

931

28j



**UNIVERSIDAD NACIONAL AUTONOMA
DE MEXICO**

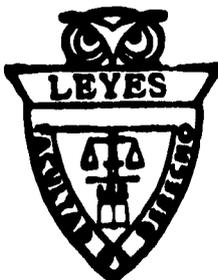
FACULTAD DE DERECHO

FALLA DE ORIGEN

**EL FIDEICOMISO COMO MEDIO PARA LA EMISION
DE CERTIFICADOS DE PARTICIPACION**

T E S I S

QUE PARA OBTENER EL TITULO DE
LICENCIADO EN DERECHO
P R E S E N T A :
ANDRES VARGAS QUINTANA



MEXICO, D. F.

FACULTAD DE DERECHO
SECRETARIA DE EDUCACION Y
EXAMENES PROFESIONALES

1995

**TESIS CON
FALLA DE ORIGEN**



Universidad Nacional
Autónoma de México

Dirección General de Bibliotecas de la UNAM

Biblioteca Central



UNAM – Dirección General de Bibliotecas
Tesis Digitales
Restricciones de uso

DERECHOS RESERVADOS ©
PROHIBIDA SU REPRODUCCIÓN TOTAL O PARCIAL

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

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

A G R A D E C I M I E N T O S .

A Patricia mi madre y amiga, y a Enrique mi padre, colega y amigo, por los consejos, apoyos, ejemplos de honradez, rectitud, constancia y amor que me han dado día a día a través de mi existencia.

A mis hermanos,, por ser como son, y por el amor y apoyo que me han mostrado.

Antes de dar inicio a este trabajo, quiero manifestar mi agradecimiento a todos mis maestros, quiénes con sus enseñanzas han hecho posible el logro de la realización de esta tesis y gracias a esto, poder llegar a la meta tan valiosa y anhelada por mi. Reconozco que lo bueno que pueda encontrarsele, se lo debo atribuir a las cátedras impartidas en nuestra querida Facultad, y por lo que respecta a las deficiencias que pudieran hallarse, acepto mi responsabilidad.

Agradezco también todas las facilidades prestadas por la Dirección de nuestra Facultad, por el director del Seminario de Derecho Mercantil, el Dr. Pedro Astudillo Ursua. Y por el apoyo generoso y desinteresado de mi asesor y amigo el Dr. Jesús de la Fuente.

Y a Dios, por todo lo que me ha brindado en la vida.

EL FIDEICOMISO COMO MEDIO PARA LA EMISION DE
CERTIFICADOS DE PARTICIPACION

INTRODUCCION.

CAPITULO PRIMERO.

ANTECEDENTES HISTORICOS DEL FIDEICOMISO.

- A.- EN ROMA.
- B.- EN INGLATERRA.
- C.- EN MEXICO.

CAPITULO SEGUNDO.

CONCEPTOS Y NATURALEZA JURIDICA EN MEXICO.

- A.- CONCEPTOS.
- B.- PRINCIPALES TEORIAS QUE EXPLICAN LA NATURALEZA JURIDICA DEL FIDEICOMISO EN MEXICO.
- C.- EL FIDEICOMISO COMO MANDATO.
- D.- EL FIDEICOMISO COMO NEGOCIO FIDUCIARIO.
- E.- EL FIDEICOMISO COMO PATRIMONIO AFECTACION.
- F.- EL FIDEICOMISO COMO DESDOBLAMIENTO DEL DERECHO DE PROPIEDAD.
- G.- EL FIDEICOMISO CONSIDERADO COMO UN CONTRATO.

CAPITULO TERCERO.

ELEMENTOS QUE INTERVIENEN EN EL FIDEICOMISO Y SUS
CARACTERISTICAS.

- A.- EL FIDEICOMITENTE.
- B.- EL FIDUCIARIO.
- C.- EL FIDEICOMISARIO.
- D.- REQUISITOS DE EXISTENCIA Y VALIDEZ.
- E.- FORMAS DE CONSTITUIRSE.
- G.- CLASIFICACION DEL FIDEICOMISO.

CAPITULO CUARTO.

CERTIFICADOS DE PARTICIPACION.

- A.- NATURALEZA JURIDICA DE LOS CERTIFICADOS DE PARTICIPACION.
- B.- EL CERTIFICADO DE PARTICIPACION COMO TITULO DE CREDITO.
- C.- CLASIFICACION DE LOS CERTIFICADOS DE PARTICIPACION.
- D.- EL FIDEICOMISO COMO MEDIO PARA LA EMISION DE CERTIFICADOS DE PARTICIPACION.
- E.- PRESENTACION DE UN CASO ESPECIFICO DE EMISION DE CERTIFICADO DE PARTICIPACION CON BASE EN UN CONTRATO DE FIDEICOMISO IRREVOCABLE DE ADMINISTRACION Y GARANTIA.

CONCLUSIONES.

BIBLIOGRAFIA.

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

Este trabajo tiene como objetivo, conocer el funcionamiento en general del Fideicomiso, para así poder dar a conocer a éste, utilizándolo como medio para la emisión de los certificados de participación, ya que por la complejidad del tema lo considero necesario.

Por lo anterior señalado presente primeramente a manera de antecedentes, brevemente aspectos históricos del Fideicomiso.

El tema escogido despertó en mi, un interés especial por ser poco conocido. Sin embargo me llamó la atención la naturaleza jurídica misma del Fideicomiso, debido a que es sumamente interesante, por lo que traté de esclarecer y presentar una postura razonable, a través de mi exposición, no obstante, no me queda sino reconocer la función tan amplia e importante que tiene el Fideicomiso en nuestros tiempos.

Además de lo anterior, me interesa dar a conocer al lector, en forma muy general, que existe la posibilidad de crear un Fideicomiso, por medio del cuál, puedan emitirse certificados de participación, y presentarles las ventajas que pueden tener las emisiones de éstos. Por lo que expuse un caso práctico de la emisión de certificados de participación.

CAPITULO PRIMERO.

ANTECEDENTES HISTORICOS DEL FIDEICOMISO.

A.- EN ROMA:

El fideicomiso tiene sus orígenes en el derecho romano, y surgió como consecuencia de las herencias pues, en aquel tiempo, los incapaces carecían de la facultad para poder heredar, ya que por su condición no tenían la "testamenti factio", por esta situación, al testador no le quedaba otro recurso que rogarle a su heredero para que ejecutase su voluntad, que podría consistir en darle al incapaz toda la sucesión, una parte o un objeto particular de la misma(1).

El fideicomiso consistía en una suplica que dirigía el fideicomitente a un fiduciario, para que hiciera entrega de determinados bienes a un fideicomisario. La forma común que tomó el fideicomiso en el derecho romano era el llamado fideicomiso mortis causa, en éste fideicomiso el autor de la herencia era el fideicomitente, el heredero o legatario venía siendo el fiduciario, un tercero vendría siendo el fideicomisario.

Existía el fideicomiso que se realizaba verbis precativis, en el cuál el fiduciario no tenía que entregar directamente el objeto y gozaba de este en un intervalo de tiempo que podía limitarse por un término resolutorio o por una condición (2).

Al heredero grabado en aquel entonces se le llamaba fiduciario y a aquel a quien se restituía se le llamaba fideicomisario.

En su origen, ésta disposición no era obligatoria civilmente, quedando a la conciencia del heredero su cumplimiento, fue bajo justiniano cuando por primera vez, se hiciera ejecutar por medio de la intervención de los cónsules ciertos fideicomisos por haberse ofendido gravemente la opinión pública."(3).

La intervención del pretor dotó a los fideicomisos de la actio fiducia en la cuál se agregaba la nota de infamia si se trataba de la cum amico.(4).

Debido al gran número de fideicomisos celebrados y a la práctica cada vez mayor de los mismos, se les brindó a los beneficiarios de los fideicomisos, una acción persecutoria

(1) PETIT EUGENE. Tratado Elemental del Derecho Romano Editorial, Edinal. S de R. L., México, D.F., 1963, p.579.

(2) FLORIS MARGADANT S. GUILLERMO El Derecho Privado Romano como Introducción a la Cultura Jurídica Contemporánea, Decima Tercera Edición, Editorial Porrúa, México, D.F., p.583.

(3) PETIT EUGENE, op, cit., p.583.

(4) DR. CARRANZA JORGE A. "Negocio Fiduciario", Enciclopedia Jurídica Omeba t.XX, Buenos Aires, 1964, p.213.

con respecto a los bienes que se determinaron como objeto del fideicomiso.(5).

" Los fideicomisos particulares no hacen pasar al fideicomisario adquirente a título particular ninguna parte de los créditos ni de las deudas."

"El fideicomiso de herencia tiene por objeto la totalidad o una aparte de la sucesión."(6).

Por lo anteriormente señalado, podemos considerar que la diferencia principal entre los fideicomisos particulares y los fideicomisos de herencia, está en que en éstos últimos, sí se pueden transmitir a través de ellos un derecho de créditos y deudas, y en los otros no.

Se debe considerar al fideicomiso como una de las manifestaciones de la fiducia romana; esta figura era utilizada como última instancia para que ciertas personas sujetas a la incapacidad para heredar como los esclavos, los peregrinos, los solteros y los casados sin hijos, pudieran tener la oportunidad de obtener la adjudicación de determinados bienes. Esto se lograba designando al testador de un heredero capaz para sucederlo el cuál tomaba el compromiso de enajenar los bienes fideicomitados a quien le correspondiera.(7).

La fiducia romana tiene su aparición en el antiguo derecho romano, apareciendo como una de las primeras formas de garantía real, siendo precursora de la prenda y la hipoteca. La fiducia consistía en una garantía por virtud de la cuál alguien entregaba un objeto a su acreedor por medio de la mancipatio o in iure cessio, con la condición de que sería restituida una vez logrado el fin buscado y así podría garantizarse el crédito concedido.(8).

Es importante señalar que si bien el comienzo de la fiducia tiene sus raíces en la necesidad que había de una garantía de crédito, para poder constituir ésta, era necesario acudir al negocio formal (de mancipatio remancipatio), siendo éste un pesado mecanismo.(9).

LA PACTA FIDUCIA; Había dos clases de fiduciae: la fiducia cum creditore contracta, por virtud de ésta, se enajenaba un bien con el fin de garantizar un crédito, con la obligación que tenía el adquirente de reintegrar el bien cuando el fiduciante cumpliera con la obligación garantizada, por haberse logrado el objetivo que se pretendía por el pactum; y la fiducia cum amico, esta fórmula se utilizaba para poder transmitir el dominio de algo a un depositario o

(5) SERRANO TRANSVIÑA, JORGE. Aportación al Fideicomiso, Tesis Profesional, México, UNAM, 1950., p.36.

(6) PETIT EUGENE, op, cit., p.588.

(7) DOMINGUEZ MARTINEZ JORGE A. El Fideicomiso Ante La Teoría General del Negocio Jurídico, Segunda Edición, Editorial Porrúa, México, 1975., p.168.

(8) CARRANZA JORGE A. op, cit., p.213.

(9) Ibidem., p.213.

mandatario, adquiriendo así uno u otro el compromiso de destinar el objeto de transmisión para el cumplimiento de un determinado fin. (10).

(10) DOMINGUEZ MARTINEZ JORGE A., op, cit., pp.583,584.

B.- INGLATERRA:

Se ha probado que la adaptación de los principios del trust anglosajón al derecho civil, en realidad es más sencilla de lo que parece. Es posible considerar al trust anglosajón en su esencia como una institución análoga al fideicomiso romano. Podemos señalar que autores muy respetables han considerado que el trust es, cronológicamente hablando, por lo menos diez siglos más joven que el fideicomiso romano, por esta razón se puede pensar que el trust se inspiró directamente del fideicomiso romano, y si así no fuere, por lo menos salta a la vista que existe esencial similitud completa entre estas dos instituciones. (11).

El autor Milton Colvin sostiene que la fuente que inspiró al trust debe de buscarse en Roma y nos señala que "La concepción general de los sistemas de uses y de trusts en Inglaterra fue posible por el conocimiento que tenían los cancilleres eclesiásticos de los fideicomisos romanos, y ellos se recurrió para el mismo objeto, es decir el de evadir los rígidos preceptos del derecho estricto en materia de legados y sucesiones". (12).

Probablemente el trust se remonte al siglo XIII, cuando se piensa aparecieron los usos (uses), como transmisiones de tierra a favor de prestanombres (feoffee to use) con los cuales se buscaba obtener determinados propósitos, siendo algunos de ellos el evitar la exacción de tributos feudales y la aplicación de las leyes de manos muertas (statutes of mortmain). Estos propósitos seguramente tenían una intención ilícita. (13).

El destino de los trusts es de carácter puramente inglés en su origen y por lo que se aprecia nació de las deficiencias de su proceso nacional, ya que los pioneros ingleses comenzaron a legar sus propiedades en uso para otro, pero en esta forma actuaban contra el derecho y contra el orden público del reino. Los donantes solo se preocupaban en encontrar un hombre al cuál le pudieran tener fe, ya que quedaban obligados a descansar exclusivamente en la conciencia de ese hombre y en su amistad, por esto se puede considerar que la verdadera función del trust era defraudar al rey o por lo menos proteger a los enemigos de este.

Uno de los intereses del rey era detener el aumento de la riqueza y del poder de la iglesia, pero gracias a las

(11) ALFARO J RICARDO. "El Trust en el Derecho Civil, Adaptación, Concepción, Definición", p.159.

(12) *Ibidem.*, p.161.

(13) RODOLFO BATIZA "EL FIDEICOMISO TEORIA Y PRACTICA". Nueva Colección de Estudios Jurídicos 1991 Editorial Jus, S.A. de C.V. Quinta Edición.,p.29.

perpetuidades o manos muertas, la influencia de la iglesia se hizo excesivamente fuerte, los usos fueron creados para poder continuar ese aumento. Por otro lado los hombres querían irse a la guerra que se dirigía contra su soberano y por eso para poder evitar la confiscación enajenaban los bienes en favor de un amigo.(14).

Coinciden la mayoría de los autores en que el trust surge directamente del derecho feudal inglés, conocido con el nombre de "uso" (use).(15).

Otro de los motivos por los que se daban los usos era porque se quería eludir a acreedores. Los que tenían la propiedad de sus tierras en determinados casos llegaban a cederlas a una tercera persona "en confianza" (in trust). ésta tercera persona la poseería para el uso beneficio ya sea del propio cedente o de sus herederos.

Este instituto fue muy popular y especialmente durante las cruzadas, la institución del uso fue tan amplia que llegó un momento en que las tres cuartas partes de las tierras de Inglaterra llegaron a estar bajo ésta forma.(16).

El Dr. Ricardo J. Alfaro nos señala los puntos de contacto entre el trust y el fideicomiso romano y nos indica cuales fueron los factores que dieron vida a las dos instituciones:

- 1.- La causa: Leyes en mayor o menor medida establecían incapacidades, ya para recibir herencia o legados, ya para el dominio y posesión de bienes: leyes herenciales en Roma, leyes de manos muertas en Inglaterra.
- 2.- El propósito: Evadir tales restricciones.
- 3.-El medio: un tercero en quien no alcanzaban las restricciones, en quien el testador tradente depositaba: su confianza: El fiduciario romano y el trust inglés.
- 4.-La forma: Un traspaso de bienes hecho al tercero intermediario, por testamento en el caso del fideicomiso romano; por acto inter vivos o por testamento, en el caso del trust;
- 5.-El encargo: Una súplica hecha o una obligación impuesta al intermediario para que diera a los bienes traspasados el uso o destino indicado por el testador o tradente.
- 6.-El sujeto: Una persona en cuyo beneficio el intermediario recibía, conservaba, administraba, enajenaba o entregaba el

(14) LEPAULLE, PIERRE. "EL EXTRAÑO DESTINO DE LOS TRUSTS" Boletín del Instituto de Derecho Comparado, Abril de 1966 Núm.55. México, D.F., pp.66,67.

(15) MINUT RENZO"EL TRUST O FIDEICOMISO ANGLAMERICANO ". La Revista de Derecho Jurisprudencia y Administración, año 49 núm 11-12 Noviembre-Diciembre.1951. Montevideo, Uruguay., p.254.

(16) Loc, cit.

patrimonio objeto del encargo, tanto en el derecho romano como en el derecho anglosajón..."(17).

Junto con estos elementos comunes y coincidentes existen modalidades que ocasionan diferencias en cuanto las formas y efectos de cada una de éstas instituciones.

Señalaremos comparativamente los campos de acción entre el fideicomiso romano y el trust. El fideicomiso romano se encuentra limitado a la realización de la sustitución de un heredero por otro y a diferencia de este el trust tiene un radio de acción amplísimo en el que puede actuar como conservador y administrador universal. El trust puede ser constituido para cualquiera de los fines que convengan al fideicomitente, con la excepción de aquellos que se consideren contrarios al orden público o que estén prohibidos expresamente por la ley.(18).

En el derecho feudal inglés el beneficiario del uso no se consideraba dueño de la tierra y de sus derechos para gozar del uso o beneficio de la misma, como ya señalamos anteriormente dependía exclusivamente de la conciencia del adquirente fiduciario"(feoffee to use: lo que equivale actualmente al trustee o fiduciario)"(19).

Esta situación es determinada así por la existencia del Common Law, ya que para este, el propietario se consideraba sólo aquel a quien se le había transmitido el bien, sin reconocer en forma alguna las consecuencias jurídicas del compromiso que se adquirió en conciencia, esto dio lugar a que quien resultara perjudicado por ello recurriera a una nueva instancia, en la que se acudía al canciller del rey implorándole por el amor de Dios la justicia que les fuera denegada por los tribunales comunes, simplemente porque a estos les competía la aplicación del derecho común.(20).

La manera en que el rey respondió a los usos podríamos considerarla paradójica porque a pesar de todo actuó ayudando a sus enemigos, ya que tuvo a bien crear un orden jurídico doble y superpuesto en el cuál comprometía a su propio canciller para esta tarea.(21).

La equity apareció en el derecho anglosajón y actuó como un ordenamiento jurídico que suplía al Common Law, sin embargo, actualmente lo complementa, el nacimiento de la Equity dio lugar a la dualidad de fueros que forman un conjunto e integran el Derecho anglosajón, es una dualidad de

(17) ALFARO RICARDO J., op. cit., p.162.

(18) ALFARO RICARDO J. Y PATTON RUFORD G. "El Fideicomiso Moderno" Revista de Puerto Rico Volumen XXVIII, Noviembre-Diciembre 1958 num.2, p.154.

(19) MINUT RENZO., op. cit., p.254.

(20) DOMÍNGUEZ MARTÍNEZ JORGE A., op. cit., p.67.

(21) LEPAULLE PIERRE., op. cit., pp.142,143.

complementación y no existe igualdad de instituciones de ambos fueros.

La transformación del use en trust trajo como consecuencia que una obligación que era meramente moral de acuerdo al Common Law se transformó en una obligación que quedó dotada de juridicidad.(22).

En épocas recientes el término cuando todavía no se conocía en México como ahora, se desvirtuó por haberse desnaturalizado, su connotación jurídica original y estricta, ya que se le dio un matiz económico, esto sucedió hace más de un siglo, cuando entre la compañía Standar Oil y algunas otras empresas constituyeron la forma legal conocida con el nombre de Massachusetts o Business Trust, esta empresa tenía la tendencia a formar prácticas monopólicas dirigiéndose a la libre concurrencia, acaparando la producción y regulando el establecimiento y la fijación de precios, por lo que más tarde se identificó al término trust, con éste tipo de poderosas organizaciones, empero es importante apuntar que este concepto es completamente ajeno a la institución del mediato modelo del fideicomiso mexicano.(23).

La maduración del trust junto con la elaboración jurisprudencial del mismo, se fueron transformando a tal punto, que no sólo ya actualmente es una institución reconocida por el orden jurídico, sino que se convirtió en la aportación anglosajóna más original y valiosa que se dio al mundo del derecho después de los contratos.(24).

En el año de 1906 el gobierno de Inglaterra establece la oficina fiduciaria pública, esta oficina comenzó como una institución inglesa desde el primero de enero de 1908 en que se constituye como una organización gubernamental que se representa por una persona que es nombrada por el Lord Canciller. Quien actúa como fiduciario no es el individuo que fue elegido, sino la misma institución, esta es la organización fiduciaria más grande de Inglaterra.(25).

En los últimos años en Inglaterra la administración del trust se está extendiendo ampliamente, la idea que prevalecía sobre el trust en Inglaterra en el siglo XIX se ha estado reemplazando poco a poco, ya que en aquel entonces se consideraba al trust como un compromiso de familia, que se manejaba con celo escrupuloso por sus miembros o amigos y se

(22) DOMINGUEZ MARTINEZ JORGE A., op. cit., pp.142,143.

(23) BATIJA PODOLFO., op. cit., pp.27,28.

(24) Ibid., p.29.

(25) TORRES PARTIDA MANUEL "LA NATURALEZA DEL BENEFICIARIO EN UN TRUST," Vol.XI, Nov. 1944, México, D.F. Finanzas y Contabilidad Revista Mensual de Divulgación Financiera y Contable. pp.562-563.

realizaba gratuitamente, pero a cambio de esto en la actualidad se manejó la idea de administración ejercida por empresas poderosas como instituciones bancarias y compañías de seguros.(26).

Los Trust Companys o compañías fideicomisarias, tienen una función fundamental que consiste en ejecutar actos y operaciones en los que no tienen interés directo, sino que obran como simples intermediarios y ejecutan en forma imparcial y fiel operaciones y actos en beneficio de las partes interesadas o de terceras personas.

La función verdadera de estas instituciones es simplemente actuar mediando para asegurar el cumplimiento futuro, que se realiza de buena fe y en condiciones eficaces y en términos convenientes sobre las obligaciones creadas con el amparo de un contrato o de un acto.

Estas funciones dentro del trust pueden ser desempeñadas por individuos particulares, pero cuando se trata de organizaciones o instituciones que sirvan de intermediarios de crédito, es necesaria una reglamentación especial, la cuál tiene como objeto la garantía y protección de los intereses que se confían a esas instituciones.(27).

El trust que ha evolucionado hasta hoy es considerado una de las instituciones más importantes del derecho angloamericano y gracias a su eficacia y gran flexibilidad, es empleado para resolver una gran infinidad de situaciones de derecho civil y comercial.(28).

Los dos grandes sistemas legales que rigen a la mayoría de los países son: El sistema de derecho común "Common Law" originario de Inglaterra el cuál es aplicado en casi todo el mundo de habla inglesa, y el sistema de derecho civil proveniente de Roma el cuál fue modernizado en el Código de Napoleón y es usado este en Europa Septentrional y América Latina.(29).

El punto de discrepancia entre nuestro derecho mexicano y el derecho anglosajón, es el siguiente, en la concepción inglesa del dominio existe una dicotomía, en lo referente al trust, en un mismo patrimonio se reconoce un derecho teórico o convencional del fiduciario o trustee y un derecho real y efectivo del beneficiario o cestui que trust. Esta es una

(26) PATTON RUFORD G. "La Naturaleza del Interés del Beneficiario en un Trust." Jus. Revista de Derecho y Ciencias Sociales Tomo XXII, num 126, Marzo 1949, México, D.F., pp.127,124

(27) PATTON RUFORD G. "Los Sistemas del Trust en el Hemisferio Occidental." Revista Cubana de Derecho Año XIX, Nueva serie, Enero-Marzo 1948, N.º 1, pp.13, 14

(28) BATIZA FODOLEO., op. cit., p.123.

(29) ALFARO RICARDO. : PATTON RUFORD G. op. cit., p.123.

división de dominio que está ligada y relacionada a la distinción que hace el sistema jurídico Anglosajón entre el llamado derecho común y derecho de equidad, estos conceptos son ajenos a la mentalidad civilista, porque dentro de esta no tenemos un derecho consuetudinario sino más bien un derecho codificado, en el sistema anglosajón la administración de equidad es considerada como algo distinto y separado de la administración de justicia, esta consideración no corresponde a nuestra organización judicial moderna, con esto queremos decir que nuestro derecho es uno sólo y por otra parte también afirmamos que la jurisdicción de equidad que se concibe y practica en el sistema anglosajón no es equivalente para aplicarse en nuestro sistema jurídico. (30).

La diferencia entre el derecho común y el civil radica en que el derecho común se constituye como un sistema que se ha formado a base de precedentes, en cambio el derecho civil se forma por reglas abstractas y principios preconcebidos lo cuales se establecieron para guiarse partiendo de casos particulares, el derecho común se forma por múltiples decisiones de los jueces, en cambio el derecho civil se constituye por normas que ha prescrito el poder estatal, por considerarse que estas decisiones fueron el resultado de una sabia deliberación, las cuales se aplicaran para administrar justicia a casos particulares. (31).

La mentalidad civilista en contraposición a la mentalidad anglosajón, rechaza la existencia de dos dominios distintos y simultáneos sobre una misma cosa, como lo son el dominio legal y el dominio de equidad, y estos dominios se manejan en la propiedad fiduciaria del trust, ahora en la jurisprudencia romana se reconoció la existencia de la propiedad fiduciaria, en esta propiedad el antiguo fideicomiso se transfería al heredero o legatario encargado de restituir la herencia o legado. (32).

(30) ALFARO RICARDO J., op, cit., p.171.

(31) ALFARO RICARDO J. y PATTON RUFORD G., op, cit. p.171.

(32) ALFARO RICARDO J., op, cit., p.160.

C. MEXICO: la primera vez que en México se utilizó el trust, fue al principio del presente siglo con una antelación casi de 25 años de la adopción legislativa del fideicomiso en México, el tipo de trust que se adoptó tenía una reconocida importancia en el desarrollo económico de los Estados Unidos, manejándose como instrumento de garantía en emisiones de bonos destinados a financiar la construcción de ferrocarriles. En aquel entonces era vigente el Código Civil de 1884 y la ley sobre ferrocarriles del 29 de abril de 1899, permitiendo así que el trust deed pudiera surtir sus efectos jurídicos conforme a las leyes mexicanas, los elementos que correspondían a esta variedad de trust eran los contratos de préstamo, mandato e hipoteca. (33).

Cuando todavía no se encontraba legislado el fideicomiso en México, el Sr Limantour quien tenía el cargo de secretario de hacienda siendo el 21 de noviembre de 1905, envió a la Cámara de Diputados del Congreso de la Unión una "iniciativa que faculta al ejecutivo para que expida la ley por cuya virtud pueden constituirse en la república instituciones comerciales encargadas para desempeñar las funciones de agentes fideicomisarios", de la cual el licenciado Jorge Vera Estañol era su autor. (34).

Aunque el proyecto Limantour no haya adquirido categoría de ley tiene el mérito singular de constituir el primer intento legislativo para adaptar el trust y las trust companies a un sistema de tradición romanista. (35).

El motivo por el que el proyecto limantour no llegó a examinarse en la Cámara de Diputados, fue porque se consideraba que se reviviría las leyes ya proscritas de instituciones fiduciarias.

Fue en 1924 con el proyecto Creel cuando reaparece el interés por las instituciones, fiduciarias, gracias a que en esa época se creó un clima más estable por haber transcurrido la época de la revolución mexicana por lo que empiezan a formarse y consolidarse, las Instituciones Bancarias modernas en México. (36).

Transcurrieron poco más de 18 años para que el proyecto creel reviviera el movimiento iniciado por el proyecto Limantour, esto se logró finalmente, por haberse establecido una época más favorable y constructiva para recibir ese tipo de ideas. En la Convención Bancaria celebrada, en febrero del citado año, el Sr. Enrique C. Creel

(33) BATIZA RODOLFO., op. cit., pp.101,102.

(34) Ibid., p.102.

(35) Ibid., p.105.

(36) AROCHA MORTON CARLOS A. "El Fideicomiso en México Notas Sobre América Latina." Revista de Investigaciones Jurídicas de la Escuela Libre de Derecho (primera parte), p.21, 1982. n.7

expresó que en la República se había iniciado la creación de compañías bancarias de fideicomiso y ahorros, y siendo autor del proyecto consideró tener el deber de dar informes acerca del funcionamiento de estas compañías como "(trust And Saving Banks)". se refirió a E.U. especialmente al procedimiento que se seguía en la práctica sobre lo que él observó en ese país durante 9 años, el Sr. Creel indicaba que una de las operaciones que caracterizaban a las compañías de fideicomisos consistía en la aceptación de hipotecas de toda clase de contratos de fideicomisos, y de toda clase de propiedades, bonos, compañías, ferrocarriles, etc. así como el manejo de fideicomiso de bienes a nivel familiar. (37).

El Doctor Alfaro en 1920 publicó un proyecto de ley y gracias a éste la Asamblea Nacional de Panamá expidió en Enero de 1925 la primera ley de América Latina autorizando la creación de los trust inter vivos. Tres años más tarde siguió su ejemplo la legislatura de Puerto Rico adoptando en 1925 el modelo panameño aprobando una ley semejante y en el año de 1926 se promulgó en México una "Ley general de Instituciones de Crédito y Establecimientos Bancarios" en esta ley se incorporaron ciertas disposiciones que en su esencia se considera que surgieron de la ley panameña en la que se les conceden a los bancos la capacidad para funcionar como fiduciarios, y de esta manera quedan establecidos los fideicomisos en México como una función exclusivamente bancaria. Se puede considerar que estos tres países, Panamá, México y Puerto Rico, adquirieron la institución del trust por medio de una expansión legislativa de los conceptos civiles de Fideicommissum y mandatam. Más sin embargo el tipo de trust mexicano por las reformas subsiguientes ahora es más similar al concepto angloamericano. (38).

El doctor Alfaro tuvo un interés muy especial en que se adoptara la institución del trust en los países de leyes civiles, y consideró necesario que para lograr esto hay que adoptar un nombre a la nueva institución, y creyó oportuno conservar el término latino "fideicommissum" el cuál tiene su equivalente directo en todos los idiomas romances, de aquí que "fideicommissum", etimológicamente, es el equivalente del trust. (39). Gracias a sus estudios, se ha distinguido una corriente de autores latinos cada vez mayor que estudian el trust. (40).

Nuestro autor nos señala que "una vez que el nombre ha sido adoptado, la próxima cuestión era definir la institución de tal manera que ella cumpliera tres requisitos; Primero, que fuera fácilmente entendida por gente no familiar con el

(37) BATIZA RODOLFO., op, cit., pp.105,106.

(38) PATTON RUFORD G., op, cit., pp.4,5.

(39) Ibíbid.,pp.4,5.

(40) MOLINA PASQUEL ROBERTO., op, cit., p.516.

Trust o la ley común, Segundo; Que estuviera de acuerdo con su estructura, su terminología y peculiaridades de la ley civil, y tercero; Que fuera capaz de abarcar virtualmente el mismo campo de acción que el trust. En el fideicomiso, romano, el fiduciario no adquiría la herencia para sí y estaba obligado a conservarla y regresársela al beneficiario.

En el trust inglés el fiduciario está capacitado para abarcar en manera semejante al conferirse el título legal sobre la propiedad de fideicomiso. Consecuentemente, si en ambos, el fideicomisum y el trust sucede eso, lo que hace el fiduciario o trustee es ejecutar el cargo de creador o testador del fideicomiso y en el derecho civil el mandato es un contrato en donde una persona confía a otra la dirección y ejecución de ciertos asuntos de negocios, se desprende así, que el mandato es la más parecida institución del trust, y que el trust puede ser asimilado por un mandato (irrevocable en donde el creador es el principal y el fiduciario es el agente procurador de hecho...) (41).

Un fundamento que utiliza el Dr. Alfaro para que se acepte el fideicomiso en el derecho civil es el siguiente, si bien se permite la propiedad fiduciaria respecto de los bienes transmitidos Mortis Causa, no hay razón alguna para que no exista esa forma de propiedad sobre bienes transmitidos por acto entre vivo y que no sea parte de una herencia. (42).

El Dr. Alfaro a través de su proyecto de Ley Panameña presenta su concepto, sosteniendo que; "El fideicomiso es un mandato irrevocable en virtud del cual se transmiten determinados bienes a una persona llamada fiduciaria, para que disponga de ellos conforme lo ordena el que transmite, llamado fideicomitente, a beneficio de un tercero llamado fideicomisario." (43).

La legislación mexicana expidió la Ley de Bancos de Fideicomiso en junio 30 de 1926, publicada tres meses después en las Leyes Bancarias de ese año, estas leyes estuvieron basadas en el libro del Doctor Ricardo J. Alfaro, escrito en el año de 1920 en Panamá, utilizando la expedición de la ley para un fideicomiso que apareció en el apéndice que después se convirtió en ley de fideicomiso de Panamá. (44).

La ley de 1926 es abrogada por la Ley General de Instituciones de Crédito de 1932, la cual en su exposición de motivos indicó que México rompió una tradición para introducir la institución jurídica del fideicomiso, señalando su importancia y a la vez anunciando que el fideicomiso quedaría concebido, en su carácter sustantivo, en la Ley General de Títulos y Operaciones de Crédito como una

(41) PATTON RUFORD G., op, cit., p.5.

(42) ALFARO RICARDO J., op, cit. p.160.

(43) HERNANDEZ OCTAVIO A., op, cit., p.297.

(44) PATTON RUFORD G., op, cit., pp.11,12.

afectación del patrimonio a un fin, el cual es confiado a las gestiones del fiduciario. Con esto se supera la obscura concepción que se tenía del fideicomiso como un mandato irrevocable.(45).

Una de las características que se pueden considerar más importantes del fideicomiso mexicano es el manejo y orientación de los bienes fideicomitidos para la consecución del fin establecido en tal forma que las instituciones fiduciarias sólo podrán realizar actos necesarios para la consecución del fin. En la inteligencia de que pueden ser objeto de fideicomiso toda clase de bienes y derechos salvo los que legalmente sean rigurosamente personales de su titular.(46).

(45) AROCHA MORTON CARLOS A., op, cit., p.106.

(46) Ibid., p.23.

CAPITULO SEGUNDO.
CONCEPTOS Y NATURALEZA JURIDICA DEL FIDEICOMISO EN MEXICO.

A.- CONCEPTOS.

Existen muchas definiciones sobre el Trust, sin embargo ninguna está exenta de criticas, a pesar de ello es necesario partir de las bases más sólidas en la medida de lo posible, para poder comprender esta figura tan compleja, amplia y completa, por lo cual quisiera señalar las definiciones que actualmente se consideran de mayor autoridad.

Jorge A Domínguez Martínez señala que la definición más generalizada del trust es la que se encuentra en el Restament of trust y añade que este concepto se adoptó legislativamente en la ley de Louisiana cuyo texto reza como sigue; "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 cuál se origina como resultado de la manifestación de la intención de crearlo." (47).

El Instituto Americano de Derecho redacta la declaración del derecho de fideicomisos, el cual define al fideicomiso angloamericano de la siguiente manera; " El Fideicomiso... Es una relación fiduciaria con respecto a la propiedad, que sujeta a la persona que detenta la propiedad a deberes de equidad para que disponga de la misma en beneficio de otra persona." (48).

Por otra parte Rodolfo Batiza asegura que la definición de trust de mayor autoridad doctrinaria en los Estados Unidos, es la propuesta por el Instituto de Derecho Norteamericano ó (American Law Institute) cuya traducción es la siguiente; "El trust según el término, se emplea en el restament de esta materia, cuando no está restringido por las palabras de beneficencia, resultante, o interpretativo, es una relación fiduciaria con respecto a bienes que sujeta a la persona que tiene el título sobre ellos a obligaciones de equidad para manejarlos en beneficio de otra y que surge como resultado de una manifestación de voluntad para crearla." (49).

Estas definiciones, en esencia implican lo mismo ya que tratan sobre una relación fiduciaria en la que se involucran determinados bienes, hace mención sobre la propiedad que detenta la persona comprometida a realizar los fines en beneficio de otra, También consideran que se debe actuar en equidad queriendo decir con ello que deben de cumplir su cometido en forma justa.

(47) MINUT RENZO., op, cit., p.254.

(48) Loc, cit.

(49) DOMINGUEZ JORGE A., op, cit, p.140.

Para poder entender completamente estas definiciones considero importante definir qué se entiende por relación fiduciaria.

La expresión de relación fiduciaria es más amplia que el término de fideicomiso, esta se puede considerar cuando una persona se encuentra en situación de dependencia con respecto de otra.

Nos señala el Dr. Ricardo J. Alfaro, que el trust o fideicomiso anglosajón, es la transmisión de bienes que una persona hace a otra por tenerle confianza, para que cumpla con los mismos, con un fin lícito en favor de una tercera persona o de sí misma, y ese fin en esencia, es por regla general, la conservación y administración del patrimonio fideicomitado, que puede ser para asegurar que sea efectiva, la destinación o para la protección del patrimonio, contra la inexperiencia, la prodigalidad, la incapacidad, la codicia, las influencias perniciosas o interesadas u otras circunstancias cualesquiera, que puedan afectar judicialmente a la persona del beneficiado. (50).

La relación entre trustee y beneficiario es de naturaleza fiduciaria significando por ello que existe la obligación de actuar para el provecho de otro.

La relación fiduciaria lleva implícita determinadas consecuencias que se refieren a los actos que las partes pueden celebrar, y que se producen automáticamente y de pleno derecho por virtud de la misma relación.

El trust además es una relación en la que se constituye con bienes, lo que hace que se asemeje a ciertas relaciones jurídicas como el depósito y se distingue de otras que puede o no referirse a bienes como el mandato.

En el trust hay siempre un bien una cosa que constituye su objeto y el cual tiene una prioridad que le corresponde al trustee, en la que este debe emplear en provecho del beneficiario.

El trust generalmente puede constituirse, sólo cuando el título de una cosa está investido en una persona, para el beneficio de otra, el trustee tiene siempre algo más que un derecho de posesión, y esto es la obligación de que se debe llevar a cabo un fin determinado. (51).

Presentaremos una opinión sobre la terminología del trust; los lingüísticos, traducen el Trust como fideicomiso.

El fideicomiso se puede considerar como equivalente filológico en el idioma español de la palabra inglesa "Trust" "Etimológicamente se considera que fideicomisión representa la más fiel traducción de "Trust" formándose el término de éste con el prefijo "fidei" y la palabra comisión en sus

(50) ALFARO RICARDO J., op, cit, p.159.

(51) BATIZA RODOLFO ., op, cit, p.52.

Para poder entender completamente éstas definiciones considero importante definir qué se entiende por relación fiduciaria.

La expresión de relación fiduciaria es más amplia que el término de fideicomiso, esta se puede considerar cuando una persona se encuentra en situación de dependencia con respecto de otra.

Nos señala el Dr. Ricardo J. Alfaro, que el trust o fideicomiso anglosajón, es la transmisión de bienes que una persona hace a otra por tenerle confianza, para que cumpla con los mismos, con un fin lícito en favor de una tercera persona o de sí misma, y ese fin en esencia, es por regla general, la conservación y administración del patrimonio fideicomitado, que puede ser para asegurar que sea efectiva, la destinación o para la protección del patrimonio, contra la inexperiencia, la prodigalidad, la incapacidad, la codicia, las influencias perniciosas o interesadas u otras circunstancias cualesquiera, que puedan afectar judicialmente a la persona del beneficiado. (50).

La relación entre trustee y beneficiario es de naturaleza fiduciaria significando por ello que existe la obligación de actuar para el provecho de otro.

La relación fiduciaria lleva implícita determinadas consecuencias que se refieren a los actos que las partes pueden celebrar, y que se producen automáticamente y de pleno derecho por virtud de la misma relación.

El trust además es una relación en la que se constituye con bienes, lo que hace que se asemeje a ciertas relaciones jurídicas como el depósito y se distingue de otras que puede o no referirse a bienes como el mandato.

En el trust hay siempre un bien una cosa que constituye su objeto y el cuál tiene una prioridad que le corresponde al trustee, en la que este debe emplear en provecho del beneficiario.

El trust generalmente puede constituirse, sólo cuando el título de una cosa está investido en una persona, para el beneficio de otra, el trustee tiene siempre algo más que un derecho de posesión, y esto es la obligación de que se debe llevar a cabo un fin determinado. (51).

Presentaremos una opinión sobre la terminología del trust; los lingüísticos, traducen el Trust como fideicomiso.

El fideicomiso se puede considerar como equivalente filológico en el idioma español de la palabra inglesa " Trust "Etimológicamente se considera que fideicomisión representa la más fiel traducción de "Trust" formándose el término de éste con el prefijo " fidei " y la palabra comisión en sus

(50) ALFARO RICARDO J., op, cit, p.159.

(51) BATIZA RODOLFO ., op, cit, p.52.

raíces latinas " Fides " significa fe y " commissio " acción de committere " encargar, encomendar.(52).

Quise presentar las definiciones del Trust y más adelante la traducción del mismo, para poder exponer en forma clara la idea de lo que se considera como trust y en esta forma poder entrar al campo de nuestro fideicomiso mexicano, teniendo una idea más amplia de todo lo que envuelve esta compleja figura.

Presentaremos la idea que en un principio tenía el Dr. Alfaro sobre el trust. " Así pues, no podemos ver al trust en otro sentido que un acto irrevocable, por medio de los cuales, el fundador (Settlor) dispone de su propiedad, o de una parte de ella, y crea un patrimonio independiente del cual, el fiduciario deviene propietario con la obligación de cumplir las condiciones del fideicomiso. Concebido de esta manera, el fideicomiso (trust) fue fácilmente transplantado a la ley civil de la República de Panamá".(53).

Es ya sabida la influencia para nuestro derecho que ha suscitado la definición del Dr. Alfaro a través de su proyecto de Ley Panameña en el que sostiene que "El fideicomiso es un mandato irrevocable en virtud del cuál se transmiten determinados bienes a una persona llamada fiduciaria, para que disponga de ellos conforme lo ordena el que transmite, llamado fideicomitente, a beneficio de un tercero llamado fideicomisario."(54).

El Dr. Alfaro recapacita sobre su concepto de fideicomiso, y afirma que aunque se hable del fideicomiso como un "mandato irrevocable", en las leyes de panamá de 1925 en la ley Bancaria de 1926, y en las leyes de fideicomiso de Puerto Rico, señala que carece de importancia llamarlo como un "contrato", "un acto irrevocable", un "contrato especial" o "un acto" y explica que "Los elementos esenciales de la cosa definida son la transferencia de la propiedad por el comitente y la obligación impuesta al fiduciario de aplicar la propiedad para el beneficio del fideicomisario de tal manera y en tales condiciones como las impuestas por el fideicomitente"; y además añade que "una definición de este tipo combinaría los dos elementos esenciales del trust, y describiría los tres papeles o participaciones de las partes que entran en la transacción".

Más adelante señala un reporte a la Segunda Convención de la Federación Interamericana de Abogados de Rio de Janeiro, 1943, El hace un buen análisis de las definiciones

(52) SEELING RUBIAL RAUL "Terminología del trust. "Jue", Revista de Derecho y Ciencias Sociales. Tomo XXII, No.131. Junio 1949. México, D.F. Terminología del Trust., p.161.

(53) PATTON RUFORD G., op, cit., p.297.

(54) HERNANDEZ OCTAVIO A., op, cit., p.297.

del fideicomiso y concluye que cualquiera podría entender el significado de trust o fideicomiso moderno si es expresado en la siguiente manera:

"El fideicomiso es un acto en virtud del cuál se transmiten determinados bienes a una persona llamada fiduciario, para que disponga de ellos conforme lo ordene la persona que los transmite, llamada fideicomitente, a beneficio de un tercero llamado fideicomisario".(55).

Este autor nos indica que para poder constituir una definición que quede fuera de críticas se debe inquirir cuales son los rasgos distintivos del trust.(56).

En esta definición quedan comprendidos los tres elementos constitutivos del acto.

- 1.- La transmisión del patrimonio.
- 2.- La destinación que se da al patrimonio.
- 3.- El encargo que se debe ejecutar..."(57).

Esta postura está determinada así, en primer lugar para evitar confusiones sobre su naturaleza jurídica y en segundo lugar para que cualquiera pueda entenderla aunque no esté familiarizado con el tema.

Considero lo más oportuno, tomar como base principal, para dar la definición actual del fideicomiso mexicano, la que nos presenta la Ley de Título y Operaciones de crédito en su artículo 346 que versa en la siguiente forma "En virtud del fideicomiso, el fideicomitente destina ciertos bienes a un fin lícito y determinado, encomendando la realización de ese fin a una institución fiduciaria. "(58).

La definición que tendré el atrevimiento a presentar sobre el fideicomiso es la siguiente;

El fideicomiso mexicano es un contrato en virtud del cual el fideicomitente afecta una parte o la totalidad de su patrimonio para destinarse a un fin lícito y determinado, encomendando la realización de este fin a una institución autorizada para actuar como fiduciaria, en beneficio de la persona o personas que sean designadas como fideicomisarias.

Conciente de que esta definición no es perfecta no obstante con esto, me interesa presentarla, por su sencillez y claridad por un lado, y por otro por considerar, que en la misma, estoy tomando lo más importante de las teorías que por su estructura y sus bases

(55) BATIZA RODOLFO., op, cit., p.47.

(56) PATTON RUFORD G., op, cit., p.6

(57) ALFARO RICARDO J., op, cit., p.6.

(58) "Ley General de Títulos y Operaciones de Crédito" en LEYES Y CODIGOS DE COMERCIO Y LEYES COMPLEMENTARIAS. 52. a Edición. Editorial Porrúa, S.A. AV. República Argentina, 15 México 1989. p.330.

puedo pensar que son las más sólidas y actuales.

B.- TEORIAS SOBRE LA NATURALEZA JURIDICA DEL FIDEICOMISO EN MEXICO.

Antes de hablar de la naturaleza jurídica del fideicomiso en México, considero oportuno tratar de señalar lo que esta envuelve dentro de su amplitud.

Podemos establecer que la naturaleza jurídica es algo más que un simple concepto, es la esencia jurídica misma del fideicomiso, sus alcances y sus propiedades características.

El problema de la naturaleza jurídica del fideicomiso es complejo por las múltiples teorías encaminadas a explicar el fideicomiso, el cuál ha tenido que adaptarse a nuestra propia legislación. La interrogante es ¿cual de todas las teorías elaboradas sobre el fideicomiso mexicano es la adecuada realmente.?

Para descubrir esto, tendremos que estudiar y evaluar cada una de ellas partiendo de un buen método de estudio y utilizando como punto de partida la legislación vigente sobre nuestro fideicomiso mexicano.

El nombre que fue aceptado en México como fideicomiso, no tiene la misma significación, que la que se ha entendido en el derecho antiguo, ya que ha evolucionado a través de la historia, es similar en ciertos aspectos, pero es totalmente independiente porque adquirió su propia identidad.

La reglamentación del fideicomiso fue sancionada en la Ley General de Títulos y Operaciones de Crédito, consideraron al mismo como una operación de crédito y específicamente como una operación bancaria, y las reglas que regulan al fideicomiso fueron una adaptación de las prácticas anglosajonas, más sin embargo tuvieron que darse las modificaciones necesarias y adecuadas para que sean coherentes con las disposiciones y con el tipo de sistema jurídico de México.

C.- EL FIDEICOMISO COMO MANDATO.

Le corresponde al jurista Panameño Ricardo Alfaro, por primera vez tener la intención de adaptar el Trust a los sistemas jurídicos Latinoamericanos de ascendencia Romana. El consideró al fideicomiso como una especie de mandato y nos señala que, 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 cuál 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 cuál el fiduciario es el mandatario y el fideicomitente es el mandante.(59).

A pesar de lo anterior este autor reconoce que el concepto simple y llano de mandato no es completo para aplicarlo al caso del fideicomiso ya que el mandato es revocable y el fideicomiso no y por otra parte en este existe una transmisión de bienes y en el mandato no, por lo que nos indica el autor que el fideicomiso es un contrato sui generis cuya esencia es de un mandato, y define al fideicomiso "Como un mandato irrevocable en virtud del cuál se transmiten determinados bienes a una persona llamada fiduciario, para que disponga de ellos conforme lo ordena el que los transmite, llamado fideicomitente, a beneficio de un tercero llamado fideicomisario."(60).

De lo anterior quisiera señalar que hay cierto tipo de fideicomisos que pueden ser revocables si así se establece en el contrato, por lo que no todos los fideicomisos son irrevocables, por lo menos así es actualmente en el fideicomiso mexicano de acuerdo con nuestra legislación.

El Dr. Alfaro señala los siguientes elementos de su definición:

- "a) La esencia;
- b) El objeto;
- c) El fin;
- d) El sujeto;..."(61).

En relación a la esencia del fideicomiso, es la de un mandato irrevocable aunada a una transmisión de bienes por lo que se puede considerar un acto de confianza.

En cuanto al objeto lo es todo bien mueble, inmueble, corpóreo, incorpóreo, presente o futuro.

Por lo se refiere al fin se presenta con el contenido de la obligación del fiduciario, es decir destinar los bienes a la finalidad establecida por el fideicomitente, podemos considerar como sujeto del fideicomiso al fideicomisario pues

(59) DOMINGUEZ MARTINEZ JORGE A., op. cit. pp.145 y sig.

(60) Ibid., p.146.

(61) Ibid., p.59.

en beneficio de este, fue la constitución del fideicomiso, podemos calificar al fideicomitente como fuente y al fiduciario como instrumento y agrega que el fideicomisario es "sine qua non" para la constitución del fideicomiso, pues no concibe el fideicomiso si no es en interés de alguien.

Quisiera apuntar a este respecto que si puede existir un fideicomiso sin nombrarse fideicomisario pudiendo determinarse más tarde. Aunque es necesario establecer el fiduciario y el fideicomisario para que sea formalmente un fideicomiso perfecto y completo, y así poder llevar a cabo el cumplimiento del mismo.

La ley de bancos de fideicomiso de 1926, consideró al fideicomiso "Como un mandato irrevocable, esta concepción fue inadecuada debido a que ésta figura por ser nueva no se conocía en su amplitud y en sus efectos cuando fue introducida a nuestro orden jurídico".(6).

Tenemos un interés especial en señalar las distinciones que pueden existir entre el fideicomiso y el mandato, viendo estas desde distintos puntos de vista.

El Lic. Roberto Molina Pasquel. Presentó a la tercera Conferencia Interamericana de abogados una ponencia con el fin de que los representantes; "Gestionaran ante sus respectivos gobiernos la reforma de las leyes sobre fideicomiso suprimiendo de su definición el concepto de mandato y construyendola como una destinación o afectación."

1.- "El mandatario debe consultar al mandante en lo no previsto y prescrito expresamente; El fiduciario no debe ni necesita consultar al fideicomitente en tal caso, pues goza de las facultades necesarias para la realización del fin previsto, aun cuando no se le confieran en el acto constitutivo."

2.- "El mandante puede ratificar o no las operaciones hechas por el mandatario con violación o exceso del encargo recibido: el fideicomitente (salvo caso excepcional), carece de acción contra el fiduciario y terceros para desconocer, ratificar o modificar sus actos violatorios o excesivos: ni puede exigir al mandatario en este supuesto."

3.- "El mandatario debe de comunicar al mandante la ejecución del encargo y los hechos o circunstancias que influyeron en su revocación o modificación. No así el fiduciario respecto al comitente. Tampoco debe el fiduciario rendirle cuentas salvo pacto expreso en contrario."

(62) TORRES PARTIDA MANUEL. op. cit. pp.572-573.

4.- "El mandatario debe de entregar al mandante lo que reciba en virtud del mandato; No así el fiduciario, que con ello constituye el patrimonio del que es titular. Aquel debe intereses por las sumas del mandante que indebidamente distraiga; El fiduciario no las debe al fideicomitente, sino al patrimonio mismo, o al fideicomisario."

5.- "El mandatario puede sustituir; El fiduciario tiene una comisión personal e indelegable.

6.- "El mandatario que anticipa gastos, puede cobrarlos al mandante; El fiduciario por regla general no puede ir contra el fideicomitente sino con cargo al patrimonio del fideicomiso. Los daños y perjuicios que sufre el fiduciario son también a cargo del patrimonio y no del comitente."

7.- "Los actos del mandatario obligan al mandante hacia tercero; Los actos del fiduciario son ajenos al fideicomitente y sólo afectan al patrimonio del fideicomiso."

8.- "Para que valgan los actos del mandatario que se ha excedido, se necesita ratificación del mandante: los del fiduciario que se excede sólo dan acción al fideicomisario y no al fideicomitente.

9.- "El mandato concluye por muerte o interdicción del mandante y el fiduciario no muere físicamente, ni puede ser interdicto."

10.- "El mandante puede constituir un segundo mandatario para un mismo negocio; El fideicomitente no puede constituir un segundo fideicomiso con el mismo patrimonio."

11.- Los bienes del mandante que se encuentren en poder del mandatario pueden ser objeto de acciones de los acreedores del primero pues forman parte de su patrimonio; El mandatario no puede oponerse ni excepcionarse, los bienes fideicomitados no se encuentran ya en el patrimonio del comitente, y sus acreedores no pueden ejercitar acciones sobre ellos; El fiduciario puede oponerse a título propio. En el caso podrán decidirse que esta diferencia entre fideicomiso y mandato es problema resuelto, puesto que la misma definición de aquél declara la transmisión de los bienes fideicomitados. Pero tal declaración, que completa la contradicción que este estudio combate, vuelve obscura y confusa la situación, puesto que los acreedores del fideicomitente, si bien conforme a unos textos legales no pueden secuestrar el patrimonio fideicomitado, si tienen derecho aparente de hacerlo a los

que fijan el estatuto del mandante en el contrato de mandato." (63).

Algunas de las diferencias que existe entre el fideicomiso y el mandato son las siguientes: cuando en un mandato se encomienda a otro que realice ciertos actos, no nos privamos de la facultad de realizarlos nosotros mismos, en cambio en el momento en que se perfecciona el fideicomiso solamente el fiduciario puede actuar, y quedando impedidos para darle a ese bien, un destino diferente o impedir el cumplimiento del encargo si no se reserva el derecho de modificar o revocar el fin del fideicomiso. (64).

El contrato de mandato tiene un campo de acción más amplio que el contrato de fideicomiso, ya que el mandato puede realizarse sobre toda clase de actos jurídicos, con la condición de que sean lícitos y no estrictamente personales del mandante, e inclusive los relativos del derecho de familia, además de los actos que se refieren a meras obligaciones de hacer, en cambio el fideicomiso debe tener siempre por objeto actos jurídicos que se relacionen con los bienes materia del fideicomiso. (65)

Debe concluirse, en consecuencia, el mandato es un simple encargo, que constituye el cumplimiento de un contrato de naturaleza legal perfectamente definida y diferente del fideicomiso, y que la fiduciaria ejecuta de acuerdo con la enumeración que la ley hace de las operaciones que aunque no sean de fideicomiso, se le autorice a realizar. (66).

En cambio en el caso del fiduciario, este nunca actúa en nombre o representación del fideicomitente, ni tampoco es por cuenta de él, sino que el fiduciario siempre actúa en nombre propio y por cuenta propia y a pesar de ello, en el acto realizado por el fiduciario los efectos jurídicos no se producen en su propio patrimonio sino que se producen sobre los bienes objeto del fideicomiso, con la salvedad de que en dicho caso, el fiduciario podría incurrir en responsabilidades, por culpa suya o por dolo o cuando actúe en forma diferente al encargo que se le a confiado en el fideicomiso. (67).

Se puede considerar que el contrato de mandato tiene una "función instrumental" y el contenido y la finalidad de este

(63) TORRES PARTIDA MANUEL. "Finanzas y Contabilidad" Vol XI. N.11, Nov.1944. México, D.F. Revista Mensual de Divulgación Financiera y Contable., pp.574,475.

(64) PEZA DE LA. JOSE LUIS. "Naturaleza Jurídica del Fideicomiso" Revista de Investigaciones Jurídicas Año 2, n.2 1978 México, D.F., p.136

(65) SANCHEZ MEDAL RAMON "La Verdadera del Fideicomiso Mexicano" Revista de Investigación Jurídica de la Escuela Libre de Derecho. N.4,p.84

(66) TORRES PARTIDA MANUEL., op. cit., p.576.

(67) SANCHEZ MEDAL RAMON., op. cit., p. 83 y sig.

contrato no se agota sino que se acondiciona a una situación jurídica para actos jurídicos o contratos posteriores.

Los actos jurídicos que el fiduciario debe realizar en ejecución del fideicomiso y por encargo del fideicomitente los puede realizar sólo el propio fiduciario, pero en ocasiones si el fiduciario desea que el fideicomitente realice alguno de esos actos jurídicos, es indispensable que el fiduciario le otorgue facultades al fideicomitente. Confiriéndole un mandato a éste o a una persona designada por el fideicomitente para administrar o para pleitos y cobranzas, en relación con los bienes fideicomitidos.(68)

Considero que por lo que se ha señalado dentro de la teoría del fideicomiso como un mandato, podemos concluir que la figura del fideicomiso y del mandato, tienen un gran parecido, más sin embargo son figuras que en su esencia y sus efectos jurídicos son diferentes, observando lo expuesto ya, no queda duda de las grandes diferencias que existen entre estas dos figuras. ahora las semejanzas que puede haber entre el fideicomiso y el mandato, son que en ambos una persona se obliga a prestar algún servicio o hacer alguna cosa por cuenta o cargo de otra, además que hay un acto de confianza. Podemos señalar que estas semejanzas de ninguna manera son suficientes para que puedan considerarse iguales a ambas figuras.

No obstante no tenemos sino que reconocer lo importante que fue esta teoría para la adaptación del fideicomiso en México.

(68) Ibid, loc, cit.

D.- EL FIDEICOMISO COMO NEGOCIO FIDUCIARIO.

El negocio jurídico forma parte de la Teoría General del Acto Jurídico.

El autor Miguel Villoro Toranzo nos indica: Que la doctrina del derecho distingue como un tipo de acto jurídico; a los negocios jurídicos. Enseguida nos señala que tanto los actos jurídicos como los negocios jurídicos nacen de la intervención consiente y libre del hombre, y producen de hecho consecuencias jurídicas que se imputan a sus autores, encontrándose en los negocios jurídicos la voluntad libre de crear consecuencias jurídicas que obliguen a sus autores. (69).

En el negocio jurídico, uno de sus efectos es que presenta un resultado indirecto, y con referencia a esto, el maestro Rubino nos da el concepto de lo que considera como resultado indirecto, y nos señala que es "aquel resultado que tiene un perfil jurídico perfectamente individualizado, extraño al negocio empleado en el caso concreto y que este negocio que ha recibido ejecución, se sustituye prácticamente en todo o en parte al resultado inmediato a éste." (70).

Rodríguez y Rodríguez, considera que el negocio fiduciario es una subespecie del negocio indirecto, el cual "se caracteriza por el empleo de un negocio para la realización de fines obtenidos normalmente por otro." (71).

De la anterior definición podemos determinar los elementos siguientes:

- 1.-La existencia de un medio el cual tiene una función instrumental frente a los ulteriores fines de las partes.
- 2.-Se busca un resultado indirecto o fin ulterior teniendo como principal objetivo respetar la voluntad de las partes dentro del inmediato y natural negocio empleado. (72)

Roberto Rugiero, nos da el siguiente concepto sobre el negocio jurídico: "La más sencilla y corriente definición de negocio jurídico es la siguiente; Una declaración de voluntad del particular dirigida a un fin protegido por el ordenamiento jurídico." (73).

Gasperri, considera al negocio jurídico: "como una declaración de voluntad encaminada a la producción de determinados efectos jurídicos, que el ordenamiento reconoce y garantiza." (74).

Domínguez y Martínez nos habla sobre el negocio jurídico, señalando que nace, cuando la autonomía de la voluntad privada tiene un campo mayor de acción y le reconoce

(69) LIZARDI ALBARAN, op. cit., p.130.

(70) Ibid. op. cit., p.108.

(71) RODRIGUEZ Y RODRIGUEZ, op, cit.,p.131.

(72) Ibid.,p.121.

(73) TEJADA MIGUEL ANGEL, op, cit.,p.120.

(74) Ibid., loc cit.

al estado un margen de libertad, que le permite crear una serie de relaciones estas hacia el.(75).

Pasando al negocio fiduciario, el autor Navarro Martorel, considera que el negocio fiduciario es un acto traslativo de dominio o de titularidad, y lo define como "aquellos en que una persona (fiduciario) recibe de otra (fideicomitente), que confía en ella una plena titularidad de derecho en nombre propio, comprometiéndose a usar de ella, solo en lo preciso para el fin restringido acordado, ya en interés suyo ya también en el del transmitente o de un tercero.(76).

Podemos considerar que las conceptualizaciones antes expuestas, con respecto a los negocios jurídicos, al resultado indirecto, y a los negocios indirectos, desde sus muy particulares enfoques son adaptables y aceptables para encuadrarlas dentro de la idea de los fideicomisos.

La jurisprudencia de la Suprema Corte de Justicia de la Nación ha tratado sobre diversos aspectos del fideicomiso y coincide con lo más destacado de la doctrina mexicana señalando que nuestra legislación ha logrado incorporar el trust en un sistema de derecho romano.

En el Amparo Indirecto. No. 5567/74. Promovido por el Banco Internacional Inmobiliario, S.A., resuelto el 15 de junio de 1979, la Suprema Corte de Justicia, dijo sobre la naturaleza del fideicomiso, que "es un negocio jurídico, por medio del cual el fideicomitente constituye un patrimonio fiduciario, autónomo, con ello se señala particularmente, que es diverso de los patrimonios propios de las partes que intervienen en el fideicomiso, o sea es distinto de los patrimonios del fideicomitente, del fiduciario y del fideicomisario... Patrimonio autónomo, afectado a un cierto fin, bajo la titularidad y ejecución del fiduciario, quien se halla provisto de todos los derechos y acciones conducentes, al cumplimiento del fideicomiso de acuerdo a sus reglas constitutivas y normativas, los bienes entregados en fideicomiso salen por tanto, del patrimonio autónomo o separado de afectación, bajo la titularidad del fiduciario; fines de acuerdo con los cuales (y en conformidad con lo pactado) podrá presentarse a dicho titular, a juicio como actor o demandado, así como vender, alquilar, ceder, etc."(77).

El negocio jurídico y el negocio fiduciario, concierna Carlos A. Arocha Morton, que son sinónimos, y según señala la Suprema Corte de Justicia de la Nación, al determinar sobre

(75) TEJADA MIGUEL ANGEL, op, cit.,p.130.

(76) CASTAN TOBENAS JOSE CITADO POR NAVARRO MARTOEL. Derecho Civil Español Común y Foral: Vol.11,10 Edición Instituto Editorial Reus de Madrid, España, 1963, p.639,

(77) AROCHA MORTON CARLOS A, op,cit.,p.32.

la naturaleza jurídica del fideicomiso, que este es un negocio jurídico, por lo que se podrá considerar como un negocio fiduciario.(78).

Franceschelli entiende por negocios fiduciarios todas aquellas relaciones jurídicas que se presentan como resultado de combinarse un elemento real y uno obligatorio, para la consecución de un objeto determinado, que no podría lograrse utilizando uno de los esquemas jurídicos reales existentes con la pura y simple estipulación de un contrato.(79).

Joaquín Rodríguez y Rodríguez, considera que el fideicomiso es un negocio fiduciario o un negocio jurídico, y además afirma que el negocio fiduciario es un contrato real, traslativo de dominio, que opera frente a tercero y que tiene un aspecto interno de naturaleza obligatoria que restringe los alcances de su transmisión, pero solamente en los efectos entre las partes, y considera que no solamente es un negocio fiduciario, sino que también es un negocio jurídico indirecto, es decir un negocio que se emplea para realizar fines que son obtenidos normalmente por otro. "El fideicomiso se forma por un acto unilateral de voluntad que se perfecciona por el mero deseo que exterioriza el fideicomitente, según se interpretan los artículos, 350, 355, y 356 de la Ley de Títulos y Operaciones de Crédito, que por su parte, se refieren a la posibilidad de constituir la operación sin nombrar fiduciario o fideicomisario o ambos."(80).

Según Franceschelli, la finalidad del negocio fiduciario es conseguir un fin económico jurídico que no puede alcanzarse directamente con la pura y simple utilización de los esquemas jurídicos existentes.(81)

Se ha sostenido que por la amplitud de efectos que se logran, por medio de la finalidad abstracta e indirecta del negocio fiduciario, éste es un contrato atípico e innominado por naturaleza, es decir, un acto jurídico carente de una causa o finalidad admitida por los ordenamientos jurídicos existentes y cuya existencia no está específicamente prevista por las leyes.

Por este motivo en México se reconoció la imposibilidad de reglamentar al negocio fiduciario en general, y se reguló una de sus especies(82).

El negocio fiduciario es una figura, que en los sistemas jurídicos de diversos países en que se practica, no se ha regulado de una manera particular, por esa razón se apoya amparándose en el principio de la "autonomía de la voluntad",

78) AROCHA MORTON CARLOS A., op. cit., p.164,165.

79) BATIZA RODOLFO, op. cit., p.96.

80) RODRIGUEZ Y RODRIGUEZ, op. cit., p.117.

81) BEYER ESPARZA, JORGE E., op. cit., pp.124,125.

82) Ibid., op. cit., p.125.

siguiendo la base que faculta a los particulares, a realizar todas aquellas conductas que no se encuentren prohibidas expresamente por la ley. Esto obedece a que el negocio fiduciario tiende a obtener fines diversos que en forma amplia superan las fronteras de los negocios o contratos típicos que podrían aplicarse.

Más sin embargo el fideicomiso en nuestro sistema jurídico, es un contrato típico nominado, el cuál, si tiene una causa o finalidad admitida por el ordenamiento. Y además podemos apuntar, que en México el fideicomiso está regulado por nuestro propio sistema jurídico.

Actualmente el fideicomiso mexicano, lo consideran algunos autores, como una especie del negocio fiduciario, y éste se entiende desde un punto de vista teórico como "aquel acto jurídico en virtud del cuál una persona transmite a otra, ciertos bienes o derechos obligándose esta, a afectarlos para la realización de una finalidad lícita y determinada, y como consecuencia de dicha finalidad, retransmitir dichos bienes a favor de un tercero o revestir dichos bienes a favor del transmitente." (83).

Señalaremos los puntos en donde son coincidentes el fideicomiso y el negocio fiduciario.

Tanto en el negocio fiduciario, como en el fideicomiso, hay un patrimonio que se debe utilizar para realizar un determinado fin. En ambos casos la finalidad se establece por el fideicomitente o el fiduciante, y el fiduciario debe administrar el patrimonio para procurar que se logre la finalidad establecida. Además existe como denominador común el elemento de confianza. (84).

"Generalmente los fines que se persiguen con el negocio fiduciario son de garantía, mandato o administración aún cuando la naturaleza jurídica de dichos negocios, se puede perseguir y alcanzar por cualquier fin, siempre y cuando sea lícito y no se encuentre prohibido expresamente por la ley. (85).

Considero que podríamos dejar de denominar al fideicomiso como negocio fiduciario por considerar que es un contrato atípico e innominado por naturaleza, y porque su finalidad no es conseguir fines económicos y jurídicos que no puedan alcanzarse directamente, con la simple utilización de los esquemas jurídicos existentes.

No obstante lo anterior nuestra legislación mexicana, determina que los fideicomisos pueden ser considerados como

(83) Ibid., op, cit., p.184.

(84) AROCHA MORTON CARLOS A., op, cit., pp.24

(85) LEON LEON RODOLFO. El Fideicomiso y las Casas de Bolsa, Academia Mexicana de Derecho Bursatil, A.C., p.24

negocios fiduciarios según anales de jurisprudencia citados en el capítulo respectivo. En cambio podemos considerar que el fideicomiso y el negocio fiduciario coinciden por tener una función instrumental que busca un resultado indirecto o fin ulterior, teniendo como objetivo principal respetar la voluntad de las partes para realizar fines que se emplean por otro negocio , es decir tiene un resultado indirecto por esto es posible considerarlo como un negocio jurídico indirecto.

E.- EL FIDEICOMISO COMO PATRIMONIO DE AFECTACION.

El Lic. Rodolfo Batiza afirma que fue hasta el año de 1932, cuando aparece el Tratado de Lepaulle con el que ensaya la interpretación sistemática del trust con vista a explicarlo al público jurídico no sajón. (86).

Lepaulle considera que toda definición del trust que se basa en la repartición de derechos entre sus posibles integrantes como son el Trustee- cestui- settlor, no es adecuada ni verídica partiendo sobre la base de que no es posible definir la esencia de una institución apoyándose en una serie de relaciones entre tres personas cuando ninguna de las tres es esencial para su existencia. (87).

Este autor considera que la única forma de llegar a la resolución del problema es descubrir cuales son los elementos esenciales para la formación y la vida del trust, y concluye que los elementos esenciales son dos: un patrimonio distinto y una afectación, del patrimonio se desprenden los siguientes principios: a) El trust presupone necesariamente derechos patrimoniales en los cuales se apoya. b) Estos derechos no se hallan mas en el patrimonio de nadie. c) Estos derechos integran un todo distinto. d) Por último, la res constituye una universalidad; y además de este patrimonio existe una afectación."(88).

Lepaulle, define el trust como "una afectación de bienes garantizada por la intervención de un sujeto de derecho que tiene la obligación de hacer todo lo que sea necesario para realizar esa afectación y que es titular de todos los derechos que le sean útiles para cumplir dicha obligación."(89).

La definición de Lepaulle suscita una objeción: ¿cómo podríamos dissociar las nociones de personalidad y de patrimonio en función de la personalidad?.

"Según Lepaulle, finalmente, la definición propuesta implica ciertos corolarios que se deben precisar a fin de constituir la estructura del trust: I. La afectación de los bienes debe realizarse por una voluntad; II. Las obligaciones del Trustee existen frente al trust, no frente al Cestui; III. El derecho del Cestui es un crédito que existe contra el Trustee; IV. La voluntad unilateral puede ser jurídicamente

(86) BATIZA RODOLFO., op. cit., p.91.

(87) Ibid, p.93.

(88) Ibid, p.93.

(89) PIERRE LEPAULLE "La naturaleza Jurídica del Trust", en Revista General de Derecho y Jurisprudencia. Tomo III. México 1932., p.50.

válida en el dominio de los trusts expresos; V. El trust debe tener un domicilio y una nacionalidad.(90).

Es importante señalar que para poder desentrañar la naturaleza jurídica del fideicomiso es indispensable considerar a los elementos personales del fideicomiso, como son: el fideicomitente, el fiduciario y el fideicomisario, ya que tarde o temprano tienen que intervenir las tres figuras para que pueda ser completo y perfecto el fideicomiso, por lo que debemos también considerar los derechos y las obligaciones de cada uno.

El maestro Landerreche Obregón se inclina por el pensamiento que sustenta Lepaulle y considera lo siguiente; "Resulta económica y jurídicamente fundada la formación de un patrimonio autónomo destinado a un fin lícito, sin que necesariamente tenga como requisito la existencia de un órgano que realice el fin que persigue. En este caso puede no existir propietario de los bienes afectados al fin perseguido, bastando que con la afectación se organice de modo adecuado para que los bienes cumplan su función de medios de alcanzar los fines de los que se trata."(91).

El fideicomiso "constituye un patrimonio autónomo, es decir, que no pertenece a ninguna de las personas que participan y al cual quedan transferidos los derechos afectados al fideicomiso, y por tanto constituye una unidad que se conserva en el tiempo mientras dure el fideicomiso, independientemente de que los bienes dados formaban en su origen afectados al fin del fideicomiso."(92).

Con relación a la autonomía del fideicomiso, García Máynez señala que este
 Máynez señala que este queda legalmente fuera de la quiebra del fideicomitente, del fiduciario y del fideicomisario, en tanto que el patrimonio del fideicomiso como tal puede ser objeto de quiebra.(93).

García Máynez considera que es una contradicción hablar de derechos sin titular, y asegura que la noción del deber se encuentra inseparablemente ligada al concepto de persona.(94).

No puede sostenerse la existencia del patrimonio sin titular, porque es necesario que las personas realicen las finalidades jurídico económicas de ese patrimonio cuya

(90) BATIZA RODOLFO., op. cit., pp. 43, 24.

(91) DOMINGUEZ., op. cit., p. 51.

(92) Loc. cit.

(93) TEJADA MIGUEL ANGEL., op. cit., pp. 139, 143.

(94) GARCIA MAYNEZ EDUARDO., Introducción al Estudio del Derecho Editorial: Porrúa México 1961. p. 283.

naturaleza reclama al ejercicio de los derechos y el cumplimiento de las obligaciones que le correspondan. (95).

Afectación en el lenguaje corriente, es la acción y efecto de afectar: según la Real Academia de la Lengua Española y Joaquín Escriche, este verbo significa empeñar, hipotecar una cosa mueble para garantizar el cumplimiento de una obligación. (96).

Trataremos sobre dos tendencias principales de opinión con respecto de la afectación, de los bienes dados en fideicomisos;

La primera sostiene que la afectación de los bienes dados en fideicomiso es considerada como gravamen impuesto sobre los mismos.

La segunda tendencia, está representada por la asociación de banqueros de México, quienes afirman que: "la afectación de los bienes dados en fideicomiso consisten en una real y verdadera enajenación entre el fideicomitente y la institución fiduciaria." (97).

La definición de gravamen del diccionario de la Real Academia de la Lengua Española es la siguiente; (Del lat, graváre) carga, obligación que pesa sobre alguno de ejecutar una cosa.). (98).

En vista de lo anterior, consideramos que en el fideicomiso existe una real y auténtica, enajenación entre el fideicomitente y la institución fiduciaria.

Probablemente pudiéramos pensar que el fideicomiso es una especie de afectación, considerándola como gravamen, por el parecido que puede haber entre estas dos figuras, pero sería confundir realidades, ya que cuando se llega a realizar un fideicomiso sobre un inmueble, queda registrado en el Registro Público de la Propiedad, como un patrimonio fideicomitado y no como un gravamen.

Podemos considerar que puede haber patrimonio sin titular, cuando no exista alguien que tenga determinados derechos y obligaciones sobre el mismo, pero en el momento que intervengan sujetos con injerencias en él, no puede considerarse sin titular, y en el fideicomiso el fiduciario tiene las acciones y derechos necesarios para poder cumplir los fines del mismo, y tiene el derecho de cobrar por sus servicios.

(95) TEJADA MIGUEL ANGEL., op, cit., p.140.

(96) Ibid., p.141.

(97) Loc, cit.

(98) DICCIONARIO DE LA REAL ACADEMIA DE LA LENGUA ESPAÑOLA, DECIMA EDICION, MADRID, 1970, p.680.

Considero que en esta teoría se puede observar un error a primera vista, que consiste en recapacitar que en el fideicomiso, el patrimonio no pertenece a nadie. además de estos los que sostienen esta teoría señalan que no es adecuado considerar a los elementos integrantes del fideicomiso para dar una definición, argumentando que ninguno de los integrantes está siempre presente, por esta razón no se les debe tomar en cuenta para dar una definición.

La idea de que el patrimonio no tiene dueño, quieren apoyarla al asegurar que el patrimonio afectado en fideicomiso es independiente para el caso de la quiebra.

Con respecto a esta teoría podemos señalar, que el que la ley considere autónomo al patrimonio para el caso de quiebra, no quiere decir con ello que este patrimonio no tenga titular.

Es posible que consideremos la transmisión de propiedad en el fideicomiso mexicano aun cuando la ley no lo dice expresamente, ya que se ha deducido por los estudiosos del derecho y por las autoridades judiciales, incluyendo la Suprema Corte de Justicia de la Nación. Considerándose que nace una modalidad del derecho de propiedad, llamada "Propiedad Fiduciaria", la cual es un derecho real, con caracteres distintivos propios, y diferentes del concepto tradicional de propiedad del derecho romano. En la propiedad fiduciaria el titular del patrimonio afectado en fideicomiso es la institución fiduciaria representada por el delegado fiduciario, pero la institución fiduciaria no puede gozar del patrimonio, sino tiene la obligación de realizar lo conducente para la consecución del fin que se estableció, en el acto constitutivo del contrato de fideicomiso.

Es necesario considerar a todos los elementos personales del fideicomiso, para poder desentrañar su naturaleza jurídica. Cuando un fideicomiso se constituye adecuadamente y se requiere necesariamente de la existencia del fideicomitente, del fiduciario y del fideicomisario.

Por otro lado es necesario conocer completamente los derechos y las obligaciones de cada uno de estos elementos personales que constituyen al fideicomiso. Además también es importante considerar todos los aspectos posibles del fideicomiso, ya que solamente así es posible comprender la naturaleza jurídica del mismo.

En relación con el tema. es oportuno establecer que se puede considerar que un patrimonio no tiene titular cuando no existe persona alguna que tenga derechos y obligaciones sobre el mismo, y en el caso del fideicomiso el fiduciario tiene la titularidad para realizar los fines encomendados en el contrato de fideicomiso.

En relación al patrimonio afectado en fideicomiso, llegan a señalar que este es un patrimonio autónomo.

Al respecto queremos señalar que en el momento en que se perfecciona el fideicomiso, solamente el fiduciario podrá actuar dentro del mismo, para ejercitar los actos encaminados a la consecución del fin; cabe señalar que el fiduciario puede otorgar facultades al fideicomitente o a persona designada por el mismo para actos de administración o para pleitos y cobranzas en relación con los bienes fideicomitidos.

Los bienes afectados en fideicomiso salen del patrimonio del fideicomitente y los acreedores de este, no pueden ejercitar acciones sobre esos bienes pudiendo el fiduciario oponerse a cualquier acto que afecte los bienes materia del fideicomiso, quedando los mismos fuera de la quiebra del fideicomitente, del fiduciario y del fideicomisario, sin embargo el patrimonio afectado en fideicomiso sí podría ser materia de quiebra cuando se trata de un fideicomiso para la realización de actividades empresariales.

F.- EL FIDEICOMISO COMO DESDOBLAMIENTO DEL DERECHO DE PROPIEDAD.

El principal expositor de la teoría del fideicomiso como desdoblamiento de propiedad, es Remo Franceschelli, quien pretendió por medio de ella limitar la naturaleza jurídica del trust.(99).

Franceschelli después de estudiar y seguir la evolución del trust llegó a sus conclusiones, ya que relacionó el desdoblamiento del derecho de propiedad originario, con el desarrollo y la aparición de las normas de los Tribunales de Equidad, que en un principio, eran opuestos a los del derecho común o common law, por lo anterior en virtud de esta doble clasificación de normas se dio este desdoblamiento.(100).

Hay que señalar que el sistema jurídico mexicano es muy distinto al common law, en general, y la equity, en particular, ya que son dos clasificaciones de leyes que coexisten actualmente, y esto es diferente en nuestro sistema jurídico, como adelante se explicará.

Esta teoría trata de restringir la naturaleza jurídica del fideicomiso " de tal manera que sobre un mismo patrimonio coexistirían dos propietarios o titulares, uno de ellos, el fiduciario, tendría la titularidad jurídica de disposición, aunque esta no sea absoluta, y en virtud de dicha facultad es un atributo esencial del derecho de propiedad, el fiduciario aparece frente a terceros como legítimo propietario, el segundo, representado por el fideicomisario que tendría la titularidad económica, la cual se caracteriza fundamentalmente por tener un contenido económico con validez "erga omnes", es decir, no obstante que el fiduciario ejerce un dominio directo sobre los bienes afectados en fideicomiso, el fideicomisario puede en los casos estipulados por la ley, perseguirlos y aún reivindicarlos para que sean reintegrados al fondo del fideicomiso."(101).

Una vez presentada en forma muy general la estructura de esta teoría, veremos algunas críticas;

Molina Pasquel nos indica que "la titularidad del fiduciario sobre los bienes fideicomitidos excluye la titularidad del fideicomisario, en cualquier sentido o grado; la titularidad que se comparte sobre una misma cosa, es copropiedad (cotitularidad) o (usufructo y nuda propiedad). Y por otra parte también nos indica que "la obligación del fiduciario, tiene por objeto final una prestación de una cosa; su cumplimiento es el pago al fideicomisario; pero no tiene con que hacer pago, sin ejercitar sus derechos en

(99) TEJADA MIGUEL ANGEL, MADRID, 1970, p.680.

(100) LIZARDI MANUEL, op, cit., p.99.

(101) Ibid., pp.200,201.

cumplimiento de sus funciones, actividad cuyo resultado debe ser objeto de la prestación, es necesaria la distinción entre: a) El ejercicio del derecho o titularidad del fiduciario, o ejecución del fideicomiso, y b) Los efectos de esa actividad que son el beneficio debido (la prestación) al fideicomisario.

Por otra parte "si el fiduciario no actúa y no cumple, el beneficiario, tiene derecho a hacer efectivos oblicuamente sus beneficios obligándole a cumplir el fideicomiso, a actuar. (art.355, la parte). El primero y más importante de sus derechos es ese: exigir el cumplimiento del fiduciario. Los demás sólo tienen por objeto defenderlo, como a cualquier otro acreedor, de los fraudes y excesos. Para esto no se necesita configurar su derecho como contenido económico."(102).

Según considera el Lic. Landerreche, la característica propia del fideicomisario, estriba en que el fideicomiso se constituye en su favor con el propósito de otorgarle, no sólo el beneficio del mismo sino la facultad de exigir dicho beneficio.

"El fideicomisario es beneficiario del fideicomiso pero no dueño del patrimonio de este." Este solo tiene el derecho de exigirle al fiduciario el cumplimiento, y atacar la validez de los actos que llegara a cometer en su perjuicio, ya que solo podrá disponer de los bienes salvo autorización expresa en el acto constitutivo. Por otra parte no se le puede considerar dueño por el hecho de reivindicar los bienes enajenados infielmente por el fiduciario, ya que "esta reivindicación no tiene el efecto de que el fideicomisario adquiera la posesión de los bienes, sino que los devuelva al patrimonio del fideicomiso."(103).

Apoyándonos en los razonamientos anteriores podemos considerar que lo adecuado es adherirnos a la idea expresada por, Roberto Molina Pasquel, por resultar satisfactoriamente fundada, la titularidad del fiduciario excluye automáticamente a las otras dos figuras.

Nos reitera el autor Carlos A Arocha Morton, que algunos quieren explicar la naturaleza jurídica del fideicomiso afirmando que hay dos titulares del bien fideicomitado señalamos a la institución fiduciaria con la titularidad jurídica y al fideicomisario correspondiéndole la titularidad económica, además considera que es imposible entender los derechos de la institución fiduciaria como los derechos de un propietario ya que esta no tiene, ni el uso, ni el abuso, ni el derecho de los frutos, tampoco ingresa el bien

(102) MOLINA PASQUEL ROBERTO, op, cit., pp.146,147.

(103) *Ibid.*, p.129.

fideicomitido al patrimonio de la institución fiduciaria. (104).

El diccionario de la Real Academia de la Lengua Española, nos define lo que se puede entender por propiedad; " Propiedad. Derecho o facultad de gozar y disponer de una cosa con exclusión del ajeno arbitrio y de reclamar la devolución de ella si esta en poder de otro. //2. Cosa que es objeto de dominio, sobre todo si es inmueble o raíz." (105).

Dentro de las ideas anteriores, en la segunda acepción tenemos la noción adecuada para poder considerar dentro del fideicomiso que el fiduciario tiene la propiedad por tener el dominio o disposición.

Es posible considerar que el elemento esencial de la propiedad es el derecho de disposición, gracias a la aceptación del nuevo concepto de "propiedad fiduciaria" por haber entrado en nuestra legislación el fideicomiso.

Este concepto puede coexistir con el concepto tradicional de propiedad del derecho romano, ya que únicamente es aplicado para los fideicomisos.

En el derecho romano, se consideran tres atributos principales de la propiedad que son;

"El jus utendi, jus fruendi y el jus abutendi; El primero consiste en servirse de la cosa conforme a su naturaleza; El segundo, es el derecho que se tiene de disfrutar de la cosa conforme a sus cualidades; El tercero consiste en hacer de la cosa lo que le plazca, al titular, haciendo también referencia al dominio de la misma..." (106).

El criterio seguido por nuestro legislador en el Código Civil vigente, en su artículo 830, no delimita el derecho de propiedad dando una destinación sino simplemente dispone. El propietario de una cosa puede gozar y disponer de ella, con las limitaciones y modalidades que fijan las leyes.

Presentaremos, un ejemplo sobre un caso práctico para mostrar que el fiduciario es el titular del patrimonio afectado; Cuando se da un fideicomiso, como medio para la adquisición de algún inmueble en la zona restringida, oficialmente el fiduciario es el titular del inmueble, ya que nuestra Constitución, prohíbe a los extranjeros ser dueños del inmueble, en la zona restringida que abarca 100 Km a lo largo de las fronteras y 50 Km a lo largo de las playas.

(104) AROCHA MORTON CARLOS A., op, cit., p.37.

(105) Diccionario de la Real Academia de la Lengua Española, op, cit., p.1081.

(106) ROJINA VILLEGAS RAFAEL. Compendio de Derecho Civil, Tomo. 11, pp.79,80.

Rodolfo Batiza, nos ofrece una explicación sobre la titularidad y la propiedad, y su situación con relación a nuestro fideicomiso; "Lo que en realidad ocurre, es que ha pasado inadvertido el hecho, o se le ha reconocido deliberadamente, que al adaptarse el fideicomiso a nuestro sistema legal, no sólo se ha reglamentado una institución jurídica nueva sino que correlativamente se ha trasplantado con ella un nuevo concepto de la propiedad. Este concepto es creación original del derecho inglés a través de siglos de evolución y como resultado de la coexistencia de dos diversas clases de tribunales, rivales en un principio y complementarios después, los cuales carecen de equivalencia en nuestras concepciones tradicionales.

La única actitud realista y razonable por tanto, es reconocer que el fideicomiso ha producido, mas aún, presupone un desmembramiento del derecho de propiedad, un nuevo derecho real con caracteres distintivos propios, los que podrían denominarse "Propiedad Fiduciaria".(107).

Más que desmembración de la propiedad diríamos adaptación a un concepto nuevo de propiedad, con sus características distintivas y sus propias restricciones.

Domínguez y Martínez al referirse a la teoría del desdoblamiento del derecho de propiedad, nos señala, que "es jurídicamente insostenible la afirmación de que el derecho de propiedad, admite desdoblarse; aseverar tal cosa va en contra de la naturaleza misma del derecho real, al tratarse de un derecho absoluto que excluye la posibilidad de dos titulares entre otras razones, por que la existencia de uno necesariamente elimina a cualquier otro al constituirse el fideicomiso, es cierto que nace a favor del fideicomisario, un derecho real; pero tal derecho no es el de propiedad, ni tiene parecido alguno. Todo lo contrario es un derecho de crédito que recae sobre los bienes fideicomitidos, para garantizar el cumplimiento de la obligación contraída por el fideicomitente."(108).

Diríamos que más que derecho de crédito es simplemente el derecho que tiene el fideicomisario a exigir el cumplimiento de la obligación de la institución fiduciaria.

En esta teoría se considera que existe un desdoblamiento en dos de la propiedad originaria, sobre la cuál hay dos dueños con respecto a la misma

Se afirma en esta teoría que sobre un mismo patrimonio coexisten dos titulares o propietarios, el fiduciario tendría la titularidad jurídica de disposición, no siendo esta absoluta, el otro, siendo representado por el fideicomisario

(107) AROCHA MORTON CARLOS A., op, cit., pp.37,38.

(108) TEJADA MIGUEL ANGEL, op, cit., pp.137,138.

tendría la titularidad económica, es decir un contenido económico de la propiedad.

Es necesario aclarar que en realidad el fiduciario es el titular del patrimonio ya que existe una real y auténtica enajenación del patrimonio en la medida y en la inteligencia de que sólo podrá utilizarlo para obtener el fin que se le encomendó.

Por otro lado el fideicomisario no tiene ningún derecho de disposición sobre el mismo, el único derecho que tiene es el de exigirle al fiduciario el cumplimiento de su obligación para así poder percibir lo que le corresponde por derecho.

Con esto no nos queda mas que establecer que no hay en esta figura dos dueños sobre una misma cosa que el titular de ese patrimonio irremediamente es el fiduciario mientras el fideicomiso exista o hasta que se extinga el propio patrimonio.

Quien afirma que el fideicomiso se rige por la teoría del desdoblamiento del derecho de propiedad, no ha comprendido ni el funcionamiento de los fideicomisos ni los auténticos derechos y obligaciones de las figuras que intervienen en el fideicomiso.

Es importante comprender y aceptar que con la regulación de nuestro fideicomiso mexicano nace un nuevo concepto de propiedad llamado propiedad fiduciaria, en la cuál su principal sustento es la disposición del bien para el cumplimiento del fin ya determinado, pudiendo así tener la institución fiduciaria, la propiedad y disposición del bien del fin ya determinado pero sin el goce del mismo, el cuál estará restringido en forma limitativa al fideicomisario, teniendo el fiduciario así el poder para autorizar, si es que así procede y en la manera en que se haya establecido, el goce que pueda tener el fideicomisario sobre el patrimonio.

G.- EL FIDEICOMISO CONSIDERADO COMO UN CONTRATO.

Lo más razonable para abordar este tema es comenzar definiendo lo que se entiende como contrato.

Gutiérrez y González, define al contrato "como el acuerdo de dos o más voluntades para crear o transferir derechos y obligaciones.

Por otro lado, el Código Civil para el Distrito Federal, define al contrato como una especie del género convenio, señalando el artículo, 1793, que "los convenios que producen o transfieren las obligaciones y derechos toman el nombre de contratos." Se puede definir al convenio; "Como un acuerdo de voluntades para crear, transferir, modificar o extinguir obligaciones."

Por lo que podemos concluir, que la convención es el género y el contrato es la especie.

Sin embargo, en la práctica, el contrato, la convención y el acuerdo de voluntades, se emplean comúnmente como sinónimos.(109).

Según señala Miguel Angel tejada, el fideicomiso mexicano, puede considerarse en forma íntegra con sus elementos de existencia los cuales son: el consentimiento, objeto y sus requisitos de validez como son: la forma y un objeto, motivo y fin lícito.(110).

Dentro de la doctrina existe una tendencia en la que se tiene la idea de que el fideicomiso es un acto jurídico unilateral, por ejemplo, Cervantes Ahumada considera que "el acto constitutivo del fideicomiso es siempre una declaración unilateral de voluntad", y señala que " puede que el fideicomiso se contenga dentro de un contrato pero no será el acuerdo de voluntades que constituya el fideicomiso. sino que este se constituirá por la voluntad del fideicomitente."(111).

Landerre Obregón, por su parte, señala que "El fideicomitente crea el fideicomiso y lo crea por un acto unilateral de voluntad, es decir sin que para ello necesite del concurso del fiduciario, ni del fideicomisario."(112).

El artículo. 1835, del Código Civil para el Distrito Federal, dice: "El contrato es unilateral, cuando una sola de

(109) TEJADA MIGUEL ANGEL, op, cit., pp.112,113.

(110) *ibid.*, p.124.

(111) CERVANTES AHUMADA RAUL. *Títulos y Operaciones de Crédito*. Edit. Herrero Séptima edición. 1987. México.p.289.

(112) LANDERRE OBREGON. "Naturaleza Jurídica del Fideicomiso". (Citado por DOMINGUEZ MARTINEZ JOSE ALFREDO. "El Fideicomiso ante la Teoría General del Derecho." Editorial Porrúa México 1946., p.42.

las partes se obliga hacia la otra sin que esta le quede obligada. (113).

Gutiérrez y González nos explica que en el acto unilateral "interviene una sola voluntad, no se necesita el concurso de otra para producir consecuencias de derecho.

En cambio el contrato bilateral, requiere del consentimiento de dos diversas voluntades." (114).

Ahora expondremos la definición del contrato bilateral que nos presenta el Código Civil para el Distrito Federal, localizada en el artículo, 1836 "El contrato es bilateral cuando las partes se obligan recíprocamente." (115).

Para determinar sus conclusiones y considerar al fideicomiso como un contrato unilateral, se apoyan estos autores en la Ley de Títulos y Operaciones de Crédito en el artículo 347, que dice; "El fideicomiso será válido aunque se constituya sin señalar fideicomisario, siempre que su fin sea lícito y determinado." (116).

Y por otro lado en el mismo ordenamiento pero en su artículo, 350., nos señala: "sólo podrán 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 la ley.

El artículo 350, de la Ley General de Títulos y Operaciones de Crédito, está en contradicción con el artículo 352 y con los artículos que están relacionados con la transmisión de la propiedad, especialmente los artículos 353, 354, de la propia ley. El artículo 350 en su párrafo 2o. señala que 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, la que elija el juez de primera instancia del lugar, en que estuvieren ubicados los bienes, de entre las instituciones expresamente autorizadas conforme a la ley

(113) CODIGO CIVIL. LEYES Y CODIGOS DE MEXICO PARA EL DISTIRTO FEDERAL COLECCION PORRUA 58a. EDICION. AV ARGENTINA, 15. México, 1990.,p.331.

(114) GUTIERRES Y GONZALEZ ERNESTO. Derecho de las Obligaciones, Editorial Cajiga, Puebla. México, 1971., p.148.

(115) Loc, cit.

(116) LEY GENERAL DE TITULOS Y OPERACIONES DE CREDITO, Leyes y Códigos de México, Código de Comercio y Leyes Complementarias, Colección Porrúa. 52a. Edición. México, 1989.

etc. No es posible constituir un fideicomiso, sin convenirlo con una institución fiduciaria, si consideramos lo que establece el artículo 352, el cual determina los requisitos para la constitución de fideicomisos en los siguientes términos; 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, también hay que considerar el texto de los artículos 353 y 354, que señalan; El fideicomiso cuyo objeto recaiga en bienes inmuebles deberá inscribirse en el Registro público de la Propiedad, y surtirá efectos contra terceros desde la fecha de su inscripción, y cuando recaiga en bienes muebles, surtirá efectos contra tercero desde la fecha en que se cumplan los siguientes requisitos;

- Cuando se trate de créditos no negociables o de un derecho personal, desde que el fideicomiso fuere notificado al deudor.

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

- Cuando se trate de cosa corpórea o de títulos al portador, desde que están en poder de la institución fiduciaria.

De estos artículos se puede concluir, que sin la transmisión del patrimonio a la institución fiduciaria, no se puede considerar constituido el fideicomiso y que para que se transmita la propiedad a la institución fiduciaria, es necesario que esta, acepte el fideicomiso firmando el contrato, como muestra inequívoca de su aceptación de que recibe los bienes y de que se obliga a cumplir los fines del fideicomiso. (117).

Independientemente de lo señalado en el párrafo segundo del artículo 350, en su párrafo tercero, además señala lo siguiente; El fideicomitente podrá designar varias instituciones fiduciarias para que conjunta o sucesivamente desempeñen el fideicomiso, estableciendo el orden y las condiciones en que hayan de substituirse, salvo lo dispuesto en el acto constitutivo del fideicomiso, cuando la institución fiduciaria no acepte, o por renuncia o remoción cese en el desempeño de su cargo, deberá nombrarse otra para que la substituya, si no fuere posible esta substitución, cesará el fideicomiso. Este último párrafo establece claramente que es necesaria la institución fiduciaria para que subsista el fideicomiso. De acuerdo con las condiciones para que pueda considerarse, constituido un fideicomiso, y considerando que tiene que ser por escrito y que supone que hay transmisión de la propiedad, debiendo inscribirse en la sección de propiedad de registro público. Basándose con la ley y la practica bancaria, no queda otro camino que señalar,

(117) LEY GENERAL DE TITULOS Y OPERACIONES DE CREDITO., op, cit., p.331.

que para que quede realmente constituido un fideicomiso testamentario serán necesarios los siguientes elementos; Las firma del testador, expresando la voluntad, de que se lleve a cabo el fideicomiso testamentario, que se lleve a cabo el evento condicionante de su muerte, y que a su vez el que fue designado albacea firme el contrato de fideicomiso con la institución fiduciaria y que se lleve a cabo la transmisión de los bienes en la forma en que establece la ley, con lo cual quedará perfeccionado el fideicomiso y por tanto una vez aceptado el fideicomiso testamentario por el fiduciario, y hecha la transmisión de los bienes, el mismo será considerado como constituido para todos los efectos legales.(118).

La Ley General de Títulos y Operaciones de Crédito, nos señala con toda claridad la intención del legislador de excluir los fideicomisos implícitos al limitar, en su artículo 350, la función del fiduciario a una institución autorizada expresamente reduciendo el fideicomiso así a una operación exclusivamente contractual.(119).

Con esto se sobre entiende además la necesidad de la intervención de la institución fiduciaria, para que pueda ser posible la constitución de cualquier fideicomiso en México.

Rodolfo Batida, señala que el fideicomiso está dentro de la categoría específica del género considerado como un contrato bilateral sinalagmático perfecto, confirmado esto por la existencia de la condición resolutoria tácita, que según la cuál conforme al artículo, 1949 del Código Civil. "La facultad de resolver las obligaciones se entiende implícitas en las recíprocas, para el caso de que uno de los obligados no cumpliere la que le incumbe. El perjudicado podrá escoger entre exigir el cumplimiento de daños y perjuicios aún después de haber optado por el cumplimiento, cuando este resultare imposible.

Sólo en los contratos que son bilaterales opera la condición resolutoria tácita, por virtud de la cuál si uno de los contratantes falta a su propia obligación, puede el otro pedir la resolución del contrato o el consentimiento de su cumplimiento." "La Excepción Non Adimpleti Contractus, que da derecho a cada contratante a rehusar su propia prestación, si el otro la reclama sin haber cumplido la suya- agrega este tratadista sólo es aplicable a esta clase de contratos." (120).

Podemos afirmar que la condición resolutoria tácita también se puede emplear en un acto jurídico plurilateral, porque cuando existan tres obligados, o más para la

(118) LEY GENERAL DE TITULOS Y OPERACIONES DE CREDITO, op, cit., p.334.

(119) LIZARDI ALBARRAN MANUEL, op, cit., p.130.

(120) BATIZA RODOLFO., op, cit. p.163.

realización de algo se puede establecer en caso de incumplimiento de cualquiera, que el perjudicado, podrá escoger entre el cumplimiento de daños y perjuicios, o bien que si el cumplimiento sea imposible, se pueda pedir la resolución.

La jurisprudencia se refiere al fideicomiso explicando lo siguiente; "Como la celebración implica un acuerdo de voluntades que persiguen fines distintos y que crea derechos y obligaciones para las partes, se trata de un acto jurídico plurilateral de naturaleza jurídica contractual, es decir de un contrato en los términos que señala el artículo, 1793 del Código Civil para el Distrito y Territorios Federales."

Sin embargo el contrato de fideicomiso no es un contrato de orden civil, aunque se puede señalar que de un modo fundamental la teoría general del contrato surgió al amparo del derecho civil, la diferencia estriba en que el contrato de fideicomiso, es un acto regulado por la legislación mercantil y para que se celebre es necesario el concurso de las instituciones bancarias, las cuales deben estar autorizadas para el desempeño del cargo de fiduciarias en las operaciones de fideicomiso, de aquí se puede derivar la aplicabilidad al contrato que se estudia de los artículos 3, fracción II y 75, fracción XV, del Código de Comercio de 1889, que actualmente se encuentra en vigor.

Por la naturaleza del acto de fideicomiso la ley dispuso que aquellos particulares que no sean comerciantes, y lleguen a fungir en un contrato como fideicomitentes o fideicomisarios quedan sujetos, por lo que al fideicomiso celebrado respecta a las normas de derecho mercantil.(121).

Nos dice el Lic. Lizardi, que tan es de origen contractual el fideicomiso, que en el fideicomiso testamentario es indispensable la concurrencia de voluntades del testador y de la institución fiduciaria, pues de lo contrario no es posible su existencia.(122).

Roberto Molina Pasquel expone la definición o explicación del fideicomiso, y nos indica que es necesario tomar todos los artículos de la ley que se relacionen con el mismo para tener una definición que sea explicativa y que permita formarse una idea que sea cabal sobre los elementos de su naturaleza jurídica presentándola como sigue;

"En virtud del fideicomiso, el fideicomitente destina ciertos bienes a un fin lícito y determinado, encomendando su realización a una institución de crédito fiduciaria, destinación que implica una afectación al fin mencionado. Si el fideicomitente no hace reserva expresamente, el

121) BEYER ESPARZA, JORGE, op. cit., pp.186,187.

122) MOLINA PASQUEL ROBERTO, op.cit., p.140.

fideicomiso será irrevocable; y sólo podrán ejercitarse sobre dichos bienes, los derechos y acciones: a) que se refieren a ese fin, y b) los que para él deriven del fideicomiso mismo. La institución fiduciaria que recibirá los bienes, tendrá todos los derechos y acciones que se requieran para el cumplimiento del fideicomiso. El fideicomisario podrá exigir a la institución fiduciaria el cumplimiento: atacar los actos que ella cometa en su perjuicio; cuando proceda, reivindicar los bienes salidos del patrimonio del fideicomiso y tendrá los derechos y acciones que se le concedan en el acto constitutivo, el que se sujetará a las formalidades requeridas por la ley para la transmisión en propiedad de los bienes fideicomitidos."

Esta definición explicativa está construida con la terminología de los artículos 346, 349, 351, 352, 355, 356, 357, fracción VI y 358 de la Ley General de Título y Operaciones de Crédito.(123).

"El fideicomiso es traslativo de dominio, ya que por virtud del contrato, el fideicomitente queda privado de toda acción o derechos que se transfieren a la institución fiduciaria, para el exacto cumplimiento del fin lícito que les es encomendado; es decir, se substituye en el derecho pleno de administrar y disponer que, antes del contrato, correspondía al dueño del bien afectado, atenta la restricción del fideicomiso. En otros términos, constituido el fideicomiso sin reserva alguna e inscrito en el Registro Público de las Propiedades, el contrato surte efectos y consiguientemente, impone nuevos gravámenes a favor de terceros. Y el desconocimiento de los derechos que adquiere la institución fiduciaria y los que corresponden por su inscripción en el Registro Público de la Propiedad son fuentes de violación de garantías. Ahora bien, el registro aunque se haga en fecha posterior a la de la representación, surte efectos desde esta y el registro que se haga de algún gravamen en favor de tercero, después de la fecha de la presentación para registrar el contrato de fideicomiso, es indebida"(124).

"Conforme a los artículos, 346, 351, 356 de la Ley General de Títulos y Operaciones de Crédito, se concibe al fideicomiso como una afectación patrimonial a un fin cuyo logro se confía a las gestiones de un fiduciario, afectación por virtud de la cual el fideicomitente queda privado de toda acción o derecho para el exacto y fiel cumplimiento del fin lícito encomendado."(125).

(123) MOLINA PASQUEL ROBERTO. "Naturaleza Jurídica del Fideicomiso". Jus Revista de Derecho y Ciencias Sociales. Jul.1944. México, D.F. Tomo 13. N.72., p.13.

(124) Financiera de Construcciones, S.A.- 31 de agosto de 1959 Tomo, c.v., p.2047.

(125) GALINDO GARFÍAS JESUS. SCJN- Semanario Judicial de la Federación. 30 de Sep. de Sep. de 1968. Vol.CXXXV, cuarta parte., p.77.

"Entre el fideicomitente y el fiduciario hay relación de causahabencia dado que aquel transmite a este el dominio de los mismos bienes de la figura del mandato para explicar la capacidad jurídica del fiduciario para ejecutar los actos que se le han encomendado, ya que no actúa en nombre de otro sino que ejercita un derecho propio, en virtud de que tiene el dominio sobre los bienes afectados al fideicomiso, sin perjuicio de su obligación de rendir cuentas al fideicomitente y de devolver los bienes que resulten a la destinación del fideicomiso." (126).

"Entre el fideicomitente y el fideicomisario, hay una relación de los bienes fideicomitidos del dominio de esos mismos bienes de la fiduciaria al fideicomitente por lo que no es suficientes la figura del mandato para explicar la capacidad jurídica del fiduciario, para ejecutar los actos que se le han encomendado, ya que no actúa en nombre de otro sino que ejecuta un derecho propio en virtud de que tiene dominio sobre los bienes afectos al fideicomiso, sin perjuicio de su obligación de rendir cuentas al fideicomitente y de devolver los bienes que resulten de la terminación del fideicomiso." (127).

Considero al contrato como el acuerdo de dos o más voluntades para crear, transferir, modificar y extinguir derechos y obligaciones, y al analizar los efectos que puede producir la constitución del fideicomiso, no podemos sino considerar al fideicomiso como un auténtico contrato.

El fideicomiso mexicano es un contrato, en virtud del cual, el fideicomitente afecta una parte o la totalidad de su patrimonio, para destinarse a un fin lícito y determinado, encomendando la realización de este fin a una institución autorizada, para actuar como fiduciaria en beneficio de la persona o personas que sean designadas como fideicomisarias.

En el contrato de fideicomiso, por lo menos quedan obligados la institución fiduciaria y el fideicomitente ya que este debe pagar comisiones por los servicios de la institución fiduciaria, es esto una obligación del fideicomitente de entre otras que pudieran haber, y la institución fiduciaria se obliga a cumplir los fines del fideicomiso. El fideicomiso generalmente es bilateral y en ocasiones plurilateral dependiendo de la voluntades que intervengan.

(126) ACOSTA SIERRA FRANCISCO.- De 10 de octubre de 1962. IX.111. p.182. p.183.

(127) PEBORA MOJARRO JOSE REFUGIO. SCJN. Semanario Judicial de la Federación. 17 de abril. 1967. VXXIV. 1a parte. p.183.

H.- LA RELACION FIDUCIARIA.

La relación fiduciaria forma parte de la naturaleza jurídica del fideicomiso;

La expresión de relación fiduciaria la podemos entender como una situación de dependencia de una persona con respecto a otra. En la relación fiduciaria uno de los factores primordiales es la confianza, actualmente se considera que en la relación fiduciaria existe la transmisión de bienes que una persona hace a otra por tenerle confianza para que con los bienes se cumpla un fin determinado en favor de una tercera o terceras personas o de sí misma y generalmente ese fin puede ser para conservar y administrar el patrimonio fideicomitado para que se destine en forma adecuada el patrimonio o para protegerlo contra la inexperiencia, la prodigalidad, la incapacidad, la codicia, las influencias perniciosas o interesadas u otras circunstancias que pueden afectar judicialmente a la persona del beneficiado.

En la relación fiduciaria es justo considerar al fideicomitente, al fiduciario y al fideicomisario, ya que cada una de estas figuras tiene sus propios derechos y tienen obligaciones de acuerdo a lo que se estipule en el contrato y de conformidad con los lineamientos de la ley.

La expresión de relación fiduciaria es más amplia que el término de fideicomiso, ya que en el derecho angloamericano se considera relación fiduciaria cuando una persona se encuentra en relación de dependencia con respecto de otra, a la que la ley le impone altas normas éticas y morales de conducta por razón de confianza especial, sin embargo podemos asentar que no necesariamente las relaciones fiduciarias son sobre fideicomisos aunque en los fideicomisos siempre existen relaciones fiduciarias.

La relación que se da entre el fiduciario y el fideicomisario es de relación fiduciaria ya que el primero tiene la obligación de actuar en provecho del segundo, y por consiguiente también hay relación fiduciaria entre el fideicomitente y el fiduciario por la encomienda hecha por existir la confianza especial, en estas relaciones se llevan implícitas determinadas consecuencias referentes a los actos que las mismas partes pueden celebrar por la misma relación.

Lo que se estipule en el contrato de fideicomiso que esté acorde con la ley y lo que se regule sobre los mismos por la ley viene sustentando las bases de la relación fiduciaria.

CAPITULO TERCERO
ELEMENTOS QUE INTERVIENEN EN EL FIDEICOMISO Y SUS
CARACTERISTICAS.

A.- EL FIDEICOMITENTE.

El fideicomitente es la persona que crea un fideicomiso por medio de una manifestación expresa de la voluntad.

El concepto de fideicomitente tiene varias categorías: como son personas físicas, y jurídicas, autoridades judiciales y administrativas.(128).

Según el artículo 346 de la Ley General de Títulos y Operaciones de Crédito, el fideicomitente " el sujeto que hace la encomienda y que transmite a la persona de su confianza la propiedad, el fideicomitente debe contar con la plena capacidad de ejercicio sobre los bienes que vaya entregar el fideicomiso".(129).

El gobierno federal, desde 1936, inicia la constitución de los fideicomisos públicos, tomando el papel de fideicomitente para este tipo de fideicomisos.(130).

De conformidad con las diversas disposiciones legales vigentes la Secretaría de Hacienda y Crédito Público tiene el caracteres de fideicomitente único del Gobierno Federal.(131).

Con respecto a lo anterior podemos señalar que el caso de los fideicomitentes considerados como las autoridades judiciales y administrativas competentes; "Cuando se trate de bienes cuya guarda conservación, administración, liquidación, reparto o enajenación corresponda a dichas personas o a las que estas designen. Desde ahora es conveniente señalar que cuando se trate de autoridades de caracteres Federal, por mandato del artículo 7. de la Ley General de Bienes Nacionales, el gobierno Federal debe de estar representado por la Secretaría de Hacienda y Crédito Público, independientemente de que se tiene que cumplir los requisitos que la propia ley señala para la enajenación de inmuebles o muebles, según sea el caso, de propiedad Federal".(132).

Al interpretar el artículo 349 de la Ley citada, podemos señalar que los fideicomitentes son aquellos sujetos que puedan ejercitar en forma válida los actos de traslación de dominio, sobre los bienes que sean objeto del contrato de fideicomiso como pueden ser los propietarios y los apoderados mandatarios que tengan las facultades de que habla el Código Civil para el Distrito Federal, en su artículo 2554 en su

(128) BATIZA RODOLFO, op. cit., p.198.

(129) BEYER ESPARZA, JORGE E., p.137.

(130) BATIZA RODOLFO, op. cit., p.198.

(131) Ibid., p.200.

(132) BEYER ESPARZA, JORGE E., op. cit., pp.157 y 158.

tercer párrafo en el cual se refiere a los poderes en el mandato como sigue:

"En los poderes generales, para ejercer actos de dominio, bastará que se den con ese carácter para que el apoderado tenga todas las facultades de dueño, tanto en lo relativo a los bienes como para hacer toda clase de gestiones, a fin de defenderlos."(133). Aunque sabemos ya que no se pueden considerar a los fideicomisos como mandatos si se puede aplicar este precepto por analogía.

"La ley substantiva en vigor prescribe en su artículo 349, que sólo pueden ser fideicomitentes las personas físicas o jurídicas que tengan la capacidad necesaria para hacer la afectación de bienes que el fideicomiso implica 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 estas designen."(134).

3.1.- Obligaciones del Fideicomitente; Hablaremos de las obligaciones del fideicomitente podemos empezar con respecto del pago de honorarios y gastos al fiduciario. La Ley Bancaria de 1932, estableció la obligación del fideicomitente de pagar las compensaciones estipuladas a favor de la Institución Fiduciaria, que subsidiariamente quedaba a cargo de sus causahabientes o del beneficiario; dicha obligación también se incluía entre las causas graves para admitir la renuncia del fiduciario al desempeño del fideicomiso, (art. 95, frac.II).

La Ley Bancaria de 1941 establece el mismo sistema al señalar que "sólo se estimara como causa, grave para admitir la renuncia de la institución fiduciaria al desempeño de su cargo en un fideicomiso que el fideicomitente, sus causahabientes o el fideicomisario en su caso, se niegen a pagar las compensaciones estipuladas en su favor. (art.137, inc.b)..."(135). Aunque en la actual Ley no se determine esta obligación, está más que claro que siguiendo los principios generales del derecho se puede considerar en esta forma.

Por otro lado si el fideicomitente al constituir el fideicomiso señala como carga para el beneficiario dependiendo del tipo de fideicomiso que sea, cabe la posibilidad de que este deba pagarle los servicios a la institución fiduciaria.

Otra obligación para el fideicomitente obviamente sería la afectación del patrimonio para poder constituir el

(133) Ibid., p.187.

(134) BATIZA RODRIGO, op. cit., p.197.

(135) Ibid., p.187.

fideicomiso de aquí se puede seguir que le corresponde de acuerdo a derecho, el saneamiento para el caso de evicción.

Ya que implica un acto traslativo de dominio para constituir dicho fideicomiso, por esto mismo el fideicomitente deberá responder en tal caso.⁽¹³⁶⁾.

3.2.- Derecho del Fideicomitente; Ahora nos referiremos a los derechos que el fideicomitente podría tener;

La ley sustantiva, al referirse a los bienes fideicomitados, establece que "sólo podrán ejercitarse respecto a ellos los derechos y acciones que se refieran al fin a que se destinen", y hace la salvedad de los derechos "que expresamente se reserve el fideicomitente o los que para el deriven del fideicomiso (art. 351, par. segundo)." De este artículo podemos señalar que los derechos que podría tener el fideicomitente dependen de que el mismo los establezca al constituir el fideicomiso.

"La Ley sustantiva permite al fideicomitente designar varias instituciones fiduciarias para que conjunta o sucesivamente desempeñen el fideicomiso, estableciendo el orden y las condiciones en que hayan de substituirse. (art. 350, par tercero)."

La Ley de Instituciones de Crédito, en su artículo 84 párrafo primero señala que " cuando la Institución de Crédito, al ser requerida, no rinda las cuentas de su gestión dentro de un plazo de 15 días hábiles, o cuando sea declarada por sentencia ejecutoria culpable de las pérdidas o menoscabos por negligencia grave, procederá su remoción como fiduciaria..."⁽¹³⁷⁾. con respecto a este artículo el fideicomitente podrá reservarse este derecho.

La Ley que estamos considerando en su artículo 84 par. segundo). Establece que la acción para exigir cuentas se la podrá reservar el fideicomitente en el acto constitutivo del fideicomiso o en las modificaciones del mismo.

El derecho de supervisión del fideicomiso.- Se señala que ni el proyecto Alfaro, ni las distintas leyes que nos han regido, han llegado a conceder al fideicomitente este derecho de manera expresa, sin embargo podemos afirmar que sin estar en contra de nuestra legislación es uno de los derechos que puede reservarse a su favor, por otro lado si se ha reservado el derecho de requerir la rendición de cuentas del fiduciario o de exigir responsabilidades y pedir su remoción resulta implícito este derecho.

El fideicomitente tiene el derecho a la separación del patrimonio fideicomitado en caso de quiebra.

Con respecto a la "Separación en la quiebra. La Ley de

⁽¹³⁶⁾ Ibid., pp.372, 373, 374.

⁽¹³⁷⁾ Ibid., pp.376, 377.

quiebras y suspensión de pagos dispone que las mercancías, títulos valores o cualquiera especie de bienes existentes en la masa de la quiebra y sean identificables, cuya propiedad no se hubiere transferido al quebrado por título legal definitivo e irrevocable, podrán ser separados por sus legítimos titulares, mediante el ejercicio de la acción que corresponda ante el juez de la quiebra (art. 158). En consecuencia, prescribe dicha ley, podrán separarse de la masa de los bienes que se encuentren en las situaciones siguientes u otras de naturaleza análoga; Los bienes que el quebrado debe restituir por estar en su poder por alguno de los siguientes conceptos: fideicomiso (Art 159, frac. VI, inc. a)."

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

a) Depósito, administración, arrendamiento, alquiler, usufructo, fideicomiso o recibidos en consignación por virtud de un contrato estimatorio, si en este caso la quiebra se declara antes de la manifestación del comprador de hacer suyas las mercancías, o si no ha transcurrido el plazo señalado para hacerla..."(138).

Tanto el fideicomitente como el fideicomisario tienen acciones separatorias en relación con los bienes afectados en fideicomiso que están comprendidos en la masa de la quiebra.

La razón de ser del derecho de separación que tiene el fideicomitente se funda en la idea de que la transferencia que hace el fideicomitente es para realizar un fin que se volvió imposible por la quiebra del fiduciario. Es por esto que podemos considerar que el fideicomitente tiene preferencia al fideicomisario.

Trataremos el derecho de Novación del fideicomitente; En nuestro derecho no existe ninguna disposición legal que autorice la novación en el fideicomisos no obstante con esto es posible que sea materia de reserva del fideicomitente, ya que el régimen contractual por si mismo, permite que pueda haber la modificación o la novación del fideicomiso, siempre y cuándo sea otorgada por acto entre vivos, sin que con esto se infrinjan sus estipulaciones o se lleguen a lesionar los

(138) Ibid., p.377.

derechos de los fideicomisarios. El fideicomitente para poder hacerlo deberá reservárselo como derecho, en el acto constitutivo del fideicomiso.(139). lo mismo sería reservarse el derecho de hacer cualquier tipo de modificación.

Lo mismo el fideicomitente puede reservarse el derecho de revocación.- Este derecho es el alcance más radical que el fideicomitente se puede reservar. La Ley substantiva dispone que se extingue el fideicomiso "por revocación hecha por el fideicomitente cuando este se haya reservado ese derecho al constituir el fideicomiso", (Art.357. frac. VI). (140).

El fideicomitente tiene el derecho de terminar un fideicomiso por convenio con el fideicomisario la Ley substantiva vigente reproduce la causal de terminación estableciendo que se extingue el fideicomiso "por convenio expreso entre el fideicomitente y el fideicomisario" (Art.357, frac.VI).

Para que el convenio del fideicomiso no deba tener efecto y pueda extinguirse se requiere la voluntad de todas las partes que hayan concurrido al acto respectivo y si falta cualquiera de las partes no puede declararlo extinguido. De aquí que cuando el fideicomiso ha sido creado por acto testamentario no puede extinguirse por convenio entre el fiduciario y el fideicomisario.(141).

Trataremos el derecho que puede tener el fideicomitente para la reversión de los bienes.

"El Proyecto Alfaro prescribía que extinguido el fideicomiso el fiduciario está obligado a restituir al fideicomitente los bienes cuyo dominio no hubiere enajenado conforme al encargo, salvo los casos de destrucción de la cosa o de resolución del derecho del fideicomitente sobre la misma (Art. 38 y 36, inc. 5 y 6.) comentando estos preceptos, decía su autor que el fideicomiso tiene por causa la liberalidad del constituyente o una obligación suya y que si sobreviene la extinción por no hacerse posible su cumplimiento o por faltar la condición impuesta al beneficiado o por renunciar este a su derecho o por morir sin transmitirlo a sus herederos, lo natural es que los bienes vuelvan al dominio del constituyente y no que el fiduciario se quede con ellos."

La Ley substantiva vigente establece que "extinguendo el fideicomiso, los bienes a él destinados que queden en

(139) BATIZA RODOLFO, op. cit., p.378

(140) Ibid., pp.378, 379.

(141) Ibid., op. cit., p.403

poder de la institución fiduciaria serán devueltos por ella al fideicomitente o a sus herederos.(Art.358)."

Analizaremos el derecho que tiene el fideicomitente para determinar la creación del Comité Técnico.

La ley de instituciones de crédito vigente de 1991 señala en su (Art. 80. ult par.); "En el acto constitutivo del fideicomiso o en sus reformas, se podrán prever la formación de un Comité Técnico, dar las reglas para su funcionamiento y fijar sus facultades. Cuando la institución de crédito sobre ajustándose a los dictámenes o acuerdos de este Comité, estará libre de toda responsabilidad."(142).

Ni la Ley anterior, ni la vigente dicen nada con respecto a las responsabilidades que el propio Comité Técnico pudiera llegar a incurrir, más sin embargo es indudable que en forma colectiva e individual de sus miembros están sujetos unos a otros a las responsabilidades civiles y penales por actos realizados por culpa, mala fe, dolo o fraude.

Al respecto es importante señalar lo que dispone el Artículo 44. párrafo segundo de la Ley Federal de Entidades Paraestatales: "La Institución fiduciaria deberá abstenerse de cumplir las resoluciones que el Comité Técnico dicte en exceso de las facultades expresamente fijadas por el fideicomitente, o en violación a las cláusulas del contrato de fideicomiso, que causen en caso de ejecutar actos en acatamiento de acuerdos dictados en exceso de dichas facultades o en violación al citado contrato."(143).

(142) Loc, cit.

(143) RODRIGUEZ AZUERO SERGIO. Contratos, Bancarios en América Latina, 4a edición Bogotá Colombia Biblioteca Felban, 1990., p.643.

B.- EL FIDUCIARIO.

Se señala en la ley de instituciones de crédito art. 16 frac. XV, que Las instituciones de crédito podran "practicar las operaciones de fideicomiso a que se refiere la Ley General de Titulos y Operaciones de Crédito, y llevar a cabo mandatos y comisiones."

Para que podamos estudiar las obligaciones del fiduciario, con el fin de analizar a la vez sus derechos, debemos de partir del principio de que tiene todas las facultades necesarias para cumplir las finalidades señaladas por el fideicomiso, obviamente con las limitaciones que se deriven de los términos del encargo, de su incompatibilidad con el logro de la finalidad misma o de las reservas hechas por el fideicomitente en el momento de la constitución. Los beneficios obtenidos por los bienes objeto del fideicomiso deben en forma exclusiva destinarse a la finalidad propuesta.

La administración es facultad y carga al mismo tiempo del fiduciario que al comprometerse con el fideicomiso, en el manejo, conservación y natural explotación económica del bien, dependen en buena parte del cumplimiento de la voluntad del fideicomitente.

La enajenación y disposición de los bienes se vincula directamente con las finalidades y normas señaladas en el propio acto constitutivo y su contenido dependerá de sustentar la posibilidad de llevarla a cabo, en cualquier caso el fiduciario siempre estará enderezado a conseguir el objetivo señalado por el fideicomitente y sus resultados beneficiarán al fideicomisario y no al fiduciario.(144).

Señalaremos qué se entiende por el delegado fiduciario; Podríamos decir que es la persona a la que se le encomienda el cumplimiento del fideicomiso y además es quien recibe la titularidad de los bienes objeto del contrato mismo.(145).

Existe una distinción que es aceptada y propagada por la práctica Bancaria y es la existencia del delegado fiduciario general y delegado fiduciario especial. El primero es designado para intervenir en todos los casos y el segundo se designa únicamente para un fideicomiso particular.

El delegado fiduciario podra otorgar mandatos que siempre deberán ser especiales es decir para casos especificos. Pues no es posible admitir que el delegado fiduciario otorgue poderes generales por que no se le permite

(144) BEYER ESPARZA, JORGE E., op. cit., p.168.

(145) GOMEZ LARA CIPRIANO, "El fideicomiso" Revista de la Facultad de Derecho de Mexico Tomo XXII: ene-jun 1973, núm. 55-56., p.176

delegar sus funciones, ya que es contrario a la naturaleza misma del contrato.

El delegado fiduciario es nombrado por la institución fiduciaria y esta responde directa e ilimitadamente de sus actos.(146).

Deberes de las instituciones fiduciarias:

1.- Existe la obligación de cumplir conforme al acto constitutivo del fideicomiso. Esta obligación se encuentra en la Ley General de Títulos y Operaciones de Crédito (art.356), la cuál se complementa añadiendo que "deberá obrar siempre como un buen padre de familia, siendo responsable de las pérdidas o menoscabos que los bienes sufran por su culpa" y en el propio artículo se agrega que la institución fiduciaria no podrá excusarse o renunciar sino exclusivamente por causas graves a juicio del juez de primera instancia del lugar de su domicilio.

2.- Deber de inscripción. Señala el artículo 353 de la Ley sustantiva, que quedan obligadas a inscribirse en la Sección de Propiedad del Registro Público del lugar que corresponda por la ubicación de los bienes, cuando en el fideicomiso recaiga su objeto en bienes inmuebles y solamente desde la fecha de inscripción empiezan a surtir efectos contra terceros estos fideicomisos.

Por otra parte la Ley para promover la Inversión Mexicana y regular la Inversión Extranjera obliga a las instituciones fiduciarias a inscribir los fideicomisos en los cuales su objeto sea la realización de actos regulados por esa Ley. La inscripción deberá ser dentro del mes siguiente a la constitución del fideicomiso y se inscribirá en el Registro Nacional de Inversiones Extranjeras.

3.- Obligación de notificar a deudores. La fiduciaria tiene la obligación de actuar con diligencia, implicando con esto notificar al deudor de los fideicomisos en los cuales el objeto de los mismos recaiga en bienes muebles, ya que si se trata de créditos no negociables o derechos personales, surte efectos contra terceros desde la fecha en que el fideicomiso sea notificado al deudor. (art.354 frac.1 L.G.T.O.C.).

4.- Abrir contabilidades especiales. Se consagra en la Ley Bancaria de 1941 en su artículo 45, frac.III. que las instituciones de crédito tienen la obligación de abrir contabilidades especiales y señala que "por cada contrato de fideicomiso, se define la obligación de registrar en la propia contabilidad de las fiduciarias, el dinero los valores y derechos y demás bienes que se les confien, así como los incrementos o las disminuciones, por los productos o gastos "debiendo coincidir, - dice la Ley - invariablemente los saldos de las

cuentas controladas de la contabilidad de las instituciones, con los de las contabilidades especiales". Por otra parte el reglamento de inspección, vigilancia y contabilidad de las instituciones de crédito dispone que la contabilidad de estas instituciones debe llevarse al día.

5.- Suplencia de instrucciones. Cuando se realicen operaciones de fideicomisos en que impliquen adquisición o sustituciones de bienes o derechos, o inversión de dinero o fondos líquidos la institución fiduciaria deberá ajustarse estrictamente a las instrucciones, del fideicomitente. Sin embargo el artículo 45, fracción VI establece que en estos casos "cuando las instrucciones del fideicomiso mandato o comisión, no fuesen suficientemente precisas, o cuando se hubiere dejado la determinación de la inversión a la discreción de la institución fiduciaria, aquella se realizará necesariamente, en los valores que determine el Banco de México, debiendo procederse a la inversión en el menor plazo posible y a la notificación y al registro a que se refieren las fracciones III y IX de este artículo.

Este registro es el registro contable y la notificación referida es la obligación que se tiene que dar aviso en el término de las 48 horas al cobro, el cual podría ser cualquier percepción de rentas frutos o productos de liquidación que realice la institución en el cumplimiento de su obligación encomendada, así también las fiduciarias tendrán que notificar cualquier operación de inversión, adquisición o sustitución de bienes, dentro del mismo plazo, debiendo comunicar los detalles necesarios para comunicar la identificación de los bienes adquiridos, esta obligación por la naturaleza del fideicomiso o por disposición expresa del fideicomitente. Esto sin perjuicio de que la institución fiduciaria inscriba como antes se señaló en el registro especial foliado y sellado con carácter rigurosamente secreto.

6.- Fondos Ociosos. En su artículo 45, fracción VII, dispone la Ley Bancaria, que las operaciones que resulten percepción o disposición de fondos líquidos los cuales no sean aplicados en forma inmediata a un fin determinado y que con respecto a esto no hayan determinado la aplicación que dichos fondos deban recibir, ni la Ley ni el mismo contrato de fideicomiso, en estos casos la institución deberá recibirlos en los valores que el Banco de México determine y que en tanto esa inversión no se efectúe, los fondos deberán mantenerse en caja o depositado, en cuenta especial en el Banco de México."

7.- Adquisiciones. El artículo 45 en su fracción VIII, dispone que: "Cuando se trate de operaciones que consistan en compraventa de títulos o valores o de divisas extranjeras o de mercancías, o de otros bienes que sean objeto de mercado regular organizado, y respecto a los cuales no se hubiere precisado, al encomendar la operación la fecha de su

realización o los tipos de cotización a los cuales haya de efectuarse, se llevarán a cabo dentro de las cuarenta y ocho horas siguientes a la fecha en que la operación fue encomendada o de aquellas en que se tuvo la disponibilidad de los bienes. Si las condiciones de mercado no permitieran realizarla en este plazo, se ejecutará tan pronto como sea posible.

En el caso de que el mercado hubiere sufrido una variación en perjuicio del cliente, que represente, por lo menos, un 10% en el valor de los bienes, desde la fecha en que se encomendó la operación, la institución deberá solicitar, por la vía más rápida ratificación o rectificación de las instrucciones, a no ser que resultare imposible de la naturaleza del fideicomiso o que expresamente se le hubiere dispensado de esta obligación o también cuando, a juicio de la institución cualquier demora en la ejecución pudiera ocasionar mayor perjuicio.

8.- Secreto Fiduciario. Señala el artículo 45 en su fracción X. que salvo la información que sea solicitada por la Comisión Nacional Bancaria y de Seguros, la violación del secreto propio de esta clase de operaciones incluso ante las autoridades o Tribunales en juicio o reclamaciones que no sean aquellos entablados por el fideicomitente o fideicomisario... contra la institución o viceversa, constituirá a esta en responsabilidad civil por los daños y perjuicios ocasionados, sin perjuicio de las responsabilidades penales y civiles procedentes.

9.- Las obligaciones fiscales.

10.- Indelegabilidad de las fiduciarias, esta obligación forma parte de la misma definición del fideicomiso y de la existencia de los funcionarios especiales los cuales son los delegados fiduciarios, gracias a ellos las instituciones fiduciarias pueden desempeñar su cometido y ejercer sus facultades sin quedar exentos de responder civil o penalmente cuando incurran personalmente, por otro lado también pueden ser vetados estos funcionarios por la Comisión Nacional Bancaria y de Seguros, o acordar que se proceda a su remoción (artículo 45, en su fracción IV). Además la Secretaría de Hacienda y Crédito Público ha interpretado esta disposición en el sentido que los delegados fiduciarios no pueden delegar a su vez la ejecución de actos mediante los cuales se puedan tomar resoluciones de caracteres discrecional, que impliquen voluntad de mandato o decisión, esto mediante circular de la Comisión Nacional Bancaria y de Seguros. N. 547 del 16 de noviembre de 1966. No obstante con esto no hay impedimento para que las funciones administrativas auxiliares se realicen por otros empleados de las Instituciones fiduciarias.

realización o los tipos de cotización a los cuales haya de efectuarse, se llevarán a cabo dentro de las cuarenta y ocho horas siguientes a la fecha en que la operación fue encomendada o de aquellas en que se tuvo la disponibilidad de los bienes. Si las condiciones de mercado no permitieran realizarla el este plazo, se ejecutará tan pronto como sea posible.

En el caso de que el mercado hubiere sufrido una variación en perjuicio del cliente, que represente, por lo menos, un 10% en el valor de los bienes, desde la fecha en que se encomendó la operación, la institución deberá solicitar, por la vía más rápida ratificación o rectificación de las instrucciones, a no ser que resultare imposible de la naturaleza del fideicomiso o que expresamente se le hubiere dispensado de esta obligación o también cuando, a juicio de la institución cualquier demora en la ejecución pudiera ocasionar mayor perjuicio.

8.- Secreto Fiduciario. Señala el artículo 45 en su fracción X. que salvo la información que sea solicitada por la Comisión Nacional Bancaria y de Seguros, la violación del secreto propio de esta clase de operaciones incluso ante las autoridades o Tribunales en juicio o reclamaciones que no sean aquellos entablados por el fideicomitente o fideicomisario... contra la institución o viceversa, constituirá a esta en responsabilidad civil por los daños y perjuicios ocasionados, sin perjuicio de las responsabilidades penales y civiles procedentes.

9.- Las obligaciones fiscales.

10.- Indelegabilidad de las fiduciarias, esta obligación forma parte de la misma definición del fideicomiso y de la existencia de los funcionarios especiales los cuales son los delegados fiduciarios, gracias a ellos las instituciones fiduciarias pueden desempeñar su cometido y ejercer sus facultades sin quedar exentos de responder civil o penalmente cuando incurran personalmente, por otro lado también pueden ser vetados estos funcionarios por la Comisión Nacional Bancaria y de Seguros, o acordar que se proceda a su remoción (artículo 45, en su fracción IV). Además la Secretaría de Hacienda y Crédito Público ha interpretado esta disposición en el sentido que los delegados fiduciarios no pueden delegar a su vez la ejecución de actos mediante los cuales se puedan tomar resoluciones de caracteres discrecional, que impliquen voluntad de mandato o decisión, esto mediante circular de la Comisión Nacional Bancaria y de Seguros. N. 547 del 16 de noviembre de 1966. No obstante con esto no hay impedimento para que las funciones administrativas auxiliares se realicen por otros empleados de las Instituciones fiduciarias.

De la Comisión Nacional Bancaria y de Seguros del 26 de Junio de 1944 en su circular 274. obliga que a dicho organismo se le tendrá que avisar sobre nombramientos de delegados fiduciarios acompañando una relación de sus ingresos anuales estimados y bienes de su propiedad, así como curriculum vitae. En la práctica se puede designar "delegados fiduciarios" con plenitud de sus facultades para el desempeño de toda clase de fideicomisos y los especiales, para el desempeño de determinados fideicomisos. (147).

(147) BATIZA RODOLFO, op, cit., pp.393,394.

C- EL FIDEICOMISARIO.

Empezaremos señalando los antecedentes de las obligaciones que pudiera tener la figura del fideicomisario señalando el "pago de honorarios y gastos.

De acuerdo con la Ley Bancaria de 1941, que en este punto provenía de la ley de 1932, la obligación única que se imponía al fideicomisario, subsidiariamente, puesto que en primer término correspondía al fideicomitente o a sus causahabientes, consistía en pagar a la institución fiduciaria la compensaciones a su favor (art.137 inc.b) esta disposición no pasó a las Leyes reglamentarias de 1982 y 1984 ni tampoco a la Ley vigente, pero eso no significa que la obligación referida no exista; el art. 48 se refiere entre otros cargos a las tasas de servicios. Consideramos que, en forma también subsidiariamente, el fideicomisario debe reembolsar los gastos que el fiduciario hubiere erogado en su administración (supra n.114). Otra obligación que tendría el fideicomisario sería pagar los impuestos que le correspondan que surgieran por el mismo fideicomiso.(148).

Independientemente de lo señalado también cabe la posibilidad de que el fideicomitente determine que es obligación del fideicomisario pagar los gastos y honorarios e inclusive podría señalarle obligaciones diferentes siempre y cuando estas sean compatibles dentro del mismo fideicomiso.

Trataremos ahora los derechos de los fideicomisarios;
1.- Estos derechos serán los que se le concedan por virtud del acto constitutivo del fideicomiso, según señala en el artículo 355 de la Ley General de Títulos y Operaciones de Crédito.

Cuando no exista fideicomisario determinado o cuando este sea incapaz, los derechos que se establezcan en el acta constitutiva corresponderán al que ejerza la patria potestad, o en su defecto al tutor o al ministerio público, según sea el caso.

2.- Se tendrá el derecho de exigir el cumplimiento a la institución fiduciaria. Esta disposición nacerá por la constitución del fideicomiso y tendrá el carácter contractual del fideicomiso, a pesar de que el fideicomisario pueda no haber sido parte original según señala Batiza, entonces todo dependerá de lo que trate el fideicomiso y los compromisos del fiduciario para poder determinar en cada caso lo que pueda exigir el fideicomisario con respecto a su cumplimiento.

3.- Atacar la validez de los actos que la institución fiduciaria cometa en contra del fideicomisario actuando de mala fe o en exceso de sus facultades según se determine en

(148) AROCHA MORTON CARLOS A., op, cit., pp.30,31.

el acto constitutivo o en la Ley correspondiente. Por analogía con el derecho del mandante además se tendrá el derecho a la indemnización por daños y perjuicios en exceso o violación del encargo recibido, quedando como opción la revocación

4.- Reivindicación de los bienes. Se le da al fideicomisario este derecho, cuando los bienes hayan salido del patrimonio a consecuencia de actos de mala fe o en exceso de sus facultades, y se tengan acciones personales en contra de la Institución Fiduciaria.

5.- Cesión de derechos fideicomisarios. Para los fideicomisarios aunque la Ley no lo expresa, son aplicables las disposiciones referentes a la cesión de derechos y las transmisiones.

6.- Derecho a designar fiduciario. En la Ley General de Títulos y Operaciones de Crédito, en el artículo 350 segundo párrafo señala que En el 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, pero con la salvedad de que el fiduciario acepte el encargo.

7.- Pluralidad de fideicomisarios. En la Ley General de Títulos y Operaciones de Crédito el artículo 348, segundo párrafo establece que el fideicomitente puede designar varios fideicomisarios para que reciban simultánea o sucesivamente el provecho del fideicomiso salvo el caso de la fracción II del artículo 359. que dice así, quedan prohibidos 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. (149). Este mismo principio también se rige para el caso de los testamentos.

D.- REQUISITOS DE EXISTENCIA Y VALIDEZ.

Para poder considerar al fideicomiso como un contrato es necesario referirnos a sus elementos esenciales o de existencia así como también los elementos de validez. (150).

El acto jurídico es la manifestación exterior de la voluntad tendiente a la producción de efectos de derecho sancionados por la ley. como todo ser real o conceptual, precisa para su formación de ciertos elementos esenciales sin los cuales no existe.

"Los artículos 1794 y 1795 del Código Civil, enumeran por separado, los elementos necesarios para la existencia del acto jurídico, así como lo indispensable para su validez refiriéndolo al contrato que es la especie más común del acto jurídico de derecho privado."

La diferencia de los elementos de existencia y de validez podemos considerarla como un progreso que ha tenido la técnica jurídica, ya que con esto nos permiten sistematizar y explicar las diferentes consecuencias que producen la ausencia de algunos de ellos. (151).

"El acto jurídico, una vez constituido con todos sus elementos de existencia, deberá reunir, además, los requisitos de validez necesarios para ser perfecto y producir efectos jurídicos plenos. Tales requisitos de validez han sido enumerados por el legislador en el artículo 1795 del Código Civil y son:

- 1.- La voluntad debe exteriorizarse con forma exigida por la ley;
- 2.- La voluntad debe de estar exenta de vicios;
- 3.- El objeto del acto y el motivo o fin de su celebración deben ser lícitos; y
- 4.- Los autores o partes deben de ser capaces. (152).

Los elementos esenciales o de existencia son los siguientes;

- 1.-El consentimiento.
- 2.-El objeto.
- 3.-La solemnidad.

El consentimiento o la voluntad de contratar, esta voluntad debe de ser exteriorizada por las partes y aceptada, interviniendo aquí la oferta, que es una

(150) IBID., p.85.

(151) BEYER ESPARZA, JORGE E, op, cit., pp.189,190.

(152) BEJARANO SANCHEZ MANUEL, Obligaciones Civiles Tercera Edición Colección Textos Jurídicos Universitarios Harla, S.A. de C.V. 1984., p.68.

manifestación unilateral de voluntad para contratar, la cuál puede ser a una persona determinada o indeterminada. La otra parte del consentimiento es la aceptación.

Podemos agregar que el consentimiento consiste en "el acuerdo de dos o más voluntades sobre la producción o transmisión de obligaciones y derechos, siendo necesario que estas voluntades tengan una manifestación exterior" La importancia del consentimiento es que con la falta de acuerdo entre el fideicomitente y el fiduciario, produce la inexistencia del contrato, esta sanción la podemos interpretar del artículo 2224 del Código Civil para el Distrito y Territorios Federales.(153). Que a la letra dice;

"El acto jurídico inexistente por falta de consentimiento o de objeto de que pueda ser materia de él, no producirá efecto legal alguno. No es susceptible de valer por confirmación, ni por prescripción; su inexistencia puede invocarse por todo interesado."

El objeto.- La palabra objeto refiriéndonos al contrato tiene tres acepciones:

- 1.- El objeto directo del contrato el cuál es crear o transferir derechos y obligaciones;
- 2.- El Objeto indirecto del contrato el cuál puede consistir en un dar, hacer, o no hacer;
- 3.- El objeto como la cosa misma que se da.(154).

Al referirnos a este último podemos señalar que es el objeto material del contrato de fideicomiso. Este objeto forma parte del patrimonio fideicomitido, y va de la mano con las obligaciones y derechos que adquiere la institución fiduciaria al celebrar el contrato de fideicomiso.

De los artículos 346 y 351 de la Ley General de Títulos y Operaciones de Crédito se establece que los bienes que se destinen a un fideicomiso deberán ser ciertos y determinados. No pueden ser objeto de fideicomiso los bienes que por mandato de ley se consideren como intransferibles, como por ejemplo los relativos al patrimonio de la familia.

Fuera de la excepción de los bienes intransferibles todos los bienes y derechos que se encuentren en el comercio pueden ser objeto del contrato de fideicomiso. (155).

Considerando la posición del Código Civil en su artículo 1824, nos señala que "son objeto de los contratos;

- I. La cosa que el obligado debe dar.
- II. El hecho que el obligado debe hacer o no hacer.

(153) BEYER ESPARZA, JORGE E. op. cit., p.196.

(154) BEJARANO SANCHEZ MANUEL, op. cit., p.71.

(155) BEYER ESPARZA, JORGE E. op. cit., p.196.

Por todo lo anterior podemos considerar que en un contrato de fideicomiso, el objeto lo apreciamos por el lado del fideicomitente al afectar el objeto material, y por lado del fiduciario el compromiso de hacer lo necesario para cumplir su cometido. Ya que si no se entrega el objeto material y no se establecen las obligaciones del fiduciario. No hay fideicomiso realmente.

El objeto puede ser imposible físicamente o jurídicamente;

El objeto es imposible físicamente cuando alguna circunstancia impida su existencia;
Un ejemplo de posibilidad física de la cosa es que debe estar en la naturaleza.

El objeto es imposible jurídicamente cuando su realización se obstaculiza por una norma jurídica insalvable. Ejemplo de una posibilidad jurídica de la cosa es que debe ser determinada o determinable en cuanto a su especie y debe estar en el comercio. (156).

Cuando tenga el carácter de fideicomitente el Gobierno Federal a través de la Secretaría de Hacienda y Crédito Público, antes de que se celebre el contrato de fideicomiso se deberán de haber llenado todos los requisitos que la Ley General de bienes nacionales señala, para poder permitir que un bien con el carácter de propiedad federal se convierta en un objeto de comercio, ya que si no se hace esto la falta de objeto en un contrato trae como sanción la inexistencia del mismo, como ya se había señalado con anterioridad. (157).

La solemnidad es un elemento de existencia formal o de forma, el cuál es considerado como un elemento material. (158). La solemnidad es la manera de realizar el acto y es un elemento constitutivo del mismo y si esa forma ritual de celebración falta el acto no llega a existir, es decir es inexistente. Así es que en una verdadera solemnidad que complementa el acto es un elemento necesario para su creación. (159).

Podemos señalar que la solemnidad no es requerida o necesaria en muchos actos jurídicos y en nuestro caso particular para que se pueda configurar el fideicomiso no es necesaria, ya que se requiere que sea por escrito pero como medio de prueba.

(156) DOMINGUEZ MARTINEZ JORGE A., op, cit., pp.38,39.

(157) BEJARANO SANCHEZ MANUEL, op, cit., p.79.

(158) BEYER ESPARZA, JORGE E, op, cit., pp.419,420.

(159) BATIZA RODOLFO, op, cit., pp.419,420.

E.- CONSENTIMIENTO, OBJETO, FIN LICITO Y REPRESENTACION.

Como ya habíamos señalado con anterioridad son los elementos de validez del fideicomiso: el consentimiento pero considerando este desde el punto de vista de la ausencia de vicios del consentimiento, el objeto y el motivo o fin lícito, la capacidad y la representación como apoyo a la capacidad y la forma.

EL CONSENTIMIENTO.- Para que se dé el consentimiento realmente se necesita que esté ausente de vicios. "este requisito de validez se refiere a que los contratantes deben de manifestar de una manera libre consiente el deseo de afectar el bien fideicomitado el aceptar el cargo de fiduciario y protestar su fiel desempeño y por excepción y tratándose del fideicomisario, la voluntad de aceptar los beneficios económicos del fideicomiso.

Esto exige que la voluntad no sea expresada a causa de violencia física o moral que se ejerza sobre el contratante, ni sea la consecuencia del dolo o mala fe de la contraparte, de quien contrata o de un tercero, ni obedezca a la existencia de un falso concepto de la realidad."(160).

El dolo como vicio del consentimiento: En la doctrina civilista se afirma que el dolo y la mala fe tienen los mismos efectos jurídicos, pudiendo distinguirse entre estos que el dolo es activo y la mala fe pasiva. Ambos siempre suponen premeditación y propósito de engaño.

Señala el Código Civil que no es válido el consentimiento sorprendido por dolo (art.1812)," Se entiende por dolo en los contratos cualquier sugestión o artificio que se emplee para inducir a error o mantener en él a algunos de los contratantes una vez conocido" (art.1815)." El dolo o mala fe de una de las partes y el dolo que proviene de un tercero, sabiéndolo aquella, anular el contrato si ha sido la causa determinante de este acto jurídico "(art.1816)." Si ambas partes proceden con dolo, ninguna de ellas puede alegar la nulidad del acto o reclamarse indemnizaciones" (art.1817). "No es lícito renunciar para lo futuro la nulidad que resulte del dolo" (art.1822)." Las consideraciones generales que los contratantes expusieren sobre los provechos y perjuicios que naturalmente pueden resultar de la celebración o no celebración del contrato y que no importen engaño o amenaza alguna de las partes, no serán tomadas en cuenta al calificar el dolo." (art.1821). "Atenta la naturaleza contractual del fideicomiso creado por acto entre vivos las disposiciones anteriores le son aplicables. En cuanto al fideicomiso testamentario es nulo el testamento captado por dolo o fraude (1487, Código Civil)." (161).

(160) *ibid.*, pp.436,437.

(161) *ibid.*, p.436.

La violencia como vicio del consentimiento: "El contrato puede ser invalidado cuando existen vicios del consentimiento, si en este caso el consentimiento se ha arrancado por violencia el contrato no es válido (art. 1812)" Es nulo el contrato celebrado por violencia, ya provenga de un tercero, interesado o no en el contrato" (art.1818). "Hay violencia cuando se emplea fuerza física o amenazas que importen peligro de perder la vida, la honra, la libertad, la salud o una parte considerable de los bienes del contratante, de su cónyuge, de sus ascendientes dentro del segundo grado" (art. 1819)." El temor reverencial, esto es, el solo temor de desagradar a las personas a quienes se debe sumisión y respeto, no basta para viciar el consentimiento" (art.1820)" ó Las consideraciones generales que los contratantes expusieren sobre los provechos y perjuicios que naturalmente pueden resultar de la celebración o no celebracion del contrato y que no importe amenaza alguna de las partes, no serán tomadas en cuenta al calificar la violencia "(art.1821). no es lícito renunciar para lo futuro la nulidad que resulte de la violencia. "(art.1822)." La nulidad por causa de violencia sólo puede invocarse por el que ha sufrido esos vicios del consentimiento (art,2230).

Las reglas de derecho común relativas a la violencia son aplicables al fideicomiso entre vivos, habida cuenta de su naturaleza contractual por lo que hace al fideicomiso testamentario, " es nulo el testamento que haga el testador bajo la influencia de amenazas contra su persona o sus bienes o contra la persona o bienes de su cónyuge o de sus parientes" (art.1485).(162).

El Error como vicio del consentimiento; Nuestro Código Civil dispone que el contrato " puede ser invalidado por ser vicio del consentimiento (art.1795.), y al referirse a ellos se ocupa del error, del dolo y de la violencia" El consentimiento no es válido si ha sido dado por error, arrancado por violencia o sorprendido por dolo" (art.1812)

"En la doctrina civilista se ha definido el error como una creencia no conforme con la verdad, un estado psicológico en discordancia con la realidad, una noción falsa, señalándose que el error puede presentar tres grados de gravedad, según los cuales varían: puede impedir la formación del contrato, hacerlo simplemente anulable, o carecer de influencia sobre él. en el primer caso se dice que hay error obstáculo, en el segundo se dice que hay error nulidad y en el tercero error indiferente..."(163).

También puede distinguirse entre error de hecho y el error de derecho, en el primero se puede engañar en alguna circunstancia del contrato (objeto, persona, motivo); y en el error de derecho puede consistir en una falsa opinión de los

(162) BATIZA RODRIGUEZ, op. cit., p.428

(163) GEGARANO SANCHEZ MANUEL, op. cit., pp.116, 117, 118, 119.

contratantes sobre alguna regla jurídica aplicable al contrato que procede de una disposición de Ley o sobre su interpretación, en estos casos el contratante decidido contrata a consecuencia de su inexacta interpretación del derecho o por su ignorancia.

"El error de derecho o de hecho invalida el contrato cuando recae sobre el motivo determinante de la voluntad de cualquiera de los que contratan, si en el acto de la celebración se declara ese motivo o si se prueba por las circunstancias del mismo contrato que se celebró éste en el falso supuesto que lo motivo y no por otra cosa."(164).

La Lesión como vicio del consentimiento: Se ha definido a la lesión como el perjuicio que un contratante sufre cuando se presenta un contrato conmutativo en el que de la otra parte no se recibe un valor igual al de la prestación que suministra.

La lesión es un vicio que tiene un carácter objetivo y subjetivo a la vez. La lesión representa un vicio del consentimiento en la parte perjudicada, esta es la parte subjetiva, la parte objetiva es considerar el grado de desproporción que se da en las prestaciones.

El artículo 17 del Código Civil establece que " cuando alguno, explotando la suma ignorancia, notoria inexperiencia o extrema miseria de otro, obtiene un lucro excesivo que sea evidentemente desproporcionado a lo que él por su parte se obliga, el perjudicado tiene derecho a pedir la rescisión del contrato, y de ser esta imposible, la reducción equitativa de su obligación. El derecho concedido en este artículo dura un año "El artículo 2238 del mismo, dispone que la lesión produce la nulidad relativa del acto y el artículo, 2230 prescribe que la nulidad a causa de lesión sólo puede invocarse por el que se ha perjudicado por ella.

La lesión es posible aplicarla al fideicomiso celebrado por acto entre vivos.(165).

FIN LICITO.- Es indispensable para que un contrato sea válido, que deba ser lícito y no contrario a lo dispuesto por las leyes de interés público, tanto a lo que se obliga el deudor como el porqué de su proceder.

Presentaremos la noción de licitud de acuerdo a la disposición legal "El artículo, 1830 del Código Civil dispone que es ilícito el hecho que es contrario a las leyes de orden público o a las buenas costumbres."

(164) *Ibid.*, p.116.

(165) BATIZA RODOLFO, *op. cit.*, pp.422,423,424.

"Ninguna conducta o finalidad que viole la Ley prohibitiva tendrá la protección del orden jurídico. Por esta razón lógica se produce la nulidad que sigue a todo contrato con un objeto y motivo fin ilícitos. Señala el artículo 1831 del Código Civil: El fin o motivo determinante de la voluntad de quienes contratan tampoco debe ser contrario a las leyes de orden público o a las buenas costumbres."

Y dispone el artículo. 8 del Código Civil: Los actos ejecutados contra el tenor de las leyes prohibitivas o de interés público serán nulos."

Con respecto a las buenas costumbres podemos señalar que el concepto de moralidad es el que prevalece en una comunidad en un tiempo y un espacio determinados, esto sería lo que el consenso general de los habitantes de una determinada sociedad humana juzga moral. La razón fundamental impulsora de la celebración del acto constituye el motivo o fin de la acción.(166).

EL OBJETO.- El objeto del contrato es el contenido de la conducta del deudor, aquello a lo que se obliga; y el motivo o fin es el propósito que le induce a su celebración, el por qué se obliga."(167).

Al respecto del párrafo anterior podemos decir que el objeto en el contrato es el contenido de la conducta del deudor pero en el caso del fideicomiso podemos señalar que el fiduciario es quien se obliga al cumplimiento de un fin determinado es decir se obliga a un motivo o fin, y con referencia al fideicomitente el motivo o fin es el propósito que le induce a su celebración del contrato del fideicomiso, ya que el motivo o fin de un fideicomiso nace de una idea o una intención del fideicomitente.

"La Ley sustantiva vigente, por definición, impone un fin lícito al fideicomiso (art. 346) y prescribe que: El fideicomiso será válido aunque no se constituya fideicomisario, siempre que su fin sea lícito y determinado:"(art.347).

El Código Civil en su artículo 1831, dispone que el fin o motivo determinante de los que contratan tampoco debe ser contrario a las leyes de orden público ni a las buenas costumbres.

La ilicitud en el objeto, en el fin o en la condición del acto produce su nulidad absoluta o relativa, según lo disponga la ley: la nulidad por falta de forma se extingue por la confirmación del acto: la nulidad por incapacidad, violencia o error, puede confirmarse cuando cese el vicio o motivo, si no concurre otra causa que invalide la confirmación o de otro modo, se tiene por ratificación tácita y extingue la nulidad."(168).

(167) DOMÍNGUEZ JORGE A, op. cit. p.66.

(168) BARRAZA SOLOLEO op. cit. pp.410-414

REPRESENTACION.- Antes de presentar la figura de la representación, considero que es oportuno hablar sobre la capacidad por la gran relación que hay entre estas dos figuras.

La capacidad es la aptitud para ser titular de derechos y obligaciones y para ejercitarlos.

Existen dos clases de capacidades;

- 1.- La capacidad de goce, que es la aptitud de ser titular de derechos y obligaciones.
- 2.- La capacidad de ejercicio que es la aptitud de ejercitar o hacer valer por sí sus derechos.

La capacidad de goce es un atributo de la personalidad y la poseen sin excepción todos los hombres en los países civilizados.

Hay incapacidad de goce cuando un derecho que es concebido a la generalidad de las personas le es negado a cierta categoría de ellas o a determinada persona. (169).

La capacidad de ejercicio supone la posibilidad jurídica en el sujeto de hacer valer directamente sus derechos, de celebrar en nombre propio actos jurídicos, de contraer y cumplir sus obligaciones y de ejercitar las acciones conducentes ante los tribunales." (170).

La palabra incapacidad algunas veces se refiere a personas que se encuentran privadas de ciertos derechos generalmente esto se aplica a personas que tienen todos sus derechos pero carecen del libre ejercicio, como podrían ser los menores o los sujetos a interdicción. A la capacidad se le puede considerar como la regla y a la incapacidad como excepción.

El Código Civil dispone incapacidad natural y legal, para:

- 1.- Los menores de edad.
- 2.- Los mayores de edad privado, de inteligencia por locura, idiotismo o imbecilidad, aún cuando tengan intervalos lúcidos.
- 3.- Los sordomudos que no sepan leer ni escribir.
- 4.- Los ebrios consuetudinarios y los que habitualmente hacen uso inmoderado de drogas enervantes (art.450).

"El contrato puede ser invalidado por incapacidad legal de las partes o de una de ellas "(art.1795 FRAC).

"La incapacidad de cualquiera de los autores del acto produce la nulidad relativa del mismo (art.228). Las reglas relativas a la incapacidad son aplicables al fideicomiso por

(169) BEYER ESPARZA, JORGE E, op, cit., p.191.

(170) DOMINGUEZ MARTINEZ, op, cit., p.61.

acto entre vivos, puesto que sólo pueden ser fideicomitentes conforme a la ley substantiva, las personas físicas (o jurídicas) que tengan la capacidad necesaria para hacer la afectación de bienes que el fideicomiso implica (art.349) En cuanto al fideicomiso testamentario, están incapacitados para testar:

- 1.- Los menores que no han cumplido dieciséis años de edad, ya sean hombres o mujeres;
- 2.- Los que habitual o accidentalmente no disfrutan de su cabal juicio (Código Civil, art.1306 sopera, nos.74,75). (171).

EL artículo 350 de la Ley General de Títulos y Operaciones de Crédito nos señala que Sólo pueden ser fiduciarias las instituciones expresamente autorizadas para ello.

El artículo 348, determina que los fideicomisarios debe tener capacidad de goce en los términos del Código Civil para poder recibir el derecho que implica el fideicomiso. (172).

Para que pueda ser válido un fideicomiso el cuál tuviera como objeto determinado, bienes o derechos los cuales, sean propiedad de un incapacitado, se debiera solicitar la autorización judicial a la cuál se refieren los artículos, 561 y relativo, del Código Civil.

La incapacidad de ejercicio que impide celebrar negocios jurídicos a un menor de edad, en el momento en que cumpla los 16 años podrá hacerlo, y en el caso de un enajenado mental los que habitualmente no disfrutan de su cabal juicio están incapacitados para testar esto se desprende del artículo, 1306 del Código Civil. Según el Artículo 1307, es válido el testamento hecho por un demente en un intervalo de lucidez, siempre que el tutor o algún familiar presentare por escrito una solicitud ante el juez que corresponda, el juez nombrara dos médicos especialistas para que examinen al enfermo y dictaminen sobre su estado mental teniendo la obligación el juez de asistir a su examen pudiendo hacerle las preguntas que estime convenientes para cerciorarse de su capacidad para testar. (173).

Sabemos que la mayoría de edad se adquiere a los dieciocho años, pero esto no es garantía de capacidad, ya que se puede incapacitar por resultado de interdicción, por ejemplo un individuo mayor de edad puede dar señas de evidente desequilibrio mental y se puede vetar su actuación. El caso contrario es la emancipación ya que el menor de edad casado es poseedor de actitudes para conducir sus propios

(171) BEJARANO SANCHEZ MANUEL op. cit., pp.132,133,134.

(172) Ibid., pp.134,135,136.

(173) Ibid., pp.136,137.

intereses, (art.641 del C.C.). Cabe mencionar que "el emancipado tiene libre administración de sus bienes, pero siempre necesita durante su menor edad:

I. De la autorización judicial para la enajenación, gravamen o hipoteca de bienes raíces;

II. De un tutor para negocios judiciales."

Es por esto que podemos señalar que si un menor de edad se emancipó y quiere realizar un fideicomiso es necesario una autorización judicial.

La incapacidad de goce se sanciona con la nulidad absoluta ya que se protegen intereses colectivos.

La incapacidad de ejercicio se sanciona con nulidad relativa ya que se tutelan intereses particulares.

El Código Civil regula la incapacidad de ejercicio en el art. 228 y señala "La incapacidad de cualquiera de los autores del acto produce la nulidad relativa del mismo" y "La nulidad por causa de... incapacidad sólo puede invocarse por el incapaz..." (art. 2230 del C.C.).

"La incapacidad de una de las partes no puede ser invocada por la otra en provecho propio"... (art.1799).

La nulidad absoluta la puede invocar cualquier interesado y la nulidad relativa solamente puede ser alegada por el incapaz a través de sus representantes legales.(174).

(174) BEYER ESPARZA, JORGE E, op, cit., pp.192,193.

La representación, Es una figura jurídica que consiste en permitir que los actos celebrados por una persona (llamada representante realice actos en nombre del representado) como si este último los hubiera realizado, y no afectan para nada la del representante el cuál queda ajeno a la relación de derecho engendrada por su acción.

La representación se puede clasificar en: legal, voluntaria, y judicial.

La representación legal se genera en la ley en el (art. 1801 del C.C. "Ninguno puede contratar a nombre de otro sin estar autorizado por él o por la ley que se puede referir a los menores o demás incapacitados esa representación puede ser por organismos colectivos de derecho público como por ejemplo instituciones especializadas o por autoridades de los estados.

La representación voluntaria.- Se crea por la autonomía de la voluntad y se puede expresar en un contrato de mandato, en un testamento al nombrar a un albacea testamentario.

La representación judicial.- Es cuando el juez decide y determina nombrando a un representante.(175).

La más importante de las representaciones es el mandato el cual dice el artículo 2546 del C.C. es un contrato por el cuál el mandatario se obliga a ejecutar por cuenta del mandante, los actos jurídicos que este le encarga." El que concede la representación se le llama mandante o representado y el mandatario es representante.

Existe el mandato especial y general el mandato especial sirve para cualquier acto o actos específicamente señalados, en el que sus facultades están restringidas por lo que debe ser interpretado restrictivamente, si se excede de los límites, se produce la nulidad una forma de mandato especial es el poder judicial, el cuál se confiere para la representación de alguna de las partes en un proceso jurisdiccional.

El mandato general.- El representante tiene facultades de obrar por cuenta y a nombre del representado en cualquier acto que encuadre dentro de la especie de negocios que comprenden el poder.

La ley reconoce tres tipos de mandatos generales:

- 1.- El mandato para actos de administración.
- 2.- El mandato de pleitos y cobranzas.
- 4.- El mandato de dominio.

El mandato que comprenda las tres especies se llama poder general amplísimo.(176).

(175) DOMINGUEZ MARTINEZ JORGE A., op. cit., pp.62-63.

(176) BATTICA RODOLFO, op. cit., pp.422-423.

F.- FORMAS DE CONSTITUIRSE EL FIDEICOMISO.

Considerando a la forma como el último requisito de validez del fideicomiso, se deben tomar en cuenta los artículos 352, 353 y 354 de la Ley General de Títulos y Operaciones de Crédito, los cuales señalan que el fideicomiso deberá siempre de constar por escrito y ajustarse a los términos de la legislación civil que se refieren a la transmisión de los derechos o de la propiedad de los objetos que se lleguen a dar en fideicomiso en el caso de los que recaigan sobre bienes inmuebles se necesita que consten en escritura pública, de conformidad con las disposiciones del Código Civil del lugar de la ubicación del bien, la escritura deberá inscribirse en la sección de la propiedad del Registro Público respectivo y al tratarse del Gobierno Federal como fideicomitente, se deberá inscribir el contrato en el Registro de la Propiedad Federal que estará a cargo de la Secretaría del Patrimonio Nacional, según lo dispone la fracción XI del artículo 7. de la Ley de Secretarías y Departamentos de Estado.(177).

Para el otorgamiento del acto constitutivo del fideicomiso y para que se celebre el contrato, el Código Civil establece que "los contratos se perfeccionen por el mero consentimiento, excepto aquellos que deban revestir una forma establecida por la ley..." y como "la constitución deberá siempre constar por escrito..." y en ocasiones se llevará a cabo en escritura pública. Por estos motivos se puede considerar como un contrato formal.(178).

El Código Civil prescribe "que la falta de forma establecida por la ley, si no se trata de actos solemnes produce la nulidad relativa del mismo." (art.2228). No tiene el rango de solemnidad, la forma escrita del fideicomiso y de conformidad con los principios de derecho común, su inobservancia produce la nulidad relativa del acto, por lo cual es susceptible de confirmación: "La nulidad de un acto jurídico por falta de forma establecida por la ley se extingue por la confirmación de ese acto hecho en la forma omitida."(art.2231).

"Cuando la falta de forma produzca nulidad del acto, si la voluntad de las partes ha quedado constante de una manera indubitable y no se trata de un acto revocable, cualquiera de los interesados puede exigir que el acto se otorgue en la forma prescrita por la ley." (art.2232).

Con referencia al fideicomiso testamentario, declara el Código Civil que "el testamento es nulo cuando se otorga en

(177) RODRIGUEZ AZUERO SERGIO. Contratos Bancario su Significación en America Latina 4a Edición Bogotá Colombia Biblioteca Feiban, 1990., p.664.

(178) BATIZA RODOLFO, op. cit., p.172.

contravención a las formas prescritas por la ley "(art.1491). a diferencia del fideicomiso otorgado por acto entre vivos, se trata de un caso de nulidad absoluta, o tal vez de inexistencia ya que el Código ordena la apertura de la herencia legítima cuando es nulo el testamento otorgado. (art.1599, FRAC). esta razón es porque no es susceptible de purgarse los vicios de un acto de última voluntad desaparecido su autor. (179).

(179) GOMEZ LARA CIPRIANO., op, cit., p.177.

G.- CLASIFICACION DEL FIDEICOMISO.

Puede afirmarse que las secciones fiduciarias de las Instituciones Bancarias, están posibilitadas para realizar por cuenta de sus clientes prácticamente toda clase de negocios lícitos y la modalidad que se vaya a emplear dependerá de las diferentes circunstancias que el constituyente tenga en cuenta en el momento de celebrar el acuerdo.

Podemos asegurar que en muchas ocasiones es posible constituir un simple encargo al fiduciario que esté sustentado en un contrato de mandato o genéricamente de gestión, haciendo énfasis en que este no llega ni a considerarse ni a constituirse como fideicomiso.(180). Con esto podemos decir que las instituciones fiduciarias dan servicios diversos a los fideicomisos con contratos que tengan relación con la administración, inversión o garantía.

Nos señala Rodolfo Batiza que la práctica bancaria originó la clasificación tripartita de inversión, administración y garantía, la cuál es de gran importancia por su influencia.(181).

No presentaremos una clasificación exhaustiva, por la complejidad y la extensa variedad que puede haber sobre los fideicomisos por esto presentaremos primero los fideicomisos más usuales:

- a) De Garantía.
- b) De Administración.
- c) De Inversión.
- d) Habitacional.
- e) Testamentario.
- f) Gubernamental.(182).

Podemos señalar que cualquier tipo de fideicomiso puede darse en administración, en inversión o en garantía, por lo menos una de estas tres formas viene formando parte de un fideicomiso, aunque pueden presentarse dos de ellas o las tres.

Aquí tenemos una de las diferencias fundamentales entre el fideicomiso mexicano y el trust. La diferencia estriba en que nuestra Ley sólo admite al "Fideicomiso expreso", en tanto que el derecho angloamericano reconoce el fideicomiso implícito.(183). Esta puede formar parte de la clasificación de los fideicomisos.

Otro tipo de fideicomiso es el fideicomiso condicional el cual está previsto en nuestra legislación manifestándose

(180) BATIZA RODOLFO, op, cit, p.169

(181) Ibid, op, cit., p.171.

(182) Ibid., pp.171,172.

(183) RODRIGUEZ AZUERO SERGIO, op, cit., pp.666,667.

como condición suspensiva, la podemos ubicar entre las causas de extinción del fideicomiso en el artículo (357. frac.III), que a la letra dice, "El fideicomiso se extingue:". 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." Y la condición resolutoria la localizamos en el mismo artículo en su frac. IV que señala "el Fideicomiso se extingue: por haberse cumplido la condición resolutoria a que haya quedado sujeto:"

Con respecto a los fideicomisos secretos, la Ley señala en su artículo. 359 frac. I. que "Quedan prohibidos: los fideicomisos secretos." y la frac.II. "Quedan prohibidos; aquellos en los cuales se conceda a diversas personas sucesivamente que deban sustituirse por muerte de la anterior, salvo el caso de que la sustitución se realice en favor de personas que estén vivas o concebidas ya, a la muerte del fideicomitente."

Es convencional cuando se señala para que se dé el cumplimiento del fideicomiso, aquel cuya ejecución depende de que acaezca o deje de acaecer un hecho futuro e incierto y el derecho del fideicomisario nace el día en que se cumple la condición o se extingue o puede extinguirse también el día en que deje de cumplirse. (184).

La condición puede ser positiva o negativa, causal, potestativa o mixta y suspensiva o resolutoria. Se puede considerar como temporal al fideicomiso que se constituye por tiempo indeterminado, es decir que dependerá su extensión del tiempo de la naturaleza del negocio encomendado al fiduciario. El fideicomiso vitalicio es aquel cuyo cumplimiento se debe prolongar mientras dure la vida del fideicomisario del fiduciario o del fideicomitente. El fideicomiso universal es el que comprende una porción de ellos. (185).

El fideicomiso de garantía,- Este tipo de fideicomiso se presenta cuando se de el supuesto en que el deudor transfiere bienes a la institución fiduciaria con el objeto de respaldar el cumplimiento de su obligación principal en favor de un tercero para que si se presentara el evento de que no cumpla oportunamente según lo convenido, la institución fiduciaria proceda a venderlos y a destinar su producto a la cancelación de deudas, por este aspecto presenta ventajas indudables en relación con las modalidades tradicionales de garantía, como la prenda y la hipoteca, con relación al acreedor este no tiene que someterse a los procedimientos judiciales que se enderecen a rematar los bienes, sino que en cumplimiento de

(184) BATIZA RODOLFO, op, cit., p.174

(185) Ibid., p.174.

la orden recibida de su cliente el Banco procede a venderlos o liquidarlos y a satisfacer y la obligación.

La intervención de una institución fiduciaria es una garantía para ambas partes por que utiliza un sistema ágil y expedito y asegura la obtención de las mejores condiciones de precio y pago para los bienes en su poder. (186).

"En el Amparo Directo 2618/74 Roberto Domínguez Martínez, fallado en 1975, la Corte estudió la constitucionalidad de los remates al martillo realizados por las Instituciones de Crédito en los fideicomisos de garantía, y resolvió que dichos remates sin la intervención del órgano jurisdiccional no están prohibidos por la ley sino autorizados por ella." (187).

Es importante señalar que cuando una institución bancaria da un crédito hipotecario para que se garantice por medio de un fideicomiso, necesariamente tiene que intervenir otra institución bancaria ajena a la operación, para que opere como fiduciaria, ya que no es posible que la misma institución dé el crédito, y al mismo tiempo lo garantice ella misma como institución fiduciaria pues sería en este caso al mismo tiempo fiduciaria y fideicomisaria y eso de acuerdo a nuestras leyes no es posible.

El clausulado del contrato, por lo general contiene disposiciones en el sentido de ser traslativo de dominio e irrevocable mientras la obligación que garantiza permanezca insoluta sea por suerte principal o accesoria legales; fija el plazo de vencimiento, la periodicidad en el pago de intereses su tasa, la de los intereses moratorios, los supuestos de vencimiento anticipado de la obligación, ya por que el deudor no cubra puntualmente un cierto número de pagos periódicos de intereses o los impuestos y cargas fiscales que gravan el inmueble; establece el trámite a seguir para la venta si la obligación no es cumplida al vencimiento detallando requisitos de publicaciones, deducciones al precio si la venta no se realiza en la fecha señalada. etc.

El fideicomiso de Administración.- "Por fideicomiso de administración se conoce aquel en que el fideicomitente entrega bienes inmuebles al fiduciario para que se encargue de la celebración de contratos de arrendamiento, del cobro de rentas, de la promoción de juicios de desahucio o lanzamiento, del pago de los diversos impuestos que gravan la propiedad raíz etc, todo ello en interés del beneficiario." (188).

En el fideicomiso de administración el fideicomitente transfiere sus bienes a la institución fiduciaria la cual le brinda no sólo la seguridad de ser una institución

(186) RODRIGUEZ AZUERO SERGIO, op, cit., p.665.

(187) Ibid., pp.665,666.

(188) GOMEZ LARA CIPRIANO, op, cit., pp. 177,178.

seria y especializada sino que está además sometida a rigurosos controles por parte del estado.(88).

El fideicomiso de Inversión.- En este fideicomiso independientemente de la simple administración y manejo de sus bienes, el fideicomitente busca destinarlos a ciertas actividades de las cuales pueda derivar rendimientos interesantes, el manejo por parte de la institución de comités de inversión pudiendo denominarlos también como Comité Técnico.

En estos fideicomisos caben todas las posibilidades imaginables en relación con la colocación de los recursos que puede darse desde aquella en la que se le señale al fiduciario una destinación específica e inevitable, hasta la más amplia en la cuál se deje a su absoluta discreción el manejo de los recursos recibidos. Por regla general a los bancos les interesa contar con algunas directrices respecto a la forma como deben emplearlos.

Se entiende que cuando el banco cumpla el encargo de acuerdo con las instrucciones, las vicisitudes de la inversión corren por cuenta del constituyente o en afectación al beneficiario siempre que no haya dolo o culpa del fiduciario, al que se le deduzca responsabilidad en el manejo de los bienes. Pero en principio no corresponde al fiduciario garantizar los resultados de sus gestiones, pudiendo concluir con esto que su obligación es fundamentalmente de medio y no de resultado.(89).

El fideicomiso Habitacional.- Este fideicomiso puede considerarse como una modalidad del fideicomiso de inversión, en el que a través de certificados de participación, al que se refieren los artículos 228a al 228v de la Ley General de Títulos y Operaciones de Crédito. El artículo 228 a bis, fue el que hizo surgir al común certificado de vivienda, que es este el instrumento por medio del cual, se han logrado realizar las ventas de muchos de los grandes conjuntos habitacionales.(90).

El fideicomiso Testamentario.- "Está regulado por el artículo 352 de la Ley General de Títulos y Operaciones de Crédito no debe confundirse con el fideicomiso que se constituye para evitar un juicio sucesorio o para sustraer determinados bienes del mismo. Mas bien, el fideicomiso testamentario implica que no nazca este sino hasta el fallecimiento del fideicomitente, por lo que será la sucesión testamentaria la que venga a constituir el fideicomiso propiamente dicho."(91).

(88) Véase p.176.

(89) RODRIGUEZ ARIAS, op.cit. p.176.

(90) JIMÉNEZ LARA CÉSAR, op.cit. p.176.

(91) HERNÁNDEZ DECELA, op.cit. p.176.

En los fideicomisos testamentarios se presenta la posibilidad de designar por esta vía al fiduciario para que a la muerte del causante, reciba todo o parte de sus bienes con el objeto de destinarlos a cumplir ciertas finalidades. (193).

En ocasiones en este tipo de fideicomisos, el albacea es quien presenta el fideicomiso testamentario una vez muerto el fideicomitente, para que alguna institución fiduciaria acepte y se comprometa a cumplir con la voluntad del testador o fideicomitente.

El fideicomiso gubernamental.- En los últimos años ha tenido variadas aplicaciones el fideicomiso gubernamental, aquí el fideicomitente es el Gobierno Federal o alguna de las entidades públicas a través de la Secretaría de Hacienda y Crédito Público y los fiduciarios son las Instituciones Nacionales de Crédito En los que fundamentalmente destacan el Banco de México, S.A. Nacional Financiera, S.A, y el Banco Nacional de Obras y Servicios Públicos. "Sus fines son los más variados y complejos, pueden consistir en administrar bienes, acciones o valores, en otorgar créditos o en cobrarlos, en destinar fondos propicios o de organismos internacionales para los más diversos fines, como son la planeación económica, la investigación o el impulso específico a determinado sector de la economía nacional. (194).

(193) PERALOA SANTILLAN DAVID, "Los Certificados de Participación en el Derecho Bancario" Banco Nacional de Obras y Servicio Público Mexicano. 26, de octubre de 1973, en la Ciudad de Monterrey M.L. Seminario Sobre Servicios Fiduciarios, Organizado por el Comité de Fiduciarios del Centro Bancario de Monterrey, A.C. op, cit., pp.25,26.

(194) Ibid., p.21.

CAPITULO CUARTO.

CERTIFICADOS DE PARTICIPACION.

A.- NATURALEZA JURIDICA DE LOS CERTIFICADOS DE PARTICIPACION.

Antes de hablar sobre la naturaleza jurídica de los certificados de participación, es oportuno explicar, que es un título de crédito, el cual es emitido por una institución fiduciaria y esta tiene como base la constitución de un fideicomiso irrevocable, en el que la emisora es la institución fiduciaria, y se representa en el certificado, el derecho a la parte alícuota de los frutos o rendimientos, de la propiedad, o de la titularidad, o del producto neto de la venta del patrimonio.(195).

"Los certificados de participación son títulos de crédito, no sólo por el reconocimiento expreso que de ellos hace la ley, sino porque se incorpora en dichos documentos, el derecho a la parte de ciertos bienes; constituyendo, el certificado, un símbolo abstracto del derecho literal en él consignado, y que confiere a sus poseedores autonomía respecto de los anteriores tenedores legales y están expedidos para circular."(196).

"Examinando la naturaleza jurídica del certificado de participación, se impone decir que siendo un título de crédito, tiene el carácter de cosa mercantil según el artículo 10. de la Ley General de Títulos y Operaciones de Crédito, y su emisión, expedición, endoso y demás operaciones que en él se consignan, son actos de comercio."(197).

Los títulos de crédito, son los documentos necesarios para ejercitar el derecho literal y autónomo que en ellos se consigna y están destinados a circular; por lo que resultan documentos constitutivos del derecho que confieren, ya que el derecho se incorpora al documento, y este es necesario para el ejercicio y transmisión de los derechos contenidos.

Este concepto de título de crédito, nos proporciona las características del mismo, o sea de incorporación, del derecho al documento, incorporación que llega al grado de que para ejercer el derecho, se necesita el documento; de legitimación, ya que se le atribuye al poseedor legal, la facultad de exigir del obligado el cumplimiento de la obligación; de extensión que es la que le conceden los términos puestos en el título; de autonomía entendiendo por tal, la situación de que es independiente el derecho que sucesivamente va adquiriendo sobre el título, cada tenedor legal, y cada uno de los signatarios del mismo, siendo una

(195) LEY GENERAL DE TITULOS Y OPERACIONES DE CREDITO. p.229

(196) Ibid., pp.230,231,232.

(197) PEVALOZA SANTILLAN DAVID., pp.26-27.

obligación independiente y diversa a la de los suscriptores y por último, su destino a la circulación, o sea, que la finalidad de su emisión es que pase de persona a persona otorgando a sus poseedores legales el derecho que lleva implícito. (198).

Con relación a los títulos de crédito podemos señalar, lo que nos presenta el artículo 18: "La transmisión del título de crédito implica el traspaso del derecho principal en él consignado, y a falta de estipulación en contrario la transmisión del derecho a los intereses caídos, así como las garantías y demás accesorios"(199).

Tomando en cuenta su forma de emisión, el certificado de participación es un título serial, ya que no se emite de manera singular, o en forma aislada, sino que siempre habrá de hacerse en grupo o en masa, tal como ocurre también en las acciones, con las obligaciones de sociedad anónima, con los bonos, con las cédulas hipotecarias, etc.

De acuerdo con el artículo 228 L de la L.G.T.O.C.: Los certificados serán nominativos, tendrán cupones y deberán emitirse por series, en denominaciones de cien pesos o de sus múltiplos.

Los certificados darán a sus tenedores, dentro de cada serie, iguales derechos.

Cualquier tenedor podrá pedir la nulidad de la emisión hecha en contra de lo dispuesto en este párrafo.

Por los efectos de la causa sobre la vida del título causal concreto, toda vez que independientemente del número de veces que él sea negociado, nunca llega a desvincularse de la causa que le dio origen como es el acto de emisión respectivo. Tan es así, que siempre ocurre íntimamente entre los datos consignados en el y su correspondiente acta de emisión, deberá estarse a lo dispuesto en esta.

Según su sustantividad, el certificado de participación es un título principal, siendo su accesorio, el cupón, sobre el particular, debo apuntar que es factible que el certificado sea nominativo, con cupones al portador.

En atención a que los bienes fideicomitidos materia de la emisión sean muebles o inmuebles, los certificados de participación serán designados ordinarios o inmobiliarios respectivamente: pero en cualesquiera de los dos casos se les considerará como bienes muebles.

"Los certificados podrán ser amortizables o no serlo. Si son amortizables, darán a sus tenedores, además del derecho a una parte alicuota de los frutos o rendimientos

(198) Ibid., pp.27,28.

(199) Ibid., pp.28,29.

correspondientes, el del reembolso del valor nominal de los títulos. Si por el contrario son no amortizables, la sociedad emisora no estará obligada a reembolsar el valor nominal de los títulos, en ningún tiempo..."(200).

"Cuando la sociedad emisora esté autorizada para practicar también operaciones financieras, sin obligar a su departamento fiduciario podrá garantizar a los tenedores de los certificados que emita, un mínimo de rendimiento.

Para fijar el monto nominal de una emisión de certificados de participación, deberá estarse al dictamen, que formule, previo peritaje que se practique de los bienes fideicomitidos materia de esa emisión, la Nacional Financiera, S.A. o el Banco Nacional de Obras y Servicios Públicos, S.A. Según se trate de bienes muebles o inmuebles respectivamente.

Una y otra institución de crédito, al formular su dictamen y fijar el monto nominal de una emisión, deberán tomar como base el valor comercial de los bienes y, si se tratare de certificados amortizables tendrán que estimar un margen prudente de seguridad para proteger la inversión de los tenedores correspondientes..."(201).

Una vez que se logró cumplir el anterior requisito, la emisión de certificados deberá hacerse previa declaración unilateral de voluntad de la misma sociedad fiduciaria emisora en la que se expresará en escritura pública y en ésta deberán constar en forma obligatoria, los elementos que se enumeran en el artículo 228-m de la Ley General de Títulos y Operaciones de Crédito. Y una vez realizada la inserción de esos datos en el instrumento público de referencia, se protegen los intereses de los posibles adquirentes y además se previenen dificultades que pudieran presentarse en el futuro. En caso de que existiera discrepancia entre los certificados y el acta de emisión deberá estarse siempre a lo que se establezca en ésta. En este aspecto la ley es tan rígida que determina que los avisos de propaganda en los cuales se ofrezca la venta de los certificados deberán contener los datos antes referidos y en caso de no hacerlo así quedarán solidariamente sujetos a cubrir daños y perjuicios, a quienes o a quien se les pudiera imputar la violación.

Los elementos necesarios que se deben incorporar al título para poder identificarlo por su procedencia, su valor, forma de pago y los demás elementos que lo caracterizan, son los datos que deberán contener los certificados de participación y estos son obligatorios pudiendo determinarlos en el artículo 228-n de la disposición respectivamente.

(200) *Ibid.*, pp.29,30.

(201) *Ibid.*, p.26.

La Comisión Nacional Bancaria y de Seguros deberá aprobar los términos y las condiciones de las emisiones de certificados de participación así como los textos de las actas de emisión, de los certificados mismos y cualquier modificación de ellos. Pero para lograr el otorgamiento de la emisión o de modificación deberá estar siempre un representante de dicho organismo.

Para salvaguardar los derechos de los tenedores y para regular los órganos representativos de estos últimos, operan las mismas reglas para los obligacionistas."

"Los órganos por cuyo conducto pueden ejercer los tenedores sus derechos son: el representante común y la Asamblea General..." (203).

"Son aplicables al representante común los artículos 216 y 226 de la L.G.T.O.C. Los cuales se refieren al representante común de los obligacionistas y además de estos a las reglas específicas siguientes:

El cargo de representante común es personal y será desempeñado por el individuo designado al efecto o por los representantes ordinarios de la institución de crédito, o de la sociedad financiera o fiduciaria que sean nombradas para el caso.

El representante común, podrá otorgar poderes judiciales; operará como mandatario de los tenedores, con las siguientes obligaciones y facultades, además de las que expresamente consigne el acta de emisión:

- a).- Verificar los términos del acto constitutivo del fideicomiso base de la emisión.
- b).- Comprobar la existencia de los derechos o bienes dados en fideicomiso, y en su caso, que las construcciones y los bienes inmovilizados incluidos en el fideicomiso estén asegurados, mientras la emisión no se amortice totalmente.
- c).- Recibir y conservar los fondos relativos como depositario y aplicarlos al pago de los bienes adquiridos o de su construcción en los términos que señale el acta de emisión, cuando el importe de la misma o una parte de ella, deban ser destinados a la adquisición o a la construcción de bienes.
- d).- Autorizar con su firma los certificados que se emitan.
- e).- Ejercer todas las acciones o los derechos que al conjunto de tenedores de certificados correspondan por el pago de los intereses o del capital debidos o por virtud de las garantías señaladas para la emisión, así como los que requiera el desempeño de las funciones y deberes inherentes a su cargo y ejecutar los actos conservatorios de esos derechos y acciones.

- f).- Asistir a los sorteos, en su caso.
 g).- Convocar y presidir la asamblea general de tenedores de certificados y ejecutar sus decisiones.
 h).- Recabar de los funcionarios de la institución fiduciaria emisora, todos los informes y datos que se necesiten para el ejercicio de sus atribuciones inclusive los relativos a la situación financiera del fideicomiso base de la emisión..."(203).

A la Asamblea General de tenedores se le aplican los artículos 219; Para que la asamblea de obligacionista se considere legalmente instalada, en virtud de primera convocatoria, deberán estar representadas en ella, por lo menos, la mitad más una de las obligaciones en circulación, y sus decisiones serán válidas, salvo los casos previstos en el artículo siguiente, cuando sean aprobadas por mayoría de votos. En caso de que una asamblea se reúna en virtud de segunda convocatoria, se considerará instalada legalmente, cualquiera que sea el número de obligaciones que estén en ella representadas. 220; Se requerirá que esté representado en la asamblea el 75%, cuando menos, de las obligaciones en circulación y que las decisiones sean aprobadas por la mitad más uno, por lo menos, de los votos computables en la asamblea:

I. Cuando se trate de designar representante común de los obligacionista;

II. Cuando se trate de revocar la designación de representante común de los obligacionistas;

III. Cuando se trate de consentir u otorgar prórrogas o esperas a la sociedad emisora o de introducir cualesquiera otras modificaciones en el acta de la emisión.

Si la asamblea se reúne en virtud de segunda convocatoria, sus decisiones serán válidas cualquiera que sea el número de obligaciones en ella representadas.

Es nulo todo pacto que establezca requisitos de asistencia o de mayoría inferiores a los que señalan este artículo y el anterior.

y 221; Para concurrir a las asambleas, los obligacionistas deberán depositar sus títulos, o certificados de depósito expedidos respecto a ellos por una institución de crédito, en el lugar que se designe en la convocatoria de la asamblea, el día anterior, por lo menos, a la fecha en que ésta deba celebrarse. Los obligacionistas podrán hacerse representar en la asamblea por apoderado acreditado con simple carta poder.

A la asamblea de obligacionista podrán asistir los administradores debidamente acreditados de la sociedad emisora.

En ningún caso podran ser representadas en la asamblea las obligaciones que no hayan sido puestas en circulación de acuerdo con el artículo 215, ni las que la sociedad emisora haya adquirido.

De la asamblea se levantará acta suscrita por quiénes hayan fungido en la sesión como presidente y secretario. Al acta se agregará la lista de asistencia, firmada por los concurrentes y por los escrutadores. Las actas, así como los títulos, libros de contabilidad y demás datos y documentos que se refieran a la emisión y a la actuación de las asambleas o del representante común, será conservadas por éste y podrán, en todo tiempo, ser consultadas por los obligacionistas, los cuales tendrán derecho a que, a sus expensas, el representante común les expida copias certificadas de los documentos dichos.

La asamblea será presidida por el representante común o en su defecto, por el juez, en el caso del artículo 218, y en ella los obligacionistas tendrán derecho a tantos votos como les correspondan, en virtud de las obligaciones que posean, computándose un voto por cada obligación de las de menor denominación emitidas.

En lo no previsto por esta ley, o por el acta de emisión, será aplicable a la asamblea general de obligacionistas lo dispuesto por el Código de Comercio, respecto a las asambleas de accionistas de las sociedades anónimas. Esta rige a la Asamblea General de Obligacionista y se remite al artículo 228-s de la misma ley, la cual dispone además que la asamblea general de tenedores y certificados de participación deberá representar al conjunto de estos, y sus decisiones deberán ser tomadas en los términos de la ley de acuerdo con las estipulaciones relativas con el acto de emisión, las cuales serán válidas para todos los tenedores y aún para los ausentes o disidentes.

Las acciones para cobrar los cupones de los certificados prescriben en tres años a partir de su vencimiento, y en cambio las acciones para el cobro de los certificados amortizables, prescribirán en 5 años que se computarán a partir de la fecha en que venzan los plazos estipulados para hacer la amortización o de la fecha en que se publique en el Diario Oficial de la Federación y en un periódico de los de mayor circulación del domicilio de la sociedad emisora, la lista de los certificados de participación que llegaran a resultar sorteados, en el supuesto de que se hubiere estipulado en el acta de la emisión que los certificados serán reembolsados por sorteo.

Podemos agregar que con respecto de los certificados de participación inmobiliaria no amortizables revisten una gran importancia en nuestro medio para la adquisición de viviendas de interés social y de precio medio.

B.- EL CERTIFICADO DE PARTICIPACION COMO TITULO DE CREDITO.

Comenzaremos hablando sobre títulos de crédito, como ya se ha mencionado con anterioridad basándonos en la Ley General Títulos y Operaciones de Crédito en su artículo; lo., nos explica que los títulos de crédito son cosas mercantiles, por lo tanto también todas las operaciones que se consignan en los títulos de crédito son actos de comercio e inclusive los derechos y obligaciones que se deriven de actos o contratos en los cuales se dé lugar a la emisión o transmisión de títulos de crédito. Aquí, podemos considerar a la emisión de los certificados de participación como un acto de comercio.

El certificado de participación como título de crédito podrá emitirse, expedirse, endosarse, avalarse o aceptarse por considerarse como un título de crédito y por tanto también estará comprendido dentro del artículo 2o.

Este artículo nos explica que los actos y operaciones mercantiles se regirán por lo dispuesto en esta ley, en las demás leyes especiales relativas; en su defecto, por la legislación mercantil general; en su defecto por los usos bancarios y mercantiles y, en su defecto de estos por el derecho común, declarándose aplicables en toda la República, para los fines de esta ley, el Código Civil del Distrito Federal.

Nuestro derecho considera al certificado de participación como un título de crédito emitido por una institución autorizada para constituir fideicomisos sobre valores, derechos o bienes de cualquier clase, afectos en fideicomiso irrevocable para ese propósito; y representa el derecho de su tenedor a una parte alicuota de los propios valores, derechos o bienes materia de la emisión de sus frutos o rendimientos, o del valor neto que resulte de su venta.

"El tenedor de un certificado de participación, adquiere con la tenencia y transmite con la negociación de tal título, el derecho para alcanzar el aprovechamiento directo de los bienes, derechos o valores que correspondan, para obtener la porción respectiva al realizarse el suceso condicionante de la adjudicación o venta de los aludidos bienes, derechos o valores..."(14).

Nos indica el artículo 9o. con respecto a la representación, para poder otorgar o suscribir títulos de crédito:

En su fracción primera que puede ser mediante un poder debidamente inscrito en el Registro de Comercio. En

(14) Ibid. pp. 113.

este caso, este tipo de representación se entendera conferida respecto de cualquier persona.

Esta representación no tendrá más limites que los que expresamente le haya fijado el representado en el instrumento o declaración respectivos.

el representante puede representar al representado frente a cualquier persona.

Para poder darle mayor sentido a esta explicación la representación para otorgar o suscribir títulos de crédito es el poder que se le da al representante para que suscriba uno o más títulos de crédito obligando a que responda por el título emitido.

Relacionando esto en forma adecuada, explicaremos para realizar la emisión se necesita inscribir debidamente en el Registro de Comercio, un poder para que tenga valor el certificado emitido por la institución fiduciaria representada por el delegado fiduciario. Por lo tanto el delegado fiduciario es el representante y la institución fiduciaria es la representada.

La institución fiduciaria tendrá el poder para utilizar si es necesario el patrimonio como base para responder de los certificados de participación, el cuál fue afectado en fideicomiso para tal fin, el artículo 7o, nos señala que "Los títulos de crédito dados en pago se presumen salvo buen cobro", se quiere decir con esto que no se considera que se cumplió con la obligación de pago si este título de crédito no es cobrable.

"El artículo 17 señala que "El tenedor de un título tiene la obligación de exhibirlo para ejercitar el derecho que en él se consigna. Cuando sea pagado debe restituirlo, si es pagado sólo parcialmente o en accesorio debe hacer mención del pago en el título. En los casos previstos de robo, extravío, destrucción o deterioro grave, se estará a lo dispuesto por esta ley." El artículo 18 nos indica que "La transmisión del título de crédito implica el traspaso del derecho principal en él consignado y a falta de estipulación en contrario la transmisión del derecho a los intereses caídos, así como las garantías y demás derechos accesorios."

Siendo los certificados de participación títulos de crédito, presentaremos las excepciones que pueden haber contra las acciones derivadas de un título de crédito las cuales aparecen en el artículo 8o.:

- I. Las de incompetencia y de falta de personalidad en el actor.
- II. Las que se funden en el hecho de no haber sido el demandado quien firmó el documento.

- III. La de falta de representación, de poder bastante o de facultades legales en quien suscribió el título a nombre del demandado, salvo lo dispuesto en el artículo 11;
- IV. La de haber sido incapaz el demandado al suscribir el título.
- V. Las fundadas en la omisión de los requisitos y menciones que el título o el acto en él consignado deben llenar o contener, y la ley no presuma expresamente o que no se haya satisfecho dentro del término que señala el artículo 15;
- VI. La de alteración del texto del documento o de los demás actos que en él consten, sin perjuicio de lo dispuesto en el artículo 13;
- VII. Las que se funden en el título no negociable;
- VIII. Las que se funden en la quita o pago parcial que consten de la letra en el caso del artículo 132.
- IX. Las que se funden en la cancelación del título, o en la suspensión de su pago ordenada judicialmente, en el caso de la fracción II del artículo 45;
- X. Las de prescripción y caducidad y las que se basen en la falta de las demás condiciones necesarias para el ejercicio de la acción.
- XI. Las personales que tenga el demandado contra el actor.

Se consideran a los certificados de participación como títulos nominativos y el artículo 23 nos indica que "son títulos nominativos los expedidos a favor de persona cuyo nombre se consigna en el texto mismo del documento.

En el caso de títulos nominativos que llevan adheridos cupones, se considerará que son cupones nominativos, cuando los mismos estén identificados y vinculados por su número, serie y demás datos con el título correspondiente.

Únicamente el legítimo propietario del título nominativo o su representante legal podrán ejercer, contra la entrega de los cupones correspondientes, los derechos patrimoniales que otorgue el título al cual están adheridos.

Cuando por expresarlo el título mismo o prevenirlo deba ser inscrito en un registro del emisor, este no estará obligado a reconocer como tenedor legítimo sino a quien figure como tal a la vez en el documento y en el registro.

"Cuando sea necesario el registro, ningún acto u operación referente al crédito surtirá efectos contra el emisor, o contra los terceros, si no se inscribe en el registro y en el título..." (205).

Para emitir certificados de participación será necesario que se lleve el registro solamente si se establece que así deba hacerse.

C.- CLASIFICACION DE LOS CERTIFICADOS DE PARTICIPACION.

Presentaremos la clasificación de los certificados de participación desde varios puntos de vista.

A. Desde el punto de vista de los derechos que confieren al tenedor:

- a. Certificados de participación de productos;
- b. Certificados de participación de propiedad;
- c. Certificados de participación de liquidación de quiebra o de acreedores;
- d. Certificados de participación inamortizable o ireembolsable.

B. Desde el punto de vista de la naturaleza de los bienes fideicomitidos para el efecto de la emisión:

- a. Certificados de participación ordinarios;
- b. Certificados de participación inmobiliarios.

C. Desde el punto de vista de la ley de su circulación:

- a. Certificados de participación nominativos;
- b. Certificados de participación al portador;
- c. Certificados de participación nominativos con cupones al portador;
- d. Certificados de participación de circulación restringida.

A continuación presentaremos el desarrollo de estos puntos;

A. Los certificados de participación desde el punto de vista de los derechos que le confieren al título se dividen en:

a) Certificados de participación de productos; Corresponde el derecho a una alicuota parte de los frutos, ordenamientos de valores, derechos o bienes de cualquier clase que tenga en fideicomiso irrevocable para ese propósito la sociedad fiduciaria que los emite (artículo 228 inciso a de la L.G.T.O.C.).

b) Certificados de participación de propiedad que dan una alicuota parte del derecho de propiedad o a la titularidad de esos bienes, derechos o valores (228 a inciso b mismo ordenamiento.)

c) Certificados de participación de liquidación de quiebra o de acreedores, que dan el derecho a una alicuota parte del producto neto que resulte de la venta de dichos bienes, derechos o valores. (art. 228a inciso c).

d) Certificados de participación de aprovechamiento que da derecho al aprovechamiento directo del patrimonio

fideicomitido pudiendo entrar en esta clasificación los certificados de vivienda los cuales son títulos que representan el derecho, por medio del pago total de las cuotas estipuladas, que se transmita la propiedad de una vivienda, gozando así entre tanto del aprovechamiento directo del inmueble, y en caso de incumplimiento o abandono, a recuperar una parte de dichas cuotas de acuerdo con los valores de rescate que se lleguen a fijar.

e) Certificados de participación de garantía mínima que dan un derecho a un mínimo garantizado de rendimiento en el artículo 228n. La ley en su fracción VI, determina "El certificado de participación deberá contener. En su caso, el mínimo de rendimiento garantizado.

f) Certificados de participación amortizables o reembolsables. El artículo 228j, nos señala que "los certificados amortizables darán a sus tenedores, además del derecho a una parte alicuota de los frutos o rendimientos correspondientes, el del reembolso del valor nominal de los títulos. En caso de que la sociedad fiduciaria emisora no hiciera el pago del valor nominal de los derechos a que se refieren los incisos b) y c) y el párrafo final del artículo 228a.

g) Certificados de participación inamortizables o no reembolsables. En su artículo 228 k, la ley nos señala que "tratándose de certificados de participación no amortizables, la sociedad emisora no está obligada a hacer pago del valor nominal de ellos a sus tenedores en ningún tiempo. Al extinguirse el fideicomiso base de la emisión, y de acuerdo con las resoluciones de la asamblea general de tenedores de certificados, la sociedad emisora procederá a hacer la adjudicación y venta de los bienes fideicomitados, y la distribución del producto neto de la misma en los términos del artículo 228a.

B. Desde el punto de vista de los bienes fideicomitados para el efecto de la emisión son:

a. Certificados de participación ordinarios, siempre que los bienes fideicomitados materia de la emisión sean muebles podrán considerarse como certificados de participación ordinarios.

b. Certificado de participación inmobiliarios;
Cuando los bienes materia de la emisión de los certificados sean inmuebles son certificados de participación inmobiliarios y "tratándose de certificados de participación inmobiliarios la sociedad emisora podrá establecer en beneficio de los tenedores derechos al aprovechamiento directo del beneficio del inmueble fideicomitado, cuya

extensión, alcance y modalidades se determinan en el acta de la emisión correspondiente." (art. 228e.)... (17).

C. Desde el punto de vista de su circulación;

a) Certificados de participación nominativos. Estos son los redactados a favor de una determinada persona, los cuales se transmiten mediante anotación en su texto en un registro especial del deudor.

b) Los certificados al portador es el tipo de certificado que no es expedido a favor de determinada persona y estos se transmiten por simple entrega.

c) Desde el punto de vista de su circulación; Certificados de participación nominativos. En el art. 228 L se expresa que los certificados serán nominativos, tendrán cupones y deberán emitirse por series en denominaciones de cien pesos o de sus múltiplos, los certificados darán a sus tenedores, dentro de cada serie, iguales derechos. Cualquier tenedor podrá pedir la nulidad de la emisión hecha en contra de lo dispuesto en éste párrafo.

d) Certificados de participación de circulación restringida. A este tipo de certificados no se les permite su circulación para que funjan como garantía y en dado caso serán los últimos en venderse.

Los títulos de crédito pueden ser: crediticios jurídicos obligaciones. Cuando el contenido patrimonial de derecho que está incorporado es un crédito el cual permite obtener alguna prestación en dinero.

Son los títulos de crédito representativos de mercancías (jurídicos reales), estos son cuando se incorpora un derecho real, el cual puede ser de propiedad o garantía, este último caso podría ser el de los certificados de depósito y bonos de prenda expedidos por los almacenes generales de depósito, y títulos de participación (jurídicos personales), los cuales son cuando incorporan, como es la de socios o de socios o de obligacionista. (207).

(206) HERNANDEZ OCTAVIO A. Derecho Mexicano II. Mexico 1956. Ediciones de la Asociación Mexicana de Investigaciones Administrativas., pp.353.354.

(207) Ibid., p.356.

D.- EL FIDEICOMISO COMO MEDIO PARA LA EMISION DE CERTIFICADOS DE PARTICIPACION.

Al referirse nuestra legislación específicamente a los certificados de participación, expresamente señala que para poder emitirlos es necesario que existan en fideicomiso irrevocable, valores, derechos o bienes de cualquier clase, y respecto de los cuales, dichos títulos representan el derecho de una parte alicuota de la propiedad de los mismos: o bien una parte alicuota del producto neto que resulte de su venta y por otro lado la legislación establece que sólo las instituciones autorizadas para practicar operaciones fiduciarias, podrán emitir certificados de participación.(208).

Las instituciones fiduciarias podrán emitir certificados de participación los cuales hacen constar la participación de los distintos copropietarios en bienes, títulos o valores que se encuentre en poder de la misma institución. También pueden hacer constar la participación de acreedores en liquidaciones interviniendo aquí la institución fiduciaria en el carácter irrevocable de liquidador o síndico.(209).

El art. 228c. de la L.G.T.O.C., Nos explica que para los efectos de la emisión de certificados de participación podrán constituirse fideicomisos sobre toda clase de empresas e industrias consideradas como unidades económicas.

La institución fiduciaria cuando interviene en un fideicomiso, el cual sirva como medio para emitir certificados de participación será denominada como sociedad emisora, esto de conformidad con el art. 228f: "previo el consentimiento y aprobación del representante común de los tenedores, en su caso, podrá concertar y obtener préstamos para el mejoramiento e incremento de los bienes inmuebles de la emisión, emitiendo por este concepto certificados fiduciarios de adeudo.

Los certificados fiduciarios de adeudo serán títulos de crédito contra el fideicomiso correspondiente. Serán preferentes en su pago a los certificados de participación de dicho fideicomiso."(210).

Existen certificados de participación que tienen rendimientos y al respecto el art. 228g, determina que "cuando la sociedad emisora esté autorizada para practicar también operaciones financieras en los términos de la ley respectiva, podrá garantizar a los tenedores de los certificados que emita un mínimo de rendimientos; esta

(206) LEY GENERAL DE TITULOS Y OPERACIONES DE CREDITO op. cit. p 294.

(209) loc. cit.

(210) loc. cit.

garantía será otorgada sin obligar al departamento fiduciario de la institución."

El art. 228h, nos explica la forma en la que debe determinarse el valor que pueden tener los certificados de participación al señalar que "el monto total nominal de una emisión de certificados de participación será fijado mediante dictamen que formulen, previo peritaje que practiquen de los bienes fideicomitidos materia de esa emisión. La Nacional Financiera, S.A., o el Banco Hipotecario y de Obras Públicas, S.A., respectivamente, según se trate de bienes muebles o inmuebles."

La Nacional Financiera o el Banco Nacional Hipotecario Urbano y de Obras Públicas, al formular su dictamen y fijar el monto total nominal de la emisión, tomarán como base el valor comercial de los bienes, y si se tratara sobre este un margen prudente de seguridad para la inversión de los tenedores correspondientes. El dictamen que se formule por dichas instituciones será definitivo."(211).

Expondremos con el artículo 228m, los requisitos necesarios que debe tener la emisión de certificados de participación: "La emisión se hará previa declaración unilateral de voluntad de las sociedad emisora expresada en escritura pública, en la que se harán constar:

- I. La denominación, el objeto y el domicilio de la sociedad emisora.
- II. Una relación del acto constitutivo de fideicomiso base de la emisión.
- III. Una descripción suficiente de los derechos o cosas materia de la emisión.
- IV. El dictamen pericial a que se refiere el artículo 228h.
- V. El importe de la emisión, con especificación del número y el valor de los certificados que se estimarán, y de la series subseries, si las hubiere.
- VI. La naturaleza de los títulos y los derechos que ellos conferirán.
- VII. La denominación de los títulos.
- VIII: En su caso, el mínimo de rendimiento garantizado.
- IX. El término señalado para el pago de productos o rendimientos, y si los certificados fueren amortizables, los plazos, condiciones y forma de amortización.
- X. Los datos de registro que sean procedentes para la identificación de los bienes materia de la emisión y de los antecedentes de la misma.
- XI. La designación de representante común de los tenedores de certificados y la aceptación de este, con su declaración:

a) De haber verificado la constitución del fideicomiso materia de la emisión.

(211) Loc, cit.

b) De haber comprobado la existencia de los bienes fideicomitidos y la autenticidad del peritaje practicado sobre los mismos de acuerdo con el art. 228h.

En caso de que los certificados se ofrezcan en venta los datos anteriores. Por violación de lo dispuesto en este párrafo quedarán solidariamente sujetos a daños y perjuicios aquellos a quienes la violación sea imputable..."(212).

Para que esté completo el certificado de participación nos señala el artículo 228n: El certificado de participación deberá contener:

- I. Nombre nacionalidad y domicilio del titular del certificado.
- II. La mención de ser " Certificado de participación" y la expresión de si es ordinario o inmobiliario.
- III. La designación de la sociedad emisora y la firma autógrafa del funcionario de la misma, autorizado para suscribir la emisión correspondiente.
- IV. La fecha de expedición del título.
- V. El importe de la emisión, con especificación del número y del valor nominal de los certificados que se emitan.
- VI. En su caso, el mínimo de rendimiento garantizado.
- VII. El término señalado para el pago de productos o rendimientos y del capital y los plazos, condición y forma en que los certificados han de ser amortizados.
- VIII: El lugar y modo de pago.
- IX. La especificación, en su caso, de garantías especiales que se constituyan para la emisión, con expresión de las inscripciones relativas en el registro público.
- X. El lugar y la fecha del acta de emisión, con especificación de la fecha y número de la inscripción relativa en el registro de comercio.

Nos dice el artículo 228, que los términos y condiciones de las emisiones de certificados deberán ser aprobados por la Comisión Nacional Bancaria, así como los textos de las actas de emisión y de los certificados y cualquier modificación de ellos además, en el otorgamiento de un acta de emisión o de modificación deberá concurrir un representante de la Comisión Nacional Bancaria.

Y el artículo 228p, dice "cuando en el acta de emisión se haya estipulado que los certificados serán reembolsado por sorteos, se seguirá el procedimiento que establece el artículo 222 de esta ley.

"Art. 228r. El representante común de certificados obrará como mandatario de estos, con las siguientes obligaciones y facultades, además de las que expresamente se consignan en el acta de emisión:

(212) Loc, cit.

- I. Verificar los términos del acto constitutivo del fideicomiso base de la emisión.
- II. Comprobar la existencia de los derechos o bienes dados en fideicomiso y en su caso, que las construcciones y los bienes inmovilizado incluidos en el fideicomiso estén asegurados, mientras la emisión no se amortice totalmente por su valor o por el importe de los certificados en circulación, cuando este sea menor que aquel.
- III. Recibir y conservar los fondos relativos como depositario y aplicarlos al pago de los bienes adquiridos o de su construcción en los términos que señale el acta de emisión, cuando el importe de la misma o una parte de él deban ser destinados a la adquisición o construcción de bienes.
- IV. Autorizar con su firma los certificados que se emitan.
- V. Ejercer todas las acciones o derechos que al conjunto de tenedores de certificados correspondan por el pago de intereses o del capital debidos o por virtud de las garantías señaladas para la emisión, así como a los que este artículo se refiere, y ejecutar los actos conservatorios de esos derechos y acciones.
- VI. Asistir a los sorteos en su caso.
- VII. Convocar y presidir la Asamblea General de tenedores de certificados y ejecutar sus decisiones.
- VIII. Recabar los informes y datos que se necesiten para el ejercicio de sus atribuciones, inclusive los relativos a la situación financiera del fideicomiso base de la emisión

El artículo 228s, señala que la Asamblea General de tenedores de certificados de participación presentará el conjunto de estos y sus decisiones, tomadas en los términos de esta ley y de acuerdo con las estipulaciones relativas del acta de emisión, serán válidas respecto de todos los tenedores, aún de los ausentes o disidentes.

El artículo 228t, señala que "para presentar al conjunto de certificados de los tenedores de certificados se designará no ser tenedor de certificados. El cargo de representante común es personal y será desempeñado por el individuo designado al efecto o por los representantes ordinarios de la institución de crédito o de la sociedad financiera o fiduciaria que sean nombrados para el cargo. El representante común podrá otorgar poderes judiciales.

Son aplicables al representante común de los tenedores de certificados, en lo conducente, las disposiciones de los artículos 216 y 226 en la ley."

En el artículo 228t, se señala que el fideicomiso base de la emisión no se extinguirá mientras haya saldos insolutos por concepto de créditos a cargo de la masa fiduciaria, de certificados de participación en los frutos o rendimientos.

Artículo 228v. Las acciones para el cobro de los cupones de los certificados prescribirán en tres años a partir del vencimiento. Las acciones para el cobro de los certificados

amortizables prescribirán en cinco años a partir de la fecha en que venzan los plazos estipulados para hacer la amortización o en caso de sorteos, a partir de la fecha en que se publique la lista a que se refiere el artículo 222.

La prescripción de las acciones para el cobro en efectivo o adjudicación, tratándose de certificados no amortizables, se regirá al correr el término correspondiente en la fecha que señale la asamblea general de tenedores que conozca de la terminación del fideicomiso correspondiente. La prescripción operará, en todos los casos, en favor del patrimonio de la Secretaría de Salubridad y Asistencia... (213).

La representación de los certificados de participación; Sabemos que la representación para otorgar o suscribir títulos de crédito, es el poder que se le da al representante para que suscriba uno o más títulos de crédito, obligando al representado a que responda por los títulos emitidos, y que inscriba uno o más títulos de créditos, y para otorgar esta representación es indispensable que el mandato se inscriba debidamente en el registro público de comercio, y la representación de las instituciones fiduciarias, corresponde exclusivamente a los delegados fiduciarios, en los términos de ley.

La peculiaridad de los certificados de participación; Los certificados de participación, se consolidan con una firme estructura, ya que están respaldados en forma segura, con un patrimonio afectado en fideicomiso, del cual se hace un avalúo calculando su valor comercial para emitir estos, los cuales serán en masa, seriados, y se establecerán los mismos derechos para cada serie.

Los certificados tienen muy similares efectos a los que producen las acciones de las sociedades anónimas, estos títulos de crédito son tan versátiles, que podrían utilizarse para obtener diversos fines, pudiéndose adaptar a muchos tipos de negocios siempre y cuando se respeten sus limitaciones considerándolos como títulos de crédito.

Al entender a los certificados de participación como títulos de crédito, y observando que el certificado representa el derecho a la parte alicuota, de los frutos o rendimientos de la propiedad o titularidad o del producto neto de la venta del patrimonio, debemos considerar que los títulos de crédito son documentos constitutivos del derecho que confieren, ya que se podrán ejercitar los derechos literales y autónomos consignados.

(213): BEYER ESPARZA, JORGE E., op. cit., p.224.

E.- PRESENTACION DE UN CASO ESPECIFICO DE EMISION DE CERTIFICADOS DE PARTICIPACION CON BASE EN UN CONTRATO DE FIDEICOMISO IRREVOCABLE DE ADMINISTRACION Y GARANTIA.

Como antecedente señalaré que de conformidad con la Ley de Vías Generales de Comunicación, en su artículo 149, se desprende que para efectos de tránsito, las calles, avenidas y calzadas por donde pasan los caminos que atraviesan las poblaciones, se considera parte de las vías generales de comunicación.

Al Gobierno Federal le motivó llevar a cabo la planeación del programa de carreteras, por la necesidad que se tiene de atender los problemas urbanos de los municipios de la república y de integrar esas calles, avenidas y calzadas al sistema carretero nacional, para tener un conjunto homogéneo que lleve los beneficios de la comunicación al interior mismo de las ciudades y que gracias a esto se agilice el transporte de personas y de mercancías.

El caso práctico que presentaremos está en íntima relación con lo antes expuesto, ya que para la creación de este contrato fue necesario crear un fideicomiso con el fin de construir una carretera. Todo esto fue originado por crearse la concesión que el gobierno federal otorga por conducto de la Secretaría de Comunicaciones y Transportes, de conformidad con su programa de trabajo, ya que es urgente incrementar la capacidad de la red a un ritmo acelerado para lograr una infraestructura que corresponda a las acciones tendientes a la modernización del país con el fin de lograr su desarrollo socio-económico y cultural.

El programa que elaboró el Gobierno Federal, de carreteras de cuota, establece prioridades para la ejecución de vías de comunicación, es de vital importancia para el desarrollo del país por, esto existe la conveniencia de que la iniciativa privada participe en el financiamiento, construcción, explotación y conservación de carreteras de altas especificaciones.

A efecto de considerar la construcción, explotación y conservación del tramo de la carretera, el Gobierno Federal, a través de la Secretaría ha convocado a su licitación pública, resultado de la cual la concesionaria propuso la mejor postura.

De aquí nace el caso práctico que a continuación se expone;

Es un contrato irrevocable de administración y garantía que celebran por una parte PROMOTORA DE AUTOPISTA DEL MEDITERRANEO, S.A. DE C.V. representada por Banco del Atlántico.

La concesionaria ha constituido una garantía de N.\$16,000,000.00/MN. (Diez y seis millones de nuevos pesos moneda nacional.), y cuyo mecanismo se fijó en el pliego general del concurso, que estará vigente por todo el plazo de la concesión que se otorga.

CONCESION.

El presente título de concesión se otorga a Promotora de Autopistas del Mediterráneo, S.A. de C.V. por un término de 9 años 3 meses, a efecto de que construya explote y conserve el tramo de carretera con una longitud de 40 Kilómetros, y la Secretaría proveerá lo necesario para que la concesionaria reciba en forma programada y gratuitamente el derecho a la vía al ritmo y medida que vaya avanzando en el programa de obras, a efecto de que no sufra retraso en la ejecución de los trabajos.

La concesionaria deberá constituir, explotar y conservar el tramo objeto de esta concesión, incluyendo la explotación por sí y autorizando a título oneroso o gratuito a terceros los servicios o actividades conexos.

El plazo de vigencia del presente título será de 9 años y 3 meses contados a partir de la fecha de su otorgamiento a cuyo término los bienes afectos a la explotación de la carretera revertirán en favor del Gobierno Federal en buen estado y libres de todo gravamen en los términos del artículo 89 de la ley de Vías Generales de Comunicación.

Los servicios conexos tendrán una vigencia de 2 años más, a partir del término de la concesión y terminado éste, a petición del interesado, con seis meses de anticipación, podrá solicitar la ampliación o prórroga de la concesión de estos servicios.

CONDICIONES DE LA CONCESION.

PRIMERA.- La concesionaria deberá mantener durante el plazo de esta concesión el carácter legal de sociedad anónima y estará sujeta a la ley general de sociedades mercantiles y a las demás normas jurídicas que por su naturaleza y objeto social le correspondan y no podrá modificar los estatutos que sirvieron para su constitución sin previa autorización de la Secretaría.

SEGUNDA.- La concesionaria ejecutará las obras correspondientes a la construcción de la carretera concesionada al ritmo y de acuerdo con los tiempos máximos que se establecerán en el programa de obras.

La Secretaría de Comunicaciones y Transporte verificará en estricto apego a los planos proyectos y memorias de construcción, el cumplimiento irrestricto del plazo para la iniciación de las obras, para la apertura de las mismas al tránsito, para los trabajos de conservación y reconstrucción especificados, conforme a las normas para la construcción e instalaciones expedidas, con el fin de tener un fondo de reserva que permita la ejecución de los trabajos aludidos de N\$1,451,832. (un millón, cuatrocientos cincuenta y un mil ochocientos treinta y dos nuevos pesos, moneda nacional.), en el plazo de dos meses contados a partir de la apertura de la vía.

La Secretaría no se hace responsable de los defectos o vicios que genere la ejecución de las obligaciones estipuladas en este documento, entendiéndose que la relación se establece únicamente entre, aquella y la Secretaría.

La concesionaria pondrá en operación parcial o totalmente el tramo concesionado conforme al orden y plazos establecidos, la que llevará a cabo previa aprobación de la Secretaría, para lo que se levantará el acta correspondiente.

Así mismo, la concesionaria pondrá en operación parcial o totalmente el trámite en estricto apego a lo establecido en el reglamento para la explotación de la concesión.

Si por alguna causa imputable al gobierno federal, por causa de fuerza mayor o hecho fortuito la concesionaria se viera impedida para ejecutar puntualmente el programa de obras. La Secretaría compensará a la concesionaria por el tiempo perdido, mediante la ampliación del plazo por el cual se otorgó esta concesión, previo análisis y determinación precisa y fundada del perjuicio que se le haya causado a la concesionaria y de acuerdo al procedimiento que se ventile, ante las propias autoridades.

De igual forma se procederá en caso de que la concesionaria no pueda operar la carretera parcial o totalmente por caso fortuito o fuerza mayor, o por causa imputable al gobierno federal.

En caso de que la proyección del tránsito previsto por la Secretaría en cuanto a aforos y composición resultare inferior al llevarse a cabo la operación de la carreta, la concesionaria tendrá derecho a solicitar una prórroga de la concesión que a juicio de la Secretaría proceda para obtener la total recuperación de la inversión efectuada, para tal efecto, tendrá que presentar los estudios correspondientes con un año de anticipación a la fecha de vencimiento de la concesión la terminación anticipada de la concesión.

La concesionaria estará obligada adicionalmente a;
Tener suscrito y pagado por lo menos la cantidad de N\$.20,000,000. (veinte millones de nuevos pesos. M.N.), de capital social, esta obligación deberá cumplirla antes del inicio de las obras correspondientes y al momento en que se suscribe el presente documento, deberá mantener el capital social mínimo que deberá permanecer durante todo el tiempo de la concesión.

Deberá ceñirse al uso de los recursos previstos en el programa financiero y deberá sujetarse a los financiamientos establecidos en el programa financiero.

La Secretaría vigilará el estricto cumplimiento del programa financiero y cualquier modificación deberá ser previamente autorizada por ésta.

La concesionaria en ningún caso podrá declarar dividendos en efectivo o algún otro pago de este tipo antes de la puesta en servicio de la carretera o de algún de sus tramos.

La concesionaria aplicará las tarifas iniciales y sólo podrá modificarlas conforme al índice nacional de precios al consumidor, de acuerdo al mecanismo igualmente establecido en dicho anexo.

EMISION DE CERTIFICADOS DE PARTICIPACION ORDINARIOS AMORTIZABLES PROMOTORA DE AUTOPISTAS DEL MEDITERRANEO, S.A. DE C.V. 1993.

IMPORTE TOTAL DE LA EMISION N\$185,000,000.

REPRESENTADA POR N\$185,000,000.

REPRESENTADA POR 1,850,000 CERTIFICADOS DE PARTICIPACION ORDINARIOS AMORTIZABLES CON UN VALOR NOMINAL DE N\$100. CADA UNO.

TITULO UNICO

AMPARA 1,850.000. CERTIFICADOS CON VALOR NOMINAL DE N\$100. CADA UNO.

SERIES "A", "B", "D", Y "E" COMPRENDIENDO 370,000.
CERTIFICADOS PARA CADA UNA DE LAS SERIES.

EMISION UNICA.

EMISORA: BANCO DEL ATLANTICO, S.N.C.
MEXICO, D.F.

BANCO DEL ATLANTICO, S.N.C., en términos del artículo 74 de la Ley del Mercado de Valores, expide el presente título a favor de los titulares que aparecen en los registros especiales que al efecto se llevan, para su depósito de valores, por él pagará a los tenedores la suma de N\$185,000,000.

CALCULO DE RENDIMIENTO MINIMO: para este cálculo se basarán en formulas específicas financieras.

CLAUSULADO DE EMISION.

PRIMERA.- EMISION DE CERTIFICADOS DE PARTICIPACION ORDINARIOS AMORTIZABLES.

BANCO DEL ATLANTICO, S.N.C. Institución de Banca Múltiple debidamente autorizada para llevar a cabo operaciones fiduciarias, con domicilio en la Ciudad de México, D.F., emite en este acto por declaración unilateral de voluntad y en la forma y los términos previstos por el capítulo V Bis, Título primero, de la Ley General de Títulos y Operaciones de Crédito, N\$1,850,000.00. Moneda Nacional, cada uno con un valor total en consecuencia de N\$185,000,000. (CIENTO OCHENTA Y CINCO MILLONES DE NUEVOS PESOS.M/N.), monto total de la presente emisión, los cuales estarán representados por 100 títulos. El plazo para su amortización será de 8 años contados a partir del día 29 de noviembre de 1993, que se considera como su fecha de emisión.

SEGUNDA.- RELACION DEL ACTO CONSTITUTIVO DEL FIDEICOMISO BASE DE LA EMISION.

Esta emisión de certificados de participación ordinarios amortizables, se efectúa con base en el fideicomiso irrevocable que constituyó con fecha de 29 de noviembre de 1992.

TERCERA.- DESCRIPCION DE LOS BIENES MATERIA DE LA EMISION.

Constituyen los bienes materia de la presente emisión los siguientes:

a.- Los derechos de explotación, derivados de la concesión referida en el inciso "C" de la declaración del contrato de fideicomiso, y que consiste en el derecho de cobro de las cuotas de peaje autorizadas por la Secretaría de Comunicaciones y Transportes, de la carretera, así como los derechos de explotación de los servicios y actividades conexas citadas en el contrato de fideicomiso, mismos que transmite la fideicomitente al fiduciario, en forma irrevocable.

b.- Las cantidades de dinero que aporte Promotora de autopistas del mediterráneo, S.A. de C.V., para aplicarse al pago de las obras, procedentes de la emisión y colocación de papel comercial avalado por Banco del Atlántico, S.N.C., o las que aporte de cualquier otra fuente de recursos.

c.- Las cantidades de dinero que reciba el fiduciario, producto de los ingresos que se obtengan por el cobro de las cuotas de peaje del tramo de carretera referido en el inciso "a" anterior, de las cuales se deducirán las cantidades que la fideicomitente requiera para cubrir los costos de operación y mantenimiento de dicho tramo de carretera en la

forma y términos que determine el Comité Técnico del fideicomiso.

d.- Los rendimientos que se obtengan por la inversión del patrimonio del fideicomiso, en cuanto dichos recursos no se destinen al cumplimiento de las finalidades del fideicomiso.

e.- Los ingresos que en su caso, reciba al fideicomiso.

CUARTA.- DICTAMEN PERICIAL.

Mediante escrito de fecha 17 de Mayo de 1993, NACIONAL FINANCIERA, SOCIEDAD NACIONAL DE CRÉDITO, formuló el dictamen a que se refiere el artículo 228 h de la Ley General de Títulos y Operaciones de Crédito, fijando a los bienes materia del contrato de fideicomiso y que sirven de garantía en la presente emisión un valor de N\$364,223,550. (TRESCIENTOS SESENTA Y CUATRO MILLONES DOSCIENTOS VEINTITRES MIL QUINIENTOS CINCUENTA PESOS, M.N.)

QUINTA.- DENOMINACION DE LA EMISION.

Esta emisión se denomina "CERTIFICADOS DE PARTICIPACION ORDINARIOS AMORTIZABLES PROMOTORA DE AUTOPISTAS DEL MEDITERRANEO, S.A. DE C.V., 1993".

SEXTA.- TITULOS DE LOS CERTIFICADOS.

El fiduciario expedirá títulos nominativos que comprendan cada uno 5 certificados o sus múltiplos; cada título deberá amparar certificados de cada una de las 5 series en igual número, las cuales estarán divididas de la "A" a la "E", y únicamente se considerarán para efectos de la amortización anticipada.

Estos títulos contendrán los requisitos establecidos en el artículo 228 n de la Ley General de Títulos y Operaciones de Crédito. Llevarán la firma autógrafa del delegado fiduciario y del representante común de los tenedores de los certificados estarán numerados progresivamente del uno hasta el 370,000 inclusive, en cada una de las series. Los títulos tendrán numeración progresiva y estarán marcados con el o los números correspondientes a los certificados que cada uno de ellos representen, así como con las respectivas letras de serie y llevarán anexos 32 (TREINTA Y DOS) cupones nominativos para documentar el pago de las amortizaciones anticipadas de las primeras cuatro series, la amortización anticipada de la última serie será contra la entrega del título, en el evento de que la emisora deseara hacer uso de este derecho. En todo caso, los citados recibos no tendrán las características ni la eficacia de los títulos de crédito.

En caso de no haber amortización anticipada, los títulos de los Certificados con sus recibos adheridos, se utilizarán al término de la emisión, para el cobro de su valor de su

amortización, en los términos de la cláusula novena de esta acta se emision

SEPTIMA.- DERECHOS DE LOS TENEDORES.

LOS CERTIFICADOS: confieren a sus tenedores los siguientes derechos:

A).- El derecho a una parte alicuota de los frutos o rendimientos que se obtengan con motivo del ejercicio del derecho de cobro que en el correspondiente mes se realice de las cuotas de peaje y demás prestaciones que se deriven de la explotación del tramo de la carretera, los cuales serán calculados en forma mensual y serán pagaderos en forma trimestral.

Por fruto o rendimiento de los certificados se entenderá en todo momento, el importe que se obtenga con motivo del cobro mensual de las cuotas de peaje y demás prestaciones que se deriven de la explotación del citado tramo de la carretera. A dicha cantidad le serán disminuidos el pago de la contraprestación convenida por la fideicomitente con el Gobierno de los Estados Unidos Mexicanos, y los gastos que mensualmente se eroguen con motivo de la operación y mantenimiento del citado tramo de la carretera de conformidad con el presupuesto autorizado por el Comité Técnico del fideicomiso, en el entendido de que éstos podrán variar hasta en un 15% (quince por ciento) de lo presupuestado y que todo excedente a este porcentaje será a cargo directo de la fideicomitente.

Al remanente de la cantidad a que alude el párrafo anterior, le será disminuido el 90% a fin de integrar el patrimonio del fondo de amortización mínimo, que se constituya en la forma señalada en el inciso anterior.

OCTAVA.- CALCULO DE RENDIMIENTO MINIMO: El rendimiento mínimo de los certificados de participación ordinarios amortizables.

El valor ajustado se determinará;

Toda vez que los frutos o rendimientos que generan los bienes fideicomitados en favor de los tenedores de los certificados se considerarán intereses para efectos de lo dispuesto por la Ley del Impuesto Sobre la Renta, los frutos o rendimientos de los certificados, serán los frutos o rendimientos netos; entendiéndose por estos los que resulten después de aplicar a los frutos o rendimientos brutos la suma, en su caso, de la tasa para personas físicas, vigente en la fecha de efectuarse el cálculo de rendimientos mínimos, y el resultado será la tasa bruta del rendimiento mínimo.

Para determinar el importe del rendimiento bruto bimestral, se sumarán los importes del rendimiento bruto de cada uno de los correspondientes al trimestre de que se trate.

La fecha de pago de rendimientos será en forma trimestral el día que señale de cada año, o el siguiente día hábil si alguno de éstos no lo fuere.

Igualmente, el representante común comunicará con tres días hábiles de anticipación y por escrito a la Comisión Nacional de Valores y a la Bolsa Mexicana de Valores, Sociedad Anónima de Capital Variable, la fecha de pago trimestral y el rendimiento de los certificados para cada mes, detallando los cálculos efectuados para determinarlo; adicionalmente, publicará con por lo menos dos días hábiles de anticipación en el Diario Oficial de la Federación, así como uno de los diarios de mayor circulación nacional, el rendimiento de los certificados.

NOVENA.- CALCULO DEL VALOR DE AMORTIZACION: La amortización de los certificados en la fecha de vencimiento se efectuará a su valor ajustado.

DECIMA.- AMORTIZACION ANTICIPADA.

La emisora se reserva el derecho de anticipar el pago parcial o total de los certificados emitidos, a partir de transcurridos 60 meses de la fecha de emisión. Las amortizaciones anticipadas se harán siempre por series completas y en orden inverso, es decir de la serie "E" a la serie "A" en cualquiera de las fechas correspondientes al pago de la amortización anticipada, contra la entrega del o de los recibos de la o de las series que se amorticen anticipadamente, tratándose de las 4 primeras series. El pago total anticipado de la emisión se hará contra la entrega del título.

Para cualquier amortización anticipada, el representante común deberá aplicar previamente al anuncio respectivo, por lo menos con treinta días naturales antes de la fecha en que se lleve a cabo, en el Diario Oficial de la Federación y en que se lleve a periodicos de mayor circulación de las ciudades de Mexico, Distrito Federal, Guadalajara, Jalisco; y Monterrey Nuevo León, con indicación de la o de las series que serán amortizadas y de los requisitos para su cobro.

El representante común también deberá dar aviso y proporcionar la información mencionada a la Comisión Nacional de Valores, a la Bolsa Mexicana de Valores, Sociedad Anónima de Capital Variable, Institución para el Depósito de Valores, por lo menos treinta días naturales antes de la fecha señalada para amortización anticipada.

DECIMA PRIMERA.- FONDO DE LA EMISION.-

El fondo de la emisión lo constituyen los bienes afectos al fideicomiso base de la emisión, descritos en la cláusula tercera de esta acta, que consecuentemente sirve de cobertura para el cumplimiento de los certificados.

Las aportaciones en dinero que entregue al fiduciario al fin de cada mes, computado a partir de la fecha de la emisión

de los certificados y en los términos de la cláusula cuarta del contrato de fideicomiso de preferencia, para constituir el fondo que servirá para pagar los rendimientos y el fondo de amortización de los certificados.

Toda vez que los supuestos de presupuestario establecidos en el título de concesión, relativos al aforo y su crecimiento anual, tarifa autorizada y sus actualizaciones, plazo transcurrido de la concesión y tasa de retorno de la inversión se hayan cumplido y validado a la fideicomitente, el excedente que exista en el fondo de reserva para el pago de rendimientos no utilizados, respecto de la reserva proporcional necesaria del saldo insoluto del riesgo vigente.

DECIMA SEGUNDA.- FALTA DE PAGO DE RENDIMIENTO O AMORTIZACIONES.

La falta de pago de cualquiera de los rendimientos o del valor de amortización a que tengan derecho los tenedores de los certificados, dará lugar a que el representante común de los certificados de los tenedores de los certificados dentro de los cinco días hábiles posteriores a la fecha en que debió efectuarse el pago omitido, requiera por escrito al fiduciario de dicho pago, y si el pago no se hiciera dentro de los cinco días hábiles siguientes a la fecha del requerimiento, entonces sin necesidad de exhibir el acta de emisión, ni los títulos, ni cupones de los certificados, el propio representante común deberá solicitar al fiduciario que se designe a la empresa que de común acuerdo señalen para que se encarguen de realizar el cobro del importe de las cuotas de peaje del tramo de la carretera, previa autorización de la Secretaría de Comunicaciones y Transportes y distribuir el producto que se obtenga hasta donde alcance, en los términos de la cláusula octava de la presente acta de emisión.

En caso de que se lleve a cabo en forma indebida la explotación de la concesión, ya sea que se detecte por el representante común, por el fiduciario o por la propia Secretaría de Comunicaciones y Transportes, dicha explotación se entregará a un tercero que deberá ser autorizado por la citada dependencia, con la conformidad del fiduciario y en los mismos términos en que se concesionó y el fideicomiso a fin de que subsistan los derechos de cobro de las cuotas de peaje y demás prestaciones que se deriven de la explotación del citado tramo carretero afectas al fideicomiso, y durante toda la vigencia del mismo.

De realizarse los supuestos contenidos en la presente cláusula, la tercera persona que hubiere designado asumirá todas y cada una de las obligaciones, ejerciendo los derechos que deriven del presente contrato, exclusivamente por lo que respecta al cobro de las cuotas de peaje que haya determinado la Secretaría de Comunicaciones y Transportes, toda vez que las obras de conservación y mantenimiento del tramo de carretera, será a cargo de la fideicomitente, en virtud de

que esta última cuenta con los medios y recursos necesarios para tal propósito.

DECIMA TERCERA.- DESTINO DEL PRODUCTO DE LOS DERECHOS DE COBRO DE LAS CUOTAS DE PEAJE DEL USO DEL TRAMO DE LA CARRETERA.

De realizarse el supuesto referido en la cláusula anterior relativo a la designación de una tercera persona que se encargue de la explotación del tramo carretero, el destino que se dará a los ingresos que se obtengan del cobro de las cuotas de peaje con motivo del uso del tramo de la carretera, será el siguiente:

UNO.- A cubrir el importe de las erogaciones que se causen con motivo de los gastos de operación y mantenimiento de la citada carretera, así como el pago de la contraprestación convenida con el Gobierno en los Estados Unidos Mexicanos.

DOS.- A cubrir hasta donde alcancen los recursos y en forma proporcional a los tenedores de los certificados el rendimiento y valor de amortización de los términos del acta de emisión.

TRES.- A cubrir el importe de los honorarios o gastos que realice el fiduciario.

DECIMA CUARTA.- DESTINO DE LOS FONDOS DE LA EMISION DE LOS CERTIFICADOS, se aplicarán de la siguiente manera:

a.- N\$30,000,000. (treinta millones de nuevos pesos. M.N.) para la liquidación y cancelación de la emisión de Papel Comercial Avalado emitido por Promotora de Autopista del Mediterráneo, S.A. de C.V., con la cual se extinguen los derechos de los fideicomisarios "A" del fideicomiso a que se hace mención en la cláusula segunda de la presente acta de emisión.

b.- No menos de N\$59,700,000. (Cincuenta y nueve millones setecientos mil nuevos pesos. M.N.) para la conclusión de las obras adicionales requeridas del tramo de la carretera y otros pasivo derivados de la misma.

DECIMA QUINTA.- LUGAR DE PAGO DE RENDIMIENTOS Y VALOR DE AMORTIZACION.

Los pagos de rendimientos y valor de amortización se efectuarán por la emisora por conducto del representante común, en la oficina matriz de este último, con domicilio conocido, en México, D.F. Se podrán establecer además del lugar de pago antes señalado otros adicionales en beneficio de los tenedores. En este supuesto deberá publicarse en el Diario Oficial de la Federación y en uno de los periódicos de mayor circulación, el aviso de las sucursales en que se

efectuarán dichos pagos, con una anticipación de cuando menos cinco días a la fecha de pago.

El importe de los cupones y de los títulos de **LOS CERTIFICADOS** que los tenedores no cobren al vencimiento, serán conservados por **BANCO DEL ATLANTICO, SOCIEDAD NACIONAL DE CREDITO**, en la caja de la Dirección Ejecutiva Fiduciaria, en domicilio conocido, en Mexico, D.F. a su disposición sin causa de interés a partir de la fecha de su vencimiento y hasta el término de su prescripción.

Transcurridos seis meses a partir del vencimiento de la emisión, los pagos los hará **BANCO DEL ATLANTICO, SOCIEDAD NACIONAL DE CREDITO**, exclusivamente en la caja de su oficina matriz o en el que en esa fecha llegare a tener.

Transcurridos los terminos legales para la prescripción de las acciones derivadas de **LOS CERTIFICADOS** para el cobro de los rendimientos y valores de amortización, el importe de aquellas cantidades que no fueren reclamadas por sus tenedores, pasaran al patrimonio de la Secretaria de Salud.

DECIMA SEXTA.- DEPOSITO DE LOS TITULOS.

"**S.D. INDEVAL**", Sociedad Anónima de Capital Variable, Institución para el Depósito de Valores, será la depositaria de los títulos de **LOS CERTIFICADOS** con sus cupones y recibos adheridos; el representante común de los tenedores efectuará los pagos correspondientes, contra la entrega de los cupones, constancias o certificaciones que expida la "**S.D. Indeval**", Sociedad Anónima de Capital Variable, Institución para el Depósito de Valores, de acuerdo con las disposiciones legales que siguen a dicha institución.

DECIMA SEPTIMA.- PUBLICIDAD DE LOS RENDIMIENTOS.

El fiduciario, por conducto del representante común, se obliga a publicar trimestralmente la tasa de rendimientos que tengan derecho a percibir los tenedores de **LOS CERTIFICADOS**, en uno de los diarios de mayor circulación de la República Mexicana y en el Diario Oficial de la Federación, con una anticipación de dos días hábiles a la fecha de pago.

DECIMA OCTAVA.- COLOCACION DE LOS CERTIFICADOS.

De conformidad con la cláusula cuarta del convenio modificatorio del contrato del fideicomiso, **LOS CERTIFICADOS** que se emiten, serán entregados a **PROBURSA, SOCIEDAD ANONIMA DE CAPITAL VARIABLE, CASA DE BOLSA**, para su colocación entre el gran público inversionista, ajustándose dicha casa de bolsa a las disposiciones legales bursátiles aplicables para que puedan estar inscritos y se coticen en la Bolsa Mexicana de Valores, Sociedad Anónima de Capital Variable.

DECIMA NOVENA.- GASTOS.

Todos los gastos, honorarios, impuestos derechos y en general las erogaciones que se causen por la emisión y durante la vigencia de LOS CERTIFICADOS, tales como su colocación, publicaciones que deban efectuarse conforme a la presente acta, serán cubiertos directamente por PROMOTORA DE AUTOPISTAS DEL MEDITERRANEO SOCIEDAD ANONIMA DE CAPITAL VARIABLE.

Se designa como representante común de los tenedores de LOS CERTIFICADOS a "INTERACCIONES, CASA DE BOLSA", Sociedad Anónima de Capital Variable, quien acepta el cargo y declara haber verificado la constitución del fideicomiso base de la emisión, comprobada la existencia de los bienes fideicomitidos y la autenticidad del peritaje efectuado sobre los mismos. El representante común tendrá los derechos y obligaciones que prevén los artículos doscientos veintiocho r, de la Ley General de Títulos y Operaciones de Crédito y los que en este instrumento se establecen.

El cargo del representante común terminará por renuncia o remoción en los términos del citado artículo 228 q, en relación con los 216 de la mencionada Ley o por que así lo resuelve la asamblea de los tenedores de LOS CERTIFICADOS.

En caso de falta de representante común se estará a lo dispuesto en el citado artículo 228 q, de la Ley de Títulos y Operaciones de Crédito.

VIGESIMA PRIMERA.- HONORARIOS DEL REPRESENTANTE COMUN.

El representante común de los tenedores de LOS CERTIFICADOS percibirá de PROMOTORA DE AUTOPISTAS DE MEDITERRANEO, SOCIEDAD ANONIMA DE CAPITAL VARIABLE, los honorarios que hayan pactado.

VIGESIMA SEGUNDA.- ASAMBLEA DE TENEDORES DE CERTIFICADOS.

La Asamblea General de Tenedores de LOS CERTIFICADOS de participación representará al conjunto de éstos y sus decisiones, tomadas en los términos de la Ley General de Títulos y Operaciones de Crédito y de acuerdo a la presente acta de emisión, serán válidas respecto de todos los tenedores aún de los ausentes y disidentes.

Serán aplicables a la Asamblea General de Tenedores las disposiciones de los artículos doscientos dieciocho al doscientos veintiuno de la Ley citada.

VIGESIMA TERCERA.- TRIBUNALES.

"BANCO DEL ATLANTICO", SOCIEDAD NACIONAL DE CRÉDITO, se somete a los tribunales de México, Distrito Federal, para cualquier controversia que se relacione con la presente escritura, y la adquisición de LOS CERTIFICADOS implica la

sumisión a los tribunales para el ejercicio de las acciones que correspondan.

CONCLUSIONES.

El fideicomiso mexicano es una operación, en virtud de la cual, el fideicomitente afecta una parte o la totalidad de su patrimonio, para destinarse a un fin lícito y determinado encomendando la realización de este fin a una institución autorizada para actuar como fiduciaria, en beneficio de la persona o personas que sean designadas como fideicomisarias.

Los bienes afectados en fideicomiso salen del patrimonio del fideicomitente y los acreedores de este no pueden ejercitar acciones sobre esos bienes pudiendo el fiduciario oponerse a cualquier acto que afecte los bienes materia del fideicomiso, quedando los mismos fuera de la quiebra del fideicomitente, del fiduciario y del fideicomisario.

En el momento en que se perfecciona el fideicomiso, solamente el fiduciario podrá actuar dentro del mismo, para ejercitar los actos encaminados a la consecución del fin; cabe señalar que el fiduciario puede otorgar facultades al fideicomitente, o a persona designada por el mismo para actos de administración o para pleitos y cobranzas en relación con los bienes fideicomitidos.

En el fideicomiso nace una modalidad o tipo del derecho de propiedad, llamada "Propiedad Fiduciaria", la cual es un derecho real, con caracteres distintivos propios, y diferentes del concepto tradicional de propiedad del derecho Romano. En la propiedad fiduciaria el titular del patrimonio afectado en fideicomiso es la institución fiduciaria representada por el delegado fiduciario, pero la institución fiduciaria no puede gozar en beneficio propio del patrimonio, sino que tiene la obligación de realizar lo conducente para la consecución del fin que se ha establecido, en el acto constitutivo del contrato de fideicomiso, en favor del fideicomisario.

De acuerdo con las condiciones para que pueda considerarse constituido un fideicomiso, y considerando que tiene que ser por escrito y que supone que hay transmisión de la propiedad, debiendo inscribirse en la sección de la propiedad del registro público. Estimamos aun cuando nuestro punto de vista no se ajuste estrictamente a la ley, que para que quede realmente constituido un fideicomiso testamentario serán necesarios los siguientes elementos: la firma del testador, expresando la voluntad, de que se lleve a cabo el fideicomiso testamentario, que se lleve a cabo el elemento condicionante de su muerte, y que a su vez el que fue designado albacea firme el contrato de fideicomiso con la institución fiduciaria, y se lleve a cabo la transmisión de los bienes en la forma en que establece la ley, con lo cual quedará perfeccionado el fideicomiso y por tanto una vez aceptado el fideicomiso testamentario por el fiduciario y

hecha la transmisión de los bienes, el mismo será considerado como constituido para todos los efectos legales.

En el contrato de fideicomiso, por lo menos quedan obligados la institución fiduciaria y el fideicomitente; el fideicomitente debe pagar comisiones por los servicios de la institución fiduciaria, es esta una de sus obligaciones de entre otras que pudieran haber y la institución fiduciaria se obliga a cumplir los fines del fideicomiso, independientemente de lo anterior, el fideicomisario en ocasiones puede también intervenir y obligarse y considerando que el fideicomitente como comunmente acontece, queda también obligado, entramos en este supuesto en los contratos plurilaterales. Es por todo lo anterior señalado que el contrato de fideicomiso puede ser bilateral o plurilateral, ya que las instituciones fiduciarias realizan contratos de fideicomisos como negocio y cobran por sus servicios.

El fideicomisario es de suma importancia en el fideicomiso, ya que este se constituye en su favor aunque el fideicomisario sea indeterminado, ya que tarde o temprano tendrá que determinarse para que sea perfecto el fideicomiso, ya que al constituirse, se le otorga no solamente el beneficio del mismo, sino además la ley le da la facultad de exigir dicho beneficio, por el solo hecho de ser fideicomisario, con esto no queremos decir que el fideicomisario sea dueño o titular del fideicomiso, mas bien tiene el derecho de exigirle al fiduciario el cumplimiento de su obligación y atacar la validez de los actos que se llegaran a cometer en su perjuicio, teniendo un derecho personal en el cual el fiduciario es el obligado.

El patrimonio afectado en fideicomiso, en el momento en que el mismo se afecte el fideicomitente deja de ser titular del mismo, y los derechos que pueda tener en relación al patrimonio, dependerán de lo que estipulen en el acto constitutivo del mismo fideicomiso, y de las facultades que se reserve el fideicomitente; aunque el fideicomitente se haya reservado las facultades que fueren, el titular será la institución fiduciaria, mientras no se extinga o revoque el fideicomiso; por esto al afectarse el patrimonio en fideicomiso se le transmite la titularidad a la institución fiduciaria, para que pueda actuar con ese patrimonio, en la forma conducente y así poder obtener los fines establecidos en el acto constitutivo del fideicomiso.

Para poder comprender la estructura que sustenta a cualquier tipo de certificado de participación, hay que prestar atención a su forma de creación y a quiénes y como intervienen en su desarrollo atendiendo a las actividades de la asamblea general de los certificados y en forma especial al representante común de los certificados.

Los certificados de participación son títulos de crédito emitidos por una institución fiduciaria, teniendo que realizarse con base en la constitución de un fideicomiso irrevocable, afectando un patrimonio determinado para que sustente a estos, y la sociedad fiduciaria emisora tendrá que emitirlos por medio de una declaración unilateral de voluntad que expresará por medio de una escritura pública.

Los certificados de participación, son los documentos necesarios para ejercer el derecho literal y autónomo que en ellos se consigna, pero tiene las siguientes peculiaridades:

Representa el derecho a la parte alicuota de los frutos o rendimientos del patrimonio o de su producto neto.

El título nunca llega a desvincularse de la causa que le dio origen que es el acto de emisión, aunque la finalidad de su emisión es que pase de persona a persona otorgando a sus poseedores legales el derecho que lleva implícito.

Son títulos seriales ya que no se emiten de manera singular o en forma aislada, siempre se deberán emitir en grupo o en masa.

Son títulos nominativos, tendrán cupones y deberán emitirse por serie en denominaciones de cien pesos o de sus múltiplos.

Los certificados de participación son títulos principales siendo accesorio el cupón, y darán a sus tenedores dentro de cada serie iguales derechos.

Los certificados de participación, serán ordinarios o inmobiliarios, pero serán considerados ambos como bienes muebles.

Los certificados de participación podrán ser amortizables o no serlo, los amortizables darán a sus tenedores además del derecho a una parte alicuota de los frutos o rendimientos, el reembolso del valor nominal de los títulos, entendiéndose con esto que a los poseedores de los certificados no amortizables no se les reembolsará el valor nominal de los títulos.

En caso de certificados de participación se podrá concertar y obtener préstamos para el mejoramiento e incremento de los bienes de la emisión, emitiendo por este concepto certificados fiduciarios de adeudo, los cuales serán preferentes a su pago a los certificados de participación.

Podemos concluir que las peculiaridades señaladas con relación a los certificados de participación, son las que los diferencian de los demás títulos de crédito.

Un beneficio que pueden tener los certificados de participación es que, con ellos puede obtenerse dinero en forma rápida y pagar a plazos largos, poniendo a la venta los certificados de participación por medio de una casa de bolsa

o por cualquier otro medio siempre y cuando no este prohibido por la ley.

Otra opción para utilizar los certificados de participación, es con el fin de hacer constar la participación de acreedores en liquidaciones, interviniendo aquí la institución fiduciaria con el carácter irrevocable de liquidador o sindico, debiendose especificar el término, condiciones y forma en que los certificados serán pagados.

Las opciones para utilizar los certificados de participación serán muy amplias y no tendrán más límites que los señalados por la ley, debiendo cumplir con las características que deben tener los certificados de participación, pudiendo dejarse abiertas las posibilidades de negociación de los participantes de acuerdo a sus intereses necesidades y capacidad financiera, y se registrarán estos de conformidad con lo establecido con los términos y condiciones de las emisiones de los certificados, que se crearán de acuerdo con el fin del fideicomiso, teniendo estos certificados a un representante común que actuará como mandatario de los representantes de cada certificado, el cuál convocará y presidirá la Asamblea General de Tenedores de Certificados y ejecutará sus decisiones; es por la naturaleza misma del cargo de representante de certificados de participación, que se requiere forzosamente para desempeñarlo, tener la calidad de delegado fiduciario de la institución fiduciaria con la que se constituye el fideicomiso respectivo.

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

- ALFARO J. RICARDO. Jus Revista de Derecho y Ciencias Sociales 8vo Aniversario 97 Ago 1946. México, D.F. El Trust en el Derecho Civil, Adaptación, Concepción, Definición.
- ALFARO J. Y RUFORD G. PATTON Y RUFORD G. PATTON. Revista Jurídica de la Universidad de Puerto Rico Volumen XXVIII Noviembre-Diciembre 1958 Núm. 2 El Fideicomiso Moderno.
- AROCHA MORTON CARLOS A. Revista de Investigación Jurídica de la Libre de Derecho Primera Parte. El Fideicomiso en México Notas sobre América Latina.
- BATIZA RODOLFO. El Fideicomiso Teoría y Práctica, Nueva Colección de Estudios Jurídicos 1991 Editorial Jus, S.A de C.V. Plaza Abasco No 14. Col Guerrero Quinta Edición.
- BEJARANO SANCHEZ MANUEL. Obligaciones Civiles Tercera Edición Colección Títulos Jurídicos Universitarios UNAM 1984 Harla S.A de C.V. México. D.F.
- CARRANZA A. JORGE., Enciclopedia Jurídica Omeba Tomo XX. Libros Científicos Bibliografía Omeba Editores Libreros La Valle 1328 Buenos Aires 1964 Edit Argentina.S.R.
- AHUMADA CERVANTES RAUL. Título y Operaciones de Crédito. Edir. Herrero Séptima Edición. México.
- DOMINGUEZ MARTINEZ JORGE A. El Fideicomiso ante la Teoría General del Negocio Jurídico Segunda Editorial Porrúa, S.A. AV. República Argentina, 15, México, 1975.
- DICCIONARIO DE LA REAL ACADEMIA DE LA LENGUA ESPAÑOLA. Decimo Novena Edición Madrid 1970.
- FLORIS MARGADANT GUILLERMO. El Derecho Privado Romano como Introducción a la cultura jurídica Contemporánea Decima Tercera Edición Corregida y aumentada Editorial Esfinge, S.A. Colima, 220- 503 México, 7 D.F. 1985.
- GARCIA MAYNEZ "Introducción al Estudio del Derecho". Editorial Porrúa, México, 1961.
- GOMEZ LARA CIPRIANO. Aspectos Teóricos y Prácticos de los Fideicomisos Revista de la Facultad de Derecho de México. Tomo XXII Enero-Junio 1972 Num 85-86 Universidad Nacional Autónoma de México.
- GUTIERREZ Y GONZALES. Derecho de las Obligaciones, Editorial Cajiga Puebla, Pue. México 1971.
- HERNANDEZ OCTAVIO A. Derecho Bancario Mexicano II. México 1956. Ediciones de la Asociación Mexicana de Investigaciones Administrativas.
- LANDERE OBREGON. "Naturaleza Jurídica del Fideicomiso" México 1946.
- LEON LEON RODOLFO. El Fideicomiso y las Casas de Bolsa, Academia Mexicana de Derecho Bursatil, A.C.
- LEPAULLE PIERRE. "La Naturaleza Jurídica del Trust" En Revista General de Derecho y Jurisprudencia Tomo III. México 1932.
- LEPAULLE PIERRE. Boletín del Instituto de Derecho Comparado de México Universidad Nacional Autónoma de México año XIX. Enero- Abril de 1966. Núm.55 México. D.F. El Extraño Destino de los Trusts.

- LIZARDI ALBARAN. "Ensayo Sobre la Naturaleza Jurídica del Fideicomiso". Tesis, México, 1945.
- MINUT RENZO. El Trust o Fideicomiso Anglo-Americano. La Revista de Derecho Jurisprudencial y Administración. Año 49 Num.11- 12 Noviembre- Diciembre 1951 Montevideo Uruguay.
- MOLINA PASQUEL ROBERTO. Jus Revista de Derecho y Ciencias Sociales Tomo 15. N.85. Ago 1945 México, D.F. Los Derechos del Fideicomisario Ensayo Sobre su Naturaleza Jurídica.
- MOLINA PASQUEL ROBERTO. Jus Revista de Derecho y Ciencias Sociales 144, Julio- Septiembre 1950. México, D.F. Decimo Segundo Aniversario Ensayo Sobre la Propiedad en el Trust.
- NAVARRO MARTOREL. "Derecho Civil Español Común y Floral. Vol. 11.10. Edición. Instituto Editorial Reus de Madrid, España, 1963.
- PATTON RUFORD G. Revista Cubana de Derecho Año XIX (5, Nueva Serie) Enero- Marzo 1945 N.1 (73) Los Sistema del Trust en el Emisferio Occidental.
- PATTON RUFORD G. Jus Revista de Derecho y Ciencias Sociales 78 Ene. 1945. México D.F. Los Sistemas de Trust en el Hemisferio Occidental Segunda Parte.
- PATTON RUFORD G. "Jus" Revista de Derecho y Ciencias Sociales Tomo XXII Núm. 128, Marzo 1949 México, D.F. La Naturaleza del Interés del Beneficiario en un Trust.
- PENALOZA SANTILLAN DAVID. Banco Nacional de Obras y Servicios Públicos, S.A. Los Certificados de Participación en el Derecho Bancario Mexicano, 26 de Octubre de 1973, en la Ciudad de Monterrey, N.L. Semanario Sobre Servicios Fiduciarios, Organizado por el Comité de Fiduciarios del Centro Bancario de Monterrey, A.C.
- PETIT EUGENE. Tratado Elemental de Derecho Romano. Editorial, Edinal. S. de R.L. México, D.F. 1963
- PEZA DE LA JOSÉ LUIS. Revista de Investigaciones Jurídicas Año 2, N.2. 1978. México, D.F.
- RODRIGUEZ AZUERO SERGIO. Contratos Bancarios su Significación en América Latina 4a Edición Bogotá Biblioteca Felban, 1990.
- RODRIGUEZ Y RODRIGUEZ JOAQUIN, Derecho Mercantil, Tomo 11, Decima Edición, México, 1972.
- RODRIGUEZ Y RODRIGUEZ JOAQUIN. "Curso de Derecho Mercantil". Editorial Porrúa, México, 1960.
- SANCHEZ MEDAL RAMON. Revista de Investigación Jurídica de la Libre de Derecho. N.4 1980.
- SEELING RUBIAL RAUL. "Jus". Revista de Derecho y Ciencias Sociales Tomo XXII. No. 131. Junio 1949 México, D.F. Terminología del Trust.
- ROJINA VILLEGAS. Compendio de Derecho Civil Tomo 11.
- TEJADA MIGUEL ANGEL. México, D.F. Revista de Derecho Notarial Año XIX 58 Marzo de 1975 México, D.F. Naturaleza Jurídica del Fideicomiso en México.
- TORRES PARTIDA MANUEL. Vol. XI. N. 11 Noviembre 1944 México, D.F. Finanzas y Contabilidad Revista Mensual de Divulgación Financiera y Contable.

J U R I S P R U D E N C I A Y C O D I F I C A C I O N .

ANALES de Jurisprudencia del Tribunal Superior de Justicia del Distrito y Territorios Federales

JURISPRUDENCIA Y BOLETIN JUDICIAL, BEYER ESPARZA JORGE E. El Fideicomiso en México Anales de Jurisprudencia Año 44 Tomo 165, México Ed. Por la Comisión Especial de los Anales de Jurisprudencia y Boletín Judicial Octubre-Diciembre 1977.

EJECUTORIA DE LA SUPREMA CORTE. Semanario Judicial de la Federación. José Refugio Débora Mojarro. 13 de Abril de 1967.- Volumen CXXVI Cuarta Parte. Fideicomiso Naturaleza Jurídica del.

EJECUTORIA DE LA SUPREMA CORTE. Semanario Judicial de la Federación. Acosta Sierra Francisco.- 26 de Octubre de 1952.- Tomo CXVIII.- Fideicomiso Naturaleza Jurídica Del.

EJECUTORIA DE LA SUPREMA CORTE. Semanario Judicial de la Federación Jesús Galindo Galazara. 30 de Septiembre de 1968- Volumen CXXXV, Cuarta Parte. Fideicomiso Naturaleza Jurídica Del.

EJECUTORIA DE LA SUPREMA CORTE. Semanario Judicial de la Federación. Financiera de Construcción, S.A.- 31 de Agosto de 1950 Tomo. CV. Fideicomiso Naturaleza Jurídica Del.

CODIGO CIVIL Leyes y Códigos de México para el Distrito y territorios Federales. Colección Porrúa 58 a. edición AV. Argentina, 15. México, 1990.

LEYES Y CODIGOS DE COMERCIO Y LEYES COMPLEMENTARIAS. 52 a. Edición Porrúa, S.A. AV. República Argentina 15 México 1989.