamericano y se utilizó como instrumento de garantía en emisiones de bonos destinadas a financiar la construcción del ferrocarril, la entonces Ley de

(28) BATIZA RODOLFO.- El fideicomiso, teoría y práctica. Ed. Jus. Méx. 1993. Págs. 104-108

Ferrocarriles del 29 de Abril de 1898, permitió que dicho fideicomiso otorgado en el extranjero, surtiera efectos jurídicos dentro del territorio nacional. Se consideró en su época, que dicho trust correspondía a contratos de préstamo mandato a hipoteca.

Para el año de 1905, con fecha del 21 de Noviembre, el entonces Secretario de Hacienda Jose Ives Limantour, envió a la Cámara de Diputados del H. Congreso de La Unión, la iniciativa que se denominaba: (29)

"Iniciativa que faculta al ejecutivo para para que le expida la ley por cuya virtud puedan constituirse en la república instituciones comerciales encargadas de desempeñar las funciones de agentes fideicomisarios".

Proyecto de ley, cuyo autor; Lic. Jorge Vera Estañol, explicaba en una especie de "exposición de motivos" que era necesario que en México, se adoptara al nivel de negocios propios y extranjeros, particularmente al tipo de Institución jurídica que se usaba en Norteamérica "TRUST" y las empresas que a ello se

dedicaban, las "TRUST COMPANIES", que se dedicaban a ejecutar actos en que no tenían interés directo y cuya actuación era siempre imparcial (*). Obrando simplemente como intermediarios.

El proyecto de ley constaba de ocho artículos, que se proponía y del que se dió cuenta en la Cámara de diputados el mismo día y de haber sido turnado a las comisiones correspondientes; jamás llegó a discutirse. Y aunque, como se dice, que jamás llegó a discutirse y en lógica consecuencia no llegó a ser Ley, sienta el precedente de ser en la historia legislativa nacional, el primer intento para adaptar el "TRUST" a un sistema jurídico de tradición romanista.

El siguiente precedente, se dá para el año de 1924 (30), por el Sr. Enrique C. Creel, quien en la

(*) - El suscrito considera que dicha explicación y/o exposición de motivos es imprecisa, dado, que quien tiene a su cargo el desempeño de un fideicomiso, debe velar por que los intereses del otorgante se vean garantizados en cuanto a su cumplimiento se refiere, lo cual, obviamente repercute en una parcialidad de la empresa fiduciaria a favorecer los intereses de su cliente, quien para ese efecto es que le contrata y paga el honorario fijado. Sin embargo no podemos dejar de considerar también que la naciente figura de hecho y no de derecho, también necesitaba en la legislación nacional, una explicación clara de las necesidades para que el legislador viera la conveniencia de aprobar dicha iniciativa de ley.

(30) BATIZA RODOLFO.- El fideicomiso, teoría y práctica. Ed. Jus. Méx. 1993. Pág. 104

convención bancaria de Febrero del /24; que se había ya iniciado en la República Mexicana, la creación de compañías bancarias de fideicomiso y ahorros, refiriéndose especialmente al funcionamiento práctico de dichos establecimientos bancarios, no tanto al aspecto legislativo y proponía 17 bases sobre las cuales podría fundarse el ejecutivo para expedir la correspondiente ley; sin embargo ello no funcionó como su autor hubo previsto, pero queda el asiento correspondiente para la historia.

Fue, hasta Diciembre de 1924; cuando se dicta la Ley General de Instituciones de Crédito y Establecimientos Bancarios. Que llenaba vacíos de la Ley General de Instituciones de Crédito de 1897; siendo que la entonces creada debía de ocuparse de todos los negocios bancarios que afectaran al interés del público.

Para el año de 1926 (31), la ley antes mencionada, queda sin efectos, al ser promulgada la Ley de Bancos de Fideicomiso, que se dicta con fecha 30 de Junio de 1926,

(31) BATIZA RODOLFO.- El fideicomiso, teoría y práctica. Ed. Jus. Méx. 1993. Pág. 112

que se constituyó con un total de ochenta y seis artículos, distribuidos en cinco capítulos a saber: ,

- Objeto y constitución de los bancos de Fideicomiso.
- Operaciones de Fideicomiso.
- Departamento de Ahorros.
- Operaciones Bancarias de Depósito y Descuento.
- Disposiciones Generales.

En su exposición de motivos, se aprecia la influencia del sr. Creel (*), manejando despectivamente a todos los antecedentes del "trust" y de la institución análoga en el derecho romano (incluso a sí misma), mencionaba dicha exposición de motivos que esta ley, constituía únicamente un ensayo en México, para poderse aclimatar a una nueva institución y que se necesitaria de tiempo para que la misma fuera surtiendo los efectos que de ella se esperaban. (32). En virtud de ser el

(*) - Enrique C. Creel.: Presentó ante la convención Bancaria de Febrero de 1924, la necesidad de crear empresas similares a las denominadas "Trust Companies", cuya proposición constaba de 17 bases para la creación de la ley correspondiente, que sin embargo no precisaba exactamente la figura del fideicomiso, dichas bases solo exponían de la clase de operaciones a que se dedicarían dichas compañías y someramente la relación de dichas instituciones con el gobierno.

(32) BATIZA RODOLFO.- El Fideicomiso Teoría y Práctica; Editorial Jus. Méx. 1993.

fideicomiso, una nueva institución en nuestra patria (*), y que el mismo como se menciona, sería diferente a cualquier otra figura que se pudiera suponer del derecho Anglosajón o del derecho Latino, dado, que hasta la palabra le parece nueva al legislador del 26.

Sin embargo, dicha Ley, no vió el fruto de su creación, ya que tempranamente a su nacimiento, fué abrogada por la "Ley General de Instituciones de Crédito y Establecimientos Bancarios" del 31 de Agosto de 1926, que se conformaba con incluir integro el texto y articulado de la anterior y dejó también pendiente; la reglamentación de los Bancos de Fideicomiso como instituciones de crédito para efectos legales, que era

(*) - Considera el postulante de esta obra, que existe un grave error en las apreciaciones que hace la "Exposición de Motivos de la Nueva ley de 1926". Pues si bien es cierto que formalmente no existía legislativamente la figura del fideicomiso, también lo es, como vamos a ver en esta obra, que en el territorio nacional, el mandato es una institución bastante antigua y bastante usada y que ello, constituye un uso de servicios de terceras personas para lograr objetivos (lease : actos jurídicos) propios . En consecuencia, podemos subrayar, que lo que no existía eran Instituciones especiales a quienes pudiera darse el encargo de realizar dichos actos con el patrimonio del otorgante. Y que no había una regulación orgánica, tanto a su creación y funcionamiento interno, como en cuanto a su relación con el gobierno o administración pública.

realmente lo que importaba regular y no copiar el texto normativo de la ley anterior.

Fue para 1932, cuando el entonces presidente de la República Mexicana, Don Pascual Ortiz Rubio, promulgó la "Ley General de Instituciones de Crédito" la que apreció publicada en el Diario Oficial el día 29 de Junio de 1932. Sin embargo, dicho ordenamiento legal, como varios de los citados anteriormente, muy pronto salió de la esfera del derecho vigente, pasando a ser parte de la historia. Ya que:

El día 27 de Agosto del 1932, de la autoría del licenciado Pablo Macedo; se publica en el Diario Oficial de la Federación la : LEY GENERAL DE TITULOS Y OPERACIONES DE CREDITO.

Y que como sabemos, dicho cuerpo normativo sigue vigente hasta nuestros días y que sin opacar la importancia del conjunto de preceptos que contiene, lo destacado para el presente trabajo, es que regula al fideicomiso como una institución sustantiva; no sin señalar o advertir los peligros en que podrían incurriese al adoptar figuras jurídicas extrañas, se regula al

fideicomiso en virtud de ser creciente la necesidad de que dicha figura jurídica funcionara y otorgara beneficios a los diversos sectores de la población, ya que ello era imprescindible, puesto que desde el año de 1926, se venía utilizando formalmente la figura del fideicomiso, siendo además que la utilización del mismo promovería el enriquecimiento del caudal de medios y formas de trabajo de nuestra economía nacional.

Para el año de 1941, se publica fechada el 3 de Mayo; la Ley General de Instituciones de Crédito y Organizaciones Auxiliares, que en su exposición de motivos no tenía muchas modificaciones, sino mas bien añadir enumeración a los cometidos de la institución jurídica del fideicomiso y ciertas normas a seguir por la instituciones fiduciarias en las operaciones de inversión (leese fideicomiso de inversión); en los casos en que la instrucciones por el fideicomitente otorgadas no fueren los suficientemente claras o precisas.

De los más de cuarenta años de vigencia de dicha ley, podemos destacar que las reformas sufridas por la misma de mayor importancia lo son :

- El decreto del 31 de Diciembre de 1973, que señalaba la proporción de responsabilidad de la fiduciaria, así como las atribuciones conferidas al Banco de México, para señalar las atribuciones de la fiduciaria cuando las instrucciones conferidas no fueran suficientemente precisas o se hubieren dejado a la discreción de la fiduciaria.

.....
- El decreto del 22 de Diciembre de 1978, que introduce excepciones respecto al concepto tradicional de Banca especializada. Además incorporó importantes reglas administrativas.

Posterior a dichas legislaciones, mediante el decreto del Primero de Diciembre de 1982, se expropió en favor de la Nación el servicio público de Banca y pasó a manos del Estado. Durante el período en que la Banca estuvo nacionalizada hubo reformas, criterios especiales y diversas circulares, lo que veremos en los correspondientes capítulos del presente estudio, en virtud de que aún y cuando son antecedentes históricos de la figura que nos ocupamos, su relación va dirigida más directamente a las prácticas actuales que a los antecedentes. De igual manera haremos, en cuanto a la reprivatización de la Banca.

2.2.- ASPECTOS GENERALES (DEL FIDEICOMISO)

Hablar de aspectos generales puede ser demasiado complejo si entendemos por aspectos generales, todo aquello que directa o indirectamente señala el entorno de la figura a discutirse, así como características propias que no forman parte de otro apartado. Aún y cuando no aparezca señalado en el capitulado del presente trabajo y que de una manera u otra; forma parte intrínseca o indispensable y relevante en la investigación presente, para tal efecto, veremos precisamente algunas consideraciones generales que tienen relación con la figura de la que nos ocupamos para posteriormente encontrar a partir de dichas generalidades los puntos específicos que nos atañen y que serán materia en este capítulo específico.

Y para el caso en concreto, valga la redundancia, que mas general podemos encontrar que la relación entre la figura de la que nos ocupamos con diversos acontecimientos jurídicos dado que el fideicomiso por sus características contractuales , su regulación prevista en la ley, la manifestación de las partes contratantes y el

clausulado de cada contrato, deducimos que forma parte del marco jurídico y del conjunto de normas jurídicas que rigen la conducta y los efectos de la misma del ser humano. De tal aseveración tenemos varios resultados implícitos en la misma, a saber : que el fideicomiso es una norma jurídica, ello en consecuencia nos lleva en lógico análisis de que el fideicomiso es un negocio jurídico . Aseveración sumamente compleja en cuanto a su trasfondo estructural y ello implica aceptar expresa o tácitamente, que forma parte de los actos que en derecho se denominan "actos jurídicos"(33) y en su mas amplio sentido, de los hechos jurídicos.(34)

En consecuencia, tenemos a dilucidar tres cuestiones diferentes al respecto :

- La norma jurídica.
- Los hechos jurídicos.
- El negocio jurídico.

(33) DOMINGUEZ MARTINEZ JORGE A.- El Fideicomiso. Ed. PORRUA. Méx. 1994. Pág 11-12.

(34) DOMINGUEZ MARTINEZ JORGE A.- El Fideicomiso. Ed. PORRUA. Méx. 1994. Pág. 11-12

En primer término tenemos a la norma jurídica.(35) El fideicomiso como dijimos es norma jurídica, en razón de las características propias de la institución jurídica de la que nos ocupamos. Esto es que no podemos desconocer la íntima relación o la inclusión de una figura dentro de la otra mas general (la norma jurídica). Por lo que como norma jurídica en la generalidad como la regla de conducta que produce consecuencias en derecho y que tiene todas las características y atributos de la misma, esto y que son a saber : la bilateralidad, la exterioridad, la heteronomía, y coercibilidad. Caracteres inseparables e implícitos dentro de la norma jurídica .

En cuanto a los hechos jurídicos,(36) es imprescindible, descubrir, cuales son los hechos que pueden ser calificados como jurídicos distinguiéndolos así de hechos que carecen de juridicidad o resultados jurídicos. Por que si bien es cierto que existe la norma jurídica, la misma es abstracta, esto es, presupone una situación jurídica concreta y sanciona a proceder conforme a la misma norma lo determina. Sin embargo la

(35) DE PINA RAFAEL.- Diccionario de Derecho. Ed. PORRUA. Méx. 1965. Pág. 208

(36) DE PINA RAFAEL.- Diccionario de Derecho. Ed. PORRUA. Méx. 1965. Pág. 150

norma carece de vigencia si el supuesto jurídico a que se refiere no se da. Entonces, reeleva, el sentido en descubrir qué hechos sí son jurídicos y cuáles no lo son. Ya que el hecho por sí mismo, carece de validez si no esta previsto por alguna norma jurídica. Y cuando efectivamente se encuentra regulado por este tipo de norma, es que dicho hecho, produce efectos jurídicos. Al efecto, la doctrina se encuentra acorde más o menos en señalar que el hecho jurídico en su sentido lato sensu o amplio es todo suceso que ocurre por virtud de los seres humanos voluntariamente o no, y por virtud material (entiéndase en el que no participan los seres humanos como sujetos activos sino pasivos); en el que se producen consecuencias de derecho. Para Bonnacase, el hecho jurídico en general consiste: "Acontecimiento engendrado por la voluntad humana o puramente material, tal como el nacimiento o la filiación o acciones más o menos voluntarias, que fundadas en una regla de derecho, generan situaciones o efectos jurídicos, aún cuando el sujeto de este acontecimiento no haya tenido, ni podido tener el deseo de colocarse bajo el imperio del Derecho".(37)

(37) DOMINGUEZ MARTINEZ JORGE A.- El fideicomiso. Ed. PORRUA. Méx. 1994. Págs. 20-22

De entre los hechos jurídicos podemos distinguir dos clases de los mismos a saber:(38) Hecho jurídico estricto sensu y acto jurídico. Por Hecho jurídico en estricto sentido podemos entender como todo aquel acontecimiento natural o del hombre que produce consecuencias de derecho. Respecto al acto jurídico debemos manifestar, que el mismo es una situación bien concreta en que interviene la voluntad humana, con el objetivo de crear situaciones de derecho.

Las teorías de los diferentes autores, aunque varían en cuanto a la redacción o forma de decirlo, están más o menos acordes en aceptar por acto jurídico la manifestación externa de la voluntad que se hace con el fin de crear, transmitir, modificar o extinguir una obligación o un derecho y que se produzca el efecto deseado por su autor, dado que el derecho sanciona o previene esa situación. (39).

Para su mejor y mas claro entendimiento podemos definir en nuestra opinion al acto jurídico como : "Toda

(38) DOMINGUEZ MARTINEZ JORGE A.- El Fideicomiso. Ed. PORRUA. Méx. 1994. Pág. 14

(39) DOMINGUEZ MARTINEZ JORGE A.- El Fideicomiso. Ed. PORRUA. Méx. 1994. Pág 22

conducta externa realizada por uno o mas seres humanos o personas morales, con el el objeto primordial de que dicho acto produzca consecuencias jurídicas(*), respecto a sí mismo y respecto a terceros".

De acuerdo con lo establecido anteriormente, tenemos que la diferencia fundamental entre el hecho jurídico y el acto jurídico, es principalmente la intención de la voluntad que se ponga al efecto de crear situaciones de derecho ya que en el primero de ellos la voluntad, se ponga o no, produce consecuencias de derecho y en el segundo, fundamentalmente se busca que se produzcan dichas situaciones de derecho.

En lo que se refiere al negocio jurídico, el mismo es la máxima expresión de la voluntad humana al realizar actos jurídicos, ya que; dentro de cierto marco general, se da oportunidad a los que intervienen en el acto de auto-regular su conducta, sus derechos, obligaciones y

(*)Trata de establecerse al usarse la acepción "consecuencias jurídicas", como efectos en la vida practica y que estan regulados por la ley, esto es: vgr. Si firmamos un pagaré, esperamos (aún sin saberlo) que la consecuencia jurídica es la de ubicarnos como sujetos dignos de crédito y que se nos dé por ello un plazo determinado o indeterminado para el cumplimiento de el pago de dicho título de crédito.

las consecuencias del no cumplimiento con lo estipulado. A saber entonces que: el negocio jurídico es una especie dentro del género de los hechos jurídicos.

(40) en virtud de ser un acto a propósito de autoregular las conductas, lo encontramos dentro también de los actos jurídicos; sin embargo existe una diferencia fundamental y que es, que en los actos jurídicos aún cuando se hacen con el fin de que se produzcan consecuencias de derecho, éstas (muchas de ellas), ya pre-existen al momento en que dicho acto se realiza, vgr. El reconocer a un hijo ante el Registro Civil, si bien es cierto que dicho acto produce consecuencias jurídicas, las mismas como se dijo pre-existen antes de que se ejecute el acto en comento y dichas consecuencias jurídicas son la obligación-derecho de los alimentos, la patria potestad, etc.

Lo que es decir, que son circunstancias bien marcadas por la ley y que no dependen de la voluntad los efectos que se crean.

Podemos señalar como definición del negocio jurídico "al acto con el cual el individuo regula por sí

los intereses propios, en las relaciones con otros (actos de autonomía privada) y al que el derecho enlaza los efectos más conformes a la función económico-social que caracteriza su tipo (típica en este sentido)" (41).

Parece, en nuestra opinión, mucho más clara y lógica la definición o a manera de definición la siguiente, comparada con el acto jurídico : "El acto jurídico, produce modificaciones en las situaciones jurídicas que no dependen de la voluntad del sujeto, sino de la ley ; diferenciándose que el negocio, para ser tal, debe consistir en una manifestación de la voluntad llevada a efecto con la intención de producir consecuencias jurídicas".(42).

Debe entenderse cabalmente la expresión citada anteriormente cuando se dice : "la voluntad llevada a efecto con la intención de producir consecuencias jurídicas".

Dado que es ineludible, comprenderse que las consecuencias jurídicas a producirse deben de ser lícitas. Esto es es, que es condición indispensable que

(41). DOMINGUEZ MARTINEZ JORGE A.- El Fideicomiso. Ed. Porrúa. México, 1994. pag.24-25.

(42) DOMINGUEZ MARTINEZ JORGE A. Op. Cit. pag.26.

al buscar efectos jurídicos para una o más partes, la acción realizada debe de ser jurídicamente lícita; pues no podríamos decir que existe un negocio jurídico, cuando se cometen actos que resulten punitivos o ilícitos, dado que la figura alemana del negocio jurídico, no contempla la antijuridicidad como negocio jurídico.

En franca relación con el tema tratado en este capítulo, podemos señalar que el fideicomiso es un negocio jurídico, sin entrometernos por el momento en aspectos consensuales, dado que ello es materia de otro apartado.

Negocio en virtud de las siguientes consideraciones básicas:

- Por ser una acto consensual, es un contrato y el mismo se encuentra regulado básicamente dentro de la Ley General de Títulos y Operaciones de Crédito (*).

- Dicho que fué, que es una acto consensual; interviene el elemento fundamental para clasificarlo como

(*) Véanse los artículos 346 a 359 de la citada Ley. En que se contienen los lineamientos generales para realizar un contrato de fideicomiso.

negocio jurídico en la especie y como hecho jurídico en el genero (*).

(*) Aún cuando la figura del fideicomiso se encuentra regulada, dicha regulación permite las mas altas expresiones de la voluntad individual. A saber que la voluntad privada tendrá su máxima expresión. Y que la misma voluntad se pone para crear la situaciones jurídicas bien concretas y por ello se lo calificamos como negocio jurídico.

2.3 DEFINICIÓN DEL FIDEICOMISO:

En efecto, el vocablo fideicomiso proviene del latín "FIDEICOMISSUM". Que se integra por las raíces:

- DE FIDES, que es igual a FE"
- Y "COMISSUS" que es igual a "CONFIADO".(43)

Por lo que, en forma breve, sintética y etimológica significa: CONFIADO EN LA FE.

Aparentemente encontramos una equivocación o pleonasma, en esta antigua institución originaria del derecho Romano; sin embargo el sentido estricto de los vocablos señalados es precisamente el tener confianza en que se llevaran acabo los actos encargados y tendremos la obligación de confiar en la fé de un tercero. (*)

(43) DICCIONARIO HISPANICO UNIVERSAL.- Ed. W.N. Jackson, Inc. Méx. 1964. Pág. 658

(*) Considera el suscrito, que gran parte de los actos jurídicos que pueden realizar los seres humanos, necesariamente han de descansar en la buena fe, mas aún; entratándose del acuerdo de voluntades, es decir, el acto por el cual dos o más personas acuerdan crear derechos y obligaciones y dan valor jurídico a esa determinación plasmándola en un contrato, convenio, declaración unilateral de la voluntad y/o cualquier acto que produzca efectos jurídicos entre las partes, ya que de no presumirse la buena fe de los contratantes ¿como sería posible realizar cualquier clase de contrato ?.

Así también, se entiende el fideicomiso en razón de la semántica del Derecho Mexicano como: Contrato mediante el cual una persona, el Fideicomitente, destina ciertos bienes a un fin lícito determinado, encomendando la realización de ese fin a una Institución Fiduciaria.(44)

Por su parte, Rafael de Pina, nos otorga una definición bastante clara a saber : "Acto mercantil mediante el que una persona -física o moral - destina ciertos bienes a la realización de un fin lícito determinado, encomendando ésta a una Institución Fiduciaria (Ley General de Títulos y Operaciones de Crédito, art. 346)" (45)

Evidente es, que de la susodicha transcripción se condensan las siguientes deducciones: Que es un verdadero Contrato; la existencia de una persona que lo origina, que tiene un fin definido; y, que está bajo una responsabilidad moral determinada.(*)

(44) CODIGO DE COMERCIO Y LEYES COMPLEMENTARIAS, Ed. PORRUA. Méx. 1990. Pág. 330.

(45) DE PINA RAFAEL.- Diccionario de Derecho. Ed. PORRUA. 1a. ed. Méx. 1965. Pág. 138.

(*) Al decir : "Una responsabilidad moral determinada", quiero decir, que la Institución Fiduciaria, dada su amplia solvencia moral, es quien se encargará de cumplir

A mayor abundamiento y no obstante lo ya referenciado, es elemental plantear qué es el Fideicomiso desde el punto de vista jurídico en el área del Derecho Mercantil. De tal forma cito lo que establece el Artículo 346 de la Ley General de Títulos y Operaciones de Crédito que dispone: (46) "En virtud del fideicomiso, el Fideicomitente destina ciertos bienes a un fin lícito determinado, encomendado la realización de este fin a una Institución Fiduciaria".

Expuesto lo anterior, propongo definir al Fideicomiso: Como el acuerdo de voluntades por medio del cual una o mas personas físicas o morales llamadas fideicomitente(s) transmiten ciertos bienes y derechos a una Institución Fiduciaria, para que realice ciertos fines lícitos y determinados en favor del propio fideicomitente o de uno o mas terceros, a quienes se denominará Fideicomisarios. Cabe señalar y es propio aclarar que de acuerdo con la legislación vigente, el fideicomitente puede ser el propio beneficiario del

fielmente el encargo de la persona que pone en manos de la fiduciaria sus bienes y derechos.

(46) CODIGO DE COMERCIO Y LEYES COMPLEMENTARIAS. Ed. PORRUA. Méx. 1990. Pág. 330

acuerdo de voluntades, es decir que sin traba legal alguna puede tomar la figura de fideicomisario o bien el o los terceros que elija.

Así, una vez señalados los orígenes del vocablo, podremos entender que en el derecho mexicano, el fideicomiso se comprende como un contrato en el que una persona llamada fideicomitente destina ciertos bienes a un fin lícito y determinado, y para llevar a cabo dicha tarea se nombra una Institución Fiduciaria.

Nótese, que no es limitativa la definición antes mencionada, puesto que al hablar de personas en su primera parte, no señala que han de ser físicas precisamente, sino que deja abierta la posibilidad a que sean personas ya físicas, ya morales, incluso de cualquier carácter, es decir públicas o privadas; así mismo, al referirse a bienes tampoco existe una limitación y hablar de bienes y solo por citar algunos, sabemos que los mismos pueden ser muebles o inmuebles, y dicha palabra extiende su amplio sentido.

Es decirse, que la palabra bienes, implica la universalidad de adquisiciones de una persona, ya física,

yá moral; y que hablandose de universalidad, debemos entender toda la esfera jurídica que gira alrededor de los derechos de propiedad y de posesión. Es decir, que entonces estamos en presencia del concepto jurídico de "Patrimonio".

Entonces, tenemos, que el patrimonio se integra por : Propiedades, posesiones, derechos, acciones por ejercer, créditos por cobrar, créditos por recibir, derechos, obligaciones; en fin ; todos los derechos, propiedades y posesiones presentes o futuros que tenga una persona, son bienes susceptibles para darlos en fideicomiso. Se exceptuan los bienes personalísimos.

En cuanto hace al beneficiario, también las posibilidades del contrato son impresionantes, ya que :

- Puede ser fideicomisario el mismo fideicomitente.
- Pueden designarse, uno, dos o más fideicomisarios.
- Pueden designarse una pluralidad de fideicomisarios, simultáneamente o sucesivamente.

En cuanto se refiere a la Institución que ha de velar por el debido cumplimiento de las instrucciones del fideicomitente:

- Esta puede ser o no designada al momento de establecerse el fideicomiso (testamentario).

- Puede el fideicomitente, señalar una o más instituciones fiduciarias.

- Pueden nombrarse fiduciarias sustitutas.

De tal manera tenemos, que de la simple lectura del articulado de la LEY GENERAL DE TITULOS Y OPERACIONES DE CREDITO, (47) en lo que al fideicomiso se refiere; inmediatamente se evidencia, que es un instrumento jurídico gigante, en el que la voluntad de los contratantes y la autonomía que se da a dicha voluntad privada, es tan magnificente y amplia que podemos señalar sin temor a equivocarnos que no hay otra figura jurídica tan versátil en el derecho Mexicano.

Por ser el fideicomiso una figura jurídica, que aún como hemos visto procede del derecho Romano, su antecedente directo en la legislación Mexicana, proviene inspirada del "Trust" anglosajón, considero importante e

(47) CODIGO DE COMERCIO Y LEYES COMPLEMENTARIAS. Ed. PORRUA. Méx. 1990. Pág. 229

imprescindible citar textualmente al autor José Alfredo Domínguez Martínez (48) cuando dice que es : "Derecho de dominio de bienes muebles e inmuebles que una persona tiene en favor de otra"; como una definición no técnica que en el derecho anglosajón se da al término "Trust". Pues, dicha acepción es limitada, ya que como el autor en cita comenta, en los usos anglosajones, por el mismo vocablo se puede usar para designar grandes combinaciones económicas y financieras que tienden a la creación de los monopolios de la industria, la banca o el comercio.

El mismo autor define al "Trust", como cita Domínguez Martínez en la señalada obra , misma que es aceptada por los diversos autores en la que se encuentra en el "RESTATEMENT OF TRUST", A SABER : "Un <trust> es un estado de relación fiduciaria respecto a bienes, que sujeta a la persona por quien dichos bienes son poseídos, a deberes de equidad al manejar dichos bienes para beneficio de otra persona, lo cual se origina como resultado de la manifestación de la intención de crearlo".(49)

(48)DOMINGUEZ MARTINEZ JORGE A.; EL Fideicomiso. Edit. Porrúa. 4a.ed.Méx. 1994. pag.139.

(49) Op.Cit.Dominguez Martinez, cita el Vol. I, "TRUST", ED.1935, pág 6.

De tal forma , que vistas múltiples definiciones y acepciones que a la palabra de fideicomiso se dan, que como se ve, en este apartado, van desde la "Fé en la confianza"...; en el derecho Romano, hasta la " combinaciones económicas y financieras".. en el derecho Anglosajón; nosotros podemos definirlos tratando de que se dé el significado más exacto, sin abundar en palabras complicadas de la siguiente forma :

" El fideicomiso : Es una acto por medio del cual, una persona da a un Banco autorizado, bienes y propiedades; para que esta institución fiduciaria haga con esos bienes las instrucciones que le dé el otorgante..."

Desde luego, que puede verse sumamente simple dicha definición en palabras del suscrito, sin embargo, es sumamente importante, que las cosas puedan entenderse lo más fácilmente posible y sin exageración de tecnicismos; ahora bien, considero que dicha narración es completa y que incluye todos los elementos de la definición legal citada anteriormente como a continuación se vé:

" El fideicomiso : Es una acto por medio del cual, una persona (entiendase FIDEICOMITENTE) da (OTORGA) a un Banco(lease INSTITUCION FIDUCIARIA LEGALMENTE AUTORIZADA PARA ELLO), bienes y propiedades (TODA POSIBLE ADQUISICION DE UN SER HUMANO O PERSONA MORAL PERMITIDOS POR LA LEY); para que esta institución fiduciaria haga (ES DECIR, QUE SEA UN FIN LICITO Y DETERMINADO) con esos bienes las instrucciones que le dé el otorgante(QUE LOS TRANSMITA...EN PROPIEDAD, ARRENDAMIENTO, USUFRUCTO, COMODATO, DEPOSITO, GUARDA, GARANTIA, ETC., ETC. AL BENEFICIARIO QUE SE DENOMINA FIDEICOMISARIO)...".

Por que,... para que hacer las cosas tan dificiles (no para nosotros), si podemos tambien tratar de dar explicaciones sencillas, para que nuestra gente, nuestra nación y la población que en ella habita y que como sabemos; los mexicanos estamos deficientemente preparados. Así para que la gente pueda entender los beneficios jurídicos de realizar ciertos actos, como lo es el uso del fideicomiso en las diversas operaciones que se hacen en la vida.

Para los efectos jurídicos del presente trabajo, la definición a la que el suscrito se avocará será a la dada anteriormente.

2.4.-ELEMENTOS DEL FIDEICOMISO

El fideicomiso, como contrato, dentro de nuestra legislación Mexicana, se encuentra afectado de todas las características que en nuestra ley son necesarias para expresarse el acuerdo de voluntades, para adecuarse al artículo 1792, del Código Civil para el D.F. (1) que textualmente señala:

" Convenio es el acuerdo de dos o mas personas para crear, transferir, modificar o extinguir obligaciones..."(50).

Aunque nosotros consideramos que al legislador le ha faltado técnica legislativa al definir al convenio el cual es fuente generadora de obligaciones ya que al redactarse que : " ...Es un acuerdo de dos o mas personas..."; cuando debería de señalar que se trata de una acuerdo de dos o mas voluntades. Por otro lado el artículo 1793, del señalado ordenamiento dispone que : "...los convenios que crean y transfieren derechos y obligaciones reciben el nombre de contratos..."

(50) CODIGO CIVIL DEL DISTRITO FEDERAL.- Ed. PORRUA. Méx. 1986. Pág. 325

Está bien claro que para constituir un fideicomiso, es necesaria la expresión de dos o mas voluntades y que al hacerlo está realizando un acto que produce efectos jurídicos y que afecta los bienes de la persona que otorga dicho instrumento; así mismo es también necesaria la aceptación por parte de una institución fiduciaria para realizar con dichos bienes las instrucciones del fideicomitente, ya que; a reserva de discutir sobre las diferentes definiciones de la acepción "FIDEICOMISO", enunciaré a continuación la que se contiene en el cuerpo legislativo denominado CODIGO DE COMERCIO, en la LEY GENERAL DE TITULOS Y OPERACIONES DE CREDITO, en su artículo 346:(51)

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

En consecuencia tenemos, que como cualquier contrato, aunque en el caso del Fideicomiso, este es de caracter mercantil, (52) dada la personalidad de los

(51) CODIGO DE COMERCIO.- Ed. PORRUA. Méx. 1990. Pág. 330

(52) Vease Artículo 1 de la Ley General de Títulos y Operaciones de Crédito, incluida en el Código de Comercio Página 229

contratantes, es necesario que se cumplan los requisitos establecidos en el Código Civil; requisitos esenciales que debe tener todo contrato, según el artículo 1784 y que son :

-Consentimiento.

-Objeto que pueda ser materia del contrato.

De lo establecido hasta ahora, se desprenden tres elementos necesarios del fideicomiso, a saber:

- 1.- ELEMENTOS PERSONALES DEL FIDEICOMISO.
- 2.- ELEMENTOS MATERIALES DEL FIDEICOMISO.
- 3.- ELEMENTOS FORMALES.

2.4.1. Los elementos personales del Fideicomiso son tres son aquellas voluntades o beneficiarios, que ordinariamente intervienen en el contrato de Fideicomiso:

- a) FIDEICOMITENTE.
- b) FIDUCIARIO.
- c) FIDEICOMISARIO.

2.4.2. Los elementos materiales del Fideicomiso son:

- a) LOS BIENES FIDEICOMITIDOS
- b) LOS FINES DEL FIDEICOMISO

2.4.3. Los elementos formales del Fideicomiso son que:

El fideicomiso debe constar por escrito y que la fiduciaria necesariamente debe ser una institución de crédito autorizada para realizar éstas operaciones.

2.4.1. Así explicamos a continuación los elementos personales del fideicomiso.

Con la intención de ser lo más objetivo y toda vez que la Ley General de Títulos y Operaciones de Crédito en su Artículo 349 estatuye quienes pueden ser Fideicomitentes, se transcribe a la letra:

2.4.1. a) "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".

De lo anterior, se procede a analizar quienes pueden ser fideicomitentes y las características principales de esta persona dentro de la figura jurídica.

Pueden ser Fideicomitentes, las personas físicas o morales.

La Ley establece como requisito indispensable que tengan la "...Capacidad necesaria para la afectación de bienes...", es decir, que el Fideicomitente tenga la capacidad, de ejercicio suficiente para celebrar el contrato y en el caso, de que dicha capacidad se encuentre limitada; que se llenen los requisitos señalados en el derecho común o en la legislación especial, para poder ejercitar tal derecho. Además, es necesario que el Fideicomitente este facultado para afectar o disponer de los bienes o de los derechos sobre los cuales va a realizar el Fideicomiso.

Las autoridades judiciales o administrativas también pueden ser fideicomitentes como hemos visto. Esto facilita a las autoridades un instrumento para cumplir mejor con el cargo que se le ha conferido para la conservación, administración, liquidación, reparto o enajenación

de determinados bienes o bien cuando se trate de otras personas que no sean autoridades pero con la misma facultad.

Los derechos y facultades mas importantes del fideicomitente estan regulados en la Ley General de Titulos y Operaciones de Crédito y son :

1.- Establecer los fines del fideicomiso (art. 348 de la ley en cita); lo anterior se produce en razon desde luego, a que es el fideicomitente el facultado o propietario de los bienes o patrimonio que estan sujetos al fideicomiso y que deberá entregar a la fiduciaria para que esta lo cumpla en sus términos.

2.- Designar a uno o varios fideicomisarios. tratándose de pluralidad de fideicomisarios, puede, pactarse que los beneficios del Fideicomiso lo reciban simultánea o sucesivamente, con la modalidad de que se prohíben los Fideicomisos en los cuales el beneficio se concede a diversas personas simultáneamente, las cuales deban sustituirse por muerte de la anterior, salvo en el caso de que la sustitución se realice en favor de

personas que estén concebidas ya, a la muerte del fideicomitente. (Artículo 348, párrafo segundo de la L.G.T. y O.de C.). Lo anterior también es muy lógico, toda vez que es el fideicomitente el que va a determinar el destino del patrimonio que está entregando a la fiduciaria, debiendo indicar al o a los beneficiarios denominados fideicomisarios.

3.- Otro de los derechos y facultades es el de reservarse determinados derechos sobre la materia del fideicomiso los cuales no estarán afectados al referido acto jurídico (Artículo 351 L.G.T. O.C.).

4.- Prever la formación de un Comité Técnico o de Distribución de Fondos, dar las reglas de su funcionamiento y fijar sus facultades. (Artículo 80, Párrafo 3o. de la Ley de Instituciones de Crédito). El Comité Técnico o de Distribución de fondos de un Fideicomiso, es un órgano colegiado que se integra generalmente por un número impar de personas designadas por el fideicomitente, cuya finalidad principal consiste en instruir al Fiduciario respecto del destino que deba dar al patrimonio del fideicomiso; tendrá las obligaciones y facultades que el propio fideicomitente le imponga y otorgue en el

constitutivo del fideicomiso o en el acto posterior. Cuando la Institución Fiduciaria obre ajustándose a los dictámenes a acuerdos de este comité, estará libre de toda responsabilidad.

5.- Exigir al fiduciario el cumplimiento de la obligación que tiene de rendir cuentas de gestión, cuando se haya reservado expresamente este derecho en el acto constitutivo o en las modificaciones del mismo.

6.- Designar a la, o a las instituciones fiduciarias para que desempeñen el cargo.

En caso de incumplimiento, exigir a las contrapartes el cumplimiento o la rescisión del fideicomiso, con el resarcimiento correspondiente de los daños y perjuicios causados. (Artículo 1949 del Código Civil y los artículos 2108 y 2109 del mismo ordenamiento.)

7.- El revocar el Fideicomiso cuando se haya reservado ese derecho. (Artículo 357, fracción VI de la L.G.T.O.C.)

8.- Constituir el Contrato de fideicomiso sin señalar previamente fideicomisario. (Artículo 347 de la L.G.T.O.C.) En relación con el precepto legal, consideramos pertinente que el mismo fuese

mas claro, en razón a que indique que, en su caso, el fideicomitente designará oportunamente a el o los fideicomisarios.

9.- Remover al fiduciario. El artículo 138 de la Ley General de Instituciones de Crédito y Organizaciones Auxiliares, estipula que si la institución fiduciaria no rinde cuentas de su gestión, en determinadas situaciones y plazos, proceda su remoción y el Fideicomitente puede reservarse en el acto constitutivo del fideicomiso, o sus modificaciones el derecho para ejercitar esta acción.

2.4.1. b) En relación a los elementos personales del fideicomiso, vemos a continuación a la siguiente voluntad que interviene en el contrato del fideicomiso y que es el fiduciario.

El fiduciario es actualmente la Sociedad Anónima que tiene una titularidad de los bienes o derechos dados en fideicomiso, encargándose de la ejecución de los fines del fideicomiso. En realidad y en efectos prácticos es el administrador de los bienes que el fideicomitente destina y afecta en fideicomiso.

El Dr. Raúl Cervantes Ahumada define al fiduciario como "La persona a quien se encomienda la realización del fin establecido en el acto constituido del fideicomiso y se atribuye la titularidad de los bienes fideicometidos.

Artículo 350 párrafo primero, de la Ley General de Títulos y Operaciones de Crédito expresa en su parte relativa : "...Solo pueden ser fiduciarias las instituciones expresamente autorizadas para ello, conforme a la Ley General de Instituciones de Crédito..."

De lo anterior, se deduce que en México sólo pueden ser fiduciarias una Institución de Crédito.

En mi opinión "El fiduciario es una Institución de Crédito encargada por el Fideicomitente de realizar el fin del Fideicomiso, para lo cual tendrá la titularidad de los bienes y derechos afectados a dicho fin".

Es importante señalar que la facultad de designar fiduciario, corresponde directamente al fideicomitente y, 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 competente en lugar

en que estuvieren ubicados los bienes, de entre las Instituciones expresamente autorizadas conforme a la Ley.

De entre los mas destacado de los derechos, facultades y obligaciones de la fiduciaria tenemos que las facultades del fiduciario, para efectos de este estudio, se clasifican en:

- FACULTADES EXPRESAS

..... FACULTADES TACITAS

FACULTADES EXPRESAS DEL FIDUCIARIO: Son todas aquellas que le otorga el Fideicomitente en el acto constitutivo del fideicomiso.

El artículo 356 de la Ley General de Títulos y Operaciones de Crédito, señala en forma genérica que:

"La Institución fiduciaria tendrá todos los derechos y acciones que se requieran para el cumplimiento del fideicomiso, salvo las normas o limitaciones que se establezcan al efecto, al constituirse el mismo; estará obligada a cumplir dicho fideicomiso conforme al acto constitutivo; no podrá excusarse o renunciar a 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."

En consecuencia estas facultades deberán constar expresamente por escrito en el contrato mismo; como dispone el artículo 1803 del Código Civil para el Distrito Federal.

FACULTADES TACITAS DEL FIDUCIARIO: Son aquellas que no estando limitadas por el fideicomitente en el acto constitutivo o en sus reformas, corresponden a todo propietario; lo anterior se fundamenta en el hecho de que el Fiduciario adquiere la titularidad de los bienes afectados por el fideicomitente a las finalidades del fideicomiso.(53). Tal y como si se tratara de un patrimonio propio.

En este sentido, concluimos que la Institución fiduciaria tendrá todas las facultades que expresamente le otorgue el fideicomitente en el acto constitutivo y las que la Ley le otorga siempre y cuando no esten limitadas.

(53) CODIGO DE COMERCIO (Ley general de Títulos y Operaciones de Crédito) Págs. 330-334

Tienen este carácter de facultades tácitas :

1a.- El obrar como dueño del patrimonio recibido del fideicomitente como lo haría un buen padre de familia procurando en todo tiempo la conservación de dicho patrimonio.

2a.- Defender dicho patrimonio en todo acto.

3a.- Realizar las diligencias necesarias a efecto de la conservación del referido patrimonio.

Como obligaciones principales del fiduciario tenemos (54):

1a.- En primer término deberá cumplir la voluntad del fideicomitente, en los términos de como quedó plasmado en el acto constitutivo del fideicomiso.

2a.- Además la fiduciaria debe ajustarse a las reglas de operación de las instituciones fiduciarias que marca la Ley.

3a.- Decidir y actuar discrecionalmente, eligiendo con su propio criterio, la conducta más acertada al logro del fin del fideicomiso; como si fuera el propietario amenos que tenga disposiciones u

ordenes expresas del fideicomitente, pues en este supuesto deberá acatar en sus términos.

4a.- Debe procurar el control y conservación de los bienes: El fiduciario está obligado a adoptar las medidas necesarias para mantener el control de los bienes; evitando su dilapidación y debiendo responder ante los fideicomisarios en cualquier caso.

5a.- Deberá además actuar conforme a sus disposiciones organizativas internas del tal suerte que el fiduciario está obligado a registrar en su contabilidad los fideicomisos que celebre y el producto de ellos se hará constar en una cuenta especial para cada fideicomiso a efecto de dar el destino convenido.

6a.- La fiduciaria debe separar e identificar los bienes de cada fideicomiso y obviamente el patrimonio del fideicomiso no forma parte del patrimonio de la institución fiduciaria. Y de tal manera que para resolver el problema de cual es el destino del derecho de propiedad que sobre los bienes objeto del fideicomiso tenía el fideicomitente y en su caso determinar en que grado los transmite a la fiduciaria; para nosotros

queda claro que el fin u objetivo primordial de esta figura consiste en que el o los fideicomisarios adquieran la propiedad de los bienes fideicomitidos; toda vez que la naturaleza propia del fideicomiso garantiza al beneficiario o a los beneficiarios el amparo de una serie de derechos de crédito contra la institución fiduciaria. Principalmente en el sentido de que esta debe cumplir el objeto del fideicomiso a su favor. Por lo que concluimos con el Dr. Raul Cervantes Ahumada que : "...El fideicomiso es un negocio jurídico por medio del cual el fideicomitente constituye un patrimonio autonomo, cuya titularidad se atribuye al fiduciario para la realización de un fin determinado..." ; precisando despues el mismo maestro que lo que debe entenderse por patrimonio autonomo y entiende que es aquel que : "...es distinto de otros sobre todo, de los patrimonios propios de quien interviene en el fideicomiso..." Por lo que concluye y nosotros con él "...El fiduciario es titular no propietario..." y por titularidad se entiende la cualidad jurídica que determina la entidad de poder de un persona sobre un derecho

pluralidad de derechos dentro de una relación jurídica..."(55).

7a.- Cuidado y pericia: El fiduciario, al administrar el Fideicomiso, está obligado a ejercer con cuidado y la pericia que un hombre de prudencia normal emplea en el manejo de sus propios bienes.

8a.- El Fiduciario deberá cubrir los intereses que se devenguen y los préstamos con ellos garantizados, así como también deberá pagar los impuestos que los mismos bienes causen.

9a.- El fidduciario tiene la obligación de invertir los fondos del fideicomiso en la forma en que produzcan el mayor rendimiento posible o siguiendo las instrucciones del fideicomitente.

10a.- El fiduciario deberá invertir los fondos del fideicomiso, si así se pactó, procurando la obtención de ingresos sin correr riesgos de pérdida de capital, partiendo de tres elementos esenciales : cuidado, prudencia y precaución al realizar las inversiones.

11a.- Además la fiduciaria debera rendir cuentas de su gestión.

2.4.1. c) EL FIDEICOMISARIO es otro sujeto del fideicomiso, que debemos de examinar es el fideicomisario y para ello, debemos de saber lo que significa dicho término, así como sus derechos y obligaciones.

Legalmente se establece que fideicomisario pueden ser las personas físicas o jurídicas que tengan la capacidad necesaria para recibir el provecho del fideicomiso.

Por lo que habrémos de analizar la capacidad de los fideicomisarios, ya que en principio es la única condicionante que la ley establece.

En nuestro derecho positivo, la capacidad es la regla y solo por excepción, es que se establece en norma expresa, la capacidad puede estar limitada pero la regla general nos enseña que toda persona física o moral en pelno ejercicio de sus derechos y con capacidad de goce y/o ejercicio puede tener la capacidad de fideicomisario respecto del contrato llamado fideicomiso; recordemos pues que la capacidad debe ser entendida en sentido lato o sentido amplio, como la aptitud o facultad de una persona física o moral para ser titular de derechos y

obligaciones y, para que en su caso pueda ejercerlos por sí misma o a través de un apoderado o representante legal. Naturalmente que de este concepto genérico de capacidad se deriva la existencia de dos especies particulares de ella, como lo son :

1) CAPACIDAD DE GOCE : Que puede ser entendida como la aptitud o facultad de una persona de ser titular de derechos y ejercitarlos a través de su representante legítimo; y

2) CAPACIDAD DE EJERCICIO : La que puede describirse como la aptitud o facultad para ser titular de derechos y obligaciones y poder ejercerlos por sí mismo(a) o a través de un apoderado o representante legal.

En consecuencia, todo sujeto jurídico puede ser fideicomisario.

El fideicomisario es la persona que en virtud del contrato de fideicomiso o acto posterior debe recibir los beneficios derivados del cumplimiento del encargo, y eventualmente, los bienes fideicomitidos al vencimiento del término estipulado.

El fideicomisario debe ser una persona capaz de recibir derechos, lo que nos conduce a afirmar que toda

persona física o moral puede ser fideicomisario, con las limitaciones expresamente establecidas en la ley. Un incapaz de ejercicio, un menor de edad, por ejemplo, podrá ser fideicomisario sin dificultad alguna y actuará ante el fiduciario y ante terceros, através de su representante legal.

Por último también debemos decir que el fideicomitente puede decidir y señalarse como fideicomisario respecto del contrato de fideicomiso que está celebrando con la fiduciaria, es decir que la persona del fideicomitente puede ser a la vez el fideicomisario o beneficiario del patrimonio que entrega a la fiduciaria; lo anterior siguiendo el principio jurídico : " De que lo que no está prohibido por la ley, esta permitido.." Siendo que además la ley general de títulos y operaciones de crédito es omisa al respecto.

De entre los derechos del fideicomisario destacan como mas importantes los siguientes :

1.- Recibir el beneficio que en su favor se derive del fideicomiso .

2.- Decidir o participar en las decisiones relativas a la ejecución del fideicomiso, en la medida en que haya previsto el acto constitutivo .

3.- Exigir el cumplimiento de su encargo a la Institución Fiduciaria.

4.- Impugnar la validez de los actos que la Institución Fiduciaria realice en perjuicio del fideicomisario o de mala fé, o en exceso de las facultades que le competen.

5.- Perseguir los bienes que hayan salido del patrimonio fideicomitado por mala fé o en ejercicio de las facultades del fiduciario.

6.- Exigir el cumplimiento del fideicomiso.

7.- Demandar la nulidad de los actos que el fiduciario realice en su perjuicio.

8.- Ceder sus derechos de fideicomisario cuando no lo prohíba el contrato.

9.- Requerir cuentas a la Institución fiduciaria de su gestión.

10.- En general : Deberá ejercer todos los derechos que a su favor se deriven del contrato de fideicomiso.

CAPITULO III SIMILITUDES Y DIFERENCIAS ENTRE MANDATO Y FIDEICOMISO

Por tratarse este capítulo en particular de las similitudes y diferencias existentes entre las figuras jurídicas que hemos estudiado debemos distinguir desde un principio que ello es la estructura medular de este trabajo y por ende lo vamos a dividir y a subdividir como a continuación se enumera; interesándonos desde luego en establecer las semejanzas y diferencias sustanciales entre el mandato y el fideicomiso.

3.1.- ASPECTOS SIMILARES.

En primer término en esta subdivisión vamos a retomar pequeña parte de lo que hemos visto en los capítulos anteriores empezando por, como ya vimos; ambas figuras se originan en el derecho romano y tienen su base en la figura jurídica "de la representación" que es la facultad que tiene una persona de actuar, obligar y decidir en nombre o por cuenta de otra produciéndose el milagro jurídico de la multiplicidad en la unidad, obteniéndose a través de ello, una doble ventaja ya que

por parte del representado se da la ovicuidad por la utilización de la habilidad ajena para los propios negocios y por otra parte la del representante a quien se le da la posibilidad de ejercicio de quien pudiera tenerla limitada.

Como vimos en Roma no podía darse la representación en un principio; sin embargo existía la representación indirecta, la figura del mandato sin representación, fiducia y prestación de servicios, figuras en que una persona, podía obligarse a la realización de un acto o hecho jurídico por cuenta de otra, en ese caso los efectos jurídicos solo repercutían entre el mandante y el mandatario y nunca frente a terceros y las figuras utilizadas para ello eran las que acabamos de mencionar.

Posteriormente las necesidades sociales y jurídicas de la población romana van desarrollando paulatinamente el ejercicio de las figuras de la representación (dadas las ventajas que ofrece) y las figuras en comento se van consolidando.

Como vemos ambas figuras nacen en el derecho romano simultaneamente y en común encontramos la cronología y la esencia jurídica de ambas que es la confianza que existe entre las partes para que una de ellas encargue a otra que ejecute los actos jurídicos que le encomiendan mediante la aún incipiente figura de la representación.

3.1.1.- ASPECTOS SIMILARES DE FONDO

Es de capital importancia señalar que al referirnos a la palabra fondo le estamos dando fundamentalmente una connotación de carácter de práctica jurídica; dado que por sí misma y literalmente dicho vocablo quiere decir: "hondo, y hasta parte inferior de una cosa hueca." (56)

Siendo que el sentido que nosotros damos a dicho vocablo es el de buscar la profundidad en todos sentidos

(56) DICCIONARIO HISPANICO UNIVERSAL., w.m. Jackson, inc. Editores. México, 1964. pag. 672.

de las figuras jurídicas a compararse como son el fideicomiso y el mandato.

Fundamentalmente la mayor similitud entre el fideicomiso y el mandato es el ejercicio práctico que ambas tienen sobre la figura de la representación; lo que para comprender adecuadamente, nos implica retomar las definiciones de ambas:

EL MANDATO: Es un contrato por el que el mandatario se obliga a ejecutar por cuenta del mandante los actos jurídicos que éste le encarga.

Definición legal, que es la que nos da el Código Civil para el Distrito Federal citado anteriormente en su artículo 2546.

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

Definición legal que nos da el Código de Comercio, dentro de Ley General de Títulos y Operaciones de Crédito

citados previamente en su artículo 346. Misma que nosotros hemos criticado sanamente en el capítulo correspondiente.

Como vemos en ambas figuras, ambas definiciones son prácticamente iguales en cuanto a sus efectos prácticos de ejecución, como iguales son de fondo; esto es, que una persona a la que le podemos dar el nombre de mandante y/o fideicomitente encarga a otra persona que podemos llamar mandatario o fiduciaria, bienes que deben entenderse como muebles, inmuebles y derechos; para que esta segunda persona en nombre y representación de la primera realice con ellos los actos jurídicos encargados.

Esto es muy sencillo pues hablamos de una persona física o moral que puede dedicarse a realizar actos por cuenta de otros, esto es dentro de una relación práctica de prestación de servicios en virtud de que los actos que realice esta persona son a nombre y por cuenta de otro, sin que dejemos de observar que para llevar a cabo dicha empresa, tiene que disponer de sus recursos propios mas elementales como lo es su propio ser en caso de una persona física o su personal en caso de una persona moral. En consecuencia la prestación del servicio

consiste en la utilización de los recursos humanos y materiales en su caso; de esta segunda persona a la que podemos denominar mandatario o fiduciario; sin que ello implique la realización de un contrato respectivo de prestación de servicios, ya que de por sí ello va implícito en el acto jurídico de que se trate.

Esta segunda persona o sea el mandatario o fiduciario va a realizar actos jurídicos en nombre, por cuenta y en representación de otra, esto es que con bienes y/o derechos que corresponden a otro, va a realizar los actos jurídicos encargados. Al hablar de actos jurídicos debemos entender todo aquello que sea posible y lícito, con bienes respecto de los cuales el representante no tiene la propiedad, es decir que por encargo de otro puede comprar, vender, ceder, transmitir propiedades y/o posesiones, demandar y hacer valer los derechos del cliente, contestar las demandas; en fin todos aquellos actos civiles o de comercio que le hayan sido encargados por su cliente (fideicomitente o mandatario); sin mas limitación que la que sea pactada por las partes y el principio ético-jurídico de la confianza depositada y de actuar como si fuera el propio dueño que busca la preservación de sus bienes.

En dicha inteligencia mandatario o fiduciario, realizan la misma función, por nombre o cuenta de otro hacen los actos jurídicos encargados y ejercitan la misma figura de la representación, en virtud de que como ya dijimos los actos jurídicos surtirán efectos frente a terceros y frente al propio cliente, ya que es él quien reciente los efectos de los actos jurídicos encargados, efectos que el mismo ha autorizado previamente mediante el correspondiente contrato.

En cuanto se refiere a la primera persona (que puede ser física o moral), en su caracter de mandante o fideicomitente es aquel que posee un patrimonio con bienes y/o derechos que por alguna razón no puede no quiere o no sabe llevar a cabo con ellos actos jurídicos que le interesan; y para hacerlo necesita auxiliarse de otra persona física o moral, quien sí pueda y sepa realizar los mismos .

Para ello es necesario que deposite su confianza y en su caso arriesgue parte o la totalidad de su patrimonio solicitando la intervención de otro, mediante la realización y perfeccionamiento de un contrato

relativo a las necesidades e intereses del mandante o fideicomitente, contrato en el que ambas partes fijan el alcance y valor jurídico del mismo, el que puede ser oneroso o gratuito y que dicho contrato será la máxima expresión de la voluntad de las partes. Su norma jurídica.

Por lo que vemos claramente, que la identidad de las partes es similar, ya sea mandante o fideicomitente, ya sea mandatario o fiduciario. Asimismo existe clara identidad en el objeto de estos contratos puesto que en ambos hablamos de que parte o la totalidad del patrimonio de una persona se compromete y que se pone en manos de otro de acuerdo con las necesidades y limitaciones que las mismas partes fijan; entonces tenemos que el objeto del contrato es que una parte se obliga a realizar actos jurídicos en relación a parte o la totalidad del patrimonio de otra, y ello necesariamente implica la identidad del objeto de el contrato.

En cuanto hace a la figura del fideicomisario generalmente este es un inactivo o pasivo participante en el contrato de el fideicomiso (aunque recordemos que excepcionalmente el fideicomitente puede ser al mismo

tiempo el fideicomisario o beneficiario) y que es quien va a recibir los beneficios de dicho fideicomiso. En el contrato de mandato por regla general, ambas partes; mandante y mandatario resultan beneficiados , el mandante en razón de que realiza a través de aquél el acto o actos jurídicos deseados; y el mandatario en razón a que por dicha representación se hace acreedor a un honorario.

Al respecto es de manifestarse la todavía actual confusión y el trabajo doctrinario que al efecto han realizado diversos tratadistas de esta novedosa figura en nuestro sistema jurídico; al respecto Rodolfo Batiza señala :

"Tanta es la semejanza del fideicomiso con el mandato, que se recordará cómo las leyes de 1926, inspiradas en el Proyecto Alfaro, lo definían como un mandato irrevocable y como lo suprema corte no acertó en un principio a diferenciar entre sí a estas figuras..."(57).

(57) BATIZA, El Fideicomiso Teoría y Practica. pag 186 y 187.

Y es que en realidad el uso práctico de dichas figuras es sumamente similar. Ello todo influenciado por el jurista panameño Alfaro, que pretendió la adaptación del <trust> anglosajón a sistemas jurídicos de ascendencia romana y señalaba : "...lo que hace el fiduciario es en resumidas cuentas desempeñar un encargo del fideicomitente, y si de acuerdo con la jurisprudencia el contrato de mandato es aquel por medio del cual una persona se obliga a prestar algún servicio o hacer alguna cosa por cuenta o encargo de otra hay que concluir rectamente que el fideicomiso es en sustancia un mandato, en el cual el fiduciario es el mandatario y el fideicomitente es el mandante."(58). Aun cuando el mismo jurista reconoce que la figura del mandato es insuficiente a abarcar lo que el fideicomiso enmarca claramente y a ello agregó las siguientes similitudes :

-a) La Esencia : La esencia del fideicomiso es la de un mandato irrevocable aunado a la transmisión de los bienes, pues sin ella; no habría acto de confianza.

-b) El Objeto : Que consiste en el patrimonio del fideicomitente entregado.

(58)DOMINGUEZ MARTINEZ, JORGE ALFREDO. El Fideicomiso, Ed. Porrúa, México 1994. Pag.145-146.

-c) El Fin : Que es el realizar con los bienes fideicomitidos las órdenes expresas del fideicomitente.

-d) El Sujeto : El sujeto de la operación contractual es el FIDEICOMISARIO, pues en beneficio del mismo se hace la constitución de aquel.

Mencionó que comparando las definiciones del fideicomiso romano con la del <trust> anglosajón, se deja ver el concepto fundamental : "...Que el fiduciario o <trustee> es esencialmente una persona que cumple un encargo dado por otro a beneficio de un tercero..."(59), concluyendo en definitiva que el fideicomiso es en substancia un mandato . Como contrato "sui generis".(60).

3.2.- ASPECTOS DIFERENCIALES

Hablar de aspectos diferenciales quiere decir buscar y tratar de encontrar la diferencia teorica, práctica y legal que existe entre ambas figuras.

Fundamentalmente y avocándonos a la estructura propia de cada una de las figuras, tenemos que en primer

(59)BATIZA,El Fideicomiso pag.149.

(60)op.Cit. pag. 150.

lugar desde el punto de vista legislativo el mandato lo localizamos en el Código Civil y el fideicomiso lo encontramos en el Código de Comercio específicamente en la Ley General de Títulos y Operaciones de Crédito.

Diferencia fundamental que se da en cuanto a la calidad de la personalidad de los contratantes, esto es que entrándose de un fideicomiso siempre será un acto de comercio, puesto que el artículo 1, 2, 3 y 75 del Código de Comercio citado así lo marca, y por tratarse de una institución fiduciaria generalmente un banco, éste adquiere la calidad y personalidad de comerciante. (61)

No así en el mandato, en el cual es más factible incurrir en error o confusión respecto a la calidad o naturaleza jurídica del contrato, ya que aún cuando se encuentra contemplado dentro del Código Civil, podría convertirse en la práctica en un contrato de carácter mercantil dependiendo de la calidad de las partes que hacen el contrato y el objeto para el cual se hace éste, esto es; que si una de las partes tiene el carácter de comerciante y el mandato que se otorgue es para realizar

actos de comercio hablamos entonces de un contrato civil con efectos mercantiles.

Entonces tenemos que la primer diferencia es la naturaleza del contrato, el fideicomiso es siempre mercantil y el mandato va a ser un contrato civil.

Siguiendo con las diferencias estructurales, el mandato es un contrato que implica la participación de dos partes contratantes, mandante y mandatario...

En el fideicomiso es un contrato en el que se involucran al fideicomitente, el fiduciario, y el fideicomisario o fideicomisarios.

El mandato se reputa perfecto por la aceptación del mandatario que puede ser expresa o tácita, y que tácita será cualquier acto de ejecución del mandato, puede ser escrito o verbal y puede otorgarse cuando es escrito en:

1. Una escritura pública.
2. Escrito privado, firmado por el otorgante y dos testigos ratificado ante notario público o juez o autoridad administrativa.

3. Carta poder sin ratificación de firmas

El mandato verbal, es otorgado de palabra entre presentes con o sin testigos pero debe ratificarse antes de que concluya el negocio (4).

En el fideicomiso a diferencia del mandato es un contrato que necesariamente debe ser por escrito, y que cuando recae sobre bienes inmuebles debe de inscribirse en el registro público de la propiedad y el comercio del lugar donde se encuentren los bienes, puede otorgarse en escritura pública o en contrato privado, siempre el fideicomiso deberá constituirse con una institución fiduciaria, (que aunque no se señale cual, será a elección del fideicomitente o decidirse por un juez competente), las instituciones fiduciarias son aquellas expresamente autorizados con forme a la Ley General de Instituciones de Crédito. Nunca puede constituirse un fideicomiso verbal.

Donde pueden darse dudas mas fundadas respecto a las diferencias entre una figura y otra y hablando de los elementos de validez del contrato, tenemos que existen al respecto diversas opiniones en cuanto a clasificar si el

fideicomiso es un contrato unilateral o bilateral (62). Para la postura primera, autores como Cervantes Ahumada(63) consideran al fideicomiso como contrato unilateral en virtud de que no existe el acuerdo de voluntades de ambas partes, sino que el fideicomiso se constituye a partir de la exclusiva voluntad del fideicomitente. El suscrito considera que dicha opinión no es del todo válida, ya que avocándonos a la definición que nos da el Código Civil para el D.F. citado con anterioridad, el mismo cuerpo legal en cita señala que será unilateral el contrato cuando una de las partes se obliga con la otra y no media contra-obligación. Por lo que a partir de ello, la opinion antes citada queda fuera de la ley aplicable al caso. En consecuencia queda claro, que el contrato de fideicomiso que ahora nos ocupa es de carácter bilateral, ya que intervienen dos o mas partes y que existen entre las partes obligaciones recíprocas. Tal y como marca que deb ser, el artículo 1836 del Código Civil para el Distrito Federal.

(62)DOMINGUEZ MARTINEZ, JORGE ALFREDO. El Fideicomiso, Ed. Porrúa, México 1994. Pag. 39-45.

(63)CERVANTES AHUMADA RAUL, Títulos y Operaciones de Crédito, ED. Herrero, S.A ED, México, 1988.Pag.295.

La diferencia más notable que podríamos señalar, es la situación jurídica que se da en cuanto a los bienes fideicomitidos. Estos es, que en el mandato no necesariamente ha de haber entrega material de un patrimonio o parte de este y en caso de que los haya, la situación jurídica de los bienes es distinta a la que pudiera darse en el fideicomiso, ya que el mandante en su caso deberá tener una instrucción precisa del acto a realizar con dichos bienes; sin embargo, el derecho propiedad queda siempre para el mandante o para aquel a quien el mandante la mando transmitir.

En cambio en el fideicomiso, siempre y necesariamente han de existir bienes que sean materia y objeto del contrato, puesto que sin ellos el contrato es inexistente. Entonces tenemos que para que exista la figura jurídica del fideicomiso es necesaria la existencia implícita del patrimonio, ya que con el es como el fiduciario cumplirá con las obligaciones que contraiga, además de que en ciertos casos el fideicomitente transmite los derechos de propiedad al fiduciario, mas no como titular (propietario) sino como mero cuidador de ellos, lo que si es bien cierto es que a partir del perfeccionamiento del fideicomiso, la

fiduciaria toma posesión de los bienes fideicomitidos, situación indispensable, ya que incluso sin poseer el patrimonio físicamente tiene una posesión jurídica y solo podrá disponer del señalado patrimonio en los términos de las órdenes y cláusulas del contrato respectivo recibidas del fideicomitente.

Una última diferencia, es que generalmente el contrato de mandato es de carácter revocable, aunque existen los irrevocables por excepción, no así el fideicomiso, que es un contrato generalmente no revocable y se revocará solamente por excepción.

3.3 FUSION Y CONFUSION DE AMBOS.

Como hemos visto en este capítulo, ambas figuras tiene sus aspectos similiares y sus aspectos diferentes, tanto en la forma estructural, como en sus elementos personales y formales; sin embargo para los efectos de los siguientes capítulos hemos de considerar que ambas figuras se funden y se pueden confundir siguiendo los razonamientos que se irán virtiendo oportunamente.

Ello por que a pesar de ser diferentes figuras, distinta la doctrina que las ampara, diversa la legislación y otra la naturaleza del acto, trataremos de demostrar que su aplicación práctica es igual, tanto para efectos de operaciones bancarias como para otra clase de fideicomisos.

Al referirme a que su aplicación es igual, me quiero referir específicamente a la aplicación del contrato de mandato, dentro de la figura del contrato de fideicomiso.

Esto quiere decir, que al celebrar un contrato de fideicomiso con una fiduciaria, estamos en realidad celebrando un contrato de prestación de servicios especial(*), como ya vimos en capítulos anteriores. Esto es, que dicho contrato de fideicomiso lleva implícito un mandato, que en términos de un acuerdo bilateral de voluntades, va a ser cumplido además por la fiduciaria. Y necesariamente se implica que estamos encargando a otro que realice actos jurídicos con el patrimonio que para tal efecto entregamos.

De tal forma tenemos que el fideicomiso lleva e implica aparte de lo mencionado a una serie de figuras jurídicas que se interrelacionan dentro de un mismo contrato y cuya relación es íntima, a saber :

- El contrato de fideicomiso es un acto en el que las partes están buscando un resultado concreto, ya sea aleatorio o conmutativo, pero finalmente un resultado concreto. Dicha interacción de voluntades lleva la intención volitiva (valga la redundancia) de producir

(*)De igual forma al celebrar un contrato de mandato, también implícito lleva la prestación de servicios, puesto que dentro de las obligaciones que nacen de este tipo de contratos, son de las denominadas de "Hacer".

efectos jurídicos(*) entre ellas, en consecuencia, el fideicomiso es un negocio jurídico.

- El fideicomiso es un contrato que necesariamente implica la representación de dos de las tres partes que se involucran en la contratación. Ya que tanto el fideicomitente como el fideicomisario van a ser sujetos de los efectos jurídicos que el contrato y el manejo del fideicomiso, tengan sobre los bienes fideicomitados. Es decir, que es el patrimonio del titular de la propiedad el que va a sufrir los efectos jurídicos (entiendase resultados como antes ya citamos) del contrato, ya que esa es una de las esencias del fideicomiso. Por ello, es que el contrato de fideicomiso es representativo, y que quien detenta la representación es la fiduciaria.

- Es una prestación de servicios, porque atendiendo a la literalidad de las palabras el fiduciario pondrá en beneficio del fideicomitente y del fideicomisario, los recursos técnicos, económicos y humanos que sean necesarios para dar el debido cumplimiento al contrato.

(*)Puede entenderse por efectos jurídicos y de acuerdo con el sentido que se le quiere dar a dicho párrafo, como un resultado concreto de realizar una operación con un Banco que tome el carácter de fiduciario.

Así, que tenemos que el fideicomiso tiene todos los elementos estructurales de un mandato representativo, puesto que la función de la fiduciaria es básicamente la misma : Realizar actos jurídicos a nombre y por cuenta de otra persona. entonces independientemente de los criterios que dicen que el fideicomiso es un contrato de adhesión o unilateral que aún y cuando sea la fiduciaria la que los propone, es el cliente (fideicomitente) quien determina contratar y obligar a que se proceda en consecuencia y todo ello a pesar de que sea la fiduciaria quien propone el contrato. De ahí, la fiduciaria se obliga a realizar con los bienes que el fideicomitente le transmitió, los actos jurídicos por aquel encargados.vgr.:

Suponiendo que en un testamento se impone una clausula fiduciaria y que la misma manda : "Que se otorgue la casa del pedregal en fideicomiso al banco y que se encargue de rentarla hasta que el heredero (Pepe) cumpla la mayoría de edad y hecho que sea , se venda el inmueble y el producto se reparta entre todos los herederos por partes iguales ..."

De acuerdo con el mandato anterior del fideicomitente dicha clausula y con las obligaciones del

De acuerdo con el mandato anterior del fideicomitente dicha clausula y con las obligaciones del fiduciario que le impone la ley, este deberá hacer entre otras cosas :

- 1.- Buscar un arrendatario.
- 2.- Firmar un contrato de arrendamiento en representación del fideicomisario y en su caso, demandar al inquilino.
- 3.- Registrar el contrato y pagar impuestos.
- 4.- Administrar y reservar el producto de la renta para mejoras y mantenimiento del inmueble.
- 5.- Rendir cuentas al fideicomisario al cumplir su mayoría de edad.
- 6.- Vender el inmueble.
- 7.- Distribuir el producto de la venta entre los herederos.
- 8.- Cobrar sus honorarios.

Así vemos que la fiduciaria debe de actuar como un buen dueño y proteger el bien fideicomitado que le fué entregado tal y como si fuera el dueño del mismo. De igual forma ha de cumplir escrupulosamente las intrucciones del fideicomitente y hacer llegar los beneficios al fideicomisario.

Pues bien, como se ha visto, ambas figuras pueden fundirse en el momento práctico de ejecutar las ordenes e instrucciones de un tercero, por eso podemos aseverar que el fideicomiso es una derivación del mandato civil a el mandato mercantil especial, con la transmisión temporal de los bienes fideicomitidos.

CAPITULO IV

CLASIFICACION Y CARACTERISTICAS DEL DIVERSOS FIDEICOMISOS.

Una vez que se han comentado los elementos personales del fideicomiso, estamos en posibilidad de analizar brevemente la clasificación del fideicomiso en función de las personas que intervienen en su constitución y en cuanto a los fines que se persiguen en cada operación fiduciaria.

En virtud de tales razonamientos, podemos clasificar al fideicomiso, como :

-FIDEICOMISO PUBLICO.

-FIDEICOMISO PRIVADO.

4.1.- FIDEICOMISO PUBLICO.

Entenderemos que es el que es constituido por empresas o instituciones del gobierno federal o mejor dicho, por una persona de derecho público, además de los

gobiernos estatales o municipales que integran a nuestra Federación Mexicana, donde las instancias señaladas intervienen como un ente de derecho público.

4.2.- FIDEICOMISO PRIVADO.

Por lo que se refiere al fideicomiso privado, es el que está constituido por una persona física o moral, . . . con fines preponderantemente particulares.

Ahora bien, la figura del fideicomiso tiene una gama casi infinita de posibilidades de uso ; por lo que al ser tan flexible permite al usuario diseñar un fideicomiso de acuerdo a las necesidades de cada persona, convirtiéndolo así en un instrumento de vanguardia; aunque en ocasiones se ha utilizado esta versátil institución para evadir disposiciones constitucionales.

Dentro de otra clasificación del fideicomiso en cuanto a la oferta pública que del mismo se dé, especialmente el fideicomiso aplicado a operaciones bancarias como "mandato de banca de inversión", (tema

que en distinto capítulo será analizado) y atendiendo a dicha clasificación podemos distinguir dos clases :

-FIDEICOMISO ABIERTO.

-FIDEICOMISO CERRADO.

4.3.- FIDEICOMISO ABIERTO.

El primero de los criterios de distinción, es el que establece que el fideicomiso es abierto, cuando no existe limitación o alguna condición especial que, en su caso; pudiera impedir que una persona determinada realice una u otra inversión en un instrumento de banca moderna.

4.4.- FIDEICOMISO CERRADO.

Por el contrario a lo señalado en el párrafo inmediato anterior, podemos considerar que un fideicomiso es cerrado cuando existen condiciones especiales para que el fideicomitente en su caso pueda realizar una inversión determinada , como sería el supuesto de montos mínimos de inversión para determinada operación bancaria fiduciaria.

Por lo que de los últimos dos criterios planteados podemos destacar : Que este criterio de distinción establece; que los fideicomisos o mandatos abiertos son aquellos constituidos por una o varias personas (fideicomitentes o mandantes) , pero que a su vez preveen que puedan incorporarse al mismo otras personas con el mismo carácter, sin que se requiera autorización de los primeros para ello. Por el contrario los fideicomisos cerrados son aquellos en los que no existe la posibilidad de que otras personas, distintas a las que los constituyeron puedan adherirse al mismo .

Considero que ambos criterios son válidos para distinguir los fideicomisos y mandatos abiertos de los cerrados, sin embargo, el fideicomiso abierto es el de más común uso en las instituciones fiduciarias.

4.5.- FIDEICOMISO TRADICIONAL.

Las instituciones de crédito manejan dos grandes tipos de fideicomisos, los primeros son aquellos a los que se ha denominado TRADICIONALES, que son aquellos que se han venido manejando desde hace bastante tiempo y que han recibido dicha denominación para distinguirlos de los

denominados FIDEICOMISOS Y MANDATOS DE BANCA DE INVERSION; a los que en forma breve nos referimos enseguida.

4.6.- FIDEICOMISO Y MANDATO DE BANCA DE INVERSION.

Los fideicomisos y mandatos de banca de inversión, son resultado de los importantes cambios que la economía de nuestro país sufrió en la década de los Ochentas. Efectivamente, el cambiante entorno financiero y la cada vez más creciente inflación en dicha década, obligaron a las Instituciones de Crédito a buscar mecanismo que pudieran dar respuesta ágil y eficiente a la gran demanda que existía por parte de la clientela para el establecimiento de inversiones.

Lo anterior provocó que las áreas encargadas de llevar a cabo el estudio y análisis de operaciones financieras, con el apoyo y participación de diversas áreas de los bancos se crearon instrumentos que permitían dar respuesta a las necesidades señaladas.

Es así como surgen las primeras operaciones fiduciarias de banca de inversión para las cuales la

figura del fideicomiso y del mandato resultaron de gran valía.

La gran versatilidad del fideicomiso y del mandato, permitieron que dichas figuras fueran utilizadas para dar sustento legal a las operaciones de banca de inversión y de esta forma las áreas fiduciarias de las instituciones cobraron una gran importancia.

Antes de entrar al análisis de las diversas operaciones de banca de inversión que hoy en día se manejan por la gran mayoría de las instituciones de crédito, consideramos conveniente distinguir los fideicomisos o mandatos abiertos de los cerrados; como ya lo mencionamos anteriormente.

CAPITULO V

ESQUEMA DE DIVERSOS FIDEICOMISOS Y MANDATOS DE BANCA.

5.1.- FIDEICOMISO, DE GARANTIA.

Es el contrato de fideicomiso, que se realiza por un deudor o un tercero en calidad de fideicomitente, en que transmiten a la Institución Fiduciaria determinados bienes muebles o inmuebles, valores o derechos, para garantizar con ellos el pago de un crédito insoluto en favor de un acreedor, que tomará el carácter dentro del contrato como fideicomisario, es decir beneficiario del contrato y por dicho medio, el acreedor en cuestión verá satisfecho el crédito pendiente.

5.2.- FIDEICOMISO PARA EL MANEJO DE DESARROLLOS DE CONDOMINIOS, CONJUNTOS TURISTICOS Y FRACCIONAMIENTOS.

Contrato de fideicomiso en virtud de cual una o varias personas en carácter de fideicomitentes, concurren a la Institución Fiduciaria a fin de transmitirle la

titularidad de un inmueble y en la que la fiduciaria se obliga a actuar como enlace entre el promotor, el fraccionador, el constructor y los que llegaren a ser los futuros adquirentes. El fiduciario supervisará que sean cumplidos cabalmente los requisitos legales de operación, así como el correcto desarrollo de la obra hasta su completa terminación; agilizará la escrituración que corresponda a los adquirentes, y pudiendo en ocasiones administrar los recursos que se captan con motivo de la venta de lo fraccionado; distribuyendo entre cada una de las partes que intervienen en el proyecto el producto de la venta que proporcionalmente les corresponda.

5.3.- FIDEICOMISO DE PREVISION SOCIAL.

Dentro de este término del contrato de fideicomiso encontramos, fideicomisos de inversión en favor de los trabajadores, que mediante planes de futura jubilación, pensión, pago de prima de antigüedad, y fondos de ahorro; permiten a la persona de que se trate (recordemos que las existen físicas y jurídicas) una correcta planeación financiera y fiscal dentro de la administración de la empresa y que ello implica una serie de beneficios, tales como la deducibilidad y exenciones fiscales, logrando

además de los beneficios mencionados anteriormente la posibilidad de renovar su personal sin tener que indemnizar a empleados que cumplan con sus derechos de antigüedad, en la inteligencia de que para ello esta constituido el fideicomiso en comento.

5.4.- FIDEICOMISO PARA LA INVERSION EXTRANJERA.

El presente contrato de fideicomiso es uno de los más ágiles de los que podemos hablar, ya que a partir de la reglamentación específica sobre inversión extranjera y la regulación de la inversión de los co-nacionales, este esquema contractual permite una rápida y eficiente respuesta a las necesidades de los empresarios aunado a la seguridad jurídica que se brinda a los extranjeros para canalizar sus capitales. Razón por la que la institución fiduciaria tiene el compromiso de crear mecanismos para alentar la inversión de capitales extranjeros, que permitan por una parte asegurar el cumplimiento de las normas nacionales y que no violenten la Constitución General de la República y por la otra parte de asegurar a los extranjeros la seguridad de su inversión así como la obtención de los beneficios que ello conlleva.

Desafortunadamente esta figura ha sido empleada violando en forma indirecta al artículo 27 Constitucional, ya que se ha permitido la participación de capitales extranjeros dentro de las franjas prohibidas; lo que nosotros sanamente criticamos.

5.5.- FIDEICOMISO DE INVERSION.

Mediante este contrato, una persona destina bienes como dinero en efectivo, valores o derechos, para que la Institución Fiduciaria se encargue de administrarlos, así como la custodia de los mismos y la inversión; que serán en beneficio de las personas que hayan sido designadas como beneficiarios o fideicomisarios, en atención a los terminos que se hayan pactado en el contrato.

La finalidad de esta operación contractual, es asegurar el cumplimiento de las instrucciones del fideicomitente en forma eficiente y como ejemplo podemos señalar una pensión alimenticia, educacional, atención y sostenimiento de ancianos, o cualquier otro fin lícito imaginable por el fideicomitente.

Dentro de este marco jurídico, las instituciones fiduciarias con el objeto de captar negocios celebran fideicomisos de inversión mediante los cuales la propia fiduciaria recibe las aportaciones económicas que hace el fideicomitente, para destinarlas a fondos de inversión en aquellos valores que han sido aprobados por el Banco de México, así como aquellos que emita la propia Institución Bancaria, o cualquier clase de valores en los que la Fiduciaria tenga la seguridad que busca su cliente al depositar en ella su confianza.

5.6.- FIDEICOMISO DE CUENTA MAESTRA PARA PERSONAS FISICAS.

Hasta hace poco esta figura era muy utilizada por la banca mexicana pues este contrato de fideicomiso debe analizarse especialmente puesto que su entrada en vigor revolucionó social y económicamente el concepto tradicional de cuentas de cheques. Con el objeto de que dichas cuentas pudieran producir interés, el Banco de México autorizó la creación de un fideicomiso a través del cual se llevaran a cabo las inversiones del fondo fideicomitado, el cual se incrementaría con las inversiones de los fideicomitentes adherentes para

invertirlo en una canasta de inversión y prorratear los intereses que se produjeran, atento a los saldo que mantenga cada fideicomitente.

La anterior estructura, permitió que las Instituciones de Crédito, a través de sus áreas fiduciarias instrumentaran un fideicomiso al cual se le llamaría "CUENTA MAESTRA "; que revolucionó los sistemas tradicionales de inversión en cuentas de ahorros y/o de cheques y que de manera general hemos tratado en esta líneas y que a continuación veremos mediante formas específicas.

El fideicomitente: Será la persona física que contrate con la fiduciaria, el servicio denominado " Cuenta Maestra " mediante la celebración de un contrato de prestación de servicios y a la vez la cláusula de adhesión al contrato de fideicomiso maestro.

El fiduciario : será como hemos visto, la Institución de Crédito.

El Fideicomisario -: Será en primer lugar , el fideicomitente que se adhiere al contrato, en segundo lugar, las personas que el fideicomitente designe; y que serán ellos los beneficiarios del saldo a favor que

exista en la cuenta de suceder el deceso del fideicomitente. En el caso de que los fideicomisarios sean menores de edad, reciban la parte que les corresponde por conducto de su representante legal o bien de acuerdo con las instrucciones del fideicomitente, será conservado en poder y administración de la fiduciaria hasta que cumplan su mayoría de edad, con el beneficio del producto que dicha inversión haya creado.

La materia de este contrato de adhesión, serán las aportaciones económicas que realicen los fideicomitentes, las inversiones que la fiduciaria realice con dichas aportaciones y el rendimiento neto que se obtenga de las inversiones establecidas.

El fin de este contrato consiste en que La Institución Fiduciaria invierta el patrimonio del fideicomiso y sus frutos (intereses) en los instrumentos y porcentajes autorizados por el Banco de México y que el fiduciario entregue al fideicomitente o a su apoderado o a quien corresponda, el saldo disponible que exista en la cuenta, de conformidad con las cláusulas del contrato; aunque para ello debemos de considerar la circunstancia de que hablar de un fideicomiso de inversión y que el

capital que al mismo se aporta, se encuentra invertido en valores aprobados por el Banco de México, en un momento determinado y a juicio del Fiduciario que no considere conveniente el vender dichos valores en atención a la liquidez y condiciones del mercado, podrá abstenerse de realizar la venta en el mercado.

5.7.- FIDEICOMISO DE FONDO DE COBERTURA CAMBIARIA.

Este contrato funcionará básicamente con el objeto de protegerse de las variaciones cambiarias que sufre la moneda en cuanto a la cotización de las distintas divisas y para ello se ideó la creación de un fondo que se invertiría en un contrato de valores de renta fija para prorratear en forma proporcional los rendimientos que produjera, atendiendo a los saldos que tuviera cada inversionista. De tal forma que de existir una brusca variación en el tipo de cambio de la moneda nacional frente a cualquier divisa de la que busque protegerse, el inversionista se encuentra protegido financieramente a dicha circunstancia.

5.8.- FIDEICOMISO DE RENTA FIJA PARA PERSONAS FISICAS.

Es el contrato de adhesión al fideicomiso maestro, el cual permite al fideicomitente utilizar con productividad los recursos que el mismo tenga disponibles en una cuenta de cheques. Aportaciones del fideicomitente que el fiduciario invierte en una cartera de valores seleccionados de renta fija, que da la posibilidad de obtener mejores rendimientos además de liquidez inmediata para el inversionista.

5.9.- FIDEICOMISO EMPRESARIAL PARA PERSONAS MORALES.

Es el contrato de adhesión al Fideicomiso maestro que celebran por una parte como fideicomitente, una persona moral con características empresariales y por la otra la Institución Fiduciaria, con el objeto de invertir en el fideicomiso maestro ciertos bienes de la empresa y beneficiarse en cuanto al rendimiento que dichos valores pudieran aportar, así como la disponibilidad de liquidez en cualquier momento.

5.10.- FIDEICOMISO DE TITULOS DE RENTA VARIABLE PARA PERSONAS FISICAS Y MORALES.

Es un contrato cuyo objeto es el de dar acceso a distintas personas que así quisieran hacerlo, a los valores que se cotizan en la Bolsa Mexicana de Valores ; operación que se hace mediante el siguiente esquema :

El fideicomitente es la persona que acude con la fiduciaria a fin de otorgarle un mandato de inversión, para que la fiduciaria en su nombre y representación efectúe operaciones de compra-venta en la Bolsa Mexicana de valores

Por medio de la adquisición de valores a que nos referimos, la fiduciaria administrará los mismos, buscando dentro de la fluctuación diaria, los mejores rendimientos para el inversionista mediante las operaciones típicas de compra-venta.

5.11.- FIDEICOMISO DE INVERSION EN MONEDA EXTRANJERA.

Es el contrato de fideicomiso realizado dentro de la república mexicana y que se hace en dolares norteamericanos, en el que el fiduciario recibe del fideicomitente, un mandato en el que se le instruye para que mediante una casa de cambio realice inversiones

encomendadas en un instrumento financiero que obtenga mejores rendimientos de los que podrían obtenerse en los Estados Unidos.

Este es un Instrumento financiero ágil, que aunque en moneda extranjera; pretende captar capital y ahorradores nacionales y de esta forma se procura evitar la lamentable y perjudicial fuga de capitales.

Con lo anterior hemos querido dar una exposición general de algunas de las especies de fideicomisos solo para acreditar que se trata de una figura muy versátil y de utilidad práctica; aunque en la ley, a este contrato no se le regula con la amplitud, se deja muy abierto y de ahí deriva precisamente su utilidad práctica en el mundo económico de nuestros días.

CAPITULO VI

NORMATIVIDAD Y REGLAMENTACION ESPECIAL A FIDEICOMISOS

6.1.- LEGISLACION APLICABLE.

La figura del fideicomiso se encuentra regulada por la Ley General de Títulos de Operaciones de Crédito; la cual es una ley especial mercantil. El articulado al que nos referimos se encuentra en el título segundo de la ley en cita .

Remitiendonos al capítulo respectivo, encontramos que escasamente existen catorce artículos.

De tal forma que la legislación es escasa; lo que en aras de ser un contrato de carácter mercantil, deja a los contratantes una más amplia libertad para realizar el contrato en los términos y condiciones que a cada uno mas convienen y/o se ajustan a sus condiciones personales.

Siendo que los artículos específicos y encomento únicamente marcan las directrices esenciales que han de seguir los contratantes, y como veremos posteriormente el Banco de México se ha encargado de llenar algunas lagunas jurídicas de la Legislación.

Me permito transcribir los artículos relativos:

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

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

Art. 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 cuanto no éste previsto en la constitución del fideicomiso, las decisiones se tomarán a 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.

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

Art. 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 substituya. si no fuere posible esta substitución, cesará el fideicomiso.

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

Los bienes que se den en fideicomiso se considerarán afectos al fin a que se destinan y, en

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

El fideicomiso constituido en fraude de terceros podrá en todo tiempo ser atacado de nulidad por los interesados.

Art. 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.

Art. 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.

Art. 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 este 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.

Art. 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 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 parrafo anterior corresponderán al que ejerza la patria potestad, al tutor o al Ministerio Público, según el caso.

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

Art. 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 de párrafo final del artículo 350.

Art. 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 Público de la Propiedad en que aquél hubiere sido inscrito.

Art. 359. Quedan prohibidos:

I. Los fideicomisos secretos;

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

III. Aquellos cuya duración sea mayor de treinta años, cuando se designe como beneficiario a una persona jurídica que no sea de orden público o institución de beneficencia. 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.

Siendo lo transcrito el total de la legislación específica aplicable; Sin que por ello debamos olvidar la legislación general esto es, todo cuanto se contiene en el Código de Comercio, en virtud de que dicho código nos enumera y determina un gran número de reglas que deben contener los contratos mercantiles y que es aplicable supletoriamente a leyes mercantiles especiales como lo es

la Ley General de Títulos y Operaciones de Crédito que nos ocupa.

A esta legislación se le complementa con los acuerdos relativos del Banco de México, que a continuación veremos.

6.2.- CIRCULARES DEL BANCO DE MEXICO.

Dentro del presente punto, será muy importante señalar las disposiciones que dicta el Banco de México, pues tal como lo vimos; la Legislación existente sobre el tema del Fideicomiso es insuficiente para un instrumento tan complejo y de cambiantes formas y modalidades; y que aunque en el capítulo de "cuenta", hablamos de "Normatividad" y podría entenderse limitativamente como legislación exclusivamente, debemos señalar que es muy importante la función que desempeña el Banco de México; ya que como órgano del Estado rector de funciones específicas y muy destacadas de la economía nacional; y dentro de este ramo, tiene facultades de reglamentar los funcionamientos internos y externos de las Instituciones fiduciarias; dentro de lo más destacado al concepto transcribo de las que se mencionan los datos más sobresalientes y que son las siguientes :

6.2.1.- CIRCULAR 1935/85 de fecha 13 de Febrero de 1989 :

Que en su numeral M.5; regula fideicomisos, mandatos y comisiones; señalando en primer término el

destino que deberán dar las instituciones fiduciarias a los fondos aportados por los clientes, estableciendo los casos en que los recursos son susceptibles de encaje legal.

En el numeral M. 51.12; señala que los fideicomisos denominados : "Cuenta Maestra", fideicomiso de inversión abierta y los fideicomisos, mandatos o comisiones de inversión cerrados; todos ellos, no son... susceptibles de encaje legal.

En el numeral M. 51.2; define que el servicio de fideicomiso denominado " Cuenta Maestra ", será el consistente, en el ofrecimiento de manera integral y bajo un mismo número de cuenta diversas operaciones bancarias y que en la prestación de dicho servicio, las instituciones bancarias deberán sujetarse a los siguientes términos :

En el servicio de fideicomiso denominado "Cuenta Maestra ", a cada cuentahabiente se ofreceran diversas operaciones que integran el servicio, señalando de manera precisa la relación existente entre cada una de las operaciones y que todo el servicio será

exclusivamente en Moneda Nacional. Cada servicio de este tipo de fideicomiso, estará a su vez integrado a un fideicomiso de cuenta de inversión. Permitiendo a las Instituciones Bancarias o Fiduciarias, que para tal efecto constituyan uno o más fideicomisos para personas físicas y uno o más fideicomisos para personas morales; en cuyo caso, deberán de informar oportunamente a los clientes, la política de inversión que se sigue para cada caso (En el caso de que sean más de uno el fideicomiso), para que el cliente manifieste de así determinarlo, a que clase de fideicomiso desea adherirse.

Los recursos que capte la Institución Bancaria por concepto del servicio de Cuenta Maestra para personas físicas, deberá la institución integrarlo para los efectos de la inversión en el Fideicomiso correspondiente, a más tardar al segundo día hábil, en el que la institución reciba los recursos.

Por otra parte, en el numeral M.51.3; establece que los fideicomisos abiertos de inversión en valores, serán aquellos en lo que se prevea la adhesión de terceros y se entreguen recursos en Moneda Nacional a la

Fiduciaria, para que a su vez, ésta los invierta discrecionalmente en un fondo común.

El numeral M.51.4. establece que los fideicomisos, mandatos o comisiones de inversión cerrados; serán aquellos cuyos recursos en Moneda Nacional se destinen a adquirir y/o a administrar valores; no permitiéndose el ingreso de terceros una vez que el fideicomiso ha sido constituido. Tal como hubimos mencionado al hablar de los fideicomisos cerrados.

Los instrumentos en que se inviertan los recursos podrán estar inscritos o no en el Registro Nacional de Valores e Intermediarios, no debiendo invertirse en caso alguno en papel comercial sin aval bancario.

En estos fideicomisos, mandatos o comisiones, podrá pactarse que la inversión se realice a discreción de la fiduciaria, o bien, en los términos que expresamente señale el fideicomitente o mandante.

6.2.2.- CIRCULAR-TELEFAX 15/90 del 12 de Marzo de 1990; del banco de México.

Esta circular autoriza expresamente a las instituciones de crédito y/o fiduciarias a adquirir por cuenta propia y sin intermediarios valores emitidos por el gobierno. Es decir que para ello, se les libera de ocurrir a las casas de bolsa.

Así mismo podrán colocar los valores adquiridos entre personas físicas y/o morales, mediante operaciones de reporto; actuando con el carácter de reportadas .

En el numeral tres, impone a las fiduciarias que para el desempeño de los fideicomisos o mandatos , deberán; en los que se refiere a la adquisición de valores gubernamentales, como de títulos bancarios, deberán sujetarse a los dispuesto en el numeral M.5 de la circular 1935/85 (la que vimos anteriormente); en consecuencia las instituciones de crédito, no podrán :

- Adquirir valores para su posterior asignación a terceros.
- Obtener diferenciales a su favor.
- Recibir recursos de clientes a plazo y/o tasa determinados.

En la celebración de operaciones a cuenta del cliente, las instituciones deberán ajustarse a las instrucciones previas y por escrito que reciban de sus clientes, cargando al inversionista exactamente el precio pagado por la propia Institución al efectuar la adquisición de los valores respectivos, pudiendo cobrar las comisiones que libremente determinen con la anterioridad a dicha adquisición.

En la celebración de fideicomisos y mandatos; así como en los contratos de depósito en administración, no deberán operar con papel comercial sin aval bancario, salvo el caso de que cuenten con autorización por escrito del Banco de México y que será la misma para realizar operaciones específicas en las cuales :

- El inversionista tenga pleno conocimiento de las características del papel objeto de la inversión.

- No se trate de operaciones ofrecidas al público en general.

- La institución de crédito de que se trate no asuma riesgo alguno derivado de dichas operaciones.

Las operaciones con valores gubernamentales y títulos bancarios que se realicen en el mercado secundario entre fideicomisos, mandatos o comisiones, aún tratándose de los constituidos en una misma institución, deberán celebrarse con intermediación de dichas instituciones de crédito o de casas de bolsa.

6.2.3.- Circular-telefax 19/90 del fecha 30 de Marzo de 1990; emitida por el Banco de México.

En el numeral 3. de dicha circular establece que en el desempeño de fideicomisos, mandatos o comisiones para la adquisición de valores gubernamentales como de títulos bancarios, las instituciones de crédito encargadas al cumplimiento; no deberán :

- Adquirir valores para su posterior asignación a terceros.
- Obtener diferenciales a su favor.
- Garantizar la percepción de rendimientos por los fondos cuya inversión se les encomiende.

De esta manera como observamos, en realidad el marco jurídico de esta figura del fideicomiso es escaso;

pero para nosotros esto es correcto con las propuestas que en el capítulo correspondiente nos permitimos hacer en cuanto a agregar a los preceptos referidos lo que estimamos falta para tener un marco jurídico sencillo y ágil acorde a la realidad social, económica y de comunicaciones en la que vivimos en nuestros días.

CONCLUSIONES GENERALES.

Despues de haber desarrollado los aristas mas importantes de la figuras juridicas analizadas, asi como de aquellas que se relacionan intimamente con dichas figuras centrales de este trabajo como son el fideicomiso y el mandato tales como los actos juridicos, la relación contractual, los convenios, la representación y otras.; de tal manera que podemos deducir las siguientes conclusiones :

1a) El mandato, es la figura jurídica que en su evolución histórica se combina perfectamente con la figura de la representación; hasta quedar ambas figuras (dentro del mandato) plenamente integradas y producir el resultado abstracto de la homogeneidad tanto en la teoría como en la aplicación práctica.

2a) Resultado de la homogeneidad señalada, tenemos diversas teorías que tratan de explicar lo que se denomina el milagro jurídico de la multiplicidad en la unidad, es decir; la ficción jurídica de que la conducta de una persona (en sentido lato) produzca sus efectos

jurídicos en otra persona diferente. Sin embargo es de distinguirse que representación y mandato tienen diferencias marcadas y partiendo de la base de la definición estudiada que da el maestro Manuel Borja Soriano, podemos evidenciar dos situaciones jurídicas, a saber :

- La representación no implica legalmente la existencia de un mandato; sin embargo:

- la existencia del mandato implica necesariamente la existencia de la representación como esencia del mismo.

De manera que podemos señalar " Que todo mandato es representación, pero no toda representación es mandato".

3a) En cuanto a las clases de representación que el Código Civil estudiado nos obsequia, señalamos en sana crítica; que en nuestra opinión no compartimos dicha clasificación en virtud del mal uso del lenguaje y significados que el legislador da, ello considerando que las tres clases de representación : "la voluntaria, la legal y la oficiosa" todas ellas son "legales", en virtud de estar contenidas dentro de un cuerpo legislativo que es ley, y específicamente hablando, decir que una representación es legal nos señala indirectamente que las

otras no son legales o mas bien son ilegales. En consecuencia se propone la modificación a dos clases de representación :

-LA REPRESENTACION JUDICIAL NECESARIA : Que es la que obliga a ciertas personas a representar a otras como a los incapaces y otros . A la que se le llama "representación legítima".

-LA REPRESENTACION JUDICIAL NO NECESARIA : Entendiendo por ella, que las partes convienen en que una de las partes se haga cargo de los asuntos jurídicos de otra o, en su caso; que una persona de motuo propio se haga cargo de los asuntos de otra, esperando a que esa otra pueda y este en condiciones de hacerse cargo de sus propios asuntos.

4a) En cuanto al mandato podemos concluir del mismo que es la figura jurídica en la que una persona con representación de otra, realiza los actos jurídicos que esta le encarga, en responsabilidad y afectación del patrimonio del encargante o poderdante.

5a) Dentro de la tradición romanista, tenemos que el fideicomiso nace como una figura jurídica creada para evadir (ya desde entonces) diversas disposiciones legales

de carácter sucesorio, siendo el caso de que el testador le dejaba bienes a un heredero para que éste los transmitiera a otra persona incapaz o que por ley, no podía heredar.

6a) Sin embargo, como figura noble del derecho; el uso de la misma en su evolución histórica ha encontrado mucho. . . aplicaciones prácticas, eficientes y convenientes para los usuarios de la misma.

7a) En virtud de un fideicomiso, encontramos que el mismo, igual que el mandato implica la esencia de la representación dentro del mismo; representación de por sí mucho mas amplia que la del mandato; ello en virtud de la situación patrimonial de los bienes fideicomitidos, de los que el fiduciario es titular .

8a) Mandato y Fideicomiso, como actos consensuales, obligan a reflexionar sobre la naturaleza jurídica de la voluntad; ambos son en consecuencia: la manifestación de la voluntad a efecto de producir resultados jurídicos determinados; lo que es decir que son negocios jurídicos. La especie dentro de diversos géneros que van de lo particular a lo general:

9a) Como en las partes relativas se mencionó, hicimos respecto a la definición del fideicomiso, sanas críticas y observaciones; siendo de ellas destacable que en la definición legal que se da del mismo en el art. 346 de la Ley General de Títulos y Operaciones de Crédito "...el fideicomitente destina ciertos bienes...", cuando en realidad y en plena literalidad el vocablo a usarse debe ser "patrimonio", y la definición "...el fideicomitente destina cierto patrimonio o la totalidad de este a un fin lícito determinado..."

Ello en la inteligencia de que dicho vocablo "patrimonio" es más amplio en sentido literal y jurídico, dado que por "bienes" el legislador quiere referirse a toda clase de bienes, derechos y acciones, salvo los estrictamente personales; entonces los bienes, derechos y acciones constituyen el patrimonio que posee una persona integrado por estos elementos.

10a) Se descubre que el fideicomisario, es un participante poco activo o inactivo dentro del contrato de fideicomiso, incluso el mismo no externa su voluntad en la constitución de éste. En consecuencia es un sujeto pasivo dentro de la figura estudiada. Sin embargo, no por

ello no ha de ser considerado; dado que el objeto fundamental del fideicomiso es que esta persona del fideicomisario reciba los beneficios de los actos jurídicos ejecutados por la fiduciaria en esta operación contractual.

11a) En su momento, señalamos la laguna legislativa respecto de que el fideicomiso puede ser válido aún y cuando no se señale el fideicomisario, ya que en nuestra opinión debería de señalarse por supletoriedad legal al propio fideicomitente cuando no conste fideicomisario. Aunque esto podría obstaculizar el camino de personas que constituyen fideicomisos para violar indirectamente la Constitución General de la República Mexicana; ya que al tener que señalar el fideicomisario, necesariamente están destinando el patrimonio de que se trate a una transmisión obligada; y que en su caso específico en que sean o fueren extranjeros se verían imposibilitados para realizar el fideicomiso en las llamadas "zonas prohibidas".

12a) Dentro del estudio de la doctrina de la figura del fideicomiso uno de los mayores problemas y puntos de controversia entre los estudiosos del derecho

es la situación jurídica y patrimonial respecto de los bienes fideicomitidos; al respecto nos permitimos proponer como : " Patrimonio único y autónomo, de naturaleza muy distinta a la de otros patrimonios de las partes del contrato; quienes comparten la titularidad de derechos y la posesión del o los bienes que constituyen el fideicomiso, cuya propiedad ~~es~~ reservada al fin que el fideicomitente designe en el contrato."

Por lo que para nosotros es clara la situación patrimonial de los bienes fideicomitidos, descartándose desde luego el supuesto teórico, de que la fiduciaria es la propietaria de los bienes fideicomitidos, cuando nosotros diferimos de ello y señalamos la distinción lingüística que debe hacer entre "propietario" y "titular", siendo que la fiduciaria jamás podrá ser la propietaria del patrimonio dado en fideicomiso; sin embargo siempre será titular de los derechos de dicho patrimonio, puesto que así debe estar facultada para poder cumplir y salvaguardar el patrimonio o parte de éste que le ha sido encargado, como lo haría un buen dueño o padre de familia. En lógica consecuencia tenemos que la Fiduciaria es titular y no propietaria del patrimonio fideicomitado.

13a) Así como el concepto "Negocio Jurídico" se encuentra contenido e implícito dentro del género "Hecho Jurídico"; encontramos en el capítulo III, que el fideicomiso es una figura jurídica cuya evolución la pule y perfecciona y va tomando esencia de otras figuras y las incluye dentro de sí y las amplía de acuerdo a las necesidades de las partes. De tal forma tenemos que el fideicomiso implícitamente lleva un mandato contenido ; y como vimos en estas conclusiones; el mandato lleva dentro de su esencia la figura de la representación. Entonces tenemos que el fideicomiso es un mandato ampliado, facultado para toda clase de actos de administración, dominio y preservación de los bienes (pleitos, cobranzas y cualquier otro imaginable) que pone el patrimonio fideicomitado bajo la titularidad del fiduciario. Siendo ahí donde dichas figuras (las tres) pueden fundirse para producir el contrato de fideicomiso.

14a) A mayor abundamiento, veamos que ambas figuras (mandato y fideicomiso) , tienen su origen romanista en otra que es la de la representación. Y que de dicha derivación de una figura a otra, una u otra toman las mismas características de la que da origen a su nacimiento; pero como es un proceso evolutivo, toma

así mismo otras particularidades no incluidas en la figura que las origina. De tal manera que el fideicomiso implícito lleva un mandato e implícita la representación. Así que todo fideicomiso es un mandato, pero no todo mandato es un fideicomiso. Sin embargo y a pesar de incluirse unas figuras dentro de otras, como dijimos, las figuras de evolución adquieren otras particularidades y ellas son las que nos dan su línea divisoria... Así... tenemos:

15a) Que la diferencia fundamental entre mandato y fideicomiso, es la situación jurídica del patrimonio o parte de este que se ha dado en fideicomiso.

No importando que la naturaleza jurídica de una figura y otra sea de materia distinta; pues recordemos que ambas nacen en Roma, en derecho privado (civil); y dado que el uso que al fideicomiso se dió para transmitir bienes en sucesión, deberíamos considerar la naturaleza eminentemente civil de dicha figura. Sin embargo, el fideicomiso vigente en nuestro país, se deriva mas claramente del <TRUST> anglosajón; que de la figura romanista.

16a) Así, se analizó detenidamente que la mayor ventaja de la figura del fideicomiso es precisamente que la misma esta poco regulada, pero es muy clara la delimitación del marco jurídico de su constitución y las funciones básicas de su funcionamiento práctico. Lo que en nuestra opinión es acertado por parte del legislador; sin embargo tambien hemos de reconocer que existen ciertas lagunas e impresiones técnicas que hemos señalado

17a) En cuanto a la clasificación del contrato de fideicomiso podemos observar que la doctrina y la ley, poco se han ocupado de clasificarlos; y en franca suplencia; quien se ha dado a la tarea de hacerlo, son precisamente las instituciones fiduciarias. Quienes han dado por llamarlos, según su uso práctico. Lo que desde mi punto de vista es válido y muy saludable; ya que finalmente el objeto de la creación, estudio y perfección de las figuras jurídicas y su regulación ha de ser precisamente que ello redunde en un beneficio a la población.

18a) El marco jurídico regulador del fideicomiso, es aunque escaso suficiente y adecuado; lograndose por lo

mismo una utilidad práctica importante, basta con modificar o en su caso adicionar según lo señalado por nosotros los preceptos comentados para perfeccionar quizás esta figura jurídica en nuestra sociedad mexicana.

BIBLIOGRAFIA

- BATIZA RODOLFO. Principios básicos del fideicomiso y la administración fiduciaria, Ed. Porrúa. México, 1977.
- CERVERA DEL C. J., Manual para departamentos fiduciarios. Ed. Asociación de banqueros de México., México, 1978.
- DOMINGUEZ MARTINEZ J.A., El fideicomiso ante la teoría general del negocio jurídico., ED. Porrúa, México, 1982.
- DOMINGUEZ MARTINEZ J. A. , El fideicomiso, ED. Porrúa, México, 1994.
- MANTILLA MOLINA R. , Derecho mercantil., Ed. Porrúa, México, 1989.
- RODRIGUEZ R.J., Derecho mercantil, Ed. Porrúa, México, 1985.
- RODRIGUEZ R.J., Tratado de Sociedades mercantiles, ED. Porrúa, México, 1981.

- VILLAGORDOA L.J.M., Doctrina general del fideicomiso, Ed. Porrúa, México, 1988.

- DE PINA R., Diccionario de derecho., ED. Porrúa, México, 1985.

.....
- RUIZ DE CHAVEZ S.S.,-Importancia jurídica y práctica de las clasificaciones de los contratos civiles., ED. Porrúa, México, 1991.

- ROJINA V.R., Compendio de derecho civil, Ed. Porrúa, México, 1982.

- PEREZ FERNANDEZ DEL C. BERNARDO, Representacion, poder y mandato, Ed. Porrúa, México, 1989.

- PEREZ FERNANDEZ DEL C. BERNARDO, Contratos Civiles, Ed. Porrúa, México, 1994.

- BATIZA RODOLFO.,El fideicomiso, ED. Jus, México, 1991.

- GONZALEZ RODRIGUEZ ALFONSO, - Zonas prohibidas, fideicomisos y condominios, Ed. Jus, México, 1990.

- VAZQUEZ DEL MERCADO O, Contratos mercantiles, Ed. Porrúa, México, 1994.

- DE IBARROLA ANTONIO, Cosas y sucesiones., ED. Porrúa, México, 1988.

- ZAMORA Y VALENCIA MIGUEL A. , Contratos civiles, Ed. Porrúa, México, 1992.

- DICCIONARIO HISPANICO UNIVERSAL. W.M. Jackson, inc, editores , México, 1984.

- DICCIONARIO ENCICLOPEDICO QUILLET, Ed. Cumbre, México, 1979.

- CODIGO CIVIL , Ed. Porrúa, ed. 55, México, 1986.

- CODIGO DE COMERCIO, Ed. Porrúa, ed 55, México, 1990.

- LEY ORGANICA DE LA ADMINISTRACION PUBLICA FEDERAL, Ed. Porrúa, ed. 19, México, 1988.

- LEY GENERAL DE TITULOS Y OPERACIONES DE CREDITO.