

320809
48
201-1



UNIVERSIDAD DEL VALLE DE ME

**PLANTEL TLALPAN
ESCUELA DE DERECHO**

CON ESTUDIOS INCORPORADOS A LA
UNIVERSIDAD NACIONAL AUTONOMA DE MEXICO

FALLA DE ORIGEN

**"EL FIDEICOMISO, CONTRATO
MERCANTIL O SERVICIO BANCARIO"**

**TESIS QUE PRESENTA:
CARLOS ALBERTO SORIANO JUAREZ
PARA OBTENER EL TITULO DE:
LICENCIADO EN DERECHO**

**ASESOR
LIC. AMADO ALVARO ALQUICIRA LOPEZ**

MEXICO, D. F.

1995



Universidad Nacional
Autónoma de México



UNAM – Dirección General de Bibliotecas Tesis Digitales Restricciones de uso

DERECHOS RESERVADOS © PROHIBIDA SU REPRODUCCIÓN TOTAL O PARCIAL

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

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

A MIS PADRES

SR. LAZARO JESUS SORIANO PINEDA
SRA. BERTHA JUAREZ DE SORIANO
CON ADMIRACION Y CARÑO POR SU
DEDICACION, ESmero Y SACRIFICIO

A MI ESPOSA

LETICIA MARICELA ERAZO DE SORIANO
POR SU APOYO Y COMPRENSION PARA
CONCLUIR MIS ESTUDIOS PROFESIONALES

A MI HIJO

CARLOS ALBERTO SORIANO ERAZO
QUIEN EN TODO MOMENTO
ENDULZO LAS FATIGAS
MOTIVANDO ESTA CULMINACION

A MIS HERMANOS

BERTHA MARIA Y ARTURO SORIANO JUAREZ
POR EL APOYO QUE ME BRINDARON
PARA LA ELABORACION DE ESTE TRABAJO

A MIS TIAS

AMALIA Y ESPERANZA JUAREZ LESPRON
POR LA MOTIVACION EFECTUADA PARA
CULMINAR MIS ESTUDIOS

A MI SUEGRA, CUÑADAS, CUÑADO Y
SOBRINOS

A MIS ABUELOS

SR. RUBEN JUAREZ MEDINA (q.e.p.d.)

SRA. AMALIA LESPRON RAMIREZ (q.e.p.d.)

SR. FEDERICO SORIANO SORIANO (q.e.p.d.)

SRA. MARIA PINEDA GARCIA

TIOS Y PRIMOS

AL C. LICENCIADO

NAHUN QUINTANA RODRIGUEZ

POR SU APOYO MORAL Y PROFESIONAL

AL C. LICENCIADO

AMADO ALVARO ALQUICIRA LOPEZ

QUIEN CON SU MANO EXPERTA

HIZO POSIBLE LA REALIZACION

DE ESTE TRABAJO

AL ALMA MATER DE DONDE SOY
EGRESADO Y CATEDRATICOS

AMIGOS Y COMPAÑEROS

INDICE

"EL FIDEICOMISO, CONTRATO MERCANTIL O SERVICIO BANCARIO"

	Pág.
Introducción.....	I
CAPITULO PRIMERO	
CONCEPTOS BASICOS	
1.1 El fideicomiso.....	2
1.2 Fideicomitente	
1.2.1 Definición.....	8
1.2.2 Capacidad.....	11
1.2.3 Derechos.....	13
1.2.4 Obligaciones.....	17
1.3 Fiduciario	
1.3.1 Definición.....	19
1.3.2 Requisitos para su ejercicio.....	21
1.3.3 Designación.....	23
1.3.4 Derechos.....	25
1.3.5 Obligaciones.....	27
1.3.6 Prohibiciones.....	31

1..4 Fideicomisario	
1.4.1 Definición.....	32
1.4.2 Capacidad.....	33
1.4.3 Derechos.....	34
1.4.4 Obligaciones.....	36

CAPITULO SEGUNDO

ANTECEDENTES JURIDICOS DEL FIDEICOMISO

2.1 Derecho Romano.....	38
2.2 El Mayorazgo.....	42
2.3 Derecho Germánico.....	44
2.4 El Use y el Trust.....	45
2.5 En México.....	50
2.5.1 Proyecto Limantour.....	51
2.5.2 Proyecto Creel.....	52
2.5.3 Proyecto Vera Español.....	53
2.5.4 Ley General de Instituciones de Crédito y Establecimientos Bancarios de 1924.....	54
2.5.5 Ley de Bancos de Fideicomiso de 1926.....	55
2.5.6 Ley General de Instituciones de Crédito y Establecimientos Bancarios de 1926.....	57
2.5.7 Ley General de Instituciones de Crédito de 1932.....	57

CAPITULO TERCERO

MARCO JURIDICO DEL FIDEICOMISO

3.1 Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos.....	61
3.2 Ley General de Títulos y Operaciones de Crédito..	63
3.3 Código de Comercio.....	76
3.4 Ley de Instituciones de Crédito.....	79
3.5 Jurisprudencia.....	80
3.6 Usos bancarios.....	86

CAPITULO CUARTO

NUEVO REGIMEN DEL FIDEICOMISO

4.1 Instituciones de crédito como fiduciarias.....	90
4.2 Servicios bancarios.....	94
4.3 Nueva regulación del fideicomiso.....	99
4.4 Consecuencias de una nueva regulación del fideicomiso.....	104

CONCLUSIONES

BIBLIOGRAFIA

INTRODUCCION

Actualmente en nuestro país las actividades fiduciarias se han desarrollado tanto que forman ya una parte importante de los instrumentos operativos con que cuenta el sistema bancario mexicano, sin embargo encontramos que en la realidad de las cosas el fideicomiso únicamente lo pueden llevar a cabo las instituciones de crédito debidamente autorizadas, por lo que podemos presumir que el legislador reservó este tipo de actividades a un determinado grupo de la sociedad.

Es por lo citado en el párrafo que antecede el motivo que nos ha llevado a elaborar el presente trabajo de investigación, el cual lo hemos dividido en cuatro capítulos para una mejor comprensión del mismo y que se detallarán posteriormente, debiendo en primer lugar mencionar cual es el tema y su enfoque.

El tema en estudio es el fideicomiso, figura contemplada por la ley como un contrato mercantil y por nosotros como un servicio bancario, conforme a un razonamiento lógico jurídico de sus características, básicamente del fiduciario y atendiendo al método deductivo, es decir, partiendo de los conocimientos generales de investigaciones realizadas por diversos autores de

la materia, llegando así a una conclusión específica o particular.

Una vez conociendo lo anterior podemos decir que dentro del CAPITULO PRIMERO denominado conceptos básicos, encontramos lo siguiente: en primer lugar que es el fideicomiso, seguido de los elementos personales del mismo, es decir, el fideicomitente, el fiduciario y el fideicomisario, cada uno de ellos con sus respectivos derechos y obligaciones, motiv por el cual podemos cuestionarnos ¿si tan solo una institución de crédito puede ser fiduciario, entonces no estamos frente a un servicio que presta la misma ?.

En el CAPITULO SEGUNDO denominado antecedentes jurídicos del fideicomiso encontraremos como su nombre lo indica los antecedentes del fideicomiso vistos a través de varias etapas históricas del derecho, en la era romana siendo esta cuando nace el fideicomiso; en el derecho español; en el derecho germánico e inglés para que posteriormente analicemos el antecedente de esta figura en nuestro país hasta llegar a nuestros días.

Como TERCER CAPITULO de la investigación encontraremos las diferentes leyes que regulan al fideicomiso motivo por el cual lo denominamos marco jurídico del fideicomiso y conforme a la jerarquía de las leyes encontramos en primer lugar a la

Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, Código de Comercio, Ley General de Títulos y Operaciones de Crédito, entre otras no menos importantes así como jurisprudencia al respecto, con lo que nos daremos cuenta que esta figura se encuentra más regulada por las leyes, usos y autoridades bancarias que cualquier otra.

Dentro del CUARTO CAPITULO que hemos denominado nuevo régimen legal del fideicomiso se podrá encontrar en principio lo que es una institución de crédito así como los servicios que presta al público usuario, esto aunado a los tres capítulos que anteceden nos da las bases para poder efectuar el planteamiento de un nuevo régimen regulador del fideicomiso, mas no como se citó en un principio (contrato mercantil) sino como un servicio bancario y con ello adecuar a la realidad existente social y jurídica a esta figura del derecho.

Investigación que esperamos sea de su agrado y utilidad la cual está destinada a una nueva aportación sobre el tema referido, que pese a ser ya multiestudiado por diversos autores hasta el momento no hemos encontrado que algún autor lo vislumbre desde este punto de vista, ya que generalmente se avocan a un estudio más sistematizado de que es el fideicomiso y sus partes integrantes o bien al estudio de los diferentes tipos de fideicomiso.

CAPITULO PRIMERO
CONCEPTOS BASICOS

CONCEPTOS BASICOS

1.1 EL FIDEICOMISO

En la Ley General de Títulos y Operaciones de Crédito se encuentra contemplado al fideicomiso, siendo este ordenamiento quien se encarga de definirlo - o como lo diría Dávalos Mejía intenta definir - al decir "En virtud del fideicomiso, el fideicomitente destina ciertos bienes a un fin lícito determinado, encomendando la realización de ese fin a una institución fiduciaria" (Artículo 346).

Por su parte el maestro Raúl Cervantes Ahumada, da también su propia definición de esta figura al expresar "Es un negocio jurídico por medio del cual el fideicomitente, constituye un patrimonio autónomo, cuya titularidad se atribuye al fiduciario, para la realización de un fin determinado" (1).

En ambas definiciones, esto por citar solo algunas, se encuentra que existen ciertas características básicas de esta figura del derecho y mismas que son:

* Afectación de un patrimonio

(1) CERVANTES AHUMADA, Raúl. Títulos y Operaciones de Crédito. 11 ed. Ed. Herrero, S.A. México, 1979. p.289.

* Un fin determinado y el cual logicamente debe de ser licito

* Que el fiduciario es la persona encargada de realizarlo.

Igualmente en ambas definiciones encontraremos que no solo la Ley General de Títulos y Operaciones de Crédito sino tambien algunos autores caen en un error técnico al excluir de su definición a un tercer sujeto del fideicomiso y mismo que es el fideicomisario, es decir, el beneficiario del mismo, el cual puede o no ser una tercera persona física o moral ya que también puede serlo el propio fideicomitente el que revista tal carácter, sin embargo las instituciones fiduciarias (instituciones de crédito) dan en una forma más sencilla y clara la definición de lo que es un fideicomiso, lo cual efectúan de la siguiente forma " Es un contrato por el cual, una institución de crédito, llamada fiduciario, recibe de otra, llamada fideicomitente, la titularidad de bienes y/o derechos para la realización de un fin licito y determinado, en favor del beneficiario, que podrá ser el propio fideicomitente, pero nunca el propio fiduciario" (2)

Ahora bien, para dar una definición mas técnica y propia del fideicomiso diremos " Que por éste, el fideicomitente destinará ciertos bienes y/o derechos para la

(2) Banco Nacional de México, S.A. Manual Operativo del Departamento Fiduciario, Ed. Banco Nacional de México, México, 1993. p.13

constitución de un patrimonio autónomo transmitiendo el dominio del mismo al fiduciario, siendo éste el encargado de realizar el fin (lógicamente lícito) determinado encomendado, quien a su vez entregará los beneficios derivados al fideicomisario".

Una vez que ya sabemos que es el fideicomiso, es necesario dar a conocer algunas generalidades dignas de tomarse en cuenta, siendo la primera de ellas la clasificación oficial que hace la Comisión Nacional Bancaria y de Seguros de acuerdo a la función que cumplen, debiéndose de cuestionar desde este momento y en razón de ser éste el tema del trabajo ¿porque un organismo bancario da la clasificación, si la propia ley lo contempla como un contrato mercantil autónomo?, de cualquier forma la clasificación que hace es la siguiente:

1. De garantía, el cual se constituye para garantizar el cumplimiento de obligaciones contraídas por el fideicomitente o por un tercero con garantía de aquél, con lo cual asegura y protege la obligación para que en caso de incumplimiento el producto del fideicomiso cubra la obligación.
2. De administración, el cual es constituido para administrar bienes o derechos el cual no requiere una mayor explicación.
3. De inversión, siendo éste el que para el cumplimiento de sus fines utiliza los instrumentos de inversión de dinero.

De la anterior clasificación surge una crítica del Lic. Rodolfo Batiza, a la cual nos unimos cuando dice:

"En consecuencia, además de ser incompleta falta a la clasificación un enfoque sistemático y uniforme, pues por una parte se recurre a la aplicación particular dada al patrimonio en el fideicomiso: por otra a la función encomendada al fiduciario; y por último a la finalidad perseguida, lo cual refleja un criterio pragmático pero no científico. La terminología de la clasificación, sin embargo, ha arraigado entre nosotros y no puede negarse que corresponde a variedades usuales del fideicomiso en la realidad bancaria, por lo que no parece haber inconveniente en conservarla como una designación cómoda a situaciones conocidas en la práctica pero nada más." (3)

Siguiendo con las generalidades básicas del fideicomiso es conveniente señalar que es un acto de comercio en virtud de que se encuentra reglamentado en la Ley General de Títulos y Operaciones de Crédito así como en la legislación bancaria, tan es así que el texto del artículo 75 del Código de Comercio establece que la Ley reputa actos de comercio ... fracción XIV las operaciones de bancos, por tal motivo y conforme a la expresión literal de la fracción aludida nuevamente vemos como se habla que el fideicomiso es una operación bancaria, lo cual se debe a que el fiduciario exclusivamente puede fungir como tal si es una institución de crédito; por su parte Batiza sostiene "que esta postura es infundada ya que prácticamente el fideicomiso reviste más actos mixtos que mercantiles en razón

(3) BATIZA, Rodolfo, El Fideicomiso, Teoría y Práctica. Sed. Ed. Jus. México, 1991. p. 179.

de que una de las partes es cien por ciento mercantil (fiduciario) cuando el fideicomitente puede ser civil, administrativo, incluso laboral" (4); sin embargo y conforme a las reformas del Código de Comercio cuando una de las partes es de carácter mercantil sin importar la naturaleza de la otra por ese solo hecho se debe de someter a las leyes mercantiles (artículo 1050).

Ahora bien, continuando con las generalidades en estudio encontramos que existen autores que afirman que la constitución del fideicomiso es por medio de un contrato y por ende se encuentra bien regulado como está en la Ley al ser un contrato "mercantil" - con lo cual no estamos de acuerdo, sin embargo no basta con criticar ya que el presente es un trabajo de investigación, por tal motivo también se efectuarán propuestas y mismas que se encontrarán en el ultimo capítulo de la presente - en razón de que es una relación jurídica entre dos o más personas las cuales crean y/o transmiten derechos y obligaciones, tan es así que la Ley General de Títulos y Operaciones de Crédito en sus artículos 1 y 2 fracción II lo contemplan considerándolos mal empleados en el caso en particular.

En contraposición de otros autores que sostienen que el fideicomiso es una declaración unilateral de la voluntad, en

(4) Ibid. p. 199.

razón de que el fideicomitente establece su voluntad ya que su declaración es completa y definitivamente obligatoria para él y no puede revocarla si no lo reserva expresamente, así mismo podemos ver que la simple manifestación de la voluntad no transmite los bienes ya que requiere de una aceptación, por lo que en nuestro concepto éste reviste un carácter contractual mas diferimos en que no es un contrato mercantil como se expuso al estar mal empleados algunos de los fundamentos legales que lo reglamentan y que son motivo de estudio por separado considerando que solo se trata de un contrato de servicio bancario.

Por último y para concluir las generalidades básicas de el fideicomiso, debemos de diferenciarlo de otras figuras jurídicas para evitar así confusiones y las cuales son:

a) El mandato, según el artículo 2546 del Código Civil éste "es un contrato por medio del cual el mandatario se obliga a ejecutar por cuenta del mandante los actos jurídicos que le encargue"(5) por lo cual, la diferencia medular que existe con la figura a estudio es la transmisión del dominio, haciendo notar que ésta es una consecuencia lógica para cumplir su cometido mas se encuentra limitado.

(5) Código Civil para el Distrito Federal en Materia Común y para toda la República en Materia Federal. Ed. Porrúa, S.A. México, 1991, Artículo 2546. p. 442

b) El depósito, que es un contrato por medio del cual el depositario recibe para su guarda muebles o inmuebles para ser restituidos posteriormente, por lo que en éste solo existe un cambio de posesión y en el fideicomiso un cambio de propiedad.

c) La donación, siendo ésta un contrato por el cual una persona transfiere a otra gratuitamente una parte o la totalidad de sus bienes presentes, como podemos ver solo se da en bienes presentes pero no futuros lo cual se encuentra prohibido en el fideicomiso, independientemente de que falta la presencia del fiduciario sin el cual no existe el fideicomiso, lo cual no ocurre entre donante y donatario.

Una vez que ya tenemos una noción general de que es el fideicomiso podemos entonces continuar con el estudio del mismo, para lo cual es necesario que analicemos los elementos personales.

1.2 FIDEICOMITENTE

1.2.1 Definición

Como ya ha sido citado en el punto anterior son tres sujetos los que intervienen en el fideicomiso, siendo estos el fideicomitente o cliente bancario (para nosotros), el

fiduciario o institución de crédito (banco que presta el servicio) y el fideicomisario o beneficiario, luego entonces veremos lo referente al primero de ellos, siendo éste el fideicomitente considerado como la fuente del fideicomiso, el cual es definido por algunos autores de la siguiente forma:

Según el maestro Rodolfo Batiza lo define como "La persona que constituye un fideicomiso por una manifestación expresa de la voluntad" (6), considerando esa definición un tanto mal conceptuada en razón de que dice: la creación del fideicomiso es por la simple manifestación unilateral de la voluntad que haga el fideicomitente, sin embargo ya se estudió el que su creación básica es una relación contractual, igual situación guarda la definición que por su parte da Rodríguez Ruiz al decir "Es la persona que mediante la expresa manifestación de su voluntad, da nacimiento al fideicomiso"(7).

Villagordoa Lozano lo cita como "Es la persona que constituye el fideicomiso y destina los bienes y derechos necesarios para el cumplimiento de sus fines, transmitiendo su titularidad al fiduciario" (8) siendo ésta una definición no completa pero si mas aceptable en razón de que ya se encuentra contemplando dos de las características del fideicomiso que son el patrimonio

(6) BATIZA, Rodolfo. Op. cit. p. 223

(7) RODRIGUEZ RUIZ, Raúl. El Fideicomiso y la Organización Contable Fiduciaria. 4a ed. Ed. Ecasa. México, 1977. p. 40

afectado y un fin determinado.

Sin embargo, autores como Rafael De Pina lo define como "La persona física o moral que constituye un fideicomiso, para destinar ciertos bienes o derechos a la realización de un fin lícito y determinado y encarga dicha realización a una institución fiduciaria" (9) siendo esta última definición la más completa y apegada a la establecida por la Ley General de Títulos y Operaciones de Crédito que en su artículo 349 manifiesta pueden ser fideicomitentes, las personas físicas o jurídicas que tengan la capacidad necesaria para hacer la afectación de bienes, que el fideicomiso implica y las autoridades judiciales o administrativas competentes, cuando se trate de bienes cuya guarda, conservación, administración, liquidación, reparto o enajenación corresponda a dichas autoridades o a las personas que éstas designen; debiéndose hacer manifiesto que existe otro error técnico en este precepto ya que habla por un lado de las personas físicas y por otro de personas jurídicas, cuando algunos autores manifiestan que las personas jurídicas son la generalidad y a su vez se dividen en físicas y morales o colectivas.

Por su parte las instituciones de crédito, definen al

-
- (8) VILLAGORDOA LOZANO, José M. Doctrina General del Fideicomiso. Ed. Asociación de Banqueros de México A.C. México, 1976. p. 172
- (9) Diccionario de Derecho. DE PINA VARA, Rafael. 5a ed. Ed. Porrúa, S.A. México, 1976. p. 220

fideicomitente como "La persona que transmite la titularidad de los bienes o derechos y designa al beneficiario"(10) equiparando al fideicomitente con el cliente de la institución.

Como se desprende de las definiciones antes citadas encontramos ya un elemento que debe tener el fideicomitente y el cual es la capacidad, amén de que nos indica claramente quienes pueden ser fideicomitentes al decir las personas físicas y jurídicas o morales entendiéndose por estas últimas a la unión de varias personas físicas con una misma finalidad y las cuales regula mas concretamente el Código Civil.

Por lo que respecta a la capacidad que se refiere éste apartado a continuación se estudiará.

1.2.2 Capacidad

Una vez que ya se conoce quienes pueden ser fideicomitentes y siguiendo el mismo orden establecido por el numeral 349 del ordenamiento en comento debemos saber cual es la capacidad de las personas, para lo cual García Maynes refiere que "La capacidad suele ser definida como la aptitud que una persona tiene de ejercitar los derechos cuyo disfrute le corresponde"(11) y de acuerdo a la definición citada podemos

(10) Banco Nacional de México. Manual Operativo del Departamento Fiduciario. Ed. Banco Nacioanl de México México, 1993. p. 15

(11) GARCIA MAYNES, Eduardo. Introducción al Estudio del Derecho. 41ed. Ed. Porrúa, S.A. México, 1990. p. 412

ver que existen dos tipos de capacidad, la de goce y la de ejercicio.

La capacidad de goce es la que se adquiere con el simple hecho del nacimiento y consiste en ser un sujeto de derechos y obligaciones sin importar que sea incapaz y que únicamente se perderán por la muerte de la persona, como lo establece el artículo 22 del Código Civil, en relación con este tipo de capacidad, recuérdese que puede estar limitada en ciertos casos más nunca será desprendida de la persona y en tales casos deberá de existir un representante; mientras que la de ejercicio es la facultad de ejercitar por sí mismo los derechos y obligaciones de que es titular, igualmente que en la anterior esta capacidad puede en algunos casos restringirse conforme a las estipulaciones legales conducentes, lo cual se encuentra en los artículos 23 y 24 del mismo ordenamiento.

Las personas morales también tienen estos dos tipos de capacidad, encontrándose solamente dos diferencias entre las personas físicas y las morales en razón de que solo las personas físicas pueden estar incapacitadas para la capacidad de ejercicio lo cual no sucede con las personas morales, y; que las personas físicas generalmente los ejercitan por sí mismas y en algunos casos por interpósita persona a diferencia de las personas morales que siempre tendrán que ser representadas por una o más personas físicas que serán sus

representantes, pudiendo actuar según sea el caso conjunta o individualmente.

Conociendo ya cual es la capacidad podemos concluir este apartado manifestando en un aspecto general que la capacidad requerida en el fideicomitente es la de ejercicio y obviamente conlleva implícita la de goce, en virtud de la cual podrá ejercitar los derechos y obligaciones que se estudiarán mas adelante.

1.2.3. Derechos

En el apartado que antecede se habló de la capacidad que en términos generales son los derechos y obligaciones de las personas, bien entonces procedamos a ver cuales son los derechos y obligaciones de la persona en estudio, para lo cual por el momento nos referiremos exclusivamente a los derechos del fideicomitente.

a) Como primer derecho encontramos el que al momento de constituirse el fideicomiso el fideicomitente puede reservarse ciertos derechos en relación al mismo, esto se debe a que como ya se ha mencionado el fideicomitente pierde todo derecho en relación al patrimonio afectado, no obstante ello existe una salvedad la cual contempla el artículo 351 en su segundo párrafo de la Ley General de Títulos y Operaciones de Crédito

al decir que en el preciso momento de la constitución del fideicomiso, el fideicomitente puede reservarse diversos derechos en relación al mismo, existiendo dos tipos de reserva de derechos: los que expresamente el fideicomitente se reserva y los que deriven del mismo fideicomiso a su favor.

Es de suma importancia este punto sobre todo en aquellos fideicomisos en los cuales el fideicomisario es una tercera persona, en razón de que como ya se citó a la constitución si no se reserva derechos los pierde en relación al patrimonio y éstos serían lo único que lo pudiera seguir ligando al mismo en un momento dado.

b) La constitución del fideicomiso sin señalar fideicomisario es otro de los derechos del fideicomitente lo cual está contemplado por el artículo 347 de la Ley General de Títulos y Operaciones de Crédito al aceptar que se constituyan fideicomisos facultando al fideicomitente para que en forma discrecional pueda o no nombrar quien será el beneficiario del mismo, lo cual pudiere resultar ventajoso para éste tal facultad.

c) En contraposición del inciso que antecede, el segundo párrafo del artículo 348 del mismo ordenamiento a su vez faculta al fideicomitente para que si lo considera necesario pueda designar varios fideicomisarios a la vez, los cuales

pueden recibir los beneficios derivados del fideicomiso simultánea o sucesivamente, no debiendo dejar pasar inadvertido que esta facultad al mismo tiempo se encuentra limitada por la fracción II del artículo 359 de la misma Ley y es que es una de las prohibiciones de los fideicomisos el que los fideicomisarios se substituyan por muerte del anterior salvo que se realice con personas vivas o ya concebidas a la muerte del fideicomitente.

d) La designación de varios fiduciarios es otro de los derechos del fideicomitente, ya que con arreglo a la ley se pueden nombrar cuantos fiduciarios se consideren convenientes sin limitación alguna, ¿pero que pasaría si esto se hiciera ilimitadamente? se dice que cada cabeza es un mundo lo cual se debe a que cada persona piensa y actúa de manera diferente trayendo como resultado que difícilmente se pongan de acuerdo entre sí, lo mismo pasaría con los fiduciarios perjudicando así la agilidad del fideicomiso por lo complicado de la toma de decisiones a seguir.

e) Dos de los derechos del fideicomitente los cuales van ligados entre sí son la supervisión del fideicomiso y el requerir cuentas del mismo, para ejercitarlo se debe de hacer la reserva expresa del mismo, aunque no se haga del primero de ellos si se hace del segundo implícitamente conllevará el primero, de acuerdo a la ley bancaria esta reserva de requerir

cuentas debe de ser en forma expresa ya que de lo contrario no podrá ejercitar dicha acción (siendo éste otro derecho más), relacionada con la primera de ellas dará como resultado el observar la buena marcha del fideicomiso.

f) La remoción del fiduciario es otro más de los derechos del fideicomitente, tres causas existen para la remoción de una institución fiduciaria a saber relacionadas con el inciso que antecede, siendo éstas la falta de rendición de cuentas una vez que es requerida la fiduciaria para ello y la responsabilidad por sentencia ejecutoriada que condene a la misma por la pérdida o menoscabo del patrimonio fideicomitado, por negligencia y/o culpa grave, derecho que debe ser también reservado expresamente al momento de su constitución o modificación del fideicomiso.

g) La quiebra de la institución de crédito - aunque raro mas no imposible, - es otra causa de remoción del fiduciario si es que no diera lugar a la extinción del fideicomiso, esto se debe a que la propia Ley de Quiebras y Suspensión de Pagos establece que por sentencia que declare la quiebra, el quebrado queda privado de derecho de administración y disposición de su bienes y de los que adquiriera, hasta finalizarse aquella (artículo 83), teniendo esto una consecuencia contemplada en el artículo 159 fracción VI inciso a) de la misma ley de quiebras, en la cual manifiesta que los bienes que tenga en su poder el

quebrado deben de restituirse si están en su poder entre otros conceptos por fideicomiso.

h) La ley bancaria contempla que el fideicomitente puede en su caso prever la formación de un comité técnico, dando las facultades necesarias y fijando las bases para que se desempeñen, con lo cual además libera de muchas responsabilidades al fiduciario.

i) Extinguido el fideicomiso, el fideicomitente en su caso tiene el derecho de obtener la devolución de los bienes fideicomitados lo cual se encuentra también contemplado en el artículo 358 de la Ley General de Títulos y Operaciones de Crédito.

1.2.4 Obligaciones

Como en toda relación en las que intervienen dos o más personas cuando existen derechos recíprocos, también debe de haber obligaciones a cargo de ellas, motivo por el cual en este apartado se estudiarán las obligaciones del fideicomitente, aunque pocas pero al fin obligaciones.

1. El fideicomitente estará obligado a entregar una contraprestación al fiduciario, es decir, al pago de los honorarios y gastos efectuados por motivo del desempeño del

cargo y encargo conferido, pagos que serán pactados al momento de celebrarse el fideicomiso y a pesar que en la legislación bancaria se contempla la posibilidad de hacerlo posteriormente en las modificaciones la práctica no lo hace, más en esa posteridad si puede existir una modificación al mismo en cuanto a cantidad; a pesar de no existir un arancel en cuanto al cobro las instituciones fiduciarias se basan generalmente a un promedio de la base del negocio.

2. Otra obligación lo es el saneamiento en caso de evicción la cual tiene dos variantes, las cuales surgen en razón de la transmisión del dominio del patrimonio :

- a) Siempre se responderá por éste si el fideicomiso es oneroso
- b) Solo responde si expresamente se obligó para el caso de ser gratuito el fideicomiso.

3. El fideicomitente debe de colaborar siempre con el fiduciario para el cumplimiento del fin encomendado, ya que el fideicomitente se ha fijado una determinada meta motivo por el cual efectúa un fideicomiso, luego entonces es lógico pensar en esa colaboración que le debe de interesar mas que al fiduciario al fideicomitente y/o fideicomisario y si esto lo aunamos a la supervisión y rendición de cuentas, podemos ver que no requiere mayor explicación ya que por si mismo se explica.

4. Otra obligación la constituye el de la transmisión del dominio de los bienes fideicomitidos.

5. Así mismo tendrá tantas y cuantas obligaciones consideren pertinentes tanto el fideicomitente como el fiduciario al no existir limitación legal alguna, las cuales adquirirá al momento de la constitución y/o modificación del fideicomiso, siempre que no caiga en un acto leonino.

1.3 FIDUCIARIO

1.3.1 Definición

Después de haber estudiado al primer sujeto de los elementos personales del fideicomiso, debemos continuar con lo que se refiere al segundo elemento personal siendo este como ya se ha manifestado el fiduciario, el cual debe de ser una institución de crédito conforme a la ley, lo cual se verá en breve.

Empezaremos por enunciar su definición y para lo cual nos apoyaremos en los conceptos de varios autores como lo son: Cervantes Ahumada, que lo define como "La persona a quien se encomienda la realización del fin establecido en el acto constitutivo del fideicomiso y se atribuye la titularidad de los bienes fideicomitidos" (12).

Dice Rafael De Pina Vara " Es la persona encargada por el fideicomitente de realizar el fin del fideicomiso" (13), como podemos ver en ambas definiciones encontramos que se sigue manejando el patrimonio afectado del fideicomitente como lo es, sin embargo, también existen autores como Joaquin Escriche que da una definición mas apegada a los orígenes del fideicomiso en su primer etapa de la era romana al precisar que "Es la persona en cuya probidad y buena fé se confía que hará lo que se le manda o encarga" (14), lo cual dista ya mucho de la realidad de nuestros días.

Las instituciones de crédito se autodefinen como "Institución bancaria que recibe los bienes para la consecución de un fin lícito, determinado" (15), como palmariamente salta a la vista la institución de crédito ya se designa sola como fiduciario y que es definitivamente un banco, motivo por el cual nuevamente resaltamos la necesidad de un cambio dentro de esta figura del derecho.

A su vez Acosta Romero dice "Es la institución de crédito que tiene concesión de la Secretaría de Hacienda y Crédito Público, para actuar como tal" (16), tanto ésta como la definición anterior se apegan un tanto más a la realidad sin

(12) CERVANTES AHUMADA, Raúl. Titulos y Operaciones de Crédito. 11a ed. Ed. Herrero, S.A. México, 1979. p. 292.

(13) Diccionario de Derecho. DE PINA VARA, Rafael. Sa ed. Ed. Porrúa, S.A. México, 1976. p. 220.

que se puedan considerar del todo correctas, en razón de faltar algunas características del mismo.

La definición que nosotros proponemos es la siguiente y la cual contempla sino todos si la mayoría de las características del mismo fiduciario "Es la institución de crédito (banco) que recibe la titularidad del patrimonio afectado por el fideicomitente, cuidando de él para realizar un determinado fin y entregando los beneficios del mismo al fideicomisario".

1.3.2 Requisitos para su ejercicio

Ya sabemos quien es el fiduciario, pero cuales son los requisitos para su funcionamiento, puesto que según la propia ley no todas las personas pueden ser fiduciarios como en los orígenes de esta figura, es por ello que en este apartado nos proponemos exponer una idea general de quien o quienes pueden serlo.

La Ley General de Títulos y Operaciones de Crédito, desde el primer instante se encuentra delimitando esta función a un determinado grupo o círculo de personas jurídicas colectivas al

(14) Diccionario Razonado de Legislación y Jurisprudencia. T. II. ESCRICHE, Joaquín. Ed. Porrúa, S.A. México, 1979. p. 703.

(15) Banco Nacional de México, S.A. Manual operativo del Departamento Fiduciario. Ed. Banco Nacional de México México, 1993. p. 15.

decir en el texto del artículo 350 primer párrafo "Solo pueden ser fiduciarias las instituciones expresamente autorizadas para ello conforme a la Ley General de Instituciones de Crédito" (17) encontrándonos una interrogante, ¿porqué una ley que rige a las instituciones bancarias va a ser la que lo determine? en tal caso, no se encuentra dando las facultades que tiene un banco para el servicio que preste a los clientes del mismo.

El precepto citado nos remite a una nueva legislación, la cual, en su artículo 1 nos dice a quien se le aplicará la misma al decir que esta ley se aplicará a las empresas que tengan por objeto el ejercicio habitual de la banca y del crédito, con lo cual, confirmamos que exclusivamente los bancos pueden ser fiduciarios, ello con la correspondiente concesión de la Secretaría de Hacienda Y Crédito Público a que se refiere el artículo 2 de la misma ley claro esta si cubren los requisitos para organizarse y funcionar como bancos de acuerdo al numeral 8, por lo cual se concluye que las fiduciarias en México deben contar con esa concesión expresa en una rama determinada de operaciones de banca y crédito y además la que corresponde a las actividades fiduciarias, tan es así que el capítulo V de la ley en comento nos da toda la regulación necesaria para las instituciones fiduciarias.

-
- (16) ACOSTA ROMERO, Miguel. Derecho Bancario. 15a ed. Ed. Porrúa, S.A. México, 1978. p. 337.
- (17) Código de Comercio y Leyes Complementarias. Ley General de Títulos y Operaciones de Crédito. 57 ed. Ed. Porrúa S.A. México, 1992. Artículo 350. p. 331

1.3.3 Designación

Corresponde al fideicomitente la designación de la institución fiduciaria lo cual efectúa al momento de constituirse el fideicomiso, sin embargo, la Ley General de Títulos y Operaciones de Crédito contempla la posibilidad de que no se designe (artículo 350 segundo párrafo), siendo en éste caso un derecho como se verá posteriormente del fideicomisario el nombrarlo y a falta de este el que designe el juez de primera instancia del lugar de los bienes (por razón de competencia), en la práctica este supuesto es muy remoto que se de, toda vez que, ¿cómo se podría constituir un fideicomiso si no existe la persona encargada de ejecutarlo?

Por el contrario, el tercer párrafo del numeral citado establece también que en la práctica es más factible que en un momento dado se de el nombramiento de varias instituciones fiduciarias lo cual ya fue estudiado anteriormente y en la cual el maestro Batiza critica al decir:

"Esta posibilidad, más apropiada en relación con fiduciarios personas físicas, resulta inútil tratándose de fiduciarios institucionales, vista la supervisión oficial a que están sometidos y a su duración indefinida; hasta donde llega nuestro conocimiento, no se ha utilizado en la práctica"(18)

Por otro lado la institución fiduciaria no puede excusarse de serlo o renunciar sino por causas graves a juicio del juez

que conozca de ello, para lo cual el artículo 137 de la Ley General de Instituciones de Crédito y Organizaciones Auxiliares contempla solo tres causas graves:

a) Que el fideicomisario no pueda recibir o se niegue a recibir las prestaciones o bienes de acuerdo con el acta constitutiva del fideicomiso,

b) Que el fideicomitente, sus causahabientes o el fideicomisario en su caso, se nieguen a pagar las compensaciones estipuladas a su favor, y;

c) Que los bienes o derechos dados en fideicomiso no rindan productos suficientes para cubrir esas compensaciones

Por último, podrá ser removida la institución conforme a los derechos del fideicomitente y fideicomisario en su caso como ya se ha citado, por lo cual se debe de efectuar una nueva designación en los términos que anteceden y en caso de no poderse cesará el fideicomiso (artículos 350 Ley General de Títulos y Operaciones de Crédito y 138 Ley General de Instituciones de Crédito y Organizaciones Auxiliares).

(18) BATIZA, Rodolfo. El Fideicomiso, Teoría y Práctica.
5a ed. Ed. Jus. México, 1991. p. 280.

1.3.4 Derechos

Por lo que se refiere a los derechos del fiduciario tiene los siguientes y los cuales se encuentran tanto en la ley como implícitos en la propia constitución del fideicomiso al seguir las instrucciones del mismo teniendo entonces todos los derechos y acciones necesarias para el cumplimiento del fideicomiso.

1. Ejercer actos de dominio para poder ejecutar las órdenes que se den por el fideicomitente o fideicomisario y obtener así el objeto del fideicomiso, consecuentemente debe de utilizar el patrimonio afectado y si no pudiere ejercer actos de dominio no podría utilizarlo, teniendo implícitas las facultades de transigir, comprometer en árbitros y desistirse, es decir, tiene el poder de pleitos y cobranzas incluido.

2. Facultad de gravar los bienes la cual debe de ser también un derecho expreso al momento de la constitución del fideicomiso, en razón de que nuestra legislación guarda un silencio total al respecto y el cual también es un recurso para llegar al fin deseado.

3. El pago de sus honorarios del cual ya se había efectuado un esbozo anterior y en relación a la obligación del fideicomitente debiéndose recordar que si no se efectúa es

motivo de renuncia del cargo conferido, independientemente estos pueden ser fijados por el Banco de México, facultad consignada en el artículo 45 bis de la Ley General de Instituciones de Crédito y Organizaciones Auxiliares.

Ahora bien los cobros se manejan generalmente de la siguiente forma en la práctica real, un primer pago por el estudio y aceptación del fideicomiso y un segundo pago al formalizar el negocio para su manejo anual; adicionalmente se cobra una cuota fija según el tipo de fideicomiso será mensual, trimestral, semestral o anual.

4. A pesar de que en nuestra legislación para el caso en particular contiene una laguna al no referirse expresamente a las reparaciones y mejoras de los bienes dados en fideicomiso, por analogía podemos aplicar los principios del derecho común contemplado en los artículos 817 al 819 del Código Civil al hacer la distinción entre los gastos necesarios y sin los cuales se pierde o deteriora la cosa, los útiles con los cuales aumenta el valor de la cosa y los voluntarios que son para la comodidad del poseedor, lo cual va íntimamente relacionado con las erogaciones.

5. Otra laguna en cuanto a los derechos del fiduciario lo es el de dar publicidad de sus servicios, lo cual es subido por una circular de la Comisión Nacional Bancaria, confirmada

por el Diario Oficial del 3 de enero de 1973, donde dicha comisión debe de autorizar la publicidad que se dé y en la misma anotar el número de autorización, sin estos requisitos no pueden dar a conocer al público usuario sus servicios de fiduciarias.

1.3.5 Obligaciones

Como obligaciones de las fiduciarias encontramos las que se detallan más adelante y las cuales se encuentran en una forma mas clara y precisa en la ley.

a) Aceptación del fideicomiso conforme al artículo 356 de la Ley General de Títulos y Operaciones de Crédito, por lo cual ésta. estipulación aparta al fideicomiso de una creación a través de la declaración unilateral de la voluntad, lo cual se complementa con la referencia que hace Cervantes Ahumada al respecto "Creemos que la aceptación es voluntaria y que ningún banco puede ser obligado a aceptar un fideicomiso contra su voluntad"(19)

b) Otra obligación del fiduciario es el de cumplir fielmente sus instrucciones, siendo ésta una obligación primordial y las cuales se dan tanto en la constitución del

(19) CERVANTES AHUMADA, Raúl. Títulos y Operaciones de Crédito, 11a ed. Ed. Herrero, S.A. México, 1979. p. 293.

fideicomiso como en sus reformas (artículo 356 Ley General de Títulos y Operaciones de Crédito) esto unido al contenido de la la Ley Bancaria en el numeral 45 fracción VI al decir que la institución fiduciaria deberá ajustarse estrictamente a las instrucciones del fideicomitente, por lo que no deja lugar a duda alguna al respecto, igualmente si existiera comité técnico en el fideicomiso debe ajustarse fielmente a lo que éste dicte y si así lo hiciera queda libre de toda responsabilidad.

c) Cuando el fideicomiso verse sobre inmuebles o en los que participen extranjeros en alguna forma debe de inscribirse éste en el Registro Público de la Propiedad y del Comercio, por lo que dichas inscripciones y/o avisos corren a cargo del notario con el cual se constituye el fideicomiso y en su caso la institución fiduciaria debe velar por su cumplimiento.

d) Toda Institución fiduciaria debe de llevar una contabilidad especial respecto a cada fideicomiso que tenga, la cual debe de coincidir en los saldos con la contabilidad general de cuentas controladas (artículo 45 fracción III Ley Bancaria)

e) El fiduciario debe de velar por el patrimonio afectado en caso contrario será responsable de los daños y perjuicios que se sufra por tal negligencia, debiendo actuar como buen padre de familia, según dice el artículo 356 de la Ley General

de Títulos y Operaciones de Crédito, a lo cual surge una crítica del Lic. Dávalos Mejía al decir: "Lo que un buen padre es, o no es, nada tiene que ver en un contrato comercial: los padres de familia sean buenos o no, no actúan en función de un contrato, sino en función de relaciones sanguíneas y espirituales que no tienen relación alguna con lo que estamos hablando" (20).

f) El pago de intereses e impuestos es otra obligación impuesta a las instituciones fiduciarias, sin embargo en lo referente al pago de los impuestos en la práctica, las instituciones de crédito en su carácter de fiduciarias, rara vez se encargan de ello sino por el contrario lo dejan como una obligación del fideicomitente o fiduciario.

Así mismo y por lo que respecta al pago de intereses son los que deben de efectuar al beneficiario del fideicomiso, en razón de que deben de invertir el patrimonio afectado al fin encomendado.

g) No pueden las instituciones delegar funciones, lo cual no es contrario al uso de delegados y auxiliares del fideicomiso para cumplir así con su encargo lo cual se encuentra establecido en los artículos 45 fracción IV de la

(20) DAVALOS MEJIA, Carlos. Títulos y Contratos de Crédito, Quiebras. Ed. Harla. México, 1984. p. 442.

Ley General de Instituciones de Crédito y Organizaciones Auxiliares en donde se autoriza la existencia de éstos para que lleven a cabo funciones secundarias.

h) El secreto fiduciario, es el silencio que por ética debe de guardarse y que les confía el fideicomitente, el cual conocen por el ejercicio de su actividad, debiéndose guardar además por reglas de orden público en beneficio de la sociedad, esta obligación se consagra en la fracción X del artículo 45 de la Ley General Instituciones de Crédito y Organizaciones Auxiliares, motivo por el cual las instituciones fiduciarias exclusivamente pueden dar informes sobre el particular cuando les sean solicitadas por la Comisión Nacional Bancaria y de Seguros, corroborando una vez mas que quien los regula especialmente son las autoridades bancarias más que las mercantiles.

i) Al entenderse como institución fiduciaria a una de crédito y al tener éstas últimas la obligación de publicar mensual y anualmente los estados de cuenta y balances ante la Comisión Nacional Bancaria y de Seguros, es por consiguiente que también deben de rendir en los mismos todo lo referente a los fideicomisos.

1.3.6 Prohibiciones

El artículo 46 de la Ley General de Instituciones de Crédito y Organizaciones Auxiliares en sus diversas fracciones contempla diversas prohibiciones para quien funja como institución fiduciaria, motivo por el cual en todo este apartado al referirnos a la ley se entenderá que es ésta .

a) La fracción I del artículo citado, menciona que está prohibido el realizar por cuenta propia cualquier clase de operaciones en relación al fideicomiso sino están debidamente autorizados para tal efecto.

b) Responder a los fideicomitentes por el incumplimiento de deudores, salvo que se originen por su negligencia como ya se estudió o garantizar rendimientos, (fracción II).

c) En la fracción III se encuentra la prohibición de efectuar operaciones interdepartamentales en la misma institución, en razón de que no existen dos partes contratantes, sin embargo pueden obtener en su caso autorización de la Secretaría de Hacienda y Crédito Público de determinadas operaciones mediante acuerdos generales, vgr. compra-venta de valores para inversiones fiduciarias cuando las mismas sean emitidas por el Estado u otras instituciones de crédito y al valor del mercado.

d) Otorgar préstamos de los fondos y/o valores del fideicomiso en los cuales resulten deudores sus propios funcionarios.

e) El realizar funciones ajenas a su función.

f) El ser fiduciarios y fideicomisarios del fideicomiso, para lo cual Rodolfo Batiza señala:

"Tanto la prohibición legal como administrativa a efecto de que las instituciones especializadas no puedan tener simultáneamente carácter de fiduciarias y fideicomisarias encuentran justificación para evitar posibles presiones y abusos indebidos contra el fideicomitente, aparte del correcto razonamiento de que la personalidad es única e intransferible"
(21)

1.4 EL FIDEICOMISARIO

1.4.1 Definición

Por último, nos resta tan solo conocer cual es el tercer sujeto del fideicomiso y al cual se le denomina fideicomisario, motivo por el cual en este cuarto punto lo estudiaremos.

Fideicomisario, según el maestro Acosta Romero es "La persona que recibe el beneficio (no siempre existe), del

(21) BATIZA, Rodolfo. Op. cit. p. 174

fideicomiso, o la que reciben los remanentes una vez cumplida la finalidad" (22), definición con la cual no estamos de acuerdo cuando dice que no siempre existe éste tercer sujeto, en virtud de que es cierto que es la persona que recibe el beneficio pero está siempre existe de una o de otra manera.

Para el autor Pina Vara, el fideicomisario es "La persona que recibe el beneficio que del fideicomiso deriva" (23), coincidiendo casi en los mismos términos con el Lic. Davalos Mejía, en su definición.

Las instituciones fiduciarias lo definen como "Persona que recibe los beneficios del acto constitutivo. Puede ser el mismo fideicomitente" (24) y para la Ley General de Títulos y Operaciones de Crédito es "Las personas físicas o jurídicas que tengan la capacidad necesaria para recibir el provecho que el fideicomiso implica" (artículo 348), cabe señalar que es igualmente operante la clasificación que se hizo en el segundo punto respecto a las personas físicas y jurídicas.

1.4.2 Capacidad

La capacidad en los fideicomisarios es igual que en la de

(22) ACOSTA ROMERO, Miguel. Op. Cit. p.337.

(23) DE PINA VARA, Rafael. Elementos de Derecho Mercantil Mexicano. Ed. Porrúa, S.A. México, 1958. p. 257.

(24) Banco Nacional de México, S.A. Manual Operativo del Departamento Fiduciario. Ed. Banco Nacional de México. México, 1993. p. 15.

el fideicomitente en sus aspectos básicos, la de goce y ejercicio, sin embargo difiere de ellos en cuanto a que el fideicomitente debe de poseerla para enajenar bienes y el fideicomisario para adquirirlos, es decir, debe el fideicomisario tener capacidad de goce más no es indispensable que tenga la de ejercicio, esto como resultado de que puede adquirir por conducto de un representante legal, situación que hace manifiesta el artículo 355 segundo párrafo de la Ley General de Títulos y Operaciones de Crédito, ya que permite la constitución de fideicomisos en favor de incapacitados y no nacidos pero ya concebidos a su muerte del fideicomitente.

Una limitación a la capacidad es la que respecta a los extranjeros, los cuales no pueden ser fideicomisarios en fideicomisos de acciones, servicios públicos de transporte, etc. así como el adquirir por testamento en los que en su país no exista reciprocidad - situación aplicada por analogía - y por último lo referente a las franjas fronterizas y playas de nuestro país.

1.4.3 Derechos

En su papel de beneficiario al fideicomisario también le corresponden ciertos derechos y obligaciones, en cuanto a sus derechos los veremos a continuación.

1. El fideicomisario puede exigir el cumplimiento del fideicomiso a la institución fiduciaria pues lo faculta el artículo 355 de la Ley General de Títulos y Operaciones de Crédito, cumplimiento que se realiza al ejecutar las órdenes dadas por este sujeto o bien el fideicomitente.

2. Como contraprestación a la obligación del fiduciario de cuidar y proteger el patrimonio fideicomitado, el fideicomisario tiene el derecho de que ese patrimonio y los beneficios de los cuales es beneficiario sean protegidos.

3. Atacar la validez de los actos que ejecute el fiduciario sin observar las instrucciones dadas y en perjuicio de éste por su negligencia, mala fé, etc. (artículo 355 de la Ley General de Títulos y Operaciones de Crédito) y en su caso reivindicar los bienes.

4. Como ya se comentó en los derechos del fideicomitente y obligaciones del fiduciario, aquí el fideicomisario lo tiene como derecho y es el de pedir a la fiduciaria la rendición de cuentas con sus correspondientes consecuencias.

5. Así como todos los derechos que emanen de la constitución del fideicomiso, entre los que destacan dar su consentimiento para la formación de un comité técnico, distribución de fondos, reglas de funcionamiento, etc.

1.4.4 Obligaciones

En lo referente a este apartado en términos generales podemos decir que tendrá todas las obligaciones lógicas (principalmente los derechos del fiduciario y fideicomitente) y que deriven de la constitución del fideicomiso, siendo entre otros el pagar los honorarios del fiduciario, los gastos que hubiere erogado, los derechos e impuestos etc. y los cuales ya se han estudiado anteriormente, motivo por el cual no requiere mayor explicación al respecto.

CAPITULO SEGUNDO

ANTECEDENTES JURIDICOS DEL FIDEICOMISO

2.1 Derecho Romano

El fideicomiso es una figura tan antigua como cualquier otra, ya que se remonta a la era romana y en donde coincidimos con la mayoría de los autores y no como lo ha manifestado y reconocido la legislación mexicana al decir que, es una institución inspirada en el use y el trust anglosajón (como se estudiará posteriormente), tan es así que encontramos en Roma por vez primera el uso de la palabra "fidei committit" que es el "ruego a una persona, confía en su buena fé, para que entregue un objeto, para que cumpla con su voluntad respecto a un tercero beneficiado" (25), sin embargo cabe una pregunta: ¿Como nace el fideicomiso en el derecho romano?, encontramos diversas causas motivadoras de su creación siendo entre otras la dificultad para transmitir bienes, el rígido formalismo y la solemnidad de las instituciones romanísticas; la conciencia jurídica y la falta de aceptación de la responsabilidad civil, por lo cual se las ingenieron para evadir estas causas, principalmente el formalismo y la solemnidad, así como el excesivo rigor del derecho sucesorio, dando como consecuencia el nacimiento del fideicomiso.

 (25) BRAVO VALDEZ, Beatriz y BRAVO GONZALEZ, Agustín.
Segundo Curso de Derecho Romano, Ed. Pax México
 Librería Carlos Cesarman, S.A. México, 1985, p. 242.

Así entonces, en el derecho romano, se utilizaba el fideicomiso normalmente con el único fin de permitir que el testador pudiera favorecer a las personas que carecían de la testamenti factio pasiva (idoneidad para ser nombrado legalmente heredero y la cual va ligada a la capacidad civil, exigiendo únicamente que el heredero exista o por lo menos esté concebido ya a la muerte del testador), como los libertos, los pobres, los célibes, las mujeres, los esclavos, los hijos póstumos, los casados sin hijos y a través del cual la libre voluntad instituida por el de cuius, hacía que éstas personas pudieran libre y legalmente disfrutar de las cosas post mortem del dueño de las mismas.

Este tipo de fideicomiso no tenía formalismos y menos aún solemnidades ya que en un principio se trataba exclusivamente de un contrato verbal entre las partes y el cual era de buena fé, es decir, no estuvo sancionado por el derecho en virtud de que solo era un ruego que hacía el testador a un hombre de confianza para que éste a su vez lo entregara a un tercero, pudiendo observar que desde ese tiempo ya existía la afectación del patrimonio, sin embargo, quedaría en su conciencia el cumplimiento del mismo, sin embargo según el maestro Margadant, "al terminar las guerras púnicas, los fiduciarios se hacían cada vez mas deshonestos y no entregaban los bienes encomendados, justificándose diciendo que el dinero valía más que la buena reputación"(26).

Lo anteriormente citado, despertó el interés del emperador a fin de solucionar tan desagradable situación, siendo bajo el Imperio de Augusto que se permitió que los cónsules vigilaran e hicieran cumplir los fideicomisos al coaccionar a los fiduciarios, con Claudio se ve reforzada tal política al instituir dos pretores "fideicomisarii", siendo por ende que se vuelcan en obligatorios los mismos y sujetos a una reglamentación de derecho; no obstante que se logró regular al fideicomiso, finalmente se terminó por prohibirse cuando su fin era el de burlar las leyes, vgr. Vespasiano anula los fideicomisos a favor de las personas privadas del ius capiendi, Adriano prohíbe los hechos a favor de las personas inciertas y los peregrinos, etc.

En este fideicomiso universal, que tenía por objeto una parte o la totalidad de los bienes del de cujus, se llevaba a cabo mediante una venta ficticia, en la que el fiduciario se convertía en un principio en propietario de la herencia hasta el momento de restituirlo al fideicomisario mediante una venta y este a su vez le indemnizaba las deudas cobradas.

Una gran ventaja que tuvo el fideicomiso fue la de poder llevar a cabo la substitución fideicomisaria lo cual lo transformaba a fideicomiso condicional universal, en la que permitía la

(26) FLORIS MARGADANT, Guillermo S. Derecho Romano. 10a ed. Ed. Esfinge. México, 1981. p. 502.

designación del que sería beneficiario del propio fideicomisario, porque el heredero fiduciario permanece heredero por su propia cuenta (en virtud de que generalmente el o uno de los herederos lo es el fiduciario), hasta el momento de restituirlo al fideicomisario, motivo por el cual se infringía además el derecho de perpetuidad consagrado para las herencias y legados.

Otra de las formas y que a nuestro punto de vista es importante citar, es la de la substitución familiar (antecedente del mayorazgo que será nuestro siguiente punto del estudio) y la cual consiste en que el fideicomisario que debía de ser substituido a una determinada persona de un mismo núcleo familiar, obteniendo un fideicomiso familiar, el cual es permitido en la época clásica y con Justiniano se permite hasta por cuatro generaciones.

Se ha de hacer notar que esta forma adoptada por los romanos para el fideicomiso, se consagró así en idéntica forma en el derecho real de España y disposiciones del derecho novísimo y el patrio, independientemente de que también habla sobre el fideicomiso familiar.

Independientemente de lo anterior, existe otra figura similar que es la de "fiducia cum creditore", fiducia que es el antecedente del fideicomiso de garantía que ahora conocemos, en

el cual para garantizar un crédito, el deudor entregaba al acreedor un bien, existiendo en el pacto fiduciae la promesa de la retroventa del mismo bien, la cual es diferente al pacto que ahora se conoce con tal nombre, una vez que se cumplía la obligación contraída, pacto en el cual se daba también la transmisión de la propiedad temporalmente.

2.2 El Mayorazgo

El mayorazgo según Molina es "un derecho de suceder en los bienes dejados con la obligación de que se han de quedar en la familia enteros perpetuamente y pertenecer al próximo primogénito por orden sucesivo" (27), sin embargo esta institución fue tan célebre como ruinoso en los países dominados por España y como semejan mucho a los fideicomisos familiares romanos, a falta de las leyes patrias se consultaban en muchas ocasiones a las romanas que hablan de ésto.

El origen del mayorazgo se pretende hallar en el derecho de primogenitura sin embargo en algunos de ellos no sucedía el primogénito o bien no eran perpetuos, motivo por el cual se dividían en dos tipos de mayorazgos: los regulares en los que se sucede según el orden prescrito en la ley segunda del título 15 de la Partida segunda, por lo cual existen dos reglas a

(27) SALA, Juan. Ilustración del Derecho Real de España. T.II. Imprenta de Galvan. México, 1832. p. 4.

seguir la indivisibilidad y la perpetuidad y; los irregulares que son los que se desvian de lo anterior existiendo 9 tipos diferentes del mismo.

Una vez que moria el poseedor del mayorazgo, por ministerio de ley pasaban todos los bienes a su sucesor (recuerdese de que existen mayorazgos irregulares), aun cuando la totalidad o parte del mismo estuviera en manos de un tercero, extendiéndose esto a los bienes o derechos, por lo cual nuevamente vemos como aquí al igual que en el fideicomiso romano existe un patrimonio afectado temporalmente para un fin lícito y determinado.

En los mayorazgos el fundador del mismo es quien impone todas y cada una de las reglas a seguir, con las condiciones que quiera, obligando además a su cumplimiento so pena de perder el mayorazgo, siendo ésto en la actualidad un derecho del fideicomitente o bien en su caso del fideicomisario lo cual según algunos autores lo liga mas como antecedente del fideicomiso, cuando otros lo niegan por incompatible con el mismo, postura a la cual nos adherimos fundándonos para ello en el simple hecho de que dentro del derecho real de España, en la Novísima Recopilación y el derecho patrio existe al mismo tiempo que el mayorazgo, la figura del fideicomiso la cual se consagra en el Título VI del Libro II.

El mayorazgo fué admitido en las Leyes del Toro y la Novísima Recopilación, sin embargo, la ley del 27 de septiembre de 1820, suprime por su primer artículo todos los mayorazgos, fideicomisos, capellanías, patronatos y toda clase de vinculaciones sobre bienes y derechos, además en el artículo 14 de esa misma ley se prohíbe que en lo sucesivo se pudieren fundar, más como esta ley no fue publicada en México, sino que lo fue solamente en España por decreto del 07 de agosto de 1823, se declara que desde la fecha de publicación de la ley estos bienes y derechos son también libres tanto de los mayorazgos y otras figuras incluyendo en ese decreto a los fideicomisos, pudiendo disponer de ellos los poseedores mas con una limitación, que es tan solo de la mitad, la otra mitad debía de seguir siendo heredada sucesivamente.

2.3 Derecho Germánico

En el derecho germánico también existen según algunos autores, antecedentes del fideicomiso ya que existían tres instituciones a las cuales relacionan con éste y que son: La prenda inmobiliaria, la cual era una forma de garantizar las deudas y si el deudor cumplía su obligación puntualmente se debía de restituir el inmueble dado en garantía, figura formal y solemne al tenerse que efectuar por escrito.

La segunda institución es el manusfidelis, que era al

igual que en el derecho romano una forma de evitar las limitaciones existentes al derecho sucesorio, esto en razón de que se podía llevar a cabo una donación inter vivos en donde la cosa transmitida se le entregaba a un manusfidelis (fiduciario) quien generalmente era una persona del clero por ser éste una mejor garantía para evitar abusos, quien a su vez debía de transmitirla al beneficiario (fideicomisario) y a su vez el donante (fideicomitente) se podía reservar un derecho sobre la misma para su uso y goce.

Como tercera y última figura encontramos al Salman o Treuhand, "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"(28)

En esta figura se dan dos etapas la antigua en la que las facultades las recibe del enajenante y en el derecho moderno las recibe del adquirente de quien es fiduciario.

2.4 El Use y el Trust

El use primeramente derivado del latín ad opus que

(28) Banco Mexicano Somex, S.A. Las Instituciones Fiduciarias y el Fideicomiso en México, Ed. Fomento Cultural de la Organización Somex, A.C. México, 1982. p. 8.

significa en representación y posteriormente el trust nacen del derecho de equidad de Inglaterra por lo cual es a través del tiempo que se definen totalmente, sin embargo autores afirman que el use nace como una necesidad de su tiempo (recuerdese la forma de nacimiento en Roma, pero éste mas amplio que aquel), para que el pueblo se pudiera liberar de las cargas feudales burlando el régimen reinante de esa época, evitando así el donar parte de las tierras, participar de los frutos etc., por lo que en un principio solo se utilizó para que el propietario de tierras las transfiriera como contraprestación al enfeofes para el uso de un tercero feoffor, por lo cual quien recibía las tierras era llamado feoffe to uses y al tercero beneficiado cestui que use, por lo cual unicamente se daba la transmisión de las tierras a un prestanombres.

En el siglo XII la ley prohibía las testamentarias que recayeran sobre tierras, por lo cual el pueblo nuevamente se las ingenió utilizando esta figura en la cual el vendedor entregaba las tierras mediante una vara que formalizaba el acto - ya que en un principio era verbal - a otra persona para su uso y que confería una posesión, para el comprador: práctica que fue teniendo cada vez más importancia llegando a utilizarse que cada determinado tiempo fuera entregado a otro sujeto más. En el siglo XV con la presencia del estatuto de manos muertas que prohibía a la iglesia tener tierras, las órdenes religiosas principalmente los franciscanos utilizaban el use con la cual a

pesar de que estaba prohibido las obtenían y si no totalmente por lo menos si la posesión y los beneficios de la misma.

A principios del siguiente siglo los uses y trust se dieron a la tarea de que con su existencia se presentaran los más diversos fraudes, como hasta nuestros días basta con recordar el famoso fraude realizado a través del fideicomiso denominado Bahía de Banderas, fraudes que en aquella época se prestaban a que los deudores ya no pagaran sus deudas, al respecto señala Bogert que existe un proverbio que dice que los padres del trust fueron el fraude y el temor y su nodriza fue el sistema de los tribunales de conciencia, tan es así que con Enrique VIII se promulga el estatuto de uses el cual contiene una variada enumeración de todo lo que se podía hacer con ellos, por lo cual también los abolió.

Es en esa misma época cuando surge la transformación de los uses a los trust ya que los tribunales determinan que no había sido afectada por el estatuto citado al use sobre el use y que ésta era una mejor denominación, motivo por el cual se utilizó como sinónimo del use por los tribunales, dando como resultado el naciente sistema del trust adecuado a una realidad social y jurídica, tan es así que se expide la ley de fiduciarios (the trustee at the public trustee).

También existen antecedentes de trust sobre muebles, al no

ser exclusivo de inmuebles como hemos venido estudiando, por lo que en este tipo de trust, lo principal era la posesión, siendo en un principio sobre muebles para que posteriormente se utilizara también en lo referente al dinero, acciones o valores cosa común en nuestros días.

Para una mejor comprensión de la evolución del use y trust, Scot lo divide en cuatro periodos a saber:

a) El primer periodo corresponde a su nacimiento de los usos hasta el siglo XV, no siendo determinable hasta el momento la época exacta, pero se cree que fue aproximadamente por el siglo XIII con la transmisión de tierras las cuales ya se ha descrito la forma en que se hacía, en donde la única obligación era supeditada a la buena fé del feoffe y el estui que use se encontraba totalmente desamparado, periodo en el cual termina cuando se presenta ya una sanción por los diferentes medios como lo son el fraude a acreedores, despojos, etc., sobresaliendo por su importancia el estatuto de manos muertas.

b) El segundo periodo comprende hasta la promulgación por el parlamento de la Ley o estatuto de usos, periodo en el cual ya se obligaba al cumplimiento de la obligación por parte del feoffes, no obstante que se sigue eludiendo la aplicación de las normas del derecho común.

c) El tercer período comprende de 1535 a finales del siglo XVII, aquí encontramos la existencia del mayor número de usos en fraude de acreedores y despojo de otros, por lo cual se daba el beneficio para unos y perjuicio para otros en una forma muy desproporcionada, por lo cual el estatuto de usos otorga ya el derecho de propiedad adjudicándolo directamente a el estui que use, quedando exclusivamente éstos ejecutados desde un principio.

d) El último período corresponde a fines del siglo XVII a la época contemporánea.

El trust en Estados Unidos de Norteamérica, se aprecia más claramente con la utilización del denominado trustee corporativo (negado hasta mediados del siglo XVIII en Inglaterra), según algunos autores la primera cooperación relativa a los trust lo fué The farmers' fire Insurance & Loan Company de Nueva York y posteriormente se crearon otras como la Standard Oil, motivo por el cual se fué transformando más y más cada día para mutar en un aspecto económico preponderantemente, extendiéndose día a día a una mayor aplicación bancaria (como nosotros lo proponemos en el último capítulo y que existe éste como un servicio bancario).

Es por lo expuesto y gracias a la gran importancia que se le ha dado a el punto de vista económico por lo cual diferimos

de algunos maestros de la materia que dicen que estas figuras son el principal antecedente de nuestro fideicomiso, postura que también toma nuestro legislador.

2.5 En México

Hasta antes de 1820 en México ya existía el fideicomiso, el cual era definido como todo aquello que con palabras oblicuas dispuso el difunto que se diese a alguno o en otros términos, es una orden intimada al heredero por palabras de ruego para que dé alguna cosa a otro, según la Ley 8 Título 11 Partida 6, fideicomiso que es muy semejante a los mayorazgos ya estudiados y comprendidos en las disposiciones novísimas sobre vinculaciones.

Debemos de recordar que por el decreto del 27 de septiembre de 1820 por su primer artículo suprime los fideicomisos y su artículo 14 prohíbe su creación futura y lo cual es confirmado por el decreto del 07 de agosto de 1823 y que ya ha sido estudiado anteriormente para lo cual nos remitimos al punto 2.2 de este capítulo, motivo por el cual desde esa fecha hasta 1926 no existió el fideicomiso en México, sino que tan solo existieron a partir de 1905 proyectos sobre el mismo.

2.5.1 Proyecto Limantour

El proyecto Limantour, es el primer antecedente en México desde que fue suprimida en nuestro país esta figura, cuando en esa época el Secretario de Hacienda José Y. Limantour, con fecha noviembre 21 de 1905, envía al Congreso de la Unión una iniciativa facultando al Ejecutivo para expedir una Ley por medio de la cual daba la autorización correspondiente para la creación de agentes fideicomisarios, las cuales estarían a cargo de instituciones comerciales. Proyecto que según algunos autores fué su creador intelectual el licenciado Jorge Vera Estañol.

Proyecto en el cual explicaba que por el gran desenvolvimiento que tenían ya los negocios comerciales, hacía falta un intermediario como sucedía en otros países logrando así un cumplimiento forzoso de las mismas ya que su aplicación sería de lo mas amplio pero sin contravenir las demás leyes existentes, lo anterior según el licenciado Rodolfo Batiza al señalar dentro de la misma exposición de motivos como el mismo la llama:

"Que las relaciones cada vez más estrechas entre nuestra vida comercial y la de los Estados Unidos de América, la afluencia de capitales de ese país hacia el nuestro para desarrollar toda clase de empresas, así como el adelanto y perfeccionamiento del sistema de transacciones en nuestra actividad general, han hecho sentir al Poder Público la necesidad de incorporar en nuestra legislación la

institución que tan favorables resultados y tan incontables servicios presta en los Estados Unidos y otros países". (29)

Este proyecto consta de ocho artículos en los cuales se contiene la definición del mismo en la cual se utiliza la palabra fideicomisario por fiduciario, que es el encargo hecho por virtud de un contrato, para beneficio de una parte o un tercero: así mismo éste sería un derecho real; se daban los términos en que se debía de garantizar el cumplimiento de las funciones encomendadas y que serían primeramente autorizados y vigilados por la Secretaría de Hacienda (como en nuestros días) entre otros.

A pesar de todo y que si bien no se encontraba totalmente adecuado a las necesidades del país al querer copiar un sistema que en principio difiere desde su origen con el nuestro, este proyecto no fue aprobado al no discutirse en ningún momento.

2.5.2 Proyecto Creel

Como un segundo intento de legislar sobre esta figura encontramos al proyecto Creel, que fué planteado en la Convención Bancaria de febrero de 1924, mismo que fué expuesto por su autor Enrique C. Creel, personaje que se proponía

(29) BATIZA, Rodolfo. El Fideicomiso, Teoría y Práctica. 5a ed.; Ed. Jus. México, 19:1. pp. 103 y 104.

instituir al fideicomiso en nuestra patria, olvidándose también de las raíces de nuestro derecho y tratando de copiar el sistema anglosajón, pero con una diferencia a la del proyecto anterior y es que en éste lo trataba de imponer basándose exclusivamente en la práctica y experiencias propias.

Dentro de este proyecto se efectúan una serie de cambios, entre los cuales encontramos en primer lugar que cambia la denominación de instituciones fideicomisarias a Compañías Bancarias de Fideicomiso y Ahorros, que ya se habían creado basándose en los Trust and saving banks.

Este proyecto consta de diecisiete artículos y que son entre otros: Que necesitan un capital mínimo para operar como tales, da las divisiones del fideicomiso en administración y garantía, ser peritos valuadores, operar con bonos, hacer toda clase de operaciones bancarias, podían operar durante 25 años con franquicias fiscales, etc.

Este segundo intento por reglamentar al fideicomiso también fracasó ya que la Secretaría de Hacienda no lo sanciona como tal.

2.5.3 Proyecto Vera Español

Nuevamente encontramos dentro de los antecedentes del

fideicomiso en México, al licenciado Vera Estañol, haciendo un nuevo esfuerzo para reglamentar a esta figura del derecho en el cual presenta un nuevo proyecto al cual denomina Proyecto de Ley de Compañías Fideicomisarias y de Ahorro, en donde al igual que la vez anterior comete el mismo error en la denominación de la institución que se encarga de ejecutar el fin encomendado.

Proyecto que no tuvo mayor trascendencia en nuestro país en ese momento, si influye posteriormente al igual que sirvió de base para la regulación del fideicomiso en otros países de sudamérica.

Dicho proyecto en su segundo capítulo consignaba las operaciones fideicomisarias, las cuales eran de administración y garantía, dando además los derechos y obligaciones de cada una de las partes; y en su capítulo cuarto detalla todo un sistema fiscal a sus propios intereses.

2.5.4 Ley General de Instituciones de Crédito y Establecimientos Bancarios de 1924.

La ley por medio de la cual se guiaba el sistema bancario de 1897, era ya incompatible con la realidad, al no contener disposición alguna relativa a los bancos de depósito y casas bancarias que por el inflexible sistema de esa ley no tenían cabida en el mismo, por lo cual el 24 de diciembre de 1924. se

promulga la ley respectiva y que viene a suplir la anterior subsanando esas omisiones, regulando su aplicabilidad (en relación al fideicomiso, daba su aplicación al decir que podían administrar capitales y ser también de garantía).

El artículo sexto de la ley considera expresamente a éstos como instituciones de crédito a los cuales les podía hacer entrega de una concesión hasta por treinta años si reunían el capital solicitado para funcionar como tales; el capítulo VII estaba denominado De los Bancos de Fideicomiso y en sus únicos dos artículos regulaba su aplicabilidad ya citada.

2.5.5 Ley de Bancos de Fideicomiso de 1926

Esta ley surge de la necesidad de regular especialmente al fideicomiso, por lo tanto el 30 de junio de 1926 se promulga esta nueva ley la cual tuvo gran influencia de las ideas ya expuestas de Creel y Alfaro, sin embargo en su exposición de motivos manifiesta que esta figura es completamente nueva en nuestro país, encontrándose por lo tanto legislando sobre algo desconocido para nosotros, pero ya experimentado por otros países no dándole importancia a las bases que sustentan el régimen legal de cada uno de estos países.

Ley de tan solo 87 artículos en los que puntualiza entre otras: que su objeto son las operaciones por cuenta de otro en

beneficio de un tercero, (artículo 1)

El segundo numeral contiene un requisito indispensable hasta nuestros días el régimen de una concesión de por medio para poder operar como tales.

Del tercero al quinto se refería a la forma de administración y vigilancia, prohibiendo que los bancos extranjeros efectuaran este tipo de operaciones.

Inexactamente y como ya se estudio es falso, lo que en ese tiempo expresaba el artículo sexto en donde afirmaba que el fideicomiso era un mandato irrevocable y en cuanto al siguiente numeral cita cuales son los fideicomisos prohibidos.

Asi como también ya se señalaba que existía una afectación al patrimonio fideicomitado, formas de constitución, tipos de operaciones a realizar (administración y garantía), causas de extinción del fideicomiso, organización y funcionamiento, la forma de representarse legalmente y que existian personas expresamente determinadas para tal fin, lo que ahora se conoce como delegados fiduciarios, etc.

2.5.6 Ley General de Instituciones de Crédito y Establecimientos Bancarios de 1926

En fecha 31 de agosto de 1926, fue aprobada la nueva ley bancaria que suprime y deja sin efecto a la anteriormente citada, reproduciendo casi en su totalidad a ésta, motivo por el cual no se hará en este apartado gran alusión al respecto y solo se señalarán algunos de los puntos principales.

Reafirma que los bancos extranjeros no pueden operar en esta figura ni sus sucursales, está reservado exclusivamente a los nacionales, los cuales están sujetos a una concesión por parte de la Secretaría de Hacienda si reúnen los requisitos solicitados (capital y número de socios mínimos que aumenta a quince, etc.), al igual que su objeto, constitución, representación entre otros.

2.5.7 Ley General de Instituciones de Crédito de 1932

En el año de 1932, se expide una nueva Ley General de Instituciones de Crédito, simultáneamente a la Ley General de Títulos y Operaciones de Crédito, sin embargo ésta última aún sigue vigente, motivo por el cual en este capítulo solo haremos referencia a la primera de ellas y en cuanto a la citada en segundo término será motivo de estudio del siguiente capítulo.

En relación a la exposición de motivos de este ordenamiento es muy claro en el sentido de que ésta únicamente regulará la actividad del fiduciario, dejando por ende tanto la definición del concepto y sus efectos a otra ley sustantiva, es decir, a la Ley General de Títulos y Operaciones de Crédito, para que así esta gran institución de grandes ventajas económicas se desarrollará cual debe de ser. Lo anterior en razón de que esta institución debe de ser vigilada por el Estado y ejecutada por los bancos, evitando así los fraudes y malos manejos que en sus orígenes tuvieron los uses y trust.

Cabe destacar por su contenido el inciso e) de la fracción segunda del artículo primero en el cual las instituciones fiduciarias deben de ser instituciones de crédito, lo cual es imperativo hasta nuestros días ya que de otra forma no existiría esta figura del derecho, sujetas a un régimen de concesión con ciertos requisitos y siendo vigilados por el Estado.

En sus diferentes disposiciones quedó reglamentado el fideicomiso, en su forma de funcionamiento, efectos fiscales, forma de actividad, representantes del fideicomiso que debían ser nombrados por la Comisión Nacional Bancaria, estableció las bases de la forma de llevar la contabilidad fiduciaria, etc.

El fideicomiso quedó concebido, como una afectación

patrimonial a un fin, determinado encomendado a una institución fiduciaria, el cual fué concebido por esta ley erróneamente como un mandato irrevocable.

Ley que posteriormente en 1941, es suprimida al dictarse una nueva legislación al respecto, la cual mas que modificar la reglamentación existente la recoge y alberga nuevamente con mínimos cambios.

CAPITULO TERCERO
MARCO JURIDICO DEL FIDEICOMISO

MARCO JURIDICO DEL FIDEICOMISO

3.1 CONSTITUCION POLITICA DE LOS ESTADOS UNIDOS MEXICANOS

Si bien, es cierto que dentro de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, no existe disposición legal alguna en relación directa con el fideicomiso, también es cierto que se contempla en nuestra Carta Magna diversas disposiciones que pudieran tener relación en forma indirecta al mismo.

Por su parte el artículo 73 es el encargado de dar las facultades que tiene el Congreso de la Unión, numeral que en su fracción X le otorga la facultad para legislar en toda la República sobre los servicios de banca y crédito; sin la cual no podría existir el fideicomiso (ver capítulo 1 punto 1.3), por lo tanto nuevamente encontramos que el fideicomiso debería de ser reglamentado a la brevedad como un servicio bancario y por ende que dejará de ser un contrato mercantil. Así mismo esta fracción faculta al Congreso a legislar en materia de comercio por lo cual y de ser así en relación al fideicomiso se alejaría de la realidad práctica del mismo.

Por su parte, el artículo 89 del mismo ordenamiento en

comento, proporciona las facultades que tiene el Presidente de la República y en su primera fracción nos habla de que podrá promulgar y ejecutar las leyes que expida el Congreso de la Unión y de quien acabamos de citar que puede legislar sobre los servicios bancarios y comercio, por lo cual y sin que existiera esta facultad tampoco podría existir ley alguna que regulara al fideicomiso.

Es conveniente entonces hacer una breve reseña de la formación e iniciativa de las leyes, las cuales competen tanto al presidente como a ambas cámaras (artículo 71), iniciativas que se sujetarán a las siguientes bases: una vez que es aprobado el proyecto por la cámara de origen, pasará de inmediato a la cámara revisora quien si también lo aprueba se promulgará inmediatamente.

Ahora bien, si el proyecto fuere desechado y/o adicionado y/o reformado en todo o en parte por el Ejecutivo y/o la cámara revisora, pasará nuevamente a la cámara de origen para las correcciones y/o su nueva aprobación sobre lo que no sea aceptado únicamente y seguirá la misma suerte que el anterior.

Por otra parte, si ese proyecto nuevamente fuere rechazado no podrá ya volverse a presentar hasta el siguiente período de sesiones del Congreso de la Unión, al igual que si en la cámara de origen fuere rechazado desde un principio el proyecto.

procedimiento que se encuentra contemplado en el numeral 72 de nuestra Carta Magna.

Por último mencionaremos que como requisito indispensable encontraremos que todo reglamento, decreto, etc. expedido por el Presidente de la República, debe ir firmado por el Secretario del despacho correspondiente, requisito sin el cual no tendrá valor alguno y consecuentemente no debe de ser observado y aplicado. Debiéndose de aclarar que será el mismo Poder Ejecutivo quien nombrará a los Secretarios de despacho (artículos 92 y 89 fracción II respectivamente).

3.2 LEY GENERAL DE TITULOS Y OPERACIONES DE CREDITO

Dentro de la Ley General de Títulos y Operaciones de Crédito, en su exposición de motivos manifiesta que :

"Aun cuando ello ofrece los peligros inherentes a la importación de instituciones jurídicas extrañas, la Ley de Títulos y Operaciones de Crédito reglamenta el fideicomiso, porque ya desde 1926 la Ley General de Instituciones de Crédito los había aceptado y porque su implantación sólida en México, en los límites que nuestra estructura jurídica general permite, significará de fijo un enriquecimiento del caudal de medios y formas de trabajo de nuestra economía 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, circunscribe a ciertas personas la capacidad para actuar como fiduciarias y establece 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. Los fines sociales que el fideicomiso implícito llena en países de organización jurídica diversa de la nuestra, pueden ser cumplidos aquí con notorias ventajas, por el juego normal de otras instituciones jurídicas mejor construidas. En cambio el fideicomiso expreso puede servir a propósitos que no se logran sin él, por el mero juego de otras instituciones jurídicas o que exigieran una compilación extraordinaria en la contratación". (30)

Como podemos ver en la exposición de motivos de 1932, el legislador pretendía ya reglamentar de mejor forma al fideicomiso, al resolver las lagunas de la ley de 1926 y aceptando exclusivamente al fideicomiso expreso. sin embargo es en ésta donde se le da a un ámbito personal determinado la aplicación de esta figura, misma que es a los bancos o instituciones de crédito, como lo manifiesta en la propia exposición de motivos, independientemente de que lo considera una operación de crédito indebidamente al decir que una vez:

"Reorganizado el Banco de México y circunscritas sus funciones a las de un instituto central, y en vigor ya la nueva Ley General de Instituciones de Crédito -dictada con los propósitos esenciales de establecer en México las formas de crédito que sean adecuadas a las necesidades y posibilidades presentes y futuras del país, y de ajustar todo el sistema bancario a los nuevos métodos vinculados con el buen funcionamiento del banco central-, resultó imperiosa la necesidad, sentida desde mucho tiempo antes, de crear la estructura jurídica indispensable para la existencia de las operaciones y de los instrumentos exigidos en la nueva organización del crédito". (31)

(30) Ley General de Títulos y Operaciones de Crédito.
Exposición de motivos. 32 ed. Ed. Porrúa. S.A.
México, 1987. p.14.
(31) Ibid. p. 7.

Por lo tanto, podemos decir que ya desde antes se estaba reglamentando a esta figura en nuestro derecho, más sin embargo es en esta ley en donde toma su mayor importancia, esto en razón de que es la misma ley que se sigue utilizando hasta nuestros días y como es de hacerse notar que ya se encontraba equivocado el legislador por lo siguiente:

1. Se encuentra limitando aquí ya la función del fiduciario a una institución de crédito, sin la cual no puede existir la figura en investigación y lo cual ya ha sido multiestudiado.

2. Dentro de la exposición de motivos, aplica la frase expresa de que, es para ajustar el sistema bancario vinculados a los métodos de un banco central.

3. Esta ley se encuentra ya delimitando al fideicomiso a un contrato mercantil, al encuadrarlo en su libro segundo denominado de las operaciones de crédito, cuando en realidad debió de quedar reglamentado como un servicio bancario.

Ahora bien, harémos a continuación un breve análisis de cada uno de los artículos que integran el capítulo V del libro segundo denominado "Del fideicomiso", toda vez que ya han sido estudiados los mismos a lo largo de la presente investigación.

El artículo 346 nos da la definición de lo que es el fideicomiso al decir "En virtud del fideicomiso, el fideicomitente destina ciertos bienes a un fin lícito determinado, encomendando la realización de ese fin a una institución fiduciaria"(32) sin embargo como ya se citó anteriormente esta definición no es del todo exacta; más de ella se desprenden los elementos reales y personales de esta figura del derecho.

El numeral 347 del mismo ordenamiento nos indica que " el fideicomiso será válido aunque se constituya sin señalar fideicomisario siempre que su fin sea lícito y determinado"(33) encontrando aquí uno de los derechos del fideicomitente (ver capítulo respectivo), por lo cual podemos decir que el fideicomisario puede recaer en el mismo fideicomitente y al igual que el artículo anterior encontramos que existe ya una de las limitantes de los elementos básicos al decir un fin lícito y determinado.

Por su parte el artículo 348 se contiene lo siguiente y que se desglosa en idéntica forma de como se encuentra constituido el texto del citado numeral.

En su primer párrafo, nos señala quienes pueden ser

(32) Código de Comercio y Leyes Complementarias. Ley General de Títulos y Operaciones de Crédito, 57 ed. Ed. Porrúa, S.A. México, 1992. Art. 346. p. 330

(33) *ibid.* art. 347. p. 330

fideicomisarios; "Pueden ser fideicomisarios las personas físicas o jurídicas que tengan la capacidad necesaria para recibir el provecho que el fideicomiso implica" (34) y nos señala al mismo tiempo que cualquier persona puede serlo siempre y cuando cubra el requisito básico de todo acto jurídico: la capacidad.

El segundo párrafo del artículo en comento nos indica. "El fideicomitente puede designar varios fideicomisarios para que reciban simultánea o sucesivamente el provecho del fideicomiso, salvo el caso de la fracción II del artículo 359" (35), como podemos ver existe otro de los derechos del fideicomitente y su limitación que se verá mas adelante, sin embargo nos podemos percatar que se da libertad total al fideicomitente para designar a la o las personas que quiera para fungir como tal.

Ahora bien, si relacionamos éste con el último párrafo de este mismo artículo encontramos una de las principales prohibiciones del fideicomiso, que da nacimiento a la nulidad sin que la legislación respectiva nos haga mención específica de que tipo - pero en nuestro concepto es nulidad absoluta - va que no se puede constituir fideicomiso alguno con la estipulación de que el fiduciario será el beneficiario, es decir, la institución de crédito no puede reunir esos dos elementos personales en ella, el ser por un lado el fiduciario

(34) Ibidem. art. 348. p. 330

(35) Loc. cit.

v por el otro al mismo tiempo el fideicomisario.

En su tercer párrafo de este artículo, el cual se entiende claramente en su texto al decir "Cuando sean dos o más los fideicomisarios y deba de consultarse su voluntad en cuanto no esté previsto en la constitución del fideicomiso, las decisiones se tomarán a mayoría de votos computados por representaciones y no por personas. En caso de empate, decidirá el juez de primera instancia del lugar del domicilio del fiduciario"(36)

Por su parte el artículo 349 nos dice "Solo pueden ser fideicomitentes las personas físicas o jurídicas que tengan la capacidad necesaria para hacer la afectación de bienes que el fideicomiso implica, y las autoridades judiciales o administrativas competentes, cuando se trate de bienes cuya guarda, conservación, administración, liquidación, reparto o enajenación corresponda a dichas autoridades o a las personas que éstas designen" (37), como podemos ver nuevamente encontramos el requisito de la capacidad mismo que va fué estudiado anteriormente, sin embargo encontramos aquí otro de los elementos característicos de esta figura mismo que consiste en la afectación patrimonial.

Consideramos por ser el tema principal de este estudio

(36) Loc. cit.

(37) Idem. art. 349 pp. 330 y 331

de suma importancia el primer párrafo del artículo 350 que a la letra dice "Solo pueden ser fiduciarias las instituciones expresamente autorizadas para ello conforme a la Ley General de Instituciones de Crédito"(38) es palmario el hecho que como ya ha sido analizado en este precepto, el legislador ha limitado a tan solo un cierto grupo de la población la función de fiduciario, es decir, a las instituciones de crédito o bancos, sujetándolos además a otra Ley, ya que sin la presencia de éstos no se da aquél. Por lo anterior, podemos darnos cuenta de que si bien el fideicomiso se encuentra contemplado como un contrato mercantil, también es cierto que únicamente puede existir si existe la presencia de un banco y como se estudiará mas adelante lo hace un simple servicio bancario.

El segundo párrafo que dice "En caso de que al constituirse un 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"(39), párrafo que no es congruente con la realidad de que se constituya el fideicomiso sin designar al fiduciario, motivo por el cual sería cuestionable su existencia, principalmente en los fideicomisos traslativos de dominio ya que sin una institución fiduciaria no se da dicha transmisión de dominio.

(38) Ibidem. art. 350. p. 331

(39) Loc. cit.

Por lo que toca al tercer párrafo menciona: "Que el fideicomitente podrá designar varias instituciones fiduciarias para que conjunta o sucesivamente desempeñen el fideicomiso, estableciendo el orden y las condiciones en que havan de substituirse. Salvo lo dispuesto en el acto constitutivo del fideicomiso, cuando la institución fiduciaria no acepte, o por renuncia o remoción cese en el desempeño de su cargo, deberá nombrarse otra para que la substituya. Si no fuere posible esta substitución, cesará el fideicomiso"(40) pudiendo observarse que en la práctica bancaria no es utilizado como ya fue citado con antelación.

En relación con el precepto 351 nuevamente encontramos el patrimonio afectado, concibiendo además los elementos reales del fideicomiso, los bienes y derechos con la salvedad de los estrictamente personales, ya que este establece "Pueden ser objeto del fideicomiso toda clase de bienes y derechos, salvo aquellos que, conforme a la Ley sean personales de su titular.

Los bienes que se den en fideicomiso se considerarán afectos al fin a que se destinan y, en consecuencia sólo podrán ejercitarse respecto a ellos los derechos y acciones que al mencionado fin se refieran, los que para él deriven del fideicomiso mismo o los adquiridos legalmente respecto de tales bienes, con anterioridad a la constitución del fideicomiso, por

(40) Loc. cit.

el fideicomisario o por terceros.

El fideicomiso constituido en fraude a terceros podra en todo tiempo ser atacado de nulidad por los interesados"(41).

Nulidad que como ya se citó con antelación debe de ser del tipo absoluta y no relativa por tratarse de una acción pauliana.

Cabe mencionar que el texto del numeral 352 el cual puede ser ligado al artículo 346 y los cuales nos darán los elementos formales de esta figura del derecho, ya que "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 la propiedad de las cosas que se den en fideicomiso"(42), no olvidando nuevamente y como base principal la afectación del patrimonio.

El artículo 353 menciona; "El fideicomiso cuyo objeto recaiga en bienes inmuebles deberá inscribirse en la sección de la propiedad del Registro Público del lugar en que los bienes esten ubicados. El fideicomiso surtirá efectos contra tercero, en el caso de éste artículo desde la fecha de inscripción en el Registro"(43) artículo que consideramos que

(41) Idem. art. 351 pp. 331 y 332

(42) Idem. art. 352 p. 332

por si solo se explica va que contiene bases esenciales del derecho común, al igual que el 354 que a continuación se detalla sin más explicación "El fideicomiso cuyo objeto recaiga en bienes muebles, surtirá efectos contra terceros desde la fecha en que se cumplan los requisitos siguientes:

I. Si se tratare de un crédito no negociable o de un derecho personal, desde que el fideicomiso fuere notificado al deudor;

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

III. Si se tratare de cosa corpórea o de títulos al portador desde que estén en poder de la institución fiduciaria." (44)

Por su parte el numeral 355 señala "El fideicomisario tendrá además de los derechos que se le concedan por virtud del acto constitutivo del fideicomiso el de exigir su cumplimiento a la institución fiduciaria; el de atacar la validez de los actos que ésta cometa en su perjuicio, de mala fé o en exceso de las facultades que por virtud del acto constitutivo o de la ley le correspondan, y cuando ello sea procedente, el de reivindicar los bienes que a consecuencia de estos actos hayan salido del patrimonio objeto del fideicomiso.

(43) Idem. art. 353 p. 332

(44) Idem. art. 354 p. 332

Cuando no exista fideicomisario determinado o cuando éste sea incapaz, los derechos a que se refiere el párrafo anterior corresponderá al que ejerza la patria potestad, al tutor o al Ministerio Público, según sea el caso" (45) artículo que no requiere de mayores explicaciones ya que su contenido se ha estudiado en el primer capítulo en el punto correspondiente.

Por otro lado el artículo 356 por su parte nos puntualiza que, "La institución fiduciaria tendrá todos los derechos y acciones que se requieran para el cumplimiento del fideicomiso, salvo las normas y limitaciones que se establezcan al efecto, al constituirse el mismo; estará obligada a cumplir dicho fideicomiso conforme al acto constitutivo; no podrá excusarse o renunciar su encargo sino por causas graves a juicio de un juez de primera instancia del lugar de su domicilio y deberá obrar siempre como buen padre de familia, siendo responsable de las pérdidas o menoscabos que los bienes sufran por su culpa" (46) ahora bien, en el texto de este artículo encontramos diversos puntos ya estudiados, por un lado encontramos los derechos y obligaciones del fiduciario para que pueda llevar a cabo su encargo y por el otro un derecho del fideicomitente, mismo que es la reserva de derechos, independientemente de la crítica que ya se efectuó anteriormente en el sentido de que porque el legislador menciona que debe de ser como un buen padre de familia y en obvio de repeticiones nos remitimos al punto en

(45) Ibidem. art. 355 pp. 332 y 333

(46) Ibidem. art. 356 p. 333

que se citó.

El artículo 357 establece las causas de terminación del acto jurídico que aquí se estudia, siendo éstas tan claras que no requieren de explicación alguna y establece "Que el fideicomiso se extingue:

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

II. Por hacerse éste imposible.

III. Por hacerse imposible el cumplimiento de la condición suspensiva de que dependa o no haberse verificado dentro del término señalado al constituirse el fideicomiso o, en su defecto dentro del plazo de 20 años siguientes a su constitución.

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

V. Por convenio expreso entre el fideicomitente y fiduciario.

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

VII En el caso del párrafo final del artículo 350"(47).

El antepenúltimo artículo que regula esta figura es el 358 el cual se cita a continuación "Extinguido el fideicomiso, los bienes a él destinados que queden en poder de la institución fiduciaria serán devueltos por ella al fideicomitente o a sus herederos. Para que esta devolución surta efectos tratándose de inmuebles o de derechos reales impuestos sobre ellos, bastará que la institución fiduciaria así lo asiente en el documento constitutivo del fideicomiso y que esta declaración se inscriba en el Registro de la Propiedad en que aquel hubiere sido inscrito"(48) igual que en los artículos anteriores esto ya fué estudiado en su momento, en razón de que ahora estamos dando el fundamento legal de todo lo ya expuesto, en los derechos y obligaciones de las partes en el fideicomiso.

Por último encontraremos al numeral 359 el cual nos indica "Quedan prohibidos:

I. Los fideicomisos secretos siendo estos los que se oculta la constitución del mismo.

II. Aquellos en los cuales el beneficio se conceda a diversas personas sucesivamente que deban substituirse por muerte de la

(47) Idem. art. 357. p. 333

(48) Idem. art. 358. p. 333

anterior, salvo el caso de que la substitución se realice en favor de personas que estén vivas o concebidas va , a la muerte del fideicomitente: y

III Aquellos cuya duración sea mayor de 30 años cuando se designe como beneficiario a una persona jurídica que no sea de orden público o institución de beneficencia. Sin embargo, pueden constituirse con duración mayor de 30 años cuando el fin del fideicomiso sea el mantenimiento de museos de carácter científico o artístico que no tengan fines de lucro"(49) en ésta última fracción encontramos un punto que no habíamos tocado anteriormente y que se refiere a la duración del fideicomiso, mismo que se encuentra ya limitado a un plazo máximo de 30 años y al mismo tiempo indefinido cuando se trate del último párrafo de esta fracción o institución de beneficencia o pública.

Cabe hacer mención de que a pesar de todo y del tiempo transcurrido esta legislación no ha sido realmente reformada o modificada, menos aún se le ha dado una adecuación a la realidad.

3.3 CODIGO DE COMERCIO

Dentro de este ordenamiento jurídico no encontramos al

(49) Ibidem. art. 359 p. 334

fideicomiso expresamente, sin embargo nos da la pauta para poder determinar y darnos cuenta de manera más clara y precisa si el fideicomiso se encuentra reglamentado como debe de ser o no, ya que en sus diferentes preceptos que mas adelante se verán lo encuadra en un acto de comercio y en ese supuesto estaría bien contemplarlo como un contrato mercantil, ¿pero la realidad cual sería?

Citaremos en primer término el artículo primero de este cuerpo legal que dice "Las disposiciones de este Código, serán aplicables solo a los actos comerciales "(50) por lo cual nos percatamos que circula desde este artículo el ámbito de aplicación y mismo que es única y exclusivamente a los actos de comercio.

Ahora bien, en sus artículos 4 y 1050 nuevamente da ese ámbito de aplicación que no requiere mayor explicación ya que por si solos se explican al manifestar; "Las personas que accidentalmente con o sin establecimiento fijo, hagan alguna operación de comercio, aunque no son en derecho comerciantes, quedan sin embargo sujetas por ella a las leyes mercantiles ..." (51) y " Cuando conforme a las disposiciones mercantiles, para una de las partes que intervienen en un acto, éste tenga la naturaleza comercial y para la otra tenga naturaleza civil

(50) Código de Comercio, 57 ed. Ed. Porrúa, S.A. México, 1992 art. 1 p. 3

(51) Ibid. art. 4. p. 4

la controversia que del mismo se derive se regirá conforme a las leyes mercantiles" (52) es por ello que el fideicomiso en el cual la institución fiduciaria es una institución de crédito y a pesar de que el fideicomitente no sea comerciante queda sujeto a las leyes mercantiles.

Lo anterior de conformidad con el artículo 75 que manifiesta "La ley reputa actos de comercio: ... fracción XIV Las operaciones de bancos ..." (53) con lo cual y al ser contemplado como una operación bancaria difiere entonces de ser un contrato mercantil, para ser por lógica un servicio bancario o como lo manifiesta el Código en comento una operación bancaria.

Igualmente, encontramos en este Código el título decimocuarto que se refiere a las instituciones de crédito y a las cuales remite a una ley especial, por ese hecho y como ya se ha multicitado el fiduciario debe de ser un banco. luego entonces debe ser un servicio bancario, esto según el artículo 640 que a la letra dice "Las instituciones de crédito se regirán por una ley especial, y mientras ésta se expide, ninguna de dichas instituciones podrá establecerse en la República sin previa autorización de la Secretaría de Hacienda y sin el contrato respectivo, aprobado en cada caso. por el Congreso de la Unión" (54) independientemente de ello esta misma

(52) Idem. art. 1050. p. 60

(53) Idem. art. 75. pp. 25 y 26

ley y al remitir a una especial a los bancos, sin los cuales no existe fideicomiso los remite voluntaria o involuntariamente a que sea ésta la que debe de regularlos.

3.4 LEY DE INSTITUCIONES DE CREDITO

En 1990 se promulga una nueva ley denominada Ley de Instituciones de Crédito, en razón de la reprivatización de la banca al desincorporar las 18 Sociedades Nacionales de Crédito y transformarse en Sociedades Anónimas, en donde uno de los puntos básicos para la ley en comento lo fué el ampliar el acceso y mejorar la calidad de los servicios bancarios.

Esta ley se podría decir que es casi idéntica a las anteriores reformando principalmente las demas actividades de los bancos más no presenta cambios en la figura en estudio, por lo cual podemos decir que en su artículo 46 fracción XV cita que está permitido que las instituciones de crédito practiquen las operaciones de fideicomiso.

En esta nueva ley, encontramos nuevamente al fideicomiso, en donde se regula el campo de acción de la fiduciaria que es quien lleva a cabo el fin determinado y es por ello que se regula y se sientan las bases para la forma de manejo del fideicomiso, no sin dejar pasar inadvertido que es esta ley

(54) Ibidem. art. 640. pp. 56 y 57

quien en realidad reglamenta al mismo por las razones expuestas.

Al igual que la ley anterior se mantienen en el contenido de esta nueva ley las disposiciones referentes a la administración, constitución del comité técnico, contabilidad, prohibiciones, actividades, honorarios, etc.

3.5 JURISPRUDENCIA

Existe diversa jurisprudencia y tesis jurisprudenciales al respecto, sin embargo y debido a la amplitud de las mismas tan solo haremos referencia a algunas de ellas, no con ello queremos decir que las demás no sean igual de importantes o ilustrativas.

"FIDEICOMISO. CORRESPONDE AL FIDUCIARIO Y NO AL FIDEICOMISARIO LA DEFENSA DE LA PROPIEDAD O POSESIÓN DE LOS BIENES FIDEICOMITIDOS. El legitimado en la causa para defender la posesión de los bienes fideicomitidos lo es el fiduciario y no el fideicomisario, aun cuando el fiduciario sólo intervenga para otorgar poder a la persona que el fideicomisario le indique sin responsabilidad alguna de aquél por haberse pactado así al constituirse el fideicomiso, y no puede el fideicomisario, sin poder del fiduciario, llevar la defensa de la posesión de los bienes fideicomitidos, si por haberse pactado expresamente es el fiduciario a través del apoderado correspondiente, quien debe de salir en defensa de tal posesión; por lo que si el propio fideicomisario desea salir en defensa de esa posesión, debe de solicitar al fiduciario que le otorge el poder relativo para que como apoderado de éste y no por sí, pueda llevar esa defensa.

PRECEDENTE. TERCER TRIBUNAL COLEGIADO EN MATERIA CIVIL DEL PRIMER CIRCUITO, Amparo directo 4408/89, Leonardo de la Fuente Alonso y otra. 08 de febrero de 1990. Ponente José Rojas Aja. Secretario Enrique Ramírez Gámez. Mayoría de votos, contra el emitido por el magistrado Manuel Ernesto Saloma Vera" (55)

Como podemos ver con la jurisprudencia transcrita reafirmamos lo va dicho en el primer capítulo en relación con el patrimonio afectado, el cual no puede ser defendido ni siquiera por el fideicomisario en su calidad de beneficiario del mismo, si no que es el fiduciario quien debe de velar por éste y no forzosamente como si fuera un buen padre de familia como lo diría la propia ley, así mismo se contempla la posibilidad de que el fideicomisario pudiera defenderlo pero única y exclusivamente como apoderado del fiduciario, lo cual se reafirma con la siguiente ejecutoria.

"FIDUCIARIA. A ELLA CORRESPONDE LA DEFENSA DEL BIEN FIDEICOMITIDO, NO A LA FIDEICOMISARIA A QUIEN DEBE DE CONTAR CON PODER OTORGADO POR AQUELLA PARA TAL EFECTO. De conformidad con lo dispuesto en los artículos 346, 352 y 356 de la Ley General de Títulos y Operaciones de Crédito, y si en el contrato de fideicomiso de que se trata se establece expresa y categóricamente que cuando exista necesidad de defender la propiedad o posesión del bien fideicomitido, la representación del fideicomiso la tendrá un mandatario con poder otorgado por la institución fiduciaria, debe de concluirse que corresponde a ella llevar a cabo la defensa del patrimonio fideicomitido, por ser quien tiene todos los derechos y acciones que se requieren para el cumplimiento del fideicomiso, por lo cual, podrá

(55) Jurisprudencia del Poder Judicial de la Federación, Semanario Judicial de la Federación, 8a época, T. VI segunda parte -2, tesis 213, p. 535.

presentarse el fiduciario como titular a juicio como actor o demandado, así como vender, alquilar, ceder y realizar demás actos relativos pues tales derechos y acciones no pueden circunscribirse a los actos ordinarios tendientes a la consecución de los fines de aquél, sino que también deben de comprender los actos cuya finalidad sea la defensa del patrimonio fideicomitado frente al actuar de quienes alteren, obstaculicen o imposibiliten el cumplimiento de estos fines, pues ello implica en su sentido amplio llevar a cabo el objeto del fideicomiso por tanto, el fideicomisario en la hipótesis de que se trata carece de legitimación para defender la propiedad o posesión de los bienes fideicomitados.

Precedente. Tesis de Jurisprudencia 42/90 aprobada por la Tercera Sala de este alto tribunal en sesión privada celebrada el 22 de octubre de 1990. Unanimidad de cuatro votos de los señores Ministros: Presidente Sergio Hugo Chapital Gutiérrez, Mariano Azuela Guitron, Ignacio Magaña Cárdenas y José Antonio Llanos Duarte. Ausente Salvador Rocha Díaz." (56).

Otra de las jurisprudencias que vamos a ver es la que dice:

" FIDEICOMISO, NATURALEZA DEL. El fideicomiso es un negocio jurídico por medio del cual el fideicomitente constituye un patrimonio autónomo, diverso de los patrimonios propios de las partes que intervienen en el contrato respectivo, cuya titularidad se concede a la institución fiduciaria para la realización de un fin determinado.

PRECEDENTE. Amparo en revisión 769/84 Unitas, S.A. de C.V. 26 de agosto de 1986. Mayoría de 17 votos. Ponente Felipe López Contreras. Disidentes Mariano Azuela Guitron, Atanasio González Martínez y Ulises Schmill Ordóñez. (57)

(56) Jurisprudencia del Poder Judicial de la Federación. Semanario Judicial de la Federación. 8a época. T. VI primera parte. Tesis J/3a. 42/90. p. 197

(57) Jurisprudencia del Poder Judicial de la Federación. Semanario Judicial de la Federación. 7a época. Vol. 205-216 p.52

Tal y como se deriva del contenido de esta jurisprudencia nuevamente reafirmamos el hecho de que se forma un nuevo y autónomo patrimonio con los bienes fideicomitidos, lo cual no manejan en la definición del fideicomiso algunos autores entre ellos nuestro legislador quien a su vez lo suple en artículo diverso para salvar tal omisión.

A continuación citaremos otra jurisprudencia por su contenido ilustrativo que contiene además principios básicos del derecho común y que ya fueron estudiados con anterioridad.

"FIDEICOMISO. SU INSCRIPCIÓN EN EL REGISTRO PÚBLICO DE LA PROPIEDAD. es cierto que el fideicomiso se perfecciona con la designación y aceptación de la fiduciaria al cargo de tal; y ello es así, porque atento a lo dispuesto por el artículo 346 de la Ley General de Títulos y Operaciones de Crédito, será la institución fiduciaria la que realice los fines del fideicomiso. Sin embargo, ello no impide que, de acuerdo con el artículo 353 de la Ley en cita, cuando el acto constitutivo del fideicomiso se inscriba en el Registro Público de la Propiedad, desde entonces surta efectos contra terceros respecto de los bienes fideicomitidos, aunque al constituirse el fideicomiso no se hubiere designado nominalmente a la institución fiduciaria que haya de ejecutarlo, pues así permite concluirlo el examen armónico de los artículos 346, 347, 350, 352 y 353 de la Ley General de Títulos y Operaciones de Crédito. De ahí, que la interpretación y amplitud que deba darse al término "Fideicomiso", a que alude el citado numeral 353, abarca desde el acto en que se constituye el cual una vez inscrito en el Registro Público, surtirá efectos contra terceros, pues se entiende que a partir del mismo, los bienes fideicomitidos salen formalmente del patrimonio del fideicomitente y materialmente, una vez que la institución fiduciaria acepta fungir como tal.

Precedente. PRIMER TRIBUNAL COLEGIADO EN MATERIA

CIVIL DEL TERCER CIRCUITO. Amparo directo 951/91
Banco Mexicano Somex, S.N.C. 9 de abril de 1992.
Unanimidad de votos. Ponente Jose de Jesus Gudiño
Pelayo. Secretario: Daniel Canales Aguilar." (58)

Palmariamente, podemos observar en la jurisprudencia transcrita tres aspectos básicos de el fideicomiso, los cuales ya han sido estudiados con antelación, motivo por el cual solamente daremos una breve semblanza al respecto.

En primer lugar, encontramos dentro del derecho común que como en todos los casos para que surta efectos un determinado acto jurídico es menester que éste sea inscrito en la Registro Público de la Propiedad lo cual no requiere una mayor explicación.

Sin embargo, existe además una contradicción cuando habla de que se puede constituir el fideicomiso sin señalar nominalmente el nombre de la fiduciaria lo cual está así contemplado por la Ley, más en la práctica real y diaria no se lleva esto a cabo por las razones ya expuestas con anterioridad.

Por último y para concluir los comentarios sobre esta jurisprudencia diremos como nuevamente y una vez más está reafirmando la autonomía de un patrimonio de bienes

(58) Jurisprudencia del Poder Judicial de la Federación.
Semanario Judicial de la Federación. 8a época
T. X- Noviembre. Tesis III. 1o. C. 310 C p. 259

fideicomitidos.

En relación con la inexistencia de los fideicomisos encontramos la siguiente jurisprudencia que nos habla al respecto:

"FIDEICOMISO DE GARANTIA. LA FALTA DE CONGRUENCIA DE LA FIDUCIARIA EN EL CONTRATO DE, LO HACE JURIDICAMENTE INEXISTENTE. Conforme a la interpretación lógico-sistemática de los artículos 346, 347, 350, 356 y 357, fracción VII de la Ley General de Títulos y Operaciones de Crédito, en el fideicomiso de garantía la parte fiduciaria es la encargada de recibir el patrimonio fideicomitado, la cual además ejerce las facultades de dominio inherentes para el debido cumplimiento de los fines del fideicomiso. Por eso, si en el contrato de fideicomiso correspondiente no concurrió la fiduciaria, tal acto jurídico es inexistente.

Precedente. PRIMER TRIBUNAL COLEGIADO EN MATERIA ADMINISTRATIVA DEL TERCER CIRCUITO. Amparo en revisión 101/92. Valente Aldaco González y Miguel Corona Rodríguez. 07 de julio de 1992. Unanimidad de votos. Ponente Jorge Alfonso Álvarez Escoto. Secretario Francisco Olmos Avilez"(59)

En esta jurisprudencia encontramos además de lo ya citado en relación a la inexistencia el hecho de que la fiduciaria debe de realizar la aceptación del fideicomiso en contraposición de la jurisprudencia citada anteriormente, independientemente de que una vez más nos habla de un patrimonio autónomo que se forma en relación con los bienes, no requiriendo mayor explicación ya que por si sola se explica.

(59) Jurisprudencia del Poder Judicial de la Federación. Semanario Judicial de la Federación. Ba época. T. X-October. Tesis III. 10. A./97 A. p. 339

Cabe destacar independientemente de que surge en base a estas jurisprudencias el patrimonio afectado y por ende autónomo que las instituciones fiduciarias (bancos) deben de llevar el capital del patrimonio en cuentas por separado y lo cual correspondería estudiar mas a fondo en materia de contabilidad, sin embargo nuevamente nos percatamos que pese a que el fideicomiso se contempla como un contrato mercantil regulado por la Ley General de Títulos y Operaciones de Crédito, éste texto una vez más nos remite a otra legislación que regula en forma más detallada la función de institución fiduciaria, siendo la misma que regula a los bancos conforme a lo ya estudiado.

3.6 USOS BANCARIOS

Los usos bancarios han sido introducidos por las instituciones de crédito cuando existen lagunas en la ley respectiva, en razón de que no han sido tipificadas diversas operaciones de las mismas - vgr. cheques, tarjetas de crédito, etc. -, por lo cual el fideicomiso es a su vez "un acto no tipificado, sino que en forma abierta se dirige a satisfacer el fin propuesto por el fideicomitente, cuyo único límite es la licitud y cuyo único requisito es la determinación de dicho fin" (60)

(60) Banco Mexicano Somex, S.A. Las Instituciones Fiduciarias y el Fideicomiso en México, Ed. Fomento Cultural de la Organización Somex, A.C. México, 1982. p. 302.

Si bien es cierto que el régimen jurídico del fideicomiso es más detallado y estricto, también es cierto que los usos bancarios no son ya tan utilizados como en sus orígenes, lo anterior no quiere decir que no se utilicen ya que como es sabido por todos los bancos al utilizar los usos los han transformado en obligatorios - vgr. cuando se dan las hipótesis de excepción de la ley - por lo cual según sea el caso se pueden dar los mismos.

Cabe citar que para que se consideren los usos bancarios como obligatorios, estos deben ser aceptados y practicados por los bancos especialmente los fiduciarios por ser este el tema en comento y no excluyendo de manera alguna a los demás departamentos que los integran, sin que en un momento dado importe la opinión del público usuario del servicio, es decir del fideicomitente o fideicomisario.

Los usos bancarios se encuentran contemplados y por ende permitidos en la Ley General de Títulos y Operaciones de Crédito en la fracción III del artículo segundo.

Podemos señalar como uso bancario en relación al tema y únicamente como ejemplo de estos el hecho que ya ha sido citado anteriormente y que consiste en que no se efectúa en ningún momento de designación de varios fiduciarios que deban manejar al fideicomiso sucesivamente, pese a que esto se

encuentra contemplado en el artículo 350 de la Ley General de Títulos y Operaciones de Crédito.

Independientemente de todas las leyes que regulan al fideicomiso son más, sin embargo aquí solamente hemos expuesto algunas de ellas ya que tienen además intervención leyes de carácter fiscal, administrativo, civil, quiebras, circulares, decretos, reglamentos, etc.

CAPITULO CUARTO

NUEVO REGIMEN LEGAL DEL FIDEICOMISO

NUEVO REGIMEN LEGAL DEL FIDEICOMISO

4.1 INSTITUCIONES DE CREDITO COMO FIDUCIARIAS

Como se ha visto a lo largo del presente trabajo de investigación, para que exista el fideicomiso es necesario a su vez que exista una institución de crédito, siendo esta el segundo elemento personal de esta figura, aquí cabe la posibilidad de cuestionarse que es una institución de crédito.

Para poder ser una institución de crédito y conocer exactamente que es, empezaremos por decir que se necesitan tres requisitos básicos:

1. Ser una sociedad anónima y estar organizada conforme a la Ley General de Sociedades Mercantiles,
2. Tener concesión otorgada por la Secretaría de Hacienda y Crédito Público, y;
3. Que realice operaciones de banca y crédito.

Ahora bien, a mayor abundamiento al tema tratado podemos agregar un cuarto requisito mismo que es:

4. Que sus órganos y directivos, manifiesten expresamente que exista un área fiduciaria.

En el Diario Oficial de la Federación del 18 de julio de 1990, se publicó la Ley de Instituciones de Crédito, cuyo objeto dejó claramente establecido al citar en su primer artículo que estas regulan el servicio de la banca y crédito, la organización de las instituciones de crédito, así como las actividades que las mismas podían realizar, su desarrollo, la protección de los intereses públicos y los términos que el Estado ejercerá la rectoría financiera del sistema bancario mexicano.

Es por tanto que detallando los requisitos citados encontramos que el primero de ellos se refiere a que debe de ser una sociedad anónima y tendrá básicamente lo siguiente si no estuviere previsto por la Ley General de Sociedades Mercantiles:

Objeto. Prestación del servicio de banca y crédito

Duración. Indefinida

Capital. El determinado por la Ley

Domicilio. En el territorio Nacional, aunque en relación a esto

principalmente mencionan algunos autores que es mejor considerar que unicamente se constituyan conforme a las leyes de nuestro país, en razón de que existen algunos que colaboran con bancos extranjeros.

El segundo requisito lo es que tenga la autorización de la Secretaría de Hacienda y Crédito Público, quien la otorgará discrecionalmente previa opinión del Banco de México y Comisión Nacional Bancaria, concesión que debe ser publicada en el Diario Oficial, cabe aclarar que actualmente han cambiado la palabra concesión por autorización, sin embargo quedan vigentes y pueden funcionar como instituciones de crédito las que hubieran obtenido con anterioridad la concesión, ya que las autorizaciones mas bien se refieren a que con ésta se pueden desarrollar determinadas actividades (siendo estas últimas complementarias de las primeras).

Sin embargo para obtener esta autorización o concesión para ser una institución de crédito, además del ejercicio habitual de la banca y crédito que es el tercer requisito, debe de desarrollar por lo menos una de las siguientes operaciones:

1. Depósito,

2. Ahorro,

3. Financieras,
4. Hipotecarias,
5. Capitalización,
6. Fiduciarias, y;
7. Múltiples.

Ya en relación mas concreta con el tema, es conveniente comentar que en nuestro país para que se de la concesión por parte de la Secretaría de Hacienda y Crédito Público, para que una institución de crédito actúe como fiduciaria es indispensable que se dedique esta sociedad además a una de las operaciones citadas, en razón de que si solo quisiera dedicarse a las operaciones fiduciarias sería negada la concesión autorización, o bien que se dediquen al último punto que es la de banca múltiple ya que conlleva implícito a las operaciones fiduciarias, ya que se considera según el maestro Miguel Acosta Romero que "en realidad, desde 1980 puede afirmarse que son de banca múltiple el 98% de las instituciones de crédito mexicanas que han adoptado esa estructura".(61)

Históricamente no hemos tenido ninguna fiduciaria en

(61) ACOSTA ROMERO, Miguel. Derecho Bancario. 15ed. Ed. Porrúa, S.A. México, 1978. p. 69

nuestro país que no sea una institución de crédito y por siempre se ha desarrollado en un banco, en un área destinada a tal efecto denominada departamento o división fiduciaria.

4.2 SERVICIOS BANCARIOS

Como se ha estudiado a lo largo del presente trabajo, para que pueda constituirse un fideicomiso es indispensable la presencia de una institución de crédito quien funje como fiduciario siendo este uno de los elementos personales que lo integran y por lo tanto simultáneamente es una operación de crédito - como los mismos bancos dicen - pero se encuentra tipificada como una operación o servicio bancario.

Es por ello que debemos de empezar por saber que es una operación bancaria para lo cual nos dice Alfredo Rodríguez que "estas son consideradas como las que realizan o se les autoriza a realizar a los bancos o que por lo menos uno de los sujetos de la relación ha de ser banco" (62)

Ahora bien y conforme a la definición anterior podemos decir que las operaciones bancarias son las actividades que realiza la institución de crédito, entendiéndose por estas últimas al conjunto de tareas desarrolladas por los bancos

(62) RODRIGUEZ C., Alfredo. Técnica y Organización Bancaria. Ed. Macchi. Buenos Aires-Bogotá. 1993. p. 152.

mediante las cuales establecen las relaciones operacionales con sus clientes, teniendo además como objetivo principal el lograr así una captación de clientes para que inviertan o mantengan invertidos sus patrimonios con ellos.

Lo anterior en base a que según estudios de mercado se ha dado a conocer que la mayoría de la población cree que los capitales de ahorro y crédito encuentran un mejor camino para inversión y seguridad a través de las instituciones de crédito.

Por lo anterior, vemos que las actividades bancarias versarán en un primer plano sobre la clientela ya que no puede limitarse exclusivamente al crédito ya que la función del servicio al cliente no solo ofrece apoyos al crédito, sino que responde a las necesidades de éste y si la clientela en su calidad de fideicomitente necesita de un fideicomiso, entonces el banco esta respondiendo a las necesidades del mismo al prestar un servicio al cliente.

Para establecer el campo de acción de mercado bancario en relación al producto y/o servicio que preste es importante determinar lo siguiente:

1. Las necesidades de los clientes,
2. Utilización de servicios v/o productos.

3. La situación de los clientes: y.

4. Que es lo que pretende.

El mercado bancario en sus servicios y/o productos debe de satisfacer los deseos y necesidades de los clientes. igualmente podemos ver que dentro del fideicomiso se determina un fin básico, encontrándonos nuevamente como el fiduciario satisface los deseos y necesidades del fideicomitente por lo cual se vuelve a encuadrar dentro del mercado bancario.

Generalmente los servicios bancarios tienen la finalidad directa e indirecta de captar al cliente para que continúe manteniendo sus inversiones o inicie nuevas inversiones en el banco, por lo cual debemos de mencionar que como ya ha sido estudiado en la práctica no se utiliza que el fideicomitente nombre a dos o más fiduciarios, por lo que el fideicomitente queda captado a una sola institución de crédito.

Podemos concluir diciendo que los servicios bancarios son el conjunto de operaciones de mediación que realizan los bancos por cuenta de sus clientes y por las que perciben una comisión, siendo una fuente importante de ingresos para el mismo.

Podemos citar entre otros tantos servicios que prestan los bancos los siguientes y que pueden corresponder según el caso

al servicio de depósito y ahorro, de caja o sistema de crédito.

I. La administración de patrimonios, el cual incluye la inversión.

II. La prestación de avales y garantías.

Servicios que presta y que corresponden también a los diferentes tipos de fideicomiso que son de inversión, administración y garantía, según su propia clasificación y los que puede contratar cualquier persona si reúne los requisitos exigidos para cada caso sin importar que sea del sector público o privado.

Por otro lado, podemos ver también que existen diferentes motivos por medio de los cuales se puede dar la compra de servicios, debiendo empezar por la satisfacción de las necesidades de los clientes vgr. fideicomiso de vivienda, de jubilación, etc.

2. Obtención de seguridad, que como ya se expuso la mayoría de la población considera que los bancos son los mejor capacitados.

3. Rentabilidad con las mejores condiciones.

4. Comodidad para el cliente.

Por último mencionaremos que los servicios y/o productos deben de tener las siguientes características para que puedan ser considerados por los clientes para su compra:

1. Calidad
2. Rapidez
3. Confiabilidad
4. Oportunidad

Si un servicio ofrece estas características y cumple además las necesidades del cliente, entonces podrá así lograr una mayor y mejor captación de clientela para esa institución de crédito.

También existen sistemas más novedosos que pueden estar íntimamente relacionados con el fideicomiso como lo son el de gestión de patrimonios, el cual consiste en orientar al cliente (fideicomitente), en la mejor forma de tener estructurado su patrimonio tanto para una mayor rentabilidad como para que a la hora de transmitirlo ya sea por venta o sucesión sea la manera mas simple posible tanto en efectos jurídicos como económicos.

Otro de estos nuevos servicios bancarios lo constituye el de servicio de asesoramiento y por último el sistema del packages, el cual consiste en el conjunto de servicios que presta el banco en su totalidad a fin de que el cliente va no tenga que efectuar trámite o movimiento alguno independientemente.

4.3. NUEVA REGULACION DEL FIDEICOMISO.

Como se ha puesto de manifiesto, el fideicomiso no tiene el carácter en si una operación de crédito, sino la de un servicio bancario - de acuerdo con las características que se vieron en el apartado anterior - ya que si bien es cierto que se transmite la titularidad de un patrimonio no existe obligación de restituirlo en su equivalente económico, sino a destinarlo a un fin determinado, es por tanto que, según el mercado bancario carece de ser una operación de crédito, pero de alguna forma si se relacionan con éstas.

Dentro de la propuesta de una nueva regulación del fideicomiso, se proponen algunas modificaciones a la Ley General de Títulos y Operaciones de Crédito, en relación al contrato de fideicomiso, que a nuestro particular punto de vista esta mal denominado.

En primer lugar se debe de ser derogado el capítulo V del

titulo segundo de la Ley General de Titulos y Operaciones de Credito, debiendose de incluir éstos en la Ley bancaria.

Ahora bien, empezaremos por decir que se debe de dar una definición mas completa de lo que es el fideicomiso y que actualmente se encuentra contemplada en el articulo 346 de la Ley General de Titulos y Operaciones de Crédito para quedar de la siguiente forma "Por éste, el fideicomitente destinará ciertos bienes y/o derechos para la constitución de un patrimonio autónomo, transmitiendo el dominio del mismo al fiduciario, siendo éste el encargado de realizar el fin determinado encomendado, quien a su vez entregará los beneficios derivados al fideicomisario"

El artículo marcado actualmente con el numero 347, no debe de incluirse en la nueva regulación que en estos momentos se propone, toda vez que se modificará el siguiente articulo por medio del cual carecería de toda razón de ser.

El numeral 348 debe de incluirse en idénticos términos que como se encuentra actualmente, salvo el último párrafo ya que consideramos que éste debe de incluirse en un nuevo artículo como puntualizaremos mas adelante, de igual forma debe de adicionarse este artículo en caso de ser necesario con la obligación de señalar fideicomisario desde el momento de la constitución del fideicomiso, pudiendo ser el propio

fideicomitente.

El artículo 349 debe de ser transcrito en su totalidad sin cambio alguno en su redacción, mas si debe de ser integrado antes del artículo que se refiera a los fideicomisarios, esto en razón de que son la fuente principal de donde deriva el fideicomiso.

En el artículo 350 se debe de suprimir el primer párrafo ya que estará contemplado dentro de la propia ley bancaria, careciendo de razón el decir que solamente las instituciones de crédito pueden ser fiduciarias.

El segundo párrafo de este mismo artículo igualmente debe de ser suprimido, en virtud de que como ya se citó en la práctica no se da tal situación, independientemente de que se necesita para la prestación del servicio bancario en primer término la existencia de un banco o técnicamente hablando un fiduciario y en segundo lugar encontramos que para que se constituya el fideicomiso necesita independientemente de todo y según el caso la aceptación del fiduciario en un acuerdo de voluntades, mas aún con la existencia de tan solo pocos bancos comercialmente hablando conforme a sus estudios de mercado.

El tercer párrafo de este mismo numeral debe de ser modificado dejando la salvedad que en el caso de constitución

por testamento si deba de tomarse en cuenta esta situación; y el último renglón de este párrafo debe de integrarse al ordenamiento respectivo por separado.

El artículo 351 en su primer párrafo debe de quedar igual que el contenido actual, mas su segundo párrafo debe de ser modificado para tan solo aclarar expresamente que el patrimonio afectado pasa al dominio del fiduciario y fuera del patrimonio del fideicomitente.

El último párrafo de este artículo debe de incluirse en forma íntegra en su caso en un artículo por separado, diciéndose en su caso, toda vez que su contenido es una de las normas básicas del derecho común.

El numeral 352 no sufre cambio alguno, incluyéndose en la nueva regulación en los mismos términos.

El artículo 353 en su primera parte se conserva íntegro y por lo que se refiere a la última parte del mismo debe de ser suprimida en su totalidad ya que son normas de derecho común el que a partir de la inscripción en el Registro Público de la Propiedad y del Comercio surte efectos contra terceros.

El artículo 354 queda incluido en su totalidad, modificándose únicamente la fracción II en su primera parte

debiéndose aclarar que pueden ser tanto títulos nominativos o a la orden .

El artículo 355 se debe de incluir además que no solamente son bienes sino también derechos y que puede pedir que el fideicomitente rinda cuentas de su encargo a pesar de que no se hubiere reservado ese derecho el fideicomitente en el momento mismo de constituirse el fideicomiso, toda vez que es una consecuencia lógica del mismo.

En el numeral 356 debe de suprimirse la frase como un buen padre de familia esto en razón de la crítica que se efectuó en el primer capítulo de este estudio.

El artículo 357 no sufre modificación alguna en sus cuatro primeras fracciones y sexta fracción, no así la quinta y última que debe quedar en los siguientes términos:

V. Por convenio expreso entre el fideicomitente v/o fideicomisario y fiduciario.

VII. Si no fuere posible la substitución de la institución fiduciaria en los casos de renuncia, remoción v/o falta de aceptación de la institución fiduciaria designada.

El numeral 358 sufre tan solo una pequeña modificación

cuando dice "... serán devueltos por ella al fideicomitente ..." (63) debiendo decir "... serán devueltos por ella al fideicomisario...", debiendo recordar que el fideicomisario puede ser el propio fideicomitente.

El artículo 359 no sufre modificación alguna.

Debe de incluirse un artículo mas que establezca las causas de nulidad del fideicomiso, el cual quedaria redactado de la siguiente forma:

" Son causas de nulidad del fideicomiso:

I. Si se constituye en favor del propio fiduciario; y,

II. Si se constituye en fraude a terceros "

4.4. CONSECUENCIAS DE UNA NUEVA REGULACION DEL FIDEICOMISO

Dentro de las consecuencias de una nueva regulación del fideicomiso encontramos las que en breve se expresan, siendo estas consecuencias tomadas desde un punto de vista personal y no con ello diciendo que son las únicas ya que pueden existir mas según el criterio de cada uno de los lectores.

(63) Código de Comercio y Leyes Complementarias. Ley General de Títulos y Operaciones de Crédito. 57ed. Ed. Porrúa, S.A. México, 1992. art. 358. p. 333

Consideramos que en primer lugar se estaría dando una adecuación a la realidad social y jurídica al fideicomiso, el cual como ya ha sido multicitado sin la presencia de un banco como fiduciario no se podría constituir. Ahora bien, con la derogación de los artículos citados de la Ley General de Títulos y Operaciones de Crédito, dejaría de ser considerado como un contrato mercantil, para que se tomara en cuenta como un servicio bancario.

Se complementaría la ley bancaria en lo referente al fideicomiso, ya que si bien es cierto ésta regula la actuación de las instituciones fiduciarias, al mismo tiempo se complementa con los demás elementos personales y reales de esta figura, además que esta ley en la actualidad tiene una mayor normatividad que la propia Ley General de Títulos y Operaciones de Crédito.

No se seguiría dando la monopolización de esta figura por unas cuantas manos (bancos) ya que según el texto vigente existe la incongruencia de que si es un contrato mercantil entonces puede ser llevado a cabo por cualquier persona, sin embargo queda limitada su existencia a la aparición de una institución de crédito, violatorio además de nuestra Carta Magna.

Se contienen de acuerdo a la propia división del

fideicomiso las características y servicios básicos que presta una institución de crédito.

Los fines del fideicomiso se pueden satisfacer en general con los demás servicios que presta el banco para obtener la captación de clientes o inversionistas ya que existen además fideicomisos que son exclusivos para los clientes del propio banco.

CONCLUSIONES

CONCLUSIONES

PRIMERA. Por medio del fideicomiso, el fideicomitente destina ciertos bienes y/o derechos para la constitución de un patrimonio autónomo, transmitiendo el dominio del mismo al fiduciario, siendo éste el encargado de realizar el fin determinado encomendado y quien a su vez entregará los beneficios que deriven al fideicomisario.

SEGUNDA. El fideicomitente es la persona que destina los bienes y/o derechos a un fin determinado, transmitiendo la titularidad de los mismos al fiduciario; siendo éste el cliente de la institución fiduciaria.

TERCERA. El fiduciario, es la institución de crédito (banco), que se encarga de llevar a cabo el fin encomendado a través de la prestación de sus servicios, al recibir los bienes y/o derechos por parte del fideicomitente.

CUARTA. El fideicomisario, será la persona que reciba los provechos derivados de los bienes y/o derechos del fideicomiso, quien los recibirá del fiduciario; pudiendo ser fideicomisario el propio fideicomitente u otra tercera persona mas nunca el fiduciario.

QUINTA. El fideicomiso nace en Roma, para burlar

diferentes leyes existentes y así poder beneficiar a los incapacitados, basándose exclusivamente en la buena fe de las personas, en donde se dan los elementos básicos del mismo.

SEXTA. El use y el trust son los primeros fideicomisos flexibles para diversos fines y no solo para efectos sucesorios, que posteriormente son retomados por el legislador mexicano para hacer una mala adecuación de los mismos a nuestro derecho.

SEPTIMA. El primer párrafo del artículo 350 de la Ley General de Títulos y Operaciones de Crédito se encuentra delimitando la función de fiduciario a una institución de crédito (banco), ya que sin la presencia de éste no podría constituir el fideicomiso.

OCTAVA. Las instituciones de crédito están monopolizando la aplicación de esta figura, al excluir a los comerciantes en general la posibilidad de constituir fideicomisos.

NOVENA. Existe una mayor normatividad para el fiduciario que para los otros elementos personales del fideicomiso, la cual se contiene en la ley bancaria en su totalidad.

DECIMA. La clasificación de los fideicomisos son tres:

I. Inversión.

II. Administración; y.

III. Garantía.

Clasificación que se adecua en su totalidad a los diferentes servicios que presta una institución de crédito.

DECIMA PRIMERA. En nuestro país no existen compañías o instituciones que se dediquen exclusivamente a ser fiduciarias, como en otros países donde efectivamente son contratos mercantiles los que se celebran.

DECIMA SEGUNDA. El Estado ejerce una vigilancia y supervisión a las instituciones fiduciarias, con las cuales da una mayor protección y seguridad a los fideicomitentes y fideicomisarios, no así la que darían los propios particulares.

DECIMA TERCERA. Conforme a las características que debe de tener un servicio o producto bancario, conjuntamente con las operaciones bancarias, éstas cumplen en su totalidad las necesidades y fines propios de cualquier fideicomiso.

DECIMA CUARTA. El fideicomiso si es un servicio bancario y no un contrato mercantil como lo contempla erróneamente la Ley General de Títulos y Operaciones de Crédito.

DECIMA QUINTA. El fideicomiso ofrece en sus planes grandes

ventajas y atracciones que satisfacen las necesidades de la clientela bancaria, tan es así que existen inversiones que cuentan ya con su propio fideicomiso sin que la clientela bancaria esté en ocasiones enterada de ello y sin saberlo se convierte en fideicomitentes y/o fideicomisarios.

BIBLIOGRAFIA

BIBLIOGRAFIA

ACOSTA ROMERO, Miguel. Derecho Bancario. 15ed; Ed. Porrúa, S.A. México, 1978.

Banco Mexicano Somex, S.A. Las Instituciones Fiduciarias y el Fideicomiso en México. Primera edición; Ed. Fomento Cultural de la Organización Somex, A.C. México, 1982.

Banco Nacional de México, S.A. Manual Operativo del Departamento Fiduciario. Ed. Banco Nacional de México. México. 1993.

BATIZA, Rodolfo. El Fideicomiso, Teoría y Práctica. 5a ed. Ed. Jus. México, 1991.

BRAVO VALDEZ, Beatriz y BRAVO GONZALEZ, Agustín. Segundo Curso de Derecho Romano. Ed. Pax México, Librería Carlos Cesarman, S.A. México. 1985.

CERVANTES AHUMADA, Raul. Títulos y Operaciones de Crédito. 11 ed. Ed. Herrero, S.A. México. 1979.

DAVALOS MEJIA, Carlos. Títulos y Contratos de Crédito, Quiebras. Ed. Harla, S.A. México, 1984.

GARCIA MAYNES, Eduardo. Introducción al Estudio del

Derecho. 41 ed. Ed. Porrúa. S.A. México. 1990.

Instituto de Investigaciones Jurídicas. Centenario del Código de Comercio. Ed. Universidad Autónoma de México. México. 1991.

FLORIS MARGADANT, Guillermo S. Derecho Romano. 10 ed. Ed. Esfinge. S.A. México, 1981.

DE PINA VARA, Rafael. Elementos de Derecho Mercantil Mexicano. Ed. Porrúa, S.A. México, 1958.

RODRIGUEZ C., Alfredo. Técnica y Organización Bancarias. Ed. Macchi. Buenos Aires-Bogotá, 1993.

RODRIGUEZ RUIZ, Raúl. El Fideicomiso y la Organización Contable Fiduciaria. 4a ed. Ed. Ecasa. México, 1977

SALA, Juan. Ilustración del Derecho Real de España. T. II. Imprenta de Galván. México. 1832.

VILLAGORDOA LOZANO, José M. Doctrina General del Fideicomiso. Ed. Asociación de Banqueros de México. A.C. México, 1976.

LEISLACION

Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos.
Comentada. Ed. Universidad Nacional Autónoma de México y
Departamento del Distrito Federal. México, 1990

Código de Comercio y Leyes Complementarias. 57. ed.
Ed. Porrúa, S.A. México, 1992

Ley General de Títulos y Operaciones de Crédito. 57 ed.
Ed. Porrúa, S.A. México, 1992

Ley General de Títulos y Operaciones de Crédito. 32 ed.
Ed. Porrúa, S.A. México, 1987

Ley de Instituciones de Crédito. Ed. Porrúa, S.A. México
1994

Código Civil para el Distrito Federal en Materia Común y
para toda la República en Materia Federal. 60 ed. Ed. Porrúa,
S.A. México, 1991

DICCIONARIOS

Diccionario Razonado de Legislación y Jurisprudencia.
T. II. ESCRICHE, Joaquín. Ed. Porrúa, S.A. México. 1979.

Diccionario de Derecho. DE PINA VARA, Rafael. 5a ed Ed.
Porrúa, S.A. México, 1976.

JURISPRUDENCIA

Semanario Judicial de la Federación. 7a época.
Vol. 205-116

Semanario Judicial de la Federación. 8a época. T. VI
Primera Parte

Semanario Judicial de la Federación. 8a época. T. VI
Segunda Parte -2

Semanario Judicial de la Federación. 8a época.
T. X-October

Semanario Judicial de la Federación. 8a época.
T. X-Noviembre