

308909

7



UNIVERSIDAD PANAMERICANA
FACULTAD DE DERECHO
CON ESTUDIOS INCORPORADOS A LA UNAM

LA NATURALEZA JURIDICA DE LA FUNCION DEL DELEGADO
FIDUCIARIO

TESIS PROFESIONAL
QUE PARA OBTENER EL TITULO DE LICENCIADO EN DERECHO

PRESENTA

ANA LUISA DIAZ RODRIGUEZ

DIRECTOR DE TESIS: DR. EDUARDO PRECIADO BRISEÑO

MEXICO, D.F.

2002



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.

**LA NATURALEZA JURIDICA DE LA FUNCION
DEL DELEGADO FIDUCIARIO**

**LA NATURALEZA JURIDICA DE LA FUNCION
DEL DELEGADO FIDUCIARIO**

INDICE

	PAGINA
INTRODUCCION	4
I-ANTECEDENTES HISTORICOS DEL FIDEICOMISO	5
A- EL FIDEICOMISO EN ROMA	5
B- EL FIDEICOMISO EN EL DERECHO GERMANICO	8
C- EL TRUST ANGLOAMERICANO	9
D- ANTECEDENTES DEL FIDEICOMISO EN MEXICO	12
II-CONCEPTO DE FIDEICOMISO	14
III-LA RELACION FIDUCIARIA	20
A- ELEMENTOS	20
1- SUJETOS	21
a- FIDEICOMITENTE	21
b- FIDUCIARIO	31
c- FIDEICOMISARIO	55
IV-CASOS ESPECIALES DE FIDEICOMISO	61
V- CLASIFICACION DEL FIDEICOMISO	62
A- EN FUNCION DE LAS PERSONAS	62
B- EN FUNCION DE LA MATERIA	63
C- EN REVOCABLES E IRREVOCABLES	63
D- EN FUNCION DE LOS FINES	64
E- EN FUNCION DE LA FORMA	68

F- EL FIDEICOMISO PUBLICO	69
VI- EL DELEGADO FIDUCIARIO	72
VII-ANALISIS DE DIFERENTES FIGURAS PARA EXPLICAR LA NATURALEZA JURIDICA DE LA FUNCION DEL DELEGADO FIDUCIARIO	75
A- LA REPRESENTACION	76
B- EL PODER	102
C- EL MANDATO	110
D- LA COMISION	125
E- CONTRATO DE PRESTACION DE SERVICIOS PROFESIONALES	135
F- LA GESTION DE NEGOCIOS AJENOS	140
G- ESTIPULACION A FAVOR DE TERCERO	143
VIII-CONCLUSIONES	148
REFERENCIAS BIBLIOGRAFICAS	153

INTRODUCCION

HA SIDO MI INTERES EN DESARROLLAR EL TEMA ELEGIDO, EL HACER UNA APRECIACION EN TORNO A LA FIGURA JURIDICA DEL DELEGADO FIDUCIARIO, POR LA TRASCENDENCIA QUE JUEGA DENTRO DEL CONTRATO DE FIDEICOMISO EN EL AVANCE DE LA ECONOMIA EN NUESTRO PAIS.

LA INTENCION DE ESTE TRABAJO ES HACER UN ANALISIS DE LA NATURALEZA JURIDICA DE LA FUNCION DEL DELEGADO FIDUCIARIO, PARA LO CUAL SE ENFOCA DESDE DIFERENTES ANGULOS, CONTEMPLANDO DIVERSAS FACETAS.

UN ASPECTO ES SU PARTICIPACION DENTRO DEL CONTRATO DEL FIDEICOMISO, PARA LO CUAL SE DESCRIBE A ESTE CONTRATO CON UNA SEMBLANZA HISTORICA, SU CONSTITUCION Y HASTA SU CLASIFICACION.

OTRA FACETA LA REPRESENTA EL PRETENDER DEFINIR LA NATURALEZA JURIDICA DE ESTA FUNCION DEL DELEGADO FIDUCIARIO, PARA LO CUAL SE HACE UN DETALLADO ESTUDIO DE DIFERENTES FIGURAS JURIDICAS CON POSIBILIDAD DE AFINIDAD CON DICHA FUNCION, PRETENDIENDO ESTABLECER EN CUAL DE ELLAS SE LOGRA ENMARCAR EL TEMA DESARROLLADO.

I-ANTECEDENTES HISTORICOS DEL FIDEICOMISO

A-El Fideicomiso en Roma.

Dos instituciones Romanas son el antecedente del fideicomiso actual: La fiducia y los fideicomisos testamentarios.

Como concepto de fiducia se aceptó generalmente a la mancipatio hecha con la obligación del accipiens, quien la recibía, de remancipar. La fiducia romana consistió en un mancipatio o una in jure cessio, que se acompañaba de un pactum fiduciae mediante el cual el accipiens, quien recibía la propiedad del bien transmitido, se obligaba a su vez frente al tradens, a transmitirlo, después de que se realizaran determinados fines, al propio tradens o a una tercera persona.

Existieron dos formas de fiducia: La fiducia cum creditore, que sirvió para garantizar el cumplimiento de determinadas obligaciones, y la fiducia cum amico.

La fiducia cum creditore era una operación, en la que el deudor, para garantizar su adeudo, transmitía determinados bienes a su acreedor, quien los recibía con tal fin y a su vez se obligaba, en virtud del pacto fiduciae, a retransmitirlo al deudor, cuando hubiere pagado su crédito. En caso de que el deudor no cumpliera con su obligación, el acreedor tenía el derecho implícito en el pacto, de retener la cosa para sí o para enajenarla. La propiedad se consolidaba con el acreedor

fiduciario si no se pagaba la deuda fiduciariamente garantizada, aún cuando su valor excediera el importe de la obligación principal y además el acreedor no quedaba obligado a devolver diferencia alguna al deudor, y no como ocurre en el contrato de prenda, que nació después de la fiducia.

La fiducia cum amico, se empleaba para que aquella persona que recibía el bien transmitido, pudiera usarlo y disfrutarlo gratuitamente y en su propio provecho; una vez realizados esos fines, quien había recibido los bienes transmitidos, como consecuencia del pactum fiduciae, los retransmitía al tradens; de esta manera, la fiducia cum amico, se identificaba con el comodato, que era un préstamo gratuito de uso.

En la última etapa del Derecho romano, cuando cayeron en desuso las formas tradicionales de transmitir la propiedad, el empleo de la fiducia se fue sustituyendo por otros contratos reales. No obstante esto, encontramos en esta institución el antecedente más remoto de nuestro fideicomiso.

El fideicomiso testamentario se empleaba cuando un testador quería favorecer a una persona con la cual no tenía la testamenti factio, por lo que no le quedaba mas recurso que rogar a su heredero fuese el ejecutor para dar al incapaz un objeto particular o parte del acervo hereditario. El testador, en su testamento, para establecer esta institución usaba los términos rogo, fideicomitto. Al heredero gravado se le llamo fiduciario y a aquél a quien debía trasmitirle los bienes, fideicomisario.

Al principio, el cumplimiento del fideicomiso quedó a la buena fe y a la conciencia del heredero fiduciario, pero la inejecución de ciertos fideicomisos ocasionó ofensas a la opinión pública y el emperador Augusto los hizo ejecutar a través de los cónsules. Esta medida se fue asimilando en el Derecho romano hasta que por su importancia hubo necesidad de establecer un pretor especial: el pretor fideicommissarius.

Los senadoconsultos Trebeliano y Pegasiano concedieron a los herederos fideicomisarios las situaciones de loco heredis y loco legatarii, respectivamente, para que les transmitieran las acciones hereditarias a título de útiles, y al heredero fiduciario el derecho de retener la cuarta parte del fideicomiso, como lo permitía la Ley Falcidia a los herederos gravados con la entrega de los legados.

En la época de Justiniano, el heredero fideicomisario llegó a adquirir un derecho real, en lugar de un derecho de crédito, teniendo a su favor la rei vindicatio sobre los bienes materia del fideicomiso aún contra los terceros de buena fe, que ejercitaba dicho heredero fideicomisario el día que la restitución debía tener lugar en su beneficio.

Estas instituciones del fideicomiso testamentario, pasaron a los regímenes jurídicos que tomaron sus veces en el derecho romano, donde se les conoció con el nombre de substituciones fideicomisarias. Estas substituciones fideicomisarias llegaron a tener un auge sorprendente, hasta que el código Napoleón las vino a prohibir porque llegaron a vincular grandes riquezas en unas cuantas manos. En el

México independiente, no llegaron a tener vigencia las substituciones fideicomisarias, que expresamente se prohibieron, aún antes de nuestro Código Civil de 1870.

La fiducia romana y los fideicomisos testamentarios constituyen claros antecedentes de nuestro fideicomiso actual.

B) El fideicomiso en el Derecho Germánico.

En el Derecho germánico existen tres instituciones que son antecedentes del fideicomiso: la prenda inmobiliaria, el manusfidelis y el salman o treuhand.

La prenda inmobiliaria constituía un medio por el cual el deudor transmitía a su acreedor, para fines de garantía, un bien inmueble mediante la entrega de una carta venditionis, y al mismo tiempo se obligaba el propio acreedor, con una contracarta, a la restitución del primer documento y del inmueble transmitido, en caso de que el deudor puntualmente cumpliera con su obligación. Esta institución tiene semejanza con la fiducia cum creditore, pero al mismo tiempo se distingue en que la prenda inmobiliaria sólo se extiende a garantías que se establecen sobre bienes inmuebles, como su propio nombre lo indica, así también, en el requisito formal de la entrega de la carta venditionis y de la contracarta que se acompaña a la entrega del inmueble que constituye la garantía.

El manusfidelis se empleaba para contravenir las prohibiciones o limitaciones establecidas en las disposiciones legales para

determinar la calidad de los herederos legítimos. Quien quería realizar una donación inter vivos o post obitum, transmitía la cosa material de la donación a un fiduciario, llamado manusfidelis, mediante una carta venditionis. El manusfidelis inmediatamente después de dicha transmisión, retransmitía al verdadero beneficiario la cosa adquirida, reservando al donante un derecho amplio de goce sobre la cosa donada, para que durante su vida lo disfrutara. El manusfidelis se escogía de entre las personas que formaban parte del clero.

El salman o treuhand es también un antecedente de nuestro fideicomiso. Era la persona intermediaria que realizaba la transmisión de un bien inmueble, del propietario original al adquirente definitivo; desempeñaba el cargo de fiduciario.

C.- El Trust Angloamericano.

"Un trust es una relación fiduciaria con respecto a determinados bienes, por lo cual la persona que los posee (trustee) está obligada en derecho de equidad a manejarlos en beneficio de un tercero (cestui que trust). Este negocio surge como resultado de un acto volitivo expreso de la persona que crea el trust (settlor).¹ En virtud de la relación fiduciaria en el trust, el beneficiario está obligado a depositar su entera confianza en el trustee (fiduciario), por la relación tan

¹ José Manuel Villagordoa Lozano, Doctrina General del Fideicomiso. México: Edit. Porrúa, 2a. edic., 1982. p. 18.

estrecha e íntima que une a ambas partes y porque el segundo tiene gran influencia y control sobre los bienes e intereses del primero.

Con referencia al carácter personal de la relación fiduciaria, el fiduciario está generalmente obligado a no delegar a otra persona su deber de ejecutar y alcanzar el fin que se le encomendó al constituir el trust; con lo que manifiesta que si el trustee fue señalado en virtud de la confianza que se supone entre las partes, tiene la obligación de desempeñar su oficio.

Entre las personas que intervienen en el trust, se encuentran las siguientes:

El settlor o fideicomitente quien es el creador del trust, y como tal es también llamado creator o trustor. Constituido el trust, generalmente desaparece esta persona, a no ser que se reserve el derecho de revocar el trust, alterarlo o enmendarlo, contando o no con el derecho de revocación. "Puede reservarse el de dirigir al trustee en materia de inversiones en todos sus aspectos y el de vigilar los actos que, a su juicio, lo precisen".²

Settlor puede ser la persona que tenga la capacidad de hacer testamento, de contratar, de gozar y ejercitar sus derechos patrimoniales, que pueda disponerlos a su arbitrio.

"El settlor del trust puede válidamente nombrar a cualquiera como trustee, por ejemplo, un niño, un incapaz, un insolvente o un

² Villagordoa, op. cit. p. 20.

extranjero".³ En la actualidad, es muy común que una corporación sea el trustee. En el sentido estricto, el Estado no puede ser trustee porque no puede ser demandado.

El settlor puede constituirse así mismo en beneficiario único o en uno de los asignados para el trust, aunque en algunas entidades federativas de los Estados Unidos no se aceptan los trusts en que el settlor es beneficiario único.

Cestui que trust puede ser cualquiera que sea capaz de tener propiedad para sí; es el beneficiario de un trust.

La capacidad para hacer cestui en un trust privado se finca en las personas que a su vez tengan la capacidad necesaria para adquirir bienes o derechos iguales a los que se fideicomiten en su beneficio. Para constituir un trust de carácter privado debe designarse siempre persona facultada para exigir en equidad la realización del trust en provecho propio; tal persona (beneficiario) debe ser determinada.

En los trusts de carácter público o de beneficencia, los numerosos cestuis serán indeterminados individualmente; basta señalar un grupo de personas a quienes se pretende beneficiar.

"La doctrina anglosajona sostiene que, por definición, no puede haber trust sin bienes específicos que constituyan su objeto. También admite que toda clase de bienes, ya sean muebles o inmuebles,

³ Loc. cit.

legales o de equidad, son susceptibles, salvo prohibición legal expresa, de ser objeto de trust".⁴

D.- Antecedentes del Fideicomiso en México.

El fideicomiso nace a la vida jurídica en México en el año de 1925, cuando se promulga la Ley General de Instituciones de Crédito y Establecimientos Bancarios.

Las Cortes Españolas, por decreto del 27 de septiembre de 1820, suprimieron los mayorazgos, fideicomisos y cualesquiera otra especie de vinculaciones de bienes muebles e inmuebles, los cuales se declararon libres de tales limitaciones y prohibieron que en lo sucesivo se constituyeran ninguna de dichas instituciones ni vinculación alguna sobre cualquier clase de bienes o derechos sin que se vedara directa o indirectamente su enajenación. Esta Ley Española, como vigente en México, por haberse dictado en época en que el país estaba sujeto aún a la legislación española, abolió pues, desde el año de 1820, de nuestro medio legal, el fideicomiso, y los Códigos Civiles, desde el primero de 1870, hasta los actuales, que, siendo ya la nación independiente, sustituyeron en la República a los caducos ordenamientos españoles, han proscrito también las sustituciones fideicomisarias, vestigio del Derecho romano.

Sin embargo, al iniciarse el presente siglo, habíase utilizado para nuestro país una variedad del trust de importancia reconocida en

⁴ Rodolfo Batiza, El Fideicomiso. México: edit. Porrúa, 4a. edic., 1980. p. 59.

el desarrollo económico de los Estados Unidos, o sea, como instrumento de garantía en emisiones de bonos destinados a financiar la construcción de ferrocarriles. El entonces vigente Código Civil de 1884 y la Ley sobre Ferrocarriles de 29 de abril de 1899, permitieron que el trust deed, aún cuando otorgado en el extranjero, pudiera surtir efectos jurídicos conforme a las leyes mexicanas. Considerábase que esta variedad de trust, descompuesta en sus varios elementos, correspondía a los contratos de préstamo, mandato e hipoteca.

Como se mencionó anteriormente, en el Código Civil de 1870 quedaron prohibidas cualesquiera de las substituciones fideicomisarias de tipo romano. Este mismo criterio pasó al Código Civil de 1874. El ordenamiento de 1874 permitió que el testador podría substituir al heredero o herederos instituidos para el caso que murieran antes que él, o de que no pudieran o no quisieran aceptar la herencia, llamada substitución vulgar. Pero prohibió expresamente las substituciones fideicomisarias.

El último Código Civil de 1928, actualmente en vigor prohíbe de un modo expreso todas las substituciones fideicomisarias y cualesquiera otras, dejando en pie la llamada vulgar.

Como en México sólo se encontraba el fideicomiso romano vinculado a disposiciones testamentarias, los legisladores, tuvieron que importar el trust angloamericano, aunque en forma restringida. Así pues, la institución del Fideicomiso no figuró en el sistema de leyes de México sino hasta el año de 1926, cuando aparece por primera vez en la Ley General de Instituciones de Crédito, el fideicomiso de tipo

angloamericano, reglamentado como un mandato irrevocable, aunque ya en la Ley de Instituciones de Crédito de 1924, se hacía referencia a él, sin reglamentarlo. "En realidad, en su calidad de negocio típico, distinto de otros negocios, el fideicomiso aparece en 1932, en la vigente Ley General de Títulos y Operaciones de Crédito";⁵ es bajo la vigencia de esta ley cuando el fideicomiso alcanza gran difusión.

Aunque el antecedente inmediato del fideicomiso nuestro es el trust angloamericano, en realidad el legislador mexicano estructuró de acuerdo con nuestro medio, una institución completamente diversa al trust, es decir, comercializó la operación instituyéndola como exclusivamente bancaria.

II CONCEPTO DEL FIDEICOMISO

"El fideicomiso es un negocio jurídico por medio del cual el fideicomitente constituye un patrimonio autónomo, cuya titularidad se atribuye al fiduciario, para la realización de un fin determinado."⁶

Con respecto a que: "El acto constitutivo del fideicomiso es siempre una declaración unilateral de voluntad", ⁷encontramos que la ley dice que puede construirse por acto intervivos o por testamento, con tal de que conste siempre por escrito y se ajuste a los términos de la legislación común sobre la transmisión de los derechos o la transmisión de propiedad de las cosas que se den en fideicomiso. El fideicomiso se constituirá por la voluntad del fideicomitente.

⁵ Raúl Cervantes Ahumada, Títulos y Operaciones de Crédito. México: edit. Herrero, 14a. edic., 1988. p. 294.

⁶ Ibidem, p. 295.

⁷ Loc. cit.

Uno es el acto unilateral por el que el fideicomitente destina ciertos bienes a un fin lícito determinado, y otro, distinto, el contrato mediante el cual, aquél encomienda la realización de ese fin a una institución fiduciaria, la que acepta ejecutar todos los actos tendientes a su logro.

En ese acto unilateral constitutivo del fideicomiso, el fideicomitente puede abstenerse de designar nominalmente fiduciaria; en tal supuesto, el fideicomisario, o en su defecto el juez de primera instancia de lugar de ubicación de los bienes, serán quienes la designen, y ésta aceptará, en su caso, su ejecución sin que intervenga para la constitución del acto. "Así se explica que el fideicomiso pueda constituirse por testamento."⁸

De esta manera, uno es el acto constitutivo del fideicomiso por el que el fideicomitente afecta unilateralmente ciertos bienes a un fin determinado, y otro, que sigue al primero, el contrato por virtud del cual la institución fiduciaria se obliga a realizar el fin para el que están afecto dichos bienes, a cambio de las compensaciones a que por ello tiene derecho conforme la ley.

Se trata del ensamble de dos negocios, el constitutivo unilateral y el de ejecución de fines contractual.

⁸ Jorge Alfredo Domínguez Martínez, Dos aspectos de la esencia del fideicomiso mexicano. México: edit. Porrúa, 2a. edic., 1996. p. 28.

Cabe descartar desde ahora la posibilidad de que el fideicomisario sea parte en el supuesto contrato que se pretende hacer valer; la participación de aquél en la dinámica de la figura es independiente a su intervención activa en la estructura del acto correspondiente, pues si el fideicomiso puede constituirse sin que el fideicomisario esté determinado, nada impide que éste no intervenga en la estructura del negocio.

La destinación dada en el fideicomiso es independiente al encargo hecho a la institución fiduciaria, si bien es cierto que para la operatividad plena del instrumento jurídico económico que aquél representa, se requiere del encargo del fideicomitente y la aceptación por la fiduciaria de ejecutar los actos con los que los fines propuestos se alcancen.

Esta aceptación del encargo es el consentimiento en el contrato que sigue en orden a la manifestación de voluntad apuntada.

Esa unilateralidad en la constitución del fideicomiso se pone de manifiesto en dos de los supuestos habidos en el contenido del artículo 350 de la ley: el hecho de que si al constituirse el fideicomiso no se designó fiduciaria, ésta será designada por el fideicomisario y en su defecto, por el juez de primera instancia de la ubicación de los bienes fideicomitados, y el que se hubiere dispuesto que si en el acto constitutivo del fideicomiso una fiduciaria no acepta, otra será designada, y si no hay una que acepte, el fideicomiso cesará.

Probablemente, la solución del problema resida en dividir la vida del negocio jurídico de que venimos tratando en dos etapas constitución y ejecución. En la primera etapa, en la constitución de la situación jurídica basta una sola expresión de voluntad: la del fideicomitente jurídicamente capaz y apto para crear esa situación. Otra cosa ocurre en la etapa de realización, en la cual, no pueden producirse las consecuencias jurídicas del acto constitutivo, si no existe una institución fiduciaria que acepte el cargo y lo cumpla.

Por patrimonio autónomo se entiende un patrimonio distinto de otros, y distinto, sobre todo, de los patrimonios propios de quienes intervienen en el fideicomiso. Debe entenderse que se trata de un patrimonio afectado a un fin determinado.

Por titularidad se entiende la cualidad jurídica que determina la entidad del poder de una persona sobre un derecho o pluralidad de derechos dentro de una relación jurídica. El fiduciario es titular, no propietario. El poder del fiduciario sobre el patrimonio fideicomitado estará determinado por el acto constitutivo del fideicomiso, y si no lo estuviere, por la naturaleza del fin a que los bienes fideicomitados se destinan.

Doctrinalmente suele confundírsele con los negocios fiduciarios, pero en virtud de que el negocio fiduciario es un negocio complejo atípico compuesto de dos negocios típicos cuyos efectos son contradictorios: el primer negocio es real, realizado efectivamente por las partes, y el segundo negocio que destruye entre las partes los efectos del primero, es un negocio oculto que sólo tiene eficacia interna entre las partes, se distingue de lo anterior el fideicomiso en

que es un negocio único, no compuesto de dos negocios, y cuyos efectos derivan de un acto constitutivo o de la ley, y no de relaciones internas o secretas. El trust angloamericano sí es un negocio fiduciario. Y una de las diferencias entre el fideicomiso y el trust es que nuestro fideicomiso ha dejado la categoría de negocio fiduciario, para convertirse en un negocio legal típico. El negocio fiduciario, como el *pactum fiduciae*, puede ser celebrado por particulares, y entre ellos surtirá sus efectos; al negocio fiduciario que los particulares suelen celebrar se le ha llamado impropriamente fideicomiso irregular.

Frente a esta opinión existen varios autores que no aceptan esta unidad del negocio, o si la aceptan encuentran la esencia del negocio únicamente en la relación obligatoria.

Sin embargo, el fideicomiso tiene con el negocio fiduciario una diferencia radical de estructura: el fideicomiso es un acto jurídico reglamentado por el derecho positivo, un vínculo único con validez y eficacia idénticas entre las partes y frente a terceros.

Con respecto a la postura de que el fideicomiso es un acto unilateral, se pretende fundamentar en el artículo 352 de la Ley, que en su párrafo primero prescribe que el fideicomiso puede ser constituido por acto entre vivos o por testamentos. Sin embargo, cuando la fuente de un precepto legal puede identificarse, la especulación doctrinaria puede desorientar. En este precepto, con influencia preponderante del Proyecto Alfaro, se buscó el espíritu del proyecto, a lo que Alfaro consideraba como un contrato tripartito cuya consumación depende del consentimiento que a su debido tiempo deba dar cada una de las partes; agregaba el autor que si la característica esencial de los

contratos es producir entre las partes derechos y obligaciones recíprocas, esa característica no falta en el fideicomiso constituido, en el cual surgen tales derechos y obligaciones entre el fiduciario y el fideicomisario o el fideicomitente o ambos. Reconocía, sin embargo, que se trata de un convenio sui generis que tiene diferencias con la mayoría de los contratos sinalagmáticos.

"La pretendida naturaleza de acto unilateral que se quiere dar al fideicomiso carece de base jurídica y la declaración correspondiente no pasa de ser una simple oferta o policitud, que puede tener carácter de irrevocable, modalidad que no altera en forma radical los principios de derecho común en la materia".⁹

La naturaleza contractual del fideicomiso mexicano, incluso su categoría dentro del género como un contrato bilateral, sinalagmático perfecto, se confirma por la existencia de la condición resolutoria tácita. Sólo en los contratos bilaterales opera la condición resolutoria tácita por virtud de la cual si uno de los contratantes falta a su propia obligación, puede el otro pedir la resolución del contrato o el constreñimiento a su cumplimiento. La exceptio non adimpleti contractus que da derecho a cada contratante a rehusar su propia prestación si el otro la reclama sin haber cumplido la suya, sólo es aplicable a esta clase de contratos.

El legislador reconoció indirectamente la naturaleza contractual del fideicomiso ya que, en la Exposición de Motivos de la ley, a las operaciones de crédito, dentro de las cuales está reglamentado el

⁹ Batiza, op. cit. p. 135.

fideicomiso, señala que no es sólo una necesidad analítica la que ha hecho incluir en la nueva ley diversas formas contractuales, y que no se limitan, las formas particulares de contratación.

En México, el fideicomiso fue adoptado en la legislación bancaria y en la de títulos y operaciones de crédito, no en el Código Civil, convirtiéndose así, en un acto de comercio. Se ha sostenido incluso que es un acto absolutamente mercantil. "Sin embargo, esta posición es infundada a falta de una declaración expresa del legislador, puesto que la categoría de actos absolutamente mercantiles es más doctrinaria que legal; es indudable que el fideicomiso con frecuencia reviste el carácter de acto mixto: civil (susceptible inclusive de ser también administrativo o laboral) para el fideicomitente y mercantil para el fiduciario, habida cuenta de su calidad de institución bancaria".¹⁰

III LA RELACION FIDUCIARIA

A-Elementos.

De igual manera que en el trust, las partes integrantes de la relación son tres: settlor, trustee y cestui que trust o beneficiary, así también el fideicomiso intervienen el fideicomitente, el fiduciario y el fideicomisario o beneficiario. Sin embargo, algunos autores observan que es habitual pensar que tres personas figuran en el trust; pero considerando que el settlor puede declararse trustee a sí mismo, settlor y trustee son una misma persona, y que el trustee único puede ser uno entre varios beneficiarios, igual que uno de varios trustees

¹⁰ Ibidem, p. 139.

mancomunados puede ser único beneficiario, por lo que el trust es susceptible de existir con sólo dos partes; sin embargo, afirman que sería más correcto que en el trust hay tres categorías que llenan tres diferentes personas; pero que como pueden coincidir dos categorías en una sola persona, bastan dos para la existencia del trust, aunque subsistiendo la trilogía.

Sostenía Alfaro que las partes en el fideicomiso son tres.

No todas las situaciones que permite el derecho angloamericano son legalmente posibles conforme a nuestro sistema, aún cuando sí lo sea, en forma expresa, la pluralidad de fiduciarios y de fideicomisarios; por otra parte, aunque la ley sea omisa, no hay objeción legal contra una pluralidad de fideicomitentes. También puede confundirse en la misma persona las calidades del fideicomitente y fideicomisario, y puede haber fideicomisos sin beneficiario, pero siempre debe haber fideicomitente.

1-Sujetos.

a) FIDEICOMITENTE

Es la persona que constituye el fideicomiso y destina los bienes o derechos necesarios para el cumplimiento de sus fines, transmitiendo su titularidad al fiduciario.

Fideicomitentes son las personas físicas o jurídicas que tengan la capacidad necesaria para hacer la afectación de bienes que

el fideicomiso implica, y las autoridades judiciales o administrativas competentes, cuando se trate de bienes cuya guarda, conservación, administración, liquidación, reparto o enajenación corresponda a dichas autoridades o a las personas que éstas designen.

Pueden ser fideicomitentes las personas físicas o las personas jurídicas que tengan el requisito que señala la Ley General de Títulos y Operaciones de Crédito en su artículo 349: tener la capacidad necesaria para la afectación de bienes, es decir que tenga la capacidad de ejercicio suficiente para celebrar el contrato; de igual manera, es necesario ser titular de los bienes o de los derechos sobre los cuales se va a realizar la afectación del fideicomiso para poder realizar la transmisión de los bienes o derechos fideicomitidos al fiduciario.

De acuerdo con el artículo señalado, también las autoridades administrativas pueden ser fideicomitentes; esto es con el fin de que puedan cumplir mejor con el cargo que se les ha conferido para la conservación, administración, liquidación, reparto o enajenación de determinados bienes, pues en determinadas circunstancias esas autoridades no cuentan con medios adecuados para realizar directamente los fines que se les han encomendado.

a') Derechos y facultades del fideicomitente

.)Señalar los fines del fideicomiso.

.) Reserva de derechos. En nuestro derecho, las leyes de 1926, que en este punto seguían al Proyecto Alfaro, no preveían la posibilidad de que el fideicomitente se reservara derechos al crear el fideicomiso. La ley bancaria de 1932 permitía que el fideicomitente se reservara derechos al crear el fideicomiso, derecho que consistía en la acción para pedir cuentas y exigir responsabilidad de la institución fiduciaria (Art.95 frac. III), precepto que pasó, con un cambio, a la ley bancaria en vigor. La ley sustantiva, aludiendo a los bienes fideicomitidos, establece que sólo podrán ejercitarse respecto a ellos los derechos y acciones que se refieran al fin a que se destinen, y hace la salvedad de los derechos que expresamente se reserva el fideicomitente o los que para él deriven del fideicomiso (Art. 351, párrafo segundo).

.) Designar fideicomisario.

.) Designación de varios fideicomisarios. El Proyecto Alfaro contenía disposición expresa en el sentido de que el fideicomitente podía nombrar dos o más fideicomisarios y le permitía darles los sustitutos que quisiera en caso de impedimento o negativa para aceptar el fideicomiso, o de fallecimiento, habiéndolo aceptado. Decía su autor, que el primero demuestra que se admite exclusivamente la sustitución vulgar, pero no así la fideicomisaria; que al contemplar el caso de que el fideicomisario no pueda aceptar, comprende la incapacidad física y legal.

Nuestras leyes de 1926 reconocían este derecho del fideicomitente en forma implícita (Art.20). La ley sustantiva en vigor prescribe que el fideicomitente puede designar varios fideicomisarios

para que reciban simultánea o sucesivamente el provecho del fideicomiso, pero prohíbe que la sustitución sea por muerte del anterior, salvo el caso que se realice a favor de personas que estén vivas o concebidas a la muerte del fideicomitente (Art. 348 y 359).

.)Designar fiduciario.

.) Designación de varios fiduciarios. El proyecto Alfaro autorizaba al fideicomitente para nombrar no sólo uno sino dos o más fiduciarios y darles uno o más sustitutos para reemplazarle en caso de que no quisiera o pudiera ejecutar el encargo, o en caso de muerte, incapacidad o imposibilidad sobreviniente, pudiendo al fideicomitente encomendar la designación de sustituto a un tercero o al mismo fiduciario. Su autor indica que estos preceptos tienden a facilitar la sustitución del fiduciario a fin de evitar que ocurra su falta.

Por cuanto a nuestro derecho, las leyes de 1926 carecían de precepto equivalente. La ley sustantiva permite al fideicomitente designar varias instituciones fiduciarias para que conjunta o sucesivamente desempeñen el fideicomiso, estableciendo el orden y las condiciones en que hayan de sustituirse. (Art. 350) .

.) Supervisión de fideicomisos. Ni el proyecto Alfaro, ni las diversas leyes que nos han regido, conceden este derecho de manera expresa. Conforme a nuestra legislación actual, no hay duda de que es uno de aquellos que puede reservarse el fideicomitente al constituir el fideicomiso; además, resulta implícitamente a su favor cuando se ha reservado el derecho de requerir del fiduciario la rendición de cuentas,

el de exigirle responsabilidad y el de pedir su remoción (Art. 138 de la Ley Bancaria).

.) Requerimiento de cuentas. Fue la ley bancaria de 1932 la primera que previó la posibilidad de que el fideicomitente se reservara tal derecho. La ley bancaria en vigor establece que la acción para pedir cuentas podrá reservársela el fideicomitente en el acto constitutivo del fideicomiso o en las modificaciones del mismo (Art. 138).

.) Exigir la contraprestación al fideicomisario en los fideicomisos onerosos.

.) Exigir de la contraparte el cumplimiento o la rescisión del fideicomiso con el resarcimiento de daños y perjuicios causados en caso de incumplimiento.

.) Remoción del fiduciario. Siguiendo a la ley bancaria de 1932, la vigente dispone que cuando la institución fiduciaria, al ser requerida, no rinda las cuentas de su gestión dentro de un plazo de 15 días, o cuando sea declarada por sentencia ejecutoria, culpable de las pérdidas o menoscabos que sufran los bienes dados en fideicomiso, o responsable de estas pérdidas o menoscabos por negligencia grave, procederá su remoción (Art.138). El fideicomitente puede reservarse en el acto constitutivo del fideicomiso o en sus modificaciones, el derecho para ejercitar esta acción (mismo Art.).

.) Quiebra. Dentro de nuestro sistema, no obstante, la limitación en el ejercicio de derechos que acarrea la declaración de

quiebra reviste tal naturaleza, que la remoción del fiduciario en ese caso resulta inevitable.

.) Transmisión de derechos. Conforme al proyecto Alfaro, cuando el fideicomiso se constituye por tiempo fijo o para fines determinados se deben cumplirse no obstante la muerte de un fideicomisario, o la del fideicomitente, los derechos de uno u otro se transmiten a sus herederos. Decía su autor que contempla no sólo los fideicomisos que tienen por causa alguna obligación del constituyente, sino también aquellos creados por pura liberalidad.

Por lo que se refiere a nuestro Derecho, las diversas leyes especiales, derogadas y en vigor, carecen de una disposición que en forma expresa establezca que los derechos del fideicomitente (los que se reserve o los que para él deriven del fideicomiso) se transmiten a sus herederos. Sin embargo, es incuestionable que si los derechos no son de aquellos que se extinguen por la muerte, pasan a sus herederos en los términos del Art. 1281 del Código Civil. Debe también plantearse la hipótesis de la transmisión por acto del fideicomitente; al respecto se estima que es aplicable la norma del derecho común en el sentido de que el acreedor puede ceder su derecho a un tercero sin el consentimiento del deudor, a menos que la cesión esté prohibida por la ley, se haya convenido en no hacerla o no la permita la naturaleza del derecho (Art. 2030, Código Civil).

.) Separación en la quiebra. Dispone la Ley de Quiebras y Suspensión de pagos, que las mercancías, títulos, valores o cualesquiera especie de bienes existentes en la masa de quiebra y

sean identificables, cuya propiedad no se hubiere transferido al quebrado por título legal definitivo o irrevocable, podrán ser separados por sus legítimos titulares, mediante la acción que corresponda ante el juez de la quiebra (Art.158). En consecuencia, podrán separarse de la masa los bienes por concepto de fideicomiso (Art. 159).

La ley no aclara a quién corresponde el derecho de separación de los bienes fideicometidos. La razón de ser del derecho de separación, en el fondo obedece a que la transferencia que hace el fideicomitente es para el propósito de realizar un fin que la quiebra del fiduciario vuelve imposible. Se trata de un causal de extinción del fideicomiso que produce la reversión de los bienes al patrimonio del fideicomitente, de ahí que sea éste, de preferencia al fideicomisario, a quien deba corresponder el ejercicio de la acción respectiva.

.) Novación del fideicomiso. En nuestro derecho no hay ninguna disposición legal que en forma expresa autorice la posibilidad, pero podría ser materia de reserva del fideicomitente; el régimen de libertad contractual, por si mismo, permite la modificación o la novación del fideicomiso otorgado por acto entre vivos, si con ello no se infringen ni estipulaciones o lesionan los derechos de los beneficiarios.

.) Revocación. El proyecto Alfaro admitía implícitamente este derecho hasta antes de la aceptación del encargo por el fiduciario, pero una vez aceptado, el fideicomiso volvíase irrevocable.

Según el Proyecto Vera Estañol, el fideicomiso terminaría en los casos de revocación y en los previstos en el acto constitutivo del

fideicomiso, y la condicionaba a la conformidad de todos los que lo hubieren constituido o de sus causahabientes, necesitándose además, la conformidad del beneficiario si éste ya hubiere aceptado el fideicomiso.

La ley sustantiva en vigor dispone que el fideicomiso se extingue por revocación hecha por el fideicomitente cuando éste se haya reservado ese derecho al constituir el fideicomiso (Art.357), sin imponer ninguna otra condición.

.) Terminación por convenio. El Proyecto Alfaro admitía como causas de extinción del fideicomiso el convenio expreso y personal de las partes. Dice su autor que pudiendo el fideicomiso constituirse para tan variados fines por acto entre vivos, y reconocido el principio de la libre contratación, es natural que se deje a las partes la facultad de terminar el fideicomiso por acto de su voluntad.

Inspiradas en el Proyecto Alfaro, las leyes de 1926 disponían que el fideicomiso se extingue por convenio expreso del fideicomitente y del fideicomisario.

La ley sustantiva en vigor establece esta causal de terminación: el fideicomiso se extingue por convenio expreso entre el fideicomitente y el fideicomisario. (Art.357).

.) Reversión de los bienes. El Proyecto Alfaro disponía que extinguido el fideicomiso, el fiduciario está obligado a restituir al fideicomitente los bienes cuyo domino no hubiere enajenado conforme

al encargo, salvo los casos de destrucción de la cosa o de resolución del derecho del fideicomitente sobre la misma.

En nuestro derecho, las leyes de 1926 prescribían que, extinguido el fideicomiso, el banco daría a los bienes fideicometidos existentes, lo mismo que a cualquiera otros valores correspondientes al fideicomiso, la aplicación que se hubiere ordenado en el respectivo título constitutivo y, a falta de esta disposición, los devolvería al fideicomitente o a su representante.

La ley sustantiva en vigor, siguiendo el mismo principio, establece que extinguido el fideicomiso, los bienes a él destinados que queden en poder de la institución fiduciaria serán devueltos por ella a el fideicomitente o a sus herederos (Art.358).

b') Obligaciones del fideicomitente

.) Pago de honorarios y gastos al fiduciario.

El Proyecto Alfaro disponía que todo fideicomiso se entendía remunerado, pero sin aclarar a quien correspondía el pago de honorarios.

En cuanto a nuestro derecho, las leyes de 1926 nada indicaban al respecto. El Proyecto Vera Estañol, en cambio, disponía que la compañía fideicomisaria podría renunciar al fideicomiso cuando el que lo hubiera constituido o sus causahabientes, o el beneficiario, en su caso, se negaren a pagar las compensaciones estipuladas a favor del

fideicomisario. La ley bancaria de 1932, influida por este proyecto, estableció la obligación del fideicomitente de pagar las compensaciones estipuladas a favor de la institución fiduciaria, que subsidiariamente quedaba a cargo de sus causahabientes o del beneficiario, y también la incluía entre las causas de renuncia del fiduciario al desempeño del fideicomiso.

La ley bancaria actual establece que sólo se estimarán como causas graves para admitir la renuncia de la institución fiduciaria al desempeño de su cargo en un fideicomiso el hecho de que el fideicomitente, sus causahabientes o el fideicomisario, se nieguen a pagar las compensaciones estipuladas a su favor, (Art. 137).

"El fideicomitente está obligado a reembolsar los gastos hechos por el fiduciario en la administración del fideicomiso."¹¹

.) Saneamiento para el caso de evicción. El hecho de que el fideicomiso implique un acto traslativo de dominio, obliga al fideicomitente a responder del saneamiento para el caso de evicción, muy especialmente, en el fideicomiso de garantía. También es de importancia la clasificación del fideicomiso en oneroso y gratuito, ya que en éste, el fideicomitente sólo sería responsable de la evicción de la cosa si expresamente se hubiera obligado a prestarla.

.) Transmitir al fiduciario los bienes y derechos materia del fideicomiso y el cumplimiento de las obligaciones recíprocas de los derechos que se reserve. La principal obligación a cargo del

¹¹Ibid., p. 312

fideicomitente consiste en transmitir al fiduciario los bienes y derechos que son materia del fideicomiso. Esta obligación la fundamos en el Art. 346 de la Ley General de Títulos y Operaciones de Crédito.

"Así mismo, el fideicomitente está obligado al cumplimiento de las obligaciones recíprocas de los derechos que se reserve." ¹²

b- EL FIDUCIARIO

El fiduciario es la persona a quien se encomienda la realización del fin establecido en el acto constitutivo del fideicomiso y a quien se atribuye la titularidad de los bienes fideicomitados; "Debe ser un banco debidamente autorizado para actuar como fiduciario." ¹³

Es la persona que tiene la titularidad de los bienes o derechos fideicomitados y que se encarga de la realización de los fines del fideicomiso, los que llevará a efecto por medio del ejercicio obligatorio de los derechos que le ha transmitido el fideicomitente.

Tiene el fiduciario el deber de desempeñar su cargo de buena fe, como buen padre de familia; no podrá usar los bienes en su propio provecho; sus percepciones se reducirán a los honorarios y a las comisiones que se establezcan en el acto constitutivo o que se pacten posteriormente. Sólo responderá de su gestión y no podrá asumir obligación directa sobre sus resultados.

¹² Villagordoa, op. cit. p. 164.

¹³ Cervantes, op. cit. p.292

El fiduciario deberá mantener separado el patrimonio de cada fideicomiso y deberá rendir cuentas al fideicomisario y al fideicomitente, si este se reservó el derecho de exigirlos, o si tal derecho resulta de las características concretas del fideicomiso.

El fiduciario es designado ordinariamente por el fideicomitente, y puede designar a varios para que se sustituyan unos por renuncia de los otros, o para que obren conjuntamente, si no se designa al fiduciario en el acto constitutivo del fideicomiso, podrá ser designado por el juez de primera instancia del lugar de ubicación de los bienes fideicomitados.

El fiduciario es elemento esencial para la ejecución del fideicomiso, y si no fuere posible designar fiduciario, el fideicomiso se terminará.

Sólo por causa grave que el juez calificará podrá renunciar el fiduciario a su cargo.

"En estas condiciones, dos son los sujetos que intervienen en la estructura de un negocio fiduciario: el fiduciante, titular de la cosa o derecho por enajenar y el fiduciario, adquirente de los mismos, pero a la vez obligado a cumplir con la prestación a su cargo, también materia del negocio respectivo".¹⁴

¹⁴ Jorge Alfredo Domínguez Martínez, *El fideicomiso ante la Teoría General del negocio jurídico*. México: edit. Porrúa, 3a. edic., p. 170.

La doctrina en general coincide en afirmar que la estructura del negocio fiduciario está compuesta por dos diversas relaciones, una de naturaleza real y externa representada por la enajenación efectuada del fiduciante al fiduciario, y otra de carácter obligacional e interno, o sea, el compromiso adquirido por éste ante aquél, que destinar los bienes que les fueron transmitidos para la realización de un fin específico.

La estructura del negocio fiduciario hace derivar la presencia de una relación jurídica de carácter real, que es la transmisión de dominio por el fiduciante al fiduciario, la cual al presentarse como una plena transmisión de propiedad, se exterioriza frente a terceros; pero además, la relación va acompañada de una segunda relación cuyo carácter es obligatorio, conocida como inter partes, que trae aparejada la obligación adquirida por el fiduciario de afectar los bienes o derechos que le fueron enajenados, mediante su destino al fin previsto de la celebración del mismo.

Ambas guardan entre ellas una situación de interdependencia a grado tal que la primera sin la segunda solo implicaría la celebración de cualquier figura negocial típica traslativa de la propiedad en cuanto a sus consecuencias se refiere, y la segunda sin aquella no puede tener lugar, por encontrarse condicionada a la propia traslación materia de la primera.

Aisladamente, ninguna de las relaciones existe en forma autónoma, sino que está subordinada a la otra; la relación de carácter real tiene que acompañarse de la persona que la limita. La fides es el

punto que une el lado real con el lado obligatorio, armonizándolos en lo posible dentro de la superior unidad del negocio. "El negocio fiduciario es así un negocio real obligatorio."¹⁵

La obligación que adquiere el fiduciario para con el fiduciante ha creado en la doctrina criterios opuestos respecto de la naturaleza jurídica del derecho real del que es titular aquél, en relación con los bienes o derechos transmitidos a consecuencia de la celebración respectiva.

Para algunos autores, el fiduciario tiene un dominio limitado sobre la cosa, y no obstante ser dueño de ella, lo es, pero dueño fiduciario, ya que su dominio está restringido en función a la finalidad que debe cumplir.

Algunos otros tratadistas consideran que la transmisión de propiedad efectuada a consecuencia del negocio fiduciario es en toda su plenitud, pues el adquirente se convierte en propietario de la cosa transmitida, eliminándola el fiduciante de su patrimonio; además, la enajenación efectuada es erga omnes, lo cual confirma la plenitud de la transmisión. No existiendo una propiedad externa y otra interna, la propiedad como tal es válida frente a todos: el que es propietario lo es erga omnes y no cabe que lo sea sólo por determinadas personas. El fiduciario es propietario.

Consecuentemente, no obstante la obligación personal adquirida por el fiduciario en el sentido de destinar los bienes y

¹⁵ Ibidem, p. 171.

derechos de los que ya es propietario a una finalidad específica, cuya fuente es la voluntad del fiduciante, estamos efectivamente ante una plena transmisión de propiedad de la que son objetos los bienes correspondientes, por no haber razón jurídica alguna que lo limite; por ende, el incumplimiento de esa obligación dará lugar al pago de los daños y perjuicios causados."¹⁶

Algunos otros autores consideran que de la propia ley de títulos y operaciones de crédito deriva la titularidad de la fiduciaria en relación con el patrimonio que constituyen los bienes fideicometidos; al señalar la ley que sobre los bienes fideicomitidos se pueden ejercitar los derechos y acciones que se refieran al fin del fideicomiso, confiere facultades en favor de un sujeto y éste es precisamente la fiduciaria, cuando la ley establece que la institución fiduciaria tendrá todos los derechos y acciones que se requieran para el cumplimiento del fideicomiso. Por ende, el fiduciario tiene la titularidad de los bienes objeto del fideicomiso. El contenido de la titularidad equivale a las facultades establecidas en una relación jurídica en favor del sujeto activo de la misma. En ese mismo orden de ideas, hablar de titularidad no implica hablar de propiedad necesariamente ni de ningún otro derecho real. Del sentido que debe tomarse en concepto titularidad es el de atribución a una persona cualquiera, del carácter del sujeto activo en la relación que implica todo derecho.

Por otra parte, no hay precepto alguno en la ley de títulos y operaciones de crédito que establezca la transmisión de propiedad del

¹⁶ Ibidem, p. 173.

fideicomitente a la fiduciaria respecto de los bienes que sean objeto de un fideicomiso.

La ley de títulos y operaciones de crédito no solo no se refiere a la transmisión de propiedad observada, sino por el contrario, tiene preceptos de los que se desprende que no hay tal transmisión, como lo es el hecho de permitir al fideicomitente reservarse ciertos derechos respecto de los bienes fideicomitados; así también lo es el hecho de que extinguido el fideicomiso, la fiduciaria devolverá (no retransmitirá) al fideicomitente los bienes que estuvieron en su poder.

Además, por otra parte, a lo que sí se refiere continuamente la ley de títulos y operaciones de crédito es a una afectación o destino de bienes, o en su caso a bienes afectados o destinados.

El significado que debe dársele a afectación o a afectos, es precisamente el de destino, pero se trata de un destino que además de estar permitido está protegido y sancionado por la ley, de allí que en relación con los bienes fideicomitados sólo podrán ejercitarse los derechos y acciones que se refieran al final que fueron destinados. Consecuencia de lo anterior es que referirse a que los bienes fideicomitados estén afectados, tiene idéntico significado a que dichos bienes estén destinados.

Por lo anterior, no es que el fideicomitente transmita los bienes a la fiduciaria, por el contrario, el fideicomitente, como propietario de los bienes fideicomitados, conserva la propiedad sobre los mismos con la salvedad de que con apoyo en los ordenamientos legales aplicables,

les ha dado un destino tendiente a la realización de los fines dispuestos por el mismo propietario, y que además, la propia ley protege de tal forma que no podrán ser objeto de actos distintos a los relacionados con la consecución de dichos fines.

Por lo expuesto, bien se puede concluir que si ciertamente la institución fiduciaria es la titular de los bienes fideicometidos, estos continúan siendo propiedad del fideicomitente, con la característica, de que por la constitución del fideicomiso dichos bienes quedan destinado a la realización de un fin lícito y determinado, que la propia ley protege al establecer que sólo podrán ejercitarse respecto a ellos los derechos y acciones que se refieran a este fin; de ello se excluye la posibilidad que se realice cualquier acto jurídico cuyo objeto sean esos bienes y que tengan fines extraños a los dispuestos por el propio fideicomiso.

Personas que pueden ser fiduciarias:

De acuerdo con la Ley de Instituciones de Crédito, sólo pueden ser fiduciarias las Instituciones de Crédito, las que comprenden Instituciones de Banca Múltiple e Instituciones de Banca de Desarrollo. El artículo 46 de la Ley establece en su fracción XV la de practicar las operaciones de fideicomiso a que se refiere la Ley General de Títulos y Operaciones de Crédito, y llevar a cabo mandatos y comisiones (según especifica en su artículo 350).

Como excepciones a este principio tenemos que también pueden actuar como fiduciarias:

El Patronato del Ahorro Nacional (fr.XIII, Artículo 5 de su Ley Orgánica).

Las Instituciones de Seguros, como fiduciarias en fideicomisos de administración en que se afecten recursos relacionados con el pago de primas por los contratos de seguro.(Artículo 34, fracción IV de la Ley general de Instituciones y Sociedades Mutualistas de Seguros).

Las Instituciones de Fianzas, como fiduciarias en el caso de fideicomiso de garantía en el que se afecten recursos relacionados con las pólizas de fianzas. (Artículo 16, fracción XV de la Ley Federal de Instituciones de Fianzas).

Las Casas de Bolsa, como fiduciarias en negocios directamente vinculados con las actividades que le son propios, a lo que la Comisión Nacional de Valores oyendo la opinión de Banco de México, podrán ordenar la suspensión de las operaciones que infrinjan las disposiciones a que se refiere esta fracción. (Artículo 22, capítulo III, fracción IV de la Ley del Mercado de Valores).

El Banco de México, como fiduciario cuando por ley se le asigna esa encomienda o bien, tratándose en fideicomisos cuyos fines coadyuven al desempeño de sus funciones o de los que el propio Banco constituya para cumplir obligaciones laborales a su cargo (Artículo 7 de la Ley del Banco de México, fracción XI).

REGLAS PARA EL DESEMPEÑO DEL FIDUCIARIO:

El fiduciario debe adquirir el dominio de los bienes en los que se constituye el fideicomiso y se convierte en el titular de un derecho de dominio con las limitaciones fijadas en el acta constitutiva, aunque el fiduciario como dueño, puede disponer de dichos bienes.

Las obligaciones del fiduciario son "de hacer".

El desempeño del cargo del fiduciario es obligatorio. Pero el fiduciario atiende al desempeño del fideicomiso por medio de uno o mas funcionarios llamados DELEGADOS FIDUCIARIOS, de cuyos actos responde directa e ilimitadamente la institución, sin perjuicio de las responsabilidades civiles y penales en que pueda haber incurrido el DELEGADO.

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

Para precisar los derechos y las obligaciones del fiduciario se pueden tomar en cuenta dos aspectos:

.) La naturaleza jurídica de bienes y derechos, material sobre los que se constituye el fideicomiso.

.) Los fines que se persiguen con dicha operación.

Para reducir la complejidad de los fines del fideicomiso se establece el Comité Técnico en el acto constitutivo del fideicomiso o en sus reformas.

Este Comité Técnico tomará las decisiones correspondientes a la inversión y administración del patrimonio fideicomitado.(Artículo 80 de la Ley de Instituciones de Crédito).

Por lo anterior, cuando el fiduciario actúa sujetándose a las decisiones tomadas por el Comité Técnico, quedará libre de toda responsabilidad.

a') Obligación del fiduciario respecto al objeto.

.) Control y conservación de los bienes.

Aún a falta de precepto expreso, en fideicomisos constituidos por acto entre vivos y cuyo objeto consiste en cosas corpóreas, el fiduciario recibe bienes que debe conservar y mantener en forma segura, tampoco tiene obligación expresa de formar inventario, pero en la práctica el acto constitutivo con frecuencia contiene una lista sobre todo tratándose de valores, que hace así las veces de inventario.

.) Registros Contables

El artículo 45 de la ley bancaria prescribe en su fracción III que las instituciones fiduciarias registrarán en su contabilidad y en contabilidades especiales que deben abrir por cada contrato de

fideicomiso, mandato, comisión, administración o custodia, el dinero y demás bienes, valores o derechos que se les confíen, así como los incrementos o disminuciones, por los productos o gastos, debiendo coincidir, invariablemente, los saldos de las cuentas controladas de la contabilidad de las instituciones, con los de las contabilidades especiales.

.) Separación e identificación de los bienes.

Se menciona que la ley bancaria impone a las instituciones la obligación de abrir una contabilidad especial para cada contrato de fideicomiso. En términos generales, es innegable la conveniencia del principio de la separación contable de los fideicomisos.

.) Cuidado y pericia.

Salvo el principio demasiado general del "buen padre de familia", falta en la ley sustantiva criterios concretos para establecer si el fiduciario no ha procedido como tal en una situación determinada. Queda a la apreciación judicial decidir sobre la culpabilidad del fiduciario.

.) Productividad e inversiones.

La obligación del fiduciario de hacer productivos los bienes dados en fideicomiso no fue prevista en la legislación especial. Por lo que se refiere a inversiones, la ley bancaria en su artículo 45, fracción VI, menciona que en toda clase de operaciones que impliquen adquisición o sustitución de bienes o derechos, o inversión de dinero o fondos líquidos, deberá la institución fiduciaria ajustarse estrictamente a las instrucciones del fideicomitente, comitente o mandante. Cuando las instrucciones del fideicomiso, mandato o comisión no fuesen suficientemente precisas o cuando se hubiera dejado la determinación de la inversión a la discreción de la institución fiduciaria, aquella se realizará necesariamente, en los valores que determine el banco de México, debiendo procederse a la inversión en el menor plazo posible, y a la notificación y al registro.

.) Pago de impuestos.

Teniendo el fiduciario el dominio limitado sobre los bienes en fideicomiso, parecería indudable que está obligado a cubrir los impuestos que los mismos causen durante la existencia de la relación jurídica. Sin embargo, con referencia al impuesto predial, la ley de hacienda del Distrito Federal dispone que son sujetos de deuda propia y con responsabilidad directa, del impuesto predial: los fideicomitentes mientras son poseedores del predio objeto del fideicomiso o los fideicomisarios que estén en posesión del predio, aún cuando todavía no se les transmita la propiedad. Esto se cita en el artículo 32 fracción III de la ley mencionada.

De la disposición anterior se desprende que sólo en el caso de que el fiduciario estuviera en posesión del predio, con exclusión del fideicomitente y del fideicomisario, estaría obligado a pagar el impuesto.

.) Acciones judiciales.

La obligación del fiduciario de promover y defender acciones judiciales, no previstas en la legislación sustantiva y bancaria, debe, no obstante, considerarse existente desde el momento en que se trasmite el dominio de los bienes.

.) Voto de acciones, se trata de determinar si existe obligación para el fiduciario de ejercer el derecho de voto de las acciones de sociedad dadas en fideicomiso. "Dicha obligación debe estimarse existente por el motivo ya expresado, o sea, por la transmisión del dominio a su favor".¹⁷

b') Obligaciones del fiduciario respecto a las partes.

.) Ajustarse a las instrucciones.

De acuerdo con el artículo 356 de la ley sustantiva, la institución fiduciaria estará obligada a cumplir dicho fideicomiso conforme al acto constitutivo. A su vez, la ley bancaria establece en el artículo 45 que en toda clase de operaciones que impliquen adquisición o sustitución de bienes o derechos, o inversión de dinero o fondos

¹⁷ Rodolfo Batiza, Principios básicos del fideicomiso y de la administración fiduciaria. México: Porrúa, 1977. p.138.

liquidados, deberá la institución fiduciaria ajustarse estrictamente a las instrucciones del fideicomitente.

.) No delegar.

Las obligaciones y facultades del fiduciario son indelegables en principio, ya que en la ley sustantiva se encomienda a la realización de ese fin a una institución fiduciaria.

EL hecho de que existan los delegados fiduciarios a través de los cuales las instituciones desempeñan su cometido, es señal de que se quiso confiar en personas determinadas y plenamente responsables a las cuales puede vetar y remover la Comisión Nacional Bancaria.

.) Lealtad e imparcialidad.

Esta obligación se impone al fiduciario en virtud de la posibilidad de varios fideicomisarios simultáneos o sucesivos.

.) Avisos y notificaciones

Según determina la ley bancaria, dará aviso al beneficiario en el término de las cuarenta y ocho horas siguientes a su cobro, de toda percepción de rentas, frutos o productos de liquidación que realice la institución en cumplimiento de su cometido. Igualmente notificará de toda operación de inversión, adquisición o sustitución de bienes, dentro del mismo plazo. Si se suprimiera esta notificación por disposición

expresa o por la naturaleza del fideicomiso, la institución dentro de igual plazo deberá inscribir la operación en un registro especial.

.) Secreto profesional

Constituirá responsabilidad civil por daños y perjuicios sin perjuicio de las responsabilidades penales procedentes contra la institución, por la violación del secreto profesional en esta clase de operaciones, con excepción de la información que sea solicitada por la Comisión Nacional Bancaria.

.) Suministro de informes.

Por ser de naturaleza semejante a la rendición de cuenta, aunque debiera consignarse en el acto constitutivo del fideicomiso, en virtud de que la legislación no ofrece disposiciones aplicables.

.) Rendir cuentas.

Se procederá a la remoción de la institución fiduciaria cuando al ser requerido no rinda las cuentas de su gestión dentro un plazo de quince días.

C') obligaciones del fiduciario respecto a terceros.

.) Autoridades supervisoras.

Además de la excepción ya mencionada al secreto profesional, de proporcionar la institución fiduciaria toda la información que le sea solicitada por la Comisión Nacional Bancaria, también deberá proporcionar informes al Banco de México toda institución de crédito, en virtud de la obligación que tiene en términos de la ley bancaria, de publicar el estado mensual de sus operaciones y su balance general anual dentro del mes y los sesenta días siguientes a su fecha. Si al revisar los estados y balances la Comisión Nacional Bancaria efectuara correcciones, podrá acordar que se publique el balance corregido dentro de los quince días siguientes a su acuerdo. Los balances anuales deberán ser presentados a la Comisión dentro de los quince días siguientes al cierre del ejercicio correspondiente, formulando la Comisión las observaciones dentro de los noventa días que sigan a su recibo.

Es de la estricta responsabilidad de los administradores y comisarios que hayan aprobado y determinado la autenticidad de los datos contenidos en los estados constables, los cuales deberán revelar la verdadera situación financiera de la institución.

Otros informes.- la Comisión Nacional Bancaria ha expedido varias circulares dirigidas a las instituciones de crédito, en virtud de que el Banco de México y la Comisión deseaban conocer también los nombres de los deudores y la naturaleza de los préstamos otorgados por las sociedades o departamentos fiduciarios con los fondos provenientes de operaciones fiduciarias conexas.

Las instituciones autorizadas para operar fiduciariamente deberían remitir al Banco de México a efecto de precisar el fideicomiso, los siguientes datos: número de contrato, fecha, número de escritura, fecha de ésta, plazo de operación, fideicomitente, fideicomisario, clase de fideicomiso, importe, cuota, objeto, bienes afectos, valores de los bienes. También deberían enviar informes similares por lo que respecta a las demás operaciones que significarán percepción de dinero.

La Comisión también giró circular a las instituciones en enviar los siguientes datos para continuar los estudios de las operaciones fiduciarias por La Secretaría de Hacienda y Crédito Público, el Banco de México y la propia Comisión: relación de cada una de las cuentas, señalar la inversión si se tratara de valores o préstamos cuando hubiera recibido dinero para encargarse de invertirlo en la adquisición de títulos o valores o el otorgamiento de créditos, anotar el tipo de comisión recibida por la institución en su calidad de fiduciaria; cuando la institución realizara inversiones, era necesario incluir el tipo de interés redituado y el que entregara a los fideicomitentes como producto de su capital.

.) Autoridades fiscales

Las instituciones fiduciarias estarán obligadas a retener y pagar los impuestos correspondiente en los casos en que proceda según la ley bancaria de acuerdo con al ley del impuesto sobre renta y su reglamento.

Establece la ley del impuesto sobre la renta que las instituciones de crédito autorizadas para llevar a cabo operaciones fiduciarias, son solidariamente responsables con los causantes con quienes operan de la presentación de los avisos, declaraciones y manifestaciones de impuesto sobre la renta. Lo son también hasta donde alcancen los bienes fideicomitidos, por el pago de impuestos sobre ingresos derivados de la actividad objeto del fideicomiso.

d) Prohibiciones al fiduciario.

.) Fideicomiso de inversión.

Está prohibido a las instituciones fiduciarias responder a los fideicomitentes, mandantes o comitentes del incumplimiento de los deudores, por los créditos que le otorguen, o de los emisores por los valores que se adquieran, salvo que sea por su culpa así como garantizar la percepción de rendimientos por los fondos cuya inversión se les encomiende. Si al término del fideicomiso constituido para el otorgamiento de créditos, éstos no hubieran sido liquidados por los deudores, la institución deberá transferirlos al fideicomitente o fideicomisario, absteniéndose de cubrir su importe. Dispone la ley de títulos y operaciones de crédito que cualquier pacto contrario a lo dispuesto, no producirá efecto legal alguno.

.) Operaciones inter departamentales.

Las instituciones y departamentos fiduciarios no podrán realizar operaciones con otros departamentos de la misma institución, a

menos que la Secretaría de Hacienda y Crédito Público lo autorice mediante acuerdo de carácter legal.

.) Operaciones por cuenta propia

También se prohíben a las instituciones o departamentos fiduciarios realizar por cuenta propia cualquier clase de operación, salvo las que puedan llevar a cabo con su capital y reservas.

.) Operaciones ajenas a su función.

De igual manera, se prohíbe a las instituciones y departamentos fiduciarios celebrar contratos de fideicomiso que tengan por objeto el pago periódico de primas o cuotas destinadas a integrar el precio de compra de casas habitación, o celebrar los mismos contratos con empresas constructoras cuando tenga por objeto la venta de casas a plazo o con pagos anticipados para completar las garantías.

.) Préstamos a funcionarios

Prohibición de utilizar fondos o valores de los fideicomisos para realizar operaciones en virtud de las cuales resultan o puedan resultar deudores sus delegados fiduciarios, los miembros de su consejo de administración, el (los) accionista(s) que posea la mayoría en la asamblea de la institución, los directores generales o gerentes generales, los comisarios, los auditores externos de la institución, los miembros del comité técnico del fideicomiso, los ascendientes o descendientes en primer grado o cónyuges de todas las personas

citadas, o las sociedades en cuyas asambleas tengan mayoría dichas personas o las mismas instituciones.

e) **Facultades y derechos del fiduciario.**

La Ley no precisa en detalles los actos que el fiduciario está autorizado a realizar en el cumplimiento de su encargo, ni tampoco especifica, excepto en situaciones aisladas, restricciones en su actividad. Para determinar las facultades del fiduciario, será necesario analizar en cada caso los términos del fideicomiso para saber cuáles se le concedieron, cuáles se reservó el fideicomitente, cuáles le derivan del acto constitutivo, cuáles corresponden al fideicomisario y a terceros, y en qué consiste el fin del fideicomiso.

En virtud del efecto traslativo de dominio que la institución produce, en principio tal vez tendrá el fiduciario facultades de dominio, restringidas por el fideicomitente, y condicionadas a la realización del fin del fideicomiso.

La razón de ser de las facultades que corresponden al fiduciario consiste en hacer posible el cumplimiento de su obligación fundamental, o sea, la realización del fin del fideicomiso que se le ha encomendado.

.) **Actos de dominio**

Los actos de dominio pueden manifestarse a través de las diversas facultades siguientes:

Facultad de enajenar, permutar y donar.-

La primera facultad se admite en forma implícita por la ley pero dependiente de las instrucciones del fideicomitente, ya que el artículo 45 de la ley bancaria establece que en toda clase de operaciones que implique adquisición o sustitución de bienes o derechos, inversiones de dinero o fondos líquidos. La sustitución en este caso se puede realizar mediante permuta. En cuanto a la donación, permitida excepcionalmente por tribunales extranjeros, no se le autoriza en principio al fiduciario.

Para la facultad de obtener créditos y gravar, así como la facultad de transigir, comprometer en arbitros y desistirse, como la legislación especial carece de normas al respecto, se puede recurrir en forma supletoria al Código Civil a las facultades del tutor que requiere de autorización judicial tanto para recibir dinero prestado en nombre del incapacitado, así como para que pueda transigir o comprometer en árbitros los negocios del incapacitado.

.) Actos de administración

Facultad de arrendar.- La legislación especial no contiene precepto, aplicando en forma supletoria el Código Civil en su artículo 573 que especifica que el tutor requiere consentimiento del curador y la autorización judicial para dar en arrendamiento los bienes del incapacitado por más de cinco años en caso de necesidad o utilidad.

Reparación y mejorar.- La clasificación de gastos en necesarios, útiles y voluntarios puede ayudar en virtud de que la legislación especial no contiene precepto al respecto. De igual forma se puede aplicar el Código Civil supletoriamente en lo referente a que el tutor requiere ser autorizado por el juez para todos los gastos extraordinarios que no sean de conservación o reparación.

Empleo de auxiliares.- Menciona la ley bancaria en su artículo 45, que el personal que las instituciones fiduciarias utilicen directa y exclusivamente para la realización de fideicomisos, no formará parte del personal de la institución, sino que se considerará al servicio del patrimonio dado en fideicomiso.

Facultad de erogar.- La legislación especial carece de reglas relativas a gastos, pero el fiduciario tiene la facultad implícita de efectuarlos y el derecho a ser reembolsados. Por analogía se le aplican las disposiciones que hablan sobre los pagos hechos al comisionista, al mandatario y al albacea respectivamente por el comitente, el mandante y de la masa de la herencia, cuando sean hechos para el cumplimiento de su función o cargo.

Pleitos y cobranzas.- "Aunque la ley especial no prevee esta facultad, se debe examinar si el acto constitutivo las otorga, y en ausencia, podrá revestir carácter de obligación."¹⁸

.) Honorarios y gastos

¹⁸ Ibidem, p. 162.

La ley bancaria en su artículo 137 especifica entre las causas graves para admitir la renuncia de la institución fiduciaria al desempeño de su cargo en un fideicomiso, el hecho de que el fideicomitente, sus causahabientes o el fideicomisario, se nieguen a pagar las compensaciones estipuladas a favor de la institución fiduciaria, y que los bienes o deberes dados en fideicomiso, en su caso, no rindan productos suficientes para cubrir estas compensaciones.

Así mismo, el banco de México estará facultado para fijar el máximo de las percepciones que las instituciones reciban como fiduciarias, así como el de los intereses y otros cargos, en las operaciones de crédito. Lo anterior conforme al artículo 45 bis de la ley bancaria.

.) Publicidad de servicios

Las instituciones de crédito y organizaciones auxiliares someterán a la previa aprobación de la Comisión Nacional Bancaria, cualquier clase de propaganda que pretenda efectuar relacionada con sus operaciones, ya sea en territorio nacional o en el extranjero, según dispone la ley bancaria. (Art. 93 bis).

.) Excusa y renuncia.

En el artículo 356 de la ley sustantiva se dispone el hecho de que la institución fiduciaria no podrá excusarse o renunciar su encargo sino por causas graves a juicio de un juez de primera instancia del

lugar de su domicilio. Además la ley bancaria establece en su artículo 137 lo que se estimará como causa grave para admitir la renuncia de la institución fiduciaria al desempeño de su cargo, las cuales consisten en que: el fideicomisario no pueda recibir o se niegue a recibir las prestaciones o bienes de acuerdo con el acto constitutivo del fideicomiso; que el fideicomitente, causahabientes o el fideicomisario, se nieguen a pagar las compensaciones estipuladas; que los bienes o derechos dados en fideicomiso no rindan productos suficientes para cubrir estas compensaciones.

.) Actos en representación o por cuentas de terceros.

La ley bancaria autoriza a las instituciones de crédito que disfruten de concesión para llevar a cabo operaciones fiduciarias a que se encarguen no solo de la ejecución de fideicomisos, sino para desempeñar otras funciones, como aceptar y desempeñar mandatos y comisiones de toda clase, albaceazgos, sindicaturas, tutelas, liquidaciones y, en general, de aceptar la administración de bienes y el ejercicio de derechos por cuenta de terceros

f) Supervisión

Según dispone la ley bancaria en su artículo 160, la inspección y vigilancia de las instituciones de crédito, está confiada a la Comisión Nacional Bancaria.

G') Sanciones

En el artículo 152 de la ley bancaria se prescribe el hecho de que el incumplimiento o la violación por parte de las instituciones de crédito y organizaciones auxiliares a la ley, reglamentos o circulares que deriven de la misma, serán castigados de acuerdo a la multa que imponga la Secretaría de Hacienda y Crédito Público.

C- FIDEICOMISARIO

Pueden ser fideicomisarios según el artículo 348 de la Ley General de Títulos y Operaciones de Crédito (LGTOC) las personas físicas o jurídicas que tengan la capacidad necesaria para recibir el provecho del fideicomiso.

Es la persona que recibe los beneficios del fideicomiso, y pueden serlo las personas que se mencionan en el párrafo anterior.

La institución fiduciaria podrá ser fideicomisaria en los fideicomisos en los que, al constituirse se trasmita la propiedad de los bienes fideicomitidos y que tengan por fin servir como instrumento de pago de obligaciones incumplidas, en el caso de créditos otorgados por la propia institución para la realización de actividades empresariales. En este caso, las partes deberán designar a una institución fiduciaria sustituta para el caso que surgiere un conflicto de intereses entre las mismas.

Con la salvedad del párrafo anterior, el artículo 348 declara nulo el fideicomiso que se constituye en favor del fiduciario, en cuya virtud, este no puede tener el carácter de fideicomisario. En el fideicomiso, "el fin es el resultado que se persigue con su constitución".¹⁹

a') Derechos del fideicomisario.

.) Cumplimiento del fideicomiso. La ley sustantiva en vigor establece que el fideicomisario tendrá, además de los derechos que se concedan por virtud del acto constitutivo del fideicomiso, el de exigir su cumplimiento a la institución fiduciaria (Art.355). Esta disposición no tiene antecedentes en las leyes que la precedieron. Serán entonces las obligaciones asumidas por el fiduciario, en relación con el fin del fideicomiso de que se trate, los elementos que sirvan para determinar, en cada caso, lo que constituya el cumplimiento por parte del fiduciario.

.) Protección de los bienes. El Proyecto Alfaro expresaba que el fideicomisario podría llevar en juicio sumario las providencias conservatorias que le convinieran, si los bienes parecieran sufrir pérdidas o menoscabos en manos del fiduciario. Tendrían el mismo derecho los ascendientes legítimos del fideicomisario que todavía no existe y cuya existencia se espera. El autor contemplaba este artículo para el caso de que ocurran en los bienes fideicometidos pérdidas o menoscabos que no puedan imputarse a dolo o culpa del fiduciario y que por lo mismo no dé lugar a su remoción.

En nuestro derecho, las leyes de 1926, inspiradas en el Proyecto Alfaro, establecían que cuando los bienes fideicometidos

¹⁹Batiza, El Fideicomiso, p. 176.

estuvieran en peligro de pérdida o menoscabo en poder del banco fiduciario, el fideicomisario, el fideicomitente o el Ministerio Público cuando se trate de menores, incapaces o desvalidos, podrían promover judicialmente las providencias necesarias para la seguridad de los bienes. La demanda se sustanciaría como un incidente.

Las leyes en vigor omiten conceder este derecho al fideicomisario, pero podría sin embargo considerarse que el ejercicio de este derecho le compete como un aspecto del derecho más general de exigir el cumplimiento del fideicomiso. La protección que la Ley Bancaria le otorga y que consiste en la remoción del fiduciario, representa un recurso no muy práctico porque sólo procede una vez que la institución fiduciaria sea declarada culpable de las pérdidas o menoscabos sufridos por los bienes, mediante sentencia ejecutoria.

.) Anulación de actos del fiduciario. De acuerdo con la ley sustantiva vigente, el fideicomisario tendrá el derecho de atacar la validez de los actos que la institución fiduciaria cometa en su perjuicio, de mala fe o en exceso de las facultades que por virtud del acto constitutivo o de la ley le corresponda (Art.355). Este derecho no existía en las leyes anteriores; sin embargo, introduce una acción de nulidad especial que por sus efectos se podría asimilar a la acción pauliana.

.) Reivindicación de los bienes. Establecido por la ley sustantiva, el fideicomisario tendrá el derecho de reivindicar los bienes que a consecuencia de actos que la institución fiduciaria haya cometido

en su perjuicio, de mala fe o en exceso de sus facultades, hayan salido del patrimonio del fideicomiso, cuando ello sea procedente (Art.355).

Nuestro legislador tomó al pie de la letra una descripción del derecho del beneficiario conforme al sistema angloamericano. Este derecho es excesivo cuando se concede a quien no es propietario sino sólo acreedor, y el alcance de su ejercicio es nada más para el efecto de restituir la cosa al patrimonio del fideicomiso.

.) Requerimiento de cuentas, exigencia de responsabilidad y remoción del fiduciario. Estos derechos con excepción del de remoción, aparecen por primera vez en la Ley Bancaria de 1932, de la cual pasaron a la vigente al establecer que cuando la institución fiduciaria al ser requerida no rinda las cuentas de su gestión dentro de un plazo de quince días, o cuando sea declarada por sentencia ejecutoria culpable de las pérdidas o menoscabos que sufran los bienes dados en fideicomiso, o responsable por negligencia grave, procederá su remoción (Art. 138). Dispone la ley que dichas acciones corresponderán al fideicomisario o a sus representantes legales y, a falta de éstas, al Ministerio Público, sin perjuicio de que el fideicomitente pueda reservarse el derecho para ejercitar esta acción. (Mismo artículo).

.) Terminación del fideicomiso. En el derecho inglés, cuando sólo hay un beneficiario, o aun varios, si están de común acuerdo y tienen plena capacidad, podrán modificar o extinguir el trust, a pesar de los deseos en contrario del settlor o de los trustees. Solución no acogida en Norteamérica.

Por cuanto a nuestro derecho, falta una disposición al respecto, pero el beneficiario carece de la facultad de terminar el fideicomiso si con ello contraviene sus cláusulas o el fin que éste persigue.

.) Renuncia. El derecho angloamericano reconoce la libertad del beneficiario para aceptar o rechazar las ventajas que le derivan de un trust.

Nuestro derecho no contiene el caso, pero la misma conclusión podría imponerse por analogía con la donación y por tratarse de un principio que no necesita de reconocimiento legal expreso.

.) Transmisión de derechos. En el sistema inglés, el derecho del beneficiario no puede hacerse inalienable, admitiendo que pueda transferirlo. En nuestra legislación, a falta de disposición, se puede aplicar que la cesión de derechos es permitida, a menos que esté prohibida por la ley, se haya convenido en no hacerla o no lo permita la naturaleza del derecho. La transmisión hereditaria quedará condicionada a que los derechos no sean de aquellos que se extingan con la muerte.

.) Varios fideicomisarios. Las leyes de 1926 establecían que cuando fueran dos o más los fideicomisarios interesados en el mismo fideicomiso, su voluntad sería expresada para los efectos legales, en la forma y términos que se hubieran establecido en el título constitutivo, y si en éste nada se dispusiera, entonces: las decisiones se tomarían a mayoría de votos por representaciones y no por personas, las decisiones se tomarían en junta convocados todos los fideicomisarios

bajo la presidencia del banco fiduciario, y la convocatoria se expediría a solicitud del banco, por la Comisión Nacional Bancaria o por la Secretaría de Hacienda, formándose acta de la junta y protocolizándose cuando fuera necesario.

La ley sustantiva vigente simplifica el procedimiento anterior al establecer que cuando sean dos o más fideicomisarios y deba consultarse su voluntad, en cuanto no esté previsto en la constitución del fideicomiso, las decisiones se tomarán a mayoría de votos computados por representaciones y no por personas. En caso de empate, señala que es el juez de primera instancia del domicilio del fiduciario quien decidirá (Art. 348).

.) Elegir institución fiduciaria. Lo anterior sólo cuando la institución fiduciaria: renunciare, fuere removida, o si en el acto constitutivo no fuere designada.

.) Dar su consentimiento para reformar el acto constitutivo. Esto se presenta cuando se trate de formar un comité técnico o de distribución de fondos.

b') Obligaciones del fideicomisario.

En los fideicomisos cuya intención es hacer una liberalidad al fideicomisario, éste sólo tiene el derecho de recibir los beneficios del fideicomiso y no tiene obligación como contraprestación.

En fideicomisos que se constituyen con el acuerdo expreso del fideicomitente y fideicomisario y en el que se establece una

contraprestación a favor del fideicomitente por la enajenación que realiza el fiduciario en provecho del fideicomisario, se establece desde un principio, que se concederá el uso y goce de dichos bienes al fideicomisario, y éste compensa al fideicomitente con una contraprestación, que generalmente consiste en dinero.

.) Pago de honorarios y gastos. La ley Bancaria que en este punto proviene de la ley de 1932, señala la obligación única que se impone al fideicomisario, subsidiariamente, puesto que en primer término corresponde al fideicomitente o a sus causahabientes, y que consiste en pagar a la institución fiduciaria las compensaciones estipuladas a su favor (Art.137).

"En forma también subsidiaria, consideramos que el fideicomisario debe reembolsar los gastos que el fiduciario hubiere erogado en su administración." ²⁰

IV- CASOS ESPECIALES DE FIDEICOMISO:

Cuando concurren a la celebración del fideicomiso únicamente dos personas.

Cuando el fideicomiso se constituye por declaración unilateral de voluntad del fideicomitente.

Cuando el fideicomitente se designa a sí mismo como fideicomisario.

²⁰Batiza, El Fideicomiso, p.321.

Cuando el fideicomitente sea una institución de crédito con la autorización especial, se designe a sí mismo fiduciario de determinados bienes de su propiedad, para alcanzar los fines que se proponga en favor del o de los fideicomisarios que señale.

Cuando en una misma operación pueda haber varios fideicomitentes, fideicomisarios y fiduciarios, pluralidad de personas que puede ser simultánea o sucesiva; en el caso de fideicomisarios sustitutos, es necesario que se encuentren vivos o concebidos a la muerte del fideicomitente.

Sin embargo, es el fideicomitente el único elemento personal indispensable para la constitución del fideicomiso, pues en ese acto pueden no concurrir fiduciario y fideicomisario. Y esta expectativa se perfecciona hasta que el fiduciario acepte el fideicomiso, pues en este caso ocurre la transmisión del patrimonio del fideicomitente al fiduciario de los bienes y derechos materia de el fideicomiso.

V- CLASIFICACION DEL FIDEICOMISO

A-CLASIFICACION DEL FIDEICOMISO EN FUNCION DE LAS PERSONAS:

Toman en cuenta diferentes puntos de vista, tales como el número de personas que integran cada una de las partes que intervienen, las funciones de las partes, su capacidad, las facultades de que pueden gozar, etc., pero es el fideicomitente el elemento personal más importante en su constitución.

B-CLASIFICACION EN FUNCION DE LA MATERIA DEL FIDEICOMISO:

El material del fideicomiso está formado por los bienes o derechos que el fideicomitente trasmite al fiduciario y que son necesarios para la realización de los fines del fideicomiso. Este material puede ser cualquier bien dentro del comercio y cualquier derecho que no sea estrictamente personal, ya que en éste último caso sería intransmisible.

C- CLASIFICACION DEL FIDEICOMISO EN REVOCABLES E IRREVOCABLES;

El fideicomiso es revocable: cuando el fideicomitente constituye el fideicomiso sin obtener ningún provecho, es decir, cuando lo constituye por causas que se equiparan a un contrato gratuito, debe tener la facultad de reservarse el derecho de revocar o modificar el fideicomiso.

La revocabilidad es consecuencia del acto gratuito.

El fideicomiso es irrevocable: cuando el fideicomitente ha recibido o recibirá una contraprestación, los motivos provienen de causas que asemejan el fideicomiso a un contrato oneroso. En este caso, el fideicomitente no tiene derecho a revocarlo o modificarlo porque lesionaría a los derechos del fideicomisario.

D- CLASIFICACION EN FUNCION DE LOS FINES DEL FIDEICOMISO:

De acuerdo con los fines del fideicomiso, la actuación del fiduciario es en base a la siguiente clasificación:

Fideicomiso traslativo, en el que el fiduciario recibe los bienes o derechos fideicomitidos para transmitirlos al fideicomisario cuando se hayan reunido los requisitos señalados por el fideicomitente.

Fideicomiso de garantía, en el que el fiduciario recibe los bienes o derechos fideicomitidos para que con ellos garantice el cumplimiento de una obligación principal.

Fideicomiso de administración, en el que el fiduciario recibe los bienes o derechos fideicomitidos, para proceder a efectuar las inversiones señaladas en el acto constitutivo del fideicomiso o para encargarse de la guarda, conservación o de cualquier otro acto de administración de los mismos.

En la práctica, sin embargo, pueden darse muchos casos de contratos de fideicomiso que comprendan varias finalidades. No obstante lo anterior, en todo contrato de fideicomiso una finalidad predominante en base a la cual se determina su clasificación individual, además de que el fideicomitente puede señalar otras finalidades secundarias menos importantes que no influyen en el criterio para clasificarlas, puesto que se sujetan al fin principal que es el que se toma en cuenta para su clasificación.

FIDEICOMISOS TRASLATIVOS:

Son los que tienen como fin que el fiduciario trasmita la titularidad de los bienes o derechos fideicomitidos al fideicomisario o a la persona que éste señale una vez reunidos los requisitos previamente establecidos.

Por lo general, este tipo de fideicomiso se lleva a la práctica para superar dificultades de carácter legal o de tipo práctico que impiden la realización de operaciones mediante las formas tradicionales de negocios jurídicos traslativos como la compraventa, donación o aportación de un socio a una sociedad, por lo que se ve el carácter de negocio fiduciario que presenta la operación.

FIDEICOMISOS DE GARANTIA:

En este fideicomiso se transmite la titularidad de ciertos bienes o derechos al fiduciario, con el fin de asegurar el cumplimiento de una obligación a cargo del fideicomitente, por lo que es un contrato accesorio que depende de un contrato principal.

Estos fideicomisos no se pueden considerar como contratos reales en virtud de que no generan un derecho real a favor del fideicomisario acreedor quien tiene el derecho personal de exigir al fiduciario para el caso de que el fideicomitente deudor incumpla, que

proceda a la venta o realización de los bienes o derechos fideicomitidos, para que de su producto se le haga el pago del crédito.

Para el procedimiento a seguir se establece el principio de que a falta de procedimiento convenido en forma expresa por las partes en el acto constitutivo del fideicomiso, se aplicará el procedimiento establecido en los dos primeros párrafos del artículo 341 de la Ley General de Títulos y Operaciones de Crédito, a petición del fiduciario, pues de acuerdo al Código de Comercio, el procedimiento convencional es preferente en todos los casos.

Si se presentara incumplimiento del fideicomitente deudor, el fiduciario titular del patrimonio del fideicomiso, tiene la titularidad plena y se encuentra obligado a ejercer ese título de propietario a través de la venta del inmueble fideicomitado, para dar cumplimiento al fin de garantía expresamente pactado en la constitución del fideicomiso. Y si el bien se encontrara en posesión del fideicomitente, se le dió tal posesión como depositario en tanto no se ejecute el fin de garantía, por lo que al ser posesión derivada del fideicomiso su título es precario, pues la posesión original la conserva el fiduciario como propietario del bien.

El fideicomitente queda obligado al saneamiento para el caso de evicción en cualquier enajenación que haga el fiduciario o tercer adquirente o al fideicomisario.

Si el fideicomitente se opone a la venta del inmueble podrá depositar ante el fiduciario el importe de la obligación garantizada con

sus anexos y tramitarla ante juez de primera instancia en juicio ordinario mercantil.

FIDEICOMISOS DE ADMINISTRACION:

Son los fideicomisos por los que se transmiten al fiduciario determinados bienes o derechos para que proceda a efectuar las operaciones de guarda, conservación o cobro de los productos de los bienes fideicomitidos que le señale el fideicomitente, entregando dichos productos o beneficios al fideicomisario. Aquí el fideicomitente busca un rendimiento a través de la inversión que efectúa el fiduciario, el cual puede beneficiar al fideicomitente mismo si es que se designó fideicomisario, o bien, a otras personas.

Pueden ser material de este fideicomiso bienes o derechos (no de ejercicio personal) que sean productivos en sí mismos o susceptibles de producir rendimiento como son los bienes inmuebles, los valores o el dinero.

Aunque en estos fideicomisos el fideicomitente busca un rendimiento a través de la inversión que efectúa el fiduciario, es conveniente que en el acto constitutivo del fideicomiso se precise el tipo de bienes que debe adquirir el fiduciario o las operaciones que debe realizar, señalándose las reglas a que deba sujetarse. El fiduciario no asume ninguna responsabilidad por lo que se refiere al

riesgo normal de la operación, sino que será responsable sólo del menoscabo que sufra el patrimonio fideicomitido ocasionado por su negligencia o mala fe.

Estos fideicomisos son convenientes en la práctica, porque al través de su operación se protegen patrimonios cuando su titular es una persona que por cualquier tipo de incapacidad no sólo por razones de carácter legal sino de inexperiencia en los negocios, pueda exponerlos a que sufran un menoscabo.

Las inversiones que haga el fiduciario tendrán como consecuencia el beneficio de proteger los intereses de los fideicomisarios además del consabido beneficio para la sociedad cuando el fiduciario invierte.

E- CLASIFICACION DEL FIDEICOMISO EN FUNCION DE LA FORMA:

FIDEICOMISOS CONVENCIONALES:

Son los fideicomisos constituidos por el acuerdo de voluntades de las personas que intervienen en estas operaciones, a cuyo acto constitutivo pueden concurrir las partes que en él intervienen o únicamente el fideicomitente. En este último caso, para lograr su perfeccionamiento se requiere la posterior aceptación del fiduciario y del fideicomisario. La fiduciaria, para que opere la transmisión de los bienes y derechos a su favor, patrimonio del fideicomiso; el fideicomisario, quien puede aceptar en forma expresa, o bien

tácitamente, cuando recibe los beneficios del fideicomiso y otorga el recibo a la institución fiduciaria.

FIDEICOMISOS TESTAMENTARIOS:

Son los que por su propia naturaleza deben constar siempre en el testamento del fideicomitente pues a partir de su deceso comienzan a surtir sus efectos cuando la institución fiduciaria reciba los bienes y derechos fideicomitidos y se puedan realizar los fines señalados.

FIDEICOMISOS CELEBRADOS POR DISPOSICION DE LA LEY:

Es la forma en que el legislador protege las necesidades de un determinado grupo o clase social, cuando por medio de una ley crea un determinado patrimonio, da las bases para su formación y dispone expresamente que dicho patrimonio constituya la materia de un fideicomiso, cuya celebración se realizará en los términos previstos en dicha ley. Así, tienen una función social, pues son con la finalidad de satisfacer necesidades de interés público.

F- CASO ESPECIAL DE FIDEICOMISO: EL FIDEICOMISO PUBLICO.

Es un contrato por medio del cual el Gobierno Federal, a través de sus dependencias y en su carácter de fideicomitente, trasmite la titularidad de bienes del dominio público o del dominio privado de la

Federación, o afecta fondos públicos, en una institución fiduciaria (por lo general instituciones nacionales de crédito, para realizar un fin lícito, de interés público).

En este fideicomiso de la administración pública, el Gobierno Federal o una entidad con personalidad jurídica propia transmite ciertos bienes y derechos a la fiduciaria, quien se obliga a disponer de los bienes y a ejercer los derechos para la realización de los fines establecidos en beneficio del fideicomisario.

El fideicomiso público tiene diferencias con el fideicomiso privado, entre las que se señalan:

- El Poder Ejecutivo Federal es facultado por la legislación de carácter administrativo para crear, incrementar, modificar o extinguir fideicomisos (aunque también se toman en cuenta la Ley General de Títulos y Operaciones de Crédito y la Ley Bancaria).

- En el papel del fideicomitente actúa la Sria. de Hda.

- El patrimonio fideicomitado se forma con bienes o derechos del Estado.

- Los fideicomisos se constituyen en base a un interés público.

- El fideicomiso creado por el Gobierno Federal se debe a un fenómeno de publicitación de esta institución.

Se debe recabar la opinión del titular de la Secretaría de Estado o Departamento Administrativo que funja como responsable del sector dentro del que se encuentre agrupado el fideicomiso.

-El Gobierno Federal conserva una atribución significativa sobre este tipo de fideicomisos, pues realiza sobre ellos la supervisión administrativa señalada en ordenamientos legales.

-Los fideicomisos mencionados son entidades de la Administración pública paraestatal y auxiliares del Ejecutivo de la Unión; ésto, de conformidad con la Ley Orgánica de la Administración Pública Federal.

-Para su existencia se necesita una disposición expedida por el Presidente de la República o el Congreso de la Unión.

Hasta aquí se señalan las principales diferencias ya mencionadas.

Por otro lado, es importante mencionar que en el fideicomiso público, la celebración del contrato es lo que una fase dentro de un proceso ya que existe un procedimiento jurídico sui generis que se inicia con el acto jurídico que da viabilidad al fideicomiso (ley, decreto o acuerdo del Ejecutivo Federal). Por lo anterior, al fideicomiso público la ley le confiere el carácter de entidad auxiliar del ejecutivo de la Unión.

VI- EL DELEGADO FIDUCIARIO

Las instituciones desempeñan su cometido y ejercen sus facultades a través de ciertos funcionarios designados especialmente al efecto y de cuyos actos responden, sin perjuicio de las responsabilidades civiles o penales en que ellos incurran en lo personal. A estos funcionarios se les conoce con el nombre de DELEGADOS FIDUCIARIOS.

A partir que la banca múltiple permitió que una sola institución operara en actividades de diversas especialidades bancarias y que contara con autorización para operar como fiduciarias, las divisiones fiduciarias de los bancos es como han venido operando, es decir, son instituciones con posibilidad de llevar a cabo la generalidad de las operaciones bancarias, activas o pasivas y de fungir como fiduciarias, y de conformidad con lo establecido en la fracción XV del artículo 46 y en el primer párrafo del artículo 80, ambos de la Ley de Instituciones de Crédito, la actuación de las instituciones fiduciarias es mediante la intervención de sus funcionarios denominados DELEGADOS FIDUCIARIOS, que son a quienes corresponde llevar a cabo los actos por los cuales la fiduciaria desempeña su gestión como tal.

Según el primer precepto citado, las instituciones de crédito podrán, además de llevar a cabo otras actividades, practicar las operaciones de fideicomiso a que se refiere la Ley General de Títulos y

Operaciones de Crédito, y de conformidad con el segundo de dichos preceptos, en las operaciones a que se refiere la fracción XV del artículo 46, las instituciones desempeñarán su cometido y ejercerán sus facultades por medio de sus DELEGADOS FIDUCIARIOS.

Los términos de este primer párrafo del artículo 80, hacen desprender que los DELEGADOS FIDUCIARIOS son funcionarios de la institución correspondiente y que por tanto, no requieren de facultad expresa y concreta para el desempeño de ese cargo.

Más aún la posición legal guardada por los DELEGADOS FIDUCIARIOS les permite, en el ejercicio de su gestión, otorgar poderes, para lo cual no requieren de facultamiento expreso alguno.

En las leyes de 1926 aparecen mencionados estos funcionarios por primera vez, al disponer que los bancos de fideicomiso desempeñarían sus funciones y ejercerían sus facultades por medio de las personas a quienes correspondiera su representación conforme a la ley, sus escrituras constitutivas y estatutos, y que tendrían el derecho de nombrar apoderados a quienes delegarían sus facultades, siendo los bancos los responsables de la gestión de tales representantes y apoderados.

La disposición mencionada pasó a la ley bancaria de 1932 en su artículo 92, estableciendo que las instituciones fiduciarias desempeñarán su cometido y ejercerán sus facultades por medio de uno o más funcionarios que se designen especialmente al efecto, y de cuyos actos responderá directa e ilimitadamente la institución, sin

perjuicio de las responsabilidades civiles o penales en que ellos incurran personalmente.

La Comisión Nacional Bancaria podrá vetar la designación de los funcionarios que hubiere hecho la institución o acordar que proceda a la remoción de los mismos. Al respecto, la Comisión Nacional Bancaria en circular núm. 274 del 26 de junio de 1944, dirigida a las instituciones y departamentos fiduciarios, establece que tan pronto se nombre a los delegados fiduciarios, se dará aviso a la Comisión para que resuelva si ejercita o no el derecho de veto, así como enviar con la notificación, los siguientes datos de la persona designada:

- Nacionalidad, indicando si es mexicano por nacimiento o por naturalización y, en este último caso, el tiempo que lleve de radicar en el país.

- Su edad.

- Si es bien conocido y reputado en los círculos financieros, y si tiene experiencia y aptitud necesaria para la administración de empresas y negocios.

- Una aproximación de sus ingresos, así como si se considera que tiene independencia económica necesaria para garantizar el cumplimiento de las comisiones que se le confieren.

- Demás datos complementarios y referencias.

Para acreditar la personalidad de estos funcionarios, basta la protocolización del acta en la que conste el nombramiento por el consejo, o el testimonio del poder general otorgado por la institución fiduciaria, aún cuando en el acta o en el poder no se mencione especialmente el asunto o negocio en que ostente la representación. Lo anterior, según lo dispone la ley bancaria en su artículo 45.

Sobre los datos del interesado: "Lo excesivo en las condiciones indicadas en el punto 3 de la circular es evidente, además de que la función del delegado fiduciario es de carácter esencialmente jurídico."²¹

VII- ANALISIS DE DIFERENTES FIGURAS PARA EXPLICAR LA NATURALEZA JURIDICA DE LA FUNCION DEL DELEGADO FIDUCIARIO.

A la función del delegado fiduciario se le ha querido ver como una forma de mandato, o bien de poder, así también, como una representación, o también como una comisión; de igual manera, como una forma de prestación de servicios profesionales o como una gestión de negocios, por lo que pasaremos a exponer cada una de estas figuras, para posteriormente mediante un análisis, poder encontrar su semejanza con la función que desempeña el delegado fiduciario.

Como primera figura pasaremos a estudiar:

²¹ Batiza, El fideicomiso. P. 187.

A- LA REPRESENTACION

1-Naturaleza jurídica de la representación:

La representación tiene grande y doble importancia práctica; potencia las posibilidades de actuación, pudiendo permitir la bilocación.

Los civilistas se habían educado en la creencia de que el derecho romano no conocía la representación. El paterfamilias, como cualquier otro soberano, no podía obligarse ni adquirir bienes mas que por si mismo o por los suyos; si el negocio jurídico nace y me obliga por mi voluntad, no se puede explicar que otra voluntad cree un negocio que me obligue.

Frente a las dificultades que oponen los textos romanos, se encuentra la realidad social. La organización vicarial de la iglesia y su utilización continua de las delegaciones hace que se acuñe una regla de derecho canónico opuesta a la romanista: puedo hacer por otro lo que puedo hacer por mi mismo, es como so lo hiciera yo mismo. Esta regla también convenía a las nuevas necesidades del comercio. Del mismo modo también se utiliza continuamente la representación para explicar la situación de los administradores de universidades y ciudades.

Dos explicaciones ofrecen para esta desviación del derecho romano, una, la de haberse impuesto por derecho consuetudinario. Otra, mas racionalista, la que explica que los actos del representante se atribuyen al representado, porque aquél actúa como simple

instrumento, como portador de nuestra palabra, de modo que no solo obra en nuestro nombre y por nuestra orden sino también por nuestra cuenta y no por la suya.

Por otra parte, en Alemania, al idea de representación se encuentra en una forma mas estructurada entre los pandectistas. La doctrina alemana considera que el invento jurídico más importante que haya aportado a la doctrina universal, es el poder representativo (Vollmacht).

2) Teorías de la representación

Las que la niegan:

A) El derecho romano no aceptaba la representación directa, pero si la indirecta, como en el mandato, la fiducia y la presentación de servicios.

B) Leon de Duguit, no la acepta por considerar que no corresponde a la realidad.

Las que la aceptan:

A) Geny y Renar, quienes sostienen la teoría de la ficción, consideran que la representación se deriva de una ficción legal.

Geny dice que según la concepción que nos da una vista ingenua de las cosas, cada uno está ligado en la vida jurídica por los

actos que ejecuta personalmente. Ha parecido que convenía reconocer directamente mediante ciertas condiciones voluntarias o legales, la facultad de hacer nacer en la persona de un tercero, los derechos creados por la voluntad de un contratante, que se convierta así en extraño a sus propios actos; para llegar a este resultado, basta con invertir el principio inicial. Sin embargo, eso es precisamente deformar la realidad, y si se pretendiera hacer por vía de autoridad. Se arriesgaría a destruir la noción de individualidad que sigue siendo fundamento necesario en la concepción del derecho. Por tanto, se debe aceptar aquí la ficción de la representación por otro de la cual se apartarán los excesos, sometiéndola a las circunstancias y condiciones necesarias.

B) Teoría del Nuncio. Savigny considera que el representante tiene como única función llevar las palabras del representado como un simple mensajero portador de una voluntad ajena. La distinción radical entre el mensajero (Nuntius) y su representante se hace injustificadamente. Habrá diferencia de cantidad de poder, no de cualidad.

Esta teoría no explica el caso de los representantes de menores o incapaces, sin embargo es útil para explicar el mandato especial.

C) teoría de la cooperación.- Esta teoría sostiene que representante y representado forman una sola voluntad, o sea, que ambos participan en la conformación de la expresión de la voluntad, recibe la misma crítica anterior, es decir, no explica el caso de los representantes de menores o incapaces.

D) Teoría de la sustitución real de la personalidad del representante por el representado. Los autores de esta teoría sostienen que el representante sustituye real y completamente la personalidad jurídica del representado, por eso los efectos jurídicos surten en la esfera patrimonial del representado y no del representante. Entre los tratadistas que la siguen, se encuentran los siguientes tratadistas: Pilon, Colin y Capitat, Planiol, Ripert, Esmein, LevyUllman, Ihering, Enneccerus, Nipperdey, Madray y Bonnecase.

Por lo que a nuestro país respecta, teniendo en cuenta que los artículos de nuestros códigos de 1884 y de 1928 en materia de representación proceden del código 1870, época en la que en nuestro país la teoría conocida era la de la ficción, es con el criterio de esta teoría como se deben interpretar nuestros preceptos legales en materia de representación.

3) Concepto técnico de la representación

Se puede definir a la representación, como la facultad que tiene una persona de actuar, obligar y decidir en nombre o por cuenta de otra. Es el confiar a una persona (representante), la facultad de actuar y decidir (dentro de ciertos límites) en interés y por cuenta de otra (representado).

La representación tiene un cierto carácter de colaboración, sea respecto de la persona que le apodera o le confiere un mandato (representación voluntaria) o también respecto de la sociedad, en su

cometido de protectora de personas de capacidad limitada (representación legal).

Esta nota de colaboración puede servir de orientación para superar la dificultad señalada por Savigny, la de distinguir entre representante y mensajero (Nuntius). El representante recibe un poder para hacer; el mensajero comunica o repite lo que se le ha encargado que diga, es decir, se limita a servir o auxiliar en la transmisión de una declaración.

.) Clases de representación

Se distingue la representación en clases según los siguientes criterios:

.)Según su origen:

A) Representación voluntaria. Es la que nace por voluntad del representado. Cuando una persona en virtud de la autonomía de la voluntad autoriza a la otra para actuar en su nombre y representación.

B) Representación legal. Es la que tiene por título una disposición de la ley, es decir, un cargo recibido conforme a lo mandado legalmente. Es cuando una persona por ser incapaz o encontrarse ausente, es representada por otra de entre las señaladas por las disposiciones legales.

También se llama representación necesaria, orgánica o estatutaria, en el caso de personas jurídicas. La doctrina moderna, para evitar confusiones, prefiere hablar de órganos representativos.

.) Por la manera de funcionar, que determina su diferente eficacia:

A) Representación directa o abierta. Es la ejercida Alieno Nomine. Obrando en concepto de representante: se manifiesta en que se actúa en nombre y por cuenta del representado.

Una persona actúa en nombre y por cuenta de otra, produciendo una relación directa e inmediata entre representado y tercero.

B) Representación indirecta u oculta. Es la ejercida Propio Nomine, cuando el representante obra en su propio nombre, pero en interés y por cuenta ajena.

Cuando actúa una persona en nombre propio y por cuenta de otra, adquiriendo para así los derechos y obligaciones del representado frente al tercero. Se establece entre dos personas, una relación jurídica interna, desconocida, y en ocasiones fingida para el tercero, pero al fin de cuentas los efectos jurídicos van a repercutir en el patrimonio de quien encomendó el negocio, de allí que se llame representación indirecta.

.) Significado de la representación

La representación ofrece una doble cara según se vista desde el lado del representado o del representante.

Para el representado, la representación supone un ensanchamiento de sus posibilidades de actuación jurídica: la representación voluntaria permite la ubicuidad y la utilización de la habilidad ajena para los propios negocios; la representación legal, es el medio de activar la capacidad potencial de quienes la tienen limitada. Con la contrapartida, de que lo hecho por el representante, lo es a cuenta del representado, que responderá como propia de la actuación ajena.

Para el representante, significa el recibir un poder sobre una esfera jurídica ajena; con ello, el patrimonio del representado queda ilimitada o limitadamente a su merced, con el entendido, de que ese poder se le confía para que lo utilice en interés del representado y no en el propio.

El representante queda en una situación de poder, caracterizada por su naturaleza personal y de confianza. Como persona, es intransferible: termina por la muerte del representado o por la del representante y, es intransmisible inter vivos.

Como situación de especial confianza (Fides), queda al arbitrio del representado la revocación del poder, en la representación voluntaria; y en la representación legal, se produce la remoción del

representante en los casos que la ley entiende hay motivos suficientemente reveladores para no confiar en él.

.) Representación y legitimación

Se considera la legitimación como la idoneidad de la persona para realizar un acto jurídico eficaz, inferida de la posición que se tiene frente al acto.

La representación significa legitimar un hacer del representante, respecto de la esfera jurídica del representado, como si fuera este mismo quien hubiese actuado.

No puede decirse con exactitud que el representado se desprenda de un poder y lo transmita al representante; el representando conserva la posibilidad de ejercerlo por sí mismo.

La legitimación del representante descansa en un título de cuya validez y extensión depende; el que otorga la facultad de modificar la esfera jurídica del representado, como si fuera este mismo quien hubiese actuado. Se distingue del mero permitir o autorizar, que limpia de ilicitud lo hecho sin poder. "De aquí la importancia del título de legitimación (causa representationis) para la representación, pues la justifica, caracteriza e individualiza".²²

.) Diferencia entre representación y asistencia.

²² Federico De Castro y Bravo, Temas de Derecho Civil, Madrid: Talleres Gráficos Marisal, 1972. p.111

Algunos tratadistas distinguen entre representación legal y asistencia. La diferencia estriba en la causa y grado de incapacidad del representado. Es representación cuando el incapaz no puede manifestar su voluntad o no actúa en absoluto, sino por medio de otra persona, como cuando se está sujeto a la patria potestad o tutela. "Es asistencia, cuando el incapaz actúa bajo control o con la colaboración de otra persona, como la curatela, la autorización judicial que requiere el emancipado para la enajenación, gravamen y la hipoteca de bienes raíces; la autorización necesaria del menor para contraer matrimonio o para aportar bienes a la sociedad conyugal"²³

"La ley sólo se ocupa de la llamada representación activa, en que el representante formula una declaración de voluntad válida para el representado. Mas también cabe representación pasiva; es decir, de parte del destinatario de la declaración; ésta consiste en formular la declaración destinada a una persona a su representante, con la misma eficacia que si se dirigiese personalmente al interesado ".²⁴

"El representante puede actuar al mismo tiempo para sí y para el representado, o como representante común de varias personas, interesadas todas colectivamente en el contrato que celebra".²⁵

Para que la representación sea válida y eficaz, exige dos requisitos:

²³ Bernardo Pérez Fernández Del Castillo, Representación, Poder y Mandato. México: edit. Porrúa, 1a. edición, 1984. p. 12.

²⁴ A. Von Tuhr, Tratado de las Obligaciones. Madrid: edit. Reus, T. I, 1a. ed., 1934, p.230.

²⁵ Loc. Cit.

1-Poderes en el representante (apoderamiento). Es decir, una relación jurídica que le autorice a obrar por el representado. Los poderes para representar a otro puede concederlos el propio representado o la ley.

2-El representante ha de actuar en nombre del representado, dar a entender que no obra para sí, sino para otra persona.

Lo normal es que la representación sea en interés del representado; es decir, que el representante gestione sus negocios en provecho y por cuenta suya. Existe también, sin embargo, según lo menciona la doctrina, la representación en interés del propio representante (in rem suam) o de un tercero. Para juzgar si existe representación no ha de atenderse a la relación interna entre el representante y el representado, sino al hecho de que aquél actúe en nombre de otro y con efectos para él.

De los representantes debe distinguirse el personal auxiliar del que el propio contratante se vale a veces. No tienen carácter de representantes: el agente o mediador, el notario que levanta actas, el abogado que redacta la escritura, el empleado que extiende por escrito lo que dicta el principal, el intérprete que lo traduce" y sobre todo, el nuncio o mensajero que hace llegar al destinatario la declaración del remitente".²⁶

²⁶ Ibidem, p. 231.

.)REQUISITOS, ELEMENTOS Y EFECTOS DE LA REPRESENTACION.

La representación responde a la idea de que el representante pueda hacer que los efectos jurídicos del contrato que celebra se produzcan en la persona del representado. Es decir, que los elementos y efectos del negocio jurídico, que normalmente coinciden en la misma persona, mediando representación, se desdoblan en dos personas distintas: los elementos constitutivos se dan en el representante; los efectos recaen en el representado.

El representante debe actuar en nombre del representado, es decir, dar a entender al formular su declaración, que los efectos de aquel contrato no le afectan a él personalmente, sino a otra persona. El representante deberá poner de manifiesto su condición de tal, ya sea mencionando de un modo expreso al representado o aludiendo a él de una u otra manera. También, la condición del representante puede inferirse tácitamente de las circunstancias, sin necesidad de declaración expresa. No es necesario que ni el representante ni el tercero conozcan la persona en cuyo nombre se contrata.

Tratándose de contratos que engendran obligaciones, al tercero le interesa por regla general, saber a quien va tener por acreedor, y sobre todo, por deudor, pues siempre podrán surgir mas tarde litigios por incumplimiento parcial o por vicios o defectos ocultos.

Tratándose de compraventas, al vendedor le es indiferente, en general, a manos de quien pase la cosa vendida, por lo cual el

mandatario puede perfectamente, aun contratando en su propio nombre, adquirir la cosa para el mandante. Para que el mandante se convierta en propietario inmediatamente, es necesario la identidad de la cosa adquirida por su cuenta. Si el mandatario la compra formando parte de una cantidad de cosas del mismo género, la propiedad no pasa al mandante hasta que no se realiza la separación de las cosas a él destinadas.

Si el representante celebra en su propio nombre un contrato en que al tercero le importa saber quién es el otro contratante, se dará un caso de representación indirecta; es decir los créditos y las obligaciones nacidos de este contrato tendrán por sujeto titular al representante, en tanto que éste no los ceda o traspase al representado. Pero si queriendo obrar en nombre de éste, no se dió a conocer como tal representante por creer equivocadamente que la otra parte conocía su intención o que estaba clara por las circunstancias que concurrían, podrá impugnar el contrato.

Como en realidad es el representante mismo quien contrata, aunque los efectos del contrato se den en cabeza del representado, para todos los requisitos y elementos de la contratación se atiende normalmente a la persona del primero.

Es el representante quien ha de reunir la necesaria capacidad de obrar; en cambio puede ocurrir que el representado, como acontece sobre todo en los casos de representación legal, sea incapaz de obrar.

El contrato se entiende celebrado entre ausentes, cuando el representante que contrata se halla en la misma localidad que la otra parte.

En consenso o acuerdo de voluntades que reclama el contrato hay que buscarlo en la concordancia de las declaraciones del representante y el tercero.

Los vicios del consentimiento han de buscarse asimismo en la persona del representante; el contrato no obligará cuando éste padezca error esencial o venga impulsado a celebrarlo por dolo o amenaza, aun cuando estas circunstancias determinantes no trasciendan a la persona del representado.

En caso de que sean varios los representantes que actúen, solo se toman en consideración los vicios de la voluntad que se den en el representante que celebre el contrato; siendo la representación colectiva, basta que los vicios de la conciencia de los hechos se den en uno cualquiera de los representantes.

La persona del representado no suele tenerse en cuenta para estos efectos, sobre todo en la representación legal, en que se trata frecuentemente de incapaces; tampoco en la voluntaria, cuando sea a cargo del representante la elección del contrato que se celebra. Pero si el poderdante se mezcla indirectamente en la celebración del contrato, dando al apoderado instrucciones, no podrá hacerse caso omiso de su voluntad ni de su conocimiento o ignorancia de los hechos. En tales

casos, la ignorancia del representante no excusa al representado, si es que éste estaba obligado a conocer las circunstancias en cuestión. El error del representante no invalida el contrato si el representado al darle instrucciones, conocía los hechos de los cuales versa su error.

El representante está obligado a observar la forma prescrita por la ley para el contrato. Tratándose de contratos que hayan de constar en escritura, el representante deberá poner su firma al pie, haciéndose resaltar en el texto su condición de representante.

Los efectos del negocio jurídico celebrado por el representante con sujeción a sus poderes y en nombre del representado, se dan en la persona de éste, y a ella hay que atenerse, por tanto, para enjuiciarlos.

El representado deberá gozar de capacidad jurídica. En su persona habrán de darse los requisitos necesarios para que puedan nacer los derechos creados por el representante.

Los actos de disposición del representante sólo son válidos en aquello a que alcancen los poderes dispositivos del representado. No lo son cuando el derecho de que se trata de disponer no pertenezca ya a éste o cuando se halle coartado por cualquier causa en sus facultades de libre disposición.

Los actos del representante surten efectos directamente en cabeza del representado, sin necesidad de pasar por la persona del primero. Así pues, en las adquisiciones realizadas por medio del

representante, el representado no se considera sucesor jurídico de éste, sino que tiene el derecho directamente del tercero que se lo traspasa. Viceversa, si se trata de enajenación, el tercero adquiere directamente del representado y no del representante.

De las obligaciones contraídas por el representante responde, por regla general, el representado por todos sus bienes, a menos que el primero, al contratar, limitase la responsabilidad o que sus poderes sólo le autoricen para crear obligaciones hasta un cierto límite.

Los actos de disposición realizados por el representante tiene su causa o fundamento jurídico en las relaciones que medien entre el representado y el tercero.

En la persona del representado se dan absolutamente todos los efectos que engendra el acto de representante, así como los que se derivan de su declaración de voluntad como los que directamente imponga la ley.

En el representando se dan también los efectos legales que se produce de ser nulo el contrato.

Cuando alguien contrate en representación de varias personas, habrá de atenerse a las normas sobre solidaridad, para saber si las personas representadas han de considerarse deudores o acreedores solidarios.

La esfera jurídica del representante permanece por completo ajena a los contratos celebrados en nombre y por cuenta del

representado, no adquiere derecho alguno personal; podrá únicamente ejercitar los del representado cuando tenga poderes para ello. No contrae tampoco obligaciones para con el tercer acreedor. A menos que salga fiador de las obligaciones del representado.

.) REPRESENTACION SIN PODER

Los contratos del representante no engendran efecto alguno directo a favor ni en contra del representado, cuando aquél no tenga poderes, bien por que no los haya recibido, o por que se extralimite de ellos; puede también ocurrir que los poderes hayan caducado con relación a la persona con quien contrata. En caso de extralimitación, el contrato puede ser válido en parte o convalidarse, por analogía con lo que ocurre con respecto al mandatario, cuando la otra parte, antes de denegarse la ratificación, se muestra dispuesta a reducir sus derechos dentro de los límites del poder.

En cuanto a sus relaciones internas con el representado, el representante que contrata sin estar asistido de poder puede actuar de una de dos maneras: en cumplimiento de un mandato que no le confiere atribuciones representativas o como gestor de negocios ajenos sin mandato. No hay mas que un negocio jurídico que el representante puede celebrar válidamente con eficacia para el representado sin tener poderes y sin que medie ratificación: el pago de sus deudas.

Cabe que el contrato celebrado sin poderes obligue al representado, siempre y cuando lo ratifique. Entre tanto que la

ratificación no se decida, el contrato así celebrado atraviesa por un periodo de incertidumbre, semejante al de los contratos celebrados por quien no tiene plena capacidad de obrar sin la autorización de su representante.

La ratificación es una declaración unilateral que puede dirigirse, lo mismo que el poder, al propio representante o al tercero con quien éste contrató. Hállase exenta de forma y puede efectuarse tácitamente es decir, mediante actos que el representante o el tercero puedan lícitamente interpretar como asentamiento al contrato celebrado.

La ratificación tiene una eficacia más intensa que el apoderamiento, toda vez que crea una relación contractual, mientras que el poder no hace mas que sentar una condición previa para el otorgamiento del contrato. Es irrevocable y tiene efectos retroactivos. El contrato sólo puede ratificarse tal y como se celebró: sin modificaciones y en toda su integridad. Si el representante cerró varios contratos, cabe ratificar uno sólo, a menos que todos se hayan celebrado con la misma persona y formen una unidad. El otorgar o denegar la ratificación compete al libre arbitrio del representado: el tercero no puede invocar, para estos efectos, la utilidad de la gestión.

Entretanto que se decide en un sentido u otro la ratificación, el tercero queda sujeto al contrato, y sólo puede desistir de él cuando expresamente se haya reservado este derecho. El asentimiento del representante no autoriza para dar por no celebrado el contrato, cuando en él no se establezca esta posibilidad. Fuera de este caso, el representante y el tercero con quien contrata no tiene mas remedio

que atenerse a la decisión que adopte el representado y esperar a ella. La ley no señala plazo alguno, pero pueden fijarlo libremente las partes, contratando bajo condición de que el representado ratifique antes de una cierta fecha. Al tercero cuando le conste la ausencia del poder en el momento de contratar o si en un momento posterior, tiene el derecho a exigir que el representado se pronuncie dentro de un plazo prudencial del tiempo y el representado deberá atenerse al plazo y comunicar su decisión al tercero directamente.

Los negocios jurídicos del representante desasistido de poder pueden convalidarse también sin necesidad de ratificación, cuando el propio representante llegue a adquirir el derecho de que dispone o herede al representado. También, "denegada la ratificación expresa o tácitamente, el tercero puede dirigirse contra el representante."²⁷

Esto último, aún cuando el representante obra sin saber que no tenía poderes, para que le indemnice los daños y perjuicios que le produzcan. Cuando obre culposamente, es decir sabiendo o debiendo saber que ni tiene atribuciones de representante, puede venir obligado si la equidad lo exige, a resarcir todos los demás daños, incluso el interés que el tercero tenga en el cumplimiento del contrato. Pero la responsabilidad del representante cesa cuando el tercero, al contratar, supiese o pudiese saber que obraba sin poderes de ninguna clase.

Interpretar la conducta del representante sin poder como una infracción, culposa o no, de los deberes cuasi contractuales que le imponen las negociaciones del contrato una vez iniciadas, hace

²⁷ Ibidem, p. 261.

derivar, que la responsabilidad del representante suponga en él capacidad de obrar, o autorización, en su caso, del representante legal, y de aquí también que le sean imputables," las extralimitaciones cometidas por sus dependientes o empleados. ²⁸

También se le concede al tercero una acción de enriquecimiento injusto, pero para que haya lugar a ejercitarla, será necesario que el tercero, confiando en los poderes del representante, entreguen a éste una prestación con destino al representado. Para reclamar su devolución, el tercero dispondrá en primer término de la acción reivindicatoria, ya que los objetos así entregados no han podido entrar en el patrimonio del representado por falta de poderes, y el tercero no pierde la propiedad. Únicamente cuando el representante se anticipe a consumir los objetos entregados se le podrá demandar por la acción de enriquecimiento, extensiva al representado si los objetos se invirtieron en su patrimonio.

Lo anteriormente expuesto también se aplica a los casos en que el representante actué en nombre de una persona que no existe o cuya terminación se reserva y no llegue a determinarse, o bien en nombre de una persona futura que no llega a nacer o que, aún naciendo, deniega la necesaria ratificación.

.) La Representación Legal.

²⁸ Loc. cit.

La voluntad del representado no es la única fuente de que puede nacer el poder de representación. Hay además de ésta, muchas otras causas que lo engendran:

La voluntad de otras personas.

La representación de las personas jurídicas se basa en sus estatutos o en la ley. La representación de las personas jurídicas de derecho público para los efectos privados tiene su base en la ley.

Hay casos en que los poderes representativos se otorgan por providencia de una autoridad, como ocurre con los del tutor y curador.

Otras veces, las atribuciones de representación provienen directamente de la ley, tal acontece con la de los padres, y con las facultades del socio colectivo para representar a la sociedad.

Podemos englobar todos estos casos con el nombre de representación legal, entendiendo por tal, no sólo la que confiere directamente la ley, sino todo otro poder representativo que no tenga su título en la voluntad del representado. Se habla de representantes legales en sentido estricto, para referirse a los llamados por la ley a suplir o completar la capacidad de obrar de ciertas personas. Así, en sus relaciones con el pupilo y con terceros, el tutor actúa como un verdadero representante.

La representación legal queda fuera del ámbito de la autonomía de la voluntad; su existencia y su extensión no nace ni depende de la voluntad del representado, sino que proviene directamente del

mandato legal. La ley la impone, señala los requisitos para ser representante, regula sus poderes para actuar y decidir aunque ello haya de ser siempre en interés, por cuenta y a cuenta de una persona o de unos intereses que se estiman necesitados de la especial protección que se confía al representante legal.

CLASES DE REPRESENTACION LEGAL:

Por su materia:

-) La representación legal para personas de capacidad limitada, en especial la conferida a quien ejerza la patria potestad o la tutela, respecto de menores e incapacitados.

-) La representación legal para la administración de un patrimonio o conjunto de bienes ajenos.

Por su función:

Puede ser directa o indirecta, según que el representante obre en nombre y por cuenta del representado o sólo por cuenta de éste.

CARACTERISTICAS DE LA REPRESENTACION LEGAL:

Se le aplican las disposiciones específicas de cada tipo de representación legal, completadas con las reglas propias de la

representación; no obstante, presenta algunas notas que le son peculiares:

--Existe una estricta tipificación legal. La ley señala las facultades del representante, límite de sus poderes, y en su caso, organismos de control.

--El representante no depende de la voluntad del representado. Cuando se habla de abuso de poder del representante legal se hace referencia a la extensión de las funciones confiadas por las disposiciones legales o determinadas por los organismos de los que dependa.

--El representante legal bastará que actúe dentro del círculo de la administración confiada para que se entienda que está ejerciendo en concepto de representante.

--Muestra un distanciamiento del ámbito de la autonomía de la voluntad al haber casos en que la representación viene automáticamente impuesta al representante.

La finalidad de la representación legal varía según los casos: la tutela y la curatela se instituyen en interés del incapaz, y lo mismo ocurre con los órganos de las personas jurídicas y con la patria potestad.

El artículo 425 del código civil para el Distrito Federal en materia común y para toda la República en materia federal dice expresamente que - los que ejercen la patria potestad son legítimos

representantes de los que están bajo de ella. Por tanto, los padres que ejercen la patria potestad, no necesitan mas justificación que la prueba de filiación y la prueba de la menor de edad del hijo, para acreditar su carácter de representantes de su hijo y poder ejercer en nombre de éste, todos los actos que la ley autoriza a realizar a los que ejercen la patria potestad.

En virtud de la representación que tienen los padres en relación con su hijo, los actos que aquellos realicen legítimamente sobre el patrimonio de éste, no vinculan a los padres, sino que exclusivamente surten efectos jurídicos en relación con el hijo. Esta es una de las características de toda representación.

" Esta consiste en lo que los autores han denominado la contemplatio domini, o sea que el tercero, siempre que está celebrando cualquier acto jurídico con el representante, sabe que éste no es el dueño del negocio, sino que éste le muestra al verdadero dueño, actuando a su nombre mediante la manifestación de ser su representante. En esta situación, los efectos necesariamente se producen entre el representado y el tercero." ²⁹

Hay otros casos en que la representación legal responde al interés de terceras personas: los albaceas, no tienen más norma que el interés del causante en que se respeten sus disposiciones.

En la representación legal existe, al igual que en la voluntaria, una relación obligatoria, una relación obligatoria entre el representante

²⁹ Alberto Pacheco E., La persona en el Derecho Civil Mexicano. México: Panorama Editorial; 1a. edic., 1985. p. 151.

y el representado, de la que se deriva para el primero el deber de cumplir fielmente sus funciones, así como el derecho a reclamar que se le remunere su trabajo y se le indemnicen los desembolsos.

A falta de normas legales, habrán de aplicarse por analogía a esta relación las normas que rigen para el mandato. Sin embargo, como la representación legal no tiene su fundamento en la voluntad del representado, el representante, por regla general, no se halla obligado a respetar sus instrucciones. Ordinariamente, el representante solo responde del mal uso que haga de sus poderes para con la persona a quien representa. Únicamente a los órganos de las sociedades anónimas se les impone una responsabilidad para con los accionistas y los acreedores sociales.

Con relación a lo que establece el artículo 428 del código civil para el Distrito Federal en materia común y para toda la República en materia federal, al referirse a los bienes que por cualquier otro título adquiera el hijo, de los cuales la propiedad y la mitad del usufructo pertenecen al hijo, y la administración y la otra mitad del usufructo corresponden a quien ejerce la patria potestad. " Esa mitad del usufructo de esta segunda clase de bienes, es lo que se domina normalmente el usufructo legal al cual pueden renunciar los padres, considerándose entonces como una donación hecha a favor de sus hijos." ³⁰

El representante legal no puede nombrar un sustituto que le releve de todas sus funciones, pero si encomendarle algunas de

³⁰ Ibidem, p. 153.

ellas, tales como la dirección de un proceso, la dirección de una industria, etc. A un representante legal no se le puede exigir que intervenga personalmente en asuntos que reclaman conocimientos técnicos o que suponen una gran pérdida de tiempo y de trabajo.

“ Cuando los representantes legales sean varios, hay casos (tutores, albaceas, consejos directivos de sociedades anónimas, etc.), en que la ley ordena que actúen colectivamente; en cambio, los socios colectivos representan individualmente a la sociedad. Cuando la junta directiva de una corporación se componga de varios miembros y la ley nada disponga respecto a este punto, deberá aplicarse el principio de la mayoría, entendiéndose que la de los miembros reunidos tiene facultades para representar a la entidad”.³¹

La representación legal implica a diferencia de la voluntaria, generalmente exclusividad; es decir, que el representado no puede celebrar personalmente los negocios jurídicos que encomiendan al representante. Este carácter exclusivo de la representación legal tiene su explicación en la incapacidad de obrar del representado o en el hecho de verse separado de la administración de una masa de bienes, como la herencia.

LA REPRESENTACION DIRECTA:

Se caracteriza en que el representante actúa y decide en nombre y por cuenta del representado. Quien trata con el

³¹ A. Von Tuhr, op. cit. p. 250.

representante ha de saber su condición, que no actúa por sí y para sí, sino por cuenta del representado, de tal manera, que el representante que en ese concepto cierre un contrato, liga a su representado con el tercero, y el representante queda "fuera de juego".

Sin embargo, el representado ha de tener la capacidad de obrar general y especial necesaria para quedar obligado por el negocio o acto del representante voluntario. También le será necesaria la capacidad jurídica exigida para una adquisición.

LA REPRESENTACION VOLUNTARIA:

Es la figura más común dentro de la representación. La sustitución se opera mediante un negocio celebrado entre representante y representado, siendo en éste último en quien se legitiman las calidades propias de la representación.

La figura negocial más corriente que determina el origen de la representación voluntaria es el mandato.

LA REPRESENTACION INDIRECTA:

A diferencia de la representación directa en que se realiza un negocio en interés de otro y a nombre del sujeto del interés, en la representación indirecta los actos son celebrados por un sujeto a nombre propio pero en interés ajeno.

Esta representación indirecta en que el representante actúa a su propio nombre pero en interés y por cuenta ajena, es considerada por algunos autores impropriamente como una representación, "ya que no consiste la esencia de la representación en que el interés sea del representado, sino en que la relación jurídica se establezca entre el tercero y el representado". ³²

B)- Poder

1 – Poder es la facultad concedida a una persona, llamada representante, para obrar a nombre y por cuenta de otra llamada representada. Dicho poder o facultad puede tener cualquiera de estas tres fuentes:

A) – Puede ser concedido por la ley, como ocurre con el tutor y con el titular de la patria potestad, quienes por virtud directamente de la ley pueden obrar a nombre del incapaz que representan.

B)-Puede ser concedido por medio de una resolución judicial, como es el caso del representante común de varios actores o de varios demandados que ejercitan la misma acción u oponen la misma excepción y que por no ponerse de acuerdo sobre la designación de aquél, es nombrado dicho representante por el juez.

³² Alberto Pacheco E., op. cit., p.152

C) Puede ser concedido el poder unilateralmente por una de las partes en un contrato de mandato, "y, por ello, es muy común hallar el empleo impropio de "Mandato" como sinónimo del poder".³³

D)–Puede ser concedido por el órgano competente (directiva, asamblea) de una persona moral al designar a uno de sus funcionarios.

Se le llama poder a la autorización que el representado da al representante, por medio de un negocio jurídico, para que contrate en su nombre. " El apoderamiento o acto por medio del cual se otorgan los poderes, constituye un negocio jurídico unilateral y receptible, que acompaña por lo general a un contrato y muy especialmente a un mandato que el representado da al representante. De aquí que en la doctrina tradicional se estudiase la representación voluntaria con el contrato del mandato."³⁴

El poder, en el sentido que recibe en Derecho Privado, es el título de legitimación conferido a una persona para que pueda actuar en nombre de otra.

La declaración por medio de la cual se otorgan poderes debe dirigirse al apoderado, y surte efectos tan pronto como llega a su poder, sin ser necesario que el representante de su conformidad. No es necesario tampoco que el tercero con quien contrata el representante tenga conocimiento de los poderes que le asisten. El

³³ Ramón Sánchez Meda, De los Contratos Civiles. México: Edit. Porrúa, 4a. ed. 1978, p.261.

³⁴ A. Von Tuhr, op. cit. p. 234.

contrato se cierra personalmente por el apoderado, sin necesidad de que el interesado lo ratifique, aunque el tercero le tome por un gestor de negocios sin poderes.

El apoderamiento supone la entrega de una carta credencial a la representante, que le acredita como tal ante el tercero. En virtud de ella, el tercero puede confiar en que, todo aquello que realice el representante conforme al poder, es como si lo hubiese realizado el representado por sí mismo.

La dación de poder significa la entrega de facultades para hacer en el patrimonio del representado.

El apoderamiento es un acto exento de forma, aún cuando el acto o contrato para que se otorgue tenga carácter formal. Así, se puede apoderar a otra persona de palabra o por escrito para que asuma una fianza en su nombre, o cierre el contrato de venta sobre una finca de su propiedad. En cambio, el régimen del registro de la propiedad, exige otorgamiento de poderes en escritura pública, tratándose de transmisiones inmobiliarias, para comparecer en el acto de notificación.

El apoderamiento, exento como está de toda forma, puede otorgarse también tácitamente; es decir, mediante actos de los cuales pueda inferirse, según las circunstancias concurrentes y atendiendo a los usos comerciales, que la voluntad del interesado era dar poder al representante. Así, por ejemplo, si al representante se le encomienda la celebración de un negocio, por medio de un contrato de mandato o

de servicios, habrá razones para suponer que se le otorguen también los poderes necesarios al efecto sin los cuales no le sería posible, como ejemplo, poner al cobro un crédito del deudor.

El representante se ve muchas veces en la precisión de tener que acreditar los poderes que le asisten. En los contratos, la otra parte suele precaverse exigiéndole la exhibición de los documentos que acreditan su personalidad de representante. En los negocios unilaterales, la parte contraria puede rehusar también la declaración, si no se legitima, la personalidad del representante se acredita por medio de la escritura de poder firmada por el representado.

El poderdante puede comunicar el otorgamiento de poderes a los terceros con quienes su apoderado ha de tener relación. La notificación puede hacerse también efectiva a un número indefinido de personas por medio de avisos al público. Hay también apoderamiento externo cuando el representante exhibe al tercero la escritura otorgada por el representado. El tercero de buena fe queda a salvo con atenerse a estas notificaciones.

Generalmente los poderes se otorgan a la sombra de una relación jurídica que obliga al representante a desplegar una actividad en interés del representado. Esta relación jurídica presenta por lo general, las características de mandato, del contrato de servicios o de la sociedad.

En relación a que en el poder hay que separar la independencia conceptual del poder de la abstracción negocial del mismo:

"La primera cuestión había sido advertida por los autores antiguos. Supieron distinguir el acto unilateral de dación del poder (procuram constituit) del contrato bilateral de mandato, que requiere la aceptación del mandatario (Pothier)".³⁵

El negocio constitutivo de la representación puede ser de distinta clase. La prueba en consecuencia, generalmente está vinculada a la del negocio al cual va unido.

En otros casos puede resultar de un acto escrito (poder) en instrumento público o privado.

Cuando el contrato constitutivo o sus modificaciones calla sobre las restricciones especiales que tiene el administrador, las mismas dependerán del objeto de la sociedad, por lo que cabe concluir que el administrador se encuentra facultado para realizar todos aquellos actos comerciales que sean una consecuencia ordinaria de la actividad previstos como objeto de la sociedad o útiles para la realización de esa actividad.

Son posibles otras restricciones, pero ellas deben surgir del documento habilitante que acredite la representación.

"Los documentos que ha de presentar al notario la persona que actúa en nombre de una sociedad para acreditar la representación invocada, serán entregados al requerirse la prestación de funciones o

³⁵ Federico De Castro y Bravo, op. cit. p.121.

con anterioridad a la formalización de la escritura, por cuanto, además de las menciones que deben hacerse en el texto de ésta, el actuante tendrá que estudiarlos a fin de formar juicio respecto de su alcance y validez".³⁶

Si quien comparece ante el notario es apoderado de la sociedad, será necesario como prueba suficiente, que presente el instrumento público de poder especial o general que lo faculta para intervenir en representación del ente social para celebrar el negocio de que se trate.

En cambio, si intervienen en nombre de la sociedad sus administradores, será menester comprobar la existencia legal del ente y el carácter y atribuciones de la persona que ejerce esa calidad.

Los documentos acreditativos de la existencia legal de una sociedad, establecen generalmente quién o quiénes son las personas físicas investidas del gobierno, administración o representación de la misma.

Algunas funciones pueden ser delegadas en dependientes o empleados (ejecutivos) y entre los cuales destaca su jerarquía el llamado gerente.

³⁶ Consejo Federal del Notariado Argentino en el IX Congreso Internacional del Notariado Latino. La representación de las sociedades mercantiles, Buenos Aires, 1967. p. 34.

El gerente, o bien el director, tiene funciones ejecutivas. Sus facultades pueden ser más o menos amplias, según las especificaciones de los estatutos y las resoluciones de la asamblea.

"Para el mejor cumplimiento de sus tareas se recurre a la vía del poder. Cuando el encargo tiene por objeto otorgar un acto jurídico o una serie de actos de esta naturaleza configura mandato. Si tiene objeto diferente como la ejecución de trabajos materiales o intelectuales en interés del mandante entra en el dominio de la locación de servicios o de obra." ³⁷

El apoderamiento como todo negocio jurídico supone plena capacidad de obrar en el poderdante, o en otro caso la asistencia del representante legal, aún cuando se trate de negocios que el incapaz pudiera celebrar personalmente.

El poder es nulo por simulación cuando el apoderado conozca la falta de seriedad, pero surtirá efecto, a pesar de la simulación, si se ha notificado a terceras personas y estas obran de buena fe.

El poder no obliga cuando en su otorgamiento se haya deslizado algún vicio de la voluntad. Los contratos que se celebren sobre poderes así viciados no obligan al poderdante, aunque pueden convalidarse por transcurso del tiempo señalado por la ley para la impugnación. El mismo régimen que el otorgamiento de poderes, sigue su notificación, cuando adolezca de algunos de los vicios del consentimiento.

³⁷Ibidem, p. 35.

2. - Los poderes pueden tener diverso alcance:

-En cuanto al tiempo: cabe sujetarlos a condición suspensiva, señalar un plazo desde el cual hayan de surtir efectos. Los actos realizados por el representante con anterioridad no obligan al representado, ni aún después de cumplirse la condición o vencer el plazo, pues el poder no tiene eficacia retroactiva, pero pueden ser objeto de ratificación.

-En cuanto a los efectos personales: según que el representante venga autorizado para contratar con cualquier tercero o sólo con una persona concreta y determinada. Esto puede desprenderse del contenido del poder o de la forma de su otorgamiento.

-En cuanto al objeto: Hay dos clases de poderes: Los especiales que se refieren a un negocio concreto, y los Generales, que dicen relación a toda una categoría de negocios, o a los negocios todos del representado en general. Hay ciertos asuntos para los cuales la ley exige que el apoderamiento sea especial y expreso. A ciertos representantes se les acotan legalmente las facultades de representación. Fuera de estos casos, el alcance y extensión del poder lo indica la declaración de voluntad del poderdante.

No hay que confundir con las limitaciones puestas al poder, las normas que el poderdante suele dar al apoderado respecto al empleo de sus poderes. Estas normas o instrucciones no afectan al poder,

sino al negocio jurídico en que este se basa (mandato, contrato de servicios, etc.) y obligan al representante a obrar ateniéndose a ellas. Estas instrucciones no coartan las posibilidades jurídicas del representante, sino únicamente su poder de licitud. Así pues, el contrato que celebre el apoderado quebrantando sus instrucciones, obliga al poderdante, si bien éste puede reclamar del apoderado una indemnización de los perjuicios que se le produzcan por haber infringido el mandato.

-En cuanto a la forma, cabe que el poder sólo autorice al representante a celebrar contratos de una determinada forma, por ejemplo, por escrito, o a hacerse cargo únicamente de las declaraciones escritas que se dirijan al representado.

Normalmente, la función del apoderado consiste en celebrar negocios jurídicos con o respecto a tercero.

C- MANDATO

El código civil para el Distrito Federal define al mandato en el artículo 2546 como "contrato por el que el mandatario se obliga a ejecutar por cuenta del mandante los actos jurídicos que éste le encarga".³⁸

En la anterior definición se deduce que si establece que actúe por cuenta del mandante sin precisar que sea a su nombre, permitirá por lo mismo que sea representativo o bien, no representativo.

³⁸ Ramón Sánchez Medal, op. cit. p. 256.

El mandato tiene por objeto la realización de actos jurídicos y no puede ser objeto de él actos materiales.

Al hablar del mandato estamos en la presencia de un contrato, pues aunque ordinariamente sólo interviene el mandante al conferir el mandato, se requiere la aceptación del mandatario para que sea perfecto.

1. CARACTERÍSTICAS:

Es un contrato naturalmente oneroso y sólo por excepción gratuito (Art. 2549, Código Civil).

Generalmente es un contrato bilateral en sentido amplio, porque da nacimiento desde su perfeccionamiento no sólo a obligaciones a cargo del mandatario, sino también engendra la obligación a cargo del mandante de pagar la retribución; pero no se trata de un contrato sinalagmático en sentido estricto o con obligaciones interdependientes, pues no puede exigirse la rescisión de este contrato por incumplimiento de la citada obligación a cargo del mandante y, además, nada impediría que el mandatario reclamara y obtuviera el pago de la retribución pactada, aunque no realizara los actos jurídicos por habérselo ordenado así el propio mandante con posterioridad a la celebración del contrato, o por haber surgido un accidente imprevisto que hiciera inconveniente la ejecución del encargo dado por el mandante, lo que demuestra que no hay interdependencia recíproca entre las obligaciones del mandatario y las del mandante.

De igual manera, el mandatario carece de derecho de retención aún cuando no se le haya pagado la retribución, puesto que tal derecho sólo existe para obligar al mandante el reembolso de las expensas y al pago de los daños y perjuicios que hubiera sufrido.

El mandato cuando llega a ser gratuito, puede decirse que es unilateral, pues las obligaciones a cargo del mandante de rembolsar al mandatario los gastos efectuados y la de indemnizado por los daños y perjuicios que le hubiere causado el cumplimiento del mandato, no nacen al momento de perfeccionarse el contrato sino con posterioridad a consecuencia de hechos eventuales.

Es un contrato "Intuitu Personae", por lo que termina con la muerte de cualquiera de las dos partes. No puede el mandatario encomendar a un tercero el desempeño del mandato, a menos que el mandante lo hubiera facultado expresamente para ese efecto.

En cuanto a su forma, es un contrato formal ya que debe ratificarse por escrito, siendo nulo el mandato que prescinda de los requisitos legales de forma.

" Según una parte de la doctrina española, al igual que el contrato de promesa y el de sociedad, es un contrato preparatorio el mandato, por cuanto que crea relaciones jurídicas en orden a la realización de otros actos jurídicos posteriores a los cuales sirve de antecedente".³⁹

³⁹Ibidem, p. 257.

Es un contrato principal, es decir, tiene subsistencia por si mismo y no depende de otro contrato; por excepción, el mandato puede ser accesorio, caso del mandato irrevocable que se otorga como condición en un contrato bilateral o como medio para cumplir una anterior obligación ya contraída.

2) ESPECIES DE MANDATO:

-Mandato Civil: Para actos civiles.

-Mandato Mercantil o Comisión: Para actos de comercio.

-Mandato Especial: Para uno o varios actos jurídicos concretos expresamente determinados.

-Mandato General: Se refiere a una categoría de actos. Consta de tres subespecies: para actos de dominio, para actos de administración y para pleitos y cobranzas. Entre los referidos mandatos generales hay una gradación o jerarquía, por cuanto que el mandato general para actos de dominio, comprende el mandato general para actos de administración y para pleitos y cobranzas, y el mandato general para actos de administración comprende el general para pleitos y cobranzas.

Sin embargo, aunque se trate de un mandato general, cuando leyes especiales que no sean el código civil, requieran cláusula especial para conceder una determinada facultad al mandatario, es necesaria la cláusula especial.

Suelen en la práctica combinarse las ventajas del mandato especial con las del mandato general, para que las facultades conferidas al mandatario no sean insuficientes, pero tampoco excedan la medida exigida por la finalidad del mandato que va a otorgarse. Con este doble propósito, se confiere al mandatario un mandato general en cualquiera de las tres especies, pero a la vez se limita expresamente en el texto del mismo contrato el ejercicio de dicho mandato solo a todo lo referente a un determinado bien o negocio.

Para entender la diferencia entre mandato general para actos de administración y mandato general para actos de dominio, se debe distinguir entre patrimonio común y patrimonio de afectación. "Cuando se da un mandato general para actos de administración, muchas veces comprende también determinados actos de disposición. Un comerciante, dueño de un establecimiento mercantil, otorga poder a uno de sus factores, de sus empleados; ese factor puede vender las mercancías porque en eso consiste el acto de administración; es un patrimonio en explotación y en ese patrimonio, el acto de administración, no sólo se refiere a aquellos actos conservatorios del patrimonio, sino que precisamente como es un patrimonio de afectación, la administración comprende, incluso, esos actos de disposición; podrá vender las mercancías; es la forma de administrar ese patrimonio".⁴⁰

⁴⁰ Francisco Lozano Noriega, Cuarto Curso de Derecho Civil, México: Asociac.Nal. del Notariado Mex., 2a. ed., 1970. p.441.

-Mandato Representativo en el que el mandatario actúa en nombre del mandante.

Al mandato lo acompaña la idea de la representación. Por lo mismo en cuanto a los efectos de los actos jurídicos realizados por el mandatario con terceros, se entiende que el mandante aprovecha directamente los beneficios y soporta también los perjuicios del acto jurídico realizado. Se establece una verdadera relación de carácter jurídico entre el mandante y el tercero con quien contrata el mandatario, porque éste obra en nombre del mandante, en nombre y con la representación de éste.

Mandato no representativo es cuando el mandatario actúa en nombre propio, pero siempre por cuenta del mandante.

En esta especie de mandato, los efectos jurídicos de los actos que realiza el mandatario son para él frente a los terceros. El mandante no tiene relación con los terceros, ni éstos con el mandante. La relación de los terceros es con el mandatario con quien han tratado. Esto, sin perjuicio de los derechos y obligaciones que deriven del contrato de mandato entre mandatario y mandante.

La clasificación entre Oneroso y Gratuito. En el código civil vigente, el mandato es por naturaleza oneroso. Para que el mandato sea gratuito debe haber un pacto expreso en ese sentido. Si no se ha estipulado remuneración para el mandatario, esto no trasciende en cuanto a que el contrato de mandato pierda el carácter de oneroso; aún cuando no se pacte remuneración, el mandante está obligado a

remunerar al mandatario; para que no tenga esta obligación el mandante, se necesita un pacto expreso, para que se considere el contrato de mandato como gratuito. Si no hubiera estipulación expresa en cuanto a remuneración, se atenderá a la costumbre del lugar, a los aranceles, o en último término al arbitrio judicial.

- Mandato revocable y Mandato irrevocable. Por regla general todos los mandatos son revocables; precisamente porque el contrato de mandato es Intuitu Personae, el mandante tiene la facultad de revocar el mandato y, el mandatario, la de renunciar al poder.

La revocación en el mandato, es la declaración unilateral de voluntad del mandante en el sentido de dar por terminado el contrato de igual forma que la renuncia es la manifestación unilateral de voluntad por parte del mandatario, de dar por terminado el mandato.

El mandato que el código civil llama irrevocable, nunca puede ser un mandato general, porque siempre debe referirse a algo especial: que no se haya establecido como una condición en un contrato bilateral ni como un medio para cumplir una obligación contraída.

- Mandato Judicial es el que se otorga para un cierto negocio jurídico de carácter contencioso. Este mandato puede otorgarse ante el mismo juez de los autos, o ante notario.

3) FIGURAS AFINES:

EL MANDATO se distingue de la prestación de servicios profesionales y del contrato de obra a precio alzado, porque en estos dos últimos contratos los actos objeto del contrato son actos materiales y no necesariamente actos jurídicos, pues aunque pueden darse actos jurídicos y aún la representación en esos dos contratos, no es esto lo distintivo en tales contratos, y puede coexistir el mandato con alguno de los dos últimos contratos.

El contrato de mandato y el de prestación de servicios son de gran similitud, pues el objeto de ambos es la prestación de servicios. La diferencia consiste en que el mandato se refiere a la realización de actos jurídicos; y la prestación de servicios, a la ejecución de trabajos que requieren para su desempeño una preparación técnica y en ocasiones, título profesional. La prestación de servicios puede comprender efectuar actos jurídicos, pero normalmente se refiere al desarrollo de hechos materiales. a la fuente jurídica. Como distinciones entre mandato y poder tenemos las siguientes:

" La primera distinción se refiere a la fuente jurídica. El mandato es un contrato; el poder, una declaración unilateral de voluntad. La segunda, en que el mandato tiene como obligaciones de hacer, consistentes en la realización de la representación en forma abstracta y autónoma, o sea, la actuación a nombre de otra persona para que los actos efectuados surtan en el patrimonio del representado, de tal manera que la relación jurídica vincula directa e inmediatamente al representante con el representado. La tercera consiste en que el mandato no es representativo, sin embargo puede servir si va unido con el otorgamiento de un poder, es decir, el mandato siempre

requiere del poder para ser representativo y surta efectos entre mandante y tercero"⁴¹

4) Elementos

Elementos personales. Las partes que intervienen en el contrato de mandato son el mandante, que es quien encarga la ejecución de actos jurídicos, y el mandatario, que es quien se obliga a realizarlos por cuenta de aquél.

El mandato requiere en el mandatario la capacidad general para contratar, aunque no tenga él la capacidad especial para celebrar por sí mismo, en nombre propio, el acto jurídico que se le ha encomendado.

Para el mandante, se necesita dicha capacidad general y también la capacidad para celebrar por sí el acto jurídico que él ha encomendado.

Si son varios los mandantes con respecto a un mismo mandatario, hay solidaridad pasiva de aquellos frente a dicho mandatario, pero si son varios los mandatarios del mismo mandante, aunque sean para un solo acto, no hay solidaridad pasiva de los mandatarios frente al mandante.

Elementos reales. Están formados por los actos jurídicos y la retribución. Sólo pueden ser objeto del mandato los actos jurídicos que

⁴¹ Bernardo Pérez Fernández Del Castillo, op. cit. p. 25.

no sean estrictamente personales del interesado, los actos lícitos para los que la ley no exige la intervención personal del interesado.

El acto jurídico que se encomiende al mandatario debe ser un acto lícito. Pues si fuese ilícito, el mandato sería nulo. El acto debe ser jurídico y no material, pues de lo contrario podría ser contrato de prestación de servicios profesionales, ya que en este no son necesariamente actos jurídicos, sino simplemente actos en ejercicio de una profesión.

En cuanto a la retribución a los mandatarios, no obstante ser oneroso por naturaleza, regularmente no se menciona la retribución, por lo que a falta de pacto expreso, se acude a los usos de lugar, o bien al juicio de peritos.

Obligaciones del Mandatario.

Obligaciones de ejecutar el mandato.- Debe hacerse en forma personal por el mandatario. No puede delegar en un tercero la ejecución del mandato, pues para sustituir el mandato se requiere autorización expresa del mandante.

El mandatario debe ejecutar su encargo pero siempre dentro de las facultades que le fueron conferidas, pues los actos realizados en exceso por él, serán nulos con respecto al mandante, y le obligan a pagarle daños y perjuicios, a menos que el mandante los ratifique; además frente a terceros, dichos actos serán válidos, y el mandatario

tendrá que pagarles daños y perjuicios, a menos que el tercero haya actuado de mala fe.

Por lo anterior, el mandatario debe actuar con sujeción a las instrucciones recibidas del mandante, que bien puede constar en el mismo documento del mandato, o bien, ser sólo instrucciones privadas o confidenciales.

En la ejecución del mandato, si el mandatario no recibió instrucciones concretas, o no recibió facultades amplias para actuar a su arbitrio, debe consultar al mandante, cuando así lo permita la naturaleza del negocio.

Si lo anteriormente expresado no fuera posible, deberá actuar con prudencia, como si de un negocio propio se tratase.

En la interpretación sobre el alcance de las facultades conferidas al mandatario se debe proceder con un criterio restrictivo, principalmente cuando de un mandato especial se trate, ya que las normas para determinar la extensión del mandato general, además de precisadas en la ley, se derivan del concepto general del acto de administración y del acto de dominio.

Sin embargo, cabe admitir en ciertos casos facultades implícitas en el mandatario especial, como es el hecho de que el facultado para cobrar un crédito lo está también para consentir la extinción de la garantía.

Cuando a juicio del mandatario y en virtud de un accidente imprevisto se hiciera perjudicial la ejecución de un mandato, o dar la noticia al mandante de estos hechos o circunstancias para hacer lo que este último le indique, o bien, podrá suspender la ejecución del mandato.

Obligaciones de rendir cuentas. Es deber de comunicar oportunamente al mandante respecto a la ejecución del mandato, así como una relación de gastos, de entradas y de salidas con los compromisos respectivos. De igual manera, devolver al mandante los bienes y las sumas recibidas por el mandatario en virtud del poder.

Obligaciones del mandante:

Obligaciones de pagar la retribución convenida, o en su defecto, la acostumbrada conforme los usos del lugar, o bien conforme a juicio de peritos.

Esta retribución ha de pagarse aún sin haberse pactado nada en referencia a ella, dado que el mandato es oneroso, salvo pacto expreso en contrario. Esta retribución, al igual que el reembolso de los gastos y la indemnización de los daños y perjuicios, debe pagarse aunque no se haya tenido éxito en el desempeño del negocio.

Obligación de reembolsarle al mandatario las expensas o gastos erogados por él en el desempeño del mandato, así como de indemnizarle por los daños y perjuicios que le hubiere causado por la ejecución del mandato.

El reembolso de gastos ha de hacerse haya habido o no éxito en el negocio, además de que el mandatario no está obligado a erogar tales gastos, pues sólo si así lo desea, puede hacerlo; pero si no quiere anticiparlos, sólo debe avisarlo oportunamente al mandante para que éste le haga la provisión de ellos.

Además, debe indemnizar el mandante al mandatario por los daños y perjuicios que éste hubiera sufrido con motivo del cumplimiento del mandato, a condición de que ellos no se deban por imprudencia o culpa del mandatario.

Acerca de una pretendida tercera obligación consistente en que el mandante cumpla con las obligaciones contraídas a nombre de él por el mandatario con respecto a terceros y aún las contraídas más allá del límite del mandato siempre que el mandante lo haya ratificado, mas que ser una obligación derivada del mandato mismo, es obligación dimanada del acto jurídico realizado por el mandatario y cuyo acto jurídico fue objeto del mandato.

7) Modos de terminación del mandato.

Causas comunes a todos los contratos:

Cuando las partes han cumplido todas las obligaciones respectivas a su cargo.

Por vencimiento del plazo fijado por las partes para la duración del mandato.

Por la conclusión del negocio para lo cual se otorgó el mandato.

Por nulidad del contrato.

Por rescisión del contrato a causa del incumplimiento de alguna de las partes cuando el mandato sea oneroso e irrevocable.

II-Causas especiales de terminación del mandato:

Por revocación del mandante. Puede ser revocación expresa o tácita, teniendo lugar esta última cuando el mandante realiza por si mismo el acto jurídico que encomendó al mandatario, o cuando designa para el mismo negocio un nuevo mandatario y así lo comunica al primer mandatario.

La revocación expresa o tácita debe ser notificada en forma fehaciente al mandatario. Debe el mandante hacerlo saber también al tercero con quien deba contratar el mismo mandatario en ejecución del mandato. Pero cuando se trata de una mandato general y no para contratar con determinada persona, no hay que notificar a terceros.

Debe el mandante recoger al mandatario todos los documentos relativos al negocio que tuvo a su cargo el mandatario, como los documentos justificativos del mismo mandato, y en caso de revocación

del mandato otorgado ante el notario, debe el mandante comunicar la revocación al mismo notario.

En al revocación del mandato solo da lugar al pago de los daños y perjuicios así como la retribución en el caso de inoportuna revocación por el mandante, por no haberse respetado el plazo fijado en el contrato, o bien, cuando entraña un abuso de derecho.

Excepcionalmente, el mandato puede ser irrevocable, cuando se haya celebrado bien sea como una condición en un contrato bilateral, o bien, como medio para cumplir una obligación contraída.

La renuncia del contrato por voluntad unilateral del mandatario, también termina el contrato de mandato. La renuncia debe ser notificada al mandante para que éste provea a su negocio; pero puede el mandatario también, pedir al juez que fije al mandante un término corto después de la renuncia, para que el mandante provea al negocio.

El mandato también es irrenunciable cuando se haya celebrado como una condición en un contrato bilateral, o bien, como medio para cumplir una obligación contraída.

El mandato termina también con la muerte del mandante o del mandatario.

Mientras los herederos del mandante no provean por sí mismos el negocio, mientras no haya terminado el plazo que el juez haya fijado a dichos herederos a petición del mandatario, debe éste

continuar ejecutando el mandato, siempre que se trate de actos administrativos o conservatorios y que sean necesarios para evitar juicios a los herederos del mandante.

En el caso de la muerte del mandatario, deben los herederos de éste continuar realizando los actos que sean necesarios para evitar perjuicios al mandante, teniendo también derecho de pedir al juez que señale término al mandante para que éste se haga cargo del negocio.

.) La interdicción del mandante o del mandatario también finaliza el mandato.

El representante legal del mandatario sujeto a interdicción debe continuar realizando los actos administrativos o conservatorios que sean necesarios para evitar perjuicios al mandante, hasta que éste se haga cargo del negocio.

Cuando la interdicción sea del mandante. El mandatario debe continuar realizando los actos arriba señalados hasta que haya transcurrido el plazo fijado por el juez al representante legal del mandante interdicto para hacerse cargo del negocio.

D- EL CONTRATO DE COMISION

En nuestro derecho, el contrato de comisión es un contrato típico, regulado por el código de comercio, en los artículos 273 a 308. El código adhiere al nombre del contrato el calificativo de mercantil. La

doctrina y la practica designan al contrato simplemente como de comisión.

Nuestro código de comercio lo define como el mandato aplicado a actos concretos de comercio.

La doctrina española lo expresa como una mandato en virtud del cual el mandatario (llamado comisionista) se obliga a realizar o a participar en un acto o contrato mercantil por cuenta de otra persona (comitente).

En la práctica comercial, el contrato de comisión ha derivado en aplicaciones de compras y ventas de mercancías en las que el comisionista suele actuar en su propio nombre, no en representación del comitente. Pero en los términos de nuestro código de comercio, el contrato de comisión se concibe de forma amplia para cualquier clase de acto de comercio, no solo compraventas. Además, el comisionista puede actuar en su propio nombre o en representación del comitente, pero siempre, por cuenta de este último.

.) Características del contrato de comisión

.) Se trata de un mandato particular con ciertas notas de carácter comercial. Las normas supletorias serán las disposiciones sobre el mandato del derecho común.

.) El encargo del comisionista debe ser un acto de comercio. El encargo o acto de comercio es la ejecución de los actos jurídicos, o sea la celebración de contratos especie de aquellos.

.) El contrato de comisión puede ser con representación o sin ella; el comisionista puede obrar en nombre del comitente o en el suyo propio. Y la materia de la comisión puede ser cualquier acto de comercio, no solo la compraventa.

.) El comisionista, en la mayoría de los casos, es un profesional. Es un auxiliar del comercio en cuanto facilita la realización de los actos de comercio que se le encomiendan, y un auxiliar independiente, puesto que presta sus servicios a los comerciantes en general. En nuestra doctrina se discute si la categoría del comisionista es la de comerciante o simplemente de auxiliar del comercio.

.) Ejecutado el acto o la serie de actos encomendados, el contrato se extingue por falta de objeto, por lo que es una relación temporal.

2) Clasificación del contrato de comisión

.) Es mercantil en cuanto a que su objeto son los actos de comercio, como contrato típico del derecho mercantil, y por la calidad de comerciantes que usualmente acompaña a una o a las dos partes.

.) Es un contrato formal, reviste una forma impuesta pues la ley, exige se celebre por escrito, o bien, si es pactado verbalmente, que se

ratifique por escrito antes que el negocio concluya. " La ratificación por escrito lo convierte en un acto jurídico que requiere de una forma en su expresión de voluntad.⁴²

.) Es bilateral, pues produce obligaciones para ambas partes, aunque éstas no son necesariamente recíprocas en caso de que se pacte sin remuneración.

.) Por naturaleza es oneroso, aunque puede ser gratuito si lo pactan sin remuneración.

.) Por naturaleza es oneroso, aunque puede ser gratuito si así lo pactan expresamente las partes.

.) Puede ser conmutativo o aleatorio en relación con los términos en que el premio de la comisión determine en cada caso.

.) Por su objeto, es un contrato de gestión o de trabajo, que es realizar actos de comercio por cuenta ajena.

.) Le corresponde la categoría de contrato preparatorio con respecto a las relaciones jurídicas que de él nacen como antecedente de futuros actos jurídicos.

⁴² Javier Arce Gargollo. Contratos Mercantiles Atípicos. México: edit. Trillas, 2a. ed., 1989, p. 126.

.) Es un contrato principal, pues cumple con un fin contractual propio, tiene existencia autónoma y para existir no requiere una relación jurídica previa.

.) Es intuitu personae, ya que el comisionista se elige por sus cualidades personales y profesionales. Por lo mismo, el comisionista debe desempeñar por sí mismo los encargos que recibe y no puede delegarlos sin estar autorizado para ello. Sin embargo, se permite al comisionista usar dependientes bajo su responsabilidad; para delegar sus funciones requiere la autorización del comitente.

.) Es un contrato típico, pues su contenido está reglamentado por una ley mercantil.

.) Elementos personales:

.) A las partes que intervienen en el contrato se le denomina comitente y comisionista. Las partes suelen ser ambas comerciantes.

Respecto a la capacidad de las partes: el comitente debe tener capacidad general para contratar, y si es representante, sus facultades deben autorizarlo a contratar con el comisionista por cuenta de su representado.

En cuanto al comisionista, debe poseer la capacidad general de contratación y la específica para ejecutar el acto mercantil encomendado, si actúa en su propio nombre.

.) Elementos reales:

.) El acto de comercio puede ser cualquiera. No es necesario uno solo ni uno concreto; pueden ser varios actos o actos generales.

.) La remuneración. El comisionista tiene derecho a ser remunerado aunque no se pacte. El pago de la comisión puede pactarse en dinero, en especie o en ambos. Se le debe distinguir de los gastos y desembolsos.

.) Elementos formales

La comisión se exige se celebre por escrito. El contrato, puede perfeccionarse por el mero consentimiento de las partes, pero está sujeto a una ratificación escrita antes de que el negocio concluya. En el contrato de comisión se autoriza al comisionista a expresar su voluntad tácitamente, cuando el comisionista realiza gestiones en el desempeño de su cargo.

El contrato puede inscribirse en el Registro Público del Comercio del Distrito Federal, en la segunda parte del folio mercantil.

.) Obligaciones de comisionistas:

Está obligado a ejecutar la comisión en interés del comitente, y debe desempeñar su encargo personalmente; no puede delegar su encargo sin autorización del comitente, aunque sí puede usar dependientes bajo su responsabilidad.

Respetar las instrucciones del comitente en la ejecución de lo mandado. No puede actuar contra disposiciones expresas, para lo cual es necesario considerar la clase de comisión respecto a las instrucciones, bien sea imperativa, indicativa o facultativa.

El comisionista debe informar al comitente de los hechos y circunstancias que interesen al negocio periódicamente.

El comisionista tiene obligación de rendir cuentas, después de ejecutada la comisión. Supone también la devolución del saldo sobrante en efectivo y en mercancía que quedaron en poder del comisionista. Si actúa en nombre propio, debe trasladar al comitente los efectos jurídicos y el resultado del mandato ejecutado.

El comisionista tiene obligación de obtener el permiso del comitente, pues sin el permiso no puede prestar ni vender al fiado o a plazos, así como tampoco puede comprar ni para sí ni para otro lo que se le haya mandado vender, ni venderá lo que se le haya mandado vender. Lo anterior, para evitar conflicto de intereses entre el comitente y el comisionista.

Respetar el no alterar las marcas de los efectos vendidos o comprados por cuenta ajena, o de los efectos de una misma especie de distintos dueños, sin distinguirlos con una contramarca que evite confusión.

Obligaciones del comitente.

Obligación de proveer de fondos al comisionista y a sufragar los gastos que éste por su cuenta realice. En caso de falta de provisión de fondos, el comisionista no está obligado a ejecutarlas, o bien, puede suspenderlas; pero lo anterior no aplica si el comisionista se obligó a anticipar los fondos que después deberán reembolsarle.

Es obligación del comitente pagar remuneración al comisionista, salvo que acuerden expresamente que la comisión sea gratuita. En comparación con el mandato en que la retribución debe pagarse aunque no haya tenido éxito el mandante en el negocio, y dado que la obligación asumida por el mandatario de ejecutar el mandato es una obligación de medio o de actividad y no una obligación de resultado, en el Derecho Mercantil la opinión es más controvertida, pues aunque en principio la obligación de pagar el premio sólo es exigible una vez cumplida la comisión, " Los elementos para determinar si el comisionista puede exigir su premio deben buscarse ante todo, en la forma que se pactó el encargo, en la naturaleza y circunstancias del mismo y en las gestiones concretas efectivamente realizadas por el comisionista, sobre todo en aquellos casos en que no se llegó al resultado pretendido por el comitente".⁴³

Correlativa a la obligación del comitente de pagar retribución, la ley concede al comisionista la facultad o derecho de retención de los efectos en que tiene en su poder y que estarán especial y preferentemente afectados para el pago de dicha retribución y el reembolso de gastos. En forma similar el material de mandato civil se concede al mandatario el derecho de retener en prenda las cosas objeto del contrato. Así, el ordenamiento civil y el mercantil, conceden

⁴³ Ibidem, p. 133.

un derecho: el de retención al mandatario, y uno de prelación al comisionista.

.) Cuando el comisionista actúa en nombre propio, el comitente está obligado a asumir las obligaciones que contrajo el comisionista. El comitente puede no ratificar y dejar a cargo del comisionista las obligaciones derivadas de operaciones en que éste actuó con violación o exceso de cargo.

.) El reembolso de gastos que el comitente debe procurar al comisionista es una obligación distinta, complementada por el derecho de enajenación que asiste al comisionista para vender los efectos enviados cuando el valor de éstos no alcance a cubrir los gastos (Art.279-I).

La Subcomisión:

El contrato de comisión es intuitu personae y por lo mismo exige que su cumplimiento lo realice el comisionista y no otro. Sin embargo, admite dos excepciones: las tareas que se encomiendan a dependientes del comisionista y la autorización expresa del comitente para que el comisionista pueda delegarlos.

"Con la autorización del comitente, el comisionista puede celebrar contratos de subcomisión en los que delegue total o

parcialmente el cumplimiento de las obligaciones por él contraídas en el contrato base de comisión.”⁴⁴

.) Extinción del contrato de comisión

Normalmente el contrato se extingue cuando se ha realizado el acto u operación de comercio que tuvo por objeto, o cuando este objeto haya devenido imposible. Pero el carácter de contrato de confianza propio del mandato persiste en la comisión, dando lugar a dos causas de extinción anticipada: la revocación declarada por el comitente y la muerte o inhabilitación del comisionista. En cambio por la misma razón, no es causa de extinción del contrato la muerte o inhabilitación del comitente. Lo esencial para que el contrato subsista es que actúe la misma persona que recibió la comisión y no sus herederos.

“La muerte o inhabilitación del comitente no son, a diferencia del derecho común, causa de extinción, por que el negocio mercantil, del que la comisión es un acto auxiliar, subsiste aunque fallezca el titular o caiga en quiebra”.⁴⁵

Con respecto al párrafo anterior, señala Garrigues el hecho de que los sindicatos se subrogan en el lugar del comitente.

⁴⁴ Ibid., p. 140

⁴⁵ Joaquín Garrigues, Curso de Derecho Mercantil, México: ed. Porrúa, 1979, t. II, p. 117.

Si como queda dicho, la muerte o inhabilitación del comisionista implica la rescisión de contrato, la muerte o inhabilitación del comitente no la rescinde, aunque sí puedan revocarla sus representantes.

Las causas de extinción reconocidas en el código de comercio son las siguientes:

.) La muerte del comisionista o su inhabilitación. Además la inhabilitación del comisionista por consecuencia de la quiebra se considera causa de extinción del contrato porque la quiebra supone un estado de solvencia incompatible con el crédito que es base de todo encargo de confianza.

La revocación hecha por el comitente. Puede hacer uso de ella en cualquier estado del negocio, dando noticia al comisionista, sin necesidad de invocar ninguna causa legal de revocación. Sin embargo, algunos autores se inclinan a considerar que el comisionista no puede libremente revocar la comisión contratada. Una revocación inoportuna puede generar para el comitente el pago de daños y perjuicios.

La revocación del comitente no tiene limitación alguna, salvo que se haya pactado una comisión irrevocable.

E- CONTRATO DE PRESTACION DE SERVICIOS PROFESIONALES.

"Es el contrato por el que una persona llamada profesional o profesor se obliga a prestar determinados servicios que requieran una

preparación técnica y a veces un título profesional, a otra persona llamada cliente que se obliga a pagarle una determinada retribución llamada honorario"⁴⁶

En este contrato el profesionista realiza ordinariamente actos materiales y no actúa en nombre o por cuenta del cliente, sino simplemente ejerce su profesión, a diferencia del mandato en donde el objeto del contrato son siempre actos jurídicos y el mandatario actúa en nombre o por lo menos por cuenta del mandante.

En el contrato de prestación de servicios profesionales, los profesionistas simplemente ejercen su profesión y obran en nombre propio, aunque su trabajo aproveche a otra persona.

.) Clasificación. Es un contrato bilateral, oneroso y conmutativo. Es un contrato consensual por oposición a formal. Debe considerarse un contrato intuitu personae porque el profesionista es elegido por sus cualidades personales y no puede delegar su cargo y debido a ello, también termina con la muerte de su profesionista.

.) Elementos personales:

Los contratantes son: el profesionista o profesor, el que presta el servicio, y el cliente, el que lo recibe y lo retribuye.

En el cliente se requiere solamente la capacidad general para contratar.

⁴⁶ Ramón Sánchez Meda, Op. cit. p. 283.

En el profesionista no siempre se requiere esta capacidad general cuando se trate de menores, sino que basta que se trate de servicios propios de la profesión o del arte en que sea perito el que presta el servicio. Pero cuando se trata de profesiones que requieran título para su ejercicio, además del título se requiere el registro del mismo y la expedición de la patente o cédula por la Dirección General de profesiones. Se exige así mismo que el profesionista sea mexicano por nacimiento o por naturalización.

.) Elementos reales

.) Por servicios profesionales no se entiende solamente actos jurídicos, ya que pueden ser también actos materiales o simplemente hechos, pero siempre han de ser propios de una profesión determinada.

Los honorarios pueden consistir en algún bien, en algún determinado servicio, o en una suma de dinero.

.)Elementos formales:

Este contrato no requiere formalidad alguna para su celebración, por lo que es informal o consensual. Existe la posibilidad de la aceptación tácita de este contrato por el profesionista que ofrece al público sus servicios.

.) Obligaciones del profesionista:

.) Obligación de prestar el servicio convenido, poniendo todos sus conocimientos científicos y recursos técnicos al servicio del cliente en el desempeño de su trabajo convenido.

.) Obligado a guardar secreto sobre los asuntos que sus clientes le confíen, salvo los informes que deba proporcionar conforme a las leyes respectivas. Los profesionistas no pueden ser obligados a declarar como testigos sobre asuntos protegidos por el secreto profesional.

.) Erogar las expensas o gastos necesarios para el desempeño del servicio profesional salvo pacto en contrario en que quede obligado el cliente a anticipar dichas expensas.

.) Cuando el profesionista sea abogado está obligado a no ayudar a diversos contendientes o partes con intereses opuestos en un mismo negocio o negocios conexos; pero sí puede patrocinar a varias partes que tengan comunidad de intereses y no sean ellas contrapartes entre sí.

.)Obligaciones del cliente

.) Obligación de pagar los honorarios convenidos. No procede si se trata de profesión cuyo ejercicio requiere de título y el profesionista no la tiene, o bien no ha tenido la cédula profesional o la autorización de la dirección de profesiones.

.) Los honorarios pueden consistir en un determinado bien, en una cantidad a pagarse sólo una vez, o bien, una iguala periódica.

Los honorarios se pagan por el servicio prestado, independientemente del éxito o buen resultado de éste, a menos que se hubiera pactado lo contrario.

Este pago de honorarios debe efectuarse en el mismo lugar de residencia del profesionista y al terminarse el negocio o servicio que se le confió.

A los abogados les está permitido pactar el Pacto de Quota Litis, en el que se concede como honorario una parte de lo que se obtenga en el litigio, en caso de éxito.

.) Obligación de rembolsar las expensas o gastos que hubiere erogado el profesionista, con los respectivos intereses legales desde el día en que se desembolsaron a menos que tales erogaciones hubieran quedado incluidas en los honorarios convenidos con el profesionista.

.) Pagar al profesionista los daños y perjuicios que eventualmente se le hubieren causado con motivo de la presentación del servicio.

.) Pluralidad de profesionistas o clientes.

Es el caso de que varios clientes encomienden un negocio a un determinado profesionista, se obligan en forma solidaria. Pero por el contrario, cuando el cliente encarga el asunto a varios profesionistas, no existe solidaridad y cada profesionista puede cobrar sólo los servicios que hubiere prestado en forma individual.

.) Terminación de contrato

En virtud de que no existen modos especiales de terminación de este contrato, se estará a las reglas generales de terminación de todos los contratos.

Una de las causas más comunes de terminación de contrato es la conclusión del negocio o asunto, así como también lo es la imposibilidad de objetiva de seguir prestando el servicio.

Otra de las causas de terminación de contrato es el mutuo consentimiento de las partes, como también la muerte o declaración de intedicto del profesionista, pues este contrato se consideran intuitu personae.

También como causa de terminación de este contrato figura la revocación o el desistimiento del cliente. En este caso, el cliente tendrá que pagar los servicios prestados hasta entonces.

F- LA GESTION DE NEGOCIOS AJENOS

La gestión de negocios ajenos es la acción de intervenir en asuntos que no son propios, sin estar autorizado por el interesado o dueño ni tener obligación legal de hacerlo.

Cuando a una persona le anima un auténtico espíritu de solidaridad humana y social y cuando pretende evitar daños de importancia ya sea a la colectividad o al interesado, el derecho le autoriza la intervención, siempre y cuando esos asuntos tengan un carácter patrimonial.

La gestión de negocios en principio no es un contrato por no existir el acuerdo de voluntades entre el dueño y el gestor antes del inicio de la actividad de éste.

Algunos autores argumentan que si los derechos y obligaciones del dueño y del gestor son similares a los del mandante y mandatario y que en ocasiones, de la ratificación de la gestión por el dueño, la gestión se torna en mandato. Otros consideran que el dueño del negocio queda obligado por el principio que prohíbe el enriquecimiento sin causa, por lo que el dueño se obliga no por la voluntad del gestor, sino en tanto y cuanto ha recibido un beneficio. Si no hay beneficio, no hay obligación. Pero si el dueño ratifica la gestión, entonces ya propiamente hay un mandato retroactivo.

Como un requisito indispensable y primario debe considerarse la preexistencia del negocio en la figura de la gestión, pues sólo así se justifica la actuación del gestor.

Requisitos:

Entre los requisitos se pueden citar los siguientes: la existencia previa de un negocio patrimonial, que el interesado no pueda atenderlo, que la falta de atención origine un daño al dueño o a la

colectividad, que la acción del gestor sea espontánea sin estar obligado a actuar ni tener autorización por el dueño pero que la intención del gestor sea evitar ese daño y obligar al dueño al reembolso de sus gastos, que no haya disposición legal que impida al gestor actuar.

Deberes del gestor:

Quien realiza la gestión de un negocio ajeno debe obrar conforme a los intereses del dueño y desempeñar su actividad con toda la diligencia que emplea en sus propios negocios sin que se le permita realizar operaciones arriesgadas.

Debe continuar su gestión hasta concluir el negocio, excepto cuando al dar aviso de gestión al dueño, este toma bajo su dirección el negocio.

El gestor debe dar aviso de su gestión al dueño y rendirle cuentas, así como entregar todos los documentos y bienes que estuvieren en su poder al terminar su gestión.

Obligaciones del dueño:

Si el gestor obró sin prohibición expresa del dueño y simplemente para evitar daños normales, el dueño está obligado: deberá considerar el dueño si el asunto fue útilmente gestionado, y así está obligado a cumplir las obligaciones que el gestor hubiere contraído a su nombre y a pagar los gastos que el gestor hubiere erogado.

Si el dueño obtuvo una utilidad como consecuencia de la gestión realizada y los gastos hechos por el gestor, en este caso se toma en consideración el incremento patrimonial o el ahorro del dueño por la gestión.

En el mismo supuesto de la gestión útil, debe pagar los intereses legales de las cantidades erogadas por el gestor.

Si la gestión se hizo contra la voluntad del dueño, éste sólo está obligado a pagar los gastos hechos por el gestor, en la medida que alcancen los beneficios recibidos y esto para evitar un enriquecimiento sin causa.

El gestor no tiene derecho a cobrar retribución por el desempeño de la gestión, "excepto en el caso de que el dueño ratifique expresamente la gestión, ya que en ese supuesto la ratificación produce los efectos del mandato"⁴⁷ y al ser oneroso tendría el gestor el derecho a cobrar una remuneración.

G- ESTIPULACION A FAVOR DE TERCERO:

"Estipulación a favor de tercero o estipulación por otro, es la cláusula de un contrato en virtud de la cual una de las partes, el promitente, se obliga válidamente hacia la otra, el estipulante, a realizar una prestación o a observar una abstención en favor de una

⁴⁷ Miguel Angel Zamora y Valencia, Contratos Civiles. México: edit. Porrúa, 6a. edic., 1997. p284

persona extraña a dicho acto y que cree efectivamente a favor de ella un derecho personal, directo y autónomo."⁴⁸

Como condiciones sobre la existencia y validez que pueden ser propias a la estipulación en favor de tercero se pueden citar: la estipulación por otro debe estar insertada en un contrato, las partes contratantes deben declarar expresamente su voluntad de crear un verdadero derecho en beneficio del tercero, la estipulación debe tener un beneficiario, el tercero beneficiario debe ser determinado o determinable y la existencia de un interés.

En todo caso, un interés es exigido para la existencia válida de un contrato en favor de tercero, porque su ausencia tiene como consecuencia la creación de una institución diferente a la estipulación en favor de tercero, como la gestión de negocios.

Cuando desde la celebración del fideicomiso comparecen el fideicomitente, el fiduciario y el fideicomisario, se ha tratado de determinar la situación jurídica del beneficiario, y las relaciones jurídicas que lo ligan con la institución fiduciaria y con el fideicomitente, para plantear la situación de si se trata de un tercero a cuyo favor se hace una estipulación por el fideicomitente, que actuaría como estipulante, misma estipulación que debería ser cumplida por el fiduciario como promitente.

⁴⁸ Dr. Javier Lozano y Romen, La estipulación a favor de tercero en Derecho Comparado en Estudios Jurídicos en homenaje a M. Borja Soriano. México: edit. Porrúa, 1a. edic., 1969. p.477

También en el fideicomiso nos encontraremos ante un contrato a favor de tercero, pues el propio contrato de fideicomiso es la fuente de la estipulación a favor del tercero que nace entre el fideicomitente como estipulante y el fiduciario como promitente.

Al tercero, que por su propia naturaleza es ajeno al contrato y que en el fideicomiso es el fideicomisario, le nace su derecho en el propio contrato de fideicomiso.

La aceptación por el tercero de la estipulación otorgada a su favor, se requiere para perfeccionar ésta y hace nacer un derecho que adquiere frente al promitente o en este caso el fiduciario, y que consiste en exigir de éste la prestación a que se obliga frente al estipulante, según el artículo 1869 del C.C.; dicha aceptación puede ser expresa o tácita y opera retroactivamente al momento de perfeccionarse el contrato (Art. 1870 C.C.).

En el fideicomiso se requiere la aceptación del tercero para el perfeccionamiento de la estipulación que se le confiere, en aquellos casos en que el fideicomitente no es a su vez el propio fideicomisario y se deduce de la interpretación lógica de la fracción II del art. 357 de la L.G.T.O.C., cuando el fideicomiso se extingue por hacerse imposible éste, pues si el fideicomisario, tercero beneficiario de la estipulación hecho a su favor, no acepta el beneficio, el derecho se considera como no nacido en los términos del artículo 1871 del C.C. Dicho artículo en su primera parte establece la facultad de revocar la estipulación a favor de tercero, mientras éste no haya manifestado su voluntad de querer aprovecharla. Correlativamente en la fracción VI del citado art. 357 de

la L.G.T.O.C., establece la facultad del fideicomitente para revocar el fideicomiso cuando expresamente se haya reservado este derecho. De ambos artículos se desprende la existencia tanto en el contrato a favor de tercero, como en el propio fideicomiso, de la irrevocabilidad de la estipulación cuando así expresamente se haya pactado en el acto constitutivo del fideicomiso, como en el contrato a favor de tercero.

El tercero a cuyo favor se hace la estipulación, generalmente es una persona determinada, pero también la L.G.T.O.C. acepta en su artículo 355 párrafo segundo que puede ser fideicomisario una persona indeterminada.

Terceros en el fideicomiso para los efectos de las distintas fracciones del art. 354, son respectivamente, el deudor del crédito no negociable o del derecho personal (frac.I); el emisor del título nominativo (frac.II), y el poseedor de cosa corpórea o de título al portador (frac.III).

En el caso de la fracción I, la ley trata de proteger al deudor que no fuera notificado de la transmisión fiduciaria, para evitar que el pago se haga al primitivo acreedor, en este caso el fideicomitente, que ocasionaría un doble pago a cargo del deudor; para que el nuevo acreedor, o sea, la institución fiduciaria pueda ejercer sus derechos contra el deudor, deberá hacer a éste la notificación de la cesión .

La fracción II protege a la institución emisora porque ésta, mientras la transmisión fiduciaria no conste en los registros, está obligada a reconocer como tenedor legítimo a quien figure como tal, a

la vez en el documento y en el registro, como lo ordena el art. 24 L.G.T.O.C.

La fracción III protege al poseedor de cosa corpórea o al tenedor material de un título al portador porque en materia de muebles la posesión vale título, y la posesión material de un título al portador legitima al deudor según art. 17 y y 70 de la ley mencionada en el párrafo anterior.

Por lo tanto, no puede incluirse al fideicomisario en ninguna de las situaciones que señalan los referidos artículos 353 y 354 porque aún cuando tenga el carácter de tercero en el fideicomiso, no es ajeno al mismo a quien le pueda perjudicar el negocio, sino que se trata del tercero beneficiario del mismo.

VIII- CONCLUSIONES:

Una vez analizadas las diferentes figuras y contratos en los cuales se pretende identificar la naturaleza jurídica de la función del delegado fiduciario, encontramos las siguientes conclusiones:

El delegado fiduciario es un representante legal especial del fiduciario.

El delegado fiduciario es representante en virtud de que es a través de su persona el que un ente jurídico como lo es el fiduciario puede actuar y lograr realizar las actividades necesarias para cumplir los fines del fideicomiso.

Es representante "legal" porque su desempeño así está especificado en la Ley de Instituciones de Crédito en su fracción XV del artículo 46 y en el primer párrafo del artículo 80, ambos de la LIC, puesto que en el primero de ellos se permite a las instituciones de crédito además de otras actividades el practicar las operaciones de fideicomiso a que se refiere la Ley General de Títulos y Operaciones de Crédito, y de conformidad con el segundo de los artículos citados,

las instituciones desempeñarán su cometido y ejercerán sus facultades por medio de sus delegados fiduciarios.

Tiene el delegado fiduciario el carácter de ser un representante especial puesto que su actuación sólo puede circunscribirse al patrimonio que fue fideicomitido y del cual tiene la titularidad para cumplir con los fines del fideicomiso.

Es en referencia a este conjunto de bienes y derechos que fueron afectados en fideicomiso por el fideicomitente, sobre los que el fiduciario puede disponer para la consecución del fin que le fue impuesto puesto que son los bienes y derechos sobre los que tiene obligación como representante del fiduciario de actuar diligentemente siguiendo los lineamientos y especificaciones que le han sido establecidos desde el contrato mismo del fideicomiso por el fideicomitente para el cumplimiento del fin propuesto.

Reviste el carácter de legal por el hecho de que siempre será el delegado fiduciario y no otro mandatario o apoderado, el representante del fiduciario según lo señala la Ley de Instituciones de Crédito en los artículos arriba mencionados.

Es importante también el mencionar a manera de aclaración, que si bien el delegado fiduciario es el representante legal del fiduciario, el mismo delegado fiduciario a su vez puede otorgar mandatos o poderes para que a través de la figura de la representación voluntaria y directa, sea apoyado en su desempeño por apoderados, mandatarios, comisarios, gestores, representantes,

profesionistas, cuyo desempeño va a coadyuvar a que el delegado fiduciario cumpla los fines del fideicomiso, sobre todo en actividades que requieran una prestación de servicio profesional o la prestación de conocimientos o habilidades que requieran un dominio más extenso y profundo o que permita otorgar mayor dedicación, y que a su vez repercuta favorablemente en la consecución del fin del cual tiene que responder el delegado fiduciario.

Es necesario distinguir que no obstante que para el cumplimiento del fin propuesto hemos señalado que el delegado fiduciario llega a su vez a delegar en representantes, mandatarios o apoderados a los que restringe o amplía facultades según la naturaleza del contrato de fideicomiso (si es de Garantía, de Administración, Traslato de dominio, o bien un fideicomiso público), las facultades se multiplican o se reducen en función del fin que se persiga y la naturaleza del mismo.

No se puede enmarcar la función del delegado fiduciario en un mandato o en un poder porque si el fideicomiso se extingue, los bienes que queden en poder del fiduciario serán devueltos al fideicomitente o a sus herederos, aunque hay casos o en que no procede devolver como cuando ha habido contraprestación para el fideicomitente o según lo dispuesto en el acto constitutivo del fideicomiso. Además si se toma en cuenta que el mandato puede ser revocado en cualquier tiempo (salvo sea irrevocable) y se extingue por muerte del mandante. También porque en el mandato, los efectos para los que se otorga poder pasan del patrimonio del mandante al de la persona con quien contrata el mandatario.

De igual manera, no se define en el contrato de comisión la función del delegado fiduciario, por la naturaleza de comerciante que debe acompañar al comisionista.

Tampoco la función del delegado fiduciario puede consistir en la prestación de servicios profesionales, ya que en el contrato de fideicomiso se habla de actos o negocios jurídicos, mientras que en el contrato de prestación de servicios profesionales los actos son materiales o bien no precisamente jurídicos, además de que el profesionista siempre actúa en nombre propio y por su cuenta.

Así también, se excluye la función del delegado fiduciario de la gestión de negocios por cuanto que éste no es un contrato y por lo mismo no hay acuerdo de voluntades, elemento esencial para la constitución del fideicomiso y para que pueda desempeñarse el delegado fiduciario. Más aún si la gestión fuese ratificada, el dueño se obligaría no por la voluntad del gestor, sino por el principio que prohíbe el enriquecimiento sin causa.

Con relación a la estipulación a favor de tercero, la función del delegado fiduciario no es la adecuada porque aunque el fideicomisario es tercero en el contrato de fideicomiso, viene a ser él mismo el propio beneficiario, y no un tercero ajeno al mismo.

No obstante, el delegado fiduciario si está facultado para otorgar a su vez un contrato de mandato o un poder en caso de requerirse para auxiliar su función, tomando en cuenta que se requiere

el otorgamiento del poder para que el mandatario actúe en nombre del mandante, o en caso contrario, deberá actuar el mandatario en nombre propio. Tenemos aquí que en el poder se da la representación voluntaria por lo que el apoderado actuará en nombre del poderdante.

En cuanto al contrato de comisión, aunque se trata de un mandato aplicado a los actos de comercio, por lo confuso del elemento comerciante o auxiliar del comercio que debe revestir el comisionista, la puede usar el delegado fiduciario cuando sea para facilitar operaciones catalogadas como actos de comercio.

Con referencia al contrato de prestación de servicios profesionales, como el profesionista siempre actúa en nombre propio y obra por su cuenta al hacer ejercicio de su actividad profesional, su desempeño al ser solicitado por el delegado fiduciario se puede concretar a la obtención de resultados precisos, por contar con un conocimiento o experiencia de una área específica, como puede ser en el caso del fideicomiso de administración, en particular, el fideicomiso de inversión, en donde el patrimonio fideicomitado busca un provecho o beneficio susceptible de ser obtenido mediante la inversión.

Con relación a la gestión de negocios ajenos, en virtud de que implica que el gestor actúe sin estar autorizado por el interesado o el dueño del negocio, es una opción que no puede ser utilizada por el delegado fiduciario para facilitar su función, puesto que debe ceñirse a las instrucciones del contrato del fideicomiso y a la supervisión en algunos casos, cuando lo exista, del comité técnico.

REFERENCIAS BIBLIOGRAFICAS

José Manuel Villagordoa Lozano, Doctrina General del Fideicomiso. México: edit. Porrúa, 3a. Edición, 1998.

Rodolfo Batiza, El fideicomiso. México: edit. Porrúa, 4a. edición, 1980.

Raúl Cervantes Ahumada, Títulos y Operaciones de Crédito. México: edit. Herrero, 14a. edic., 1988.

Jorge Alfredo Domínguez Martínez, El fideicomiso ante la Teoría General del negocio jurídico. México: edit. Porrúa, 3a. edic., 1982.

Rodolfo Batiza, Principios básicos del Fideicomiso y de la administración fiduciaria. México: edit. Porrúa, 1a. edic., 1977.

Federico de Castro y Bravo, Temas de Derecho Civil. Madrid: talleres Gráficos Marizal, 1972 .

Bernando Pérez del Castillo, Representación, Poder y mandato. México: edit. Porrúa 1a. edic. 1984.

A. Von Tuhr, Tratado de las Obligaciones. Madrid, edit. Reus, T. I, 1a edic. 1934.

Alberto Pacheco E., La persona en el derecho Civil Mexicano. México, Panorama editorial, 1a. edic., 1985.

Ramón Sánchez Medal, De los contratos Civiles. México, edit. Porrúa, 4ta. Edic., 1978.

Francisco Lozano Noriega, Cuarto curso de Derecho Civil. México: Asociación Nacional del Notariado Mexicano, México, 2da. edic. 1970

Javier Arce Gargollo, Contratos Mercantiles Atípicos. México: Edit. Trillas, 2da. edic., 1989.

Joaquín Garriguez, Curso de Derecho mercantil. México: edit. Porrúa, 1979.

Joaquín Rodríguez Rodríguez, Derecho Mercantil. México: Edit. Porrúa, 20a. edic., 1991.

Jorge Alfredo Domínguez Martínez, Dos aspectos de la esencia del fideicomiso mexicano. México: edit. Porrúa, 2a. edición, 1996.

Miguel Angel Zamora y Valencia, Contratos Civiles. México: edit. Porrúa, 6a. edición, 1997.

Estudios jurídicos en homenaje a M. Borja Soriano por la Universidad Iberoamericana. México: edit. Porrúa, 1a. edición, 1969.

La representación de las sociedades mercantiles y la comprobación del poder de representación en Derecho Internacional Privado, estudio presentado por la Delegación argentina en el IX Congreso Internacional del Notariado Latino. Buenos Aires: Consejo Federal del Notariado Argentino, 1967.

Jorge Alfredo Domínguez Martínez, El fideicomiso. México: edit. Porrúa, 4a. edición, 1994.

Pierre Lepaulle, Tratado teórico y práctico de los trusts. México: edit. Porrúa, 1a. edición, 1975.

Ricardo Treviño García, Los contratos civiles yn sus generalidades. México: McGraw-Hill, 5a. edición, 1995.

Oscar Ramos Garza, Los extranjeros y la propiedad territorial en México. México: Dofiscal editors, 1a. edición, 1989.

Revista de Derecho Privado por el Instituto de Investigaciones Jurídicas de la Universidad Nacional Autónoma de México, año 6 num. 17, México: McGraw-Hill, 1995.

Código de Comercio, editorial Porrúa, México.

Código Civil para el Distrito Federal, editorial Porrúa, México.

Legislación bancaria, editorial Porrúa, México.