

320809
56
25j-

UNIVERSIDAD DEL VALLE DE MEXICO

PLANTEL TLALPÁN

ESCUELA DE DERECHO .

CON ESTUDIOS INCORPORADOS A LA U.N.A.M.

UNIVERSIDAD DEL VALLE DE MEXICO
PLANTEL TLALPÁN
ESCUELA DE DERECHO

EL FIDEICOMISO COMO FIGURA REGULADORA
DEL USO DE INFORMACION PRIVILEGIADA
EN EL MERCADO DE VALORES MEXICANO

T E S I S
QUE PARA OBTENER EL TITULO DE:
LICENCIADO EN DERECHO
P R E S E N T A:
MAURICIO VAZQUEZ SALDANA

ASESOR DE TESIS:

LIC. LUIS SILVA GUERRERO

MEXICO, D.F., 1992.



UNAM – Dirección General de Bibliotecas Tesis Digitales Restricciones de uso

DERECHOS RESERVADOS © PROHIBIDA SU REPRODUCCIÓN TOTAL O PARCIAL

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

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

EL FIDEICOMISO COMO FIGURA REGULADORA
DEL USO DE INFORMACION PRIVILEGIADA EN EL EL MERCADO
DE VALORES MEXICANO

I n d i c e

Pág.

INTRODUCCION

CAPITULO I
ANTECEDENTES DEL FIDEICOMISO

1.- Generales	2
a) Derecho Romano	2
b) Derecho Germánico	8
c) El use en el Derecho Inglés	9
d) Trust Americano	15
2.- Historico-Jurídico en México	18
a) Evolución del Fideicomiso en la Legislación Mexicana	18
b) Ley General de Instituciones de Crédito de 1932	26
c) Ley General de Títulos y Operaciones de Crédito de 1932	28
d) Ley General de Instituciones de Crédito y Organizaciones Auxiliares de 1941 . . .	34
e) Ley de Instituciones de Crédito de 1990 .	38

CAPITULO II
NATURALEZA JURIDICA Y ELEMENTOS DEL FIDEICOMISO

1.- Concepto y Naturaleza Jurídica del Fideicomiso	41
a) Teoría del Mandato	45
b) Teoría del Patrimonio de Afectación	47
c) Teoría del Desdoblamiento del Derecho de Propiedad	49
2.- Negocio y Acto Unilateral	52
3.- Elementos del Fideicomiso	57
a) Elementos Personales	57
b) Elementos Reales	60
c) Elementos Formales	62

CAPITULO III
CLASIFICACION DEL FIDEICOMISO

1.- Desde el Punto de Vista del Derecho Positivo Mexicano	67
2.- En la Práctica Bancaria	70
a) Fideicomiso de Inversión	71
b) Fideicomiso de Administración	72
c) Fideicomiso de Garantía	73

3.- En la Práctica Fiduciaria	74
a) Para Personas Físicas	74
b) Para Personas Morales	77
4.- Las Casas de Bolsa como Fiduciarias	79

**CAPITULO IV
EL USO DE LA INFORMACION PRIVILEGIADA Y FIDEICOMISO
COMO FIGURA REGULADORA**

1.- Información Privilegiada en la Ley del Mercado de Valores	89
a) Concepto	89
b) Sujetos del Uso de Información Privilegiada	91
c) Sanciones	93
2.- El Fideicomiso en la Ley del Mercado de Valores	95
a) Análisis del artículo 16 bis 7, de la Ley del Mercado de Valores	95
b) Formato de Fideicomiso para funcionarios de Casas de Bolsa	101
c) Beneficios del Fideicomiso en la Inversión Bursátil	110

CONCLUSIONES

BIBLIOGRAFIA

I N T R O D U C I O N

La inquietud que me motivó a la elaboración de este tr
bajo, es dar a conocer una de las diversas finalidades que -
pueden concretar en la celebración de un fideicomiso, figura
jurídica que ha tenido un gran desarrollo en la práctica co-
tidiana, buscando siempre satisfacer las necesidades de nues-
tra sociedad. Autoridades, empresas, instituciones, colegios,
padres de familia e inversionistas, acuden a las bondades y -
beneficios que constantemente les brinda el fideicomiso para
lograr el objetivo que persiguen.

Es por ello que para el estudio y análisis de la figura
jurídica que me ocupa, lo he dividido en cuatro grandes capí-
tulos. Así el capítulo primero lo dedico al estudio del ori-
gen del fideicomiso, desde su primera aparición en la vida -
jurídica de las primeras culturas, hasta su actualidad en --
nuestra legislación.

Dentro del capítulo segundo analizo su naturaleza jurí-
dica, con lo que posteriormente establezco los principios --
que generan sus consecuencias y finalmente los elementos que
lo constituyen.

En el capítulo tercero, desarrollo su clasificación des-
de distintos puntos de vista, que han sido producto de su --
evolución a través de su uso, como satisfactor de las necesidades

requeridas por una sociedad cambiante, demandando día con --
día más y mejores servicios como los que otorga la figura --
que nos ocupa.

Finalmente el capítulo cuarto lo destino a la exposi--
ción de la necesidad imperante de establecer los lineamien--
tos que deben conjugarse para ser una figura que realmente
regule el uso de la información privilegiada en el Mercado
de Valores, utilizada generalmente en beneficio del que la --
posee, provocando ventajas sobre los demás inversionistas, --
que desconocen dicha información, la que es factor importan--
te de cambio en la cotización de los valores bursátiles. Por
lo que para subsanar esta deficiencia en la ley del Mercado
de Valores, elabore una propuesta de modificación o unifica--
ción de dicha ley con otros ordenamientos jurídicos.

C A P I T U L O I

ANTECEDENTES DEL FIDEICOMISO

1. Generales.

a) Derecho Romano.

Uno de los antecedentes remotos del fideicomiso, fue el "fideicommissum" romano, que proviene del latín "fides" que significa fe y de "commissus" que significa comisión o encargo.¹

El fideicomiso romano se da por la tendencia de los testadores a imponer su voluntad más allá de su vida, respecto de los bienes que transmitían a sus herederos, así como, el deseo de eludir las numerosas incapacidades para heredar.

En aquella época estaban incapacitados para heredar entre otros los "peregrinos" los cuales eran extranjeros a la ciudad de roma pero residían en ésta; los "célibes" que eran solteros, viudos o divorciados; bs"orbi" que eran personas casadas sin hijos legítimos vivos.

Los incapacitados para heredar carecían de "testamenti factio pasiva", que era la capacidad exigida para poder ser considerado como heredero; o bien carecían de "ius capiendi", que era el derecho o facultad para poder beneficiarse aceptando una herencia o un legado.

¹ BLANQUEZ, Fraile, Agustín. DIRECCIONARIO LATIN ESPAÑOL. Ed. 5a. Barcelona España. ED. RAMON SOPENA 1975.

"El fideicomiso era una súplica, dirigida por un fidei comitente a un fiduciario para que entregara determinados -- bienes a un fideicomisario. La forma normal que tomo en el derecho romano era el fideicomiso mortis causa, en el cual el fideicomitente era el autor de la herencia; el fiduciario, - el heredero o legatario; y el fideicomisario un tercero".²

Esta institución fue usada para favorecer a las personas que no tenían la testamenti factio pasiva o para burlar la Lex Falcidia.

Esta ley tuvo su origen en un plebiscito y la cual decía que no se puede legar más de tres cuartos de herencia y que el heredero conserve al menos el cuarto de la sucesión.

Por otra parte, también es conveniente citar las "Leyes Caducarias"; se da este nombre a las leyes votadas bajo Augusto, la Ley Julia de Maritandis Ordinibus y de la Ley Papia - Poppaea que completa y modifica la Ley Julia.

La legislación caducaria, representada por sus principales leyes, la Papia Poppaea y la Julia, prohíben a los célibes y orbi (cónyuges sin hijos) recibir herencias y legados de personas que no pertenezcan a su inmediata familia y crean,

2 MARGADANT S., Guillermo F. El Derecho Privado Romano. Ed. 13a. ED. Porrúa. México, 1985. Pág. 501.

a estas dos categorías de personas, toda clase de obstáculos en sus carreras públicas.³

Estas leyes caducarías no se aplicaban a los fideicomisos, vistos en la época de Augusto con bastante favor; pero el senado consulto Pegasiano, del tiempo de Vespasiano les hizo entrar bajo la aplicación de estas leyes.⁴

En el fideicomiso romano, cuando un testador quería favorecer a una persona con la cual no tenía testamenti factio, no tenía otro recurso que rogar a su heredero fuese el ejecutor de su voluntad para dar al incapaz, bien fuera un objeto particular o bien la sucesión en todo o en parte, al heredero gravado se le llama fiduciario y aquel a quien se restituyó fideicomisario.

Esta disposición en su origen no tenía nada de obligatoriedad civilmente, era un asunto de conciencia y de buena fe para el heredero fiduciario.

Bajo Augusto, la inexecución de ciertos fideicomisos, - habían ofendido muy manifiestamente la opinión pública, el - emperador los hizo ejecutar con la intervención de los cónsules. Esta medida paso en el derecho romano y se creo hasta

³ Ibidem, Pág. 213

⁴ PETIT, Eugene. Tratado Elemental de Derecho Romano. Traducido de la 9a. Ed. Francesa. Ed. Nacional. México, 1971. Pág. 573.

un pretor especial pretor fideicommissarius, para ocuparse - de los fideicomisos.⁵

Para tener capacidad, era necesario disfrutar del commercium por tratarse de una adquisición regulada por el Derecho Civil de cuya adquisición estaban privados los peregrinos, los condenados que han perdido el derecho a la ciudadanía y los manumitidos dedicticios. Estos últimos eran aquellos que durante su esclavitud, había sufrido ciertos castigos, no eran dignos de hacerse por la manumición, ni ciudadano, ni latino; la ley sólo concede la condición de peregrino dedicticio con cierta gravación de acuerdo con la Ley Aelia Sentia.

Se debe mencionar también, que había ciertas personas - cuya incapacidad se tenía por motivos muy especiales:

1. Las mujeres no podían ser instituidas herederas por un ciudadano de primera clase, es decir de aquellos que tenían una fortuna de cien mil ases al menos comprobadas sobre registros del censo. Esta incapacidad resultaba de la Ley Vaconia, la cual tenía como finalidad impedir las riquezas - excesivas en las mujeres.

2. Las personas inciertas, también eran incapaces. Estas eran las que al testador le era imposible darse una idea clara y precisa de ella; porque debían elegir un heredero en

5 Ibidem. Pág. 579

tre aquellos cuya cualidades puden apreciar y su voluntad - debe ser ilustrada.

Se consideraban también como personas inciertas:

1. Los hijos no nacidos en el momento de la confesión - del testamento, llamados postumos.
2. Las personas morales.⁶

Estas restricciones hicieron que se instrumentará la figura del fideicomiso, ya que aquellos que no tenían la aptitud legal para ser considerados ciudadanos, no podían ser -- instituidos herederos; ya que no disfrutaban del comercio -- que es el derecho de adquirir y transmitir la propiedad.

En el derecho romano existieron algunas instituciones - jurídicas, que han sido consideradas por algunos autores como el antecedente de nuestro actual fideicomiso y señalan -- principalmente a la "fiducian" que consistía en un pacto - - agregado a las formas de transmitir la propiedad, por virtud de la cual el adquirente se obligaba a devolver la cosa ad-- quirida, llegado el caso que previamente se hubiese conveni-- do.

Se utilizaba la fiducia, por una parte para garantizar el cumplimiento de una obligación y el pago de un crédito de

6 Ibidem. Pág. 525.

nominandoce "fiducia cum creditore" (fiducia con acreedores) Por otro lado, se usaba dicha transmisión fiduciaria para -- que el adquirente custodiara una cosa o hiciera uso de ellas, recibiendo el nombre de "fiducia cum amico" (fiducia con amigo).

En la fiducia cum creditore, se transmitía la propiedad de la cosa al acreedor quien se la apropiaba definitivamente, si el deudor no cumplía con su obligación a su debido tiempo.

La fiducia cum amico, fue considerada como institución distinta, su estructura era muy similar a la anteriormente - comentada; influyo en la formación de los contratos de mutuo, depósito, comodato, mandato y sirvió también para realizar - las donaciones por causa de muerte, por lo que se estima como el antecedente del fideicomiso.

Al respecto, el Dr. Guillermo Floris Margadant S. nos - dice "lo que actualmente se llama fideicomiso en México, no es una institución derivada directamente del derecho romano; sino más bien una transformación del trust anglosajón, introducido a México a través de Panamá en 1924. En 1932 el fi--deicomiso se estructuro de nuevo en la Ley General de Títu--los y Operaciones de Crédito, bajo la influencia de las ideas de Piere Lepaulle, y se considera actualmente como la dedicación de ciertos bienes a un fin lícito determinado cuya realización se encomienda a una institución fiduciaria, expresamente

mente autorizada para figurar como tal".⁷

b) Derecho Germánico.

Dentro del derecho germánico, encontramos tres instituciones que anteceden a nuestro fideicomiso las cuales son: - la prenda inmobiliaria, el manus fidelis y el salman o treuhad.

"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 venditiones, y al mismo tiempo se obligaba al propio acreedor, con - una contra carta a la restitución del primer documento y del inmueble transmitido, en caso de que el deudor puntualmente cumpliera con su obligación".⁸

El manus fidelis era utilizado para evadir las prohibiciones o limitaciones contenidas en la legislación para determinar la calidad de los legítimos herederos.

Como podemos observar existían ciertas limitaciones tanto en el derecho romano como en germánico sobre la capacidad para adquirir ciertos bienes, por lo que la creación de estas instituciones dieron solución legal a dichas situaciones.

7 MARGADANT S. Guillermo F. ob. cit. Pág. 504.

8 VILLAGORDOA Lozano, José M. Doctrina General del Fideicomiso, ED. Asociación de Banqueros de México, A. C. México, - 1976. Pág. 14.

La persona que deseara hacer una donación debía transmitir la cosa material de la donación a una persona llamada -- "manus fidelis", por medio de una carta "venditiones". El -- manus fidelis transmitía inmediatamente la cosa adquirida en favor del beneficiario y reservándose el donante un derecho de goce sobre la cosa donada durante su vida.

La persona en quien recaía el mandus fidelis, siempre -- pertenecía al clero y así, garantizar al beneficiario la obtención de la cosa donada, sin que el manus fidelis tomara -- provecho de su cargo.

Otro antecedente remoto del fideicomiso es el salman o trehuad, que influyo sobre tod en la figura del use británico.

"En la ley germánica el salman equivale a la figura del feoffee to uses, de la temprana estructura inglesa de use. -- El salman era una persona a quien se transfería la tierra -- con las instrucciones del donante".⁹

c) El Use en el Derecho Inglés.

El use o trust inglés es de los antecedentes más importantes del fideicomiso en México, por lo que tomaremos las --

9 BANCO MEXICANO SOMEX, S.A. Las Instituciones Fiduciarias y el Fideicomiso en México. México, 1982. Pág. 8

ideas de los profesores ingleses y norteamericanos estudio--
 sos del tema como son: Sir Frederick Pollok y Frederick Wi--
 lliam Maitlan, Theodore Pulknett, George Gleason Bogert y --
 Austin Wakeman Scott.

En sus orígenes el use, era un instrumento utilizado --
 por un propietario de tierras que transfería parte de ellas
 a sus sirvientes o vasallos como compensación (enfeofes) pa
 ra el uso de otro (feoffor).

El que recibía la propiedad se llama feoffe to use y al
 beneficiario se le llamaba cestui que use.

Los uses o usos se creaban por convenio verbal; el feo--
 ffe aceptaba conservar los bienes en custodia y permitía al
 cestui que use tomar las utilidades; se obligaba además a --
 tranferir la propiedad o título de ella tal como se le ins--
 truyera.

Las organizaciones religiosas no poseían tierras pues -
 esto estaba prohibido por los estatutos de manos muertas no
 obstante esta prohibición existían personas caritativas que
 deseando donar sus tierras a la iglesia lo hacían mediante -
 el use, y así una orden religiosa podía obtener los benefi--
 cios de esas tierras, aunque no la propiedad.

Bogert indica que en opinión de algunos profesores, los

grupos religiosos fueron los primeros en utilizar el use extensivamente y de manera tal, que en Inglaterra resultó popular como medio de defensa clasista; se afirma que en los - - tiempos de Enrique V (1413-1422), los uses fueron la regla, más bien que la excepción para poseer la tierra en la Gran - Breaña.

Scott divide, para efectos didácticos el estudio histórico del use y el trus en Inglaterra en cuatro períodos: el primero abarca la época medieval a partir del Siglo XII hasta el Siglo XIV; el segundo que es el desarrollo progresivo del use, abarca del Siglo XIV hasta el siglo XV y comprende la - promulgación de Statue of Uses (1536); el tercer período va de 1536 hasta aproximadamente 1650 y el cuarto desde este - año hasta nuestros días.

"La utilización del use trajo como consecuencia también el florecimiento del desarrollo de todo un sistema de impartición de justicia, el cual es conocido con el nombre de -- sistema jurídico de equidad".¹⁰

Es conveniente mencionar que además del antecedente romano mediante el cual se pretende explicar el origen del use y que ya hemos analizado, la hipótesis o antecedente germánico postulado por Holmes, quien señala que el use tuvo su ori

10. Ibidem. Pág. 8 a 11

gen en el Treuhand o Salman, primitivo albacea a quien se -
 trasmiten bienes inmuebles en vida del dueño para que a su -
 muerte cumpliera con los fines previstos, aunque también es -
 te autor supone que el origen de los usos, podía en cierto
 grado atribuirse a los tribunales eclesiásticos después de -
 la conquista normanda.

Maitlan, en su intento de explicar el origen de los - -
 usos, nos dice "que el uso, nació de las reglas del common -
 law relativas a un mandato carente de formalidades, utiliza-
 do en un principio para bienes muebles y que obtuvo su máxi-
 ma definición cuando la práctica fue extendida a los inmue-
 bles.

Expuesto de esta manera el punto de vista de Maitlan, --
 coincide con el de Ames, quien también opina que el use fue
 un producto del sistema jurídico inglés, consecuencia lógica
 de que "la equidad actúa sobre la conciencia", y estimaba --
 que el canciller al sancionar su exigibilidad jurídica, se - -
 guiaba en cierta forma por las antiguas acciones de account
 detinue del common law.¹¹

Con esto se explica de acuerdo con Batiza, la hipótesis
 aborigen sobre la aparición del use; pero este mismo autor -
 hace alusión a un origen indeterminado del use, y para expo-

11 BATIZA, Rodolfo. El Fideicomiso. Ed. 4a. ED. Porrúa, México.
 Pág. 33 a 38.

ner dicha hipótesis cita a Keeton para quien las opiniones - sobre el origen del uso están algo fuera del lugar, y señala por ejemplo que el derecho inglés moderno asimila en varios aspectos la posición del albacea a la de trustee y señala -- que sería tan falso pretender que el albaceazgo deriva del - cargo de fiduciario como mantener la pretensión inversa.

Para este autor, la concepción básica del uso aparece - en diversos sistemas jurídicos aunque la práctica pueda en - ciertos detalles mostrar diferencias considerables. El trán sito histórico que media entre la aparición de los usos y la plena integración del trust puede describirse según Scott, a través de cuatro períodos más o menos definidos.

El primero de ellos se inicia con el primitivo empleo - de los usos y continua hasta comienzos del Siglo XV época en que reciben la sanción del canciller para su exigibilidad ju rídica.

El segundo período se extiende hasta la promulgación de la ley de usos en el Siglo XVI.

El tercero alcanza los finales del Siglo XVII, y marca la nueva etapa del derecho del trust, el cuarto y último período comprende el desarrollo del trust moderno.¹²

12 Ibidem. pág. 37.

No ha podido determinarse aún en forma satisfactoria el momento preciso en que los usos hacen su aparición en Inglaterra. Tal vez, con la hipótesis de Maitland, su primera y general utilización haya ocurrido en el Siglo XIII como resultado de las transmisiones de tierras "para el uso" de los frailes Franciscanos, a quienes las reglas del orden prohibían, en lo individual o comunalmente, la propiedad de tanto esa costumbre, que el reinado de Enrique V (1413-1422) la mayor parte de las tierras estaban sujetas al régimen de los usos.

Durante ese período, los usos consistían en obligaciones de carácter moral cuyo cumplimiento quedaba a la buena fe del prestanombre o feoffe. El beneficiario o cestui que use carecía de derechos protegidos por el orden jurídico, a cambio de los cuales estaba libre de tributos y cargas que pesaban sobre la propiedad.

Así vemos que en 1535 con Enrique VIII se promulga la "ley de usos" por la actividad que en éstos se venía desempeñando, provocando fraude a acreedores con los usos y beneficiando a terceras personas.

Como comenta Scott se creía que con la ley de usos se acabarían las prácticas abusivas y que de ahí en adelante no sería posible la escisión entre título legal y el interés o derechos de equidad. Sin embargo, los acontecimientos poste

riores demostraron que la ley no había consumado una extirpación total y que a pesar de ella todavía era factible el desdoblamiento a la separación entre el derecho legal y el derecho del beneficiario.¹³

d) El Trust Americano.

En Inglaterra y los Estados Unidos de Norte América ha tenido gran desarrollo y singular importancia la institución del "trust".

En su aspecto jurídico, el trust ha sido definido como "una obligación de equidad, por la cual una persona llamada "trustee", debe usar una propiedad sometida a su control -- (que es llamada trust property). Para el beneficio de personas llamadas "cestui que trus".

Esta relación fiduciaria o de equidad ha sido utilizada en Inglaterra y Estados Unidos de Norte América para los más diversos fines; y en Estados Unidos, su aplicación se ha incrementado, en el último siglo, principalmente en la práctica bancaria.

Se utiliza para formar fundaciones de caridad, para administrar bienes con una finalidad determinada (las personas que desean retirarse de los negocios donan sus propiedades -

13 Ibidem, Pág. 42.

en trus); para evitar juicios sucesorios, para formar patrimonios que sirvan de garantía a la creación de valores mobiliarios etc.

El trust, como un negocio de confianza derivado de los antiguos "uses" que podía prestarse para ocultaciones y fraudes, ha sufrido en Inglaterra y en Estados Unidos muchas vicisitudes; pero su práctica se extendió tanto, que hoy puede considerarse definitivamente admitido en dichos países.

Los Estados Unidos dieron un gran impulso al trust al extender su aplicación a la actividad bancaria. Esta comercialización del trust distingue principalmente a la institución inglesa de la institución norteamericana. "En Estados Unidos, la posición del "Trustee" (fiduciario) tiende a ser profesionalizada."¹⁴

Una de las diferencias que estriban sobre el trust en Inglaterra y Estados Unidos es que en el primero el trustee -- (Fiduciario) que por lo general es individual no recibe honorarios por su función como tal, y el segundo si recibe compensación lo que ha traído como consecuencia una evolución -- creándose trust companies, así como, bancos especializados -- con funciones de fiduciarios.

14 CERVANTES Ahumada, Raúl. Títulos y Operaciones de Crédito. Págs. 287 y 288.

El empleo general de la palabra trust, se ha desbordado, desnaturalizandola en su connotación jurídica original y estricta para darle sobre todo un matiz económico, debido a la circunstancia más o menos fortuita de que hace algo más de tres cuartos de siglo la Compañía Standard Oil y algunas otras empresas adaptaron para constituirse la forma legal -- conocida por massachusetts o bussnes trust. De ahí que el término fuera asociado y más tarde identificado con las poderosas organizaciones cuyas tendencias y prácticas monopolísticas se dirigian a suprimir la libre concurrencia mediante el acaparamiento de la producción, la regulación del abastecimiento y la fijación de los precios.

Esta acepción económica del trust es por completo ajena a la institución modelo mediato del fideicomiso mexicano.

Jurídicamente en el sistema angloamericano, el vocablo trust se emplea para incluir diversas relaciones fiduciarias, como el depósito, el albaceazgo, la tutela, el mandato; en sentido estricto, reservase para la especial relación fiduciaria que debe su origen y desenvolvimiento a la separación entre tribunales de derecho estricto (common law) y tribunales de equidad (equity), que subsistio en Inglaterra durante cuatro siglos.¹⁵

15 BATIZA, Rodolfo. ob. cit. Págs. 27 y 28.

2. HISTORICO-JURIDICO EN MEXICO.

a) Evolución del Fideicomiso en la Legislación Mexicana.

El fideicomiso, en nuestro país, no obstante su reciente adopción, sobre todo si se le compara con los largos siglos de evolución que ha recorrido el trust inglés, ha venido adquiriendo caracteres más preciso y definidos a medida que las operaciones autorizadas en forma abstracta por la reglamentación positiva toman cuerpo en la realidad social y jurídica, la circunstancia de tratarse de una operación privativa de los bancos, y el hecho de que los tribunales han tenido contadas oportunidades de intervenir en litigios que se refieran al fideicomiso, han determinado, a diferencia de lo que ocurre en los países anglosajones, que las normas hasta ahora dictadas entre nosotros por precisar algunos de sus principios provengan, no de las autoridades judiciales, sino de un órgano administrativo; la Comisión Nacional Bancaria.

De acuerdo con la ley, la Comisión está investida de facultades de inspección y vigilancia sobre las instituciones de crédito, y en uso de esas facultades ha dictado resoluciones sobre la interpretación y aplicación de las leyes y reglamentos bancarios y ha expedido circulares e instrucciones de carácter general dirigidas a las instituciones de crédito del país.

Por más que el fideicomiso no haya logrado todavía una madurez plena, existe ya un acopio considerable de experiencias que hace factible la elaboración de una nueva estructura legal que venga a superar la deficiente concepción y reglamentación vigente que, si eran provisionalmente aceptables hace más de veinte años, en la actualidad no responde al desarrollo alcanzado.

Como se sabe, el fideicomiso nace a la vida jurídica de México a principios de 1925, al promulgarse la Ley General - Instituciones de Crédito y Establecimientos Bancarios, que refleja una influencia derivada de las labores de la Convención Bancaria que había tenido lugar un año antes. Sería interesante ahondar más en el problema de si en la implantación del fideicomiso en nuestro país tuvo alguna parte el profesor Kramer, recordando su estancia entre nosotros a fines de 1917, y la adopción por varios países sudamericanos de las "Comisiones de Confianza" como operación bancaria consecuencia de las recomendaciones por el presidida. Hasta el momento no hemos descubierto ningún dato concreto que permita confirmar la conjetura, y más bien nos inclinamos a desecharla, considerando que su visita a México tuvo una finalidad específica y urgente; la de colaborar en nuestra organización financiera.¹⁶

16 BATIZA, Rodolfo. Tres Estudios sobre el Fideicomiso. Ed. - Porrúa. Págs. 63 a 65.

El primer intento realizado en México, para la creación del fideicomiso lo tenemos en el proyecto limantour de fecha 21 de junio de 1905 realizado por el Secretario de Hacienda señor José Y. Limantour, enviando al Congreso de la Unión como una iniciativa que facultaba al Ejecutivo para expedir la ley por cuya virtud podían constituirse en la República instituciones comerciales encargadas de desempeñar las funciones de "agentes fideicomisarios".

"Respecto a este hecho, queremos distinguir varios aspectos. En primer lugar, aunque el proyecto se denominó Limantour, su autor fue el licenciado Jorge Vera Estaño, según afirmación del señor licenciado Pablo Macedo".¹⁷

El proyecto constaba de ocho artículos, dándole al fideicomiso la naturaleza de un contrato en virtud del cual se hacía un encargo hecho al fideicomisario por dos o más personas, con el fin de ejecutar ciertos actos lícitos respecto de los bienes determinados en beneficio de las partes del mismo contrato o de un tercero: o para hacer efectivos ciertos derechos o cumplir las obligaciones creadas en dicho contrato.

Esta iniciativa supeditaba la creación de estas instituciones comerciales a la autorización y vigilancia de la Secretaría de Hacienda y previa algunas exenciones y privile-

gios en materia de impuestos en favor de éstas.

Cabe destacar que el término empleado para denominar a estas instituciones, dentro del cuerpo del proyecto, era - - erróneo ya que las llamaba fideicomisarias y no fiduciarias, como debería ser lo correcto.

Independientemente de las deficiencias del Proyecto - Limantour, éste no fue aprobado por el Congreso de la Unión, posiblemente por razones políticas y el turbulento período - de la revolución que se iniciara pocos años después, retardan do los esfuerzos para implantar esas instituciones entre - nosotros.

Más debe advertirse a principios del presente siglo, an ticipándonos un par de décadas a su adopción legislativa, se ha utilizado en nuestro país una variedad del trust de impor- tancia reconocida en el desarrollo económico de los Estados Unidos, esto es, como contrato complejo de garantía en emi- sión de bonos para financiar la construcción de ferrocarril- les. Este trust fue llamado Trust Deed, el cual fue otorga- do en el extranjero y surtió sus efectos en México al amparo del Código Civil de 1884 y de la Ley para ferrocarriles del 29 de abril de 1899, considerado como un contrato de presta- mo, mandato e hipoteca.

Siete años después de nuestra Constitución de 1917, y pasada la crisis de la Revolución surge en el año de 1924 la

Convención Bancaria en la cual fue presentado el Proyecto -- Creel sobre compañías bancarias de fideicomiso y ahorro - - (trust and savings banks) cuyo protagonista fue Don Enrique C. Creel.

Este proyecto, corregía la terminología del anterior al sustituir la expresión de instituciones fideicomisarias por la denominación antes citada.

El señor Enrique C. Creel en la comentada convención -- proponía diecisiete puntos, conforme a los cuales el Ejecutivo de la Unión pudiera expedir una ley general. Además consideraba necesario, como autos del proyecto, el deber de dar algunos informes acerca de las funciones de estas compañías, ya que funcionarían de la siguiente manera; "celebrar operaciones principalmente en bonos, que es la característica de las compañías de fideicomiso de toda clase de propiedades, - bonos de compañías, hipotecas, ferrocarriles, etc. y que - - otras operaciones consistían en recibir en fideicomiso los - bienes de las viudas, de los huérfanos y niños, es así como los bienes muebles e inmuebles quedan asegurados y administrados por una institución de crédito y prestigio."¹⁸

Este proyecto no culminó en su promulgación como ley, - sin embargo tuvo influencia con posterioridad en la le--

¹⁸ BATIZA, Rodolfo. El Fideicomiso. Ed. 4a. ED. Porrúa. Pág. 102.

gislación que contemplaba el tema de nuestro estudio.

A fines de 1924, se dictó la Ley General de Instituciones de Crédito y Establecimientos Bancarios que entre otros preceptos incluía a los Bancos de Fideicomiso.

Esta ley reputaba según su artículo 60. Fracción VII, a los bancos de Fideicomiso como instituciones de crédito para todos los efectos legales y como tales, les sometía al régimen de concesión especial que otorga el Ejecutivo de la Unión, por un período máximo de treinta años, como se desprende de los artículos 7º y 15 del propio ordenamiento.

El capítulo VII de la ley intitulado "De los Bancos de Fideicomiso", contenía sólo dos artículos, el 73 y 74, en los cuales denominaba bancos de fideicomiso a los que "sirven los interés del público en varias formas y principalmente administrando los capitales que se le confían e interviniendo con la representación común de los suscriptores o tenedores de bonos hipotecarios, al ser emitidos éstos o durante el tiempo de su vigencia" y prevenía que los mismos se regirían por la ley especial que habría de expedirse.¹⁹

En marzo de 1926 se sometió a la Secretaría de Hacienda el Proyecto Vera Estañol, inspirado en las instituciones fi-

duciarias norteamericanas y en el Proyecto Alfaro de Panamá de 1920, pero no fue sino hasta la Ley de Bancos de Fideicomiso fechada el 30 de junio de 1926, cuando por primera vez se da una definición y reglamentación de la nueva figura.

Esta ley ya da un lineamiento más claro del fideicomiso, aunque con algunos errores que veremos en los artículos más importantes de este ordenamiento.

En el artículo 1o. comprendía que el objeto propio de estas instituciones eran las operaciones por cuenta ajena y en favor de terceros. El artículo 2° requería el otorgamiento de una concesión, con las exigencias de ser constituidas, estas instituciones como sociedades anónimas.

Los artículos 3° y 4° regulaban la prohibición para los bancos o compañías del extranjero tener en la República agencias o sucursales cuyo objeto fuera practicar operaciones de fideicomiso.

El artículo 6° de suma importancia establecía que "el fideicomiso, propiamente dicho es un mandato irrevocable en virtud del cual se entrega al Banco, con carácter de fiduciario determinados bienes, para que disponga de ellos o de sus productos según la voluntad del que los entrega, llamado fideicomitente, a beneficio de un tercero, llamado fideicomisario". Como podemos ver erróneamente se definía el fideicomiso.

so como un mandato irrevocable, por lo que limitaba su campo de acción a las operaciones de garantía.

El artículo 14 contemplaba que el Banco Fiduciario podía efectuar en cuanto a los bienes fideicomitidos, todas -- las acciones y derechos inherentes al dominio, aún cuando no se exprese en el acto constitutivo del fideicomiso; pero no podía enajenar, gravar ni pignorar dichos bienes, a menos de tener la facultad expresa o de ser indispensable esos actos para la ejecución del fideicomiso.

El artículo 18 contemplaba las causas de extinción entre las cuales se encontraban el cumplimiento del objeto o -- la imposibilidad del cumplimiento; el incumplimiento de la -- condición suspensiva de que dependía, dentro de los veinte -- años siguientes a su constitución o cumplimiento de la -- condición resolutoria o por convenio expreso entre el fideicomi -- tente y el fideicomisario.

Los artículos 22 y 23 establecían las operaciones que -- realizan los bancos de fideicomiso y los demás artículos -- marcaban la organización y el funcionamiento de este tipo de -- instituciones.²⁰

Cuatro meses después, fue aprobada la Ley General de Ins

20 Ibidem. Págs. 33 y 34.

tituciones de Crédito y Establecimientos Bancarios y fue publicada en el Diario Oficial del 16 de noviembre del mismo año, la cual contemplo en sus preceptos los artículos de la ley anteriormente comentada.

b) Ley General de Instituciones de Crédito de 1932.

Esta ley en su exposición de motivos declaraba que "la ley de 1926, había introducido en México, rompiendo con la tradición, la institución jurídica del fideicomiso. Evidentemente esta institución puede ser de muy grande utilidad para la actividad económica del país y está destinada probablemente a un gran desarrollo; pero desgraciadamente, la Ley de 1926, no precisó el carácter sustantivo de la institución y dejó, por tanto, gran vaguedad de conceptos en torno de ella. Para que la institución pueda vivir y prosperar en nuestro medio, se requiere, en primer término, una definición clara de su contenido y de sus efectos, siendo ésta definición materia de la Ley de Títulos y Operaciones de Crédito, y una reglamentación adecuada de las instituciones que actúen como fiduciarias."

También, señalaba que el fideicomiso era concebido, -- "como una afectación patrimonial a un fin, cuyo logro se confía a las gestiones de un fiduciario, precisándose así la naturaleza y los efectos de ese instituto que la ley actualmente en vigor concibe obscuramente como un mandato irrevoca---

ble"21

Esta ley mantiene la actividad fiduciaria como instituciones de crédito sujetas a la concesión del gobierno y la prohibición, de que las sucursales de bancos extranjeros actúen como fiduciarias en nuestro país.

En la sección sexta, del capítulo segundo de esta ley -- estaba dedicado al funcionamiento de las fiduciarias, las -- cuales gozaban de ciertas atribuciones como por ejemplo:

Intervenir en la emisión de toda clase de títulos de -- crédito, garantizando su autenticidad o las firmas y la identidad de los otorgantes, encargarse de que las garantías quederan debidamente constituidas, cuidando de que la inversión -- de los fondos se hiciera en los términos pactados; recibir -- los pagos o exhibiciones de los suscriptores, actuando como representantes comunes de los tenedores de títulos; recibir -- en depósito, administración o garantía, por cuenta de terceros, toda clase de bienes, títulos o valores; desempeñar los -- cargos de albacea, ejecutor especial, interventor, depositario judicial, representante de ausentes o ignorados, tutor o -- curador y patrono de instituciones de beneficencia; administrar toda clase de bienes, a excepción de fincas rústicas, y -- desempeñar toda clase de mandatos y comisiones.

En esta ley se establecía que la Comisión Nacional Ban-

21 Ibidem.-Pág. 36.

caría podía vetar el nombramiento o solicitar la remoción de los funcionarios que ejercían las facultades de las instituciones. Estas y otras regulaciones se contenían en los artículos del 90 al 96.

c) Ley General de Títulos y Operaciones de Crédito.

Paralelamente a la Ley General de Instituciones de Crédito de 1932, fue promulgada la Ley General de Títulos y Operaciones de Crédito, publicada en el Diario Oficial de la Federación del 27 de agosto del mismo año, la cual regula al fideicomiso como institución substantiva.

La exposición de motivos de la ley advertía de que aún cuando ello ofrece los peligros inherentes a la implantación de instituciones jurídicas extrañas, reglamenta el fideicomiso porque ya desde 1926 la Ley General de Instituciones de Crédito lo había aceptado y por que su implantación sólida en México, dentro de los límites que muestra la estructura jurídica general permite, significará de fijo un enriquecimiento del caudal de medios y formas de trabajo de nuestra economía. Indicaba que, corrigiendo los errores o lagunas más evidentes de la ley de 1926, la nueva ley conserva, en principio, el sistema ya establecido de admitir solamente el fideicomiso expreso, circunscribiendo ciertas personas la capacidad para actuar como fiduciarias y establecía las reglas indispensables para evitar los riesgos que con la prohibición

absoluta de instituciones similares al fideicomiso ha tratado de eludir siempre la legislación mexicana.²²

Bajo la vigencia de la Ley General de Títulos y Operaciones de Crédito, el fideicomiso alcanza la difusión que ha tenido actualmente en la práctica bancaria. A continuación se hace un breve análisis a los artículos de dicha ley:

- En el artículo 346 se describe al fideicomiso como un acto jurídico en virtud del cual el fideicomitente destina -- ciertos bienes a un fin lícito determinado, encomendando la realización de ese fin a una institución fiduciaria. Este artículo en relación con el 352 podemos afirmar que el fideicomiso se encuentra integrado por elementos reales, personales y formales, que en su momento estudiaremos más adelante.

- La ley concibe en su artículo 347, la validez del fideicomiso sin señalar fideicomisario, condicionando únicamente la licitud del fin perseguido.

- En los artículos 348 y 349 señala que pueden ser fideicomitentes y fideicomisarios las personas físicas y jurídicas que tengan la capacidad legal necesaria para ello, pudiendo serlo también las autoridades judiciales o administrativas competentes cuando se trate de bienes cuya guarda, con

22 BATIZA, Rodolfo. ob. cit. págs. 116 y 117.

servación, administración, liquidación, reparto o enajenación corresponda a dichas autoridades.

- El artículo 350, contempla que sólo pueden ser fiduciarias las instituciones de crédito que disfruten de concesión otorgada por el Gobierno Federal para practicar las operaciones del fideicomiso, lo que sin duda alguna representa seguridad para las partes que intervienen en el. En este -- mismo precepto se menciona que sino se designaré, en la congitución del fideicomiso, a la institución fiduciaria que -- desempeñara el cargo, se tendrá por designada la que elija - el fideicomisario o, en su defecto, el Juez de Primera Instancia del lugar en que estuviesen ubicados los bienes.

Cabe hacer hacer mención que en los fideicomisos translativos de dominio, sin designación de fiduciaria, priva de validez a dichos fideicomisos ya que sin fiduciaria no puede operar la transmisión de la titularidad de los bienes afectados, ni es posible la realización de los fines del fideicomiso, razón suprema de su constitución que estudiaremos más -- adelante en los elementos formales del fideicomiso.

- El artículo 351 concibe a los elementos reales, los cuales recaen sobre toda clase de bienes y derechos, los cuales al constituirse el fideicomiso salen del patrimonio del fideicomitente y se transmiten a la fiduciaria, para que ésta realice los fines establecidos en beneficio del fideicomi

sario. Salvo los derechos estrictamente personales de su ti tular verbigracia el derecho del voto, la patria potestad, - etc.

- La ley establece en su artículo 352 que el fideicomiso puede constituirse por acto entre vivos o por testamento y siempre deberá constar por escrito.

Como ya comentamos al respecto en el caso por testamento, podríamos hablar de una instancia o promesa que el fidei comitente hace, la cual no se perfeccionara hasta que el fi duciario acepte el cargo, siendo hasta este acto cuando ocurre la transmisión del patrimonio del fideicomitente al fi deicomiso.

Los requisitos para producir efectos contra terceros cu yos bienes muebles e inmuebles sean objeto del fideicomiso, se encuentran determinados en los artículos 353 y 354 de la ley, indicando el término en que surtan sus efectos. En estos preceptos se contempla el momento en el cual el fi duciario procederá a ejercer su carácter, de titular de los bie nes efectos al fideicomiso.

Los derechos del fideicomisario independientemente de - los consignados en el fideicomiso, se encuentran establecidos en el artículo 355 como el de exigir el cu mplimiento - del fideicomiso al fi duciario; atacar la validez de los ac tos

que éste cometa en su perjuicio de mala fe o en exceso de sus facultades; y cuando procede reivindicar los bienes que, como consecuencia de estos actos, hayan salido del patrimonio objeto del fideicomiso. También determina que los derechos de el fideicomisario en caso de incapacidad, sean ejercidos por - - quien detente la patria potestad, el titular o el ministerio - público en su caso.

- Por su parte el artículo 356 abriga los derechos y acciones que tienen el fiduciario para poder llevar a cabo el - cumplimiento de los fines del fideicomiso, salvo las limita--- ciones establecidas en el mismo, así como la obligación del - fiduciario de cumplir estrictamente los fines del fideicomiso y no podrá excusarse o renunciar al cargo sino por causas graves; debiendo actuar siempre como buen padre de familia, siendo responsable de las pérdidas o menoscabo que los bienes sufran por su culpa. Podemos agregar que la conducta del fiduciario será como la de un hombre recto, honesto, diligente y de buena fe.

- El artículo 357 alude a las causas que extinguen al fideicomiso, lo que produce la terminación del acto jurídico establecido. Específicamente se extingue por la realización -- del fin pactado, por hacerse éste imposible, por no hacerse posible el cumplimiento de la condición suspensiva de que dependa, por que se cumple la condición resolutoria a que se hubiere sujetado, por convenio expreso entre el fideicomitente y -

el fideicomisario, por revocación del fideicomitente si éste se reserva tal facultad y por renuncia de la institución en los casos previstos por la ley.

- El artículo 358 menciona que extinguido el fideicomiso los bienes afectos al mismo que hayan quedado en poder de la institución fiduciaria deberán devolverse al fideicomitente o a sus herederos.

- La ley prohíbe en su artículo 359 tres clases de fideicomisos; los secretos, es decir, aquellos en los que se oculte su constitución, las partes que intervienen, sus fines etc. Aclarando que este no es el caso del secreto fiduciario establecido en la Ley de Instituciones de Crédito (artículo 118), en los que el beneficio se conceda a diversas personas sucesivamente, que deban sustituirse por muerte de la anterior, salvo que la sustitución se realice en favor de personas que estén vivas o concebidas a la muerte del fideicomitente; y aquellos que cuya duración sea mayor de 30 años cuando se designe como fideicomisaria a una persona jurídica que no sea del orden público o institución de beneficencia o que el fin no sea el mantenimiento de museos de carácter científico o artístico que no tenga fines de lucro.

A más de medio siglo de su promulgación el capítulo relativo al fideicomiso de la ley comentada, sólo ha sido objeto de pequeñas reformas, verdaderos retoques, lo que pone de ma-

nifiesto lo acertado de sus disposiciones, no obstante que, en algunos aspectos, se estiman insuficientes.²³

d) Ley General de Instituciones de Crédito y Organizaciones Auxiliares de 1941.

Esta ley que aparece en el Diario Oficial el 31 de mayo de 1941, sirve de complemento a la Ley General de Títulos y Operaciones de Crédito. Además abrogó a la Ley General de Instituciones de Crédito de 1932.

La exposición de motivos declaraba que el capítulo dedicado a las instituciones fiduciarias apenas si sufre modificaciones, como no sea añadir a la enumeración de sus cometidos algunos que pueden resultar propios de estas instituciones y ciertas nuevas normas por las cuales deban regirse las operaciones de inversión que realice la institución en ejercicio de fideicomiso, mandato o comisión, cuando de la naturaleza de éstos o de las instrucciones recibidas no resultan indicaciones precisas, añadía la obligación de estas instituciones de notificar a los interesados de las operaciones que se realicen en cumplimiento de sus encargos y de los datos que permitan identificar los bienes destinados al fin respectivo, -- siempre que sea posible o cuando no se haya renunciado a ella expresamente y con el fin de hacer más real la responsabilidad de estas instituciones en el cumplimiento de sus obliga--

23 RODOLFO Batiza. ob. cit. Págs. 116 y 117.

ciones.²⁴

De acuerdo con el Dr. Miguel Acosta Romero, la regulación legal del fideicomiso público ha sufrido una transformación radical de 1970 a 1981.

Originalmente, ni la Ley General, de Instituciones de Crédito y Organizaciones Auxiliares, tanto la de 1932, como la de 1941, ni tampoco la Ley General de Títulos y Operaciones de Crédito de 1932, que dio las bases definitivas para la institucionalización de esta figura en nuestro país, previeron -- que el fideicomiso pudiera ser utilizado como instrumento de acción administrativa por parte del Estado.

Estos dos cuerpos legales fueron aplicados e interpretados desde 1932 hasta la fecha, en el sentido de que no existe inconveniente legal para que el Estado sea fideicomitente y constituya un fideicomiso.

En la práctica, el Gobierno Federal fue el primero que utilizó la figura del fideicomiso, para destinar bienes del Estado a la realización de fines de interés público por conducto de una fiduciaria, y además es notable el hecho de que esa -- práctica con el tiempo se haya reiterado de tal manera que, en la actualidad son numerosos los fideicomisos del Gobierno Federal.

24 BATIZA, Rodolfo. ob. cit. Págs. 117 y 118.

Los gobiernos de las entidades federativas, al observar esa forma de actuar del Gobierno Federal, también comenzaron a utilizar la figura del fideicomiso y lo mismo puede decirse de los municipios.

Sin embargo, estas normas que en su origen estaban destinadas a regir el fideicomiso entre particulares, resultaron insuficientes para regular el fideicomiso público, pues éste presenta una problemática que desborda los intereses privados y ha traído como consecuencia toda una reforma administrativa y legal para encuadrar a los fideicomisos dentro de la administración pública, y regularlos con normas de derecho público.

De acuerdo con ese movimiento legislativo, ya las primeras disposiciones legales que hablaron del fideicomiso público fueron la Ley de Ingresos de la Federación, para 1970, publicada en el Diario Oficial de la Federación de 31 de diciembre de 1969, en su artículo 15, párrafo segundo; la ley para el control, por parte del Gobierno Federal; de los Organismos Descentralizados y Empresas de Participación Estatal (D.O. del 31 de diciembre de 1970), cuyos artículos 25 y 26 lo prevén.²⁵

25 ACOSTA Romero, Miguel. Teoría General del Derecho Administrativo. Ed. 8a. 1988. México. ED. Porrúa. Págs. 442 y 443.

De lo anterior no abundaremos en el tema por ser objeto de otro estudio que nos llevaría a un análisis diverso del -- que aquí nos ocupa.

En 1938 con la estatización de la Banca, fue promulgada la Ley Reglamentaria del Servicio Público de Banca y Crédito, con lo que las instituciones de crédito se convierten en - Sociedades Nacionales de Crédito.

Mediante decreto por más histórico de fecha 1° de septiembre de 1982, el entonces Presidente de los Estados Unidos Mexicanos, Lic. José López Portillo, estableció la nacionalización de la Banca Privada, publicado en el Diario Oficial de la misma fecha. En el Decreto aquí señalado se mencionaba -- que la concesión, por su misma naturaleza es temporal, pues -- sólo puede subsistir mientras el Estado por razones económi-- cas, administrativas o sociales, no pueda hacerse cargo directamente de la prestación del servicio público de la Banca.

La ley reglamentaria tuvo vigencia hasta el 18 de julio de 1990, manteniendo con su antecesora los lineamientos de - funcionamiento, prohibiciones que regulaban la situación fiduciaria y la administración del fideicomiso, con ligeras variaciones que no son de trascendencia.

e) Ley de Instituciones de Crédito de 1990.

En 1990 fue promulgada la nueva Ley de Instituciones de Crédito mediante publicaciones en el Diario Oficial de la - Federación de fecha 18 de julio del mismo año. Teniendo como objetivo principal la desincorporación de 18 Sociedades - Nacionales de Crédito, para ser reprivatizadas mediante el - proceso de subasta pública.

La vigente ley regula nuevamente a las instituciones de crédito como sociedades anónimas, permitiendo a nuestra institución en estudio, su desarrollo práctico y jurídico como la encontramos en su artículo 46 fracción XV, permitiendo a las instituciones de crédito entre otras actividades, practicar las operaciones de fideicomiso a que se refiere la vigente Ley General de Títulos y Operaciones de Crédito, a su vez mantiene, al igual que su antecesora los lineamientos de administración, constitución de un comité técnico en los contratos de fideicomiso, aunque sin definir la personalidad de dicho órgano, le da vida como coadyuvante en el cumplimiento de lo establecido en los fideicomisos.

Podemos decir que la vigente ley por los cambios socio-económicos del país, no tuvo un gran desarrollo evolutivo en nuestra institución, por lo que se da únicamente una regulación más estricta en las demás actividades bancarias, conjuntamente con las realizadas a la Ley General de Títulos y Ope

raciones de Crédito, la cual de igual forma no reforma nuestra institución en estudio.

C A P I T U L O I I

**NATURALEZA JURIDICA Y ELEMENTOS
DEL FIDEICOMISO**

1. Concepto y Naturaleza Jurídica del Fideicomiso.

Nuestra Ley General de Títulos y Operaciones de Crédito establece en su artículo 346 que: "En virtud del fideicomiso, el fideicomitente destina ciertos bienes a un fin lícito determinado, encomendando la realización de ese fin a una institución fiduciaria". Por lo que podemos observar la legislación no da un concepto definido de si es un acto o negocio jurídico lo que procederemos a estudiar más adelante.

Lo establecido anteriormente es una versión modificada de lo que se había descrito en la Exposición de Motivos de la Ley General de Instituciones de Crédito que decía: "Quedará el fideicomiso concebido como una afectación patrimonial a un fin", concepto que se encuentra con más claridad en el artículo 351, en su segundo párrafo, de la ley substantiva que menciona: "Los bienes que se den en fideicomiso se considerarán afectos al fin a que se destinan, y en consecuencia sólo podrán ejercitarse respecto de ellos, los derechos y acciones que al mencionado fin se refieran..."²⁶

Así vemos, que nuestros legisladores aunque inspirados en el Proyecto Alfaro, no tomaron el concepto erróneo del fideicomiso como "mandato irrevocable".

26 BATIZA, Rodolfo. Principios Básicos del Fideicomiso y de la Administración Fiduciaria. ED. Porrúa. México, 1977. Pág. 30.

El jurista Alfaro explica que el encargo conferido al fiduciario produce otro efecto sin el cual no podría ser ejecutado, o sea, el de transmitir los bienes objeto del fideicomiso al fiduciario. Por lo que respecta a la transmisión de los bienes comenta. "si éstos no pasan de una persona a otra y continúan en poder del dueño, no existe acto de confianza del fideicomitente para con el fiduciario, ni puede cumplirse el propósito del fideicomiso.

La idea de afectación prescrita en los artículos 346 y -- 351 de la ley substantiva proviene de Lepaulle, pero no reconoce en esos preceptos lo que este autor admitía en forma explícita, es decir, que el sujeto de derecho (fideicomitente) encargado de realizar la "afectación" es titular de los derechos que le sean útiles para cumplir su obligación.

De acuerdo a lo anterior, respecto de la transmisión de -- los bienes, en la segunda parte del artículo 352 de la ley -- substantiva, se establece que: "la constitución del fideicomiso, deberá siempre constar por escrito y ajustarse a los -- términos de la legislación común, sobre transmisión de los -- derechos o la transmisión de propiedad de las cosas que se -- den en fideicomiso". Incluso cuando la redacción del precepto no es clara como es de desearse, empero, tanto por su ubicación en la ley cuanto por la materia de que se trata, consideramos que la recta interpretación lo restringe a una -- cuestión sólo de forma, es decir, si la constitución de un --

fideicomiso debe otorgarse en instrumento privado o en escritura pública, según la cuantía de los bienes que se den en fideicomiso. Por lo que entendemos que no hay transmisión, sino, una entrega.²⁷

La problemática de confusión que genera este precepto no sólo ha afectado a la doctrina, sino que también, a nuestro más alto Tribunal de la Nación. Ya que la Suprema Corte de Justicia en el primer amparo, en materia de fideicomiso, de 1937 resolvió contradictoriamente a su tesis, sosteniendo -- que "aún cuando el fideicomiso no es lo mismo que el mandato, el fiduciario sólo tiene funciones de mero administrador", (amparo administrativo en revisión N° 210 de 1937, Sección - 2a. Compañía Limitada del Ferrocarril Mexicano, Semanario Judicial de la Federación, T. LII, Vol. 30 págs. 2317-2325).

"Sin embargo, a partir de 1948, la Suprema Corte ha admitido en una serie de ejecutorias, que ya constituyen jurisprudencia, el efecto traslativo de dominio del fideicomiso, restituyendo así al concepto legal el elemento esencial del que fue privado".²⁸

El efecto traslativo de dominio que en el fideicomiso se produce, no puede ni debe asimilarse a la transmisión normal

27 BATIZA, Rodolfo. ob. cit. Págs. 31 y 32

28 Ibidem Pág. 32

del derecho de propiedad, (compraventa, permuta o donación) ya que por principio, la transmisión en el fideicomiso, se realiza con el sólo propósito de que el fiduciario pueda realizar el fin que se le encomienda. Por lo que el dominio - esta sujeto a limitaciones, podemos decir que adquiere un dominio restringido.

De acuerdo a lo establecido en el segundo párrafo del artículo 351, de la ley substantiva, la Ley de Instituciones de Crédito vigente en su artículo 79 dice "En las operaciones de fideicomiso, mandato, comisión, administración o custodia, las instituciones abran contabilidades especiales por cada contrato, debiendo registrar en las mismas y en su propia -- contabilidad el dinero y demás bienes, valores o derechos -- que se le confíen, así como los incrementos o disminuciones, por los productos o gastos respectivos..."

"En ningún caso estos bienes estarán afectos a otras responsabilidades que las derivadas del fideicomiso mismo..."

La naturaleza jurídica del fideicomiso ha sido materia de estudio, durante los últimos años por lo que hacemos un breve análisis sobre las teorías que consideramos que de alguna forma han tenido influencia en nuestra doctrina y legislación.

a) Teoría del Mandato.

El exponente de esta teoría es el jurista panameño Ricardo J. Alfaro, quien introdujo el trust anglosajón a los sistemas jurídicos latinoamericanos. La teoría de este jurista se funda, en que el fideicomiso se asimilaba a un mandato de carácter irrevocable y que el legislador mexicano tomó en -- consideración en la ley de Bancos de Fideicomiso de 1926, -- más tarde en la Ley General de Instituciones de Crédito y Es tablecimientos Bancarios del mismo año.

El jurista Alfaro en 1920 dice que el fideicomiso es un -- mandato irrevocable, en virtud del cual se transmiten al fiduciario, determinados bienes, para que dispongan de ellos y de sus productos según su voluntad del que los entrega llamado fideicomitente, en beneficio de un tercero llamado fidei-comisario.

"En el antiguo fideicomiso se habilitaba al fiduciario pa ra desempeñar su cargo constituyéndolo como heredero. En el trust angloamericano se habilitaba al trustee invistiendolo con el "Título Legal" sobre bienes. De consiguiente, si tan to en el fideicomiso como en el trust, lo que hacen el fiduciario y el trustee, es ejecutar un encargo por cuenta del -- testador o constituyente, si en el derecho civil el mandato es un contrato, por medio del cual una persona encarga a -- otra la ejecución o dirección de determinado negocio, no hay

duda de que el mandato, es la institución de derecho civil - que tiene más estrecha semejanza con el trust, puede ser - - (sic) y ha sido asimilado a un mandato en que el fideicomitente es el mandante y el fiduciario el mandatario".²⁹

El concepto de mandato ya comentado es ineficaz ya que - observa para el trust, el hecho de ser revocable y para concebirlo como un mandato concluye que lo podría asimilar un - mandato irrevocable especial, ya que así se presenta el desprendimiento definitivo del dominio de las cosas objeto del encargo. Sólo de esta forma se podría crear un patrimonio - independiente, cuyo dominio adquirirá el fiduciario en forma definitiva y no precaria, con la obligación de cumplir con -- las disposiciones del trust.

Esta teoría fue duramente criticada, por lo que el jurista panameño desarrolla una segunda etapa, en la que sostiene "que cualquiera entiende lo que es un trust o fideicomiso moderno si se le expone más o menos en los términos, que en -- sustancia equivalen a los de la definición que formulé para la ley panameña". Y explica lo criticado defendiendo lo siguiente: "el fideicomiso es un acto, en virtud del cual se - transmiten determinados bienes a una persona llamada fideico

29 VILLAGORDOA Lozano, José M. Doctrina General del Fideicomiso. ED. Asociación de Banqueros de México, A.C. México, 1976. Pág. 97.

misario, para que disponga de ellos, conforme lo ordena la - persona que los transmite, llamada fideicomitente, a beneficio de un tercero llamado fideicomisario".

Respetando las ideas del jurista Alfaro, no estamos de acuerdo con la asimilación que hace del trust anglosajon, como mandato irrevocable ya que son figuras totalmente diferentes. En el fideicomiso el fiduciario ejerce los derechos que le son transmitidos para la realización del fin, por lo tanto, no es el mandatario del fideicomitente.

En el mandato no existe en ningún momento transmisión de derechos, ya que el patrimonio del mandante no ingresa al -- del mandatario, sino que pasan a un tercero con quien contrata el mandante.

En la segunda etapa de su pensamiento, manifiesta que el fiduciario ejecuta un encargo según lo ordena el fideicomitente, por lo que sería conveniente definir la obligación -- del fiduciario de ejercitar los derechos que le hayan transmitido.

b) Teoría del Patrimonio de Afectación.

Para tomar el estudio de esta teoría, cabe mencionar lo que Francisco Ferrara nos expone de Brinz, quien por su parte tiene dos categorías del patrimonio y los divide en pa--

rimonios personales e impersonales, llamados también patrimonios afectos a un fin o patrimonios de destino. Los primeros pertenecen a un sujeto, los segundos carecen de dueño pero se encuentran adscritos al logro de una finalidad determinada y gozan de garantías jurídicas especiales.

El hecho de que estos patrimonios no pertenezcan a una persona, no significa que no tengan derechos, estos derechos son de algo, más no de alguien.

Pierre Lepaulle explica la naturaleza jurídica del trust, partiendo del concepto de patrimonio de afectación y explica que para que exista un trust basta que haya bienes afectos al mismo y además una afectación prevista. Continúa este autor diciendo: "¿De que depende la misión del trustee para poderla desempeñar? De la afectación prevista de los bienes: Esta afectación puede ser determinada por voluntad del - - - settlor".

Lepaulle afirma que "una afectación no se realiza por sí sola: es necesario tener un medio práctico para llevarla a cabo. Este medio práctico es el trustee, único sujeto de derecho necesario pero suficiente para el funcionamiento del trust. Puede no haber ni settlor ni cestui que trust, que -- constituyan una persona física o moral, pero debe haber un trustee. La afectación debe realizarla un sujeto de derecho." ³⁰

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

Juan Landerreche Obregón, comparte la teoría del patrimonio de afectación diciendo que "el fideicomiso es fundamentalmente un patrimonio que se afecta a un fin determinado".

Partiendo de la idea de la propiedad como medio de realizar el aprovechamiento de los bienes para fines humanos, resulta económica y jurídicamente fundada la formación de un patrimonio destinado a un fin lícito, sin que necesariamente -- tenga como requisito la existencia de un propietario determinado, sino como simple condición, la que de un órgano que realice el fin que se persigue". Respecto de este punto debemos tomar en cuenta que debe existir una persona quien sea el titular de esos derechos, para poder ejercer sus facultades sobre ellos y cumplir con el fin determinado, este titular o -- persona en nuestro derecho sera el fiduciario, quien se encarga de ejercitar las acciones y derechos que del fin del fideicomiso se deriven.

c) Teoría del Desdoblamiento del Derecho de Propiedad.

Como principal expositor de esta teoría tenemos a Remo -

Franceschelli, autor italiano que estudia al trust inglés, - tratándolo de asimilar a los regímenes jurídicos que siguen los lineamientos del movimiento continental europeo, con apego a la tradición jurídica que magisterialmente trazaron los autores del derecho romano.

Este autor expone que "el desdoblamiento del derecho de propiedad originario en dos nuevos derechos de propiedad sobre el mismo objeto, que se encuentran atribuidos a dos sujetos diversos, se efectúa de la siguiente forma: en primer término, tenemos el derecho de propiedad formal exterior - (del trustee), y después el derecho de propiedad sustancial (del cestui que trust).

Concluye el jurista italiano diciendo: "El contenido del derecho de propiedad, que, como hemos visto, contiene dos categorías de facultades, que son la de disposición y la de goce, se atribuyen de acuerdo con la tendencia predominante, - al trustee y al cestui que trust, respectivamente".³¹

En base a la exposición de esta teoría, no compartimos - opiniones con el jurista Franceschelli, al tratar de explicar la naturaleza jurídica de la institución anglosajona del - trust y, probablemente en esos regímenes no sea correcta pe-

31 Ibidem. Págs. 108, 109 y 110.

ro, por lo que respecta a la asimilación de ella, como quiere este autor, a los sistemas jurídicos de ascendencia romana, entre los cuales se encuentra el nuestro, y por lo que se refiere al fideicomiso es totalmente inaceptable la teoría.

No podemos admitir una explicación tomando como base el desdoblamiento de un derecho absoluto, que excluye la posibilidad de dos titulares diferentes, entre otras razones, porque la existencia de uno necesariamente elimina a cualquier otro. Ya que en los regímenes jurídicos de ascendencia latina, donde el orden jurídico es único y dentro del mismo, respecto de un derecho, sólo se puede reconocer a un titular.

El jurista José M. Villagordoa Lozano respecto del tema, parte del principio de que el fideicomiso es una especie de negocio fiduciario, toda vez que en esta institución descubrimos las dos relaciones, que integran a ese tipo de negocios, y define al fideicomiso como un negocio fiduciario, por medio del cual, el fideicomitente transmite la titularidad de ciertos bienes y derechos al fiduciario, quien está obligado a disponer de los bienes y a ejercitar los derechos para la realización de los fines establecidos en beneficios del fideicomisario.

No estamos de acuerdo con la posición de este jurista, - en considerar al fideicomiso como un negocio fiduciario lo que fundamentaremos en nuestro tema inmediato siguiente.

2. Negocio y Acto Unilateral.

Algunos tratadistas contemplan al fideicomiso como un negocio fiduciario, y dando la idea de que se crea o constituye mediante un acto unilateral, por voluntad del fideicomitente.

Raúl Cervantes Ahumada utilizando el proyecto para el -- nuevo Código de Comercio nos dice, de acuerdo al artículo -- 838 del citado proyecto. "Por el fideicomiso el fideicomitente transmite la titularidad de un derecho al fiduciario, quien queda obligado a utilizarlo para la realización de un fin determinado: y el artículo 893 agrega que "los bienes fideicomitidos constituirán un patrimonio autónomo que estará afectado al fin del fideicomiso. En relación con dichos bienes, sólo podrán ejercitarse las acciones y derechos que deriven del fideicomiso o su ejecución", y el jurista agrega: "Con estos elementos, podemos decir que el fideicomiso es un negocio jurídico..." El acto constitutivo del fideicomiso es siempre una declaración unilateral de voluntad".³²

José M. Villagordoa Lozano define el fideicomiso como: -
"Un negocio fiduciario, por medio del cual el fideicomitente

32 CERVANTES Ahumada, Raúl. Títulos y Operaciones de Crédito. ED. Herrero, S.A. México, 1954. Pág. 289

transmite la titularidad de los bienes y derechos al fiduciario, quien está obligado a disponer de los bienes y a ejercitar los derechos para la realización de los fines establecidos en beneficio del fideicomisario".³³

Domínguez Martínez dice que "Es un negocio jurídico que se constituye mediante la declaración unilateral de voluntad de un sujeto llamado fideicomitente, por virtud de la cual, éste destina ciertos bienes o derechos a un fin lícito y determinado y la ejecución de los actos que tiendan al logro de ese fin deberá realizarse por la institución fiduciaria que se hubiese obligado contractualmente a ello".³⁴

Pero veamos que significa la palabra negocio jurídico: En la moderna literatura jurídica, se da este nombre a todo acto voluntario y lícito, realizado de conformidad con una norma jurídica que tenga por finalidad directa y específica crear, conservar, modificar, transferir o extinguir derechos y obligaciones dentro de una esfera del Derecho Privado.³⁵

33 VILLAGORDOA Lozano, José. Doctrina General del Fideicomiso. ED. Asociación de Banqueros de México. México. 1976. Pág. 132.

34 DOMINGUEZ Martínez, Jorge A. El Fisco ante la Teoría General del Negocio Jurídico. ED. Porrúa. México, 1975. Pág. 188.

35. OSORIO, Manuel. Diccionario de Ciencias Jurídicas, Políticas y Sociales. ED. Heliastala, S.R.L. Buenos Aires, - Argentina, 1974.

Rafael Rojina Villegas define el acto jurídico, como -- una manifestación de voluntad que se hace con la intención -- de producir consecuencias del derecho, las cuales son reconocidas por el ordenamiento jurídico, y cita que "la palabra -- "acto" en la terminología jurídica tiene dos sentidos diferentes: designa en ocasiones una operación jurídica, correspondiendo entonces, a las palabras latina *negotium*"³⁶

Nuestro Código Civil para el Distrito Federal en su artículo 1859 menciona; las disposiciones legales sobre contratos, serán aplicables a todos los convenios y a otros actos jurídicos, en lo que no se opongan a la naturaleza de éste o a disposiciones especiales de la ley sobre los mismos.

En el mismo ordenamiento los artículos 1792 y 1793 establecen, que convenio es el acuerdo de dos o más personas para crear, transferir, modificar o extinguir obligaciones, y que los convenios que producen o transfieren las obligaciones y derechos toman el nombre de contratos.

Consideramos que la terminología entre negocio y acto jurídico es sensiblemente similar, por lo que pensamos que -- estos tratadistas cambian la palabra negocio por la de acto.

36 ROJINA, Villegas Rafael. Compendio de Derecho Civil. Tomo I, ED Porrúa. 20a. Ed. Pág. 115.

El término de negocio jurídico no esta reconocido formalmente en la legislación mundial, y para ser precisos, el negocio jurídico no esta reconocido como tal, ni definido en el sentido en que lo hacen los autores, en ninguna disposición legal mexicana.

De igual forma, los autores antes citados y otros, consideran al fideicomiso como un acto unilateral de voluntad, por lo que deducimos que los artículos 350 y 352 de la Ley General de Títulos y Operaciones de Crédito causan esta confusión, que en su parte conducente respectivamente dicen: -- "En caso de que al constituirse el fideicomiso no se designe nominalmente la institución fiduciaria, se tendrá por designada la que elija el fideicomisario, o en su defecto, el juez de primera instancia del lugar en que estuvieren ubicados los bienes, de entre las instituciones expresamente autorizadas conforme a la ley".

El artículo 352 dice: "El fideicomiso puede ser constituido por acto entre vivos o por testamento", y deberá siempre constar por escrito.

No podemos considerar la constitución de un fideicomiso, sin la designación del fiduciario. En algunos fideicomisos ya sean llamados de inversión, administración, traslativos de dominio y garantía, priva de eficacia la falta de designación de la institución fiduciaria, no operando la transmisión de la

titularidad de los bienes afectados, y mucho menos la realización de los fines objeto del fideicomiso, por lo que sería imposible que se den los efectos que contemplan los artículos 353 y 354 del mismo ordenamiento. Podríamos hablar de una expectativa que hace una persona y que se perfeccionará hasta que el fiduciario acepte, momento en el cual se efectúa la transmisión, obteniendo en ese acto el carácter de fideicomitente, la persona que afecte los bienes al fideicomiso por lo que podemos decir que se requiere un acuerdo de voluntades.

Recordemos que hay obligaciones sinalagmáticas que son aquella en que las partes tienen derechos y deberes recíprocos. A su vez se dividen en perfectas e imperfectas; en las imperfectas sólo surgen deberes para una de las partes, pudiendo posteriormente surgir también para la contraparte. Las perfectas son aquellas en que al realizarse el acto -- crean deberes y derechos recíprocos para ambas partes.

Por lo que respecta al artículo 352, considera indebidamente constituido un fideicomiso por testamento, como ya referimos existe la intención del testador, que a su fallecimiento se constituya un fideicomiso estableciendo en el instrumento los fines a seguir y podrá designar una institución fiduciaria a su elección, por lo que ese fideicomiso tendrá vigencia a partir del momento en que ocurra el fallecimiento y la institución acepte el cargo que se le confiere.

3. Elementos del Fideicomiso.

En el fideicomiso son tres los elementos que intervienen a saber, existen los elementos formales, reales y personales que analizaremos a continuación.

a) Elementos Personales.

En el fideicomiso intervienen tres personas, el fideicomitente, el fiduciario y el fideicomisario.

El fideicomitente, es la persona física o moral que tiene la capacidad suficiente para afectar en fideicomiso bienes o derechos. De acuerdo a nuestra Ley General de Títulos y Operaciones de Crédito, pueden ser fideicomitentes "las -- personas físicas o jurídicas, que tengan la capacidad necesaria para hacer la afectación de bienes que el fideicomiso -- implica" (artículo 349), lo que representa algo más que la -- capacidad de ejercicio, y en el caso de no tenerla, actúa el representante legal a nombre del incapaz, requiriéndose la -- patria potestad para realizar la afectación, es decir, no s^ólo la propiedad de los bienes, sino la facultad de disponer de dichos bienes, sea por actuar en representación, sea por encontrarse dentro del ámbito de las atribuciones del fideicomitente.

Podemos decir que es esa capacidad especial que debe

tener el fideicomitente y que requiere la ley para llevar a cabo actos de dominio. En la ejecución para actos de dominio, no basta tener la capacidad general por ser mayor de edad, - sino la posibilidad jurídica de disponer de los bienes de -- que se trate. La capacidad para celebrar actos de dominio, supone la propiedad, la autorización legal o la del propietario para realizarlos, máxime cuando esos bienes se consideran afectos aún fin que en este caso sería el fideicomiso.

El mismo precepto contempla que también serán fideicomitentes "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".

Distingue el precepto, así varias categorías de fideicomitentes: personas físicas y jurídicas, autoridades judiciales y administrativas, incurriendo en el error al enunciar los -- propósitos para los cuales dichas autoridades pueden detentar bienes que, como fideicomitentes se les autoriza para afectar en fideicomiso, salvo en el caso de enajenación.

El fiduciario es la persona moral quien será siempre una institución de crédito con concesión de la Secretaría de Hacienda y Crédito Público, para actuar como tal. Además el fiduciario es el titular de los bienes y derechos fideicomitados, quien se encarga de la realización de los fines del fideicomiso.

Pero por qué nuestros legisladores decidieron que la función de fiduciaria la desempeñara una institución bancaria?

Debemos comprender que el Estado siempre le ha guardado especial celo a la banca, buscando siempre una garantía de solidez, estabilidad, solvencia, profesionalismo y seguridad. Contando siempre con su vigilancia, por lo que nos lleva a tener ventajas como; asegurar que quien desempeña el cargo de fiduciaria sea una institución de reconocida solvencia; asegurar la permanencia y la continuidad de la labor fiduciaria, ya que las corporaciones tienen, prácticamente vida ilimitada; asegurar que el trabajo de la institución fiduciaria sea realizado por especialistas; y contar con un control de vigilancia por parte de la Comisión Nacional Bancaria.

Además, de los comentarios aquí señalados es importante hacer mención de la facultad que tiene el fiduciario, de contratar o no aquellos fideicomisos que por sus condiciones, - puedan convenir a la institución para actuar como fiduciarios, teniendo la facultad de poder rechazar los que no se consideren convenientes, por lo que esta voluntad por parte del fiduciario es representada por los delegados fiduciarios. Estos delegados son por lo general dos o más funcionarios que designan las instituciones, especialmente para encargarse -- del desempeño de los fideicomisos, comisiones y mandatos, y de cuyos actos responderá directa e ilimitadamente la institución.

El fideicomisario, es otra de las partes del fideicomiso. De acuerdo con la ley y en base a lo que hemos manejado, podemos decir que el fideicomisario es la persona que recibe el beneficio del fideicomiso, que puede ser también el propio fideicomitente. De acuerdo con nuestra legislación, el fideicomisario puede ser una persona física o moral que tenga la capacidad necesaria para recibir el provecho que el fideicomiso implica.

Por lo que respecta a la capacidad del fideicomisario, a diferencia del fideicomitente es que éste requiere de la capacidad de goce y de ejercicio, en tanto que aquel sólo necesita la de goce pues la de ejercicio puede ser ejercida por su representante legal.

Vemos también que el fideicomiso puede constituirse sin la existencia del fideicomisario, quien deberá ser determinable en el contrato. El fideicomisario es la parte a quien la ley le confiere los derechos de exigir el cumplimiento del fideicomiso, independientemente de los que se llegasen a con tener en el acto del fideicomiso.

b) Elementos Reales.

Los elementos reales del fideicomiso son los bienes o derechos que el fideicomitente afecta, estos constituyen elemento esencial del fideicomiso, ya que con los bienes el fi

duciario procede a realizar los fines del contrato.

No puede constituirse un fideicomiso, si el fideicomitente no tiene la propiedad del bien fideicomitado. De acuerdo con el artículo 1825 del Código Civil, "la cosa objeto del contrato debe: primero, existir en la naturaleza; segundo ser determinada o determinable en cuanto a su especie; y tercero estar en el comercio".

El artículo 748 del mismo ordenamiento señala: "las cosas pueden estar fuera del comercio por su naturaleza o por disposición de la ley". Y el artículo 749 del código citado señala: "están fuera del comercio por su naturaleza, las que no pueden ser poseídas por algún individuo exclusivamente, y por disposición de la ley, las que hayan declarado irreductibles a propiedad particular"

"Los derechos también pueden constituir elemento real del fideicomiso, salvo aquellos que conforme a la ley sean estrictamente personales de su titular (art. 351 L.G.T.O.C) por ejemplo los derechos de uso y habitación, como lo establecen los artículos 1049 y 1050 del Código Civil"³⁷

El maestro Raúl Cervantes Ahumada nos dice al respecto;

37 BANCO MEXICANO SOMEX, S.a. ob. cit. Págs. 173 y 174.

que los bienes fideicomitidos salen del patrimonio del fidei comitente, para colocarse en situación del patrimonio de - - afectación.³⁸

c) Elementos Formales.

En base al artículo 352 de la Ley General de Títulos y Operaciones de Crédito, el fideicomiso puede ser constituido por acto entre vivos o por testamento. La constitución del fideicomiso deberá siempre constar por escrito, y ajustarse a los términos de la legislación común, sobre transmisión de los derechos o la transmisión de propiedad de las cosas que se den en fideicomiso.

Como lo apunta el precepto antes citado, el fideicomiso debe formalizarse por escrito, con lo que afirmamos nuestra tendencia a que las partes manifestaran su voluntad en forma escrita. Ya comentamos en temas anteriormente señalados, -- que no consideramos lógico el constituir un fideicomiso, por testamento, puesto que en éste sólo hay una expresión unilateral de voluntad, para que con posterioridad se constituya un fideicomiso, siempre y cuando el fiduciario acepte dicho cargo.

De acuerdo a la formalidad descrita que marca el precepto to antes señalado, el fideicomiso puede ser privado o público.

38 CERVANTES, Ahumada Raúl. ob. cit. Pág. 294

La escritura privada procede del autor o autores de la declaración de cuyo contenido volitivo trata un acto jurídico.

El artículo 1832 del Código Civil para el Distrito Federal, dispone que en los contratos civiles cada uno se obliga en la manera y términos que aparezca que quiso obligarse, -- sin que para la validez del contrato se requieran formalidades determinadas, fuera de los casos expresamente designados por la ley.

El artículo 1834 del ordenamiento antes citado, dice - que cuando se exija la forma escrita para el contrato, los - documentos relativos deben ser firmados por las personas a - las cuales se imponga esa obligación. Si alguna de ellas no puede o no sabe firmar, lo hará otra a su ruego y en el documento se imprimirá la huella digital del interesado que no - firmo.

El artículo 2317 del mismo código, establece que las -- enajenaciones de bienes y muebles, cuyo valor no exceda al - equivalente a 365 veces el salario mínimo general diario vi-- gente en el Distrito Federal, en el momento de la operación, la constitución o transmisión de derechos reales estimados - hasta la misma cantidad o que garantice un crédito no mayor de dicha suma, podrán otorgarse en documento privado por los contratantes ante dos testigos... caso que en inmuebles no - se da por razones económicas actuales.

La escritura pública la define el artículo 60 de la - - Ley Notarial que a la letra dice: "para efectos de esta ley, se entiende por escritura cualquiera de los siguientes instrumentos públicos.

I. El original que el notario asiente en el libro autorizado conforme al artículo 46 de este ordenamiento, para hacer constar un acto jurídico y que contenga las firmas de los comparecientes y la firma y sello del notario.

II. El original que se integre por el documento en que se consigne el acto jurídico de que se trate, y por un extracto de éste que contenga sus elementos esenciales y que se asiente en el libro autorizado.

El documento deberá llenar las formalidades de este capítulo, ser firmado en cada una de sus hojas y al final por los comparecientes y el notario; llevar el sello de éste en los lugares expresados, y agregarse al apéndice con sus - - anexos".

El artículo 2320 del Código Civil para el Distrito Federal señala que: si el valor del avalúo del inmueble excede - de 365 veces el salario mínimo general diario vigente en el Distrito Federal, en el momento de su operación, su venta se hará en escritura pública salvo lo dispuesto en el artículo 2317.

De lo anterior, inferimos que aquellos fideicomisos que se constituyan con bienes inmuebles y excedan de la suma señalada, deberán constar en escritura pública, con lo que corroboramos nuestra postura, de que el fideicomitente debe tener la capacidad necesaria para hacer la afectación que implica el fideicomiso.

C A P I T U L O I I I

CLASIFICACION DEL FIDEICOMISO

1.- Desde el punto de vista del Derecho Positivo Mexicano.

El fideicomiso desde el punto de vista de nuestro derecho positivo mexicano puede clasificarse en diversas modalidades, por lo que exponemos a continuación una clasificación del mismo que, conjuntamente con la doctrina, consideramos de suma importancia.

En cuanto a su "constitución" el artículo 352 de la Ley General de Títulos y Operaciones de Crédito, prevé que el fideicomiso puede constituirse por acto entre vivos o por testamento. El primer concepto sigue el trámite que en el derecho común se establece para los contratos, en base a la manifestación externa, cobrando vida al momento de su constitución; respecto del fideicomiso constituido por testamento, por su propia particularidad debe constituirse sujetando sus efectos al evento, previsto por el fallecimiento del fideicomitente testador, ya que será a partir de que se presente dicho supuesto, cuando comience a surtir sus efectos las disposiciones establecidas en el instrumento que se contenga, sujetando su formalidad a lo establecido por el derecho común para los testamentos.

En cuanto a la forma, podemos clasificarlos en los que se constituyen mediante escritura pública y en contrato privado.

Esto se deduce del contenido del precepto antes mencionado, que establece que el fideicomiso debe constar por escrito y ajustarse a los términos de la legislación común sobre la transmisión de los derechos o la transmisión de propiedad de las cosas que se dan en fideicomiso.³⁹

Señalamos ahora dentro de esta clasificación aquellos - fideicomisos celebrados por disposición de la ley, es decir, no siempre se constituye el fideicomiso por la expresa voluntad del fideicomitente, ya que encontramos que para reunir - determinadas ventajas se hace necesaria la constitución de determinado fideicomiso. Tal es el caso de nuestro tema que profundizaremos en el capítulo siguiente, como otros que se establecen en la Ley del Impuesto sobre la Renta, que en la práctica fiduciaria se les nombra como fideicomisos de pensiones o de investigación y de desarrollo de tecnología, entre otros.

En cuanto a los bienes que se afectan y partiendo de lo establecido en el artículo 351 de la Ley General de Títulos y Operaciones de Crédito, pueden ser materia del fideicomiso aquellos bienes y derechos que se encuentren dentro del comercio a excepción de los derechos personales, por lo que podemos clasificarlos en fideicomisos cuya materia esté constituida por bienes muebles, y en fideicomisos cuya materia lo

39 ASOCIACION DE BANQUEROS DE MEXICO. Panorama Actual y Perspectivas del Fideicomiso en México. Memoria. Pág. 44

constituyan bienes inmuebles.

En cuanto a los fines podemos clasificarlos en fideicomisos de inversión, administración, de garantía, para empresas, sobre inmuebles, testamentarios, de previsión social, de seguros. No haremos mención de éstos, ya que lo comentaremos en la clasificación del fideicomiso en la práctica-fiduciaria.

En cuanto a la duración, podemos clasificarlos en fideicomisos de duración determinada e indeterminada, pudiendo subclasificar a los últimos en fideicomisos vitalicios y fideicomisos de interés público.

Cabe hacer mención, en relación con la fracción III del artículo 359 de la Ley General de Títulos y Operaciones de Crédito, que establece como prohibidos aquellos fideicomisos cuya duración sea mayor de 30 años, cuando se designe como beneficiario (es decir fideicomisario) a una persona jurídica que no sea de orden público e institución de beneficencia. Sin embargo, se contempla la posibilidad de constituir fideicomisos con duración mayor, cuando el fin del fideicomiso lleve consigo el mantenimiento de museos de carácter científico o artístico que no tengan fines de lucro.

La ley en su precepto no contempla a las personas físicas que intervienen como fideicomisarios por lo que dicho término no es aplicable a ellas, pudiendo constituirse fi-

deicomisos por tiempo indefinido.

En cuanto a su revocabilidad e irrevocabilidad, con fundamento en la fracción VI del artículo 357 de la ley comentada, que establece que el fideicomiso se extingue por revocación hecha por el fideicomitente, cuando éste se haya reservado expresamente ese derecho al constituirse el fideicomiso. La clasificación del fideicomiso es revocable e irrevocable y atiende a la necesidad del fideicomitente y fideicomisario. Por ejemplo, son por lo general revocables aquéllos cuya finalidad es dar un buen provecho a través del fideicomiso a los familiares, lo que no sería en un fideicomiso donde el fideicomitente con la constitución del fideicomiso obtiene un beneficio inmediato, como podría serlo un fideicomiso de garantía o bien, se constituye para cumplir una obligación o hacer posible su cumplimiento.

2.- En la Práctica Bancaria.

En esta práctica al fideicomiso se le ha clasificado tripartitamente, que es reconocida por la vía legislativa y administrativa, por lo que en el sistema bancario se clasifican en fideicomisos de inversión, administración y garantía.

Es conveniente señalar que aunque los tipos de fideicomisos señalados en el párrafo anterior, son los más utilizados en el sistema mexicano, no son los únicos, sino que la

variedad en fideicomisos, sólo está condicionada a la amplitud y flexibilidad de las leyes, a la inventiva y necesidad del hombre y a los requerimientos de las relaciones económicas de la sociedad.

a) Fideicomiso de Inversión

Esta clasificación es la más utilizada en nuestro sistema en el mercado de capitales, entendiendo por mercado de capitales el que queda constituido por fondos a largo plazo, sean éstos para inversión o para financiamiento.

Mediante su constitución el fideicomitente afecta sumas de dinero, las cuales van a ser invertidas por el fiduciario en operaciones que resulten económicamente provechosas hacia el fideicomisario, quien puede ser el propio fideicomitente.

Esta clasificación tiene diversas características, ya que el fideicomitente puede reservarse el derecho de revocar el fideicomiso, fijar la política de inversión, instruyendo de tal forma al fiduciario de cómo invertir, pudiendo llevar a cabo dicha inversión en valores de renta fija o variable. Cabe aclarar que lo que conocemos como renta fija, son los instrumentos que tienen un rendimiento y condiciones de pago preconocidas; dentro de estos instrumentos podemos hacer mención de los valores más conocidos en nuestro sistema, que

serían por nombrar algunos, los certificados de la tesorería, pagarés con rendimiento liquidable al vencimiento, petro bonos, etc. Como renta variable, al grupo de instrumentos - cuyo rendimiento no se conoce y puede inclusive no existir, - o ser pérdida, por lo que a la renta variable se le vincula el riesgo, los valores típicos de esta renta son las acciones.

b) Fideicomiso de Administración.

En esta clasificación es donde la fiduciaria se identifica más con el cumplimiento del fideicomiso, este tipo es en el cual el fideicomitente afecta determinados bienes o derechos, para que el fiduciario proceda a efectuar las operaciones de guarda, conservación o cobro de productos de los bienes fideicomitados, entregando los productos o beneficios al fideicomisario, pudiendo serlo también el fideicomitente en su carácter de fideicomisario.

Las causas que pueden ocasionar un fideicomiso de administración pueden ser la minoría de edad, la imposibilidad del fideicomitente para administrar o la prohibición de adquirir el dominio directo por extranjeros en la zona restringida que se delimita a 100 Km. a lo largo de las fronteras y de 50 Km. en las playas, como lo establece la parte final de la fracción I, párrafo 7° del artículo 27 constitucional.

c) Fideicomiso de Garantía.

Este tipo de fideicomiso se ha usado como sustituto de la hipoteca, prenda y fianza, siendo su finalidad la de asegurar el cumplimiento de obligaciones contraídas por el fideicomitente o por terceras personas. No nos detendremos al análisis comparativo de las figuras jurídicas aquí señaladas, ya que son tema de estudio distinto al nuestro.

Por medio del fideicomiso de garantía, el fideicomitente entrega un bien mueble o inmueble al fiduciario en calidad de garantía, mientras cumple con determinado compromiso en favor de un acreedor quien tendrá el carácter de fideicomisario.

Esta clase de fideicomiso tiene como característica principal la de brindar seguridad a las partes, puesto que la materia fideicomitada garantiza el cumplimiento de la obligación contraída por el fideicomitente, pudiendo fijar las partes de común acuerdo un procedimiento de ejecución para el caso de incumplimiento de dicha obligación. Por otra parte, el fideicomitente se encuentra en la imposibilidad de enajenar o gravar el bien fideicomitado, por estar en propiedad fiduciaria, ajustándose 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, como lo marca el artículo 352 de la Ley General de Títulos y

Operaciones de Crédito.

3.- En la Práctica Fiduciaria.

Nuestra práctica fiduciaria ha dado origen a una gran variedad de fideicomisos atendiendo a las necesidades y requerimientos de la constante evolución económico-social que impera en nuestros días. Existen en esta clasificación fideicomisos para personas físicas y personas morales de los cuales haremos una breve descripción.

a) Para Personas Físicas.

Para personas físicas se subclasifican en fideicomisos de inversión y administración, de seguro, testamentario y sobre inmuebles.

- El fideicomiso de inversión y administración es - - aquél en virtud del cual, una persona llamada fideicomitente, entrega al fiduciario determinada suma de dinero, para que éste invierta y administre los productos y el capital fideicomitado y los entregue a las personas destinadas como - fideicomisarios, de acuerdo a los fines señalados por el -- propio fideicomitente en el contrato.

A través de este fideicomiso, el fideicomitente obtiene la seguridad, comodidad y confiabilidad puesto que una institución de reconocida solvencia, cumple con los fines que-

le fueron encomendados. Así también, los fideicomisarios - obtienen ciertas ventajas tales como que la inversión no que de sujeta a una sucesión legítima o testamentaria, evitando el congelamiento de las inversiones por encontrarse en fidei comiso.

Por lo general, consideramos que al fallecimiento del - titular de una inversión, el dinero o valores que se encuentren en esa cuenta de inversión serán en su totalidad en - favor del beneficiario que hubiere designado el titular. - Esto no es del todo cierto, el segundo párrafo del artículo- 56 de la Ley de Instituciones de Crédito, señala: En caso de fallecimiento del titular, la Institución de Crédito entregará el importe correspondiente a los beneficiarios que el - titular haya designado expresamente, por escrito para tal -- efecto, sin exceder el mayor de los límites siguientes:

I.- El equivalente a veinte veces el salario mínimo - general diario vigente en el Distrito Federal elevado al año, por operación, o

II.- El equivalente al setenta y cinco por ciento del - importe de cada operación.

Si existiere excedente, deberá entregarse en los térmi-- nos previstos por la legislación común.

Por medio del fideicomiso de inversión y administración la entrega del patrimonio fideicomitado se efectúa sin restricción alguna en los términos y condiciones que hubiere - señalado el fideicomitente en el contrato.

- El fideicomiso de seguro, brinda gran tranquilidad a las personas que son titulares de una o varias pólizas de seguro de vida, ya que éstas obtienen la certeza de que a su fallecimiento, los beneficiarios recibirán la suma asegurada, de acuerdo a sus instrucciones y deseos.

Mediante este fideicomiso, una persona en calidad de fideicomitente, designa como beneficiario del seguro de vida a una institución fiduciaria, para que al ocurrir el fallecimiento del propio asegurado, la fiduciaria cobre el importe de la póliza y lo invierta, administre o entregue a los fideicomisarios en la forma, términos y condiciones asentadas en el contrato del fideicomiso.

- El fideicomiso testamentario, es aquél por medio del cual una persona expresa su voluntad a través de un testamento o contrato, disponiendo que a su fallecimiento se constituya un fideicomiso, en virtud del cual sus bienes sean entregados a una institución fiduciaria, para que ésta los administre y transmita a los fideicomisarios designados, de acuerdo a los fines contenidos en el clausulado inserto en el testamento.

- El fideicomiso sobre inmuebles, es un contrato que se otorga en escritura pública, por medio del cual el propietario del inmueble (fideicomitente) transmite la propiedad del mismo a una institución fiduciaria, en forma temporal para que ésta lo conserve y conceda el derecho de uso, aprovechamiento y administración a los fideicomisarios, o bien, transmita la propiedad por cualquier título legal a dichos fideicomisarios o a las personas físicas o jurídicas que éstos le indiquen, siempre y cuando dichas personas tengan capacidad legal para adquirir.

b) Para Personas Morales.

Para personas morales se subclasifican en fideicomisos para fondos de ahorro, pensiones y jubilaciones, planes de fallecimiento, prima de antigüedad, mexicanización de empresas e investigación y desarrollo de tecnología, de los cuales daremos una breve explicación por ser tema diverso al que nos ocupa.

- El fideicomiso de fondo de ahorro, es aquél que se constituye con las aportaciones de los trabajadores y de la empresa, pudiendose formar con las aportaciones únicas de esta última, teniendo como beneficio los trabajadores el de crear un comité técnico dentro del contrato que vigile y coadyuve al fiduciario en el mejor desempeño de sus funciones.

- El fideicomiso de pensiones y jubilaciones, es aquél mediante el cual las empresas en su carácter de fideicomitentes, crean o aumentan las reservas que se destinarán al pago de jubilaciones, pensiones vitalicias, retiros, incapacidades físicas o fallecimientos de su personal, como un complemento a las prestaciones que otorga el Instituto Mexicano -- del Seguro Social, encomendando la custodia, inversión y administración de los fondos suministrados para tales reservas a una institución fiduciaria.

- El fideicomiso para cubrir gastos de fallecimiento, es el que constituyen las empresas para solventar los gastos funerarios de su personal, en lugar de contratar una póliza de seguro para los mismos fines.

- El fideicomiso de primas de antigüedad, es aquél que celebran las empresas para dar cumplimiento a los supuestos -- que señalan los artículos 162 y 54 de la Ley Federal del Trabajo, cuyo monto equivale a 12 días de salario por cada año de servicios del trabajador.

- El fideicomiso de investigación y desarrollo de tecnología, es en virtud del cual una empresa llamada fideicomitente, entrega al fiduciario determinada suma de dinero o -- afecta en fideicomiso cantidades de dinero, para que éste -- invierta y administre los productos y el capital fideicomi-

tido de acuerdo al artículo 27 de la Ley del Impuesto sobre la Renta, que permite la deducción de fondos destinados a la investigación y desarrollo de tecnología.

Los fideicomisos antes señalados, tienen como característica en común, el de gozar de ventajas fiscales como la deducción inmediata de sus aportaciones, en todos ellos por lo general se constituye un comité técnico y se celebran con el carácter de irrevocables a excepción del de fondo de ahorro.

- El fideicomiso para mexicanización de empresas, es aquél que se constituye con el objeto de mexicanizar empresas mercantiles, que tienen capital extranjero mayoritario. A través de este contrato, los titulares extranjeros de acciones nominativas representativas del capital social de sociedades mercantiles, afectan en fideicomiso dichas acciones mediante el endoso de las mismas a favor de la institución fiduciaria, para que ésta las transmita a personas de nacionalidad mexicana, para que paguen el valor asignado por los propios fideicomitentes, quienes recibirán su importe.

4.- Las Casas de Bolsa como Fiduciarias.

Para considerar a las Casas de Bolsa como fiduciarias, es necesario analizar las actividades que desempeñan estas -

instituciones, para encontrar en ellas, actos que puedan clasificarse como fiduciarios y si cuentan además, con las características de las instituciones de crédito que llevaron a nuestros legisladores a considerarlas como aptas para la actividad fiduciaria.

Las Casas de Bolsa tienen como actividad primordial la intermediación en el Mercado de Valores, la cual conceptúa el artículo 4° de la Ley del Mercado de Valores como la realización habitual de:

a) Operaciones de correturía, de comisión u otras tendientes a poner en contacto la oferta y demanda de valores.

Las operaciones de correturía son aquellas en que el corredor despliega su actividad en la unión de las partes para la celebración de un contrato, sin participar él. Estas operaciones son llamadas contratos de mediación, mejor conocidos como contratos de corretaje, los cuales consisten en que una persona se obliga a abonar a otra llamada mediador o corredor (casa de bolsa), una remuneración por indicarle la oportunidad de concluir un negocio jurídico con un tercero por servirle de intermediario en esa conclusión.

Estas operaciones son las que realizan las Casas de Bolsa, de acuerdo a lo establecido en el segundo párrafo del artículo 13 de la Ley del Mercado de Valores, interviniendo en operaciones de transmisión de paquetes importantes de

acciones, a condición de que no constituyan oferta pública, - pudiendo operar con valores no inscritos en el Registro Nacional de Valores e Intermediarios.

Por lo que respecta a las operaciones de comisión, de acuerdo a lo señalado por el artículo 273 del Código de Comercio el mandato aplicado a actos concretos de comercio se reputa comisión mercantil. Por el contrato de comisión mercantil una de las partes, el comitente, otorga representación a otra, al comisionista, para que a su nombre (y por su cuenta) realice actos concretos de comercio, o bien, que celebre actos y negocios mercantiles relacionados con la empresa, de la que el comitente sea titular, con su actividad de comitente.⁴⁰

Como consecuencia a las reformas de la Ley del Mercado de Valores en enero de 1990, surge la figura típica del Mercado de Valores, mediante la creación del contrato de intermediación bursátil que permite precisar los derechos y obligaciones de quienes intervienen en este mandato mercantil, - que hoy se distingue de la genérica comisión, en el Capítulo VIII de la mencionada Ley.

40. BARRERA GRAF, Jorge. Instituciones de Derecho Mercantil. 6a. Edición. ED. Porrúa. Pág. 220. México 1981.

La comisión es una figura jurídica típica intuitu personae, en tanto que en el contrato de intermediación bursátil, las Casas de Bolsa actúan contando con una calificación técnica y administrativa, así como con la solvencia moral y económica necesarias para el otorgamiento de la autorización respectiva, indispensable para actuar como apoderados en la realización de operaciones con el público, implicando con esto una función con cierta garantía de confianza.

Las Casas de Bolsa actualmente sólo celebran contratos de comisión mercantil, como comisionistas de las instituciones de crédito, en base a lo dispuesto por el artículo 92 de la Ley de Instituciones de Crédito, que contempla el auxilio de los comisionistas en la celebración de operaciones que --realicen estas instituciones.

En el contrato de intermediación bursátil, se contiene el mandato general que el cliente confiere a las Casas de Bolsa para la realización de operaciones reguladas por la ley - de la materia, actuando en nombre propio y sin que dicho man- dato sea otorgado en escritura pública, como lo señala el se- gundo párrafo del artículo 90 de la Ley del Mercado de Va- lores.

El precepto en análisis en el siguiente inciso señala:

b) Operaciones por cuenta propia con valores emitidos-

o garantizados por terceros respecto de los cuales se haga oferta.

De acuerdo a lo establecido por el artículo 95 de la Ley del Mercado de Valores, sólo se autoriza a las Casas de Bolsa, comprar o vender por cuenta propia los que le hubiesen confiado para su venta o pedido para su compra por su clientela, cuando operen como especialistas bursátiles, en los términos del artículo 22, fracción V, inciso a), de la misma ley, o cuando por las características de los valores y los mecanismos de su operación, se lo autorice por disposiciones de carácter general la Comisión Nacional Bancaria, su puesto utilizado en el caso de transacciones con instrumentos del Mercado de Dinero.

c) Administración y manejo de carteras de valores propiedad de terceros, función que representa como veremos, - una actividad fiduciaria por excelencia.

Por administración entendemos la obligación que adquiere la Casa de Bolsa, de llevar a cabo todos los actos necesarios para la conservación y ejercicio de los derechos derivados de los títulos.

El manejo de cartera, implica la realización de operaciones tendientes a la conservación y mejoramiento de dicha-

cartera, procurando los mejores rendimientos de los valores que la componen y la conveniente diversificación de riesgos.

Para el desempeño de las actividades mencionadas, la ley de la materia, en su artículo 22, faculta a las Casas de Bolsa a recibir fondos de su clientela para la celebración de operaciones que se les encomiende, obligándolas en caso de imposible realización de la operación, a depositar los fondos recibidos en una institución de crédito o en acciones de renta fija.

La fracción III del artículo comentado, autoriza a las Casas de Bolsa a prestar asesoría en materia de valores a su clientela.

En su fracción IV y de acuerdo a las disposiciones que dicte el Banco de México, las Casas de Bolsa pueden recibir créditos de instituciones de crédito o de organismos de apoyo al mercado para la realización de sus actividades; así como conceder créditos para adquirir valores con garantía de éstos y celebrar reportes sobre valores.

La fracción V autoriza a las Casas de Bolsa a realizar operaciones por cuenta propia que faciliten la colocación de los valores y que coadyuven a dar estabilidad a los precios, reduciendo los márgenes entre cotizaciones de compra y venta de valores. Así también, dar servicios de guarda y adminis-

tracción de valores.

La fracción VI faculta a las Casas de Bolsa, para actuar como representantes comunes de obligacionistas y de tenedores - de otros valores.

Por lo que se refiere a la fracción VII, se les permite administrar las reservas para fondos de pensiones o jubilaciones de personal complementarias a las que establece la Ley -- del Seguro Social y primas de antigüedad. Pero esta función-- tiene el inconveniente de que si no se realiza a través de -- fideicomiso, no produce el efecto traslativo de propiedad, por lo que el depositante tiene disposición sobre la inversión.

Para la constitución y funcionamiento de una Casa de Bolsa, la ley y las disposiciones de las autoridades muestran el celo que tiene el legislador por las cualidades morales, técnicas y económicas de las personas que funjan como representantes de las Casas de Bolsa.

Como vemos, en nuestros días las Casas de Bolsa cuentan con los requisitos de solvencia moral y de garantía necesarios para operar con seguridad con el público, razones que llevaron al legislador a determinar que sólo las instituciones de crédito podían fungir como fiduciarias, ya que inicialmente sólo existían los bancos.

Podemos cuestionar si las Casas de Bolsa requieren o no la figura del fideicomiso para su desempeño. Vemos que algunas tareas realizadas por estas instituciones, tienen el carácter de fiduciarias, ya que se trata de encargos de confianza por recibir patrimonios de su clientela.

Como se opera en la práctica, la persona o cliente de las Casas de Bolsa, con el deseo de mantener inversiones en estas instituciones, y a la vez de celebrar contrato de fideicomiso, lo realizan con la institución de crédito de su elección, quien a su vez y por instrucciones del fideicomitente o en su caso del comité técnico, celebran contrato de intermediación bursátil con la Casa de Bolsa que se le indique a nombre de la institución fiduciaria, por cuenta del fideicomiso, finalizando la inversión en la Casa del Bolsa deseada, ya que así se logra el patrimonio autónomo constituido para el fin perseguido por el fideicomitente.

Las Casas de Bolsa han demostrado gran capacidad y profesionalismo en el desempeño de sus actividades, por tener la solvencia económica para adquirir equipos técnicos que permitan en ocasiones diferenciar la calidad de trabajo con otras instituciones, por lo que podría pensar en la autorización para realizar funciones a través de la figura del fideicomiso, dada su experiencia en el renglón de inversiones, por lo que pensaríamos que este desempeño se ubicaría primor

dialmente en aquellos fideicomisos de inversión, administración y garantía con valores y dinero, contemplando la clasificación que en la práctica fiduciaria se ha realizado.

Para llevar a cabo dicha autorización se requiere de un sin número de reformas a las leyes y ordenamientos que contemplan la figura del fideicomiso, situación tal que requiere del estudio profundo para su análisis.

Cabe mencionar por último, que la jurisprudencia respecto de la figura del fideicomiso que ha asentado la Suprema Corte de Justicia de la Nación y los Tribunales Colegiados de Circuito, no es abundante como en el caso de otras figuras jurídicas, por lo que podemos concluir que el fideicomiso ha tenido una evolución sana desde su adopción como figura jurídica extraña a nuestra legislación, por lo que habría que analizar las consecuencias favorables y desfavorables para nuestro sistema financiero, al dar tal autorización a dichas Casas.

En nuestros días, con la formación de grupos financieros derivados de la privatización de la Banca, resultaría innecesaria la autorización aludida, ya que principalmente lo que dichas Casas buscaban era la realización de actividad fiduciaria, la cual ahora se llevará a cabo a través de sus Bancos.

C A P I T U L O I V

EL USO DE INFORMACION PRIVILEGIADA
Y EL FIDEICOMISO COMO FIGURA REGULADORA

1. Información Privilegiada en la Ley del Mercado de Valores.

a) Concepto.

El artículo 16 bis de la Ley del Mercado de Valores señala: "Las personas que tengan información privilegiada relativa a una sociedad emisora de valores inscritos en el Registro Nacional de Valores e Intermediarios, deberán abstenerse de efectuar operaciones en beneficio propio o de terceros, - con cualquier clase de valores emitidos por la misma sociedad, mientras la citada información tenga el carácter indicado".

La persona que dispone de dicha información se encuentra en ventaja ante los demás ya que le permite obtener un beneficio económico realizando la compra o venta de los valores relacionados con esa información.

El segundo párrafo del precepto antes citado define a la información privilegiada como sigue:

"Se entiende por información privilegiada la que proceda del emisor y a la cual el público no tenga acceso, cuyo conocimiento por éste pueda influir en los precios de los valores emitidos por la misma sociedad u otra".

Este concepto que señala la ley, no menciona cuando es

el momento en que el público no tiene acceso a tal información. Por lo que la Comisión Nacional de Valores en su circular 11-II, considero que la información privilegiada se tiene por divulgada entre el público inversionista cuando se dé a conocer a dicha Comisión y a la bolsa. En este criterio - consideramos que aun así el inversionista no tiene conocimiento de tal circunstancia, sino hasta que estos órganos la den a conocer a través de los medios de comunicación.

La información privilegiada tiene tal carácter, desde el momento en que surge el supuesto que puede causar variación en los precios de los valores, hasta la divulgación de dicha información por parte de la Comisión Nacional de Valores y la Bolsa Mexicana de Valores.

El tercer párrafo del artículo en comento señala:

"La Secretaría de Hacienda y Crédito Público a propuesta de la Comisión Nacional de Valores expedirá las disposiciones y criterios relativos a este artículo"

En este precepto debemos interpretar como disposiciones aquellas que dicta la autoridad con carácter general. Respecto del término criterios, podemos interrogar si en nuestro sistema jurídico se puede integrar una norma prohibitiva a través de un criterio.

Para el caso de producirse una sanción con apego al criterio de la autoridad respectiva. Consideramos que dicha sanción sería fácilmente impugnabile ya que no puede fundamentar se en un criterio u opinión por lo que él mismo debería ser externado mediante una disposición de carácter general de--biendo omitir dicho término.

b) Sujetos del Uso de Información Privilegiada.

Resumiendo lo que señala el artículo 16 bis 1 de la ley ya mencionada, tienen información privilegiada:

1) Administradores, directivos, gerentes, factores, comisarios, secretarios de sociedades con valores inscritos - en el Registro Nacional de Valores e Intermediarios y los - accionistas que detenten el 10% o más del capital social.

2) Prestadores de Servicios independientes a dichas so-ciedades y sus asesores, factores de las empresas y negocios de publicidad e impresión, cuando hayan asesorado o colaborado con sociedades emisoras en eventos que influyan en la co-tización de sus valores.

3) Los accionista con 10% o más del capital social de casas de bolsa y de los especialistas bursátiles, así como - sus administradores y los de las sociedades operadoras de sociedades de inversión cuando se ubiquen en los casos anterio-res.

4) Los administradores de bolsas de valores y de las --

instituciones para el depósito de valores en los casos 1 y 2, aquí señalados.

Las personas del numeral 2 deberán informar a la Comisión Nacional de Valores respecto a las variaciones en los porcentajes de su tenencia accionaria.

El artículo 16 bis 2 nos señala que las personas con información privilegiada se abstendrán de realizar por si o por interpósita persona, adquisición de valores de las sociedades con las que se encuentren relacionados en un plazo de 3 meses a partir de la última enajenación que hayan realizado de los mismos.

En estos dos preceptos regula a las personas mencionadas, para que no se haga uso indebido de esa información, por la posición en que se encuentren estas personas, dándoles a la vez un período por el cual deberán abstenerse de realizar operaciones con los valores adquiridos.

La intención del legislador fue crear una situación de igualdad de oportunidades para llevar a cabo compra y venta de valores, y dar mayor transparencia a las inversiones realizadas por el público evitando con esto la ventaja que pudiesen tener las personas indicadas en el artículo 16 bis 1.

En su artículo 16 bis 3, la ley faculta a la Comisión Nacional de Valores a investigar las infracciones a los artí

culos 16 bis y 16 bis 2, las que darán lugar a lo que establece el artículo 16 bis 4.

c) Sanciones.

Las sanciones contenidas en el artículo 16 bis 4 son las siguientes:

1) Las infracciones al artículo 16 bis darán origen a una multa administrativa, hasta por el importe de 2 veces el beneficio obtenido más lo que resulte de aplicar a ese beneficio una tasa igual a la del rendimiento promedio de inversiones de renta fija durante 6 meses anteriores a la operación.

2) Por lo que hace a la infracción del artículo 16 bis 2 será la multa administrativa hasta por el monto del beneficio obtenido o en su defecto de 200 a 300 veces el salario mínimo general vigente en el Distrito Federal.

La parte afectada podrá demandar indemnización no mayor de 2 veces el beneficio obtenido.

Las multas anteriores serán impuestas previa audiencia del presunto infractor y la comprobación de la infracción como lo establece el artículo 16 bis 5.

Como podemos observar, las multas antes señaladas pueden ser aplicadas a un mismo caso, por ejemplo cuando una --

persona que tiene información privilegiada de las consideradas en el artículo 16 bis 1, adquiere valores y en un término inferior al de 3 meses los enajene, haciendo uso de esa información, procederán ambas multas.

Estimamos difícil el comprobar judicialmente el daño -- causado por el uso de información privilegiada e identificar a la persona responsable de tal información, ya que las Casas de Bolsa operan a nombre propio y por cuenta de terceros, además tienen la obligación de guardar el secreto bursátil, contenido en el artículo 25 de la Ley del Mercado de Valores, el cual sólo puede ser revelado mediante el procedimiento establecido en dicha ley, a petición de la Comisión Nacional - de Valores, cuando el cliente sea parte o acusado en un juicio.

Por si fuera poco, pongamos el ejemplo en el que una -- persona constituye un contrato de fideicomiso, en el cual -- instruye al fiduciario a celebrar contrato de intermediación bursátil con una Casa de Bolsa, para realizar con el patrimonio fideicomitido operaciones de compra y venta de valores, con lo que sumaríamos aquí el secreto fiduciario contenido - en el artículo 118 de la Ley de Instituciones de Crédito.

2. El Fideicomiso en la Ley del Mercado de Valores.

a) Análisis del artículo 16 bis 7, de la Ley del Mercado de Valores.

Este precepto señala que solamente podrán invertir en acciones y certificados de aportación patrimonial inscritos en el Registro Nacional de Valores e Intermediarios, por conducto de fideicomisos constituidos para ese único fin en instituciones de crédito, o bien en acciones representativas de capital de Sociedades de Inversión, absteniéndose de realizar cualquier otra inversión directa, en acciones y certificados de aportación patrimonial inscritos en el Registro citado, por sí o a través de terceros, las siguientes personas:

I. Los servidores públicos de la Secretaría de Hacienda y Crédito Público y de las entidades de la Administración Pública Federal, relacionadas con el Mercado de Valores.

II. Vocales y Secretarios de la Junta de Gobierno de la Comisión Nacional de Valores y los servidores públicos de la misma.

III. Directivos, empleados o apoderados que celebren operaciones con el público, apoderados operados de las Casas de Bolsa, especialistas bursátiles y Sociedades Operadoras de Sociedades de Inversión, que no tengan el carácter de administradores de dichos intermediarios, y

IV. Directivos y empleados de las Bolsas de Valores e --
Instituciones para el depósito de Valores.

Los servidores públicos que contravengan esta disposi--
ción, serán sancionados con la destitución del puesto, en --
los términos del capítulo II del Título Tercero de la Ley Fe
deral de Responsabilidades de los Servidores Públicos.

En los demás casos de incumplimiento, será sancionado -
por el veto temporal de 3 meses a 5 años para actuar en el --
Mercado de Valores.

Debido a la estrecha relación que existe entre las perso-
nas mencionadas en este artículo, con el Mercado de Valores
y el acceso a la información privilegiada del mismo, la ley
les ha impuesto que podrán hacer inversiones en acciones y -
certificados de aportación a través de fideicomiso.

Este precepto, no establece las reglas de funcionamien-
to para el fideicomiso, por lo que deja la operación sin li-
mitante, haciendo nugatoria la disposición prohibitiva. Da-
remos un ejemplo con apego a la ley; un directivo de una Ca-
sa de Bolsa constituye un contrato de fideicomiso de inver--
sión y administración con el fin entre otros de invertir en
acciones y certificados de aportación patrimonial, instruyen
do en su carácter de fideicomitente, al fiduciario de que --
lleve a cabo la celebración del contrato de intermediación -

bursátil, con una Casa de Bolsa, que inclusive podría ser la misma en que el funcionario labore, ya que la ley no lo especifica, y que con cargo a la materia fideicomitida proceda - a adquirir determinadas acciones. ¿A caso el funcionario no esta actuando conforme a la ley?

Como observamos el funcionario en su carácter de fideicomitente no esta invirtiendo directamente, lo hace mediante el fideicomiso y además quien compra las acciones es el fiduciario por cuenta del fideicomiso. ¿A caso estará haciendo uso de información privilegiada a la cual tenga acceso por - su posición?

En la práctica fiduciaria, se lleva a cabo la constitución de fideicomisos para funcionarios de Casa de Bolsa, con un comité técnico, quien tiene a su cargo la política de inversión, es decir, tiene la facultad de decidir que adquirir o vender, sin intervención del fideicomitente.

Ese comité, lo nombra el propio fideicomitente, pudiendo quedar integrado por familiares, amigos y por que no, por compañeros de trabajo. Aquí nos cuestionamos si tendrán la libertad de actuar o sus decisiones se encuentra influenciadas por el fideicomitente.

De cualquier forma, con o sin comité técnico el funcionario de Casa de Bolsa se encuentra dentro de lo establecido

do por el precepto citado, pero el espíritu del legislador fue otro el de que estas personas no tomen la decisión sobre la compra o venta de ciertos valores, careciendo dicho artículo de la regulación del fideicomiso en este caso.

Si el artículo señalara, que el fideicomiso estuviera - constituido con un comité técnico, el cual estuviese integrado por miembros de la institución fiduciaria o por funcionarios de la Comisión Nacional Bancaria o de Valores, quienes tendrían la facultad de decisión sobre la compra o venta de valores con cargo al fideicomiso, sería defícil que el fideicomitente tuviera decisión sobre la política de inversión.

De una forma más estricta, podría señalar que dichas - personas se abstuvieran de invertir en acciones y certificados de aportación patrimonial, sólo pudiendo invertir en acciones representativas de capital de sociedades de inversión; pero estimamos sumamente prohibitiva esta decisión, ya que - lejos de impedir este tipo de inversiones, conllevaría a propiciarlas a través de terceras personas, como patrimonios -- distintos al del funcionario.

Consideramos que la primera opción es la más adecuada, buscando a la vez una mayor transparencia para las operaciones.

Por lo que respecta a las personas señaladas en las - -

fracciones I y II del precepto citado, existe aparte de esta regulación, un Decreto con el mismo fin, publicado en el Diario Oficial del 15 de agosto de 1988, el cual consta de tres artículos que a continuación se transcriben textualmente:

Artículo Primero. El presente decreto será de observancia para el Presidente de la República, los Secretarios de Estado, Jefe del Departamento del Distrito Federal, Procurador General de la República, Procurador General de Justicia del Distrito Federal, Directores Generales de las Entidades Paraestatales, Subsecretarios de Estado, Coordinadores Generales de las Secretarías de Estado, así como los servidores públicos de nivel de Jefe de Departamento hacia arriba de la Secretarías de Hacienda y Crédito Público, de Programación y Presupuesto, de Comercio y Fomento Industrial, de la Contraloría General de la Federación, así como sus equivalentes de las entidades incluida en el artículo 4° de la Ley Federal de las Entidades Paraestatales.

Artículo Segundo. Las inversiones que realicen los Servidores Públicos mencionados en el artículo anterior en acciones, en certificados de aportación patrimonial o cualquier otro título de renta variable que se cotice en la Bolsa de Valores, incluyendo los certificados de participación denominados Petrobonos, sólo podrán llevarse a cabo por conducto de fideicomisos constituidos para ese único fin en Sociedades Nacionales de Crédito, o en acciones representativas de capital de Sociedades de Inversión, absteniéndose de realizar

cualquier otra inversión directa en esta clase de valores, por sí o a través de interposita persona.

Los citados servidores públicos, no podrán, en el tiempo que dure su cargo, intervenir en las decisiones de inversión con cargo al fideicomiso creado, dejando dichas decisiones a la determinación exclusiva de la institución fiduciaria que reciba el encargo.

Artículo Tercero. Los servidores públicos mencionados en el artículo anterior que no cumplan con lo señalado en el mismo, se harán acreedores, en su caso, a las sanciones correspondientes que establece la Ley Federal de Responsabilidad de los Servidores Públicos.

Este Decreto va dirigido a dichos servidores públicos, dejando en la libertad que ya mencionamos, a los funcionarios señalados en las demás fracciones del artículo 16 bis 7 de la Ley del Mercado de Valores, por lo que esta redacción sería la indicada en este último artículo citado.

b) Formato de Fideicomiso para funcionarios de Casa de Bolsa.

"Contrato de fideicomiso de inversión y administración que celebran por su parte el señor - - - -, como fideicomitente, y como fiduciario, - - - - División Fiduciaria representada por su Delegado Fiduciario, al tenor de las siguientes declaraciones y cláusulas:

D E C L A R A C I O N E S

I.- Declara el señor - - - -:

- A).- Que actualmente es funcionario de una Casa de Bolsa y que desea realizar y mantener inversiones en valores de renta variable tales como acciones, certificados de aportación patrimonial o cualquier título de renta variable que se cotice en la Bolsa de Valores, incluyendo valores de renta fija.
- B).- Que a efecto de dar cumplimiento a lo establecido en el artículo 16 bis 7 de la Ley del Mercado de Valores y poder realizar las inversiones a que se refiere el inciso que antecede, es su derecho y voluntad constituir el presente contrato de fideicomiso con - - - -, División Fiduciaria.

II.- Declara el Delegado Fiduciario de - - - -:

- A).- Que su representada es una Sociedad Anonima, constituida y facultada para actuar como fiduciario conforme a las leyes de los Estados Unidos Mexicanos, por lo que acepta el -- cargo que se le confiere en el presente instrumento.
- B).- Que a la fecha del presente contrato cuenta con facultades suficientes para su celebración.

En base a las anteriores declaraciones, las partes acuerdan celebrar el presente contrato, mismo que se regirá por las siguientes:

C L A U S U L A S
CONSTITUCION Y PARTES

PRIMERA.- El Sr. - - - - en su carácter de fideicomitente, constituye en este acto un fideicomiso de inversión y administración revocable durante su vida e irrevocable a partir de su fallecimiento y designa como:

Fideicomisario en primer lugar - - - -

Fideicomisario en segundo lugar - - - -

Fiduciaria:

M A T E R I A

SEGUNDA.- La materia del presente contrato estará constituida inicialmente por la cantidad de \$....., que el fideicomitente entrega en este acto al fiduciario mediante - - - - la cantidad antes señalada podrá ser incrementada en cualquier momento afectando cantidades de dinero que invariablemente deberán ser invertidas por el fiduciario en los términos y en los valores a que hace referencia la cláusula siguiente, y por los rendimientos que en su caso generen las inversiones que se realicen.

División Fiduciaria en adelante el fiduciario, por conducto de su Delegado Fiduciario otorga por medio del presente instrumento el recibo más eficaz que en derecho proceda por la cantidad inicial antes señalada.

Las partes convienen en que con los certificados financieros o depósitos a plazos documentados o no, con certificados que formen parte del patrimonio en fideicomiso, el fiduciario no podrá realizar ningún acto u operación en función de los cuales, el fiduciario con su propio capital pagado y reservas o cualesquiera otras instituciones de crédito y organizaciones auxiliares, negocien con tales certificados o los adquieran, hagan devolución o anticipo de su importe o concedan préstamos, créditos o financiamientos de cualquier índole con garantía de dichos depósitos o certificados o de los derechos de fideicomisarios que a ellos se refieran.

F I N E S

TERCERA.- Son fines del presente contrato los siguientes:

- A).- Que el fiduciario reciba en propiedad fiduciaria la materia del presente contrato.
- B).- Que el fiduciario mantenga invertida la materia fideicomitida del presente contrato en acciones, certificados de aportación patrimonial o cualquier otro título de renta variable que se coticen en la Bolsa de Valores, o en valores de renta fija de acuerdo a las instrucciones que le comunique por escrito el comité técnico que más adelante se constituye, sin intervención del fideicomitente.
- C).- Que el fiduciario entregue al fideicomitente con cargo a la materia fideicomitida, las cantidades de dinero que éste solicite por escrito, previa liquidación de los valores necesarios en el Mercado de Valores.

D).- Que para el caso de fallecimiento, imposibilidad física o mental del fideicomitente, para revocar por sí mismo el presente contrato, la fiduciaria entregue con cargo a los rendimientos que genere el capital fideicomitado o al mismo en caso de ser éstos insuficientes, las cantidades necesarias para cubrir gastos funerarios, médicos, hospitalarios y operaciones quirúrgicas del propio fideicomitente o de cualquiera de los fideicomisarios en segundo lugar, mediante comprobación de los mismos. Dichas entregas se realizarán por conducto de - - - - .

E).- Que en caso de fallecimiento del fideicomitente durante la vigencia del presente contrato, el fiduciario entregue el total de los valores existentes en el fondo fideicomitado, - por partes iguales, a los fideicomisarios en segundo lugar.

F).- A falta de cualesquiera de los fideicomisarios en segundo lugar, la parte que le corresponda de la materia fideicomitada acrecentará a la del que sobreviva.

G).- En caso de fallecimiento de todos los fideicomisarios - en segundo lugar, la fiduciaria entregue la materia fideicomitada a su sucesión, por conducto de su representante legal.

COMPROBACION DEL FALLECIMIENTO

CUARTA.- El fallecimiento del fideicomitente y de los fideicomisarios en su caso, deberán demostrarse ante la fiduciaria mediante la entrega de copia certificada del acta de defunción.

POLÍTICA DE INVERSION

QUINTA.- El fiduciario realizará las inversiones de patrimonio del fideicomiso en los valores que se refiere la cláusula tercera inciso B) del presente contrato, conforme a las resoluciones que adopte el comité técnico que se constituye en la cláusula siguiente, sobre los valores que deban adquirirse o venderse; estando el fideicomitente de acuerdo en sujetarse a las decisiones que tome el comité técnico sobre la forma en que se realicen las inversiones, no siendo responsable el comité técnico, por las pérdidas que el fideicomitente pueda sufrir como consecuencia de las instrucciones giradas por el propio comité, y liberándose expresamente al fiduciario de cualquier responsabilidad al respecto.

Las inversiones las realizará el fiduciario preferentemente en la Casa de Bolsa que señale por escrito el fideicomitente, sin que en ningún caso se deleguen facultades discrecionales a la Casa de Bolsa.

COMITE TECNICO

SEXTA.- De conformidad con lo previsto en el último párrafo del artículo 80 de la Ley de Instituciones de Crédito, se constituye un comité técnico que estará integrado por las siguientes personas: - - - - -

El comité técnico solamente tendrá la facultad de instruir al fiduciario por cualesquiera de sus integrantes, sobre los valores que deba adquirir o vender en el presente fideicomiso de conformidad a la cláusula que antecede, sin que éste pueda llevar a cabo retiros de la materia fideicomitada sin

la autorización del fideicomitente.

OBLIGACIONES DEL FIDUCIARIO

SEPTIMA.- El fiduciario tendrá las siguientes obligaciones - respecto al fondo.

A).- Cobrará los dividendos que produzcan los títulos materia del fideicomiso, poniéndolos a disposición del fideicomitente, o reinvirtiéndolos en los términos de la cláusula tercera, inciso B) si este así lo indicare por escrito.

B).- Que el fiduciario ejerza el derecho de voto de los valores fideicomitados por conducto de la persona que para tales efectos se designe de acuerdo a las instrucciones del fideicomitente, no siendo responsable el fiduciario por la emisión del voto de la persona designada.

C).- Suscribira los aumentos de capital que decrete la emisora, de los valores fideicomitados en la proporción que corresponda a las acciones en fideicomiso, siempre y cuando el fideicomitente previa notificación al fiduciario hubiere hecho la provisión de fondos necesarios con un mínimo de tres días hábiles de anticipación a la fecha de suscripción, en caso contrario, el fiduciario no suscribira el aumento y no tendrá responsabilidad alguna.

D).- En caso de aumento de capital por capitalización de reservas, el fiduciario recibirá de las emisoras las acciones correspondientes a las existentes en el fondo, las cuales incrementaran el fideicomiso, quedando sujetas a lo establecido en este contrato.

D U R A C I O N

OCTAVA.- El presente contrato de fideicomiso tendrá la duración necesaria para el cumplimiento de sus fines y podrá darse por terminado por cualquiera de las causas que prevé el artículo 357 de la Ley General de Títulos y Operaciones de Crédito, reservándose el fideicomitente la facultad de revocar el presente fideicomiso en cualquier momento.

RESPONSABILIDADES DEL FIDUCIARIO

NOVENA.- El fiduciario no es responsable de hechos, actos u omisiones del fideicomitente o de los fideicomisarios o de terceras personas que impidan o dificulten el cumplimiento de los fines del presente contrato. Tampoco lo será respecto del caso fortuito o de fuerza mayor que provoquen deterioro en el Mercado, por cuyo motivo se vean afectados los valores cuya administración se les encomienda.

El fiduciario no tiene más obligaciones a su cargo que las expresamente pactadas en el clausulado de este contrato. Para los efectos de la responsabilidad del fiduciario, a continuación se transcribe el enunciado y el inciso B) de la fracción XIX del artículo 106 de la Ley de Instituciones de Crédito que a la letra dice:

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

Fracción XIX.- En la realización de las operaciones a que se refiere la fracción XV del artículo 46 de la Ley.

B) Responder a los fideicomitentes, mandantes o comitentes del incumplimiento de los deudores, por los créditos que se

otorguen o de los emisores por los valores que se adquirieran salvo que sea por su culpa, según lo dispuesto en la parte final del artículo 356 de la Ley General de Títulos y Operaciones de Crédito o garantizar la percepción de rendimientos por los fondos cuya inversión se le encomiende.

Si al término del fideicomiso, mandato o comisión constituidos para el otorgamiento de créditos, éstos no hubieren sido liquidados por los deudores, la institución deberá transferirlos al fideicomitente o fideicomisario según el caso, o al mandante o comitente, absteniéndose de cubrir su importe. Cualquier pacto contrario a lo dispuesto en los dos párrafos anteriores no producirá efecto legal alguno.

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

El fiduciario declara que hizo saber al fideicomitente el valor y fuerza legal de este contrato y del artículo transcrito.

DEFENSA DEL PATRIMONIO

DECIMA.- El fiduciario defenderá la materia de este contrato ante las autoridades que corresponda, pero no estará obligado a ejercitar dichas facultades por sí mismo, si no que, en caso de conflicto sólo tendrá como obligación la de otorgar a solicitud escrita del fideicomitente y a favor de la o de las personas que éste designe, un poder especial en los tér

minos que proceda a fin de que el o los apoderados puedan hacer la defensa y siempre que el fideicomitente acompañe la aceptación de los apoderados y la conformidad de éstos de recibir los gastos y honorarios que se causen exclusivamente con cargo al patrimonio del fideicomiso, sin responsabilidad para la fiduciaria, por la actuación de dichos apoderados.

HONORARIOS DEL FIDUCIARIO

DECIMA PRIMERA.- El fiduciario acepta el cargo que se le confiere en los términos de este contrato y protesta desempeñarlo fielmente y cobrará....

D O M I C I L I O S

DECIMA SEGUNDA.- Las partes señalan como domicilio los siguientes....

Cualquier cambio de domicilio o vecindad de las partes que intervienen en el presente contrato, deberá ser comunicado al fiduciario por escrito, por correo certificado o por notificación notarial, no produciendo efecto legal alguno cualquier otro medio de comunicación.

C O M P E T E N C I A

DECIMA TERCERA.- Para la interpretación y cumplimiento del presente contrato, las partes se someten expresamente a la jurisdicción de los tribunales de la Ciudad de México, Distrito Federal, renunciando desde ahora al fuero que pudiera corresponderles en razón de su domicilio o vecindad presente o futuro.

Hecho y firmado en la Ciudad de México, Distrito Federal a los

c) Beneficios del Fideicomiso en la Inversión Bursátil.

Independientemente de los riesgos que pueda tener una inversión en renta variable, el fideicomiso brinda una serie de beneficios muy amplios al inversionista, los fines que se establezcan en el mismo únicamente tienen la limitante de -- que sean lícitos y jurídicamente posibles.

El funcionario público o de Casa de Bolsa o cualquier persona fuera del supuesto que marca el artículo 16 bis 7, de la Ley del Mercado de Valores, puede invertir en los valores que desee y que en su caso le sean permitidos, pero en el supuesto del fallecimiento del titular de la cuenta, los beneficiarios estarán limitados a lo establecido en el artículo 92 de la misma Ley que señala:

"Artículo 92. En los contratos que celebren las Casas de Bolsa con su clientela, el inversionista que sea titular de la cuenta podrá en cualquier tiempo designar o cambiar beneficiarios.

En caso de fallecimiento del titular de la cuenta, la Casa de Bolsa entregará al beneficiario que haya señalado de manera expresa y por escrito, el saldo registrado en la cuenta que no exceda el mayor de los límites siguientes:

I. El equivalente a diez veces el salario mínimo gene

ral diario del Distrito Federal elevado al año; o

II. El equivalente al cincuenta por ciento del saldo registrado en la cuenta.

El beneficiario tendrá derecho de elegir la entrega de - determinados valores registrados en la cuenta, o el importe - de su venta en bolsa, con sujeción a los límites señalados.

El excedente en su caso deberá devolverse de conformidad con la legislación común".

Este precepto le da al beneficiario la decisión de elegir entre las dos opciones, situación que debería considerar el cliente para el caso de su fallecimiento, sobre todo si es un cliente que cuenta con saldos mayores a los quinientos millones de pesos, en este caso el beneficiario elegiría seguramente el supuesto consignado en fracción II del artículo anteriormente transcrito.

El último párrafo del artículo en comento prevé que el remanente será entregado de acuerdo a la legislación común.

Es sabido por todos que la sucesión ya sea legítima o testamentaria, es un juicio lento y costoso por lo que el beneficio que brinda el fideicomiso ante esta situación es de mucho valor para los fideicomisarios, ya que para el caso

de fallecimiento del fideicomitente inversionista, el fiduciario deberá cumplir con los términos y disposiciones establecidos en el fideicomiso, pudiendo llevarse a cabo la entrega del total de la inversión en favor de los fideicomisarios, puesto que el titular del contrato de intermediación bursátil celebrado con la Casa de Bolsa, se encuentra a nombre del fiduciario por cuenta del fideicomiso pudiendo realizar la venta de los valores en el momento en que se le comunique y compruebe el fallecimiento del fideicomitente, procediendo a la entrega total o parcial del patrimonio fideicomitado.

CONCLUSIONES

1. En el Derecho Romano encontramos los primeros antecedentes del fideicomiso, el cual se avocó a las necesidades de confianza que eran requeridas en aquella época, contando con los elementos esenciales para desempeñar su actividad en apoyo de las operaciones y requerimientos tanto de los negocios como de la familia en la sociedad romana.

2. La institución del fideicomiso en México aún cuando fue influenciada por la introducción del trust a nuestro - país, fue adquiriendo matices propios en nuestra legislación culminando en una figura jurídica bien definida en la práctica actual.

3. Considero que la naturaleza jurídica del fideicomiso es totalmente contractual, por tener las características de ser un contrato sinalagmático perfecto.

4. Asimismo, en mi concepto, en la constitución de un fideicomiso existe la creación de un nuevo patrimonio, y quien detenta la titularidad es el fiduciario para el cumplimiento de los fines establecidos. El patrimonio fideicomitado se encuentra limitado en función de realizar únicamente los actos encaminados al provecho del fideicomisario, no pudiendo tener fin distinto o en favor de un tercero o del propio fiduciario.

5. Los derechos que el fiduciario adquiere sobre el patrimonio fideicomitado, son restringidos destinándolos únicamente al cumplimiento de la finalidad pactada.

6. Considero que la clasificación del fideicomiso va en función de los fines que se persiguen, teniendo como límite la licitud e inventiva del hombre. Pero siempre serán de inversión, administración y garantía, pudiendo conjugarse éstas entre sí.

7. Pienso que es en vano autorizar a las Casas de Bolsa a actuar como fiduciarias, máxime que estas adquirieron a -- instituciones de crédito en la reprivatización bancaria.

8. Es necesario que se proceda a reformar el artículo - 16 bis 7, de la Ley del Mercado de Valores, para establecer los requisitos que deberán contener los fideicomisos de inversión y administración para funcionarios de Casas de Bolsa y no provocar inversiones a través de terceras personas.

9. En mi opinión tanto la Comisión Nacional Bancaria como la de Valores deberán dictar las disposiciones de carácter general respectivas, para las inversiones que realicen - los funcionarios a través de fideicomisos y así borrar la incertidumbre que existe en el medio bursátil, por la falta de regulación en dichas inversiones.

B I B L I O G R A F I A

1. ACOSTA, Romero Miguel. Teoría General del Derecho Administrativo. 8a. Edición. Editorial Porrúa. México, 1988.
2. AGUILAR, Carbajal Leopoldo. Contratos Civiles. 2a. Edición. Editorial Porrúa. México, 1977.
3. ASOCIACION DE BANQUEROS DE MEXICO. Panorama Actual y Perspectivas del Fisco en México. Memoria.
4. BANCO MEXICANO SOMEX, S.A. Las Instituciones Fiduciarias y el Fideicomiso en México. Editorial Libros de México. México, 1982.
5. BATIZA, Rodolfo. El fideicomiso. 4a. Edición. Editorial Porrúa. México, 1980.
6. BATIZA, Rodolfo. Principios Básicos del Fideicomiso y de la Administración Fiduciaria. Editorial Porrúa. México, 1977.
7. BRAVO, González Agustín. Obligaciones Romanae. Editorial Pax-México. México, 1977.
8. CERVANTES, Ahumada Raúl. Títulos y Operaciones de Crédito. 9a. Edición. Editorial Herrero. México, 1976.
9. CORTINA, Ortega Gonzálo. Prontuario Bursátil y Financiero. Editorial Trillas. México, 1986.
10. DOMINGUEZ, Martínez Jorge A. El Fideicomiso ante la Teoría General del Negocio Jurídico. Editorial Porrúa. México 1975.
11. GARCIA, Maynez Eduardo. Introducción al Estudio del Derecho. 36a. Edición. Editorial Porrúa. México, 1984.
12. GARRIGUES, Joaquín. Curso de Derecho Mercantil. Tomo II. 6a. Edición. Editorial Porrúa. México, 1981.
13. HERREJON, Silva Hermilo . Las Instituciones de Crédito. Editorial Trilla. México, 1988.

14. MARGADANT, S. Floris Guillermo. El Derecho Privado Romano. 13a. Edición. Editorial Esfinge. México. 1985.
15. PETIT, Eugene. Tratado Elemental de Derecho Romano. Traducción de la 9a. Edición. Editorial Nacional. México, 1971.
16. RODRIGUEZ, Rodríguez Joaquín. Curso de Derecho Mercantil. Tomo II 16a. Edición. México, 1982
17. RODRIGUEZ, Rodríguez Joaquín. Derecho Bancario. 6a. Edición. Editorial Porrúa. México, 1980.
18. ROJINA, Villegas Rafael. Compendio de Derecho Civil. Tomo I. 20a. Edición. Editorial Porrúa. México, 1984.
19. VILLAGORDOA, Lozano José Manuel. Doctrina General del Fideicomiso. Asociación de Banqueros de México, A.C. Editorial Porrúa. México, 1976.

L E G I S L A C I O N

20. LEY GENERAL DE TITULOS Y OPERACIONES DE CREDITO
21. LEY DE INSTITUCIONES DE CREDITO
22. LEY DEL MERCADO DE VALORES
23. LEY REGLAMENTARIA DEL SERVICIO PUBLICO DE BANCA Y CREDITO
24. LEY DEL NOTARIO PARA EL DISTRITO FEDERAL
25. CODIGO CIVIL PARA EL DISTRITO FEDERAL EN MATERIA COMUN Y PARA TODA LA REPUBLICA EN MATERIA FEDERAL
26. CODIGO DE COMERCIO