

225
2 es.



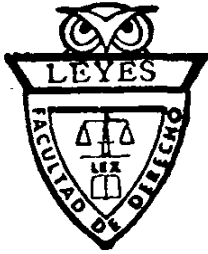
UNIVERSIDAD NACIONAL AUTONOMA
DE MEXICO

FACULTAD DE DERECHO

ANALISIS CRITICO DE LA OPERACION DEL
FIDEICOMISO EN RELACION CON LA FIGURA DEL
CONTRATO DE APERTURA DE CREDITO EN
CUENTA CORRIENTE.

T E S I S
QUE PARA OBTENER EL TITULO DE:
LICENCIADO EN DERECHO
P R E S E N T A :
FERNANDO ESPINOZA VIZCAINO

ASESOR: LIC. SILVESTRE RAMIREZ DIAZ.



CIUDAD UNIVERSITARIA, D. F.

1998.

**TESIS CON
FALLA DE ORIGEN**

269243



Universidad Nacional
Autónoma de México



UNAM – Dirección General de Bibliotecas
Tesis Digitales
Restricciones de uso

DERECHOS RESERVADOS ©
PROHIBIDA SU REPRODUCCIÓN TOTAL O PARCIAL

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

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



UNIVERSIDAD NACIONAL
AUTÓNOMA DE
MÉXICO

FACULTAD DE DERECHO.

SEMINARIO DE DERECHO MERCANTIL.

SR. ING. LEOPOLDO SILVA GUTIERREZ.
DIRECTOR GENERAL DE LA ADMINISTRACION ESCOLAR
UNIVERSIDAD NACIONAL AUTONOMA DE MEXICO
P R E S E N T E

El alumno, **FERNANDO ESPINOZA VIZCAÍNO**, realizó bajo la dirección de este Seminario, y con la asesoría del **LIC. SILVESTRE RAMÍREZ DÍAZ** el trabajo titulado, "ANÁLISIS CRÍTICO DE LA OPERACIÓN DEL FIDEICOMISO EN RELACIÓN CON LA FIGURA DEL CONTRATO DE APERTURA DE CRÉDITO EN CUENTA CORRIENTE", que presentará como tesis para obtener el título de Licenciado en Derecho.

El mencionado asesor nos comunicó que el trabajo realizado por dicho alumno reúne los requisitos reglamentarios aplicables, para los efectos de su aprobación formal.

En vista de lo anterior, comunico a usted que el trabajo de referencia puede ser sometido a la consideración del H. Jurado que habrá de calificarlo.

Por sesión del día 3 de febrero de 1998 del Consejo de Directores de Seminario se acordó incluir en el oficio de aprobación de tesis la siguiente leyenda que se hace del conocimiento del sustentante:

"El interesado deberá iniciar el trámite para su titulación dentro de los seis meses siguientes (contados de día a día) a aquél en que le sea entregado el presente oficio, en el entendido de que transcurrido dicho lapso sin haberlo hecho, caducará la autorización que ahora se le concede para someter su tesis a examen profesional, misma autorización que no podrá otorgarse nuevamente sino en el caso de que el trabajo recepcional conserve su actualidad y siempre que la oportuna iniciación del trámite para la celebración del examen haya sido impedida por circunstancia grave, todo lo cual calificará la Secretaría General de la Facultad."

Atentamente,
"POR MI RAZA HABLARA EL ESPÍRITU"
Ciudad Universitaria, a 01 de Diciembre de 1998

DR. ALBERTO FABIAN MONDRAGON PEDRERO.
DIRECTOR

FACULTAD DE DERECHO
SEMINARIO DE DERECHO MER.

c.c.p. Secretaría General de la Facultad de Derecho
c.c.p. Dr. Alberto Fabián Mondragón Pedrero.
c.c.p. Lic Silvestre Ramírez Díaz
c.c.p. Alumno
c.c.p. Archivo Seminario

A DIOS NUESTRO SEÑOR.

**A MIS PADRES
POR SU INCONDICIONAL APOYO.**

A LAS FAMILIAS:

**ESPINOZA VIZCAÍNO.
PORTONI VIZCAÍNO.
CEJUDO ROURA.
MORENO DURAZO.
ARAMBURU ALONSO.**

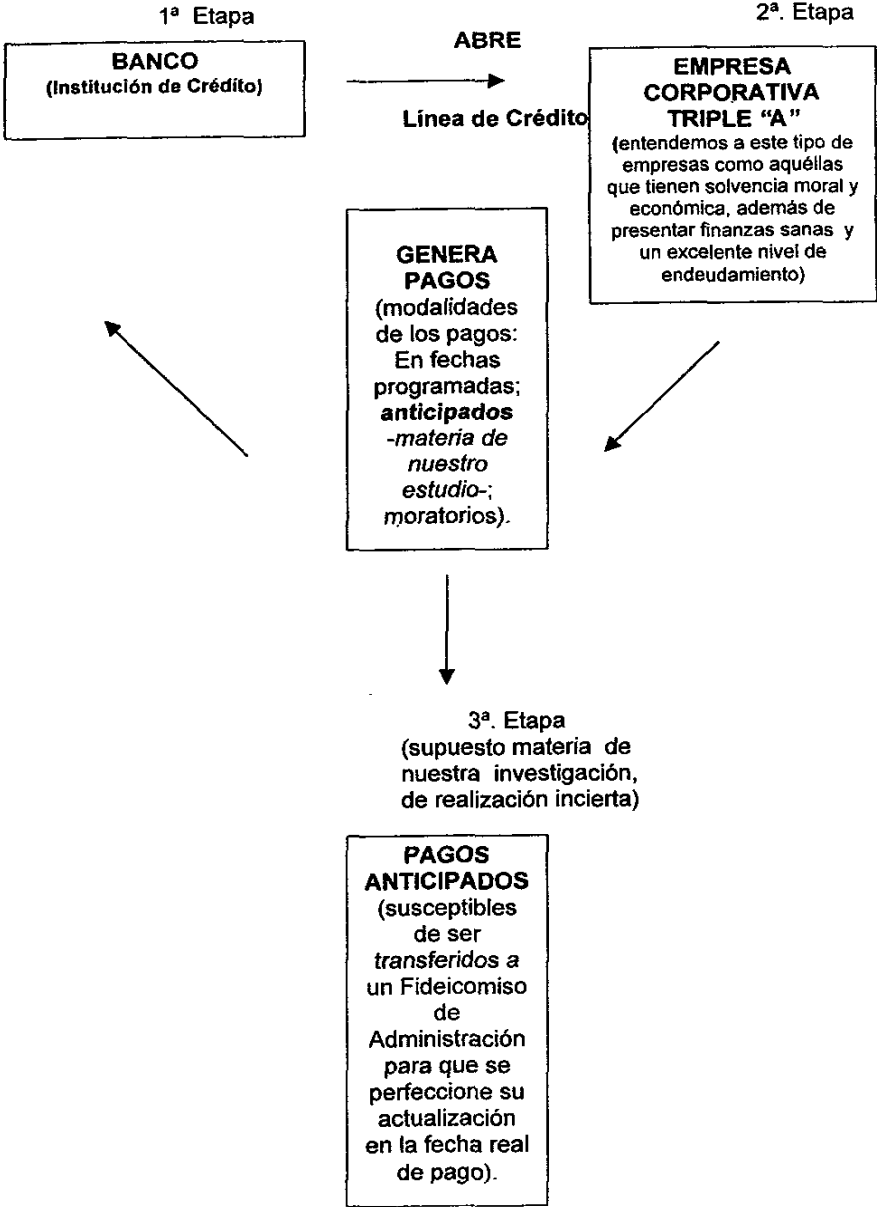
**POR LO QUE HAN SIGNIFICADO A LO LARGO DE MI DESARROLLO
PERSONAL.**

JUSTIFICACIÓN

JUSTIFICACIÓN

Existen razones que brindan sustento a la realización de la presente investigación, mismas que van desde las de orden práctico en cuanto a su funcionamiento dentro de la actividad bancaria, hasta razones de seguridad jurídica, tanto para el banco como para el cliente, sea este último persona física o moral.

Dentro del segundo supuesto que mencionamos como centro de imputación normativa podemos ubicar a las entidades colectivas, que para el caso que nos ocupa son entendidas como empresas corporativas (también denominadas, en la jerga bancaria, como Empresas Triple "A") hacia las cuales se dirigirá este trabajo recepcional, sin dejar de soslayo, a las personas físicas, mismas que por la cuantía a que ascienden sus operaciones bancarias, en el ámbito de los modelos de contratación que habremos de diseccionar en el presente desarrollo, resultan poco atractivos para los mecanismos cuyo accionar hemos de describir en las páginas que siguen.



Lo anterior implica lo siguiente

La Institución de Crédito abre a la empresa corporativa, también llamada Triple "A", una línea de crédito en cuenta corriente (*crédito revolvente*), situación que permite que los pagos del crédito sean determinados en fechas ciertas. De no ocurrir el supuesto que se menciona, podría presentarse la modalidad de *pago anticipado*, mismo que, por su naturaleza atípica, sería susceptible de acarreamos una *pena convencional por prepago*, castigo que en muchas ocasiones las empresas Triple "A" prefieren pagar a tener el dinero en su tesorería o como activo improductivo en cualquiera de sus posibles formas, entre las que destacan la de liquidez, de almacén o de liquidación total del crédito existente para poder liberar garantías, por mencionar algunas.

Cabe señalar que estos casos son repetitivos en una institución de crédito y cuando el fondeo en diversos créditos no es propio sino que proviene de la Banca de Desarrollo, *las penas por prepago* pueden ser demasiado elevadas. Justo para dicha eventualidad proponemos implementar la figura del **fideicomiso**, primero como salida jurídica perfectamente legal a un problema de este tipo, comprendiendo a la figura como una contraprestación accesoria que brinda el banco al cliente como resultado de la preexistencia del contrato de apertura de crédito en cuenta corriente, y segundo como coadyuvante en la solución del problema económico que el pago anticipado puede llevar consigo.

tanto para el acreditado como para la institución de crédito bajo los siguientes lineamientos generales que podrán adecuarse a una hipótesis dada

1. Que el **pago anticipado** no se considere jurídicamente un pago, por cuanto respecta a los plazos preestablecidos en el clausulado del contrato de apertura de crédito en cuenta corriente, pero contablemente sea dado de baja del sistema.

2. Que el dinero se vaya al **fideicomiso** y genere atractivos rendimientos para el acreditado.

3. Que llegada la fecha real de pago, efectivamente el **fiduciario** lleve a cabo la amortización correspondiente.

En virtud de lo asentado anteriormente, podemos afirmar que la implementación de esta figura puede ser atractiva tanto para bancos como para clientes. En el caso concreto de esta investigación hablamos de Empresas Corporativas conocidas como Triple "A", como por ejemplo Televisa o Altos Hornos de México, que por el volumen de sus operaciones pueden resultar *recipiendarias ad hoc* de este nuevo producto bancario

ÍNDICE

Í N D I C E

	Pág.
Introducción	1

CAPÍTULO PRIMERO CRÉDITO

1. Comentario preliminar.	5
2. Breve semblanza de la evolución del crédito en México como instrumento del cambio (hasta la fundación del Banco de México).	12
3. Concepto.	18
4. Características.	21
5. Clasificación.	24
6. El crédito en particular	27

CAPÍTULO SEGUNDO APERTURA DE CRÉDITO

1. Concepto.	30
2. Regulación legal.	37
3. Características contractuales.	43
4. Naturaleza jurídica.	49
5. Derechos y obligaciones de las partes.	55
6. Clasificación.	60
6.1. Clasificación en cuanto a la forma de disposición	63
7. Contrato de cuenta corriente.	69
8. Delimitación de funciones aplicable a cada una de las figuras contractuales aludidas.	72

CAPÍTULO TERCERO

FIDEICOMISO

1. Antecedentes del Fideicomiso en México:	80
a). Introducción.	80
b). La Colonia.	81
c). Las Leyes de Reforma.	82
d). Antecedentes modernos.	82
2. Concepto.	82
3. Características.	86
4. Elementos.	87
5. Fines.	92
6. Clasificación.	93
7. Naturaleza jurídica.	100
8. Derechos y obligaciones de las partes.	114
9. Elementos reales del fideicomiso.	118
10. Prohibiciones a la figura del fideicomiso.	119
11. Constitución, organización y estructura interna de las instituciones financieras que pueden actuar como fiduciarias.	123
a). Introducción.	123
b). Ley de Instituciones de Crédito.	125
c). De las Instituciones de Banca Múltiple.	125
d). De las Instituciones de Banca de Desarrollo.	126
12. Instituciones que pueden desarrollar la actividad fiduciaria.	126
a). Introducción.	126
b). Entorno internacional.	127
c). Excepciones.	128
d). Argumentación.	128
13. Extinción del fideicomiso.	129
14. Fideicomisos prohibidos	130

15. Rol bancario del fideicomiso privado.	132
16. Fideicomiso público.	135
a). Definición.	135
b). Características.	137
c). Elementos.	139
d). Diferencias entre las figuras de los fideicomisos <i>público</i> y <i>privado</i> .	139
e). Conclusiones.	141

CAPÍTULO CUARTO

OPERACIÓN DEL FIDEICOMISO DENTRO DEL CONTRATO DE APERTURA DE CRÉDITO EN CUENTA CORRIENTÉ.

1. Entorno bancario del motivo contractual.	143
1.1. La empresa.	143
1.2. Elementos o recursos que integran una empresa.	144
1.3. Clasificación de las empresas.	146
1.4. Actividades económicas de la empresa.	148
1.5. Características del concepto de empresa.	149
1.6. La combinación de empresas.	151
2. El contrato de fideicomiso entendido como una contraprestación accesoria a cargo del banco y a favor del acreditado.	154
3. Naturaleza contractual: contratos de adhesión.	155
4. Forma.	157
5. Acciones procesales a cargo de las partes para el caso de controversia.	164
5.1. Proceso jurisdiccional.	164
5.2. Arbitraje.	166

6. <i>Función social del contrato de fideicomiso dentro de la figura del contrato de apertura de crédito en cuenta corriente</i>	168
7 Utilidad práctica de estas figuras.	169
CONCLUSIONES	174
BIBLIOGRAFIA	180
HEMEROGRAFIA	183
LEGISLACION	185
JURISPRUDENCIA	186

INTRODUCCIÓN

IINTRODUCCIÓN

El entorno económico mundial se ha caracterizado por constantes cambios que dan pie a que los gobiernos nacionales modifiquen sus estrategias económicas en aras de sostener a sus agentes productivos en condiciones de seguridad y permanencia en el nuevo escenario global de competencia comercial. Dichos cambios no sólo han afectado a las relaciones mercantiles sino que, además, han modificado aspectos políticos y sociales de múltiples países, entre los que destacan aquéllos denominados de economías emergentes. Así, las instituciones de crédito (que juegan un papel protagónico en el concierto productivo las naciones en comento) tendrán que *modernizarse para ser adecuadas* a los nuevos marcos de operación de la economía y, por ese hecho, derivar nuevos mecanismos que les permitan enfrentar los retos de la globalización económica.

La economía en nuestro país ha venido presentando características especiales que le han dado forma muy particular, ya que su entorno se ha modernizado vertiginosamente en un periodo relativamente breve, independientemente de los múltiples procesos mercantiles que han presentado cambios profundos a nivel mundial. En lo interno han existido cambios económicos y financieros que han obligado al Gobierno Mexicano a modificar las fórmulas de desarrollo inicialmente proyectadas para la buena marcha del país.

Desde la década de los ochenta la economía mexicana ha presentado diversos aspectos que le dan un cariz propio, entre los que destacan los siguientes:

La apertura comercial.

La modernización financiera.

La evolución del Estado.

Las instituciones de crédito en particular se han visto obligadas a actualizarse ya que la apertura comercial y la firma del Tratado Trilateral de Libre Comercio de América del Norte hicieron necesario un replanteamiento de los esquemas comparativos en materia comercial, no sólo para hacer frente a la estrecha y creciente competencia derivada de éstos, sino también, para hacer frente a la crisis económica que estalló en diciembre de 1994 marcando un riesgo inminente de quiebra para las empresas hasta esa fecha aventuradas en compromisos crediticios asumidos en moneda extranjera.

En este contexto surge nuestra propuesta que pretende dar sustento al presente trabajo de investigación para tesis de licenciatura vinculado con el análisis crítico de la operación del fideicomiso en relación con la figura del contrato de apertura de crédito en cuenta corriente

Uno de los objetivos del presente trabajo es dar a conocer a las instituciones de crédito mexicanas una alternativa que entrañe los instrumentos jurídicos necesarios para ofrecer una nueva herramienta financiera dirigida a empresas corporativas y que represente para éstas un producto bancario más dinámico y atractivo, con el cual se garantice que los que demandan crédito puedan pagar en forma anticipada el financiamiento que les haya sido otorgado a través de la apertura de crédito en cuenta corriente sin existir penalización alguna por ello y, a su vez, sin ningún perjuicio para las instituciones que lo otorguen.

De esta manera se presenta el siguiente esquema progresivo de trabajo

El capítulo primero se caracteriza por ser una investigación de tipo documental en donde se abordan aspectos de la evolución del crédito en México como instrumento de cambio; su concepto, características y clasificación, así como el establecimiento del crédito como ambiente genérico para el estudio de las figuras jurídicas materia de esta tesis

Por su parte, el capítulo segundo aborda el estudio de la apertura de crédito bancario que comúnmente se hace a través de la celebración de contratos por virtud de los cuales las partes se obligan a diferentes contraprestaciones, dentro del límite pactado y mediante una comisión que el banco percibirá por parte del cliente, al poner a disposición de éste, en la medida de sus requerimientos, determinadas sumas de dinero; y el cliente, se obliga, principalmente, al pago de dichas cantidades en las fechas pactadas. Derivado de esta mecánica en dicho capítulo se estudian con profundidad aspectos como la regulación legal, las características contractuales, la naturaleza jurídica y los derechos y obligaciones de las partes, lo mismo que la clasificación que les atañe.

Ahora bien, el capítulo tercero establece las bases y lineamientos de la propuesta del presente trabajo, ya que en él se analiza con toda profundidad el estudio de la institución llamada fideicomiso, cuyo concepto y naturaleza jurídica esbozamos en este trabajo recepcional con una nota característica, que es aquello que lo vincula, dentro del ámbito bancario, con el contrato de apertura de crédito en cuenta corriente estudiado en el capítulo anterior.

Así mismo, también se estudiarán los antecedentes del fideicomiso en México; su constitución y organización, así como la estructura interna de las instituciones financieras que pueden actuar como fiduciarias hasta llegar a la extinción del contrato de referencia.

Por último, en el capítulo cuarto se dará forma expresa a la idea concreta que sustenta esta tesis, misma que habrá de introducirnos hacia el entorno bancario de la operación del fideicomiso dentro del contrato de apertura de crédito en cuenta corriente, para identificar, de esta forma, los contextos económicos, legales y financieros que son susceptibles de aplicación práctica en el panorama operativo de la figura propuesta.

Además se expondrá un contrato de apertura de crédito en cuenta corriente que contemple en su clausulado la creación de un fideicomiso para los casos en los que el acreditado quisiera liquidar en forma anticipada el crédito otorgado sin que exista pena convencional ni perjuicio alguno para el acreditante.

CAPÍTULO I

CAPÍTULO PRIMERO

CRÉDITO

1. Comentario preliminar.

El comercio es una de las múltiples actividades que realiza el ser humano. Como cualquier otra, esta actividad ha tenido que ser regulada por el derecho en virtud de involucrar intereses susceptibles de ocasionar conflictos entre los hombres. El derecho se ajusta a la realidad creando el tipo de norma que considera más adecuada y, como cada actividad humana es diferente, en fondo y forma, hay normas de todo tipo, independientemente del ente emisor de la misma o de su ámbito de aplicación.

Para conocer la fenomenología que da vida a la normatividad que regula a las actividades comerciales de los hombres en sociedad es necesario, en primera instancia, conocer la casuística del comercio en sí misma.

Dentro de la órbita de sucesión de eventos y actos sociales - comprendiendo sólo las agrupaciones societarias humanas - las causas que dan vida al comercio como una actividad inmanente y sostenida del hombre son, esencialmente, económicas.

En dicho entendido y siguiendo una ruta para conocer los motivos y causas del comercio, llegamos a descubrir un método para su cabal explicación: la teoría económica.

Para Milton Friedman la economía "Es la ciencia que estudia la forma en que una determinada sociedad resuelve sus problemas económicos, mismos que se

presentan cuando los medios para llegar a determinados fines son escasos".¹

Un sujeto puede tener determinados fines en su vida, algunos de ellos derivados de sus necesidades existenciales (comida, habitación, salud, vestido, etc.); otros, de necesidades artificiales (que son creadas por cualquier tipo de moda o publicidad); otros más de factores familiares, educacionales y, por tanto, diferentes en cada persona.

Cuando los bienes son escasos, estamos frente a un problema económico, cuyo análisis corresponde a la economía; pero si no lo es, como pudiera ser el aire o el agua, estamos, entonces, frente a un fenómeno social cuyo estudio no corresponde ni al derecho ni a la economía.

Considerando a un fin específico, como por ejemplo, la comida, y a un medio igualmente específico - dinero - y, presuponiendo que tanto uno como otro fueran escasos, al individuo en cuestión se le presentarán sólo tres posibilidades a su problema de escasez, que son las únicas con las que el hombre ha contado a lo largo de su historia para obtener lo que quiere o necesita:

- * El mismo elabora la comida (autoproducción y autoconsumo).
- * La consigue ilícitamente (violencia y/o ilicitud).
- * La adquiere ya elaborada si es que sus posibilidades y las del comercios lo permiten (comercio).

El comercio, como fenómeno económico, se ubica justamente en la última de las posibilidades anteriores: la adquisición del medio o el fin cuando ya está terminado y disponible para ello. Pero el comercio no se da en la acción de adquirir, sino en la de vender, de acercarle al carente el bien escaso que necesita; visto así, el comercio aparece como la actividad desarrollada por un sujeto cuando lleva el satisfactor correspondiente a las personas que sufren escasez.

¹ FRIEDMAN, Milton. "Teoría de los Precios". Segunda edición Editorial Alianza Madrid, España, 1990 Pág 15

Al comerciante le es indiferente que la producción de artículos se realice en un momento o en un lugar geográficamente distante o extemporáneo; él se encarga de salvar esos obstáculos valiéndose de distintos modos para, en su debido instante, satisfacer la demanda existente; es el intermediario y lazo de unión entre las fuentes de producción (la oferta o, en un sentido más preciso, el origen de la oferta) y, por otro lado, el consumo (o sea, la demanda, o mejor dicho, el origen de la demanda) prestando los servicios adecuados contra el beneficio que deberá obtener por su trabajo. A este beneficio lo conocemos como lucro.

De esta suerte, el mejor comerciante - el que más lucra - resulta ser el que más necesidades resuelve.

Es aquí en donde se da una de las relaciones de interdependencia más importantes de la humanidad: mientras más necesidad tenga un grupo social de un satisfactor determinado, más interés tendrá el comerciante en satisfacerlo, en virtud de que así venderá más su producto y, por consecuencia, obtendrá más lucro.

Por su parte, el grupo social tendrá más interés en que un comerciante acuda a satisfacer sus necesidades.

Si bien es cierto que la mecánica del comercio, en mayor o menor medida, ha guardado los mismos perfiles de identificación, históricamente se ha manifestado de manera diferente según los tipos de valor de cambio que en una sociedad haya utilizado el comerciante para vender los satisfactores.

Las etapas del comercio útiles a nuestra exposición son las siguientes:

- * Trueque o permuta.
- * Intercambio no monetario.
- * Intercambio monetario.
- * Crédito.

Trueque o permuta

En la primera etapa del comercio, el tráfico mercantil se distingue por la necesidad imperiosa de cambiar bienes de una producción por bienes que, haciendo falta, son a su vez excedentes de la producción de otro sujeto, que, por su parte, tiene necesidad de lo que al productor primigenio le sobra.

El trueque se produce espontáneamente entre ambas partes (los dos adquieren el papel de comerciantes y consumidores), sin intervención de ningún otro factor modificativo en el ánimo de uno u otro comerciante, ni en el interés lucrativo que uno u otro puede tener; el interés de ambos es, simplemente, solucionar una necesidad equivalente.

Intercambio no monetario.

La segunda etapa del comercio surge, cuando ya no se da la coincidencia necesaria en los artículos excedentes de la producción de dos sujetos: es decir, lo que a uno le sobra ya no le es útil al otro, ni viceversa; o bien, se da el caso de que una de las dos partes, o incluso las dos, no tuvieren bienes en exceso y por tanto no se diera el requisito de equilibrio entre la salida y entrada de un bien al patrimonio de los dos sujetos, lo cual es indispensable para que se dé el trueque.

Por esa eventualidad surgen los bienes denominados con valor común; éste es, bienes que tuvieran o representaran el mismo valor para todos.

Por ejemplo, en la actualidad el peso tiene un claro valor común ya que, además de valer lo mismo para todos, quien lo tenga no podrá hacer con el peso otra cosa que lo que haría cualquiera otro.

Antiguamente no había monedas y los bienes con valor común eran los imperecederos, fáciles de almacenar, pesar y medir, como los metales y algunos otros

artículos como plumas, piedras preciosas, telas, e incluso, algunos animales domésticos.

Intercambio monetario.

La siguiente etapa en el desarrollo del comercio occidental fue una consecuencia inmediata de la anterior. Algunos elementos, principalmente los metales, por sus magníficas propiedades de belleza, resistencia, facilidad de guarda y transporte, se convierten en mercancías de cambio, es decir, en bienes que sólo sirven para comprar otras mercancías; incluso llegan a servir para fijarle precio a las cosas.

De esta manera los metales se convierten en:

- * Mercancías destinadas exclusivamente al cambio.
- * Medidas de este cambio para saber cuanto vale cada cosa.
- * Sistema de conservación del valor, sin importar el tiempo y el espacio.

La fuerte preponderancia del señor feudal sobre los quehaceres de su feudo, donde el comercio no fue, desde luego, la excepción, motivó que los metales destinados al cambio que circulaban en cada feudo, se distinguieran de otros con la inscripción de textos y figuras identificables, dando así paso a la acuñación de moneda.

De esta forma, el "compro eso con tantos valores" fue sustituido por el "compro eso con tantas monedas".

Por otra parte, debido a que el señor feudal controla la unidad y el volumen de valor representado en las monedas de su principado - en muchos casos guiados por beneficio propio - pronto empieza a circular el papel moneda, representativo de diferentes cantidades de monedas metálicas; el príncipe determina, arbitrariamente, el

número de unidades que representará cada moneda, sea ésta metálica o de papel.

Crédito.

La lógica evolución histórica de las tres etapas mencionadas conduce al comercio a una fase superior: el crédito.

A diferencia de aquéllas en las cuales el cambio se realiza en el espacio, en esta etapa el cambio se efectúa en el tiempo. En aquéllas se entregaban las monedas (el precio) y a cambio se recibía la mercancía.

En el crédito se entrega la mercancía sin recibir las monedas (su precio), las cuales serán entregadas una vez transcurrido el tiempo pactado.

En el crédito hay compra, pero no hay simultaneidad en el intercambio de mercancía y moneda. La confianza indispensable para que este tipo de operaciones se realizaran fue una solución natural a necesidades, más comerciales que personales, dentro de las cuales contamos las siguientes:

a). Como ya se estableció, en cada feudo el valor del dinero era el que convenía al señor feudal y los comerciantes que desarrollaban actividades en diferentes regiones recibían monedas que no siempre eran aceptadas, por lo que, al no ser útiles, debían cambiarse por otras que sí lo fueran.

Ante esta necesidad surge un personaje que es el origen de varias de las instituciones cambiarias de nuestra época: el cambista o banquero. Éste, apostado a la entrada de cada centro de comercio, cambiaba las monedas que los comerciantes traían de otras regiones, por monedas que sí fueran aceptadas en ese lugar.

Gracias a la fuerza económica que adquieren estos cambistas, posteriormente sus actividades se ampliaron a la guarda de dinero por razones de seguridad e,

incluso, al pago del mismo contra una orden escrita dada por el que se lo había confiado.

Esta complicada operación triangular sólo pudo realizarse mediante bases de confianza (crédito) de los participantes: confianza del comerciante que entrega su dinero a un cambista; del que recibe una orden escrita en pago a cambio de una renta; y del cambista en la mencionada orden escrita.

b). Otro factor de importancia, aún vigente en la actualidad, fue el hecho de que los ingresos de los comerciantes no siempre coincidían, en tiempo, con la presencia de sus necesidades; es decir, tenían necesidad de adquirir algo, pero todavía no tenían dinero para pagarlo. Sin embargo, ésta era una situación que vivían todos los comerciantes e, incluso, el resto de los particulares.

La forzosa comprensión que los comerciantes tienen de esa realidad, por estarla viviendo todos, permitió la seguridad para aquel que vendía algo sin recibir todavía su precio, de que efectivamente le sería cubierto. Esta experiencia colectiva era lo que permitía la existencia del crédito.

c). Otro factor que el comerciante debió aceptar fue que no todos los grandes compradores pagan de forma inmediata a la compra propiamente dicha, pero también su experiencia le indicó que esos grandes compradores sí cumplen con el pago de la cantidad debida; es decir, son personas dignas de crédito.

De acuerdo con todo lo anterior, resulta que el crédito permitió que el comercio aumentara, se fortaleciera y se convirtiera en uno de los más importantes auxiliares del desarrollo de nuestra civilización.²

² DÁVALOS Mejía, Carlos Felipe. "Títulos y Contratos de Crédito. Quiebras". Segunda edición. Editorial Harla, S A , México. D.F 1984 Págs 8 a 13

2. Breve semblanza de la evolución del crédito en México como instrumento de cambio (hasta la fundación del Banco de México).

Como señalábamos líneas arriba, el desarrollo de la vida comercial en nuestro país fue cubriendo las etapas descritas en la alborada de nuestro estudio y desembocó en instituciones que vigorizaron el intercambio mercantil, con firmes aunque incipientes modelos crediticios, hasta bien entrado el siglo pasado.

"En México, durante su vida precolombina, fueron implementados modelos de cambio que, casi imperceptiblemente, superaron la etapa puramente permutativa, en donde existieron operaciones comerciales muy semejantes a lo que hoy conocemos como compra-venta, misma que era consensualmente perfeccionada por la entrega de una cosa a cambio de un precio cierto, que podía descansar sobre algunos bienes reconocidos por los mercaderes como dinero y que, a juicio de algunos estudiosos, tuvieron entre sus principales exponentes al cacao, algunos textiles, oro, cobre, estaño y ciertas plumas de aves exóticas que eran altamente apreciadas por su valor ornamental".³

Ahora bien, por lo que a esta exposición respecta, cabe subrayar que aun en esos años remotos podemos ubicar transacciones que, si bien en algunos aspectos rudimentarios, comparadas con el desarrollo que nuestra institución tenía ya en el occidente europeo, presentaban maticés de una evolución elemental que asomaba entre las múltiples operaciones comerciales: el préstamo a plazos, con o sin interés, del cual tenemos conocimiento por haber observado modelos de endeudamiento entre el pueblo azteca, cuyas penas por incumplimiento podían llegar a ser tan severas que pondrían al moroso en prisión o, en un peor caso, a caer en esclavitud.

³ CLAVIJERO, Francisco Javier. "Historia Antigua de México". Tercera edición Editorial Fondo de Cultura Económica, México, D.F 1981. Págs 170 a 173

Tal era la situación que se vivía entre los antiguos mexicanos, en lo tocante a nuestro análisis, cuando sobrevino el periodo de conquista y sometimiento de dichos pueblos por la Corona Española, misma que, una vez adueñada del espectro global de actividades en nuestra tierra, echó a andar el modelo económico de la Iberia Metropolitana.

La falta de dinero en numerario rompió con el modelo ortodoxo de comercio al que se hallaba habituado el peninsular de extracción feudal, situación que generó una necesaria e importante aplicación del crédito para el intercambio de cosas y servicios, con los matices que a la sazón se le había dado en Europa a ese instrumento mercantil, salpicado solamente con la particularidad de tratarse, en este lado del Atlántico, de créditos *intuitu personae*, carente de organizaciones que le delimitaran como mecanismo de cambio y ausente del poder público que se encontraba muy lejos de su ámbito espacial de aplicación.

La política comercial de la Corona Española basada en una resuelta imposición monopólica e imperialista de leyes restrictivas y proteccionistas no impulsó el progreso mercantil de España; antes bien, ayudó a la evolución económica de las potencias rivales, que hacían el doble juego de vender a España productos industrializados que ésta no fabricaba, a la vez que contrabandeaban hábilmente con las colonias de América.

Por lo que al crédito respecta, resulta fácil colegir que las escasas operaciones en donde el mismo se veía envuelto, no reportaban mayor importancia al sistema administrativo de entonces como para aplicarles una política especial y definida.

La legislación sobre esta materia es muy reducida. Una de las pocas referencias que se tienen es la Orden 28 de Felipe III al Consulado de México, inserta en la Recopilación de Leyes de Indias, que por su carácter restrictivo no resulta ocioso transcribir en esta oportunidad y que a la letra reza: "Ningún mercader que tenga tienda pública puede usar oficio de banco público aunque afiance, y si lo usare,

ordenamos y mandamos al Consulado que le cierre la tienda y condene en cuatrocientos pesos ensayados para nuestra Real Cámara y gastos del Consulado por mitad.⁴

Entre España y sus colonias casi no hubo intercambio crediticio; las operaciones de crédito derivadas del comercio indiano fueron unilaterales, monopolizadas por los mercaderes sevillanos y gaditanos. Las letras que firmaban los traficantes que venían a la Nueva España se pagaban al regresar a la península. Contrario a ello la redención crediticia coincidía con la extracción de fondos americanos para beneficio de la metrópoli, siendo uno de los principales ejemplos de ello el tipo de operación de crédito público, consistente en préstamos que los monarcas solicitaban de los colonos a cambio de juros y vales reales.

En un horizonte mercantil tan contraído y heterónimo, sólo los comerciantes estuvieron en condiciones de materializar alguna acumulación dineraria, convirtiéndose, por razones naturales, en un gremio prestamista, claro está, con intereses elevados, garantías de plena solidez y en una muy reducida escala. Para ser precisos, los créditos se extendían para auxiliar alguna transacción que ofreciera seguridades de rápido y cómodo reembolso.

Por otro lado, el clero católico fortaleció el terreno del préstamo vigorizando el desarrollo del crédito de consumo, del cual, la mayor parte de sus contrayentes casi nunca podían redimir sus compromisos en tiempo con la iglesia, situación que elevó exponencialmente los haberes de ésta sin generar, empero, un ambiente de bienestar como efecto de su contribución a la vida crediticia novohispana.

El crédito, en esa época, se desarrolló en ausencia de instituciones especializadas y sin contacto ni patrocinio de la metrópoli, como no fuera por su tolerancia y reglamentación.

⁴ Recopilación de Leyes de Indias, Libro IX, Título XXXVI, Ley LVIII. Madrid, 1756

Coincidentemente con las características de dicho periodo de nuestra historia nacional, los primeros cincuenta años de nuestra vida independiente fueron poco favorables para el desarrollo del crédito económicamente sano, mismo que se aplicó, primordialmente, a la producción destinada a restablecer los estragos causados por las incesantes contiendas cívicas y militares principiadas desde 1810 y que paralizaron al comercio, tanto en su tráfico interior como en el intercambio ultramarino establecido con Europa, canalizando dichos créditos a través de instituciones serias y responsables.

La ausencia de capitales hizo que el crédito fuera escaso y la inseguridad de la inversión le dio un carácter usurario.

Como la mayor demanda crediticia provenía del gobierno, toda vez que no había otra actividad atrayente para las operaciones del crédito, este lapso de su evolución en nuestra vida nacional fue ocupado, prácticamente, por el crédito público.

Entre las diversas medidas adoptadas para intentar resolver la problemática económica del país se encuentra "la promulgación de los decretos de 10 de mayo y 27 de agosto de 1823, que autorizaban al Ejecutivo para negociar dos empréstitos por ocho y veinte millones de pesos, respectivamente. A partir de entonces se inicia la contratación de créditos extranjeros que dieron nacimiento a la deuda exterior mexicana."⁵

Años después y con una accidentada y veleidosa forma de regulación de nuestra materia de estudio, aparece la primera institución bancaria de carácter particular en el país: el Banco de Londres y México, el 22 de junio de 1864.

⁵SARRO, Enrique. "La Deuda Exterior de México" Compilación publicada en la Revista de Hacienda, v IV, n 18 y 20. México, 1939.

Dicha institución tuvo el mérito de haber introducido en México la circulación del billete de banco, además de difundir las ventajas de la organización crediticia por medio de establecimientos especializados y de haber ofrecido a nuestros capitalistas un ejemplo práctico sobre la forma de realizar y dirigir el comercio de la banca.

La época porfirista tuvo como escenario la maduración del régimen feudal y la iniciación de nuestro desarrollo capitalista, mismo que acarrió la exigencia de crear instituciones de crédito, dando así origen al nacimiento de los bancos comerciales que, paradójicamente, discordaban con las circunstancias de la vida económica de fin de siglo, las cuales, ciertamente, no eran propicias para el sano desenvolvimiento de este tipo de banca, que sólo se mantuvo artificialmente por el esfuerzo del gobierno porfirista, terratenientes y hombres de empresa.

A fines de 1883, la estructura bancaria del país estaba constituida por ocho instituciones de crédito, a cual más disímbolas, y por un proyecto de establecimiento bancario, el del Banco de Empleados. Las ocho instituciones eran las siguientes: el Banco de Londres, México y Sudamérica -sucursal de un banco extranjero-; el Nacional Monte de Piedad - casa de empeños autorizada para emitir billetes y practicar el giro bancario -; el Banco Nacional de México - concesionado por la federación -; el Banco Mercantil Mexicano - que funcionaba sin concesión federal -; el Banco Internacional e Hipotecario - facultado para emitir billetes de banco -; y los Bancos de Santa Eulalia, Mexicano y Minero Chihuahuense - primeros concesionados por un Estado del interior de la República -. ⁶

El Código de Comercio de 1884 comprendió las primeras leyes generales que se expidieron en nuestro país en materia bancaria.

Las disposiciones de este código, por lo que se refiere a los bancos, se ocupaban principalmente de señalar las condiciones a las que deberían sujetarse a

⁶ LOBATO López, Ernesto. " El Crédito en México " Primera edición. Editorial Fondo de Cultura Económica México, D.F. 1945 Págs 166 a 167.

partir de entonces para el funcionamiento de las instituciones ya establecidas o por establecerse en el país.

En 1889 se expide un nuevo Código de Comercio para regular toda la actividad bancaria sujetándola al régimen de concesión federal. Estas nuevas disposiciones despertaron en muchos Estados de la República interés y entusiasmo por el establecimiento de instituciones de crédito, llevándose, en consecuencia, concesiones en Yucatán, Durango, Zacatecas y Nuevo León.

El tres de junio de 1896 se promulgó un decreto que facultaba al ejecutivo para expedir la Ley General por la que deberían regirse la Concesión, el Establecimiento y las Operaciones de los Bancos de Emisión en los Estados de la República y Territorios Federales.

El 19 de marzo de 1897 se expidió la Ley General de Instituciones de Crédito, siendo la primera vez que el crédito bancario mexicano tuvo una legislación especial; quedando legalmente estructurado, después de treinta años, el sistema mexicano de bancos, permitiéndose el establecimiento de instituciones crediticias en el país sólo mediante concesión del ejecutivo federal.

Ante el fracaso porfirista se fue creando la necesidad de terminar con el continuismo político y se volvió necesario el establecimiento efectivo del sufragio popular, estallando con ello la lucha revolucionaria de 1910.

Desde el punto de vista crediticio esta lucha significó una etapa de transición, desmoronándose el sistema bancario porfirista, mismo que se recuperó para adaptarse, paulatinamente, a las nuevas condiciones económicas del país y al establecimiento de nuevas bases de organización bancaria. Consecuencia de ello fue la promulgación, en 1925, de la Ley de Instituciones de Crédito y la creación del Banco Central de Emisión, iniciándose con ello, una nueva vida de la banca mexicana.

Esta ley, años más tarde, hubo de sufrir modificaciones de acuerdo con las nuevas exigencias de la realidad social. Sin embargo, con ella se creaba el tan necesario y esperado banco único de emisión, inaugurándose el Banco de México, S.A., el primero de septiembre de 1925.

3. Concepto.

En primera acepción crédito significa dar por cierto lo que otro ha propuesto, que merece confianza; que supone con cierta seguridad la satisfacción puntual de los compromisos que ha contraído y que, por ello, goza de buena fama y buena reputación.

Para el Lic. Pedro Mario Giraldi⁷, "cuando la palabra crédito se utiliza para calificar a un contrato, es porque las partes acuerdan o prometen la transferencia de la propiedad de una cosa fungible y la restitución de otra cosa de la misma especie, luego de transcurrido un tiempo."

De ésto se deduce que la confianza y el transcurso del tiempo son elementos implícitos en la realización de una operación crediticia. Sin embargo, a juicio del Dr. Raúl Cervantes Ahumada⁸, dichos elementos no son esenciales, puesto que con frecuencia se otorgan créditos sin que medie la confianza y aún con el conocimiento de que la solvencia y voluntad del acreditado para cumplir sus obligaciones son inexistentes, independientemente de los motivos que sostengan al perfeccionamiento de operaciones crediticias que adolezcan de estas particularidades.

⁷ GIRALDI, Pedro Mario. "Cuenta Corriente Bancaria y Cheque". Primera edición. Editorial Astrea. Buenos Aires, Argentina, 1978. Pág. 5.

⁸ CERVANTES Ahumada, Raúl "Títulos y Operaciones de Crédito" Décimocuarta edición. Editorial Herrero México, D.F. 1988 Pág 214.

La confianza, por sí sola, no implica el crédito pues para que éste exista, deben mediar también promesa y vencimiento.

Para John Stuart Mill⁹, el crédito es el permiso de utilizar el capital de otras personas en provecho propio.

Esta definición presenta ciertas carencias, toda vez que el crédito implica un compromiso mucho más amplio que el sólo permiso de utilizar un capital perteneciente a otra persona, independientemente de que no sólo el acreditado resulta beneficiado, sino también el acreditante.

Para alguno de los autores el crédito es sólo una promesa de pagar dinero.

Esta definición, a todas luces, se limita a un sólo aspecto del crédito, además de que constriñe el pago de la obligación exclusivamente con dinero, cuando en realidad puede ser cumplida también en especie y aún en crédito.

Para otro autor el crédito es la confianza en la posibilidad, voluntad y solvencia de un individuo en lo que se refiere al cumplimiento de una obligación contraída.

En esta definición se prescinde del elemento temporal contenido en toda obligación pactada a vencimiento, como lo es el crédito.

Para el Lic. Octavio A. Hernández "el crédito es una institución económico-jurídica por cuya virtud una persona entrega a otra un bien presente a cambio de la promesa de que se le entregara, al vencimiento de la obligación, otro bien o su equivalente".¹⁰

⁹ MILL, John Stuart "Principios de Economía Política". Segunda edición. Editorial Fondo de Cultura Económica México, D F. 1996. Pág. 446.

¹⁰ HERNÁNDEZ, Octavio A. "Derecho Bancario". Primera edición Tomo I. Editorial A.I A. México, D F. 1956. Pág 23.

Como podemos percatarnos, en este concepto son establecidos, además de la naturaleza del crédito en forma genérica, todos sus elementos más relevantes, como son la obligación de pagar, el plazo y la forma en que puede ser finiquitada dicha obligación.

Por último, en sentido moral, crédito puede entenderse como la buena reputación de que goza una persona, la consideración favorable en que es tenida en un ambiente social determinado, sea por su rectitud, por su habilidad profesional, por su sólida posición patrimonial o por todas esas cosas a la vez.

Ahora bien, añade, en sentido estrictamente jurídico la voz crédito indica, en primer lugar, el derecho subjetivo que deriva de cualquier obligación y se contrapone al débito que incumbe al sujeto pasivo de las relaciones, no importando que la causa que da lugar a dicha relación sea contractual o extracontractual, gratuita u onerosa.

Según este autor el derecho de crédito no corresponde a una obligación económica de crédito y, contrariamente, siempre que exista crédito en un aspecto económico, bajo cualquier modelo de obligación, se generará un derecho de crédito.

De su modo de ver la obligación genérica se desprende su tamiz jurídico, por lo que, jerárquicamente, el derecho de crédito con carácter económico vendría a ocupar un subespacio entendido como específico en esta definición.

Nosotros aceptaremos esta disociación del concepto para efectos puramente ideológicos y haremos énfasis, durante el desarrollo de nuestro estudio y para los fines que nos hemos trazado, en los alcances económicos del aspecto jurídico que gravita en torno de esta institución.

4. Características.

En forma general, podemos afirmar que los contratos de crédito son *Intuitu Personae*, ya que el sujeto que entrega la cosa objeto del contrato arriesga perder su valor si no resultan ciertas sus conjeturas sobre la confianza que merezca la persona por él acreditada, sus condiciones económicas, honestidad y solvencia.

Por ende, una de las características esenciales es la confianza en el cumplimiento de las obligaciones de las partes, además de la mediación necesaria de que dicho cumplimiento tendrá verificativo al vencimiento del plazo establecido.

No obstante, ello, el crédito llega a otorgarse sin esta certeza, como en el caso de los contratos de crédito bancario, que se extienden por otro tipo de consideraciones, muchas de ellas más económicas que jurídicas.

No es necesario, para caracterizar al crédito, que tenga efectivamente lugar la restitución de la cosa, pues dentro del contrato está implícito el riesgo.

Tampoco es esencial que el contrato genere la obligación de pagar intereses, pues éste es sólo un rasgo colateral de los contratos de crédito del cual puede prescindirse para su perfeccionamiento y plena validez.

Por ejemplo, el depósito irregular pecuniario en cuenta corriente no devenga intereses y, sin embargo, se trata de un típico contrato de crédito. "Cuando se pactan intereses, éstos constituyen el precio del tiempo".¹¹

Entre las características de esta figura destaca la identificación de sus elementos constitutivos, en el entendido de que de toda definición que abarque en sentido estricto el contenido de una operación de crédito, podemos derivar los

¹¹ GIRALDI, Pedro Mario, op. cit., pág. 3.

elementos que la constituyen.

En este orden de ideas podemos afirmar que al crédito se le considera como una institución económico-jurídica por cuya virtud una persona entrega a otra un bien presente y fungible a cambio de la promesa de que se le entregará al vencimiento de la obligación otro bien de la misma naturaleza o su equivalente.

Analizando este concepto, encontramos los siguientes elementos:

a). **SUJETOS.** Participan dos partes:

a. 1). **Acreditante:** es la persona que hace la entrega del bien o su equivalente intangible.

a. 2). **Acreditado:** es la persona que recibe dicho bien o su equivalente intangible.

b). **OBJETO.** Constituye la razón de la operación crediticia en sí, motivo por el cual las partes otorgan su consentimiento para celebrar determinado contrato.

Consiste, materialmente, en la entrega de la cosa o bien fungible por parte del acreditante y la promesa de restitución del mismo bien por parte del acreditado, o bien, de los derechos u objetos intangibles motivo de la contratación.

c). **CONSENTIMIENTO.** Por tratarse de exteriorización de voluntades, es menester que las partes se pongan de acuerdo sobre las condiciones del mismo, para que éste llegue a perfeccionarse.

Es el acuerdo de voluntades de ambas partes para quedar obligados a la creación o transformación de derechos y obligaciones.

d). **PLAZO O VENCIMIENTO.** Es el tiempo establecido para que el acreditado cumpla su promesa de restituir el bien entregado con anterioridad o su equivalente.

A decir del Lic. Pedro Mario Giraldi, a los elementos esenciales de los contratos de crédito los podemos centrar, básicamente, en:

- * Transferencia del dominio (o promesa) de una cosa que debe ser fungible, (o bien, un derecho o cosa intangible.)

- * Tiempo que debe transcurrir entre la entrega de la cosa y la restitución correspondiente.

Por otro lado, para el Lic. Miguel Acosta Romero¹², los elementos del crédito se resumen de la siguiente manera: la existencia de ciertos bienes; la transferencia de ellos o la disposición jurídica de su titular a otra persona (la que lo disfruta); el lapso de tiempo durante el que se usan esos bienes y la obligación de restitución de los mismos (aunque no siempre se puede por la naturaleza de éste), con el pago de la cantidad pactada por su uso.

El autor referido concede la posibilidad de integrar a la confianza como un factor adicional que puede entenderse como elemento configurativo del crédito.

Para entender la clasificación de nuestra materia de estudio, ponderaremos como viables las distintas alternativas que la doctrina nos ofrece como monadología de los elementos del crédito.

¹² ACOSTA Romero, Miguel " Nuevo Derecho Bancario". Sexta edición. Editorial Porrúa, S.A., México, D.F. 1997. Págs. 52 a 58.

5. Clasificación.

El crédito puede ser clasificado desde cuatro diferentes puntos de vista:¹³

A. Desde el punto de vista del sujeto a quien se otorga el crédito.

Se subdivide en tres categorías:

A.1. Crédito Privado.

A.2. Crédito Público.

A.3. Crédito Semiprivado o Semipúblico.

A.1. Crédito Privado: Es el que se otorga a los particulares en su calidad de tales.

A.2. Crédito Público: Es el que se otorga a las corporaciones estatales o de derecho público (Federación, Estados, Municipios).

A.3. Crédito Semiprivado o Semipúblico: Es el que se otorga tanto a las corporaciones estatales que jurídicamente tienen carácter de personas privadas, como a las personas privadas en las que el estado, en cualquiera de sus manifestaciones indicadas, tiene interés jurídico, económico o de otra índole.

B. De acuerdo con el plazo en el que se realizan las operaciones de otorgamiento del crédito y pago del mismo.

Se subdivide en tres categorías:

B. 1. Crédito a corto plazo.

B. 2. Crédito a mediano plazo.

B. 3. Crédito a largo plazo.

¹³ HERNÁNDEZ Octavio, A., op. cit., págs. 24 a 28.

La determinación del plazo puede ser muy flexible, en atención al lugar y a la época en que el crédito se otorga, así como en vista de la cuantía o de la finalidad del mismo, o bien, del sujeto que lo confiere.

C. Según el tipo de garantía con la que se asegure al crédito.

Se subdivide en dos categorías:

C. 1. Crédito Personal.

C. 2. Crédito Real.

C. 1. Crédito Personal: Es el que está garantizado por la confianza de quien otorga el crédito en la persona que lo recibe.

Esta clase se subdivide en dos categorías:

C. 1. a). Crédito Personal Unilateral (o simple).

C. 1. b). Crédito Personal Bilateral (o complejo).

C. 1. a). Crédito Personal Unilateral (o simple): Es aquel garantizado por una sola persona, generalmente la que recibe el crédito, aún cuando puede ser un tercero quien garantice el mismo.

C. 1. b). Crédito Personal Bilateral (o complejo): Es aquel garantizado en los mismos términos que el unilateral, pero por dos o más personas.

C. 2. Crédito Real: Es aquel cuyo cumplimiento se asegura mediante un bien que se afecta a tal fin.

Esta clase se subdivide en tres categorías:

C. 2. a). Crédito Real Pignoraticio.

C. 2. b). Crédito Real Hipotecario.

C. 2. c). Crédito Real Fiduciario

C. 2. a). Crédito Real Pignoraticio: Es aquel cuyo cumplimiento se garantiza mediante el otorgamiento de un contrato de prenda.

C. 2. b). Crédito Real Hipotecario: Es aquel cuyo cumplimiento se garantiza mediante la constitución de hipoteca.

C. 2. c). Crédito Real Fiduciario: Es aquel cuyo cumplimiento se garantiza mediante la constitución de un fideicomiso de garantía.

D. Según su destino.

Se subdivide en dos categorías:

D. 1. Crédito Productivo.

D. 2. Crédito de Consumo (o doméstico).

D. 1. Crédito Productivo: Es aquel que se destina a incrementar la riqueza existente.

Esta clase se subdivide en tres categorías:

D. 1. a). Crédito Productivo de Explotación.

D. 1. b). Crédito Productivo de Renta.

D. 1. c). Crédito Productivo de Posesión (o fijo).

D. 1. a). Crédito Productivo de Explotación: Es el que se destina directamente a financiar la explotación de una negociación para aumentar la calidad o la cantidad de la riqueza que ésta produce.

D. 1. b). Crédito Productivo de Renta: Es el destinado al pago de las cantidades que periódicamente se entregan por concepto de alquiler al propietario del inmueble en el que se haya establecido la explotación acreditada.

D. 1. c). Crédito Productivo de Posesión (o fijo): Es el que, más correctamente, debería ser denominado crédito de propiedad, ya que se destina a la adquisición de los inmuebles necesarios para instalar la explotación existente o para ampliar ésta, o bien, a la adquisición de inmuebles constitutivos de la propia explotación.

D. 2. Crédito de Consumo: Es aquel que tiene por objeto satisfacer necesidades personales o familiares de quien lo recibe.

6. El crédito en particular.

Después de haber formulado un comentario preliminar acerca del crédito, de haber estudiado su evolución histórica en México, de haber analizado sus características e, incluso, de haber concluido que el crédito es una actividad mercantil que ha tenido que ser regulada por el derecho en virtud de involucrar la confianza en el cumplimiento de las obligaciones de las partes, y que por razones económicas éste se tiene que conceder, en muchas ocasiones, sin tomar en cuenta consideraciones jurídicas, se han centrado algunos objetivos del acercamiento primario de este trabajo recepcional en la vinculación de esta figura jurídica con el entorno que es determinado por los factores de la producción, de venta de bienes y de la determinación de precios, para denotar la importancia de las figuras mercantiles en la práctica diaria de negocios, que dan origen al esquema normativo regulatorio de la vida comercial de nuestro país.

De este modo podemos asegurar que la importancia económica del crédito radica en la relación que éste tiene con la creación de capitales, en el entendido de que el crédito, por sí mismo no crea capitales, sino que se traduce en el detonante para la creación de riqueza, ya que el crédito favorece a la producción al permitir que la capacidad de trabajo de quien carece de medios económicos para generar riqueza se sume a la contribución crediticia que recibe de un tercero convirtiendo su

aportación en elemento multiplicador de la actividad productiva.

Por otra parte, analizando algunas consideraciones acerca de la influencia del crédito en la determinación de precios, algunos autores comentan que quien recibe crédito carga, generalmente, el precio de éste a quien adquiere de él los artículos que adquirió o que produjo utilizando el crédito recibido. Empero, esto no debe justificar que quien adquiera bienes a crédito deba vender directamente y de contado al consumidor, puesto que algunos instrumentos del derecho mercantil moderno, como los analizados en el presente trabajo, ofrecen otras alternativas para resarcir el crédito recibido. Esta hipótesis será ventilada en el capítulo cuarto de esta tesis, donde trataremos la operación del fideicomiso dentro del contrato de apertura de crédito en cuenta corriente.

Conviene enfatizar, en el espectro amplio del concepto sometido a las observaciones que realizamos, que el crédito incide sobre el precio de los bienes sujetos a comercialización directamente en la proporción en la que arriesga su dinero quien lo otorga y en la que paga intereses quien lo recibe, apoyándonos en una visión clásica de compromisos normativamente vinculatorios susceptibles de traducirse en responsabilidad o pago para el deudor y en el otorgamiento de un premio para el acreedor que genera la distribución de riqueza.

Otros autores opinan que el crédito influye indirectamente en el incremento de precios de bienes comercializados a plazo, ya que el valor adquisitivo de la moneda tiende a bajar durante el tiempo que tarda en concluir el ciclo comercial de compra-venta sujeta a un término dado.

En efecto, el crédito tiene influjo en la ley de la oferta y la demanda en época de crisis financiera como la que nos atañe, ya que la demanda de bienes y servicios comercializados a plazo aumenta como consecuencia de la pérdida de poder adquisitivo de las personas físicas y entes económicos, mismos que, a su vez, tienen que recurrir al crédito por falta de liquidez incrementando la oferta del mercado

crediticio.

Como se puede observar, en la actualidad el crédito se encuentra inmerso en cualquier modelo económico o financiero. El ambiente genérico para el estudio de los contratos materia de esta tesis se puede contemplar en todas las operaciones comerciales, pudiendo mencionar como instrumentos jurídicos para la realización de éstas, entre otros, al contrato de apertura de crédito para expedición y uso de tarjetas a personas físicas, o bien, la apertura de una línea de crédito en cuenta corriente (crédito revolving) que una institución bancaria hace a una empresa corporativa o también llamada triple "A" para proporcionarle liquidez -entre otras-, o incluso el propio fideicomiso como una contraprestación accesoria que brinda el banco al cliente como resultado de la preexistencia del contrato de apertura de crédito en cuenta corriente, aun cuando ello sea determinado para evitar cargas económicas adicionales por las ministraciones de recursos ya comprometidos que salgan de la programación cronológica preestablecida en el clausulado de un contrato otorgado para cubrir el monto total de un crédito concedido.

Por supuesto, estas figuras se estudiarán con toda precisión en el desarrollo de capítulos posteriores.

CAPÍTULO II

CAPÍTULO SEGUNDO

APERTURA DE CRÉDITO

1. Concepto.

a). Concepto de la Apertura de Crédito:

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

El artículo 291 de nuestra Ley General de Títulos y Operaciones de Crédito define a la apertura de crédito como el contrato en virtud del cual el acreditante - banco - se obliga a poner una suma de dinero a disposición del acreditado - persona física o moral - o a contraer por cuenta de éste una obligación, para que él mismo haga uso del crédito concedido en la forma, términos y condiciones convenidos, quedando obligado el acreditado a restituir al acreditante las sumas de que disponga, o a cubrir oportunamente el importe de la obligación que contrajo y, en todo caso, a pagarle los intereses, prestaciones, gastos y comisiones que al efecto se estipulen.

b). Operaciones bancarias activas.

Las llamadas operaciones bancarias activas tienen la nota común de consistir en concesiones de crédito hechas por el banco; se trata de que éste proporcione cantidades de dinero a cambio de la obligación de restitución.

Todas ellas son operaciones de crédito que pueden realizarse, con la sola excepción de los descuentos de créditos en libros. sin autorización especial, es decir,

estas operaciones pueden practicarse por no comerciantes y por comerciantes sin necesidad de obtener autorización de la Secretaría de Hacienda y Crédito Público para operar como banco; no son operaciones bancarias típicas. De todos modos, presentan ciertas particularidades cuando son practicadas por los bancos con carácter profesional y en masa, con una vinculación ineludible a las operaciones pasivas, consistiendo en ésto, justamente, la particularidad del negocio bancario: en recibir dinero del público para poder proporcionarlo a quien lo necesite. En la diferencia entre lo que se paga por obtener el dinero y lo que se cobra por proporcionarlo, radica el beneficio bancario.

- De las operaciones de crédito que enumera la Ley General de Títulos y Operaciones de Crédito - debiendo advertirse que no se trata de una enumeración taxativa -, son operaciones activas de crédito las siguientes:

- * Reporto.
- * Apertura de crédito.
- * Descuento de créditos en libros.
- * Créditos confirmados.
- * Créditos de habilitación y avío.
- * Créditos refaccionarios.

Las operaciones mencionadas, salvo el reporto, son modalidades de la apertura de crédito.

La cuenta corriente es, también, una operación activa, pero bilateral. Las cartas de crédito son operaciones activas para el banco que las da.

c). Variantes de este mismo contrato:

c.1). Unidad jurídica de todas estas operaciones: Las diversas operaciones que hemos enumerado, con excepción del reporto, de la carta de crédito y de la cuenta

corriente, son simples variantes de la operación fundamental que es la apertura de crédito y se caracterizan por el hecho de que el banco se compromete a poner dinero a disposición del acreditado, y que este, a su vez, se compromete a restituir la cantidad que el banco le entregó, al cumplir la obligación que asumió por aquél.

c.2). Modalidades: En la Ley General de Títulos y Operaciones de Crédito se regulan descuentos, anticipos, etcétera, pero todas esas operaciones, son simples variantes de la forma genérica que es la apertura de crédito. Las particularidades de unas y de otras derivan unas veces del objeto de la obligación del acreditante; otras, de la forma de disposición o de la garantía que el acreditante recibe y otra del destino del crédito.

Lo expuesto puede resumirse en el cuadro que el Maestro Rodríguez Rodríguez ha formulado para este fin y que habremos de exhibir en el apartado relativo a la clasificación de esta figura, dentro de este capítulo, en su debida oportunidad¹⁴.

Ahora bien, en Derecho Español, "la apertura de crédito es un contrato por el cual el banquero se compromete, mediante el pago de una comisión, a proporcionar los fondos que hasta una cierta cuantía le pide su cliente (llamado acreditado) que habrá de devolver en las condiciones pactadas".¹⁵

Para el Maestro Carlos Felipe Dávalos Mejía¹⁶ el contrato de apertura de crédito es aquel por virtud del cual un sujeto (acreditante), se obliga a poner a disposición de otro (acreditado), una determinada cantidad de dinero, o bien, a contraer durante ese tiempo una obligación a su nombre; y, por su parte, el acreditado se obliga a restituir ese dinero o a pagar la obligación contratada en el término pactado. Cuando

¹⁴ RODRÍGUEZ Rodríguez, Joaquín. "Curso de Derecho Mercantil". Vigésimosegunda edición. Tomo II. Editorial Porrúa, S.A., México, D.F. 1996. Págs 75 a 76

¹⁵ SÁNCHEZ Calero, Fernando. "Instituciones de Derecho Mercantil". Décima edición. Editorial Revista de Derecho Privado, Editoriales de Derecho Reunidas. Madrid, España. Pág. 451

¹⁶ DAVALOS Mejía, Carlos. "Derecho Bancario y Contratos de Crédito". Segunda edición. Editorial Harla S.A. de C.V. México D.F. Pág. 254

coloquialmente se está hablando de un crédito comercial, a lo que se está haciendo referencia, en términos técnicos, es al contrato de apertura de crédito.

Lo anterior se explica, ejemplificadamente, de la siguiente manera: si el acreditante pone a disposición del acreditado, durante un mes, un millón de pesos (es decir, se compromete a prestarle un millón de pesos), durante ese lapso el acreditado podrá exigir cuantas entregas parciales desee hasta que agote el millón; o bien, puede pedirlo de una sola vez. Si cumplido el mes, el acreditado solicitó entregas por \$850 mil, ya no podrá utilizar los \$150 mil que restan, por que el plazo durante el cual el acreditante estaba obligado, feneció. A la inversa, en caso de que el acreditado disponga del millón antes de que venza el contrato, ya no podrá disponer de un peso más, en virtud de que el acreditante estaba obligado sólo por esa cantidad. Hay una excepción a esta regla que deriva de la existencia de dos tipos de contratos de apertura de crédito: el simple, que es al que nos estamos refiriendo, y el de cuenta corriente.

La diferencia troncal entre estas dos modalidades radica en el tiempo en que expira la obligación del acreditante de poner las cantidades a disposición del acreditado, o bien, cuando éste agota las cantidades que se le facilitaron por virtud del contrato.

Como ya vimos, el crédito simple termina cuando se agota la cantidad puesta a disposición o cuando expira el tiempo durante el cual existía la obligación de ponerlo a disposición, lo que suceda primero.

Ahora bien, el contrato en cuenta corriente es aquel por virtud del cual el término permanece invariable, pero el acreditado, conforme vaya haciendo uso del dinero puesto a su disposición, lo puede ir regresando en remesas parciales, de forma que, aunque disponga de parte del monto, el límite máximo del crédito nunca se agota.

Supóngase que el límite es de un millón de pesos: se solicitan \$900 mil (quedan \$100 mil); después se pagan \$300 mil (quedan \$400 mil); después se solicitan \$400 mil (queda \$0); al día siguiente se paga un millón de pesos y así, de manera que nunca se sobrepase el límite; entonces, el acreditante sigue obligado a continuar prestando, porque su obligación es poner a disposición del acreditado un millón de pesos en cuenta corriente que, en el caso, es lo sucedido. Este sistema de apertura de crédito se denomina, también, de saldos revolventes.

El contrato de apertura de crédito ha sido absorbido, casi en su totalidad, por los bancos, de manera tal que incluso gran parte de los créditos personales, conocidos como, quirografarios, por oposición a los que se garantizan con garantías reales, se instrumentan, precisamente, mediante un contrato de apertura de crédito, pues el límite del fondo revolvente suele ser la línea de crédito de cada cliente, entendiéndolo a ésta como el monto total de crédito que una institución de crédito otorga a un cliente (en concordancia con lo expuesto por el Maestro Raúl Cervantes Ahumada, por cuanto hace al origen de esta expresión tan utilizada en la jerga bancaria mexicana y que, a parecer suyo, proviene del enunciado en lengua inglesa *line of credit*, utilizado en la práctica bancaria norteamericana y cuyo origen, de acuerdo a Langston¹⁷, era el de “una línea de crédito que puede ser definida como un contrato por el cual el banco se obliga a hacer préstamos al beneficiario, hasta cierto máximo y durante un tiempo determinado”¹⁸).

Muchos otros tipos de créditos bancarios se instrumentan también de esa forma.

No obstante, la ley no ha convertido a esta figura en privativa de las instituciones bancarias y, por tanto, permanece la posibilidad de que pueda ser otorgado entre personas de derecho privado, como sucede en una variedad de convenios en los cuales, por ejemplo, el vendedor vende a fiado, como en el caso de

¹⁷ LANGSTON, "Practical Bank Operation", New York, 1921 Tomo I Pág. 255

¹⁸ CERVANTES Ahumada, Raúl, op. cit., pág. 251.

un automóvil.¹⁹

Para distinguir con precisión al contrato materia de nuestro estudio recepcional, resulta insoslayable enfatizar el aserto de que en la apertura de crédito en cuenta corriente la institución crediticia pone a disposición del cliente una suma de dinero y éste puede, durante el proceso de la cuenta, retirar sumas dentro de los límites en que el crédito le ha sido concedido y efectuar remesas antes de la fecha fijada para la liquidación; pero siempre es deudor y la institución siempre es acreedora.

“Con el propósito de no confundir otras instituciones jurídicas similares en su operación, mas no idénticas, con el contrato arriba referido, es importante aclarar que, en el contrato de cuenta corriente, las partes no se otorgan crédito en forma recíproca, de tal suerte que no se da la posibilidad de que una como la otra resulten acreedoras al vencerse la cuenta”.²⁰

Rodríguez Rodríguez afirma que la apertura de crédito en cuenta corriente supone que el acreditante concede un crédito por cuantía definida a favor del acreditado, del que puede disponer mediante retiros sucesivos; también puede restablecer, salvo pacto en contrario, la cuantía inicial del crédito mediante abonos a su favor. Se trata de una concesión de crédito unilateral, radicalmente distinto del contrato de cuenta corriente, que por definición supone bilateralidad en el crédito.

Además, en el contrato de cuenta corriente es esencial que se fije plazo para la liquidación periódica y el establecimiento del saldo, lo que no es necesario en la apertura de crédito.²¹

En México, el contrato de apertura de crédito se estableció en la práctica, de forma estructurada, por primera vez, en la Ley General de Títulos y Operaciones de

¹⁹ DÁVALOS Mejía, Carlos Felipe, op. cit., págs. 254 y 255

²⁰ VÁSQUEZ Del Mercado, Oscar. “Contratos Mercantiles”. Séptima edición. Editorial Porrúa, S. A., México, D. F. 1997. Págs. 417 y 418.

²¹ RODRÍGUEZ Rodríguez, Joaquín, op. cit., pág. 94.

Crédito.

En la realidad, la apertura de crédito consiste en que una persona, ya sea física o jurídica, quien precisa de una cierta cantidad de dinero durante un tiempo más o menos prolongado, determina solicitar a un banco la celebración de una apertura de crédito, ya que en virtud de ésta, podrá retirar del banco, durante el tiempo de vigencia del contrato, en forma fraccionada o en un sólo acto, según su conveniencia, la suma que dicho banco se obliga a pagarle. A su vez, se compromete a retribuir los servicios del banco acreditante con el pago de una comisión calculada, por lo general, en proporción al plazo durante el cual puede retirar fondos, comprometiéndose, adicionalmente, a devolver las sumas de que haya dispuesto a partir de una fecha determinada, con los intereses compensatorios devengados.

Por otra parte, la apertura de crédito no se limita únicamente al préstamo de cantidades de dinero, pues puede consistir en avalar letras de cambio, o afianzar obligaciones que se contrajeron o puedan contratarse con terceros.

En resumen, la apertura de crédito bancaria es el contrato por virtud del cual el banco se obliga, dentro del límite pactado y mediante una comisión a percibir por parte del cliente, a poner a disposición de éste, en la medida de sus requerimientos, determinadas sumas de dinero, o a realizar otras prestaciones que al cliente le permitan obtenerlo.

En el proyecto de reformas al Código de Comercio Francés, se dice que la apertura de crédito tiene por objeto poner, directa o indirectamente, a disposición del beneficiario, medios de pago hasta la concurrencia de una determinada suma de dinero, siendo ésto revocable, en un último caso, por voluntad del banquero.

De acuerdo a la práctica bancaria española se le define como aquel contrato por el cual el banco se obliga, dentro del límite pactado y mediante una comisión que percibe del cliente, a poner a disposición de éste, en la medida de sus requerimientos,

determinadas sumas de dinero, o a realizar otras prestaciones que a este último le permitan obtenerlo.

En el artículo 291 de nuestra Ley General de Títulos y Operaciones de Crédito se define a la apertura de crédito como: "el contrato en virtud del cual el acreditante - banco- se obliga a poner una suma de dinero a disposición del acreditado -persona física o moral- o a contraer por cuenta de éste una obligación, para que él mismo haga uso del crédito concedido en la forma, términos y condiciones convenidos, quedando obligado el acreditado a restituir al acreditante las sumas de que disponga, o a cubrir oportunamente el importe de la obligación que contrajo y, en todo caso, a pagarle los intereses, prestaciones, gastos y comisiones que al efecto se estipulen".

Conforme al contenido de este último artículo, en el contrato de apertura de crédito se producen dos efectos: uno inmediato y otro futuro y eventual.

El inmediato consiste en la puesta a disposición del crédito por el acreditante al acreditado. El futuro y eventual se materializa al retirar al acreditado las partidas puestas a su disposición por el acreditante, o utilizar la firma de éste en la asunción de obligaciones por cuenta suya.

En nuestro derecho, este contrato no es exclusivamente bancario, sino que también puede ser celebrado entre particulares. Sin embargo, son los bancos quienes con mayor frecuencia y normalidad realizan o celebran estas operaciones.

2. Regulación legal.

Esta figura se encuentra regulada, principalmente, por la Ley General de Títulos y Operaciones de Crédito, entre sus artículos 291 y 301

Es prudente acotar que, si bien en algunos países no se ha legislado al respecto, la *vida práctica de esta institución jurídica* se despliega en todo el mundo, siendo en nuestro país el artículo 291 de la Ley General de Títulos y Operaciones de Crédito el que *conceptualiza a este contrato*.

Este contrato es, en nuestro derecho, de los denominados consensuales, ya que su perfeccionamiento se presenta con el consentimiento de las partes sobre cantidad, interés y demás pactos negociables. A este respecto, se especifica en el artículo 292 de la misma ley, que si las partes fijaron límite al importe del crédito, se entenderá, salvo pacto en contrario, que en él quedan comprendidos los intereses, comisiones y gastos que deba cubrir el acreditado.

Respecto del límite del crédito, se establece en el artículo 293 de la propia Ley General de Títulos y Operaciones de Crédito, que si éste no se señala respecto de las disposiciones del acreditado, o si por el objeto a que se destina el crédito no es posible determinar el importe de éste, se faculta al acreditante para fijar ese límite en todo tiempo, aún cuando el acreditado, actuando de buena fe, puede disponer del crédito o del derecho proporcionado sin más límites que los fijados por su capacidad personal.

En el artículo 294 del cuerpo legal al que nos hemos venido refiriendo, se estatuye que, indistintamente, se puede convenir que cualquiera de las partes, o ambas a la vez, sean facultadas para restringir el contrato o para denunciarlo respecto de su terminación, extinguiéndose el crédito en este último caso, en la parte de la cual no hubiere hecho uso el acreditado hasta el momento de la denuncia. Esto mismo se incluye en las causas de extinción del crédito contenidas en el artículo 301 de la propia Ley General de Títulos y Operaciones de Crédito.

En el artículo 295 del ordenamiento de referencia, se contempla la posibilidad de que el acreditado disponga a la vista de la suma objeto del contrato.

En este contrato la prescripción y la caducidad se organizan de acuerdo con la teoría de las obligaciones mercantiles. El único plazo específico es el de rectificación de errores de cálculo, omisiones o duplicaciones que, salvo pacto en contrario, expira en seis meses contados a partir de la extinción del contrato, tal y como lo establecen los artículos 296 y 309 de la Ley General de Títulos y Operaciones de Crédito.

El artículo 297 se refiere, específicamente, a una clase de contrato de apertura de crédito que es el de firma, en donde el acreditante pasa a disposición del acreditado su capacidad crediticia, contrayendo por éste una o varias obligaciones, como podrían ser prestar su aval, obligándose en estos casos el acreditado, si no se conviene lo contrario, a proveer al acreditante de las sumas necesarias para hacer el pago, a más tardar el día hábil anterior a la fecha del vencimiento de la obligación respectiva.

En el artículo 298 de la ley referida, se regula la inclusión de la garantía como respaldo en la realización del contrato de apertura de crédito, estableciéndose que dicha apertura, ya sea simple o en cuenta corriente, puede ser pactada con una garantía, aunque éste sea de nimia utilidad, tal como lo reflexiona el Maestro Cervantes Ahumada²², ya que sin ser necesaria una autorización legal expresa, puede, en términos generales, establecerse garantía para cualquier crédito.

Sin embargo, como en todo contrato de crédito, en el de apertura de crédito la garantía ocupa un primer lugar en importancia, sobretodo en lo concerniente a los créditos que otorgan las instituciones bancarias.

La garantía puede ser real o personal (en la práctica, generalmente, es personal) y se entiende extendida, salvo pacto en contrario, para cubrir las cantidades que el acreditado utilice dentro de los límites de su crédito y de cualquiera que sea el valor de la garantía. Cuando al cerrarse o extinguirse la cuenta corriente quede un

²² CERVANTES Ahumada, Raúl, op. cit , pág. 255

saldo contra el acreditante, este saldo es al momento exigible; es decir, tendrá naturaleza ejecutiva.

Normalmente las disposiciones que hace el acreditado son documentadas por un título de crédito como reconocimiento del adeudo contraído por dichas disposiciones. El artículo 299 de la Ley General de Títulos y Operaciones de Crédito establece que si el acreditado no lo autoriza expresamente, no podrá el acreditante descartar o ceder el crédito así documentado antes de su vencimiento, o si lo negociare, abonará al acreditado, desde la fecha de tales actos, los intereses correspondientes al importe de las disposiciones pactadas en el mismo contrato.

Lo relativo al término y extinción de este contrato lo encontramos contenido en los artículos 300 y 301 de la misma ley.

Para referirnos al término partiremos del supuesto de que en este contrato debe establecerse su duración, así como los plazos para que se cubran las obligaciones por parte del acreditado; en su defecto se establece que si no se fijó plazo para tal pago, deberá hacerse al expirar el término establecido en el contrato para hacer uso del crédito.

Si tampoco se determina este término, la obligación del acreditado, en toda su amplitud, se considerará vencida al mes siguiente de haberse extinguido el crédito.

Las causas de extinción son las siguientes:

1. Por disposición de la totalidad del crédito convenido, a menos que éste sea en cuenta corriente.
2. Por expiración del término pactado o notificación de haberse dado por concluido el contrato o aviso de terminación del mismo.

3. Por denuncia que del contrato haga el acreditante, si así se autorizó expresamente en el mismo

4. Por falta o disminución de las garantías pactadas, si el acreditado no las substituye oportunamente.

5. Por hallarse cualquiera de las partes en estado de suspensión de pagos, liquidación judicial o quiebra, pudiéndose pactar, en estos casos, la continuación del contrato.

6. Por muerte, interdicción, inhabilitación o ausencia del acreditado y, si fuere una sociedad, por disolución.

La extinción del crédito origina que las obligaciones del acreditante cesen. Por otra parte, las obligaciones de pago del acreditado por las prestaciones recibidas, se reconocen efectivas.

Retomando: en el supuesto de que no se estipule un término para el contrato, cualquiera de las partes lo puede dar por concluido en todo tiempo, notificando adecuada y oportunamente a la otra, tras lo cual se extingue el crédito en la cantidad que no se hubiere utilizado. Sin embargo, el acreditado debe pagar, salvo pacto diferente, los premios, las comisiones y los demás gastos correspondientes a las demás sumas sobre las cuales, incluso, no haya dispuesto, en el entendido de que el contrato le permitió, potencialmente, haber hecho uso de las mismas.

Cuando se hubiere pactado de modo expreso un término al contrato, éste se extinguirá, cesando, en consecuencia, el derecho del acreditado de hacer uso del crédito, por el simple cumplimiento del término fatal.

Cuando no se haya fijado expresamente un término ni se haya denunciado de manera unilateral, se extingue, siempre que se hubiere presentado alguna de las

circunstancias arriba señaladas como causal de extinción.

La denuncia se utiliza en este contrato (expresión utilizada en las relaciones comerciales internacionales y que denota la facultad que asiste a cualquiera de las partes para darlo por terminado unilateralmente sin que ésto signifique denunciar el incumplimiento de la otra parte, o incurrir en incumplimiento al darlo por terminado), a partir de la fecha de conclusión que se haya estipulado como forzosa para ambas partes. Es decir; convenido un plazo mínimo y forzoso, de transcurrir completamente para abrir la posibilidad de ejercitar el derecho de cualquiera de las partes para denunciar la terminación desde una fecha específica, la cual será señalada por el denunciante. Durante la denuncia y hasta la fecha pactada para el término del contrato, las obligaciones y los derechos de las partes, contratados originalmente, continúan vigentes porque el contrato no ha terminado²³.

Ahora bien, la regulación específica de la clase de contrato objeto de nuestro estudio recepcional la encontramos en el artículo 296 de la Ley General de Títulos y Operaciones de Crédito, mismo que sostiene que la apertura de crédito en cuenta corriente da derecho al acreditado a hacer remesas, antes de la fecha fijada para la liquidación en reembolso parcial o total de las disposiciones que previamente hubiere hecho, quedando facultado, mientras el contrato no concluya, para disponer en la forma pactada del saldo que resulte a su favor.

Por lo que hace a esta figura jurídica, son aplicables también, en lo que haya lugar, los artículos 306, 308 y 309 del mismo cuerpo normativo.

Por su parte, el artículo 306 de la ley de referencia estatuye que la inscripción en cuenta de un crédito contra tercero se entiende definitiva y a riesgo de quien recibe la promesa, salvo reserva expresa para el caso de insolvencia del deudor

²³ DÁVALOS Mejía, Carlos Felipe, op. cit , págs. 257 a 260

A falta de pacto expreso, la remesa de títulos de crédito se entiende siempre hecha "salvo buen cobro".

Si el crédito no es pagado a su vencimiento y existe la cláusula "salvo buen cobro", expresa o subentendida, el que recibió el crédito podrá a su elección asentar en la cuenta la contrapartida correspondiente, restituyendo el título, o ejercitando las acciones que de éste se deriven.

Por su parte, el artículo 308 de la ley de cita, establece que la clausura de la cuenta para la liquidación del saldo se opera cada seis meses, salvo pacto o uso en contrario. El crédito por el saldo es un crédito líquido y exigible a la vista o en los términos del contrato correspondiente. Si el saldo es llevado a cuenta nueva, causa *interés al tipo convenido para las otras remesas, y en caso contrario, al tipo legal.*

Por último, en cuanto a la exhibición de los preceptos legales directamente aplicables a la clase de contrato que en esta oportunidad nos ocupa, diremos que el artículo 309 de la ley de mérito, *define que las acciones para la rectificación de los errores de cálculo, de las omisiones o duplicaciones, prescriben en el término de seis meses a partir de la clausura de la cuenta.*

Existen otras leyes que regulan este contrato, pero de manera muy específica y relativa a las operaciones que realizan ciertos organismos con este negocio jurídico, lo es la Ley de Instituciones de Crédito.

3. Características contractuales.

Resulta imprescindible para realizar el análisis de esta institución jurídica típica, el repasar sus elementos como contrato contemplado por la legislación mercantil vigente, haciendo hincapié en que no existen, en nuestro derecho, preceptos

especiales que se le apliquen por cuanto hace a la capacidad, consentimiento y forma para su otorgamiento.

Serán, pues, aplicables las disposiciones de carácter general y, en casos muy especiales, por virtud del principio de analogía, algunos preceptos específicos establecidos por la Ley General de Títulos y Operaciones de Crédito y por la Ley de Instituciones de Crédito, sobretodo si consideramos la particularidad de que la gran mayoría de esta clase de contratos son celebrados por bancos, en donde la institución asume el papel de "acreditante" y el cliente la de "acreditado".

Debe subrayarse, únicamente, que no es necesario para su existencia que conste en documento escrito y que basta el consentimiento tácito derivado de la actuación de las partes para que de ésta se deduzca aquél, aunque en la mayoría de los contratos en que intervienen las instituciones de crédito ya existen modelos por escrito que deben requisitar, a suerte de contratos de adhesión, los aspirantes a convertirse en acreditados, mismos que, como ya comentamos líneas arriba, reciben la denominación de "cliente".

El elemento intencional consiste en el acuerdo de las partes respecto del régimen de asiento y liquidación de las remesas que se hagan mientras prevalece el contrato.

La ley mexicana omite hacer mención alguna acerca de las características de las remesas, aunque la doctrina separa las remesas materiales, que consisten propiamente en el envío material de un valor (dinero o mercancías), que debe asentarse en la cuenta, y las remesas jurídicas, consistentes en la transmisión de un crédito.

Ahora bien, como las remesas que vaya cubriendo el acreditado con respecto del saldo, independientemente de su calidad, ya sea tratándose de mercancías, dinero, títulos valores, créditos, etc., han de convertirse en un pago parcial y

continuado hecho a la cuenta con que le favoreció el acreditante, es necesario que dichos pagos reúnan ciertas condiciones.

La doctrina habla de que las remesas habrán de ser fungibles, ciertas, líquidas y transmisoras de la propiedad.

En el espectro normativo bancario español, siguiendo la explicación de Sánchez Calero, y como ya señalábamos en el apartado correspondiente al concepto de esta institución jurídica, se le atribuye a este contrato una naturaleza consensual, aún cuando es frecuente que, para efectos de prueba, se formalice una póliza intervenida por un agente mediador colegiado. Esta póliza, firmada por el agente y los contratantes, es un documento ejecutivo que permitirá al banco reclamar por la vía del procedimiento ejecutivo las cantidades de las que hubiera dispuesto el cliente.

"La apertura de crédito no se debe equiparar al préstamo porque éste es un contrato de carácter real por el que el prestatario se obliga a devolver un capital que ha recibido, mientras que aquí estamos frente a un contrato que obliga al banco a poner a disposición del acreditado ciertos fondos. Tampoco es un simple contrato preparatorio de préstamo, al que luego sigue un contrato de este tipo, porque se considera que la apertura de crédito es un contrato particular (*sui generis*) que engloba, conforme con los usos bancarios españoles, tanto la obligación del banco de poner a disposición del cliente los fondos, como la de éste de devolver esos fondos".²⁴

El contrato de apertura de crédito es autónomo y definitivo, consistiendo su objeto en la creación de una disponibilidad. La ejecución del contrato se traduce, exclusivamente, en poner a disposición del acreditado una suma de dinero, con independencia de su utilización, puesto que el acreditado no tiene obligación de utilizar el crédito concedido, ya que éste no es requisito para su formulación ni ejecución.

²⁴ SÁNCHEZ Calero, Fernando, op. cit., pág 451.

Lo anterior muestra que este contrato se proyecta hacia el futuro, considerando que los actos de utilización de la disponibilidad se traducen en nuevas relaciones jurídicas, dando lugar a otros negocios autónomos e independientes del contrato originario.

Claro está que ésto depende exclusivamente de la voluntad del acreditado, en cuanto a sus actos de utilización.

Así, el contrato de apertura de crédito tiene por objeto organizar el desarrollo de relaciones futuras, aunque no debemos considerarlo como un contrato preliminar, por que en este último se requiere un nuevo acuerdo de voluntades para conseguir el resultado buscado, mientras que en el de apertura de crédito nada se tiene que acordar con posterioridad, ya que todo se prevé como efecto de la creación de la disponibilidad inicial.

El Maestro Carlos Felipe Dávalos Mejía sostiene que el objeto del contrato de apertura de crédito simple es permitir al acreditado disponer de su crédito, no de una sola vez, sino de manera diferida y exacta, así como en las cantidades y momentos en los que presupuestó que los va a necesitar, a fin de no pagar más intereses de los necesarios. El objetivo del acreditante es, por su parte, cobrar los intereses y accesorios, o ambos, que se estipulen en las cláusulas del contrato.

Ahora bien, afirma el mismo autor: "Por lo que se refiere al contrato de apertura de crédito en cuenta corriente, éste tiene por objeto que el acreditado pueda disponer permanentemente de una cierta cantidad, la cual nunca se terminará durante la vigencia del contrato, siempre que no se sobrepase el límite, lo que el acreditado consigue haciendo pagos parciales de sus disposiciones. Ésto constituye una verdadera cuenta corriente con fondos y saldos revolventes ya que se pueden disponer cantidades, en mucho, superiores al límite de crédito, siempre que la deuda, a una fecha estática, que puede ser cualquiera, no sobrepase dicho límite - fecha de corte -. El objetivo del acreditante es el mismo que en el caso del crédito simple: el

cobro del interés y de los accesorios”.²⁵

En resumen, este contrato es consensual, principal, bilateral, típico y oneroso.

La existencia del contrato puede acreditarse por cualquier medio de prueba admisible en materia mercantil y sus cláusulas pueden ser interpretadas de conformidad con las pautas generales indicadas por el Código de Comercio. Comúnmente se le celebra mediante una solicitud impresa preparada por la institución bancaria y que el cliente suscribe, o a través de un intercambio de cartas donde consten las condiciones, tasa de interés, garantías, etcétera.

Su existencia también podrá inferirse del ejercicio de actos repetidos de utilización de la disponibilidad, aún sin mediar declaración expresa. Estos actos deben ser repetidos para demostrar la disponibilidad, por que si sólo es una operación aislada se configura, únicamente, un contrato de mutuo.

La onerosidad del contrato surge del hecho de que la obligación que asume el acreditante tiene como contrapartida el pago de intereses por el cliente que deriva del negocio solutorio, aun cuando no se utilice la disponibilidad del dinero establecida.

En la apertura de crédito, el banco crea la disponibilidad no con un fin benéfico, sino teniendo en cuenta el provecho que obtendrá si el acreditado utiliza los fondos.

El acreditado, por su parte, al tener derecho a la disponibilidad, obtiene automáticamente, un valor económico medible. Hay una prestación inmediata que es la creación de una disponibilidad, con miras a una contraprestación futura: el pago de intereses.

²⁵ DÁVALOS Mejía, Carlos Felipe, op. cit., pág. 256.

El contrato es bilateral, lo cual se confirma si se utiliza la disponibilidad del dinero establecida, o si se obliga al acreditado a pagar una comisión, aún cuando no haga uso del crédito, o no lo haga dentro de una cantidad mínima, lo cual es más común en la práctica de esta operación mercantil.

Existen *criterios doctrinarios* que sostienen que el pago de una comisión o el pago de intereses por disponibilidad constituyen cláusulas accidentales cuya presencia u omisión no modifican la estructura jurídica de este contrato ni su finalidad económica.

Así, el banco cumple su prestación en la medida y en el momento que el acreditado determine.

De igual forma, su actividad solutoria se mueve al ritmo de la voluntad que el cliente determine con sus actos. La ejecución de su prestación de pagar o asumir obligaciones frente a terceros se realiza de manera intermitente, por lo cual es, también, un contrato de ejecución continuada o periódica.

Podemos advertir, con lo anterior, cual es la finalidad económica que este contrato persigue. El banco presta una cantidad de dinero mediante una clásica operación de crédito incluyendo un aplazamiento para la obtención de la contra prestación debida por el acreditado y que recibirá de él.

Puede afirmarse que el objeto del contrato lo constituye el crédito, cuando en realidad éste es sólo el resultado económico logrado por los distintos mecanismos jurídicos vinculados por un elemento común, que es el aplazamiento de la contra prestación por parte del acreditado; esto hace de dicho contrato una figura con características propias, que lo diferencia de otras operaciones económicas de crédito.

4. Naturaleza jurídica.

La apertura de crédito es un contrato por virtud del cual el acreditante se compromete, mediante el pago de una comisión, a proporcionar los fondos que hasta por una cierta cuantía le pide el acreditado, mismo que habrá de resarcirlas en las condiciones que sean pactadas para ello.

De la anterior definición se desprende que el contrato tiene una naturaleza consensual, si bien es frecuente que, para efectos de prueba, en países como España se formalice una póliza intervenida por un agente mediador colegiado. Esta póliza, firmada por el agente y los contratantes, es un documento ejecutivo que permitirá al banco reclamar por la vía del procedimiento ejecutivo las cantidades de las que haya dispuesto el cliente; es decir, hablamos de la posibilidad que tiene la institución de crédito de reclamar el saldo que existe en la cuenta de crédito.

Ahora bien, por lo que respecta al ámbito nacional de esta institución jurídica, nos apoyamos en las apreciaciones que, en cuanto a su naturaleza, efectúa el jurista Joaquín Rodríguez Rodríguez, mismo que para facilitar su comprensión en el campo doctrinal, las distribuye de la siguiente manera:

1. Notas principales: Se trata de un contrato consensual, bilateral, oneroso y principal.

2. Momento de la ejecución: En el contrato de apertura de crédito debe distinguirse el momento de su perfección jurídica del de su ejecución.

La perfección del contrato se realiza en base a una propuesta u oferta y en su caso generándose la aceptación sobre la cantidad, interés y demás cláusulas propias del mismo; el contrato se ejecuta cuando el acreditante cumple la obligación de hacer, que consiste en poner a disposición del acreditado la cantidad prometida o a asumir

por él una obligación, lo que equivale a lo mismo. El acreditado dispone del crédito mediante una serie de actos de pago que realiza el acreditante, que no son operaciones autónomas, sino momentos de ejecución del contrato de crédito.

3. Estructura jurídica: Estimamos que la apertura de crédito es un contrato peculiar; no es un préstamo ni una oferta, aunque tiene estrecho parentesco con aquél, de modo que sería posible considerarlo como variante de una figura superior común.²⁶

Siguiendo las tesis de los juristas nacionales, el Maestro Cervantes Ahumada²⁷ explica, desde varios ángulos, el aspecto de la naturaleza jurídica de este contrato, tal como se describe a continuación:

Conforme al artículo 291 de la Ley General de Títulos y Operaciones de Crédito, en virtud del contrato de apertura de crédito, el acreditante se obliga a poner una suma de dinero a disposición del acreditado, o a contraer por cuenta de éste una obligación, para que él mismo haga uso del crédito concedido en la forma, en los términos y condiciones convenidos, quedando obligado el acreditado a restituir al acreditante las sumas de que disponga, o a cubrirlo oportunamente por el importe de la obligación que contrajo y, en todo caso, a pagarle los intereses, prestaciones, gastos y comisiones que se estipulen.

En apego del dispositivo legal arriba transcrito, en el contrato de apertura de crédito se producen dos efectos: uno inmediato, que consiste en la concesión del crédito por el acreditante al acreditado; y un efecto futuro y eventual, al retirar las partidas puestas a su disposición por el acreditante, o utilizar la firma de éste en la asunción de obligaciones por cuenta del acreditado.

²⁶ RODRIGUEZ Rodríguez, Joaquín, op. cit., pág. 77.

²⁷ CERVANTES Ahumada, Raúl, op. cit., pág. 251

Debemos advertir que, aunque nacido el contrato en la práctica bancaria y desarrollado en ella, no es un contrato exclusivamente bancario, sino que puede ser celebrado entre particulares. Sin embargo, como quienes normalmente celebran estos contratos son los bancos, en el desarrollo de nuestro estudio haremos referencia de ellos como acreditantes.

Seguiremos de cerca a Donadio²⁸ en lo tocante a las teorías elaboradas para explicar la naturaleza jurídica del contrato de apertura de crédito.

a). *Teoría del mutuo*²⁹. Siguiendo la ley del menor esfuerzo, los juristas han pretendido enmarcar a la figura jurídica del contrato de apertura de crédito dentro del tradicional formato del mutuo. A esta teoría, hace tiempo superada,³⁰ se adhiere la jurisprudencia francesa, que ve en la apertura de crédito un préstamo condicional.³¹ Se enfatiza, en esta oportunidad, que el préstamo mercantil es un contrato real, traslativo de la propiedad de la cosa prestada, al prestatario. Claramente se ve, en la transcripción del artículo 291 de la Ley General de Títulos y Operaciones de Crédito, que en la apertura de crédito no se da el fenómeno de la transmisión de dominio, cuando menos en el primer momento del contrato y menos aún cuando el objeto del mismo es la firma, es decir, el crédito que el acreditante pone a disposición del acreditado al asumir obligaciones por cuenta de éste.

El contrato de apertura de crédito ha planteado problemas a la doctrina en lo que respecta a su naturaleza jurídica en razón, fundamentalmente, a que no se le adecúa la atribuida al préstamo o mutuo, contrato con el que se le ha pretendido asimilar, problema que, por sí solo, sería suficiente como para justificar la sanción de normas legales reguladoras de la institución. Así se ha observado que no es

²⁸ DONADIO, Giuseppe. "Sulla Natura Giuridica dell'Apertura di Crédito, en *Scritti Giuridici in Memoria di Ageo Arcangeli*". Padova 1939. Volumen I. P. p. 133 y siguientes. Tomado de: CERVANTES Ahumada, Raúl, op. cit., pág. 252.

²⁹ MALAGARRIGA, Juan Carlos. "Sobre la conveniencia de incorporar a nuestra legislación positiva regulaciones sobre los contratos bancarios de apertura de crédito y de descuento". Tomado de lecciones y ensayos de la Facultad de Derecho y Ciencias Sociales. Buenos Aires, Argentina. (1967). La Justicia. Revista mensual. Tomo XXVI, número 451. Diciembre de 1967. México, D.F.

³⁰ MESSINEO, Francesco. "La Apertura de Crédito". Traducción de Ezio Cusi M. México, 1944. Pág. 15.

³¹ ESCARRA, Jean. "Principes de Droit Commercial". Tomo VI. Paris. 1936. Pág. 482. Ambos tomados de CERVANTES Ahumada, Raúl, op. cit., Pág. 252.

asimilable el mutuo desde que éste es un contrato real, mientras que la apertura de crédito queda perfeccionada por el mero acuerdo de voluntades. Algunos autores conceptúan que la apertura de crédito es aquel contrato en virtud del cual el banco (acreditante) se obliga, hasta una cantidad determinada y durante cierto tiempo, a satisfacer las órdenes de pago que le dirija la otra parte (acreditado), y también - aunque no necesariamente - a asumir frente a terceros obligaciones dinerarias en cumplimiento de las órdenes que le imparta el acreditado; éste se compromete al pago de una comisión y a la restitución del dinero que el banco hubiera debido depositar, más los intereses devengados desde el momento de la efectiva disposición de las sumas. Dichos autores señalan el carácter consensual del contrato y consideran que es de prestaciones correlativas, de ejecución continuada o periódica y de naturaleza onerosa.

La doctrina destaca, asimismo, que no puede ser confundido con la promesa de mutuo pues, entre otras diferencias, en la apertura de crédito la entrega del dinero es acto solutorio de una obligación preconstituida y no elemento constitutivo de un contrato definitivo, como el mutuo, hacia donde conduciría el acuerdo anteriormente formado.

Aplicado a nuestro régimen positivo, se destaca que el Código Civil aborda al contrato de mutuo en su artículo 2244, mismo que sólo menciona el derecho de demandar pérdidas e intereses, pero no el cumplimiento del contrato, mientras que en el de apertura de crédito obliga al acordante del mismo al cumplimiento de su obligación.

Finalmente, en opinión de algunos autores se descarta la posibilidad de que sea considerado un contrato preliminar, desde que éste preanuncia al definitivo, el que a su vez deberá contener los mismos elementos que aquél, mientras que en el de apertura de crédito los actos solutorios (entrega de dinero, asunción de obligaciones) no reproducen, en nada, la estructura del acuerdo previamente concertado.

En este mismo orden de ideas, el artículo 1842 del Código Civil Italiano define a la institución diciendo que "la apertura de crédito es el contrato por el cual el Banco se obliga a tener a disposición de la otra parte una suma de dinero por un tiempo determinado o por un tiempo indeterminado"; y en el artículo 1843 se refiere a la forma de utilización del crédito acordado, el que, salvo convención en contrario, puede ser utilizado en varias ocasiones, "según las formas de uso", y puede, por sucesivos ingresos, reintegrar su primitiva disponibilidad".

El artículo 1844 legisla sobre el juego de las garantías que pueda haber acordado el acreditado, y el 1845 sobre la rescisión del contrato, estableciendo, siempre salvo pacto en contrario, que "el Banco no puede separarse del contrato antes del vencimiento del término, sino por justa causa" y que "la separación suspende inmediatamente la utilización del crédito, pero el Banco debe conceder un término de cuando menos quince días para la restitución de las sumas utilizadas y de los respectivos accesorios". En el caso de que la apertura de crédito fuera por tiempo indeterminado, el artículo prevé que "cada una de las partes puede separarse del contrato mediante preaviso en el término establecido por el contrato, por el uso o, en su defecto, por el de quince días."

b). *Teoría del mutuo consensual y de los actos ejecutivos.* Para superar las objeciones a la teoría del mutuo, se pretendió entender a la apertura de crédito como un mutuo consensual, seguido de actos ejecutivos (los actos de disposición del crédito)³². En realidad, las objeciones no fueron superadas, ya que la teoría, por una parte, desnaturaliza al mutuo, y por otra, no explica los efectos inmediatos de la apertura de crédito.

c). *Teoría del mutuo-depósito.* La apertura de crédito, ha dicho Rocco, es "en realidad un mutuo, con simultáneo depósito de la suma mutuada: el mutuante, en vez

³² A esta doctrina presta su adhesión Giannini, en "Apertura di Crédito". En la Enciclopedia Giuridica Italiana. Tomado de Donadio, op. cit., pág. 135.

de entregarle la suma al mutuuario, se constituye como depositario irregular de ella³³ y la pone, por tanto, a disposición del mutuuario.

La aguda teoría de Rocco no resiste el golpe del análisis: es demasiado artificiosa. De ser válida tendríamos, en realidad, dos mutuos: en el primero, el acreditante prestaría al acreditado el importe del crédito pactado; y el acreditado, en un segundo tiempo, prestaría el mismo importe al acreditante ya que, sin duda, podemos decir que el depósito irregular es, en esencia, un mutuo.

Además la teoría no explicaría el crédito llamado de firma, o sea, cuando el acreditante no pone a disposición dinero, sino su propia firma para contraer una obligación por cuenta del acreditado, tal como lo señala el artículo 291 de la Ley General de Títulos y Operaciones de Crédito.

d). *Teoría del Contrato Preliminar*. Esta teoría ve en la apertura de crédito un contrato preliminar, o promesa de contrato para celebrar en el futuro un contrato de préstamo. Se trataría de una promesa de mutuo. A esta teoría prestan su adhesión autorizados tratadistas³⁴, aun cuando ha sido vigorosamente combatida por Messineo³⁵. El contrato preliminar sólo da derecho a exigir la celebración de un contrato futuro, y en la apertura de crédito se producen, desde luego, los efectos de un contrato definitivo: por un lado, la obligación del acreditante de poner el crédito a disposición del acreditado; y por otro, la obligación del acreditado de pagar los "intereses, prestaciones, gastos y comisiones que se estipulen", como lo señala el artículo 291 de la Ley General de Títulos y Operaciones de Crédito en su parte final. Estas prestaciones, excluidos los intereses, se deberán pagar aun en el caso de que el acreditado no haga uso del crédito.

³³ ROCCO, Alfredo. "La Natura Giuridica dello Cheque", en "Studi di Diritto Commerciale de altri Scritti Giuridici". Roma. 1933 Volumen II. P. 98. Tomado de: CERVANTES Ahumada, Raúl, op. cit., pág. 252.

³⁴ BONELL, Gustavo. "Del Fallimento". Tercera Edición. Milán 1938 Volumen I. Pág. 627, dice que la apertura de crédito "es, en substancia, una promesa de préstamo".

³⁵ MESSINEO, Francesco, op. cit., pág. 57 y siguientes.

e). *Teoría del contrato preliminar mixto.* Ante las objeciones hechas a la teoría del contrato preliminar, se ha pretendido que se trata de un contrato preliminar mixto, que produciría por un lado y de inmediato el efecto de acreditar la suma al acreditado y prepararía los actos de disposición como contratos definitivos.³⁶ Puede objetarse que, en esta teoría, el contrato preliminar queda desnaturalizado.

f). *Teoría del contrato especial, autónomo y definitivo, de contenido complejo.* Podemos concluir con la que consideramos mejor doctrina: que el contrato de apertura de crédito es un contrato especial, diverso de otros contratos; autónomo, en el sentido de que por sí mismo produce sus propios efectos³⁷; y de contenido complejo; éste es, que produce un doble efecto: “el primero, inmediato y esencial, que consiste en que el acreditante pone una cantidad a disposición (todavía no en propiedad) del acreditado (obligación de hacer)”³⁸; y el segundo efecto, que consiste en las posteriores disposiciones que del crédito haga el acreditado.

5. Derechos y obligaciones de las partes.

Partiendo, en primer término, de la definición del contrato de apertura de crédito, en forma general diremos que en virtud de este contrato el acreditante se obliga a poner una suma de dinero a disposición del acreditado o a contraer una obligación por cuenta de éste en la forma convenida y por el tiempo pactado.

Por su parte, el acreditado está obligado a devolver las sumas de dinero de que dispuso o a reintegrar las cantidades que el acreditante pagó por su cuenta, así como a pagar a éste los intereses, prestaciones, gastos y comisiones estipuladas.

* Esta teoría ha sido sostenida en Italia por COVIELLO (citado por Donadio y Messineo, en sus respectivas obras ya citadas). Tomado de: CERVANTES Ahumada, Raúl, op. cit., pág. 253.

³⁷ ESCARRA, op. cit., págs. 485.

³⁸ ESCARRA, idem.

Así, por el acuerdo de voluntades, nacen dos obligaciones interdependientes y contrapuestas: la obligación, por parte del acreditante, de responder efectivamente a los requerimientos que le haga el acreditado de las sumas de dinero que se comprometió a entregar o de asumir la obligación, con su capacidad crediticia, a nombre del acreditado y, por la otra parte, la obligación de este último de pagar los intereses y comisiones por el uso del derecho de disposición.

Cabe aclarar que el acreditante puede obligarse frente a terceros, pero necesaria y eventualmente la responsabilidad del contrato habrá de producirle un desembolso dinerario.

Las obligaciones recíprocas de las partes de este contrato son, por lo general, convencionales y no tiene, como principio legal, otro límite que la autonomía de la voluntad de éstas, revistiendo, de dicha forma, la particularidad de consensual que le caracteriza.

Sin duda la primera de las relaciones apuntadas - la del acreditante - es la que va a caracterizar el acuerdo desde un punto de vista económico-jurídico. Esta obligación está sujeta a plazo extintivo, pues se extingue en el instante en que finiquita el tiempo previsto en el contrato, excepto en el caso en que se haya extinguido por simple cumplimiento ante el sucesivo ejercicio del derecho de disponer del crédito cobrando su importe en uno o varios pagos, o exigiendo que se contraigan las obligaciones prometidas, aclarando que el acreditado no está obligado a usarlo; pero si así se pactó, deberá pagar la comisión convenida aunque no disponga de dicho crédito.

Si no se ha pactado cosa distinta, el acreditado tiene el derecho de disponer del crédito a la vista; pero si se convino, el crédito podrá utilizarse mediante disposiciones sucesivas, con derecho para el acreditado de hacer reembolsos que hagan recuperar el crédito a su cuantía inicial.

Por otra parte, el deber del acreditante, como ya se ha anotado, puede diversificarse en la aceptación de letras de cambio, suscripción de avales, afianzamientos, etc.; aparte del normal de pagar sumas de dinero.

Junto a la obligación del acreditante de responder a las órdenes que le imparta el acreditado, nace la obligación de pagar una comisión por parte de éste, la cual se calcula sobre la base del monto global de la operación durante el tiempo de su vigencia; así, la remuneración de los servicios prestados por el banco son por el hecho de tener reservados fondos suficientes para cumplir con las órdenes del cliente y el propio riesgo de la operación. Esta obligación se contrapone, en función de interdependencia con la obligación propia del acreditante, y como coexisten desde que el contrato nace, adquiere, por ese sólo hecho, carácter de bilateral.

El compromiso del acreditado resulta una de las razones jurídicas justificadoras, ya que conforma la esencia del acuerdo. En caso de no existir como tal, estaríamos en presencia de un contrato distinto, estructuralmente, al de apertura de crédito.

Puede suceder que el documento no diga nada, por error o negligencia, sobre la existencia o el monto de la comisión; pero para tal efecto a este contrato lo consideramos como un acto mercantil y, como la ley presume que éstos son onerosos, se deduce el deber de pagar la comisión correspondiente.

Otro aspecto es el relativo a la devolución o reembolso de las sumas materia del contrato por parte del acreditado. Tal obligación nace desde el momento en que el acreditante facilita las cantidades al propio acreditado o a un tercero, o porque se vio precisado a efectuar desembolsos dinerarios como consecuencia de la asunción de deudas que contrajo por indicaciones de cualquiera de los dos últimos.

El contrato de apertura de crédito, normalmente, prevé los intereses compensatorios sobre las sumas de que dispuso el acreditado y en la medida de sus

montos, los cuales deben ser cubiertos hasta el tiempo en que la obligación de reembolso llegue a su vencimiento. A diferencia de la comisión, el interés compensa al acreditante de la privación del uso de las cantidades prestadas; de aquí se deduce que la comisión bilateraliza al contrato y el interés es la característica de la onerosidad.

En resumen podemos sostener las siguientes obligaciones para cada una de las partes de este contrato:

Acreditante:

a). Deberá poner una suma de dinero a disposición del acreditado en los términos que entre ambos establezcan para el contrato, misma que cobrará, junto con *los intereses pactados*, una vez que se haya cumplido el plazo correspondiente; o bien:

b). Contraerá por cuenta del acreditado una obligación que debe ser cuantificable o cuantificada. Dicha obligación puede ser previamente determinada en su monto por el acreditado pudiendo éste transmitir el monto del compromiso al acreditante antes del contrato, o bien, puede el acreditante asumir el compromiso con su propio peculio en la inteligencia de hacerla exigible al acreditado, junto con los intereses pactados, al término del contrato.

El acreditante puede obligarse no sólo a poner una cantidad de dinero a disposición del acreditado, sino también a *contraer una obligación en su nombre*; por ejemplo, a aceptar u otorgar una letra de cambio, suscribir un pagaré, prestar su aval, aparecer como endosante o signatario de un título de crédito por cuenta del acreditado, o, inclusive, a adquirir bienes o derechos, entre otras muchas que la ley le permite.

En la apertura de crédito en cuenta corriente, por lo general, se pacta que el acreditado sólo pagará intereses sobre las cantidades de las que haya dispuesto efectivamente. Si en sus remesas periódicas llega a pagar una cantidad superior a la que en verdad utilizó, de suerte que quede un saldo a favor, por éstos no paga intereses, porque no es ese el objeto del contrato; pero por tratarse de un contrato completamente consensual, si las partes lo convienen, el acreditante puede quedar obligado a pagarlos. Estas condiciones las abarcaremos con mayor detalle durante el desarrollo de nuestro trabajo, ya que se trata, en buena medida, de la materia sustantiva de esta tesis.

Acreditado:

La obligación más importante del acreditado es la de pagar, sea en una entrega simple o por remesas en cuenta corriente, según sea el caso, el dinero que tuvo a su disposición y del que efectivamente *dispuso*, en los términos y en el desahogo de las condiciones pactadas, como pueden ser la tasa de interés, un mínimo de remesas o una cantidad mínima durante el período pactado (al semestre, al mes, etc.) en un determinado lugar, etcétera.

De igual forma el acreditante puede obligarse a aceptar u otorgar títulos de crédito por cuenta del acreditado, o bien, a contraer obligaciones en su nombre. En estos casos el acreditado está obligado a suministrar al acreditante la provisión de fondos suficientes, a más tardar al día hábil anterior a la fecha del vencimiento de la obligación correspondiente, para que sea pagada.

6. Clasificación.

a) Desde el punto de vista de la contabilidad, la apertura de crédito puede ser simple o en cuenta corriente.

*** Contrato de Apertura de Crédito Simple:**

Es simple cuando el crédito se agota por la mera *disposición de que de él haga el acreditado*, y cualquier cantidad que éste entregue al acreditante, se entenderá como dada en abono del saldo, sin que el acreditante tenga derecho, una vez que ha dispuesto del crédito, a volver a disponer de él, aunque no se haya vencido el término pactado.

Por ejemplo: Se pactó una apertura de crédito por una cantidad determinada, de la cual podría disponer el acreditado dentro del término de un año para pagar el importe de cada disposición noventa días después de que ésta se haya realizado; el acreditado dispone de la totalidad del crédito en los primeros tres meses y paga en la forma convenida a los noventa días. El contrato habrá terminado por extinción del crédito, y vencimiento del plazo para la *restitución del mismo*, ya que el acreditante dispuso de su totalidad, y lo pagó en el plazo convenido.

*** Contrato de Apertura de Crédito en su modalidad de Cuenta Corriente.**

En la apertura de crédito en cuenta corriente, el acreditado podrá disponer del crédito en la forma convenida y, si hace remesas en abono del saldo, podrá volver a disponer del crédito dentro del plazo pactado.

Por ejemplo: Se pacta apertura de crédito por cierta cantidad por el término de un año, en cuenta corriente; al mes siguiente se abona un cierto porcentaje; podrá volver a disponer de este porcentaje abonado y, de esta forma, ir haciendo abonos

sucesivos y disposiciones hasta que se agote el contrato de apertura de crédito.

b) Desde el punto de vista de la garantía puede ser:

* Descubierta.

* Garantizada.

En el primer caso no se determina garantía alguna como elemento de obligatoriedad para la celebración del contrato.

En el segundo caso de los arriba enlistados, el crédito que se concede va asistido de una garantía real (prenda, hipoteca, fideicomiso o especial), o personal (fianza, aval, u otras formas).

También puede tratarse de una garantía quirografaria, cuando sólo se cuenta con la firma del acreditado.

La Ley General de Títulos y Operaciones de Crédito, en un innecesario artículo 298, estipula que "la apertura de crédito, simple o en cuenta corriente, puede ser pactada con garantía personal o real".

Es inútil esta disposición porque, sin que sea necesaria la autorización legal expresa es posible, en términos generales, establecer una garantía³⁹.

c) Desde el punto de vista de su destino, se distinguen dos casos:

* Libre.

* Especializado.

³⁹ CERVANTES Ahumada, Raúl, op. cit. , pág. 255

En el primer supuesto, el acreditado podrá utilizar las cantidades que se pongan a su disposición, o bien, solicitar la firma del acreditante, en la forma que él determine prudentes, siempre que cumpla con la ley y con las generalidades establecidas consensualmente para la resolución del contrato cuando éstas sean exigibles.

En el segundo caso, las cantidades o la firma que acreditarán el ejercicio de los beneficios puestos a disposición del acreditado merced del contrato, deberán cumplir con un destino predeterminado por cuanto hace a la actividad para la cual se habrán de destinar los recursos materia del mismo y que deberán aparecer expresamente señalados en el instrumento que consigne la responsabilidad de ambas partes, al que deberá poner especial atención el acreditante, si en su interés está que se destine el objeto del contrato a un fin específico, toda vez que es necesario que el instrumento conste por escrito para tener validez jurídica.

Aún cuando esta clasificación no aparece en el cuadro que señalamos del autor Rodríguez Rodríguez, creemos oportuno mencionarla para efecto de un mayor entendimiento de ciertas operaciones producidas como resultado de un contrato de apertura crédito en cuenta corriente bancaria:

d) Desde el punto de vista del beneficiario del crédito, éste puede ser:

* A favor del contratante.

* A favor de tercero.

El primer aspecto se explica por sí mismo, en el entendido de que el acreditado será el suscriptor del contrato o "cliente", en los usos bancarios.

El segundo caso de los arriba enlistados ocurre cuando el acreditado es el comprador de una mercancía y abre crédito en una operación a favor del vendedor para asegurar a éste la recepción del precio de dicha mercancía, mismo que habrá de

cubrir el banco. (V. gr. cualquier pago realizado con tarjeta de crédito).

Estas distinciones son más teóricas que prácticas, ya que en la realidad, en las operaciones bancarias de crédito, rara vez se utilizan otras aperturas de crédito que no sean las de cuentas corrientes, pues el mecanismo de ésta es el que mejor se adapta a la existencia del contrato de apertura de crédito como contrato de ayuda económica a favor del acreditado, que permite a éste disponer del dinero y de otros medios que le permitan obtenerlo en la medida y momento en que lo desee, pudiendo realizar reembolsos parciales o totales a fin de reducir su deuda y evitar el pago de intereses. Por ejemplo, el uso cada vez más frecuente de las tarjetas de crédito.

6.1 Clasificación en cuanto a la forma de disposición.

Los bancos realizan un conjunto de operaciones de distinta naturaleza, destacando, de entre todas ellas, las que implican una prestación de dinero a cargo del banco, aunque también existen aquellas destinadas a permitir la obtención de dinero por parte del cliente, como las aceptaciones bancarias o los avales.

Ahora bien, conviene destacar que para el Maestro Joaquín Rodríguez Rodríguez las operaciones bancarias pueden ser clasificadas de la siguiente manera.⁴⁰

Operaciones bancarias pasivas.

1. Depósitos bancarios.
2. Emisión de obligaciones bancarias.
3. Emisión de otros títulos bancarios.
4. Otras operaciones.

⁴⁰ RODRIGUEZ Rodríguez, Joaquín, op. cit., pág. 56

Operaciones bancarias activas.

1. Apertura de crédito.
2. Cuenta corriente.
3. Carta de crédito.
4. Reportos.

Servicios bancarios.

Retomando las modalidades del contrato de apertura de crédito que mencionábamos en el segundo párrafo del inciso c.2, correspondiente al numeral 1 intitulado "Concepto", de este mismo capítulo, y apoyándonos en la aguda visión analítica del Maestro Joaquín Rodríguez Rodríguez, podemos resumir la clasificación del contrato al que nos referimos en esta oportunidad, con el siguiente listado:

1. Depósitos bancarios.
2. Emisión de obligaciones bancarias.
3. Emisión de otros títulos bancarios.
4. Apertura de crédito.

Por el objeto puede ser:

4. a. 1). De dinero.
4. a. 2). De firma.

Si atendemos al objeto del contrato de apertura de crédito, diremos que la apertura es de dos clases: de dinero y de firma.

4. a. 1). Será apertura de crédito de dinero cuando el acreditante se obligue a poner a disposición del acreditado una suma determinada de dinero para que el acreditado disponga de ella en los términos pactados.

4. a. 2). Será apertura de crédito de firma cuando el acreditante ponga a disposición del acreditado su propia capacidad crediticia para contraer, por cuenta de éste, una obligación. Es el caso en que el acreditante, por ejemplo, se obliga a aceptar documentos por cuenta del acreditado, a prestar su aval, y a asumir, en forma genérica, obligaciones de pago por el acreditado, etcétera.

En estos casos, el acreditado, si no se ha convenido lo contrario, estará obligado a proveer al acreditante de las sumas necesarias para hacer el pago, a más tardar el día hábil anterior a la fecha del vencimiento de la obligación respectiva.

Con apoyo en los estudios realizados por el Maestro Rafael De Pina Vara encontramos que la fracción VII del artículo 30 de la desaparecida Ley Reglamentaria del Servicio Público de Banca y Crédito, facultaba a las instituciones de crédito para celebrar el contrato de apertura de crédito en cuenta corriente bajo la modalidad de expedición de tarjetas de crédito, reglamentado por las entonces vigentes "Reglas a las que habrán de sujetarse las instituciones de banca múltiple en la emisión y operación de tarjetas de crédito bancarias", publicadas en el Diario Oficial de la Federación el día 15 de agosto de 1986, y que, para los efectos de nuestra exposición recepcional, nos resultan muy ilustrativas, por cuanto hace a la asunción de obligaciones por parte de los contratantes.⁴¹

La Regla tercera establece que en el contrato de apertura de crédito en cuenta corriente mediante tarjetas de crédito, la institución acreditante se obliga a pagar por cuenta del acreditado (tarjetahabiente), los bienes o servicios que proporcionen al propio acreditado los proveedores previamente convenidos y poner a su disposición dinero en efectivo en las oficinas de la propia institución, en las de sus corresponsales bancarios y, en su caso, a través de equipos y sistemas automatizados.

⁴¹ DE PINA Vara, Rafael "Elementos de Derecho Mercantil Mexicano". Vigésimocuarta edición. Editorial Porrúa, S A . México, D.F. 1994. Págs. 314 y 315.

La Regla cuarta determina que las instituciones sólo podrán celebrar estos contratos de apertura de crédito con personas físicas o morales que lo soliciten por escrito y respecto de las cuales se haya comprobado que tiene solvencia moral y suficiente capacidad de pago. Los emisores deberán recabar la información y conservar la documentación que sea necesaria para probar que se dio cumplimiento a esos requisitos antes de expedir las tarjetas.

En estos contratos de apertura de crédito deberá quedar especificada la forma de calcular el importe de los pagos mínimos mensuales que el acreditado deberá efectuar en favor del saldo a su cargo, conforme a lo que se estipula en la Regla quinta de las mencionadas.

En la Regla sexta se estatuye que el plazo máximo de vigencia de las tarjetas y del contrato de apertura de crédito será de 24 meses, sin perjuicio de que éste pueda ser prorrogado una o más veces, siempre que cada una de las prórrogas no sea por un plazo superior a los citados 24 meses.

La Regla séptima contiene el dispositivo que establece que en el contrato de apertura de crédito podrá pactarse que la institución pague, por cuenta del acreditado, bienes, servicios, impuestos y otros conceptos que aprueben los contratantes, cargando los importes respectivos a la cuenta corriente que la institución siga a su acreditado.

Por lo dispuesto en la Regla octava las instituciones de crédito sólo podrán cargar a sus acreditados los pagarés suscritos por éstos, sus disposiciones en efectivo a través de equipos o sistemas automatizados, los pagos de bienes, servicios, impuestos y otros conceptos que realicen por su cuenta, los intereses pactados; así como las comisiones por apertura de crédito, por las prórrogas del ejercicio por uso de la tarjeta y por entregas en efectivo.

Las instituciones se reservarán en los contratos de apertura de crédito en cuenta corriente, la facultad de modificar las comisiones y los intereses pactados, previo aviso que manden a sus acreditados treinta días antes de que surtan efecto las modificaciones, de acuerdo a la Regla décima.

La Regla decimoséptima determina que en los contratos de apertura de crédito en cuenta corriente deberán quedar especificadas las normas a que se sujetarán las partes en caso de extravío o robo de las tarjetas que se expidan, así como las características del seguro correspondiente.

Las instituciones deberán enviar mensualmente un estado de cuenta a sus acreditados indicando las cantidades cargadas y abonadas durante ese periodo, salvo que estos últimos las releven por escrito de dicha obligación. Los estados de cuenta deberán ser remitidos dentro de los cinco días siguientes al corte de la cuenta. Las instituciones prevendrán a los acreditados de la fecha de corte, misma que no podrá variar sin previo aviso, también por escrito, comunicado con treinta días de anticipación, conforme a lo previsto por la Regla décimoprimera.

En ese mismo dispositivo de la normatividad aludida se estatuye que el acreditado tendrá un plazo de cuarenta y cinco días contados a partir de la fecha de corte para objetar su estado de cuenta, por lo que si no lo reciben oportunamente deberán solicitarlo a las instituciones para, en su caso, poder objetarlo en tiempo. Transcurrido dicho plazo sin haberse hecho objeción a la cuenta, los asientos que figuren en la contabilidad de la institución harán prueba a su favor.

Para ejercer el crédito, la institución expedirá tarjetas de crédito. Para este fin, la tarjeta de crédito deberá presentarse en los establecimientos que proporcionen los bienes y/o servicios, o en las oficinas de la institución, o en las de sus corresponsales, en caso de disposiciones en efectivo. Los tarjetahabientes suscribirán pagarés no negociables a la orden de la institución acreditante, por cada disposición que realicen, salvo que la hagan a través de aparatos mecánicos, según la Regla tercera.

Las Reglas segunda y cuarta nos hablan de que las tarjetas de crédito se expedirán siempre a nombre de una persona física. Cuando los contratos de apertura de crédito se celebren con personas morales, las tarjetas respectivas se expedirán a nombre de las personas físicas que aquéllas designen.

En la Regla segunda se enuncian los requisitos que debe contener la tarjeta de crédito, mismos que se transcriben, a continuación, con objeto de dar claridad a los conceptos que hemos venido exponiendo en el desarrollo de nuestro trabajo:

1. La mención de ser tarjeta de crédito y de que su uso está restringido a territorio nacional, o bien, que se trata de una tarjeta internacional.
2. La denominación de la institución que la expida.
3. Un número seriado para efectos de control.
4. El nombre del titular y una muestra de su firma.
5. La fecha de vencimiento de la vigencia de la tarjeta.
6. La mención de que su uso sujeta al acreditado a las disposiciones establecidas en el contrato de apertura de crédito correspondiente.
7. La mención de ser intransferible.

Conforme a la Regla décimoquinta, las instituciones deberán contratar un seguro en favor de sus tarjetahabientes que ampare, con excepción hecha del deducible que en su caso se pacte, los riesgos derivados del extravío o robo de las tarjetas de crédito.⁴²

⁴² DE PINA, Vara Rafael, op cit págs 314 a 316

7. Contrato de Cuenta Corriente.

La cuenta corriente es una creación de la práctica mercantil, la doctrina y la jurisprudencia contemporáneas. El primer Código que la reglamentó fue el Código de Comercio de Chile, de 1865;⁴³ y en nuestro derecho, aunque el Código de Comercio de 1854 hizo referencia a la cuenta al declarar reivindicables en la quiebra “los caudales remitidos fuera de cuenta corriente para entregarlos a personas determinadas” (artículo 866, fracción V.), en realidad la institución no se reglamentó por primera vez sino hasta 1932, en la Ley General de Títulos y Operaciones de Crédito.

Raúl Cervantes Ahumada comenta en su obra *Títulos y Operaciones de Crédito* que la cuenta corriente no es un contrato exclusivamente bancario, sino que puede ser celebrado por particulares. Históricamente, según indicamos en el párrafo anterior, es un contrato propio de la actividad mercantil. Cuando dos personas y en particular dos comerciantes, están en continuas relaciones de negocios, que las convierten a menudo en acreedora y deudora la una de la otra, el mecanismo para simplificar las cosas en la inteligencia de no liquidar cada operación a su vencimiento, sino en bloque, ya sea al fin de largos periodos o después de una serie de operaciones, es justamente esta figura contractual.⁴⁴

El mecanismo de la cuenta corriente es determinado por un saldo, que será la única suma a pagar, después de sumar las deudas de cada uno de los cuenta-correntistas y compensarlas globalmente hasta el importe del total menor. Entonces se determinará quién es el deudor y el monto del saldo.

⁴³ PALMA Rogers, Gabriel (comp.) “Derecho Comercial”. Primera edición. Tomo II, Santiago de Chile, 1941. Pág. 450. Dice que el código chileno tomó la definición clásica de Delamarre y Le Poitvin.

⁴⁴ CERVANTES Ahumada, Raúl, op. cit., pág. 259.

Por otra parte, el Lic. Carlos Felipe Dávalos Mejía define al contrato de cuenta corriente como una convención, que además de útil resulta necesaria, considerando un supuesto dado en que dos comerciantes, por el tipo de actividad que realizan, asuman de forma simultánea y recíproca los papeles de deudor y acreedor, uno respecto del otro. En ese caso, no es extraño que uno deba a quien a su vez le debe, por lo que el tiempo para pagar y cobrar puede ser más costoso que el dinero objeto de las dos deudas, ya que tanto ese tiempo como el dinero pueden destinarse a pagar una cantidad que, probablemente, en ese mismo momento se estaría cobrando. De manera breve: el contrato de cuenta corriente es funcional cuando dos comerciantes realizan actividades que provocan deudas susceptibles de compensarse, pues por su medio se consigue que se utilice sólo el dinero indispensable que, desde luego, será el saldo resultante una vez hecha la compensación.⁴⁵

En este contrato, por remesa se entiende todo envío de cualquier mercancía o de dinero que haga un comerciante a otro, por cualquier conducto, el cual no paga de inmediato sino que anota como crédito en una cuenta abierta especialmente para ello.

No obstante, la Ley General de Títulos y Operaciones de Crédito define al contrato de cuenta corriente como aquél en el cual los créditos derivados de las remesas recíprocas de las partes, se anotan como partidas de abono o de cargo en una cuenta, y sólo el saldo que resulte a la clausura de la misma constituye un crédito exigible y disponible.

Retomando los conceptos de los autores antes citados y lo que la legislación dispone al respecto, podemos concluir que el requisito esencial para que este contrato funcione y sea eficaz es que haya remesas recíprocas y compensaciones de saldos aprovechando óptimamente la confianza mutua de dos comerciantes con el objetivo de minimizar el uso del dinero y soportando el peso económico en el asunto de la compensación; en ningún otro contrato mercantil las partes actúan sobre una base de igualdad tan contrastable. Durante la vigencia del contrato no hay ni acreedor

⁴⁵ DAVALOS Mejía, Carlos Felipe, op. cit. , pág. 262.

ni deudor definido sino sólo compensadores (cuentacorrentistas), y únicamente al término del contrato se definirá quién es el que debe, si es que alguno acaba debiendo.

Tratando de configurar el objetivo en materia de análisis del fideicomiso en relación con la figura del contrato de apertura de crédito en cuenta corriente, podemos ventilar la paronimia entre estas dos últimas figuras contractuales -la que estudiamos en este inciso y el contrato arriba mencionado- con algunas aplicaciones actuales para esclarecer la dirección que se pretende dar al presente trabajo.

El contrato de cuenta corriente es utilizado con frecuencia por las instituciones de crédito, pero no en operaciones con sus clientes, sino en la celebrada con otras instituciones similares. Sin embargo, también tiene difusión en el medio de los particulares; por ejemplo, entre los que guardan una relación maquilador-fabricante. Los maquiladores independientes elaboran productos con la materia prima y el dinero que, a su vez, les proporciona un empresario; las remesas recíprocas consisten, por parte del empresario, en dinero y en materia prima y, por parte del maquilador, en producto terminado.

La cuantificación del dinero y la materia prima proporcionada, en comparación con la totalidad del número de artículos terminados por el valor que se agregó con el trabajo de los maquiladores, al compensarse, arrojan el saldo que una de las partes debe pagar.

Entonces, el contrato de cuenta corriente tiene vigencia y utilidad básicamente en las relaciones interbancarias, en las relaciones de industriales y con los maquiladores y, en una escala menos importante, en los pequeños comercios que intercambian al fiado bienes o servicios, ya sea con otros comerciantes o ya sea con consumidores. No obstante, como se aprecia en su análisis, este contrato lleva consigo una actividad muy importante a todos aquellos que con alguna frecuencia se ubiquen, simultáneamente, en el papel de deudores y acreedores recíprocos.

8. Delimitación de funciones aplicables a cada una de las figuras contractuales citadas.

El descubrimiento del valor eminente de los contratos de apertura de crédito en sus distintas modalidades, como elementos vinculatorios generadores de riqueza, marca indudablemente una función primordial en la historia comercial de los pueblos, ya que la mayor parte de la riqueza existente es riqueza crediticia.

La vida comercial moderna no podría ser concebida sin el crédito. Los contratos de apertura de crédito como extremidades derivadas de dicho concepto, tienen como función, según indicamos en el capítulo primero, ser el elemento regulatorio para desenvolver y multiplicar los capitales y realizar el fenómeno fundamental de la producción.

Los bancos, al realizar su función crediticia, celebran contratos de apertura de crédito simple; contratos de apertura de crédito en su modalidad de cuenta corriente; e, incluso, contratos que no son exclusivamente bancarios, como la cuenta corriente.

La función de los contratos de crédito consiste en la intermediación profesional en el comercio del dinero y del crédito. Por una parte, los bancos recolectan el dinero de aquéllos que no tienen forma de invertirlo directamente y lo proporcionan en forma de crédito a quienes necesitan el dinero, mientras que los contratos aludidos regulan y configuran jurídicamente esta relación.

A continuación, dentro de este mar de letras que integra la propuesta del presente trabajo de análisis y crítica, se esquematizarán en un cuadro las características y elementos de las figuras contractuales antes citadas para establecer la delimitación de funciones de las mismas.

CARACTERÍSTICAS GENERALES DEL CONTRATO		CONTRATO DE RECIPROCIDAD
		Es un acuerdo de voluntades entre las partes (generalmente comerciantes) para que los créditos derivados de las remesas recíprocas se anoten como partidas de abono o de cargo en una cuenta, y sólo el saldo que resulte de la clausura de la cuenta constituya un crédito exigible y disponible; es decir, uno y otro son deudor y acreedor recíprocos
CONSENTIMIENTO	Hay un acuerdo de voluntades entre el acreditante y el acreditado para que el primero ponga a disposición del segundo una determinada cantidad de dinero, o a contraer una obligación en su nombre, debiendo éste como contraprestación restituir dicha cantidad u obligación, y en todo caso a pagarle los intereses, prestaciones, gastos y comisiones que se estipulen en el tiempo que se pactó	Permitir a dos o más comerciantes (generalmente) aprovechar de manera óptima el crédito recíproco, en dinero, bienes, en especie y servicios, sin necesidad de afectar sus tesorerías ni su comercio en el momento en que se cumple la obligación de pago
OBJETO	Permitir que el acreditado disponga del crédito de forma diferida, en las cantidades preestablecidas y cuando las necesite, a fin de no pagar más intereses; o bien, que asuman a su nombre una obligación. Para el acreditante el objeto es el lucro que obtenga ya sea en intereses, accesorios o ambos.	Toda persona que pueda ejercer el comercio en los términos del derecho mercantil, del bancario o del civil. Ejemplo: Instituciones de crédito debidamente autorizadas y los particulares
CAPACIDAD	Cualquier persona que tenga la capacidad de celebrar un contrato válidamente (capacidad de ejercicio). Ejemplo: Instituciones de crédito debidamente autorizadas y particulares.	Cuando las partes convengan deberán estar exentas de violencia, engaño y/o error.
AUSENCIA DE VICIOS EN EL CONSENTIMIENTO	Implica que para celebrar el contrato no se haya hecho uso de la violencia, engaño y/o error.	

		<p align="center">LICITUD</p>	<p>El objeto, motivo y fin que se persiga con la celebración de este contrato debe estar dentro del marco legal.</p>	<p>El objeto, motivo y fin deben de estar permitidos legalmente para realizarse.</p>
		<p align="center">EXTINCIÓN</p>	<p>a). Por haber dispuesto el acreditado de la totalidad de su importe, siempre que así se hubiese convenido entre las partes contratantes en el clausulado del instrumento. b). Por la expiración del término convenido, o por la notificación de haberse dado por concluido el contrato. c). Por la denuncia. d). Por falta o disminución de las garantías pactadas a cargo del acreditado. e). Por hallarse cualquiera de las partes en estado de suspensión de pagos, de liquidación judicial o de quiebra. f). Por la muerte, interdicción, inhabilitación o ausencia del acreditado, o por disolución de la sociedad.</p>	<p>a). Por el vencimiento del plazo convenido. b). Por la muerte o incapacidad superveniente de uno de los cuentacorrentistas.</p>

	BILATERAL		
	<p style="text-align: center;">Si</p> <p>ACREDITANTE: a). Poner una suma de dinero a disposición del acreditado en los términos de cantidad y tiempo que se pactaron. b). Contraer por cuenta del acreditado una obligación que debe ser cuantificada o cuantificable.</p> <p>ACREDITADO: a). Pagar la cantidad acreditada. b). Pagar la obligación contraída. c). Pagar intereses, accesorios o ambos.</p>		<p style="text-align: center;">Si</p> <p>Ambas partes estarán obligadas a enviar las remesas que se le soliciten y a su vez tienen el derecho mutuo de solicitar la remisión de lo que deseen.</p>
	<p style="text-align: center;">Si</p> <p>Tanto el acreditado como el acreditante reciben una ganancia; hay un lucro como resultado. El acreditado podrá hacer uso del crédito para lograr el objetivo planteado en el contrato; en el caso del acreditante el beneficio se da en el momento en que se le devuelve el crédito más los intereses, los accesorios o ambos.</p>		<p style="text-align: center;">Si</p> <p>En la medida en que uno le debe al otro y viceversa, el tiempo para pagar y cobrar puede llegar a ser más costoso que el dinero objeto de las dos deudas, ya que tanto ese tiempo como el dinero pueden destinarse a pagar una cantidad que, probablemente, en ese mismo momento se estaría cobrando.</p>
	ONEROSO		

	CONMUTATIVO		<p>Si</p> <p>En esta figura opera dicha clasificación, en virtud de que la certeza de provechos y gravámenes se sabe desde el momento en que se da el convenio</p>	<p>No</p>
	ALEATORIO		<p>No</p>	<p>Si</p> <p>Ya que los provechos y gravámenes se irán dando conforme transcurra el tiempo.</p>
	FORMAL		<p>Si</p> <p>Porque existe un acuerdo de voluntades manifestado en un escrito debida y legalmente formulado.</p>	<p>Si</p> <p>Aún cuando señalemos que de por medio debe haber un escrito, merced a que generalmente quienes lo practican son los comerciantes y entre ellos se presume la buena fe (tal como lo implica la raíz etimológica del vocablo crédito: <i>credere</i>: tener fe) no es requisito <i>sine qua non</i>. Por tanto, podemos señalar que en este caso su clasificación puede ser también consensual.</p>
	REAL		<p>No</p> <p>Se trata de un contrato <i>intuitu personae</i>.</p>	<p>Si</p> <p>Igualmente, se requiere la entrega del crédito para que el contrato se perfeccione.</p>

				Si	Si
	PRINCIPAL			Su existencia en el mundo jurídico no depende de otro contrato al cual le deba algún derecho u obligación.	Su existencia en el mundo jurídico no depende de otro contrato al cual le deba algún derecho u obligación.
	NOMINADO			Si	Si
				La Ley General de Títulos y Operaciones de Crédito regula esta figura en sus artículos 291 al 301.	La Ley General de Títulos y Operaciones de Crédito regula esta figura en sus artículos 302 al 310.
	TRASLATIVO DE DOMINIO			Si	Si
	PUEDA HABER GARANTÍA			Si	Si

CONTRATO DE APERTURA DE CRÉDITO

	Contrato de Apertura de Crédito <i>Simple</i> .	Contrato de Apertura de Crédito <i>en Cuenta Corriente</i> .
CONCEPTO	<p>Es un contrato mercantil por virtud del cual el acreditante pone a disposición del acreditado durante determinado tiempo una cantidad específica, para que éste en dicho plazo pueda exigir cuantas entregas parciales desee hasta agotar el crédito; o bien, puede pedirlo en su totalidad en una sola exhibición.</p> <p>Si concluido el término el acreditado no hizo uso del total del crédito, no podrá hacer uso del restante.</p>	<p>Es un contrato mercantil por virtud del cual el término de éste permanece invariable, ya que el acreditado puede ir haciendo uso total o parcial del dinero que se puso a su disposición, e ir regresándolo en remesas; de tal forma que aún cuando lo haga exigible en una sola exhibición, si no ha vencido el plazo, puede volver a depositar y retirar.</p>
DIFERENCIA	<p>El acreditado está facultado para hacer remesas.</p>	<p>El acreditado podrá hacer remesas <i>antes de la fecha fijada para la liquidación</i>.</p>
SIMILITUD	<p>a). Puede ser pactado con garantía real o personal. b). Es por tiempo determinado.</p>	<p>a). Puede ser pactado con garantía real o personal. b). Es por tiempo determinado</p>

	CONTRATO DE APERTURA DE CRÉDITO	CONTRATO DE CUENTA CORRIENTE
APLICACIONES	<p>a). Tarjeta de crédito bancaria, comercial y de servicios.</p> <p>b). Créditos quirografarios del sector bancario:</p> <ol style="list-style-type: none"> 1. Préstamos comerciales a corto plazo. 2. Créditos comerciales a largo plazo. 3. Créditos comerciales a largo plazo. <p>c). Entre particulares tiene un gran arraigo, ya que básicamente a los clientes se les concede crédito para lograr más ventas. Ejemplo: automóviles, boletos de avión, bienes inmuebles, etcétera.</p> <p>Gracias a esta figura hay un gran fomento en las actividades comerciales.</p>	<p>a). Entre Instituciones de Crédito. Ejemplo: Cajeros Automáticos en Red.</p> <p>b). Entre particulares. Ejemplo: maquilador/fabricante y los pequeños comerciantes.</p> <p>En la práctica se da con mucha frecuencia ya que se facilita el flujo de los factores de la producción.</p>

CAPÍTULO III

**ESTA TESIS NO DEBE
SALIR DE LA BIBLIOTECA**

CAPÍTULO TERCERO

FIDEICOMISO

1. Antecedentes del Fideicomiso en México.

a) Introducción:

La gran mayoría de los conceptos privativos de la ciencia del derecho involucran a un claro contenido vinculatorio; es decir, expresan una relación normativa entre los hombres; pero términos como personalidad, minoría de edad o propiedad, no manifiestan, precisamente, una relación de derecho, sino un estado de derecho y son, en sí mismos, suficientes para definirse en su totalidad.

Trátase de un concepto que expresa la relación entre dos o más sujetos; trátase de un concepto que manifiesta la individual situación jurídica de un sólo centro de imputación, deberá circunscribirse en el marco normativo de las obligaciones, pues si no se trata de una obligación, poco o nada tendrá el derecho que hacer en tal caso.

El fideicomiso, como cualquier otro concepto privativo de la ciencia del derecho, pretende aglutinar un cierto número de derechos y obligaciones a los que quedarán sometidos los sujetos que se ubiquen dentro de la hipótesis de la ley que lo organiza. Es decir, el fideicomiso no es de los conceptos que manifiestan un simple estado jurídico no esencialmente vinculatorio; por el contrario, es un concepto que no sólo manifiesta las relaciones entre dos personas, sino también las relaciones que pueden suscitarse entre dos y, en ocasiones, cientos de personas, con derechos y obligaciones más o menos equivalentes, pero todos concertados por un sólo concepto, que es precisamente el de fideicomiso.

El fideicomiso, como la tarjeta de crédito, los cheques, los créditos bancarios *documentarios*, la banca y, en general, las figuras más importantes del moderno derecho mercantil, se *originaron* en un sistema en el que las clasificaciones y las definiciones pasan a ocupar un papel secundario; sistema en el que el primer lugar *corresponde* a la práctica diaria del comercio, que es la encargada de crear y dictar las normas a seguir. Dicho sistema es el que da vida al derecho anglosajón.

No obstante la similitud que guarda con el inglés en sus caracteres esenciales, en el derecho y la *práctica jurídica* mexicanas, el fideicomiso se ha arraigado a tal grado que se ha constituido en uno de los puntales del fomento económico comercial, tanto público como privado e, incluso, se ha convertido en uno de los instrumentos más útiles de la actividad del Poder Ejecutivo, en cualquiera de los niveles de gobierno que establece nuestra Constitución

b) La Colonia.

En esta época destacan dos figuras: Las Capellanías y el Mayorazgo.

En las Capellanías se destinaban fondos para la celebración de ceremonias religiosas. Estaban presididas por un capellán que tenía la función de administrar los bienes inmuebles o fondos, teniendo a su vez, la posibilidad de gozar de sus productos obligándose, del mismo modo, a conservarlos y repararlos en caso de que *ésto fuera necesario*.

El Mayorazgo se utilizó para la transmisión de bienes al primogénito y para que éste, a su vez, los conservara y transmitiera al siguiente primogénito y así, sucesivamente.

c) Las Leyes de Reforma.

Con las Leyes de Reforma la propiedad religiosa desaparece, situación que motiva a la Iglesia a poner a nombre de personas de su confianza las propiedades que poseía, aunque siguiera teniendo el uso y disfrute de sus bienes, mismos que sólo eran susceptibles de transmitirse a las personas que el clero designara. En realidad, estos actos nunca tuvieron eficacia jurídica.

d) Antecedentes Modernos.

Entre éstos se encuentran, el *Salman* o *Treuhand* germánico, que fue una institución creada básicamente como una forma de transmisión de las tierras.

También encontramos al *use* o *trust* del derecho británico, que es el más importante antecedente moderno de la institución del fideicomiso mexicano.

El llamado *trust deed*, fue generado en el extranjero y su mecanismo de operación sirvió como antecedente de la figura que estudiamos.

2. Concepto.

La Ley General de Títulos y Operaciones de Crédito vigente, publicada en el Diario Oficial de la Federación el 27 de agosto de 1932, contiene las normas jurídicas que han dado origen a la institución denominada *fideicomiso*, cuyo concepto y naturaleza jurídica pretendemos esbozar en este trabajo recepcional, caracterizándola, en su correlación dentro del ámbito bancario, con el contrato de apertura de crédito en cuenta corriente que hemos estudiado en el capítulo anterior.

El artículo 346 del cuerpo normativo invocado señala que 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.*

El artículo 351 establece, a su vez, que pueden ser objeto de fideicomiso toda clase de bienes y derechos, *salvo aquellos que, conforme a la ley, sean estrictamente personales del fideicomitente.*

Los bienes que se transmitan en fideicomiso se consideran afectos al fin que se destinan.

El fideicomiso es un acto jurídico de carácter mercantil mediante el cual una persona capaz, afecta bienes o derechos en forma legítima a un fin lícito determinado, quedando a cargo de una institución fiduciaria la titularidad de esos bienes o derechos para la ejecución del fin propuesto.

Resulta de particular importancia comprender a la perfección la naturaleza de este acto jurídico, ya que la amplitud del concepto por el cual es definido permite su aplicación a una multitud de operaciones, lo que impide encuadrarlo exactamente como a otros presupuestos legales, convirtiéndolo en una institución de naturaleza tan sutil, que es posible adaptarla a toda clase de contratos, a efecto de que un sujeto de derecho cumpla con una obligación a su cargo, sea cual fuere la naturaleza de ésta dentro del campo patrimonial.

De la estructura lógica de la norma se derivan los elementos esenciales de todo precepto jurídico y se establecen las relaciones que se desenvuelven entre ellos, por lo que el análisis lógico-jurídico del sustento legal de la institución objeto de nuestro estudio nos permitirá *adentrarnos en su misma naturaleza, partiendo de la norma de derecho como tal.*

Bilateralidad del Derecho: El género al que pertenece el Derecho es el de las normas de conducta.

Toda norma de conducta establece deberes dependientes de la realización de una hipótesis normativa; de ahí que se establezca que la norma de conducta es un juicio imperativo hipotético.

Por lo que respecta a la norma jurídica, la diferencia específica que la distingue de los demás sistemas que norman la conducta es que es bilateral.

Toda norma jurídica impone deberes correlativos de facultades. Estos deberes y derechos son correspondientes, no iguales, y crean relaciones jurídicas eficientes. En otras palabras, el fin de la norma jurídica es provocar conductas.

El Derecho logra lo anterior estableciendo dos estadios jurídicos concomitantes: la imperatividad y la atributividad, cuyas manifestaciones son como sigue:

a) Autoriza conducta a un sujeto (Derecho Subjetivo).

b) Para poder autorizar conducta a determinado sujeto (facultado), es necesario prohibir conducta (deber jurídico) a otro sujeto (obligado) y autorizar al titular del Derecho Subjetivo a la prestación para exigir el deber correlativo.

En esto consiste la bilateralidad de la norma jurídica, en establecer relaciones intersubjetivas eficaces; es decir, que sean correspondientes. Por ejemplo, al derecho del acreedor de exigir el pago de la suma que prestó corresponde el deber impuesto al deudor consistente en la prohibición de omitir el pago de la deuda legalmente contraída.

Estructura lógica de la norma: La existencia del derecho de ejercicio obligatorio o derecho del obligado, como lo denomina el Dr. García Máynez, se funda en el principio lógico de contradicción: "Si la ley no concediese a las personas a quienes impone obligaciones el derecho de cumplirlas, sería contradictoria, ya que ordenaría y prohibiría al propio tiempo una misma conducta". Por tanto, el derecho de ejercicio obligatorio resulta una necesidad lógico-jurídica.⁴⁶

Doctrinariamente se ha sostenido que la aplicación al caso del principio lógico de contradicción, que hace necesario otorgar un derecho al sujeto de un deber, es indiscutible, pues si una norma prohíbe la acción, es necesario que autorice la omisión; y si prohíbe la omisión, es necesario que autorice la acción. No es posible, lógicamente, prohibir la conducta en su doble carácter de acción y omisión. Para que un sujeto, a quien se prohíbe la acción, pueda cumplir con su deber, es necesario que se le autorice la omisión; y para que pueda cumplir con la prohibición de la omisión, es necesario que se le autorice la acción. Por el contrario, es posible autorizar simultáneamente la acción y la omisión y, en estos casos, la norma, en forma implícita, pero necesaria, autoriza al sujeto a optar por el ejercicio o no ejercicio de la conducta facultada. En estos casos, es derecho de ejercicio potestativo.

En otras palabras es indiscutible que el exigir algo necesariamente implica el permitir lo exigido y para que lo exigido y permitido sean deber y derecho, respectivamente, es indispensable que deriven de la norma.

Si observamos la estructura lógica de la norma descubriremos que:

a) La norma que prohíbe la acción (deber jurídico) necesariamente faculta la omisión (derecho subjetivo).

b) La norma que prohíbe la omisión (deber jurídico) necesariamente faculta la acción (derecho subjetivo).

⁴⁶ GARCÍA Máynez, Eduardo. "Introducción a la Lógica Jurídica". Quinta Edición. Editorial Colofón, S.A. México., 1997. Pág.115

c) Que en la norma se encuentran *recíprocamente fundidos* el derecho con el deber, pues ninguno puede existir sin el otro por sí solo (ya que son una necesidad lógica).

DEBER JURÍDICO	DERECHO SUBJETIVO DE EJERCICIO OBLIGATORIO
Prohíbe la acción	Faculta la omisión
Prohíbe la omisión	Faculta la acción

Al fusionarse el deber jurídico con el derecho subjetivo se produce el modo obligatorio de ejercitarse el derecho.

La norma nos muestra que se trata, invariablemente, de un derecho fundido recíprocamente con un deber; ambos, derecho y deber, fundados en la norma, la cual, al prohibir la acción, necesariamente faculta la omisión y, al prohibir la omisión, necesariamente faculta la acción. El derecho no es del obligado, sino de ejercicio obligatorio y otorgado al facultado; el deber no es lo exigido u ordenado, sino la prohibición de conducta hecha por la norma al obligado.

3. Características.

a) Sujetos:

Fideicomitente: Persona física o jurídica con capacidad para obligarse y para disponer de bienes. Es la persona titular de los bienes o derechos que transmite a la fiduciaria para el cumplimiento de una finalidad lícita.

Fiduciario: Institución de crédito autorizada.

Fideicomisario Persona física o jurídica con la capacidad necesaria para recibir el beneficio del fideicomiso

b) Forma:

Por escrito, constituido por acto entre vivos o por testamento y debiendo ajustarse a los términos de la legislación común.

c) Objeto:

Toda clase de bienes (muebles o inmuebles) y derechos.

4. Elementos.

Existen tres rubros doctrinales dentro de los que podemos identificar a los *distintos elementos que intervienen en la operación de la institución materia de nuestro estudio*:

Elementos personales.

Elementos reales.

Elementos formales.

Dentro del apartado correspondiente a *las personas que intervienen en las distintas etapas que cumple la operación del fideicomiso*, podemos distinguir al fideicomitente, al fiduciario y al fideicomisario, a quienes habremos de estudiar separadamente para ofrecer una visión más amplia y diferenciada de sus funciones y atributos.

a) *Fideicomitente* Es la persona que constituye el fideicomiso y transmite a la fiduciaria la propiedad de los bienes (artículo 349 de la Ley General de Títulos y Operaciones de Crédito)

b) *Fiduciario* Es la persona a quien se encomienda la realización del fin establecido en el acto constitutivo del fideicomiso y se atribuye la titularidad de los bienes fideicomitados. En México generalmente son las instituciones de crédito las autorizadas para fungir como tal por la Secretaría de Hacienda y Crédito Público pero, además, también pueden ser fiduciarias actualmente las aseguradoras, las afianzadoras y las casas de bolsa, de conformidad con sus leyes respectivas.

c) *Fideicomisario*: Es el beneficiario que recibe el provecho o sus remanentes una vez cumplida la finalidad del fideicomiso, aunque no es menester su existencia para que subsista el contrato (artículo 348 de la Ley General de Títulos y Operaciones de Crédito).

Fideicomitente es la persona física o moral que teniendo la libre disposición de sus bienes cuenta con la capacidad para transmitirlos al fiduciario, conforme al fin que impone. Pueden ser fideicomitentes las autoridades judiciales a quienes por administración, liquidación, reparto o enajenación corresponda asumir esta calidad, o bien, las que ellas designen, siempre y cuando exista un consentimiento sin vicios, un objeto lícito, capacidad de las partes y la debida formalidad en la suscripción del instrumento.

El fideicomiso es irrevocable para el fideicomitente, excepto cuando se haya reservado ese derecho o exista un convenio expreso con el fideicomisario. Las reservas de derechos que puede estipular el fideicomitente no deberán ir en contra de las disposiciones legales, por lo que no es posible hablar de fideicomisos en administración, por virtud de los cuales existan cláusulas expresas que establezcan la prohibición de la transmisión de propiedad. Debe observarse, sin embargo, que el fin del fideicomiso sea cumplido puntualmente.

El sujeto fiduciario sólo está capacitado para cumplir con sus funciones cuando, siendo sociedad anónima, se halle autorizado para ello conforme a la Ley de Instituciones de Crédito.

El funcionamiento del fideicomiso lo pueden llevar a cabo varias instituciones fiduciarias a la vez, ya sea conjunta o sucesivamente, siguiendo las instrucciones del fideicomitente.

La Ley General de Títulos y Operaciones de Crédito, en su artículo 356, establece que sólo por causas graves puede una institución fiduciaria dejar de aceptar o renunciar el llevar a cabo un fideicomiso, conforme al criterio del Juez de Primera Instancia del lugar de su domicilio. En este criterio vemos la tendencia del *trust* anglosajón de utilizar al poder judicial como elemento consultor, organizador y coordinador del fideicomiso.⁴⁷

⁴⁷ "Despite the centrality of fiduciary relationships to Anglo-American law, the scope of fiduciary rights and duties has eluded definition. Using the analytical tools provided by law and economics, in particular the principal agent model, doctrinal analysis provides a more precise definition of fiduciary rights and duties in Anglo-American law, and the economic consequences that such rights and duties generate. The authors contend that appropriation is both very profitable for the fiduciary and difficult to detect by the beneficiary, fiduciary law appropriately infers disloyalty from its appearance. Moreover, they argue that if the beneficiary establishes the appearance of disloyalty, it is proper for fiduciary law to require the fiduciary to bear the burden of her innocence and to increase the sanction for misappropriation to include punishment and not just compensation. In contrast, the authors contend that lack of care by the fiduciary is much less profitable than outright misappropriation. Thus, courts should not infer lack of care from its mere appearance. Moreover, the authors conclude that compensatory liability for harm resulting from lack of care usually suffices to deter such behavior, provided that the standard of care is set according to the Hard Rule for tort negligence. Fiduciary relationships have occupied a significant body of Anglo-American law and jurisprudence for over 250 years, yet the precise nature of the fiduciary relationship remains a source of confusion and dispute. Legal theorists and practitioners have failed to define precisely when such a relationship exists, exactly what constitutes a violation of this relationship, and the legal consequences generated by such a violation. Familiar forms of fiduciary relationships include trustee-beneficiary, agent-principal, corporate director/officer-corporation, and partner-partnership, although courts have emphasized that these categories are not exclusive

De ello se desprende que el fiduciario es titular en interés del beneficiario y está obligado a ejercitar las facultades que concretamente comprenda el derecho de que es portador para ventaja del propio beneficiario. Se aprecia el sentir del *express trust* sin que en el fondo se llegue a determinar su posición jurídica que podía ser la de propietario, conforme al acto constitutivo del fideicomiso, con algunas facultades y obligaciones peculiares.

In any of these paradigmatic forms, a beneficiary entrusts a fiduciary with control and management of an asset. Ideally, for the beneficiary, this relationship would be governed by specific rules that dictate how the fiduciary should manage the asset in the beneficiary best interests. In fact, however, the fiduciary's obligations are open-ended. Because asset management necessarily involves risks and uncertainty, the specific behavior of the fiduciary cannot be dictated in advance. Moreover, constant monitoring of the fiduciary's behavior, which would protect the beneficiary, often is prohibitively costly

The economic character of the fiduciary relationship thus poses the question: 'How can one party be induced to do what is best for another without specifying what is to be done?'. Economists design incentive structures that use self-interest to compel one party to do what is best for another by using the 'principal-agent' model.

The fiduciary relationship exposes a beneficiary/principal to two distinct types of wrongdoing: first, the fiduciary may misappropriate the principal's asset, or some of its value (an act of malfeasance); and second, the fiduciary may neglect the asset's management (an act of nonfeasance). Each type of wrong doing is controlled by imposing a legal duty upon the fiduciary. The former - misappropriation - is governed by the duty of loyalty, and the latter - negligent mismanagement - is governed by the duty of care.

Because a fiduciary's misappropriation is profitable and difficult to prove, it is appropriate for fiduciary law to infer disloyalty from its appearance.

Once the appearance of disloyalty is established, the burden shifts to the fiduciary who must prove her innocence. Alternatively, if disloyalty is actually proved rather than inferred, it may be appropriate for fiduciary law to increase the sanction to include punishment, not just disgorgement of the appropriated asset. In contrast, lack of care is not as profitable for the fiduciary. Liability for the harm resulting from the lack of care usually is sufficient to deter it, provided that the standard of care is set according to the Hand Rule for tort negligence".* COOTER, Robert & FREEDMAN, Bradley J. "The Fiduciary Relationship: its Economic Character and Legal Consequences". New York University Law Review. Volume 66, number 4. October 1991. New York, USA Págs. 1045

Por otro lado, debemos entender al fideicomisario como el sujeto jurídico que, teniendo la capacidad necesaria, recibe los beneficios económicos del fideicomiso, aún cuando no requiere especificidad jurídica material o formal alguna.

Adolecerá de nulidad todo aquel fideicomiso en el que se encuentre identidad entre fiduciario y fideicomisario, siendo prudente destacar que, tratándose de una prohibición legal, nos encontramos frente a un caso de nulidad absoluta, resultando imposible su convalidación por la simple confirmación del acto por la o las partes interesadas. (Artículo 348 de la Ley General de Títulos y Operaciones de Crédito).

Un perfil de la doctrina mexicana define al fideicomiso como: "el contrato mediante el cual una persona física o moral transfiere la propiedad de parte de sus bienes a una institución fiduciaria para que con ellos se realice un fin lícito, que la propia persona señala en el contrato respectivo".⁴⁸

De dicho desarrollo del concepto podemos obtener los siguientes elementos de la definición:

a) El fideicomiso, en consecuencia, es un contrato de naturaleza mercantil.

b) Traslato de dominio y llevado a cabo por el titular del derecho de propiedad que se transfiere. A este sujeto la ley lo define como *fideicomitente* (artículo 346 de la Ley General de Títulos y Operaciones de Crédito).

c) La transmisión, misma que se formaliza a través de la fiduciaria que, como lo veremos más adelante, restringe ese carácter a instituciones que forman parte del sistema financiero mexicano. El derecho de propiedad en comento va a ser ejercido de manera limitada, atendiendo a los fines del fideicomiso y sin que la institución fiduciaria tenga el derecho a usar y disfrutar el bien o los bienes fideicomitados.

⁴⁸ INSTITUTO DE INVESTIGACIONES JURÍDICAS. "Diccionario Jurídico Mexicano". UNAM, México, 1996. Pág. 1441.

5. Fines.

El fideicomiso se ha de constituir con una finalidad definida, pudiendo este fin ser tan amplio como se pacte entre las partes, o bien, como lo determine el fideicomitente, mismo que tendrá, como única limitación, aquella establecida por el artículo 347 de la Ley General de Títulos y Operaciones de Crédito y que versa sobre la obligación de que el fin buscado sea lícito y determinado.

Como es sabido, la raíz etimológica es del latín *fidei confiantia* que significa confianza; y *commissus* que significa depósito, confiado a comisión.

Derivado de lo expuesto, su conceptualización nos invita a identificarlo como un contrato de depósito de confianza de naturaleza mercantil.⁴⁹

⁴⁹ 'Come osserva Giovanni Diurni, 'l'istituto' che nelle fonti pregiustinianee de in quelle altomedievali viene designato con il nome *fiducia*, 'per i suoi' stessi 'caratteri originari, è estraneo alla tradizioni romanistica, in quel senso pieno dell'espressione, che Ricardo Orestano determinò svolgendo l'intuizione di Salvatore Riccobono'. Ed infatti, come egli stesso del resto soggiunge nell' 'eseguire puntigliosamente il compito assegnato' loro da Giustiniano, 'i redatori' del *corpus* avevano 'escluso l'istituto dalla' tarda esperienza dei *ciues Romani*, cancellando il nome e traducendo l'istituto in figure diverse. E perciò 'la scuole medievali eserciteranno la propria vocazione costruttiva appoggiandosi unicamente a' quei 'frammenti che' dissimulata 'conservavano qualche traccia della figura antica'. E 'solo più tardi', in una temperie sociale e istituzionale sigolarissima, 'l'operosità dei Culti, rivolta per i suoi fini a far emergere da una terra di diritto teodosiano tutto quanto la compilazione aveva escluso, e quasi intenta a creare tradizioni nazionali pre-giustinianee, porterà alla conoscenza dei testi antichi e darà materia all'esegesi'. La quale poi 'rimarrà', ancora 'nel secolo diciannovesimo, come un lungo episodio di cultismo'.

La vicenda complessa di quei vari fenomeni che siamo soliti designare con il nome di *fiducia* è tutta perciò altomedievale appartiene ad ordinamenti post-romani; e così trova limiti cronologici precisi una ricostruzioni della fiducia per fini storiografici, che non obedisca ai dettami della scolastica savignyana - e non voglia ridursi ad illustrare le conquiste inarrestabili del pensiero giuridico, e prenda come oggetto l'esperienza nella sua interezza -. Consunti i motivi che guidarono la storiografia delle antitesi - *fiducia* romana contro *fiducia* germanica -, il rinnovato studio dell'istituto consente un apprezzamento sereno così della storiografia come della dottrina attuale,

El artículo 346 referido anteriormente señala que por virtud del fideicomiso se destinan ciertos bienes a un fin lícito determinado, encomendando la realización de ese fin a una *institución fiduciaria*.⁵⁰

Complementa el artículo 347 de la Ley General de Títulos y Operaciones de Crédito señalando que el fideicomiso será válido aunque se constituya sin señalar fideicomisario, siempre que su fin sea lícito y determinado.

6. Clasificación.

Como un matiz inherente a esta investigación, resulta prudente señalar que una sola clasificación del fideicomiso sería incongruente con la propia naturaleza de esta institución, situación que nos lleva a comentar aquéllas con las que la mayoría de los tratadistas están de acuerdo.

liberando questa dagli anacronismi che l'aduggiano: basti riflettere che la civilistica meglio accreditata continua oggi a fondare le proprie costruzioni del negozio fiduciario sulla suggestiva doppia categoria fiducia germanica - fiducia romana, presumendo questa adeguata alla disciplina civile vigente; e si chiude in aporie insormontabili - come avviene del resto per altri istituti la cui 'struttura' odierna voglia immediatamente identificarsi con 'l'origine storica' (anche questo si è veduto) -.Neppure conviene tacere che lo studio dell'istituto, affrancandosi dagli anacronismi, contribuirà per altro a porre in luce la componente non romana della nostra cultura, a liberarci dalla presunzione etnocentrica. Osserva bene Diurni che appunto 'il predominio della visuale etnocentrica, non ostanti le dichiarazioni contrarie, tiene nell'ombra ancora oggi quel momento dell'esperienza italiana che fu il diritto longobardo, e il sistema del diritto longobardo-franco che en seguì; è ciò con danni gravi, più che la storiografia, per la stessa scienza giuridica'. CAPRIOLI, Severino. "Leggendo un Libro sulle Fiducie". Rivista del Diritto Commerciale e del Diritto Generale delle Obbligazioni. Piccin Nuova Libreria, S.P.A. Casa Editrice Dr. Francesco Vallardi. No. 9-10. Settembre-ottobre, 1995. Milano, Italia. Págs. 689 y 690.

⁵⁰ SALGADO Castañeda, Hugo. "El Fideicomiso en México". Primera de tres partes Revista Jurídica. Nueva serie 1995. Número 1, México. Enero-marzo de 1995. Cuemavaca, Morelos, México

6.1. Clasificación en función de las personas que intervienen en el fideicomiso.

Tomando como base a las personas que intervienen en el fideicomiso, podemos intentar el análisis partiendo de diferentes puntos de vista, tales como el número de personas que integran cada una de las partes que intervienen, las funciones de dichas partes, su capacidad, las facultades de que pueden gozar, etcétera.

En este punto nos referimos al fideicomitente como el elemento personal más importante. *El fideicomitente es la persona que transmite al fiduciario los bienes que son materia del fideicomiso; también señala los fines del mismo y tiene derecho a designar al fiduciario y al fideicomisario.* Por tanto, el fideicomitente es el elemento esencial para que pueda constituirse un fideicomiso, ya que éste puede existir sin que estén determinados, desde el momento de su celebración, el fiduciario y el fideicomisario.

Por lo que se refiere a la falta del fiduciario, la ley previene la forma de designarlo (Artículo 350 de la Ley General de Títulos y Operaciones de Crédito), cuando no lo hayan nombrado; pero puede darse el caso de que el fiduciario señalado no acepte el cargo y entonces se haga imposible su sustitución, lo que traería como consecuencia la extinción del fideicomiso, como lo previenen los artículos 350, último párrafo y 357, fracción VII, de la Ley General de Títulos y Operaciones de Crédito. El fideicomisario puede ser indeterminado en el acto constitutivo del fideicomiso, pero el fideicomitente debe establecer las bases para su determinación (Artículo 355, último párrafo de la Ley General de Títulos y Operaciones de Crédito).

El fideicomitente, por tanto, es el elemento personal indispensable para la celebración del fideicomiso, ya que su actividad se concreta en la forma siguiente:

- a) Constituye el fideicomiso.
- b) Transmite al fiduciario los bienes y derechos que formarán la materia del fideicomiso.
- c) Señala los fines.
- d) Designa al fiduciario y al fideicomisario o, cuando menos, da las bases para la determinación de este último.

6.2. Clasificación en función de los fines del fideicomiso.

Esta clasificación la podemos intentar partiendo de los fines que pretende alcanzar el fideicomitente, aun cuando este criterio debe ser interpretado a través de la actuación que tiene el fiduciario en el ejercicio de los derechos transmitidos que constituyen el patrimonio fideicomitado.

El fin del fideicomiso es el objetivo que se busca con la celebración del contrato; son los intereses privados o públicos que se buscan satisfacer con el establecimiento del fideicomiso.

“El motivo o fin - dice Gutiérrez y González- es la razón contingente, subjetiva y por lo mismo variable de individuo a individuo, que lo induce a la celebración del acto jurídico”.⁵¹

O para decirlo a la manera de Rodríguez Rodríguez : “El fideicomiso debe considerarse como negocio fiduciario en cuanto se trata de un negocio jurídico en virtud del cual se atribuye al fiduciario la titularidad dominical sobre ciertos bienes con la limitación de carácter obligatorio, de realizar sólo aquellos actos exigidos para el

⁵¹ GUTIÉRREZ y González, Ernesto. “Derecho de las Obligaciones”. Décima segunda edición Editorial Porrúa S A , México, 1997. Págs. 323.

cumplimiento del fin al cual se destinan".⁵²

Hay declaraciones de voluntad que se refieren a un objeto determinado y hay un motivo o fin que induce a las partes a vincularse en la forma en que la ley lo señala (Artículos 1794 y 1795 del Código Civil para el Distrito Federal).

No debemos confundir el fin del fideicomiso con el objeto del fideicomiso: El objeto, son lisa y llanamente, los bienes y derechos que se hubieren afectado, debiendo, dichos bienes, reunir los requisitos siguientes:

a) Que no sean estrictamente personales de su titular (artículo 351 de la Ley General de Títulos y Operaciones de Crédito).

b) Que existan en la naturaleza (artículo 1825 del Código Civil para el Distrito Federal).

c) Que sean determinados o determinables en cuanto a su especie (artículo 1825 del Código Civil para el Distrito Federal).

d) Que estén comprendidos en el comercio (artículo 1825 del Código Civil para el Distrito Federal).

La actuación del fiduciario para la realización de los fines del fideicomiso se delimita en las situaciones siguientes:

a) El fiduciario recibe los bienes o derechos fideicomitidos para que con ellos se garantice el cumplimiento de una obligación principal.

b) El fiduciario recibe los bienes o derechos fideicomitidos (dinero o bienes), para proceder a efectuar las inversiones señaladas en el acto constitutivo del

⁵² RODRÍGUEZ Rodríguez, Joaquín, *op. cit.*, pág. 119

fideicomiso o para encargarse de la guarda, conservación o, en general, de cualquier otro acto de administración de los mismos.

c) El fiduciario recibe los bienes o derechos fideicomitidos para transmitirlos al fideicomisario cuando se hayan reunido los requisitos señalados por el fideicomitente.

De acuerdo con lo anterior, podemos clasificar las especies del fideicomiso en los términos siguientes:

- a) Fideicomisos traslativos.
- b) Fideicomisos de garantía.
- c) Fideicomisos de administración.

La clasificación anterior parte del supuesto de las finalidades mismas de cada contrato, pero en la práctica pueden darse muchos casos de contratos de fideicomisos que comprendan varias finalidades, de modo que cada uno de ellos se pueda encuadrar en las diversas clasificaciones antes señaladas.

En todo contrato de fideicomiso existe una finalidad predominante, que es la que nos sirve de base para determinar su clasificación individual. Aparte de esta finalidad primordial, el fideicomitente puede señalar otras finalidades secundarias que carezcan de importancia para tomarlas como criterio de clasificación.

Para señalar los requisitos jurídicos del fin, la Ley General de Títulos y Operaciones de Crédito establece, en sus artículos 346 y 347, que “en virtud del fideicomiso, el fideicomitente destina ciertos bienes a un fin lícito determinado, encomendando la realización de ese fin a una institución fiduciaria”.

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

Ambos preceptos, al referirse al fin del fideicomiso, no señalan específicamente cual habrá de ser dicho fin, sino que indican tan sólo que deberá ser lícito y determinado.

Si el fin del fideicomiso es ilícito, no se produce entonces la nulidad absoluta del contrato. Para estos efectos son aplicables las disposiciones del Código Civil para el Distrito Federal, en virtud de lo ordenado por el artículo segundo, fracción IV, de la Ley General de Títulos y Operaciones de Crédito, ya que ni las leyes especiales que regulan al fideicomiso (la antes mencionada y la Ley de Instituciones de Crédito), ni las leyes mercantiles en general, previenen los casos de nulidad.

Así, el artículo 1795, fracción III, del Código Civil para el Distrito Federal, establece: “El contrato puede ser invalidado... III. Porque su objeto, o su motivo o fin, sea ilícito”.

Sin pretender entrar a explicar aquí la Teoría de las Nulidades sustentada, entre otros, por Jorge Mario Magallón⁵³, es pertinente señalar que la nulidad se divide en absoluta y relativa, según sea el motivo que la haya originado, variando, en consecuencia, los efectos que cada una de ellas produce.

Pues bien, de acuerdo con lo señalado por el artículo 2225 del Código Civil para el Distrito Federal, “la ilicitud en el objeto, en el fin o en la condición del acto, produce su nulidad, ya absoluta, ya relativa, según lo disponga la ley”. En los artículos 2226 y 2227 del mencionado ordenamiento, se establecen los efectos producidos por cada clase de nulidad.

⁵³ MAGALLÓN Ibarra, Jorge Mario. “Instituciones de Derecho Civil” Tomo I. Capítulo XI. Editorial Porrúa, S. A., México, 1987. Págs. 227 a 254.

6.3. Clasificación en función de la materia del fideicomiso.

Puede ser materia del fideicomiso cualquier bien que se encuentre dentro del comercio y cualquier derecho que no sea de carácter estrictamente personal, pues ello lo haría intransmisible.

Por lo anterior se omite enunciar cada bien o derecho, merced a lo prolijo que esto resulta y lo soslayable que dicha condición es para el objeto de nuestro estudio.

6.4. Fideicomisos revocables y fideicomisos irrevocables.

Tenemos a continuación un elemento común en todas las causas efectivas, que corresponde a un concepto jurídico que no debemos pasar por alto. Estas causas pueden provenir del deseo del fideicomitente de *constituir el fideicomiso* sin obtener ningún provecho, o bien de constituirlo como contraprestación de algún beneficio obtenido o que se vaya a obtener. Estas causas son las mismas que motivan la *clasificación tradicional* de los contratos en gratuitos y onerosos (Artículo 1837 del Código Civil para el Distrito Federal).

Cuando el fideicomitente constituye un fideicomiso por causas que se equiparan a un contrato gratuito, debe tener la facultad de reservarse el derecho de revocar o modificar el fideicomiso; en otras palabras, la revocabilidad es consecuencia del acto gratuito.

Cuando los motivos provienen de causas que asemejan al fideicomiso a un contrato oneroso, o sea, cuando el fideicomitente ha recibido o recibirá una contraprestación motivada por esa causa, dicho fideicomitente *no tiene derecho* a revocarlo o modificarlo, porque lesionaría a los derechos del fideicomisario.

Es así como establecemos la clasificación del fideicomiso, en fideicomisos revocables y fideicomisos irrevocables.

7. Naturaleza Jurídica del Fideicomiso.

Procederemos, ahora, a analizar diversos aspectos del fideicomiso, a través de nuestro dato básico de conocimiento que es la norma jurídica.

A la luz de los Conceptos Jurídicos Fundamentales estudiaremos el Derecho Objetivo, en este caso, la Ley General de Títulos y Operaciones de Crédito, tratando de establecer la esencia de los derechos y deberes que se derivan del fideicomiso, alejados de las doctrinas que se han elaborado para explicar la naturaleza jurídica de esta institución.

7.1. Supuesto y acto jurídico en el fideicomiso.

De los datos que proporciona la Ley General de Títulos y Operaciones de Crédito podemos establecer que el supuesto normativo del fideicomiso se encuentra en sus artículos 346, 351 y 352, pudiendo expresarse de la siguiente manera:

El fideicomiso es un acto entre vivos o por testamento, en virtud del cual el fideicomitente destina ciertos bienes o derechos a un fin lícito determinado, encomendando la realización de ese fin a una institución fiduciaria.

Por tanto, el acto jurídico que dará lugar al nacimiento de las consecuencias jurídicas, será como sigue:

El que una persona física o jurídica, con capacidad suficiente para hacer afectación de bienes o derechos, destine éstos para la realización de un fin lícito y determinado y designe a una institución fiduciaria para su realización.

Mucho se ha discutido acerca del acto que da nacimiento al fideicomiso, ya sea la declaración unilateral del fideicomitente, o bien, la aceptación que haga la

institución fiduciaria. Al respecto, consideramos que, conforme a la ley, el fideicomiso puede constituirse por testamento (declaración unilateral de voluntad)⁵⁴, o bien, por acto entre vivos, que puede ser a través de un acuerdo de voluntades entre fideicomitente e institución fiduciaria y, en algunos casos, siendo necesaria la intervención del fideicomisario. Es indudable que la aceptación del encargo del fideicomiso es potestativa para la institución fiduciaria, pues el artículo 350 de la Ley General de Títulos y Operaciones de Crédito habla de la no aceptación de la fiduciaria, y el 356, de que ésta podrá excusarse de aceptar el encargo. Es interesante hacer notar que la parte final del artículo 350 establece que cuando no fuere posible la sustitución de la institución fiduciaria designada cesará el fideicomiso. Es claro que el artículo se refiere a los fideicomisos constituidos mediante declaración unilateral de voluntad del fideicomitente (una sola de las formas posibles de constitución) pues en ese caso la sola declaración ya constituyó el fideicomiso y la aceptación de la fiduciaria es, únicamente, un acto posterior que sólo hace efectivo el fideicomiso y su ausencia hace que éste cese (sólo lo que existe).

⁵⁴ “Pode também o testador instituir herdeiros o legatários por meio de fideicomisso, impondo a um dêles, o gravado o fiduciário, a obrigação de, por sua morte, a certo tempo, ou sob certa condição, transmitir ao outro, que se qualifica de fideicomissário, a herança ou legado”.

OS DIREITOS DO FIDUCIÁRIO E DO FIDEICOMISSÁRIO.

De acordo com os elementos conceituais do dispositivo transcrito, fideicomisso é uma forma de instituição de herdeiro ou de legado, pela qual, nomeados dois herdeiros ou dois legatários, em testamento, se transmitem, ou por morte, ou a certo tempo, ou sob certa condição, os bens recebidos, do primeiro, ao segundo beneficiado.

No fideicomisso se verifica, portanto, dupla sucessão da mesma pessoa, uma depois da outra, determinada pelo mesmo ato jurídico o testamento, e originada do mesmo fato, a morte do testador. O advento do termo ou a realização da condição fazem expirar o direito do primeiro beneficiado, dando início ao do segundo. O que recebe em primeiro lugar, se llama fiduciário. NEVES Batista, Mario. “Do fideicomisso”. Revista da Faculdade de Direito de Caruaru. Ano III, Número 3. Caruaru, Pernambuco, Brasil, 1962. Págs. 55 y 56.

La Suprema Corte de Justicia ha sostenido el siguiente criterio: "El fideicomiso es un negocio jurídico por medio del cual el fideicomitente constituye un patrimonio autónomo, cuya titularidad se concede a la institución fiduciaria, para la realización de un fin determinado; pero al expresarse que es un patrimonio fiduciario autónomo, con ello se señala particularmente que es diverso de los patrimonios del fideicomitente, del fiduciario y del fideicomisario. Es un patrimonio autónomo, afectado a un cierto fin, bajo la titularidad y ejecución del fiduciario, quien se halla provisto de todos los derechos y acciones conducentes al cumplimiento del fideicomiso, naturalmente de acuerdo con sus reglas constitutivas y normativas. Los bienes entregados en fideicomiso, salen, por tanto, del patrimonio del fideicomitente, para quedar como patrimonio autónomo o separado de afectación, bajo la titularidad del fiduciario, en la medida necesaria para la cumplimentación de los fines de la susodicha afectación; fines de acuerdo con los cuales (y de conformidad con lo pactado), podrá presentarse dicho titular a juicio como actor, o demandado, así como vender, alquilar, ceder etcétera." Amparo Directo 5567/74; Banco Internacional Inmobiliario, S.A. 15 de junio de 1979. Mayoría de tres votos. Ponente: José Antonio Abitia Arzapalo. Séptima Época, volúmenes 121-126. Cuarta parte, página 43 y que "en nuestra legislación se concibe el 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 de disposición sobre los bienes fideicomitados, de los que pasa a ser titular la institución fiduciaria para el exacto y fiel cumplimiento del fin lícito encomendado". Amparo Directo 4391/69. Banco Hipotecario, Fiduciario y de Ahorros, S.A. Seis de noviembre de 1970. Cinco votos. Ponente: Mariano Azuela. Séptima Época, volumen 23. Cuarta parte, página 27. La anterior posición confirma que en el fideicomiso se opera una transmisión de propiedad del patrimonio del fideicomitente al del fiduciario.

7.2. Consecuencias jurídicas en el fideicomiso. (Primer plano lógico).

Al realizarse el supuesto jurídico, es decir, al darse el acto jurídico, *ipso facto* surgen las consecuencias jurídicas; a saber:

En un primer plano lógico encontramos que el fideicomiso produce un deber jurídico a cargo de la institución fiduciaria que, conforme al artículo 356 de la Ley General de Títulos y Operaciones de Crédito, tiene la obligación de cumplir con el fideicomiso conforme al acto constitutivo (que, como vimos, pudo ser unilateral por parte del fideicomitente o acuerdo voluntario entre las partes fiduciarias).

En realidad, el deber de la institución fiduciaria no es cumplir con el fideicomiso (un derecho subjetivo), sino que consiste, precisamente, en la prohibición de omitir cumplir con el fideicomiso, ya que la esencia de deber jurídico consiste siempre en una prohibición y no en una autorización (Derecho Subjetivo).

En virtud de la bilateralidad del derecho, correlativamente al deber impuesto a la institución fiduciaria, surge un derecho que le debe corresponder perfectamente, a efecto de lograr un relación jurídica eficaz.

En este caso, el derecho subjetivo corresponde al fideicomisario (artículo 356 de la Ley General de Títulos y Operaciones de Crédito), o al fideicomitente, en caso de que se haya reservado ese derecho, o bien, se haya designado fideicomisario (artículo 351 de la propia Ley General de Títulos y Operaciones de Crédito).

El contenido de este derecho subjetivo será el de exigir o no el cumplimiento del fideicomiso a la institución fiduciaria (artículo 355 de la Ley General de Títulos y Operaciones de Crédito).

Por oposición, se produce el deber jurídico de la institución fiduciaria consistente en la prohibición a ésta de omitir el cumplimiento del fideicomiso (artículo 356 de la Ley General de Títulos y Operaciones de Crédito).

Supuesto normativo-----Acto jurídico

(Artículos 346, 351 y 352 de la Ley General de Títulos y Operaciones de Crédito).

Derecho subjetivo de ejercicio potestativo del fideicomisario o fideicomitente consistente en exigir o no a la institución fiduciaria el cumplimiento del fideicomiso (artículo 355 de la Ley General de Títulos y Operaciones de Crédito).

Si bien el artículo 347 de la Ley General de Títulos y Operaciones de Crédito establece que el fideicomiso será válido aunque se constituya sin señalar al fideicomisario, creemos que no es posible que el fideicomiso exista sin esta figura, pues el propio artículo 355 nos aclara que cuando no exista fideicomisario determinado "... los derechos corresponderán al Ministerio Público". Mucho se ha discutido si un fideicomiso constituido para realizar, por ejemplo, misas a las almas de los difuntos, tiene en realidad fideicomisario. Consideramos que conforme al artículo 348 de la propia ley aludida, no podría constituirse ese fideicomiso, pues las almas no son personas físicas o jurídicas que tengan la capacidad necesaria para recibir el provecho que el fideicomiso implica, pues estamos seguros que el artículo que se cita se refiere a capacidad jurídica, no espiritual, como podría alegarse en este caso. Por lo anterior, consideramos que el fideicomiso puede constituirse válidamente sin señalar fideicomisario *determinado*, el cual podrá señalarse posteriormente, pero siempre existirá un sujeto de derecho, sea público o privado, que asumirá dicho carácter para dar forma a esta figura mercantil en el contexto normativo de nuestro país.

7.3. Consecuencias jurídicas en el fideicomiso. (Segundo plano lógico).

En el primer plano lógico hemos explicado que la norma que ordena (o prohíbe) una conducta, tiene forzosamente que facultar el cumplimiento (o la omisión) de la misma. Es lo que denominaremos derecho de ejercicio obligatorio.

En el fideicomiso el deber jurídico de la institución fiduciaria consiste en la prohibición de omitir el cumplimiento del mismo y se encuentra fundido con la facultad de cumplir con éste.

En este respecto, el artículo 356 de la Ley General de Títulos y Operaciones de Crédito establece que “la institución fiduciaria tendrá todos los derechos y acciones que se requieren para el cumplimiento del fideicomiso...”.

Los derechos que la institución fiduciaria adquiere se encuentran fundidos con el deber jurídico y, por tanto, son de ejercicio obligatorio.

Como también habíamos dicho el derecho de ejercicio obligatorio es correlativo de otro deber jurídico. En el caso del fideicomiso el derecho de ejercicio obligatorio que tiene la institución fiduciaria de cumplir con el mismo, es correspondiente a la obligación impuesta a todo el mundo de no impedirle el ejercicio. Esta obligación incluye al propio fideicomitente y al fideicomisario, quienes de esta manera ven restringidos sus respectivos derechos de exigir o no el cumplimiento del fideicomiso que llega hasta donde empieza el derecho de ejercicio obligatorio de la institución fiduciaria.

Es necesario, por consecuencia, analizar el acto constitutivo para establecer si en la situación *ab initio* del fideicomiso no hubo reserva de derechos y/o acciones por parte del fideicomitente o que pudieran derivar del mismo a favor del propio fideicomitente, de terceros o del fideicomisario.

Respecto del ejercicio obligatorio en comento, el artículo 356 de la Ley General de Títulos y Operaciones de Crédito establece que la institución fiduciaria deberá obrar siempre como un buen padre de familia, siendo responsable de las pérdidas o menoscabos que los bienes sufran por su culpa, lo que la obliga a defender el patrimonio aún en contra de actos del propio fideicomitente o del fideicomisario.

Deber jurídico: Prohibición de la institución fiduciaria de omitir el cumplimiento del fideicomiso.

Derecho de ejercicio obligatorio: Todos los derechos y acciones para el cumplimiento del fideicomiso (artículo 356 de la Ley General de Títulos y Operaciones de Crédito).

Derecho subjetivo de ejercicio potestativo del fideicomitente o del fiduciario.
Deber jurídico: Prohibición de impedir el cumplimiento del fideicomiso a cargo de todo el mundo, incluso del fideicomitente y del fiduciario.

Por otro lado hemos establecido que el derecho subjetivo a la prestación se encuentra fundido con el derecho de libertad que es la posibilidad de optar entre el ejercicio o no de la facultad fundida.

En el fideicomiso el deber de la institución fiduciaria de no omitir el cumplimiento del fideicomiso corresponde a la facultad del fideicomitente o fideicomisario de optar entre exigirle o no a la fiduciaria el cumplimiento del mismo.

Si opta por exigir a la institución fiduciaria el cumplimiento surge el deber impuesto *erga omnes* de no impedirle el ejercicio de su derecho.

Si opta por no exigir el cumplimiento, surge la obligación universal de no exigirle el ejercicio del mismo.

Deber jurídico: Prohibición *erga omnes* de impedirle el ejercicio. Del mismo modo, exigir el cumplimiento del fideicomiso a la fiduciaria (*facultas agendi*).

Derecho subjetivo potestativo del fideicomitente o fideicomisario: Derecho de libertad.

No exigir el cumplimiento del fideicomiso a la fiduciaria (*facultas omittendi*).

Deber jurídico: Prohibición *erga omnes* de no exigirle ejercitar su facultad.

Sin embargo, como observamos anteriormente, esta facultad de optar no es absoluta, pues aún cuando opte por no exigirle a la institución fiduciaria el cumplimiento del fideicomiso, no tiene el derecho de impedir que la institución fiduciaria cumpla con su obligación pues, como vimos, ésta tiene un derecho de ejercicio obligatorio, oponible a todo el mundo, entre los que se encuentran el fideicomitente y el fideicomisario, que en este caso se ven constreñidos a permitir que la fiduciaria ejercite su derecho de ejercicio obligatorio.

7.4. Conclusiones.

Hecho el análisis anterior, hemos descubierto que el fideicomiso puede constituirse mediante declaración unilateral de voluntad del fideicomitente. Puede constituirse mediante un acuerdo bilateral de voluntades entre el fideicomitente y el fiduciario; puede, así mismo, constituirse mediante un acuerdo bilateral de voluntades de fideicomitente, fiduciario y fideicomisario. Lo anterior nos lleva a la conclusión de que la clasificación clásica de los actos jurídicos difundida por el civilista francés Jean Bonnetcase y adoptada por nuestro Código Civil es incompleta, pues únicamente habla de declaración unilateral o bilateral de la voluntad, en los cuales no encuadra con facilidad el fideicomiso, por lo que se propone una clasificación para efectos doctrinales dentro de la teoría de los actos jurídicos que incluiría al fideicomiso, figura tal que puede ser constituida de múltiples maneras, como ya lo hemos mencionado en párrafos anteriores dentro de este mismo apartado.

Para el cumplimiento del fideicomiso, es necesario que el fideicomitente destine bienes y derechos a un fin. Dicho destino implica, forzosamente, la transmisión de la propiedad del patrimonio del fideicomitente al patrimonio de la fiduciaria.

La ley concede a la institución fiduciaria los derechos y acciones que requiera para el cumplimiento del fideicomiso; por tanto, tiene todos y cada uno de los derechos del propietario: administrar, arrendar, hipotecar y aún enajenar la cosa cuando ello es necesario para cumplir con el fideicomiso.

Tiene las acciones de un propietario: defender la cosa frente a todo el mundo, mediante interdictos, publicaciones, reivindicatoria, acción hipotecaria y demás acciones civiles y penales que la ley concede al propietario. Tiene, por lo tanto, un derecho absoluto y real oponible a todo el mundo e, inclusive, susceptible de inscripción en el Registro Público de la Propiedad y del Comercio, en el caso de bienes inmuebles.

Sin embargo, este derecho de propiedad del fiduciario no se asimila al derecho de propiedad normal, puesto que el fiduciario tiene obligaciones frente al fideicomisario y/o el fideicomitente, por lo que cuando ejercita ese derecho, no lo hace como si fuera propio sino, más bien, cumpliendo con un deber. En efecto, el fiduciario actúa como propietario porque lo es jurídicamente, pero no ejercita el derecho como si fuera potestativo, ya que hemos descubierto que este derecho se encuentra fundido con un deber y no con el derecho de libertad, por lo que la institución fiduciaria no puede optar entre el ejercicio o no de su derecho de propiedad ya que es de ejercicio *obligatorio*.

La doctrina señala respecto del derecho de propiedad de la institución fiduciaria que el fideicomiso provoca la transformación del modo de ejercitar el derecho de propiedad, de potestativo en obligatorio. En todos los casos, los derechos transmitidos al fiduciario (aunque no se trate del derecho de propiedad) se convierten en derechos de ejercicio obligatorio.

Lo anterior nos lleva a la conclusión de que es necesario ampliar la definición que contiene el Código Civil para el Distrito Federal vigente, en su artículo 830: “El propietario de una cosa puede gozar y disponer de ella con las limitaciones y modalidades que fijen las leyes”; para incluir en este amplio margen de maniobrabilidad normativo también a los fideicomisos.

Por último, creemos que es necesario dejar de lado la intención de encuadrar al fideicomiso en figuras jurídicas que nos son más conocidas, como podría ser la del contrato o la de la declaración unilateral de la voluntad. Así mismo, es importante que nos apartemos de elaborar teorías exóticas como las de la doble propiedad o la de patrimonio sin titular, que no corresponden ni a nuestro sistema jurídico ni a nuestra tradición legalista.⁵⁵

El Maestro Raúl Cervantes Ahumada define al fideicomiso como: “Un negocio jurídico por medio del cual el fideicomitente constituye un patrimonio autónomo cuya titularidad se atribuye al fiduciario, para la realización de un fin determinado”.⁵⁶

En la anterior definición encontramos implícito el elemento básico y característico de la institución, que lo distingue de otras instituciones jurídicas que le son aparentemente semejantes. Ese elemento es la constitución de un patrimonio autónomo distinto de los patrimonios de las personas que intervienen en el fideicomiso.

Debe entenderse, como un patrimonio autónomo, aquel que no puede ser atribuido con todas sus características de propiedad a una persona determinada, sea física o moral, pues en este tipo de operaciones se distingue la titularidad del bien como una desmembración de la propiedad que le es original y, por lo mismo, la convierte en una de las características que hace a nuestra institución identificable.

⁵⁵ OJESTO Martínez Porcayo, José Fernando. “Análisis lógico-jurídico sobre algunos aspectos del fideicomiso” Revista de la Facultad de Derecho de México, Universidad Nacional Autónoma de México, tomo XL. Números 169, 170 y 171. Enero-junio, 1990. Págs. 207 a 218.

⁵⁶ CERVANTES Ahumada, Raúl, Op cit., pág. 317

Para nosotros, el fideicomiso es un negocio jurídico típico, lícito, mercantil y bancario; admite modalidades, como el término, la condición y el modo; consiste en una obligación de dar; unilateral en cuanto a su formación; gratuito u oneroso; formal, en cuanto a que debe constar por escrito y, en su caso, inscribirse en el registro público; puede ser accesorio de un contrato principal, o bien, principal en sí mismo; puede ser instantáneo o de tracto sucesivo. Así mismo, puede ser conmutativo o aleatorio.

La titularidad del bien sólo puede tenerla una institución bancaria autorizada para fungir como fiduciaria, con limitación en su capacidad de disposición de dichos bienes o derechos, a lo estrictamente necesario para la realización del fin propuesto por el fideicomitente en su constitución.

El fideicomitente puede, libremente, designar a varias personas para que, simultánea o sucesivamente, reciban el provecho del fideicomiso, siendo necesario, desde luego, que éstas tengan capacidad para recibir ese provecho, tal como el fideicomitente debe poseer la capacidad necesaria para realizar la afectación de los bienes que el propio fideicomiso implica.

El cargo de fiduciario sólo pueden desempeñarlo las personas autorizadas por aquella que los señala, en términos de lo previsto por los artículos 350 de la Ley General de Títulos y Operaciones de Crédito y 46 de la Ley de Instituciones de Crédito, estatuyendo que deben disfrutar de una concesión especial, aunada a una serie de facultades adicionales ajenas a la materia.

Existe la posibilidad de constituir un fideicomiso sin designar nominalmente a la institución fiduciaria, caso en el cual, será el Juez de Primera Instancia del lugar en que se encuentren los bienes, a quien corresponda designar al fiduciario de entre las instituciones expresamente designadas por la ley. Así mismo, el fideicomitente podrá designar varias instituciones fiduciarias para que, conjuntamente, desempeñen el cargo.

De entre las teorías que con más fuerza se sostienen para determinar la base conceptual del fideicomiso se encuentra la del mandato, siendo el Dr. Ricardo J Alfaro su principal exponente, toda vez que tuvo el acierto de asimilar, antes que nadie, el *trust* anglosajón a los sistemas jurídicos latinoamericanos de tradición romanista, como el de su país - Panamá - y el nuestro.⁵⁷

En el antiguo fideicomiso se habilitaba al fiduciario para desempeñar su encargo instituyéndolo como heredero. En el *trust* angloamericano se habilitaba al *trustee* invistiéndolo con el título legal sobre los bienes. Por consiguiente, si tanto en el fideicomiso como en el *trust* lo que hacen el fiduciario y el *trustee* es ejecutar un encargo por cuenta del testador o constituyente, y si en el Derecho Civil el mandato es un contrato por medio del cual una persona encarga a otra la ejecución o dirección de determinado negocio, no hay duda de que el mandato es la institución de derecho civil que tiene mayor semejanza con el *trust*. Puede ser y ha sido asimilado como un mandato en el que el fideicomitente es el mandante y el fiduciario el mandatario.

El mandato se extingue por la muerte del mandante y puede ser revocado por él en cualquier tiempo. Ésto basta para evidenciar que el mandato ordinario de los códigos civiles sería del todo ineficaz para afrontar las situaciones que se arreglan por medio del *trust*.

Es esencia del *trust* su carácter irrevocable, como lo es el de las donaciones inter-vivos. Cierto es que el derecho común reconoce la existencia o posibilidad de *trusts* revocables, pero para nuestra mentalidad latina estos casos no son sino la excepción que confirma la regla.

Ahora bien, si por una parte se encontró que el mandato era la institución más cercana al *trust*, por la otra se observó que el mandato resultaba ineficaz para los fines del *trust* por el hecho de ser éste irrevocable; la interrogante quedaba, pues,

⁵⁷ ALFARO, Ricardo J. "Adaptación del Trust del Derecho Anglosajón al Derecho Civil". Volumen primero, Academia Interamericana de Derecho Comparado e Internacional. La Habana, Cuba, 1948. Págs. 41 y 42

echada al aire:

¿Qué figura era ésta que surgía para presentarse ante la mentalidad latina como la extraña institución denominada *trust*?

La pregunta surgía de manera espontánea, ya que la figura antitética y contradictoria de un mandato irrevocable, de una comisión o encargo *sui géneris*, especial, que el mandante no pudiera deshacer y mediante el cual se desprendiera definitivamente del dominio de las cosas objeto de su encargo, era justamente esta del fideicomiso.

Sólo por conducto del fideicomiso se podría crear un patrimonio independiente cuyo dominio adquiriría el fiduciario en forma definitiva y no precaria, y con la obligación de cumplir las disposiciones del *trust*.

Por la razón anterior, únicamente equipararemos al mandato en sentido *lato* con el fideicomiso, entendiendo a esta figura como un acto por el cual se transmiten determinados bienes a una persona llamada fiduciario, para que disponga de ellos conforme lo ordena la persona que los transmite, llamada fideicomitente, en beneficio de un tercero llamado fideicomisario.

Quedan comprendidos dentro de esta definición los tres elementos constitutivos del acto que, aún cuando habremos de abordarlos con mayor detenimiento durante el desarrollo de nuestro trabajo, no resulta ocioso enunciarlos en esta oportunidad:

- a) La transmisión del patrimonio.
- b) El destino que se da al patrimonio.
- c) El encargo que debe ejecutarse.

Quedan, asimismo, expresadas tanto la función como la nomenclatura de cada una de las tres personas que intervienen en el acto jurídico, a saber:

- a) El que hace la transmisión del patrimonio.
- b) El que recibe el encargo de dar cumplimiento al destino del patrimonio.
- c) El que gozará del beneficio.

Por tratarse de un patrimonio que será modificado en cuanto a su situación jurídica, se ha generado una segunda corriente que pretende explicar los elementos que dan vida al concepto de la institución objeto de nuestro estudio, denominada teoría del patrimonio de afectación.

El fideicomiso, sostienen quienes defienden este aserto, es *fundamentalmente* un patrimonio que se afecta a un fin determinado. Para entender este concepto y su alcance, es indispensable partir de la noción de propiedad, considerada en su sentido más amplio, como facultad exclusiva de usar y disponer de los bienes.

Partiendo de la idea de la propiedad como medio para realizar el aprovechamiento de los bienes para fines humanos, resulta económica y jurídicamente fundada la formación de un patrimonio destinado a un fin lícito, sin que necesariamente tenga como requisito la existencia de un *propietario determinado*, sino como simple condición, la de que un órgano realice el fin que se persigue. En este caso puede no existir propietario de los bienes afectos al fin perseguido, siendo bastante con que la afectación se organice de modo adecuado para que los bienes cumplan su función de medios para alcanzar los fines de que se trata.

Por virtud de la afectación que se realiza en el fideicomiso, el fideicomitente transfiere el dominio de las cosas o derechos que entrega, a menos de que en forma expresa haga reserva de dicho dominio. Esta situación es semejante a la aportación de bienes a una sociedad, la que, salvo pacto en contrario, se entiende hecha en propiedad, conforme al artículo 11 de la Ley General de Sociedades Mercantiles.

Los efectos de la afectación fiduciaria son el *constituir un patrimonio especial*, el patrimonio del fideicomiso, que se integra con los bienes afectados. Respecto de

estos bienes no se pueden ejercitar sino los derechos y acciones que al fideicomiso se refieran, salvo los adquiridos con anterioridad a la constitución de éste por el fideicomisario o terceros. (Artículo 351, segundo párrafo, de la Ley General de Títulos y Operaciones de Crédito).

8. Derechos y obligaciones de las partes.

Los derechos y obligaciones de los sujetos del negocio fiduciario son los siguientes:

a) Fideicomitente:

Derechos:

a.1.) Reservarse los derechos que estime pertinentes durante el acto constitutivo.

a.2.) Designar a uno varios fideicomisarios. (Artículo 348, segundo párrafo, de la Ley General de Títulos y Operaciones de Crédito, con excepción de lo previsto por la fracción segunda del artículo 359 del mismo ordenamiento legal).

a.3.) Nombrar al Comité Técnico. (Artículo 80, último párrafo, del mismo cuerpo normativo).

a.4.) Transmitir sus derechos al fideicomisario, si se reservó esa facultad.

a.5.) Tener derecho a que le sean devueltos los bienes dados en fideicomiso, o bien, sus remanentes, una vez ejecutado el fideicomiso. (Artículo 358 de la Ley General de Títulos y Operaciones de Crédito).

Obligaciones.

a.6.) Pagar los gastos que origine la constitución y el manejo del fideicomiso.

a.7.) Pagar los honorarios fiduciarios.

a.8.) Cubrir las cantidades que se generen para el caso de saneamiento por evicción.

a.9.) Colaborar con el fiduciario para el cumplimiento del fin, si para ello es necesaria dicha colaboración.

b) Fiduciario:

Derechos:

b.1.) Tendrá las facultades que se le señalen en el acto constitutivo y que pueden ser las de realizar actos de dominio, entre otras, para poder enajenar, *permutar, transferir propiedad, administrar u obtener créditos y gravar*, pudiendo, en su caso, arrendar y realizar reparaciones y mejoras, así como disponer lo necesario para la conservación del patrimonio. (Artículo 356 de la Ley General de Títulos y Operaciones de Crédito).

Podrá, también, actuar en los juicios relativos al fideicomiso y otorgar, en ellos, mandatos para pleitos y cobranzas, con su correspondiente facultad para cobrar honorarios y erogar los gastos inherentes al fideicomiso.

Obligaciones:

b.2.) Aceptar el fideicomiso Se discute por la doctrina si en este caso se está en presencia de una obligación o de una potestad, ya que a pesar de lo señalado por el artículo 356 de la Ley General de Títulos y Operaciones de Crédito, que establece: " La institución fiduciaria... no podrá excusarse o renunciar a su encargo sino por causas graves a juicio de un Juez de Primera Instancia..."; se encuentra lo ordenado por la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, que en su artículo 5 establece: " Nadie podrá ser obligado a prestar trabajos personales sin la justa retribución y sin su pleno consentimiento ". Es indudable que, de acuerdo con este precepto, la institución fiduciaria no está obligada a aceptar el fideicomiso, pues de acuerdo con el artículo 133 de la propia Constitución, ninguna ley podrá contravenir sus preceptos.

b.3.) Cefñirse y ajustarse a los términos del contrato constitutivo para cumplir la finalidad. (Artículo 346 de la Ley General de Títulos y Operaciones de Crédito, correlacionado con los artículos 83 de la Ley de Instituciones de Crédito y 341 de la propia Ley General de Títulos y Operaciones de Crédito).

b.4.) Llevar contabilidad por separado para cada fideicomiso. (Artículo 79, primer párrafo, de la Ley de Instituciones de Crédito).

b.5.) Cumplir las obligaciones fiscales derivadas del fideicomiso. (Artículo 97 de la Ley de Instituciones de Crédito).

b.6.) Realizar sus actividades mediante un delegado fiduciario. (Artículo 80, primer párrafo, de la Ley de Instituciones de Crédito).

b.7.) Guardar el secreto fiduciario, que es más estricto que el secreto bancario en general. (Artículo 118 de la Ley de Instituciones de Crédito).

b.8.) Presentar y rendir cuentas. (Artículo 84 de la Ley de Instituciones de Crédito).

b.9.) Invertir los fondos ociosos en valores aprobados por la Comisión Nacional Bancaria y de Valores.

b.10.) Acatar las órdenes que dimanen del Comité Técnico, cuando éste exista. (Artículo 80, último párrafo, de la Ley de Instituciones de Crédito).

c) Fideicomisario:

Derechos:

c.1.) Por virtud del acto constitutivo se encuentran limitados los derechos y obligaciones de este sujeto del contrato, por lo que nos abocaremos a mencionar, someramente, los rasgos que determinan cada una de esas vertientes sinalagmáticas.

En principio tiene derecho a recibir los rendimientos o los remanentes que queden después de la extinción del fideicomiso, salvo pacto en contrario.

c.2.) Tiene derecho a exigir la rendición de cuentas. (Artículo 84, segundo párrafo, de la Ley de Instituciones de Crédito).

c.3.) Tiene facultad para transferir sus derechos de fideicomisario.

c.4.) Tiene derecho a revocar y a *dar por terminado anticipadamente* el fideicomiso, si así se prevé en el acto constitutivo del mismo. (Artículo 357, fracción V, de la Ley General de Títulos y Operaciones de Crédito).

Obligaciones

c.5.) Como obligación a su cargo podemos señalar que deben pagarse los impuestos, derechos y multas que se causen con la ejecución del fideicomiso.

c.6.) Tiene la obligación, también, de pagar los honorarios fiduciarios.

9. Elementos reales del Fideicomiso.

Por lo que respecta a los elementos reales del fideicomiso, podemos identificar entre ellos a los bienes o derechos que se afectan al fin específico y que no sean estrictamente personales del titular y todas aquellas obligaciones que se engendran entre las partes.

La transmisión de la propiedad de los bienes que se aparten en fideicomiso deben sujetarse a las mismas reglas que a cada bien le corresponde en términos de la legislación positiva vigente.

Los bienes o derechos se consideran determinados a la finalidad que se les ha dado y salen de la propiedad del fideicomitente pues éste se ve privado no sólo de sus *beneficios económicos*, sino también de la *facultad de disponer de ellos*, conservando únicamente el derecho, sujeto a condición suspensiva, de recuperar dichos bienes al extinguirse la operación.

Los bienes fideicomitados constituyen un patrimonio cuya titularidad se atribuye al fiduciario, el cual es propietario de dicho patrimonio afecto a un fin predeterminado conforme a lo establecido durante la constitución del fideicomiso.

El perfeccionamiento del fideicomiso debe hacerse sobre un fin lícito y posible que haya motivado al fideicomitente para destinar parte de su patrimonio hacia la realización del contrato, aun cuando pueda reservarse determinadas acciones y/o derechos sobre los bienes del fideicomiso.

Si algún tercero hubiere adquirido derechos sobre los bienes fideicomitados con anterioridad a la fecha de afectación de los mismos, conservarán sus derechos sobre los bienes afectados.

Entendemos que habiendo una transmisión de dominio ésta debe ser complementada con una entrega real, jurídica o virtual de los bienes fideicomitados, para que surta totalmente sus efectos. Los bienes y derechos del fideicomiso salen del patrimonio del fideicomitente para colocarse en una situación de patrimonio de afectación del que será titular el fiduciario, el cual podrá ejercer esa titularidad en la medida en que lo dispongan la ley y su acto constitutivo, en tanto se refiera a la realización de la finalidad prevista.

Podemos decir, dentro del concepto legal, que el fideicomitente debe transmitir la propiedad de ciertos bienes afectos a un fin al fiduciario, quien al cumplirlo, favorecerá económicamente al fideicomisario, en el entendido de que dentro de este marco general las estipulaciones y cláusulas son o pueden ser múltiples.

10. Prohibiciones a la figura del fideicomiso.

Existen varias prohibiciones por cuanto hace a determinadas clases de fideicomisos, entre las cuales encontramos los siguientes:

1. Fideicomisos secretos. Son aquellos en los que se oculta el acto jurídico de su constitución, el fin que se persigue o el nombre del fideicomitente.

2 Fideicomisos en los que se trata de llevar a cabo una sustitución fideicomisaria, excepto cuando se realice en favor de personas que estén vivas o concebidas antes de la muerte del fideicomitente.

3. Los fideicomisos que tengan una duración mayor a los treinta años, cuando el beneficiario sea una persona jurídica que no tenga el carácter de orden público o de beneficencia. Se exceptúa de lo anterior cuando el fin del fideicomiso sea el de mantenimiento de museos o de carácter científico y/o artístico sin fines de lucro. (Artículo 359 de la Ley General de Títulos y Operaciones de Crédito). Cabe señalar que dicha prohibición afecta sólo a las personas jurídicas, pero podrá exceder de tal duración cuando el fideicomisario sea una persona física.

La transmisión de la titularidad de los bienes del dominio público o del dominio privado de la federación sólo se realizará si éstos son desafectados de dicho dominio, mediante el respectivo decreto de desincorporación dictado por el Ejecutivo Federal.

Tratándose de fideicomisos públicos, la afectación de bienes se sujetará a reglas especiales.

Constituyen el patrimonio fiduciario un conjunto de bienes que pueden consistir en:

- a) Bienes del dominio público, previa desincorporación.
- b) Bienes del dominio privado, previa desincorporación.
- c) Bienes inmuebles.
- d) Bienes muebles.
- e) Dinero en efectivo.
- f) Subsidios.
- g) Derechos.

El patrimonio del fideicomiso puede estar constituido por cualquiera de los bienes antes citados, o por una combinación de ellos, dentro de la más amplia gama de posibilidades.

Por último, creemos trascendente resaltar la importancia que tiene el registro de los bienes inmuebles fideicomitados, ya que en el caso del fideicomiso, los efectos de la transmisión de la propiedad no operan sino hasta que dicha transmisión de propiedad haya sido presentada para su inscripción en el Registro Público de la Propiedad y del Comercio, circunstancia que, tratándose de transmisiones de propiedades inmuebles diversas al fideicomiso, surten efectos desde el momento en que la operación cuenta con fecha cierta en términos de la legislación positiva vigente.

En lo tocante a los elementos formales del fideicomiso debemos aclarar que existen dos formas básicas para constituirlo: *por acto jurídico inter-vivos o por testamento*, debiendo constar por escrito en ambos casos, cosa que es afortunada, ya que su importancia y complicación impiden que se lleve a cabo oralmente.

La formalidad de la escritura, sin embargo, no afecta a su existencia, sino que es una prueba preconstituida *ad probationem*, para proteger la buena fe de las partes. La falta de forma implicará diferente sanción según sea el acto jurídico que le dé vida.

Si se constituye por testamento debe cumplir su formalidad *ad solemnitatem* bajo pena de inexistencia por incumplimiento; en cambio, en otros casos, sólo existe nulidad relativa con posibilidad de ratificarse.

La constitución del fideicomiso deberá ajustarse a los términos de la legislación común sobre transmisión de los derechos o de la propiedad de las cosas fideicomitidas. (Artículo 352 de la Ley General de Títulos y Operaciones de Crédito).

Este criterio es correcto pues la transmisión de dominio, que es reglamentada por el Código Civil, no posee una característica diferente a la reglamentada para el

fideicomiso

Complementando esta idea, podemos observar que se utiliza la misma publicidad para con terceros, debiendo distinguirse los dos casos que se señalan a continuación:

Cuando los bienes fideicomitados sean bienes inmuebles, deberá inscribirse el fideicomiso en la Sección de Propiedad del Registro Público del lugar en que los bienes estén ubicados.

Cuando los bienes fideicomitados sean bienes muebles, surtirá efectos contra terceros desde la fecha en que se cumplan los siguientes requisitos:

1. Si se tratare de un crédito no negociable o de un derecho personal (no de los estrictamente personales), desde que el fideicomiso fuere notificado al deudor.

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

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

Por otro lado, el artículo 351 de la Ley General de Títulos y Operaciones de Crédito señala que el fideicomiso instituido en fraude contra terceros puede, en todo tiempo, ser atacado de nulidad por los interesados.

11. Constitución, organización y estructura interna de las instituciones financieras que pueden actuar como fiduciarias.

a) Introducción.

Como institución y figura jurídica, el fideicomiso se encuentra delimitado en términos de ley, mismos que definen su estructura y regulan la actividad de los sujetos que intervienen en su nacimiento, desahogo y extinción, así como el ejercicio de las instituciones que gozan de autorización para operar como fiduciarias.

Se trata de una operación reglamentada por la Ley General de Títulos y Operaciones de Crédito, que la considera dentro del ámbito de su competencia y que, si bien no da lugar a la apertura o concesión de un crédito, produce un acto jurídico apoyado en la fe y la confianza, así como en el crédito de que disfrutaban las personas a quienes la ley permite su ejercicio, pudiendo, de esta suerte, ser hermenéuticamente comprendido dentro del resorte de dicho cuerpo de leyes.

El segundo párrafo del artículo primero de la Ley General de Títulos y Operaciones de Crédito, lo califica como acto de comercio, mismo que, por no estar sujeto a ninguna excepción, queda ubicado dentro de los actos absolutamente mercantiles, es decir, dentro de un marco legal formado, necesariamente, por las normas de esta índole y, sólo excepcional y supletoriamente, por el derecho común.

En este sentido se colige su convergencia con lo expresado por el artículo 75, fracción XIV, del Código de Comercio, que reputa como actos de tal naturaleza a las "operaciones de bancos", siendo el fideicomiso una de éstas por prescripción del artículo 46, fracción XV, de la Ley de Instituciones de Crédito.

El artículo segundo de la Ley General de Títulos y Operaciones de Crédito establece el fundamento legal aplicable a la institución jurídica que nos ocupa y precisa la jerarquía de las disposiciones aplicables y, en su caso, de los usos del ramo, en los términos que a continuación se señalan:

a) En primer lugar es aplicable la propia Ley General de Títulos y Operaciones de Crédito.

b) Después, las demás leyes especiales. La observancia de estas últimas debe entenderse en el aspecto estrictamente material, pues en los rubros administrativo y jurisdiccional no es posible mantener el orden ni la jerarquía establecidos por el precepto.

c) En tercer lugar, la legislación mercantil general.

d) A falta de lo anterior, los usos bancarios.

e) Por el Código Civil para el Distrito Federal.

En materia de fideicomiso, por tratarse de una operación bancaria que no pueden realizar otra clase de comerciantes, se estima que los “usos” no se pueden crear por prácticas o hábitos de personas que no ejercen esa actividad, sino que solamente puede pensarse en usos “bancarios”, como una resultante de la actividad desarrollada por las instituciones del ramo.

El régimen o marco legal del fideicomiso está disperso en un conjunto de ordenamientos que substantivamente regulan su constitución, funcionamiento y extinción, y que rigen la actividad de las partes que intervienen en él.

b) Ley de Instituciones de Crédito.

Tiene por objeto regular:

- el servicio de banca y crédito;
- la organización y funcionamiento de las instituciones de crédito;
- las actividades y operaciones que las mismas podrán realizar;
- su sano y equilibrado desarrollo;
- la protección de los intereses del público; y
- los términos en que el Estado ejercerá la rectoría financiera del Sistema Bancario Mexicano.

El servicio de banca y crédito sólo podrá prestarse por instituciones de crédito, que podrán ser instituciones de banca múltiple e instituciones de banca de desarrollo. (Artículos 1º y 2º de la Ley de Instituciones de Crédito).

c) Instituciones de Banca Múltiple.

Tendrán por objeto la prestación del servicio de banca y crédito. Para su organización y operación habrán de requerir de autorización del Gobierno Federal y su duración será indefinida. (Artículo 9º de la Ley de Instituciones de Crédito).

Su capital social estará formado por una parte ordinaria integrada por acciones de la serie "A", que represente cuando menos el cincuenta y uno por ciento de dicho capital. El cuarenta y nueve por ciento restante podrá integrarse indistinta o conjuntamente por acciones series "A" y "B". El capital adicional estará representado por acciones serie "L". (Artículo 11 de la Ley de Instituciones de Crédito.)

La administración de las instituciones de banca múltiple estará encomendada a un consejo de administración y a un director general.

d) Instituciones de Banca de Desarrollo.

Las instituciones de banca de desarrollo son entidades de la administración pública federal, con personalidad jurídica y patrimonio propios, constituidas con el carácter de sociedades nacionales de crédito. (Artículo 30 de la Ley de Instituciones de Crédito).

Su capital social estará representado por títulos de crédito que se registrarán por las disposiciones aplicables de la Ley General de Títulos y Operaciones de Crédito. Estos títulos se denominarán certificados de aportación patrimonial, mismos que deberán ser nominativos y serán divididos en la serie "A" que representa el sesenta y seis por ciento del capital de la sociedad; y la serie "B", que representa el treinta y cuatro por ciento restante. (Artículo 32 de la Ley de Instituciones de Crédito).

Su administración estará encomendada a un consejo directivo y a un director general, en los términos de sus propias leyes orgánicas. (Artículo 40 de la Ley de Instituciones de Crédito).

12. Instituciones que pueden realizar la actividad fiduciaria.

a) Introducción.

En México, hasta julio de 1993, sólo podían operar en materia fiduciaria las Instituciones de Crédito debidamente autorizadas. Con las reformas que se suscitaron ese año en la Ley del Mercado de Valores, en la de Instituciones de Fianzas y en la de Sociedades Mutualistas y de Seguros, ya se permite que las Casas de Bolsa y las Sociedades de Seguros y Fianzas actúen como fiduciarias, por lo cual ya no se habla de servicios bancarios, sino de servicios financieros y en lugar de bancos se emplea la expresión *intermediarios financieros*.

b) Entorno internacional.

En varios países se ha discutido la naturaleza de los servicios bancarios (ahora financieros), en cuanto a que si deben considerarse como una actividad exclusivamente privada o, si bien, se trata de actividades de interés público y si, en su caso, constituye un servicio público que debe ser vigilado por el Estado.

Los que afirman que se trata de un servicio público tienen más y mejores fundamentos e, inclusive, en fechas recientes algunos tribunales en el extranjero han expresado el sentir de la autoridad de que estamos ante una figura de servicio público.

Ahora bien, sólo como forma ejemplificativa y sin que ello atienda a razones específicas, haremos mención de la regulación jurídica que se le da al tema en cuestión en algunos países.

En Costa Rica se establece la posibilidad de que el cargo de fiduciario pueda ser desempeñado no sólo por instituciones bancarias sino por cualquier persona, bien sea física o jurídica, siempre y cuando sea capaz de adquirir derechos y contraer obligaciones.

En Venezuela los bancos e instituciones financieras requieren autorización del Ejecutivo Nacional para actuar con el carácter de fiduciarios.

En el caso de Colombia la actividad fiduciaria es realizada no sólo por los bancos sino, además, por corporaciones o sociedades especialmente vigiladas por el Estado.

c) Excepciones.

De conformidad con lo mencionado líneas arriba y con otras reformas realizadas el mismo año, se permite que instituciones como el Patronato del Ahorro Nacional, el Banco de México y la Comisión de Fomento Minero desarrollen el papel de fiduciarias, cosa que cambia totalmente el esquema jurídico predominante. Lo cierto es que a pesar de que hay artículos que señalan tal facultad, se dejaron inmensas lagunas jurídicas a la hora de hacer interpretaciones ya que, por ejemplo, la Comisión de Fomento Minero podrá actuar como fiduciaria, aún cuando no conozcamos especificación alguna respecto de qué tipos de fideicomiso atendería, cómo habrá de hacerlo o de qué manera se materializaría su estructura, entre otras cuestiones de carácter formal y de fondo que haría falta aclarar con precisión en instrumentos normativos de menor jerarquía.

d) Argumentación.

Mucho se ha hablado sobre la importancia del fideicomiso como operación financiera, así como en relación a su naturaleza jurídica y la llamada propiedad fiduciaria pero, indudablemente, a partir de 1993 se agregan otros temas que a pesar de su carácter polémico representan un giro de ciento ochenta grados al esquema de estudio de esta figura ya que, desde dicho año, ve inmerso dentro de su *modus operandi* a los fideicomisos de carácter privado diseñados por grupos financieros. Estos, a nuestro parecer, transgreden en mucho los intereses que se protegen, pues si lo que se pretende es la seguridad jurídica de las partes y de los bienes estando supeditados a un orden específico, qué podemos esperar si al día de hoy ya hay excepciones y, mañana, excepciones a éstas. ¿Se cumplirían cabalmente los fines del fideicomiso?; ¿Requerirían de especial regulación, estructura y organización?; ¿Habría la necesidad de crear otros organismos que vigilen y controlen a éstos? En fin, son infinidad de preguntas las que nos surgen; lo cierto es que si no podemos perfeccionar lo ya existente, quedará ambigua esta figura en cuanto a las condiciones en las que normativamente se encuentra diseñada en la actualidad.

13. Extinción del fideicomiso.

El artículo 356 de la Ley General de Títulos y Operaciones de Crédito previene siete causas de extinción, a saber.

13.1. Por la realización del fin para el cual fue constituido.

13.2. Por hacerse éste imposible.

13.3. Por hacerse imposible el cumplimiento de la condición 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.

13.4. Por haberse cumplido la condición resolutoria a que haya quedado sujeto.

13.5. Por convenio expreso entre el fideicomitente y el fideicomisario.

13.6. Por revocación hecha por el fideicomitente cuando éste se haya reservado expresamente ese derecho al constituir el fideicomiso.

13.7. Cuando renuncie o se remueva a la institución fiduciaria y no haya otra que la sustituya

Por supuesto, los sujetos pueden establecer otras causas de extinción en el contrato de fideicomiso, que se reputarán como legales si no contradicen lo dispuesto por las leyes, ni se contravienen intereses de terceros.

14. Fideicomisos prohibidos.

En nuestro derecho se han prohibido las siguientes clases de fideicomiso:

Secretos: Conforme al artículo 359, fracción I, de la Ley General de Títulos y Operaciones de Crédito, los fideicomisos no pueden tener un fin secreto. La contravención a este postulado no acarrea sólo una simple nulidad, sino la responsabilidad que se deriva de haber incumplido con una prohibición expresa impuesta en un no hacer. Los fideicomisos secretos no deben ser confundidos con la obligación de secreto profesional a que está sometida toda institución de crédito fiduciaria (Artículos 117 y 118 de la Ley de Instituciones de Crédito), ya que aquél consiste en un ocultamiento dirigido de un bien o del fin del fideicomiso, que no son conocidos por el fiduciario y, en el caso del secreto profesional, se determina no proporcionar información sobre un caso en particular a nadie que no sea el directamente interesado, incluso durante juicio que no sea entablado por el fideicomitente o el fideicomisario, comitente o mandante, contra la institución o viceversa, con excepción de la Comisión Nacional Bancaria.

Sucesivos: Son aquéllos en los que los beneficiarios -fideicomisarios- desde el momento mismo de la constitución se designan seriadamente uno tras otro y que pasarán a ser beneficiarios sólo por fallecimiento del anterior. Este tipo de designaciones fideicomisarias está prohibida en nuestro derecho, el cual, en materia de sucesión, acepta que ésta podrá pactarse siempre que las personas designadas sucesivamente como fideicomisarias (las unas después de las otras) estén vivas o concebidas civilmente al momento de la constitución del fideicomiso.

Con duración excedente: En nuestro derecho está prohibido que un fideicomiso tenga una duración superior a treinta años, sólo cuando el beneficiario -fideicomisario- sea una persona jurídica que no sea de orden público o de beneficencia. De esta premisa se desdoblán tres importantes conclusiones:

Dentro del concepto persona jurídica deben comprenderse tanto personas físicas como morales; así, cuando un fideicomisario sea una persona de derecho privado, el contrato no podrá tener una duración superior a los treinta años.

Cuando el fideicomisario sea una persona de orden público o de beneficencia, la regla general de un plazo menor de treinta años se modifica para cuantificar cualquier plazo, siempre en función de las necesidades de las instituciones involucradas.

Asimismo, el artículo 359, fracción III, de la Ley General de Títulos y Operaciones de Crédito, establece una regla especial en favor de los fideicomisos *cuyo fin sea de carácter científico o artístico* o cuando esté destinado al mantenimiento de museos, pudiendo tener un plazo superior a treinta años.

En zonas prohibidas: De conformidad con lo preceptuado por el artículo 27 constitucional, ninguna persona física o moral extranjera podrá tener el dominio directo de bienes inmuebles en zonas prohibidas, ni tampoco podrán tenerlo las sociedades mexicanas con cláusula de admisión de extranjeros. Sin embargo, a fin de promover la actividad turística, el Ejecutivo autorizó que la Secretaría de Relaciones Exteriores permitiera, previo análisis casuístico de las condiciones de cada inversionista, a determinadas instituciones fiduciarias, recibir en fideicomiso bienes inmuebles en zonas prohibidas, a fin de destinarlos a la realización de actividades empresariales de fomento al turismo, siempre que la utilización y aprovechamiento de dichos bienes permitiera a los fideicomisarios exclusivamente su uso, sin poder constituir sobre los mismos derechos reales. Es decir, de conformidad con el Acuerdo que autoriza a la Secretaría de Relaciones Exteriores para conceder a las Instituciones Nacionales de Crédito los permisos para adquirir como fiduciarias el dominio de bienes inmuebles destinados a la realización de actividades industriales o turísticas, en fronteras y costas, publicado en el Diario Oficial de la Federación el viernes treinta de abril de 1971, la propiedad fiduciaria de bienes inmuebles en zonas prohibidas queda restringida a reglas especiales emitidas por decreto que, en todo

caso, prohíben al extranjero adquirir por esta vía cualquier derecho real sobre dichos inmuebles.

Con inversión extranjera mayoritaria: Finalmente, cuando en los fideicomisos por virtud de los cuales las personas consideradas como inversionista extranjeros por el artículo segundo de la Ley para Promover la Inversión Mexicana y Regular la Inversión Extranjera adquieran más del 25% del capital o más del 49% de los activos fijos de una empresa mexicana, deberán solicitar autorización de la Secretaría de Estado que corresponda, conforme a la actividad económica a la cual pretendan dedicarse, o a la que ya se estuvieren abocando, si la condición mencionada se genera con posterioridad a su fecha de inicio de actividades, en concordancia con lo dispuesto por el artículo octavo del cuerpo legal referido al comienzo de este numeral.

15. Rol Bancario del Fideicomiso Privado.

De acuerdo con nuestro sistema jurídico, en la República Mexicana, hasta 1993, solamente podían actuar como fiduciarias las instituciones de crédito, situación que fue modificada en el mismo año con las innovaciones que, en dicho sentido, perduran hasta nuestros días.

La Ley General de Títulos y Operaciones de Crédito (D.O.F. del 27 de agosto de 1932) ordenó en su artículo 350, primer párrafo... "Sólo pueden ser fiduciarias las instituciones expresamente autorizadas para ello conforme a la Ley de Instituciones de Crédito".

En 1993 fue reformada la Ley de Instituciones de Crédito cuyos detalles inciden fundamentalmente en los artículos 1º, 2º, 8º, 9º, 30, 46 en todas sus fracciones, así como en los artículos 47, 48, 80, 81 y 82 de dicho texto legal.

La primera de las excepciones que se encuentran es el caso del Patronato del Ahorro Nacional, de conformidad con la fracción VIII del Artículo 5º y con el 21 de su Ley Orgánica (D.O.F. del 16 de diciembre de 1986). En dicho precepto se señala que dicho patronato podrá actuar como fiduciario.

Otra excepción se da también en el caso del Banco de México (persona moral de derecho público con autonomía y patrimonio propios), mismo que cuenta con autorización para actuar como fiduciario, según lo dispuesto por la fracción XI del Artículo 7º de su Ley Orgánica (D.O.F. del 23 de diciembre de 1993).

También el caso de la Comisión de Fomento Minero es una excepción dentro de la evolución del sistema jurídico mexicano, en cuanto a que sólo las instituciones de crédito podrían realizar actividades fiduciarias, ya que su situación se consignaba, facultativamente, en la Ley Reglamentaria del artículo 27 Constitucional en materia minera (D.O.F. del 23 de diciembre de 1975, derogado en 1992), cuyo artículo 91, fracción XV, establecía textualmente: "La Comisión de Fomento Minero es un organismo público descentralizado, que tiene por objeto la realización de las siguientes actividades encomendadas directamente al fomento de la minería ..., XV. Actuar como fiduciaria en negocios minero-metalúrgicos dentro de las actividades que señalan sus objetivos..."

No deja de llamar la atención la disposición transcrita, en virtud de que es uno de los precedentes que rompieron en cierta forma con el sistema jurídico mexicano en cuanto a la limitante de que sólo podían actuar como fiduciarias las instituciones de crédito que cuentan con autorización expresa para ello.

Sin embargo, la prerrogativa ya mencionada no determinó en qué casos y con qué efectos la Comisión de Fomento Minero actuaría como fiduciaria; tampoco fue delimitada con claridad su actuación como tal y no se dijo ni se especificó si se constituirían fideicomisos y cuáles, en su caso, serían las condiciones y requisitos de los mismos, ni previno la figura del delegado fiduciario, lo cual nos orilla a pensar que

posiblemente esta reforma haya sido consecuencia de uno de tantos caprichos del legislador que con la finalidad de aparecer como de vanguardia, o con mucha originalidad en sus proyectos, insertó mecanismos normativos que no siempre se realizan en la práctica. Podemos asegurar que lo antes mencionado se fundamenta en una investigación que se realizó para tal efecto y no se encontró registro de que hayan sido constituidos desde la fecha en que entró en vigor la ley en cuestión, hasta estos días, fideicomisos en los que actúe la Comisión de Fomento Minero como fiduciaria. Desde 1993 esa disposición se encuentra derogada, por lo que el comentario sólo queda como caso curioso desde el punto de vista doctrinal.

Aún los proyectos más remotos registrados en la historia jurídica de nuestro país, hablan de que esta actividad debe ser desempeñada exclusivamente por instituciones de crédito.

A diferencia de otros países como Estados Unidos, Inglaterra, Costa Rica y Canadá, por mencionar algunos, en los que la función fiduciaria puede ser desempeñada por personas físicas y por sociedades civiles o mercantiles sin que tengan que llenar el requisito de ser instituciones de crédito, en México éste era un requisito indispensable para poder realizar dicha actividad, hasta el año de 1993, en que se señalaron las excepciones ya expuestas líneas arriba.

Con orígenes tanto británicos como norteamericanos, el fideicomiso ha suscitado en la práctica y en la legislación de los diversos países que han adoptado esta figura jurídica, la cuestión ya comentada, de si la actividad fiduciaria puede ser prestada por cualquier persona o sociedad de derecho privado, o si debe restringirse a cierta clase de instituciones, y si el Estado debe vigilar y supervisar este tipo actividades

16. Fideicomiso Público. (Esbozo complementario de nuestro estudio).

a) Definición.

"El fideicomiso público es un contrato por medio del cual el Gobierno Federal, los gobiernos de los estados o los ayuntamientos de los municipios, a través de sus dependencias centrales o paraestatales, con el carácter de fideicomitentes, transmiten la titularidad de bienes del dominio público (previo decreto de desincorporación), o del dominio privado de la federación, estado o municipio, según corresponda, o afecta fondos públicos, en una institución fiduciaria para realizar un fin lícito de interés público".⁵⁸

Con relación a la definición anterior estimamos pertinente señalar que, si bien es cierto que, desde el punto de vista formal, el fideicomiso es una operación de crédito que se plasma mediante un contrato que celebran fideicomitente y fiduciario, en el caso del fideicomiso público la celebración del contrato es lo que una fase dentro de un proceso, toda vez que existe un procedimiento jurídico que se inicia con el acto que da viabilidad al fideicomiso (ley, decreto o acuerdo del Ejecutivo Federal), y continúa con una serie de actos que, entre otras cosas, fija sus objetivos y características, determina las condiciones y términos a que se sujetará la contratación correspondiente y regula su constitución, incremento, modificación, organización, funcionamiento y extinción.

El fideicomiso público es la entidad, unidad económica u organismo especial que, sin gozar de personalidad jurídica propia, constituye una nueva estructura administrativa en virtud de la cual el Estado, representado por sus órganos administrativos en su carácter de fideicomitente y por conducto de la Secretaría de Hacienda y Crédito Público, en la esfera federal, transmite a una institución de crédito

⁵⁸ ACOSTA Romero, Miguel y ALMAZÁN Alaniz, Pablo R. "Tratado Teórico Práctico de Fideicomiso". Primera edición. Editorial. Porrúa, S.A., México, 1997. Págs. 347.

autorizada para realizar operaciones fiduciarias, en su carácter de fiduciaria pública, la titularidad de ciertos bienes o derechos destinados a la realización de un fin lícito determinado en favor del fideicomisario, que pueden serlo uno o varios organismos públicos o privados e, incluso, sectores sociales, sujetándose a las modalidades contenidas en el acto constitutivo y a las disposiciones legales aplicables en esta materia.

De la división de soberanía que se hace en nuestro país, resultan tres poderes supremos cuyas funciones principales son de fácil detección y que, sumariamente, consisten en lo siguiente:

1. Aprobar o negar que se realicen situaciones que afecten a toda la población y crear leyes. (Poder Legislativo)

2. Procurar que las leyes y las órdenes creadas y dictadas por el poder anterior realmente se cumplan, sea que para ello se tenga que echar mano de elementos personales, o crear una disposición normativa *erga omnes* colateral que permita la mejor y más fácil aplicación de la ley principal, denominada reglamento. (Poder Ejecutivo)

3. Interpretar tanto la ley como los actos de las personas, a fin de determinar si realmente se cumplió con la primera. (Poder Judicial)

El más complicado e innominado de los tres poderes es el ejecutivo, que está encabezado por el Presidente de la República y quien desmembra las formas de cumplir con las responsabilidades administrativas que le competen, de acuerdo con la mayor o menor necesidad de control y vigilancia, de flexibilidad y libertad de acción con que deba contar la persona que directamente vaya a hacerse cargo de su cumplimiento, en los siguientes grandes grupos de responsabilidad y libertad administrativa:

a) Organización centralizada. (Secretarías de Estado)

b) *Organización descentralizada.* Formada por los organismos descentralizados entes con personalidad propia, creados con el fin de cumplir con un propósito u objetivo social o público y, en todo caso, creados por una ley *ad hoc* - y por las empresas de participación estatal, tanto mayoritaria como minoritaria - sociedades mercantiles diseñadas para recibir en su capital o administración determinada inversión del Gobierno Federal -.

c) La administración por vía de Fideicomisos Públicos.

Estos dos últimos grupos son aglutinados bajo una sola denominación hecha por la Ley Orgánica de la Administración Pública Federal y que se constituye como la Administración Pública Paraestatal. En sentido decreciente, los primeros son aquéllos que necesitan un mayor control y vigilancia, y, por contra, no les son necesarias, en absoluto, libertad y agilidad de actuación económica y social. Por su parte, igualmente en sentido decreciente, los últimos son los que mayor libertad y agilidad de actuación necesitan y cuyo control y vigilancia puede ejercerse mediante intervenciones periódicas.

En el último caso se ubican los fideicomisos, cuya justificación socioeconómica como aparatos paraestatales (es decir, de soporte a la actividad central del Estado) se materializa cuando ciertas necesidades sociales necesitan un tipo de solución que reúna determinada clase de características.

b) Características:

Por la naturaleza propia del fideicomiso, su utilización es generalmente aplicable a actividades temporales, fáciles de identificar y de aislar de cualquier otro tipo de relación administrativa, ya que, por tratarse de un contrato, permite concentrar la actividad a desarrollar con la especificación de su objeto en el texto mismo de la convención.

Por la misma razón, el fideicomiso permite, como ninguna otra figura mercantil, concentrar e independizar los bienes de que la administración pública dispone y afecta hacia la realización de un objetivo que, como dijimos, es temporal.

Por el carácter de patrimonio autónomo sujeto a reglas diferentes que adquiere la masa de bienes fideicomitados, los fines de los fideicomisos públicos son, principalmente, de financiamiento y, en algunos casos, de asesoría respecto de la aplicación que deberá darse a tal financiamiento.

De acuerdo con la realidad que presentan los fideicomisos públicos en nuestro país, generalmente los destinatarios del fideicomiso (fideicomisarios), pueden comprenderse en cuatro grandes grupos, a saber: agentes económicos alienados del desarrollo económico del país; regiones geográficas con deficiente desarrollo económico (en estos dos casos la inversión está predeterminada a su inviabilidad de recuperación económica; es decir, es un subsidio); sectores y regiones económicas precisas; y agentes económicos igualmente precisos (en estos dos casos, tanto los sectores como los agentes, presentan perspectivas de desenvolvimiento claras, pero sin los medios necesarios para hacerlo autónomamente).

Finalmente, por la estructura del fideicomiso, la responsabilidad del *cumplimiento del objetivo* que tuvo la administración pública al crearlo es exclusivamente de la fiduciaria y no del sector central.

De lo anterior puede colegirse que los fideicomisos públicos son fideicomisos como cualquier otro de los emanados del derecho privado, pero que por sus características ya institucionalizadas permiten al ejecutivo una solución óptima para necesidades socioeconómicas que por razones diversas no puede atacar ni directamente, ni con un organismo descentralizado o una empresa de participación estatal.

Ahora bien, en el caso del fideicomiso público establecido sobre empresas, la calidad de empresario la tendrá la institución que actúe como fiduciaria y los fines que perseguirá serán, necesariamente, *de interés público*.

Cabe recordar, como mencionábamos anteriormente, que los términos fideicomiso público y empresa pública, no son sinónimos, pues aún cuando a través de aquél se puede accionar y organizar ésta, los fines que pueden asignarse a los *fideicomisos públicos* son, en extremo, variados, con la única limitación de que sean lícitos, posibles y de interés público.

c) Elementos.

Fideicomitente: Puede ser, evidentemente, el Gobierno Federal, los gobiernos de las entidades federativas, los ayuntamientos de los municipios y los organismos paraestatales.

Fiduciario: A partir de las multicitadas reformas de 1990, solo podrán ser fiduciarias las instituciones de crédito, de banca múltiple o de banca de desarrollo, con la salvedad de las casas de bolsa y las sociedades de seguros y fianzas.

d) Diferencias entre las figuras de los fideicomisos públicos y privados.

El fideicomiso de la Administración Pública tiene características *sui generis* en relación con los demás tipos de fideicomisos; por ello, la aplicación de las normas que lo rigen escapa del ámbito de la legislación puramente mercantil.

En el fideicomiso de la Administración Pública, el Gobierno Federal o una entidad con personalidad jurídica propia que actúa como fideicomitente, transmite la titularidad de ciertos bienes y derechos a una institución de crédito, como fiduciaria, quien se obliga a disponer de los bienes y a ejercitar los derechos para la realización de los fines establecidos para el beneficio del fideicomisario. En torno del fideicomiso

existe una legislación de carácter mercantil, que siendo de aplicación general, rige para todos los fideicomisos; y en lo relativo a los fideicomisos integrados a la Administración Pública Paraestatal existe una legislación específica, de carácter administrativo acorde con la finalidad de interés público que los mismos deben cumplir.

La legislación administrativa fija características *sui generis* al fideicomiso público. Esta figura, al ser utilizada por el Estado para el logro de sus fines, adquiere marcadas diferencias con el fideicomiso privado, entre las que destacan las siguientes:

a) Es la legislación de carácter administrativo la que faculta al ejecutivo para crear, incrementar, modificar o extinguir fideicomisos, aún cuando los principios fundamentales de la Ley General de Títulos y Operaciones de Crédito y de la legislación bancaria también le sean aplicables.

La iniciativa de incremento, modificación o disolución puede provenir de diferentes fuentes:

1. Presidencia de la República.

2. Coordinadora del Sector correspondiente, (por sí o a petición de la institución de crédito que funja como fiduciaria).

3. La Secretaría de Hacienda y Crédito Público, (a propuesta o previa opinión de la Coordinadora de Sector correspondiente).

b) La Secretaría de Hacienda y Crédito Público siempre será titular de uno de los elementos personales de esta figura, que es el fideicomitente. Esta situación no podrá variar en tanto sea el Gobierno Federal quien constituya el fideicomiso, tratándose de la Administración Pública Centralizada.

c) El patrimonio fideicomitado se forma con bienes o derechos del Estado, por lo que los fideicomisos que nos ocupan sólo podrán constituirse con base en un interés público.

d) El Gobierno Federal conserva una atribución significativa sobre los fideicomisos de la Administración Pública, pues realiza sobre ellos la supervisión administrativa.

e) De conformidad con la Ley Orgánica de la Administración Pública Federal los fideicomisos son entidades de la Administración Pública Paraestatal y, además, auxiliares del Ejecutivo de la Federación.

f) La existencia de un fideicomiso público se origina por una disposición expedida por el Presidente de la República o el Congreso de la Unión, que faculta a la Secretaría de Hacienda y Crédito Público a celebrar el contrato respectivo.

e) Conclusiones.

a) Como negocio fiduciario implica las relaciones jurídicas que se dan en el fideicomiso en general, pero matizadas por los factores siguientes:

En la esfera federal el fideicomitente lo será siempre el Ejecutivo Federal, por conducto de la Secretaría de Hacienda y Crédito Público.

Los fines que perseguirá el fideicomiso público serán siempre de interés público.

b) Como contrato es aquél que celebran el Ejecutivo Federal por conducto de la Secretaría de Hacienda y Crédito Público, organismos descentralizados o las empresas de participación estatal, mayoritaria o minoritaria, con una institución fiduciaria, a efecto de transmitirle la titularidad de ciertos bienes o derechos, con la

encomienda de realizar fines de interés público en beneficio del fideicomisario.

c) Como entidad paraestatal, es una estructura administrativa, sin personalidad jurídica, utilizada por el Estado como instrumento de política económica y social, integrada dentro de instituciones de crédito autorizadas que actúan como fiduciarias.

d) Como empresa, es una unidad jurídico-económica constituida total o parcialmente con bienes de la Federación o fondos públicos, orientada a la producción de bienes o a la prestación de servicios de interés público, cuya organización y funcionamiento se encomienda a una institución fiduciaria, con sujeción al control y vigilancia de la Administración Pública Federal.

CAPÍTULO IV

CAPÍTULO CUARTO

OPERACIÓN DEL FIDEICOMISO DENTRO DEL CONTRATO DE APERTURA DE CRÉDITO EN CUENTA CORRIENTE

1. Entorno bancario del motivo contractual.

Este capítulo pretende introducirnos en el entorno bancario de la operación del fideicomiso dentro del contrato de apertura de crédito en cuenta corriente, con objeto de identificar el contexto general en donde convergen factores económicos, legales y financieros que pueden echar mano del esquema propuesto en la presente investigación de tesis.

El entorno bancario al que nos referimos definitivamente se desarrolla entre instituciones de crédito y empresas del sector privado, ya que es función cotidiana de estas últimas colocar entre quien lo demanda el dinero de los ahorradores en forma de crédito, como por ejemplo, grandes consorcios de empresarios, comerciantes e industriales, razón por la cual comenzaremos la exposición de este último capítulo con el concepto y análisis de empresa.

1.1. La Empresa.

La empresa es un concepto de carácter intrínsecamente económico y en rededor del cual giran una serie de problemas de otra índole como los sociales, laborales, jurídicos, tecnológicos, etc.

La empresa puede definirse como una forma de producción por medio de la cual, en el seno de un mismo patrimonio, se combinan los precios de los factores de la producción, aportados por sujetos distintos al propietario o propietarios de la empresa, con miras a colocar un producto en el mercado, ya sea bien o servicio y obtener una renta monetaria igual a la diferencia entre dos series de precios.

También puede definirse como la unidad económico-social en la que el capital, el trabajo y la dirección se coordinan para lograr una producción que responda a los requerimientos del medio humano en el que la propia empresa actúa.

1.2. Elementos o recursos que integran una empresa:

A. Recursos materiales.

a) Ante todo integran la empresa sus edificios, las instalaciones que en éstos se realizan para adaptarlo a su labor productiva, la maquinaria que tiene por objeto multiplicar la capacidad productiva del trabajo humano y los equipos; o sea, todos aquellos instrumentos o herramientas que complementan y aplican más a detalle la acción de la maquinaria.

b) Las materias primas, que han de salir transformadas en los productos así como las materias auxiliares que, aunque no forman parte del bien finalizado, resultan necesarias para la producción del mismo (combustibles, lubricantes, abrasivos, etc.); y los productos terminados.

c) El dinero. Toda empresa necesita cierto efectivo, pero además la empresa posee, como representación del valor de todos los bienes, un *capital*, constituido por valores, acciones, obligaciones, etc.

B. Recursos humanos.

Es el elemento eminentemente activo en la empresa y, desde luego, el de máxima dignidad.

Existen ante todo obreros, aquellos cuyo trabajo es predominantemente manual: suelen clasificarse en calificados y no calificados, según o no requieran tener conocimientos especiales antes de ingresar a su puesto.

Existen además los supervisores, cuya misión fundamental es vigilar el cumplimiento exacto de los planes y órdenes señalado por los directivos de la empresa.

Los técnicos, o sea, las personas que con base en un conjunto de reglas o principios buscan crear nuevos diseños de productos, sistemas administrativos, métodos, controles, etc., forman una parte importante de los miembros que integran a una empresa.

Así también los altos ejecutivos se suman al personal de la empresa y es en ellos en quienes predomina la función administrativa sobre la técnica.

De entre ellos destacan los directores, cuya función básica es la de fijar los grandes objetivos y políticas, aprobar los planes más generales y revisar los resultados finales que una determinada empresa desea alcanzar.

C. Sistemas.

Son los bienes inmateriales de la empresa:

Existen sistemas de producción, tales como fórmulas, patentes, métodos, etc.; sistemas de ventas, como el autoservicio, la venta a domicilio o a crédito, etc.; sistemas de finanzas, como por ejemplo, las distintas combinaciones de capital propio y prestado, etc.

Existen, además, sistemas de organización y administración, consistentes en la forma como debe estar estructurada la empresa: es decir su separación de funciones, su número de niveles jerárquicos, el grado de centralización o descentralización, etc.

1.3 Clasificación de las empresas.

El avance tecnológico y económico ha originado la existencia de una gran diversidad de empresas, por lo que resulta, pues, imprescindible analizar las diferentes clases de empresas existentes en nuestro medio.

A continuación se presentan algunos de los criterios de clasificación de la empresa más difundidos:

a) Por su actividad o giro:

Las empresas pueden clasificarse, de acuerdo con la actividad que desarrollen en:

1.- *Industriales.* La actividad primordial de este tipo de empresas es la producción de bienes mediante la transformación y/o extracción de materias primas.

2.- *Comerciales.* Son intermediarias entre productor y consumidor; su función primordial es la compra-venta de productos terminados.

3.- *De Servicio.* Como su denominación lo indica, son aquellas que brindan un servicio a la comunidad y pueden o no tener fines lucrativos.

b) Por el origen del capital:

Dependiendo del origen de las aportaciones de su capital y del carácter de aquellos a quienes van dirigidas sus actividades, las empresas pueden clasificarse en:

1.*Públicas.* En este tipo de empresas el capital pertenece al Estado y, generalmente, su finalidad es satisfacer necesidades de carácter social.

2. *Privadas*. Lo son cuando el capital es propiedad de inversionistas privados y la finalidad es eminentemente lucrativa.

A su vez, pueden ser *nacionales*, cuando los inversionistas son *nacionales* y *extranjeros*, y *transnacionales*, cuando el capital es preponderantemente de origen extranjero y las utilidades se reinvierten en los países de origen.

c) Por la magnitud de la empresa:

Uno de los criterios más utilizados para la clasificación de la empresa es éste, en el que, de acuerdo con el tamaño de la empresa se establece que puede ser:

Micro empresa. Es considerada como empresa familiar o artesanal, y se trata de aquélla clase en la que el dueño es ayudado por unas cuantas personas, las que directamente controla sin jefes intermedios, siendo en muchas ocasiones familiares suyos. El número de estas personas, ordinariamente, no pasará de 4 o 5, pero, para adoptar un criterio conexo con nuestra legislación laboral podría extenderse hasta menos de 20, ya que éste es el número mínimo de personas que permite la formación de un sindicato.

Mini empresa. También llamada pequeña empresa, es aquélla que ordinariamente tiene un número aproximado de 40 a 50 trabajadores, lo cual implica establecer por lo menos un nivel de jefes intermedios, de tal manera que la órdenes deban normalmente pasar a través de dichos niveles. Los límites extremos en cuanto a número de trabajadores podrían fijarse entre los 20 y un máximo de 80.

Mediana empresa. Es aquélla ubicada entre los márgenes de 80 a 500 trabajadores y se encuentra en una situación intermedia, ya que combina los problemas de los dos extremos observados en las anteriores con mucha frecuencia. Tiene de 6 a 10 funciones claramente distintas y de suyo no intercambiables; y una cantidad de 3 a 5 niveles jerárquicos.

Gran empresa Es aquella que puede tener un número de 1000 trabajadores o más. El número de funciones que realizan los distintos grupos de personas especializadas es muy diverso, de tal manera que puede considerarse que en la empresa existen muy numerosas funciones en las que no puede intercambiarse el personal porque estaría incapacitado para realizar las labores de los otros. En esta categoría de empresa existen seis o más niveles jerárquicos.

d) Por el criterio de constitución legal:

De acuerdo con el régimen jurídico en que se constituya la empresa, ésta puede ser: Sociedad de Responsabilidad Limitada, Sociedad Cooperativa, Sociedad en Comandita Simple, Sociedad en Comandita por Acciones, Sociedad en Nombre Colectivo, y Sociedad Anónima.

1.4 Actividades económicas de la empresa.

Entre las actividades económicas más importantes de la empresa tenemos las siguientes:

1. Actividad financiera, encaminada a asegurar permanentemente a la empresa los recursos monetarios que le son indispensables para su buen desarrollo.
2. Teneduría de libros, que es la contabilidad clásica en donde se realiza el análisis, registro material y compendio de las operaciones comerciales de una empresa.
3. Presentación e interpretación de los datos financieros partiendo de los resultados que aparecen en los libros de contabilidad independientemente de la preparación de estados e informes que reflejen la marcha económica del conjunto.

4. Revisión y censura de cuentas internas, como una de las actividades del control; o externa, comprobando los libros y métodos contables con el fin de cerciorarse de la exactitud de los trabajos e informes financieros.
5. Control presupuestario, que consiste en estimar con anticipación un presupuesto para el conjunto de las actividades de una empresa. Se comparan los ingresos y los gastos reales con los que fueron evaluados o calculados en el presupuesto y se señalan las causas de las diferencias que se produzcan.
6. Contabilidad de costo, cuya función es la de determinar lo que cuestan las distintas actividades de la empresa y en particular los gastos de producción y distribución.
7. Tributación, que atiende a las disposiciones sobre impuestos, exenciones, provisiones y seguros sociales. En este ramo se preparan las declaraciones de contribuciones que pudiesen surgir y las que se encuentran previamente preparadas dentro del amplio campo de la política fiscal de la empresa.

1.5 Algunas características del concepto de empresa como lo entendemos en nuestro país.

Una característica de la empresa es la localización de diferentes fases del proceso productivo y quienes la llevan a cabo; es decir, el establecimiento de alianzas y el posicionamiento en una condición estable y duradera dentro de una red de empresas, en las que la confianza y el beneficio mutuo son determinantes.

Independencia: Cuando la empresa hace su vida jurídica, económica y productiva de manera independiente sin estar sometida a ningún grupo ni ser filial de algún controlador empresarial.

Autonomía: Una empresa es autónoma cuando el poder de gestión recae sobre sus propios accionistas, cuanto más predomine su activo sobre su pasivo y se logre que su capital quede constituido por su propia actividad; es decir, en la medida en que mejor autofinanciada esté.

Autofinanciamiento: Cuando la empresa produce por sus propios medios los recursos financieros que posteriormente invertirá en elementos que conformarán sus activos.

Las necesidades financieras de la empresa son encaradas, en la inmensa mayoría de los casos, no solamente a base del capital desembolsado por los accionistas o propietarios sino recurriendo a créditos de terceros.

El problema del crédito está no solamente en su concesión, sino también en lograr la máxima rentabilidad en su utilización.

El crédito, bien sea obtenido directamente de los bancos, de los proveedores o de los clientes, supone una forma de actuar con capitales muy superiores a los inicialmente invertidos, pudiendo ser este crédito más o menos oneroso, debiendo ponderar, en cualquiera de los casos, las posibilidades que tenemos para llegar al verdadero fin: La rentabilidad.

Los bancos son uno de los pilares esenciales de la economía y, por lo tanto, de la empresa; es por ello que ofrecen al público los siguientes servicios:

- Brindar un medio seguro para el depósito de fondos.
- Transferir estos fondos con facilidad dentro del país.
- Suministrar cheques, talones o certificados por todos reconocidos, que pueden servir de elementos de crédito.
- Conceder créditos comerciales, incluso a largo plazo.
- Generar agentes negociadores de papel comercial.

1.6 La combinación de empresas.

Una teoría que se ha desarrollado en este capítulo es que el entorno bancario al que se refiere el presente punto se ha dado a partir de la combinación de empresas que comienza a surgir a finales del siglo XIV, mismo que ha venido creciendo en importancia en prácticamente todos los países y en todos los regímenes económicos con libre mercado que son sustentados por las más variadas teorías económicas en la actualidad.

Dicha combinación consiste en la unión o concentración de dos o más empresas bajo una dirección común, con la finalidad de cumplir de la mejor manera posible el objetivo para el que fueron creadas, en formas que pueden ir desde una fusión o una adquisición, ya sea total o con participación en el capital contable de otra compañía, hasta un simple acuerdo contractual sobre alguna cuestión inherente al objeto social para el cual haya sido constituida.

Las causas principales en la combinación de empresas para llegar a configurar una empresa triple "A" son el crecimiento y la expansión.

La expansión de las empresas persigue la máxima utilidad posible, ya que si ésta es escasa en relación con la inversión, o bien, es inexistente, provocará por ello la restricción en los flujos del crédito y el consecuente deteriora en el acopio de capital, toda vez que estaríamos ante el escenario de una empresa inocua o estéril en cuanto a su generación de utilidades. En cambio, si hay utilidades, además de atraer capitales, se podría reinvertir una porción que lograría con ello el crecimiento proyectado por dicha empresa.

Hay otras causas tales como el crecimiento de la demanda, los cambios tecnológicos, los descubrimientos e innovaciones y la búsqueda por obtener una mejor posición en el mercado.

La expansión de las empresas puede traer un crecimiento interno, como el aumento de las operaciones de las mismas, provocado por el aumento de la demanda de los bienes o servicios de la empresa, por el establecimiento de nuevas líneas de productos o de nuevas áreas geográficas de venta, entre otras. El financiamiento de dicha expansión puede provenir de las utilidades del negocio, o bien, de la obtención de créditos bancarios en cuenta corriente.

El entorno bancario del motivo contractual al que se refiere este punto puede ser considerado desde diferentes puntos de vista, entre los que destacan el económico, el legal, el financiero y el de control.

Desde el punto de vista económico las combinaciones se clasifican en:

Verticales: Cuando las empresas confluyen en diferentes partes del proceso productivo, pudiendo ir desde la obtención y primera modificación de la materia prima hasta la distribución de la misma en sus áreas de oportunidad.

Horizontales: Las empresas se ubican en una misma etapa del proceso productivo.

En conglomerado: Las empresas unidas tienen muy poco en común en cuanto a la producción o al mercado.

Desde el punto de vista legal las combinaciones de empresas triple "A" se realizan a través de una adquisición, como es el caso de la compra, la fusión o la absorción.

Desde el punto de vista financiero, se refiere a la forma de financiamiento por la que se lleva a cabo la combinación de empresas.

Entre los métodos de pago se encuentran: La transferencia de efectivo y otros activos; la emisión de acciones comunes, preferentes y/o obligaciones, así como la obtención de créditos bancarios, entre otros.

También, es importante hacer notar que entre las finalidades perseguidas por las empresas triple "A", podemos encontrar un marco referencial de mayor amplitud a la sola intención de maximizar sus utilidades como antiguamente se pretendía, sino que ahora el crecimiento diversificado se yergue como el anhelo que con mayor animosidad pretenden alcanzar los accionistas de una gran empresa, por lo cual se hace necesario recurrir a grandes fuentes de financiamiento externas como pueden ser los créditos bancarios a mediano y largo plazos, por mencionar aquéllos que se ubican dentro del ámbito de aplicación de nuestro estudio recepcional.

En este supuesto las empresas triple "A" enfrentan las siguientes desventajas:

1. El flujo de efectivo que se genera para los socios (dividendos) resulta incierto en cada ejercicio contable transcurrido.
2. El monto de los dividendos depende de las estrategias financieras y fiscales que se adopten en la empresa.
3. En caso de que los socios decidan liquidar en forma anticipada estos financiamientos, por así convenir a sus proyectos de expansión, en la actualidad se encuentran con el problema de la obligación que tiene de pagar a las instituciones de crédito un porcentaje de penalización sobre el crédito otorgado por el pago anticipado. Esto hace poco atractiva esta alternativa teniendo que renunciar en muchas ocasiones a la expansión deseada, en detrimento de la generación natural de riqueza que este hecho implica.

2. El contrato de fideicomiso entendido como una contraprestación a cargo del banco y a favor del acreditado.

El contrato de fideicomiso propuesto como una contraprestación a cargo del banco y a favor del acreditado, se conceptualiza como la creación de un nuevo producto bancario, más dinámico y más atractivo para el cliente y que debe considerarse como el instrumento jurídico que expresa la voluntad de dos o más personas para crear, transmitir, reconocer, declarar, modificar o extinguir, derechos y obligaciones.

Ahora bien, dentro de las distintas especies de actos jurídicos nuestro Código Civil, en sus artículos 1792 y 1793, define al *convenio* como el acuerdo de dos o más personas para crear, transmitir, modificar o extinguir obligaciones y añade que los convenios que producen o transmiten obligaciones o derechos toman el nombre de *contratos*.

Cabe hacer el comentario de que la distinción formal establecida en nuestro Código Civil entre convenio y contrato, resulta un tanto superflua en la vida diaria, pues al no tener sanción, la equivocación de su uso, se aprecia que se utilizan en el tráfico jurídico indistintamente.

Por otra parte el objetivo de este punto es dejar asentada la propuesta de establecer un contrato que contemple un fideicomiso que podrá ser celebrado por personas físicas o morales a las que la institución bancaria haya otorgado algún crédito para que opere como un patrimonio de afectación exclusivamente dirigido para la realización de pagos adelantados.

Sin embargo, esta propuesta se desarrollará en el punto cuatro de este capítulo, con toda precisión, sin menoscabo de la exposición que se hará de la utilidad práctica de esta figura.

3. Naturaleza contractual: contratos de adhesión.

El contrato de adhesión se encuentra definido en el artículo 85 de la Ley Federal de Protección al Consumidor como el documento elaborado unilateralmente por el proveedor para establecer en formatos uniformes los términos y condiciones aplicables a la adquisición de un producto o a la prestación de un servicio, aún cuando dicho documento no contenga todas las cláusulas ordinarias de un contrato.

Todo contrato de adhesión celebrado en territorio nacional, para su validez, deberá estar escrito en idioma español y sus caracteres tendrán que ser legibles a simple vista.

En la mayoría de los casos el contrato de adhesión tiene alguna de las siguientes características:

1. *La oferta de contratar se hace normalmente a una colectividad.*
2. *Está redactado por una de las partes.*
3. *Su reglamentación, en la mayoría de los casos, es compleja.*
4. *La situación del que ofrece contratar normalmente es la más poderosa.*
5. *Las cláusulas no se discuten; se aceptan o no.*
6. *Con frecuencia encubre un servicio privado de utilidad pública.*

Por su parte, el artículo 90 de dicha ley establece que no serán válidas y se tendrán por no puestas cierto tipo de cláusulas en los contratos de adhesión ni se inscribirán en el registro ante la Procuraduría Federal del Consumidor siempre que se trate de aquéllas que:

- I. *Permitan al proveedor modificar unilateralmente el contenido del contrato o sustraerse unilateralmente de sus obligaciones.*
- II. *Liberen al proveedor de su responsabilidad civil, excepto cuando el*

consumidor incumpla el contrato.

III. Trasladen al consumidor o a un tercero que no sea parte del contrato la responsabilidad civil del proveedor.

IV. Prevengan términos de prescripción inferiores a los legales.

V. Prescriban el cumplimiento de ciertas formalidades para la procedencia de las acciones que se promuevan contra el proveedor; y

VI. Obliguen a renunciar a la protección de la ley o lo sometan a la competencia de tribunales extranjeros.

Como el contrato al que hacemos referencia en este trabajo *receptional* sería elaborado unilateralmente por las instituciones de crédito sin margen de negociación del clausulado correlativo para las empresas triple "A" que se acojan a sus beneficios, hemos resuelto proponer un formato que, a guisa de contrato de adhesión, al menos por cuanto hace a su formulación primigenia –independientemente de permitirle ciertas concesiones al cliente en cuanto a intereses y plazos-, puede ser asumido como ejemplo normativo para brindar el beneficio que en este trabajo se repone a las empresas referidas anteriormente.

El modelo a seguir es el que se exhibe en el siguiente numeral.

4. Forma.

CONTRATO DE APERTURA DE CREDITO EN CUENTA CORRIENTE CON CLAUSULA DE APERTURA DE FIDEICOMISO DE ADMINISTRACION DE EFECTIVO PARA CASOS DE PAGO ANTICIPADO.

Contrato de apertura de crédito en cuenta corriente que celebran por una parte (la institución de crédito) representada por los señores_____ y _____ a quienes en lo sucesivo se les denominará "EL BANCO"; y por otra parte _____ a quien en lo sucesivo se le denominará "LA PARTE ACREDITADA", representada por _____, al tenor de las siguientes declaraciones y cláusulas.

DECLARACIONES

I. Manifiesta "LA PARTE ACREDITADA":

- a) (Relacionar la escritura constitutiva de la empresa acreditada)
- b) (Relacionar la escritura en la que consten poderes suficientes de los representantes de la empresa)

II. Manifiesta "EL BANCO":

CLÁUSULAS

PRIMERA.- En este acto "EL BANCO" abre a "LA PARTE ACREDITADA", una línea de crédito en Cuenta Corriente, hasta por la cantidad de \$ _____, cuyo destino es _____.

El importe del presente crédito se abonará a la cuenta de cheques número _____, en los casos en que esta cuenta carezca de fondos suficientes para cubrir los cheques expedidos contra la misma por "LA PARTE ACREDITADA".

Las disposiciones de "LA PARTE ACREDITADA" no podrán exceder del límite del crédito señalado en esta cláusula.

Dentro del límite del crédito señalado, no se encuentran incluidos los intereses, comisiones, gastos ni otras sumas que deba pagar "LA PARTE ACREDITADA" a "EL BANCO".

SEGUNDA.- "LA PARTE ACREDITADA" dispondrá de la línea de crédito establecida en la cláusula que antecede, sujeta a las posibilidades de "EL BANCO", mediante la expedición de cheques a cargo de la mencionada cuenta cuando en la misma no existan fondos suficientes para cubrirlos.

TERCERA.- "LA PARTE ACREDITADA" y "EL BANCO" convienen en que la duración del presente contrato será de _____, contados a partir de la fecha de la firma del presente contrato y al término de la duración "LA PARTE ACREDITADA" pagará a "EL BANCO" el saldo que aparezca a su cargo, el cual se considerará como líquido y exigible de inmediato.

CUARTA.- Mientras el contrato se encuentre en vigor, "LA PARTE ACREDITADA" queda facultada para efectuar remesas en reembolso parcial o total de las disposiciones que hubiere hecho y podrá disponer nuevamente, en la forma pactada en la cláusula segunda que antecede, del límite del crédito que resulte a su favor, sin que en ningún momento sus disposiciones puedan exceder del límite del crédito establecido en la cláusula primera.

Para todos los efectos de este contrato se conviene en que las remesas efectuadas en efectivo se abonarán en firme a la cuenta desde el día en que sean recibidas por "EL BANCO". Las remesas que sean realizadas en efectos o en títulos de crédito se abonarán en firme a la cuenta hasta que "EL BANCO" hubiere recibido su importe y siempre se entenderán recibidas *salvo buen cobro*. En caso de que las referidas remesas originen que el saldo de la Cuenta Corriente se convierta en acreedor, dicho saldo no causará intereses a favor de "LA PARTE ACREDITADA".

QUINTA.- "EL BANCO", en los términos del Artículo 294 de la Ley General de Títulos y Operaciones de Crédito, se reserva el derecho de restringir el importe del crédito o el plazo de disposición a que tiene derecho "LA PARTE ACREDITADA", o ambos a la vez, o de denunciar en cualquier tiempo el presente contrato, mediante simple aviso dado por escrito a "LA PARTE ACREDITADA", en cuyo caso se extinguirá el crédito en la parte no dispuesta por "LA PARTE ACREDITADA". En el supuesto de denuncia el crédito será exigible de inmediato.

SEXTA.- En caso de terminación de este contrato por vencimiento del plazo o por denuncia, las cantidades que "EL BANCO" perciba de "LA PARTE ACREDITADA", o por su cuenta, serán aplicadas definitivamente al pago total o parcial del saldo que resulte a cargo de "LA PARTE ACREDITADA" en la Cuenta Corriente. Si el límite del crédito fuera restringido, las cantidades que "EL BANCO" perciba de "LA PARTE ACREDITADA", o por su cuenta, serán aplicadas igualmente, en el pago del crédito que resulte a cargo de "LA PARTE ACREDITADA", hasta dejarlo reducido al límite que se hubiere señalado.

Para los efectos de esta cláusula, en caso de no existir fondos suficientes en la cuenta o de que ésta se encontrare cancelada, "LA PARTE ACREDITADA" se obliga a pagar las sumas que adeude a "EL BANCO" en las oficinas de éste en días y horas hábiles.

SÉPTIMA.- "LA PARTE ACREDITADA" autoriza expresamente a "EL BANCO" a que cargue a los saldos de su cuenta de cheques _____. Queda entendido que de las sumas que existan en la cuenta de cheques "EL BANCO" podrá cargar y aplicar sus importes de la siguiente manera: 1.- A pagar los intereses causados con motivo de las disposiciones a la tasa pactada en la cláusula octava; 2.- A pagar las amortizaciones del principal insoluto.

OCTAVA.- "LA PARTE ACREDITADA" se obliga a pagar a "EL BANCO" a partir de la fecha de cada disposición del crédito a que se refiere el presente contrato y por

los días efectivamente transcurridos, intereses sobre saldos insolutos que se calcularán aplicando la *Tasa de Referencia* que en seguida se indica y a la que se adiciona "EL MARGEN" consistente en el ___% de dicha tasa, en el entendido de que dicho "MARGEN" en ningún caso podrá ser mayor de _____ puntos, ni menor de _____ puntos.

Para los efectos de la presente cláusula se entenderá por *Tasa de Referencia*, la tasa de interés que se utilizará para determinar y calcular los intereses correspondientes. Para los mismos efectos, se entenderá por "EL MARGEN" el porcentaje que se adicione a la *Tasa de Referencia*.

La *Tasa de Referencia* que se utilizará para la determinación y cálculo de la tasa de interés de este contrato es la Tasa de Interés Interbancaria de Equilibrio (TIE) a plazo de 28 días, que se publique en el Diario Oficial de la Federación.

NOVENA.- Si "LA PARTE ACREDITADA" incumpliera con cualesquiera de las obligaciones a su cargo contenidas en este contrato "EL BANCO" podrá dar por vencido anticipadamente cualquiera de los plazos y exigir inmediatamente a "LA PARTE ACREDITADA" el pago del saldo que resulte a su cargo, que en ese caso se considerara exigible a la vista.

DÉCIMA.- El presente contrato, junto con el estado de cuenta certificado por el contador de "EL BANCO" traerán aparejada ejecución, sin que sea necesario el reconocimiento judicial por parte de "LA PARTE ACREDITADA" o cualquier otro requisito en los términos del Artículo 68 de la Ley de Instituciones de Crédito.

DÉCIMA PRIMERA.- Las partes señalan como domicilios para efectos del presente contrato, los siguientes:

El de "LA PARTE ACREDITADA":

El de "EL BANCO":

DÉCIMA SEGUNDA.- Para el conocimiento de cualquier controversia que llegare a suscitarse con motivo de la interpretación o ejecución de este contrato, las partes renuncian a cualquier jurisdicción que pudiera corresponderles por razón territorial y se someten expresamente y en forma indistinta a las leyes y tribunales de _____

DÉCIMA TERCERA.- "El BANCO" establece como una opción adicional al clausulado del presente contrato la siguiente:

Si "LA PARTE ACREDITADA" quisiera liquidar en forma anticipada el saldo de la línea de crédito que "El BANCO" le otorgó conforme a lo establecido en la cláusula primera del presente contrato se estará a lo siguiente:

1. No existirá pena convencional siempre y cuando la liquidación del saldo se efectúe en una sola exhibición antes del plazo señalado en la cláusula tercera.
2. Para los efectos de ésta cláusula "LA PARTE ACREDITADA" estará de acuerdo en establecer un fideicomiso de administración de efectivo cuyo único fin será el de liquidar el monto del crédito en cuenta corriente, mismo que se constituirá con el pago anticipado que represente el saldo remanente de "LA PARTE ACREDITADA" a la fecha en que se quisiera ejercer esta opción y en el cual no podrá tener ninguna ingerencia.
3. La administración del fideicomiso de administración de efectivo estará a cargo de "El BANCO" y los rendimientos que produzca dicho fideicomiso serán a favor de "El BANCO" para cubrir los gastos y costos de administración del manejo del mismo.

4. "EL BANCO" se compromete a no considerar jurídicamente el pago como tal por cuanto respecta a lo establecido en la cláusula octava, considerando que el crédito debe de proseguir su marcha hacia su baja del sistema contable del banco.
5. Llegada la fecha real del pago conforme a la cláusula sexta, "EL BANCO" tomará del fideicomiso de administración de efectivo los montos necesarios para realizar la amortización correspondiente al crédito de "LA PARTE ACREDITADA".
6. "EL BANCO" se compromete a liberar de todo gravamen las garantías que "LA PARTE ACREDITADA" haya ofrecido en el momento en que quede constituido el fideicomiso de administración de efectivo.
7. "EL BANCO" se obliga a no invertir el efectivo en títulos o valores de alto riesgo, sino únicamente en aquellos de los denominados instrumentos de deuda, para con ello evitar riesgos en la inversión.
8. "EL BANCO" acreditante podrá ser fiduciario y fideicomisario, siempre y cuando las partes se apeguen a la hipótesis normativa establecida en el último párrafo del Artículo 348 de la Ley General de Títulos y Operaciones de Crédito que a la letra reza: "Es nulo el fideicomiso que se constituye en favor del fiduciario, salvo lo dispuesto en el párrafo siguiente y en las demás disposiciones legales aplicables. La institución fiduciaria podrá ser fideicomisaria en los fideicomisos en que al constituirse, se transmita la propiedad de los bienes fideicomitidos y que tengan por fin servir como instrumento de pago de obligaciones, en el caso de créditos otorgados por la propia institución para la realización de actividades empresariales. En este supuesto, las partes deberán designar de común acuerdo a una institución fiduciaria substituta para el caso de que surgiere un conflicto de interés entre las mismas".

Dado en _____ a los ____ días del mes de _____ de 19__.

Así lo aceptaron y hacen efectivo con la impresión de sus firmas quienes válidamente han intervenido en la formalización del presente instrumento.

POR "EL BANCO"

POR "LA PARTE ACREDITADA"

5. Acciones procesales a cargo de las partes para el caso de controversia.

El procedimiento mercantil preferente a todos es el que libremente convengan las partes, con las limitaciones señaladas en la ley, pudiendo ser un procedimiento convencional ante tribunales o un procedimiento arbitral.

El proceso jurisdiccional y el arbitraje tienen como característica común el ser soluciones heterocompositivas del litigio, es decir, soluciones provenientes de un tercero ajeno a la relación sustancial. Pero mientras que la obligatoriedad de la solución que implica el proceso jurisdiccional deriva de la ley y de la autoridad misma del Estado, la obligatoriedad del arbitraje sólo puede tener como fundamento el acuerdo de las partes de someter determinado litigio a la solución arbitral.

5.1 Proceso Jurisdiccional.

Los juicios mercantiles son ordinarios, ejecutivos o especiales.

El procedimiento ejecutivo tiene lugar cuando la demanda se funda en un documento que traiga aparejada ejecución, como es el caso de las facturas, cuentas corrientes y cualesquiera otros contratos de comercio firmados y reconocidos judicialmente por el deudor.

Títulos ejecutivos mercantiles:

- A. Documentos públicos
1. Sentencias firmes.
 2. Instrumentos públicos.
 3. Documentos privados y contratos de comercio.

- B. Documentos privados**
1. **Laudos arbitrales**
 2. **Títulos de crédito.**
 3. **Otros documentos:**
 - a. **Libretas de depósitos de ahorro.**
 - b. **Certificados de depósitos bancarios a plazo.**
 - c. **Contratos de crédito de instituciones de crédito.**
 - d. **Contratos de apertura de crédito comercial documentado.**
 - e. **Documentos en los que conste un crédito bancario con garantía real.**

Presentada la demanda con el título ejecutivo, y los medios de prueba, el juez debe dictar auto de ejecución con efectos de mandamiento en forma, para que el deudor sea requerido de pago, en el entendido de que la omisión de dicho pago justifica a que se le embarguen bienes suficientes para cubrir la deuda y costas.

Una vez practicado el embargo se debe emplazar al demandado para que comparezca ante el juzgado a hacer paga llana de la cantidad demandada y las costas, o a oponerse a la ejecución si tuviere alguna excepción para ello.

Una vez presentadas las pruebas y los alegatos, el juez, previa citación a las partes, debe pronunciar la sentencia definitiva, donde debe decidir sobre los derechos controvertidos.

El procedimiento puede resumirse en los siguientes tres puntos:

1. **Demanda, embargo y emplazamiento.**
2. **Pago u oposición.**
3. **Sentencia de remate y ejecución.**

5.2 Arbitraje.

Las partes deciden someterse al arbitraje a través de un acuerdo de arbitraje en donde sometan todas o ciertas controversias que hayan surgido o puedan surgir entre ellas respecto de una determinada relación jurídica, contractual o no contractual. El acuerdo de arbitraje podrá adoptar la forma de una cláusula compromisoria incluida en un contrato o la forma de un acuerdo independiente.

El acuerdo de arbitraje deberá constar por escrito y consignarse en un documento firmado por las partes. La referencia hecha en un contrato o en un documento que contenga una cláusula compromisoria constituirá acuerdo de arbitraje siempre que dicho contrato conste por escrito y la referencia implique que esa cláusula forma parte del contrato.

En el compromiso arbitral se debe precisar el asunto o asuntos que se someten a juicio arbitral, así como el nombre de los árbitros.

Las partes y los árbitros deben seguir el procedimiento, los plazos y las formas establecidos para los tribunales. si no se hubiese convenido otra cosa. En todo caso, los árbitros siempre deben recibir pruebas y oír alegatos si alguna de las partes lo pide.

El laudo es la decisión definitiva dictada por el árbitro para resolver el conflicto sometido al arbitraje, pero puede ser apelado ante las salas competentes del Tribunal Superior. Del mismo modo, contra la resolución que la sala pronuncie con motivo de la apelación, la parte interesada podrá promover juicio de amparo.

Una vez notificado el laudo se pasarán los autos al juez ordinario para su ejecución

Los tribunales se sujetarán al procedimiento convencional que las partes hubieren pactado siempre que el mismo se hubiere formalizado en escritura pública, póliza ante corredor o ante el juez que conozca de la demanda en cualquier estado del juicio, y se respeten las formalidades esenciales del procedimiento, ya que para su validez, deberá contener las previsiones sobre el desahogo de la demanda, la contestación, las pruebas y los alegatos.

De lo anterior se pueden deducir como elementos del arbitraje los siguientes:

1. Acuerdo. a) Compromiso arbitral.
 b) Cláusula compromisoria.
 c) Contrato de arbitraje.

2. Procedimiento. Convenio por las partes, pero debe incluir necesariamente las etapas de pruebas y de alegatos.

3. Laudo. a) Basado en las reglas de derecho.
 b) Fundado en la equidad.

4. Ejecución. A través del juez competente, previo reconocimiento.

6. Función social del contrato de fideicomiso en la figura del contrato de apertura de crédito en cuenta corriente.

El fideicomiso cumple una función social, dentro del contrato de referencia, ya que mediante dicha figura se procura la solución de necesidades de grandes consorcios empresariales que generan importantes volúmenes de oportunidades de trabajo para personal de vertiente profesional altamente calificada, ya que son empleadores que pagan salarios muy elevados y sostienen un peldaño social altamente ilustrado y técnicamente apto en nuestro medio socio-económico.

Es oportuno señalar que los empleados a quienes nos referimos arrojan resultados muy altos en materia de eficiencia, oportunidad y profesionalismo, al tiempo de que intentan abatir los costos de operación de múltiples actividades empresariales, dependiendo de su ramo de especialización.

El Gobierno Federal y los de las entidades federativas, así como los de los municipios, utilizan esta figura para realizar actividades de interés público que, por alguna razón, consideran conveniente sean llevadas a cabo bajo la seriedad y el prestigio de una institución fiduciaria.

A continuación mencionaré ciertos tipos de fideicomisos que ayudan tanto a la economía individual y familiar como al desarrollo nacional.

*** Fideicomiso de inversión para personas físicas.**

Las personas físicas pueden utilizar este medio para optimizar sus inversiones, entregando recursos a la fiduciaria para que, en el desempeño de su encargo, administre el dinero de tal manera que les proporcione máxima seguridad y altos rendimientos, invirtiendo en instrumentos bancarios o no bancarios, según sea el caso.

Los fondos fiduciarios suelen obtener las tasas de interés más altas del mercado, independientemente de que los mayores rendimientos sólo constituyen uno de los fines que se pueden establecer en el contrato respectivo, ya que también los recursos pueden destinarse a otros objetivos, como el adquirir inmuebles, garantizar el pago de créditos, adquirir participación accionaria en una empresa, etcetera.

7. Utilidad práctica de estas figuras.

La utilidad práctica del contrato de fideicomiso en relación con la figura del contrato de apertura de crédito en cuenta corriente, la encontramos sin lugar a dudas en el ejercicio de las operaciones bancarias que son comunes entre las instituciones bancarias y empresas corporativas también denominadas en la jerga bancaria como empresas triple "A", sin dejar de soslayo, desde luego, a las personas físicas, mismas que por la cuantía a que ascienden sus operaciones bancarias, en el ámbito de los modelos de contratación que hemos estudiado en el desarrollo del presente trabajo, resultan poco atractivos para los mecanismos que se han descrito en las páginas anteriores.

Todo empieza cuando la institución de crédito abre a la llamada empresa triple "A", una línea de crédito en cuenta corriente, situación que permite que los pagos del crédito sean determinados en fechas ciertas, es decir, mediante el establecimiento de un calendario de pagos que en ocasiones la empresa triple "A" efectúa en forma anticipada porque en ese momento se encuentra en condiciones de realizarlo ya que es posible que tenga un exceso de liquidez, pero el contrato de crédito en cuenta corriente contempla una pena convencional por pronto pago, castigo que en muchas ocasiones las empresas triple "A" prefieren pagar a tener su dinero en tesorería como un activo improductivo y causando el 1.8% del Impuesto Federal al Activo de las empresas, o bien, porque encontraron un crédito más blando que les permitirá pagar el primero con un costo financiero menor. o simplemente para poder liberar de

gravamen las garantías ofrecidas y realizar nuevos proyectos de expansión.

Cabe señalar que estos casos son repetitivos en una institución de crédito cuando el fondeo (origen de los recursos) en diversos créditos no es propio sino que proviene de la banca de desarrollo. En estos casos, las penas por prepago pueden ser demasiado elevadas ya que la institución bancaria, a su vez, tiene que pagar a la banca de desarrollo un porcentaje por los recursos obtenidos.

Justo para este marco conceptual proponemos implementar a la figura del fideicomiso, primero como una alternativa jurídicamente viable y comprendiendo, como ya se dijo, un nuevo instrumento bancario; y como una contraprestación accesoria que brinde el banco al cliente como resultado de la preexistencia del contrato de apertura de crédito en cuenta corriente. Y segundo, como una alternativa viable en la solución del problema económico que el pago anticipado puede llevar consigo, tanto para el acreditado como para la institución de crédito, bajo los siguientes lineamientos generales que deberán adecuarse a cada caso específico:

1. Que el pago anticipado no se considere jurídicamente como tal, por cuanto respecta a los pagos preestablecidos en el clausulado del contrato de *apertura de crédito en cuenta corriente*, considerando que el crédito debe proseguir su marcha hacia su baja del sistema contable del banco.
2. Que el dinero del pago anticipado sirva para la constitución de un fideicomiso y genere atractivos rendimientos para el acreditado que le sirvan, a su vez, para cubrir los costos administrativos del manejo del mismo.
3. Que llegada la fecha real del pago, conforme a la calendarización, el fiduciario se sirva de este fideicomiso para la amortización correspondiente al crédito, de modo que la institución bancaria no sufra ningún quebranto por el pago anticipado del cliente. Es decir, que ésta sea susceptible de

cobrar los montos correspondientes en los plazos y tiempos preestablecidos.

En efecto, la operación del fideicomiso en relación con la figura del contrato de apertura de crédito en cuenta corriente propuesto en la presente investigación de tesis de licenciatura, será el instrumento jurídico que permitirá regular los intereses económicos de cada una de las partes.

Como consecuencia de ello las instituciones bancarias podrán apoyar a las empresas corporativas nacionales creando, incluso, con este esquema, nuevos empleos, mayores ingresos e inversiones para el país, en tanto que por su parte, las instituciones de crédito motivarán la función bancaria.

Ejemplo:

1.- La empresa Grupo Radio-Centro, S.A. de C.V., tiene celebrado un contrato de apertura de crédito en cuenta corriente con fecha 1° de enero de 1998 por 3 millones de dólares con Banca Serfin, el cual le ha servido para el financiamiento en la compra de helicópteros, automóviles y motocicletas, así como de monitores y equipo de transmisión y audio. Dicho crédito se deberá pagar en mensualidades de 25 mil dólares con un interés del 6% mensual sobre saldos insolutos.

Cabe mencionar que Banca Serfin, para otorgar este crédito, solicitó un fondeo (origen de los recursos) por la misma cantidad a BANCOMEXT.

2.- Grupo Radio-Centro, S.A de C.V., ofreció como garantía hipotecaria y prendaria las instalaciones que tiene ubicadas en Monterrey, Nuevo León, mismas que comprenden:

Edificio	400,000.00 dlls.
Antenas de transmisión y equipo	<u>200,000.00</u> dlls.
Total de garantías	600,000.00 dlls.

3.- Grupo Radio-Centro, S.A de C.V., se encuentra en el cuarto pago del crédito que le fue otorgado, cuando recibe algunos anticipos de clientes por 780 mil dólares que le han pagado por la transmisión de anuncios de publicidad de sus marcas durante los partidos que se llevaron a cabo en el mundial de futbol celebrado en Francia en junio de este año. Esta situación le permite liquidar el crédito que tiene contratado con Banca Serfin y así estar en posibilidad de liberar el gravamen que existe sobre sus instalaciones de Monterrey, Nuevo León, en la inteligencia de ubicarse en la posición de concretar la fusión que le ha propuesto la cadena de radio "NBC" de los Estados Unidos, dentro del marco de la globalización y de la liberalización de transmisiones que contempla el Tratado Trilateral de Libre Comercio celebrado con los Estados Unidos de América y Canadá.

De los requisitos esenciales para llevar a cabo la fusión, entre otros, se determina la necesidad de que Grupo Radio-Centro, S.A de C.V., presente sus estados financieros dictaminados por contador público registrado y acredite la propiedad de sus instalaciones y la liberación de cualquier tipo de gravamen que exista sobre ellas.

4.- El 31 de julio del mismo año, el director de finanzas de la radiodifusora se presenta ante Banca Serfin para liquidar en forma anticipada el saldo del crédito contratado con ésta, mismo que ascendía a 2 millones de dólares, informándole a su ejecutivo de cuenta que deberá pagar una penalización del 40% sobre el total del crédito, que representa un monto de 1 millón 200 mil dólares.

En síntesis, Grupo Radio-Centro, S.A de C.V., deberá pagar 3 millones 200 mil dólares para liquidar su saldo y así poder liberar el gravamen en el que se encuentran sus propiedades, más los intereses generados y el millón 200 mil dólares que a esa

fecha ya había amortizado.

De lo expuesto se deberán analizar las siguientes alternativas:

- a) Pagar una pena convencional por pronto pago de 1 millón 200 mil dólares más los intereses generados.
- b) Dejar ese efectivo en la tesorería de Grupo Radio-Centro, S.A. de C.V., permaneciendo en forma ociosa y causando un impuesto al Activo de 1,404 dólares a cambio de no pagar la pena convencional.
- c) Renunciar a la posibilidad de fusionarse con una cadena internacional de radio, sin lograr la expansión deseada.

5.- Sin lugar a dudas, la decisión de grupo Radio-Centro, S.A. de C.V., sería pagar a Banca Serfín 1 millón 200 mil dólares de pena convencional con tal de lograr la fusión y expansión deseada y, por ningún motivo, tener ese excedente de efectivo de manera ociosa e improductiva en su tesorería; pero también, la decisión de Grupo Radio-Centro, S.A. de C.V., será cancelar todas las cuentas e inversiones que tenga con Banca Serfín y jamás volver a tener una sola relación comercial con ese Grupo Financiero.

6.- Por consiguiente, el director financiero de Grupo Radio-Centro, S.A. de C.V., tendrá que buscar otras alternativas más modernas y viables que le permitan en el futuro solicitar, sin temor alguno, financiamientos a través de créditos que no contemplen pena convencional por pagos anticipados.

CONCLUSIONES

CONCLUSIONES

El planteamiento del presente trabajo obligó, durante su desarrollo, a llegar a una serie de conclusiones sobre los aspectos legales requeridos para la implementación del fideicomiso dentro de una fase operativa del contrato de apertura de crédito en cuenta corriente. Por esta razón, a continuación se exponen dichas conclusiones que obedecen a una visión sumaria de su contenido.

1. Consideramos que el crédito es una actividad mercantil que ha tenido que ser regulada por el derecho en virtud de involucrar la confianza en el cumplimiento de las obligaciones de las partes y que, por razones económicas, éste es concedido las más de las ocasiones, sin tomar en cuenta consideraciones jurídicas.
2. Así mismo, podemos asegurar que la importancia económica del crédito radica en la relación que éste tiene con la creación de capitales, en el entendido de que el crédito, por sí mismo, no crea capitales sino que se traduce en el detonante para la creación de riqueza, ya que el crédito favorece a la producción al permitir que la capacidad de trabajo de quien carece de medios económicos para generar riqueza, se sume a la contribución crediticia que recibe de un tercero para convertir su aportación en elemento multiplicador de la actividad productiva.
3. Otra conclusión relacionada con el capítulo primero se refiere a que el crédito tiene influjo en la ley de la oferta y la demanda en épocas de crisis financiera como la que hoy vivimos, ya que la demanda de bienes y servicios comercializados a plazos aumenta como consecuencia de la pérdida de poder adquisitivo de las personas físicas y entes económicos, mismos que, a su vez, tienen que recurrir al crédito por falta de liquidez, incrementando así la oferta del mercado crediticio.

4. Ahora bien, en relación con las conclusiones que se obtuvieron del capítulo segundo, tenemos que en la actualidad la apertura de crédito consiste en que una persona, ya sea física o jurídica, quien requiere de una cierta cantidad de dinero durante un tiempo más o menos prolongado, determina solicitar a un banco la celebración de un contrato de apertura de crédito, ya que en virtud de éste podrá retirar del banco, durante el tiempo de vigencia de dicho contrato, en forma fraccionada o en un solo acto, según su conveniencia, la suma que dicho banco se obliga a pagarle y, a su vez, compromete su condición a retribuir los servicios del banco acreditante con el pago de una comisión calculada, por lo general, en proporción al plazo durante el cual puede retirar fondos, comprometiéndose, adicionalmente, a devolver las sumas de que haya dispuesto a partir de una fecha determinada, con los intereses compensatorios devengados.

5. Por otra parte, en relación con el numeral anterior, concluimos que la apertura de crédito bancaria es el contrato por virtud del cual las partes se obligan a establecer diferentes contraprestaciones, una respecto de la otra, donde concretamente el banco se obliga dentro del límite pactado y mediante una comisión que habrá de percibir de parte del cliente a poner a disposición de éste, en la medida de sus requerimientos, determinadas sumas de dinero o a realizar otras prestaciones.

6. Por lo tanto, la apertura de crédito es simple cuando el crédito se agota por la mera disposición que de él haga el acreditado y, cualquier cantidad que éste entregue al acreditante, se entenderá como dada en abono del saldo, sin que el acreditante tenga derecho, una vez que ha dispuesto del crédito, a volver a disponer de él, aunque no se haya vencido el término pactado.

7. Así que podemos concluir que el requisito esencial para que este contrato funcione y sea eficaz es que haya remesas recíprocas y compensaciones de saldos aprovechando óptimamente la confianza mutua de dos comerciantes con el objetivo de minimizar el uso del dinero y soportando el peso económico en el asunto de la compensación, ya que en ningún otro contrato mercantil las partes actúan sobre una base de igualdad tan contrastable. Cabe señalar que durante la vigencia del contrato no hay ni acreedor ni deudor definido sino sólo compensadores (cuentacorrentistas) y, únicamente al término del contrato, se definirá quién es el que debe si es que alguno acaba debiendo.

8. En relación con el contrato de cuenta corriente podemos deducir que éste tiene vigencia y utilidad, básicamente, en las relaciones interbancarias. En las relaciones de industriales y con los maquiladores también asume un papel *protagónico* y, en una escala menos importante, en los pequeños comercios que intercambian al fiado bienes o servicios, ya sea con otros comerciantes, o bien, *con consumidores*. No obstante, como se deriva de su análisis, este contrato lleva consigo una actividad muy importante a todos aquellos agentes comerciales que *con alguna frecuencia* se ubiquen, simultáneamente, en el papel de deudores y acreedores recíprocos.

9. Hemos encontrado que el fideicomiso puede constituirse mediante un acuerdo bilateral de voluntades entre el fideicomitente y el fiduciario; puede, así mismo, constituirse mediante un acuerdo bilateral de voluntades de fideicomitente, fiduciario y fideicomisario. Lo anterior nos lleva a la conclusión de que la clasificación clásica de los actos jurídicos difundida por el civilista francés Jean Bonnetcase y adoptada por nuestro Código Civil es incompleta, pues únicamente habla de declaración unilateral o bilateral de la voluntad, en los cuales no encuadra con facilidad el fideicomiso, por lo que se propone una clasificación para efectos doctrinales dentro de la teoría de los actos jurídicos que incluiría al fideicomiso, figura tal que puede ser

constituida de múltiples maneras, como ya lo hemos mencionado en el capítulo tercero.

10. No obstante, el derecho de propiedad del fiduciario no se asimila al derecho de propiedad que conocemos en la ortodoxia jurídica, puesto que el fiduciario tiene obligaciones frente al fideicomisario y/o el fideicomitente, por lo que cuando ejercita ese derecho, no lo hace como si fuera propio sino, más bien, cumpliendo con un deber.

En efecto, el fiduciario actúa como propietario porque lo es jurídicamente, pero no ejercita el derecho como si fuera potestativo, ya que hemos descubierto que este derecho se encuentra fundido con un deber y no con el derecho de libertad. por lo que la institución fiduciaria no puede optar entre el ejercicio o no de su derecho de propiedad ya que es de ejercicio obligatorio.

Lo dicho nos lleva a la conclusión de que es necesario ampliar la definición que contiene el Código Civil para el Distrito Federal vigente, en su artículo 830: "El propietario de una cosa puede gozar y disponer de ella con las limitaciones y modalidades que fijen las leyes"; para incluir en este amplio margen de maniobrabilidad normativo también a los fideicomisos.

11. De esta manera, podemos destacar los tres elementos más importantes que comprenden al fideicomiso.
 - a) La transmisión del patrimonio.
 - b) El destino que se da al patrimonio.
 - c) El encargo que debe ejecutarse.

Así como cada una de las tres personas que intervienen en el mismo.

- a) El que hace la transmisión del patrimonio.
- b) El que recibe el encargo de dar cumplimiento al destino del patrimonio.
- c) El que gozará del beneficio.

12. Ahora bien, una de las conclusiones que pudiesen considerarse para el *capítulo cuarto sería la relativa a las actividades vinculadas directamente en los bancos, mismos que podrían recoger algunas de las ideas expuestas en este trabajo para modernizar su operación y adecuar sus actividades a los nuevos retos de la globalización económica. Como característica de esta modernización destacan ciertos puntos que, como hemos anotado, versan sobre la situación actual, ya superada, de obligar a sus clientes a pagar penas convencionales por pagos anticipados. Este trabajo propone permitir que los clientes no conserven en forma ociosa el flujo de efectivo en su tesorería, sino que el marco normativo les brinde apoyo para lograr alcanzar la expansión diseñada en sus proyectos, ya que en la actualidad el crédito se encuentra inmerso en cualquier modelo económico o financiero que una empresa dada pudiera necesitar.*

13. Por consiguiente, una conclusión más se refiere al ambiente genérico de la operación del contrato de fideicomiso en relación con la figura del contrato de apertura de crédito en cuenta corriente materia de esta tesis. Esta figura se puede contemplar en múltiples operaciones comerciales, pudiendo catalogarla como un instrumento jurídico para la realización de dichas operaciones, entre las que destaca el contrato de apertura de crédito para la expedición y uso de tarjetas a personas físicas; o bien, la apertura de una línea de crédito en cuenta corriente (crédito revolvente) que una institución bancaria hace a una empresa corporativa, también llamada triple "A", para proporcionarle liquidez –entre otros beneficios- situación que nos brinda la posibilidad de generar como ramificación de dicha apertura al

perfeccionamiento de un contrato de fideicomiso entendido como una contraprestación accesoria que brinda el banco al cliente como resultado de la preexistencia del contrato de apertura de crédito en cuenta corriente, aún cuando ello sea determinado para evitar cargas económicas adicionales por las ministraciones de recursos ya comprometidos que salgan de la programación cronológica preestablecida en el clausulado de un contrato otorgado para cubrir el monto total de un crédito concedido.

14. Finalmente, se propone modificar el último párrafo del artículo 348 de la Ley General de Títulos y Operaciones de Crédito, el cual establece que es nulo el fideicomiso que se constituye a favor del fiduciario.

La propuesta en comentario sería en el sentido de que la institución fiduciaria pueda ser fideicomisaria en los fideicomisos que tengan por fin servir como instrumento de pago en créditos otorgados por la propia institución para la realización de actividades empresariales.

BIBLIOGRAFÍA

BIBLIOGRAFÍA

- 1.- ACOSTA Romero, Miguel. "Nuevo Derecho Bancario". Sexta edición. Editorial Porrúa S.A., México, 1997 P.p 1263.
- 2.- ACOSTA Romero, Miguel & Almazán Alaniz, Pablo R. "Tratado Teórico Práctico de Fideicomiso". Primera edición. Editorial Porrúa S. A., México, 1997. P.p. 366.
- 3.- ALFARO, Ricardo J. "Adaptación del Trust del Derecho Anglosajón al Derecho Civil". Cursos Monográficos. Tercera edición. Editorial Porrúa S.A., México, 1982 P.p. 215.
- 4.- CERVANTES Ahumada, Raúl. "Títulos y Operaciones de Crédito". Decimocuarta edición. Editorial Herrero, S. A., México, 1988. P.p. 485.
- 5.- CLAVIJERO, Francisco, Javier. "Historia Antigua de México". Tercera edición. Editorial Fondo de Cultura Económica. México, 1981. P.p. 215.
- 6.- DÁVALOS Mejía, Carlos Felipe. "Derecho Bancario y Contratos de Crédito". Segunda edición. Editorial Harla, S.A. de C.V., México, 1992. P.p. 558.
- 7.- DÁVALOS Mejía, Carlos Felipe. "Títulos y Contratos de Crédito Quiebras". Segunda edición. Tomo II. Editorial Harla, S.A. de C.V., México, 1992. P.p. 558.

- 8.- DE PINA Vara, Rafael. "Elementos de Derecho Mercantil Mexicano". Vigésimocuarta edición, Editorial Porrúa, S. A., México, 1994. P.p.535.
- 9.- GARCÍA Máynez, Eduardo. "Introducción a la Lógica Jurídica". Quinta edición. Editorial Colofón, S.A., México, 1997. P.p. 253.
- 10.- GIRALDI, Pedro Mario. "Cuenta Corriente Bancaria y Cheque". Primera edición. Editorial Astrea. Buenos Aires, Argentina, 1979, P.p. 450
- 11.- GUTIÉRREZ Y GONZÁLEZ, Ernesto. "Derecho de las Obligaciones". Décimocuarta edición. Editorial Porrúa, S. A., México, 1997. P.p.1085.
- 12.- HERNÁNDEZ, Octavio A. "Derecho Bancario Mexicano". Primera edición. Editorial A.I.A. México, 1956. P.p. 495.
- 13.- LANGSTON. "Practical Bank Operation". Tomo I. New York, 1921. P.p 256.
- 14.- LOBATO López, Ernesto. "El Crédito en México". Primera edición. Editorial Fondo de Cultura Económica. México, 1945. P.p. 316.
- 15.- MAGALLÓN Ibarra, Jorge. "Instituciones de Derecho Civil". Primera edición. Tomo 1. Editorial Porrúa, S. A., México, 1987. P.p.250

- 16.- MILL, John Stuart. "Principios de Economía Política". Segunda edición Primera reimpresión. Editorial Fondo de Cultura Económica. México, 1996. P.p 896.
- 17.- FRIEDMAN Milton. "Teoría de los Precios". Segunda edición. Primera reimpresión. Editorial Alianza. Madrid, España; 1990. P.p. 431
- 18.- NEVES Batista, Mario. "Do Fideicomisso". Primera edición. Brasil, 1962. P.p.320.
- 19.- PALMA Rogers, Gabriel. "Derecho Comercial". Tomo II. Primera edición. Santiago de Chile, 1941. P.p. 420.
- 20.- RODRÍGUEZ Rodríguez, Joaquín. "Curso de Derecho Mercantil". Séptima edición. Tomo II. Editorial Porrúa, S. A., México, 1997. P.p. 468.
- 21.- SÁNCHEZ Calero, Fernando. "Instituciones de Derecho Mercantil". Décima edición. Editorial Revista de Derecho Privado. Editoras de Derecho Reunidas. Madrid, España, 1984. P.p. 641.
- 22.- VÁSQUEZ DEL MERCADO, Óscar. "Contratos Mercantiles". Séptima edición. Editorial Porrúa, S. A., México, 1997. P.p. 250.

HEMEROGRAFÍA

- 1.- CAPRINO, Severino, "Leggendo un libro sulle fiducie." Revista de Derecho Comercial y Derecho General de las Obligaciones. Nos. 9 y 10, Milano, Italia, Septiembre-Octubre 1995.
- 2.- COOTER, Robert & Freedman, Bradley J. "The Fiduciary Relationship: its Economic Character and Legal Consequences". New York University Law Review, Volumen 66, Número 4, Octubre de 1991. NEW YORK, U.S.A. P.p. 1048.
- 3.- LANDERRECHE, "Naturaleza del Fideicomiso en el Derecho Mexicano". Jus Revista de Derecho y Ciencias Sociales. México.
- 4.- MALAGARRIGA, Juan Carlos. "Sobre la conveniencia de incorporar a nuestra legislación positiva regulaciones sobre los contratos bancarios de apertura de crédito y de descuento". La justicia. Revista Mensual. Tomo XXVI, Número 415. Diciembre de 1967. México, D.F.
- 5.- OJESTO Martínez Porcayo, José Francisco. "Análisis Lógico-Jurídico sobre algunos aspectos del Fideicomiso". Revista de la Facultad de Derecho, Universidad Nacional Autónoma de México. T. XL, Números 169 a 171. México, Enero-Junio, 1990.
- 6.- SARRO, Enrique. "La Deuda Exterior en México" Compilación publicada en la Revista de Hacienda. Volumen IV, números 18 y 20. México, 1939.

7.- SALGADO Castañeda, Hugo, "El Fideicomiso en México". Primera de tres partes. Revista Jurídica del Tribunal Superior de Justicia del Estado de Morelos. Nueva serie 1995. Número 1, México. Enero-Marzo de 1995. Cuernavaca, Morelos, México.

LEGISLACIÓN

- * Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos.
- * Código de Comercio.
- * Código Civil para el Distrito Federal.
- * Ley General de Títulos y Operaciones de Crédito.
- * Ley de Instituciones de Crédito.
- * Ley General de Sociedades Mercantiles.
- * Ley de Sociedades Mutualistas y de Seguros.
- * Ley Federal de Protección al Consumidor.
- * Ley del Impuesto al Activo.
- * Recopilacion de Leyes de Indias Libro IX, Título XXXVI, Ley LVIII. Madrid, 1756.

JURISPRUDENCIA

- 1.- Amparo Directo 4391/69. Banco Hipotecario, Fiduciario y de Ahorros, S.A. 6 de noviembre de 1970. 5 votos. Ponente: Mariano Azuela. Precedente: Sexta Época. Volumen CXXXV, Cuarta Parte, Pág. 77.

- 2.- Amparo Directo 5567/74. Banco Internacional Inmobiliario, S.A. 15 de junio de 1979. Mayoría de 3 votos. Ponente: José Alfonso Abitia Arzápalo. Precedente: Séptima Época. Volumen 121-126. Cuarta Parte, Pág. 43.